

An den

1479 B

Vorsitzenden des Hauptausschusses
über

den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin

über Senatskanzlei – G Sen –

Einbindung der HOWOGE in die Berliner Schulbauoffensive (BSO)

rote Nummern: 1479

Vorgang: entfällt

Ansätze (tabellarisch) zu allen thematisierten Titeln: entfällt

Zur Beratung des Schreibens über „Berliner Schulbauoffensive (BSO):
Modellkonzeption zu Neubau und Sanierung durch HOWOGE“ – rote Nummer 1479
– am 21.11.2018 werden die anliegenden gutachterlichen Stellungnahmen von

- Prof. Dr. Thorsten Beckers und Andrej Ryndin
- Prof. Dr. Georg Hermes und Dr. Holger Weiß

übersandt.

In Vertretung

Frédéric Verrycken
Senatsverwaltung für Finanzen

Gutachterliche Stellungnahme

Das „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ und der Status quo im Vergleich

*Eine Analyse zentraler Aspekte der Einbindung
der HOWOGE in die „Berliner Schulbau-Offensive“
unter Rückgriff auf institutionenökonomische Erkenntnisse*

Autoren:

Prof. Dr. Thorsten Beckers

Andrej Ryndin

Auftraggeber:

Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin

September 2018

Management Summary

- Im Rahmen der so genannten „Berliner Schulbau-Offensive“ (BSO) plant der Berliner Senat für Investitionen in die Schulinfrastruktur deutlich mehr Finanzmittel zur Verfügung zu stellen als in der Vergangenheit, damit der Sanierungsstau aufgelöst und der Ausbau der Kapazitäten im Bereich der Schulimmobilien im erforderlichen Ausmaß erfolgen kann. Das auf zehn Jahre (2017 bis 2026) ausgelegte Investitionsprogramm der BSO, bei der vor allem die Grundschulen und auch die weiterführenden Schulen (Gymnasien und Integrierte Sekundarschulen) im Fokus stehen, umfasst Neubau- und unterschiedlich umfangreiche Sanierungsmaßnahmen sowie eine verbesserte Finanzausstattung des baulichen Unterhalts und soll ein Investitionsvolumen von bis zu 5,5 Mrd. Euro aufweisen.
- Nach dem traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben sind im Wesentlichen die Berliner Bezirke für Neubau bzw. Sanierung, baulichen Unterhalt und Betrieb von Schulimmobilien zuständig. Die Finanzierung der genannten Aufgaben im Bereich der Schulinfrastruktur erfolgt über das Haushaltssystem des Landes Berlin und durch die Zuweisung von Haushaltsmitteln an die jeweiligen Bezirke.
- Im Rahmen der BSO sollen Aufgaben der Errichtung neuer Schulen und der Durchführung „großer Sanierungsmaßnahmen“ (mehr als 10 Mio. Euro) umfangreich von der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen (SenSW) übernommen werden, die restlichen Aufgaben (u.a. baulicher Unterhalt, Betrieb, kleinere Sanierungsmaßnahmen etc.) verbleiben grundsätzlich bei den Bezirken. Ein zentraler Bestandteil der Berliner Schulbau-Offensive besteht darin, dass SenSW wesentliche der von den Bezirken übernommenen Aufgaben an die (komplett) landeseigene HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH abgibt. Diese vertraglich zu vereinbarenden Zusammenarbeit zwischen zwei öffentlichen Akteuren (Land Berlin zum einen und HOWOGE zum anderen) kann auch als Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaft (ÖÖP) eingeordnet werden und der Einbezug der HOWOGE in die BSO kann daher als „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ bezeichnet werden.
- Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells sollen bei weiterführenden Schulen die Neubaumaßnahmen und in etwa die Hälfte der geplanten großen Sanierungsmaßnahmen durch die HOWOGE durchgeführt werden. Diese Investitionen sollen von der HOWOGE durch eine Kapitalaufnahme finanziert werden. Es ist vorgesehen, dass nach Fertigstellung der neu gebauten bzw. sanierten Schulen die HOWOGE diese zur Nutzung an die Bezirke für einen Zeitraum von 25 Jahren vermietet. Die Mieten sollen vom Grundsatz her so kalkuliert sein, dass sie die bei der HOWOGE angefallenen Kosten für die Projektrealisierung decken und damit einhergehend eine Tilgung der aufgenommenen Kredite erlauben. Das Land Berlin gibt hinsichtlich der Mietzahlungen gegenüber den finanzierenden Banken einen Einredevorzicht ab, was zu einer deutlichen Reduktion der Kapitalkosten auf Seiten der HOWOGE führen wird, die dann ähnliche (Kredit-)Konditionen wie bei Kommunalkrediten erreichen dürfte.
- Der Vergleich des HOWOGE-ÖÖP-Modells mit dem in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben in Berlin führt zu folgenden Ergebnissen:
 - Es erscheint plausibel, dass im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells die zeitlichen Ziele hinsichtlich der Realisierung der in der BSO vorgesehenen Investitionsmaßnahmen (im Sinne ei-

ner nicht verzögerten und vielmehr pünktlichen Umsetzung der Baumaßnahmen) auf eine bessere (und somit „effektivere“) Weise erreicht werden als dies im Rahmen des traditionellen Ansatzes zu erwarten wäre. Diese Einschätzung ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass die im Rahmen des traditionellen Ansatzes in den Bezirken zuständigen Bauverwaltungen durch die (kurzfristorientierten) Einsparungen in den vergangenen Jahrzehnten stark in Mitleidenschaft gezogen worden sind und es fraglich ist, inwieweit diese kurzfristig erfolgreich ihre Kapazitäten ausweiten können.

- Ein Vergleich mit dem traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben – realitätsfern implizit annehmend, dass bei Anwendung des traditionellen Ansatzes Kapazitätsprobleme im Bereich der Planungs- und Steuerungsaufgaben in den Bauverwaltungen der Bezirke gelöst sind – deutet darauf hin, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell mit gewissen Mehrkosten einhergehen dürfte. Diese sind nicht zuletzt durch die Transaktionskosten bedingt, die mit der vertraglichen Regelung der Zusammenarbeit zwischen dem Land Berlin und der HOWOGE einhergehen. Diese Mehrkosten dürften jedoch bei weitem nicht das Niveau erreichen, das bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes vorliegen würde. Es ist – von einer Aufnahme adäquater „Privatisierungsbremsen“ in die Verträge des Landes Berlin mit der HOWOGE ausgehend – nicht ersichtlich, dass durch eine Implementierung des HOWOGE-ÖÖP-Modells im Vergleich zum Status quo die Hürden für die zukünftige Realisierung von ÖPP- und ÖPP-/Privatisierungs-ähnlichen Modellen bei den betroffenen Schulimmobilien merklich gesenkt werden.
- Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells können im Lichte der grundgesetzlichen Schuldenbremse im Gegensatz zum in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben kreditfinanzierte Investitionen durchgeführt werden. Damit einhergehend können unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Schuldenbremse im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells kreditfinanzierte Investitionen in einem identischen Ausmaß wie im Rahmen von ÖPP-Projekten realisiert werden. Bei der geplanten Reform der im Landesrecht verankerten „Berliner Schuldenbremse“ ist zu beachten, dass eine politisch gewünschte Möglichkeit zur Kreditfinanzierung von Investitionen im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells nicht beeinträchtigt wird.
- Für die Analyse zentraler Aspekte des HOWOGE-ÖÖP-Modells ist ein interdisziplinärer Ansatz erforderlich, der nicht nur institutionenökonomische sondern auch rechtliche Expertise einbezieht. Aufgrund von Ressourcenrestriktionen ist ein derartiges Vorgehen in dieser Stellungnahme nicht möglich gewesen. Auf juristische Expertise konnte bei der Erstellung der vorliegenden Stellungnahme nur im Rahmen eines gelegentlichen Austauschs mit der Berliner Senatsverwaltung für Finanzen (SenFin) sowie mit von dieser mit der Analyse ausgewählter Rechtsfragen beauftragten Experten (und zwar Prof. Dr. Georg Hermes [Goethe-Universität Frankfurt / Main, Lehrstuhl für Öffentliches Recht] und Dr. Holger Weiß [Kanzlei W2K]) zurückgegriffen werden. Vor diesem Hintergrund sind bei den Analysen in dieser Stellungnahme z.T. Annahmen bezüglich juristischer Fragen getroffen worden; damit einhergehend sind ergänzende juristische Analysen von Bedeutung. Im Übrigen sind in HERMES / WEISS (2018) ausgewählte juristische Aspekte des HOWOGE-ÖÖP-Modells untersucht worden.

Vorbemerkungen

Diese Stellungnahme ist von Prof. Dr. Thorsten Beckers und Andrej Ryndin im Auftrag der Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin erstellt worden. Sämtliche Abstimmungen zwischen dem Auftraggeber und den Autoren hinsichtlich der Inhalte dieser Stellungnahme (Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes, Annahmen etc.) sind in dem einleitenden Abschnitt 1 aufgeführt.

Im Kontext der Vorgaben in Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („Darf eine wissenschaftliche Arbeit, ein Bericht oder ein Gutachten nicht ohne vorherige Einwilligung Dritter veröffentlicht werden, so ist dieser Sachverhalt bei der Veröffentlichung kenntlich zu machen.“) sei angemerkt, dass die Rechte der Autoren zur Veröffentlichung dieser Stellungnahme insofern eingeschränkt gewesen sind, als dass eine Veröffentlichung vor dem 15. Dezember 2018 einer Zustimmung der Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin bedarf.

Im Übrigen können Angaben gemäß Punkt II.4 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („In wissenschaftlichen Arbeiten sind Sachverhalte zu benennen, die auch nur potentiell zu Interessenskonflikten oder Befangenheit des Autors/der Autorin führen könnten.“) den persönlichen Homepageseiten der Autoren (siehe https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/prof_dr_thorsten_beckers/ und https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/andrej_ryndin/).

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Abstrakte Analyse der Anwendung des ÖPP- und des ÖÖP-Ansatzes bei Schulbauvorhaben	5
2.1	Zentrale Charakteristika von ÖPP- und ÖÖP-Projekten	5
2.1.1	ÖPP-Projekte als Alternative zu einer Projektrealisierung nach der konventionellen Beschaffungsvariante.....	5
2.1.2	Überblick über verschiedene ÖÖP-Formen und Fokus auf „interne ÖÖP-Lösungen“	6
2.2	Kosteneffizienz und zeitliche Effektivität	8
2.2.1	Konventionelle Beschaffungsvariante vs. ÖPP-Ansatz	8
2.2.2	Effekte der Anwendung des ÖÖP-Ansatzes	9
2.3	Investitionsfinanzierung, Kapitalaufnahme und Schuldenbremsen.....	10
2.3.1	Die deutsche Schuldenbremse und die Berücksichtigung von zur Investitionsfinanzierung aufgenommenem Kapital bei ÖPP- und ÖÖP-Projekten ...	10
2.3.1.1	Grundlagen zur deutschen Schuldenbremse	10
2.3.1.2	Einordnung einer Kapitalaufnahme im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten im Lichte der deutschen Schuldenbremse	12
2.3.1.2.1	ÖPP-Projekte.....	12
2.3.1.2.2	ÖÖP-Projekte	13
2.3.2	Exkurs: Die europäische Schuldenbremse und die Berücksichtigung von zur Investitionsfinanzierung aufgenommenem Kapital bei ÖPP- und ÖÖP-Projekten ...	14
2.3.2.1	Grundlagen zur europäischen Schuldenbremse	14
2.3.2.2	Einordnung einer Kapitalaufnahme im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten im Lichte der europäischen Schuldenbremse	16
2.3.2.2.1	ÖPP-Projekte.....	16
2.3.2.2.2	ÖÖP-Projekte	16
3	Darstellung der Investitionsplanungen und -bereiche im Rahmen der BSO sowie der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben nach dem traditionellen Ansatz und nach dem HOWOGE-ÖÖP-Modell	17
3.1	Investitionsplanungen und -bereiche im Rahmen der BSO	17
3.2	Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben nach dem traditionellen Ansatz und nach dem HOWOGE-ÖÖP-Modell.....	19
3.2.1	Traditioneller Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben...	19
3.2.2	HOWOGE-ÖÖP-Modell.....	19
4	Vergleich von HOWOGE-ÖÖP-Modell und dem im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz im Hinblick auf die drei Untersuchungsfragen	21
4.1	Untersuchungsfrage 1 (zeitliche Effektivität).....	22
4.2	Untersuchungsfrage 2 (Wirtschaftlichkeit)	22
4.2.1	Zusatzkosten beim HOWOGE-ÖÖP-Modell infolge von Transaktionskosten, mit institutionellem Risiko einhergehenden Kosten und Steuerzahlungen.....	23
4.2.2	Auswirkungen des Anreiz-, Kontroll- und Steuerungsregimes beim HOWOGE-ÖÖP-Modell.....	24
4.2.3	Auswirkungen veränderter „Privatisierungsgefahren“ beim HOWOGE-ÖÖP-Modell und Bedeutung des Insolvenzrisikos.....	26
4.2.4	Fazit.....	28
4.3	Untersuchungsfrage 3 (Kreditfinanzierung von Investitionen)	29
4.4	Fazit	30

5	Anhang: ÖPP als eine mögliche Beschaffungsvariante im Infrastrukturbereich und die „Make-or-Buy“-Frage – Institutionenökonomische Grundlagen.....	31
5.1	Zentrale Gestaltungsfragen bei der Beschaffung und Leistungserbringung bei Aufgaben der öffentlichen Hand sowie die Bedeutung von Wissen für die diesbezüglichen Entscheidungsfällungen	31
5.2	ÖPP-Ansatz als Alternative zur konventionellen Beschaffungsvariante	35
5.3	Die „Make-or-Buy“-Frage und deren Beziehung zur Beschaffungsvariantenauswahl sowie übergreifende Schlussfolgerungen	43
	Literaturverzeichnis	48

1 Einleitung

DIE BERLINER SCHULBAU-OFFENSIVE – VORGESCHICHTE UND ZENTRALE BESTANDTEILE DER PLANUNGEN

Im Zusammenhang mit der Kürzung von Haushaltsmitteln in diversen Bereichen seit Anfang der 2000er Jahre wurde in Berlin der bauliche Unterhalt der bestehenden Schulen umfangreich vernachlässigt, so dass ein enormer „Sanierungsstau“ entstanden ist. Ferner wurde auch keine vorausschauende Kapazitätsplanung betrieben, sondern vielmehr wurden Ausgaben eingespart bzw. vermieden, indem Kapazitäten im Bereich der Schulimmobilien zurückgefahren bzw. nicht im angemessenen Ausmaß ausgeweitet wurden. Parallel wurden die Personalkapazitäten in der öffentlichen Bauverwaltung in Berlin umfangreich reduziert.

Im Kontext offensichtlicher Defizite bei der baulichen Unterhaltung der Schulen und einer zu geringen Kapazität im Bereich der Schulimmobilien für die steigenden Schülerzahlen in der wachsenden Stadt Berlin, die den Schulbetrieb unmittelbar beeinträchtigen, sowie einer verbesserten Finanzlage Berlins hat die Berliner Politik begonnen drastisch umzusteuern. Im Rahmen der so genannten „Berliner Schulbau-Offensive“ (BSO) plant der Senat für Investitionen in die Schulinfrastruktur deutlich mehr Finanzmittel zur Verfügung zu stellen als in der Vergangenheit, damit der Sanierungsstau aufgelöst und der Ausbau der Kapazitäten im Bereich der Schulimmobilien vorangetrieben werden kann. Das auf zehn Jahre (2017 bis 2026) ausgelegte Investitionsprogramm der BSO, bei der vor allem die Grundschulen und auch die weiterführenden Schulen (Gymnasien und Integrierte Sekundarschulen) im Fokus stehen, umfasst Neubau- und unterschiedlich umfangreiche Sanierungsmaßnahmen sowie eine verbesserte Finanzausstattung des baulichen Unterhalts und soll ein Investitionsvolumen von bis zu 5,5 Mrd. Euro aufweisen.

Bisher sind die Berliner Bezirke – mit Ausnahme der im Verantwortungsbereich der landeseigenen Berliner Immobilienmanagement GmbH (BIM) liegenden zentral verwalteten Schulen (überwiegend Berufsschulen) – für Neubau bzw. Sanierung, baulichen Unterhalt und Betrieb von Schulimmobilien zuständig. Im Rahmen der BSO sollen Aufgaben der Errichtung neuer Schulen und der Durchführung großer Sanierungsmaßnahmen (mehr als 10 Mio. Euro) umfangreich von der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen (SenSW) übernommen werden, die restlichen Aufgaben (u.a. baulicher Unterhalt, Betrieb, kleinere Sanierungsmaßnahmen etc.) verbleiben grundsätzlich bei den Bezirken. Ein zentraler Bestandteil der Berliner Schulbau-Offensive besteht darin, dass SenSW wesentliche der von den Bezirken übernommenen Aufgaben an die (komplett) landeseigene HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH abgibt. Diese vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen zwei öffentlichen Akteuren (Land Berlin zum einen und HOWOGE zum anderen) kann auch als Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaft (ÖÖP) eingeordnet werden und der Einbezug der HOWOGE in die BSO kann daher als „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ bezeichnet werden.

DAS „HOWOGE-ÖÖP-MODELL“ ALS TEIL DER BERLINER SCHULBAU-OFFENSIVE: GRUNDGEDANKE UND KRITISCHE STIMMEN

Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells sollen bei weiterführenden Schulen die Neubaumaßnahmen und in etwa die Hälfte der vorgesehenen, jeweils mindestens 10 Mio. Euro Investitionsbudget aufweisenden „großen Sanierungsmaßnahmen“ durch die HOWOGE durchgeführt werden. Diese Investitio-

nen sollen von der HOWOGE durch eine Kapitalaufnahme finanziert werden, was dem Land Berlin aufgrund der im Grundgesetz verankerten Regelungen zur Schuldenbremse so nicht möglich sein wird. Es ist vorgesehen, dass nach Fertigstellung der neu gebauten bzw. sanierten Schulen die HOWOGE diese zur Nutzung an die Bezirke für einen Zeitraum von 25 Jahren vermietet. Die Mieten sollen so kalkuliert sein, dass sie die bei der HOWOGE angefallenen Kosten für die Projektrealisierung decken und damit einhergehend eine Tilgung der aufgenommenen Kredite erlauben. Das Land Berlin gibt hinsichtlich der Mietzahlungen gegenüber den finanzierenden Banken einen Einredevorzicht ab, was zu einer deutlichen Reduktion der Kapitalkosten auf Seiten der HOWOGE führen wird, die dann ähnliche (Kredit-)Konditionen wie bei Kommunalkrediten erreichen dürfte. Als ein wesentlicher Vorteil des HOWOGE-ÖÖP-Modells wird vom Berliner Senat angeführt, dass die HOWOGE kurzfristig zusätzliche Kapazitäten für die Aufgaben der Planung und Steuerung von Bauvorhaben aufbauen und damit zu einer zügigen Umsetzung der BSO beitragen kann.

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell wird von gesellschaftlichen Interessengruppen und dabei u.a. von „Gemeingut in BürgerInnenhand (GiB) e.V.“ kritisiert. In diesem Zusammenhang ist von GiB eine Volksinitiative mit dem Titel „Unsere Schulen“ gestartet worden, für die eine ausreichende Anzahl an Unterschriften gesammelt werden konnte, um eine Befassung des Berliner Abgeordnetenhauses bzw. der dort zuständigen Ausschüsse mit dem HOWOGE-ÖÖP-Modell zu „erzwingen“. Zunächst wird von Kritikern angeführt, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell zu einer formellen Privatisierung (auch als „Organisationsprivatisierung“ bezeichnet) führt, die wiederum mit einer erhöhten Gefahr weitergehender Privatisierungsmodelle einhergehe. In diesem Zusammenhang sei – ohne Bezug zum HOWOGE-ÖÖP-Modell – angemerkt, dass es u.a. grundsätzlich denkbar ist, dass ein ÖÖP-Projekt durch die Kapitalprivatisierung eines involvierten öffentlichen Unternehmens in ein ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaft)-Projekt „umgewandelt“ wird. Im aktuellen Koalitionsvertrag der die Berliner Landesregierung stellenden Parteien ist im Übrigen vereinbart, dass ÖPP-Projekte im Bereich der Schulimmobilien nicht durchgeführt werden sollen.¹

Kritiker des HOWOGE-ÖÖP-Modells führen ferner an, dass durch die Organisationsprivatisierung die parlamentarischen und gesellschaftlichen Kontrollmöglichkeiten bezüglich der „betroffenen“ Schulimmobilien und Investitionsmaßnahmen reduziert seien. Im Kontext der genannten Kritikpunkte wird dem HOWOGE-ÖÖP-Modell auch vorgeworfen, dass es zu höheren Kosten führe. Im Übrigen wird – z.T. von anderen gesellschaftlichen Akteuren – eine Umgehung von Schuldenbremsen zugrunde liegenden Grundgedanken abgelehnt, was eine kritische Einstellung gegenüber der geplanten kreditfinanzierten Investitionsdurchführung durch die HOWOGE zur Folge hat.

UNTERSUCHUNGSFRAGEN, METHODIK SOWIE GRENZEN DER UNTERSUCHUNG

Vor dem Hintergrund der Planungen des Berliner Senats hinsichtlich des HOWOGE-ÖÖP-Modells im Rahmen der BSO und der diesbezüglichen gesellschaftlichen Kontroversen sollen in dieser Stellung-

¹ Der Berliner Koalitionsvertrag schließt dabei explizit ÖPP-Projekte beim Neubau von Schulen aus. Es ist im Kontext sonstiger politischer Äußerungen aus den die Berliner Landesregierung stellenden Parteien zu vermuten, dass mit dem Koalitionsvertrag jedoch sämtliche Anwendungsbereiche des ÖPP-Ansatzes im Schulbaubereich, also auch bei Sanierungsmaßnahmen, ausgeschlossen werden sollen.

nahme die folgenden Fragen mit Bezug zu dem Bereich der Schulimmobilien untersucht werden, bei dem das HOWOGE-ÖÖP-Modell angewendet werden soll:

- **Untersuchungsfrage 1:** Inwieweit wird durch das HOWOGE-ÖÖP-Modell – speziell im Vergleich zum bislang und somit auch noch im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben (im Folgenden verkürzt als „traditioneller Ansatz“ bezeichnet) – ermöglicht, auf Seiten der öffentlichen Hand die Aufgaben der (Bau-)Planung und Steuerung, insoweit diese nicht sinnvoll an private Auftragnehmer übertragen werden können, adäquat wahrzunehmen, um die zeitlichen Ziele hinsichtlich der Investitionsrealisierungen der BSO (im Sinne einer Umsetzung der Baumaßnahmen) zu erreichen?
- **Untersuchungsfrage 2:** Welche Kosteneffekte sind aus Sicht des Landes Berlin beim HOWOGE-ÖÖP-Modell im Vergleich zum traditionellen Ansatz – und dies auch unter Berücksichtigung von jeweils vorliegenden „Gefahren“ hinsichtlich der Implementierung von ÖPP-Vorhaben und Privatisierungs-ähnlichen Modellen und den mit diesen einhergehenden Auswirkungen auf die Kosten – zu erwarten?
- **Untersuchungsfrage 3:** Inwieweit trägt das HOWOGE-ÖÖP-Modell dazu bei, kreditfinanzierte Investitionen im Rahmen der BSO im Kontext der grundgesetzlichen Schuldenbremse im Vergleich zum traditionellen Ansatz zu ermöglichen (**Untersuchungsfrage 3.a**), und inwieweit können dadurch kreditfinanzierte Investitionen in einem identischen Ausmaß wie im Rahmen von ÖPP-Projekten realisiert werden (**Untersuchungsfrage 3.b**)?

Bei den Analysen zu den Fragen 1 und 2 wird auf Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) zurückgegriffen. Im Rahmen der Untersuchung der Frage 2 sind u.a. die Kostenwirkungen von ÖPP-Vorhaben und Privatisierungs-ähnlichen Modellen (im Folgenden auch als „ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle“ bezeichnet) bei Schulimmobilien zu berücksichtigen. Ferner ist zu klären, welchen Einfluss das HOWOGE-ÖÖP-Modell auf die Implementierbarkeit bzw. auf den für die Implementierung bestimmter ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle anfallenden Aufwand hat. In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert, mögliche ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle umfassend interdisziplinär aus rechtswissenschaftlicher und (institutionen-)ökonomischer Perspektive zu identifizieren und zu beleuchten. Aufgrund von Ressourcenrestriktionen ist ein derartiges Vorgehen bei der Anfertigung dieser Stellungnahme nicht möglich gewesen; auf juristische Expertise konnte nur im Rahmen eines Austauschs mit der Berliner Senatsverwaltung für Finanzen (SenFin) sowie mit von dieser mit der Analyse ausgewählter Rechtsfragen beauftragten Experten (und zwar Prof. Dr. Georg Hermes [Goethe-Universität Frankfurt / Main, Lehrstuhl für Öffentliches Recht] und Dr. Holger Weiß [Kanzlei W2K]) zurückgegriffen werden. Vor diesem Hintergrund werden z.T. Annahmen bezüglich juristischer Fragen getroffen. Eine juristische Analyse ausgewählter „Privatisierungsfragen“ mit Bezug zum HOWOGE-ÖÖP-Modell erfolgt im Übrigen in HERMES / WEISS (2018), einer ebenfalls im Auftrag von SenFin durchgeführten Untersuchung.

Bei der Analyse von Frage 3 sind vor allem umfangreich rechtliche Analysen durchzuführen. Dabei kann wiederum auf rechtliche Expertise durch einen Austausch mit den von SenFin beauftragten Experten (Prof. Dr. Georg Hermes und Dr. Holger Weiß) zurückgegriffen werden. Dies ermöglicht es, recht genau Aussagen treffen zu können, die allerdings letztendlich im Rahmen rechtlicher Untersu-

chungen final abgesichert werden sollten; vgl. in diesem Kontext wiederum HERMES / WEISS (2018). Da innerhalb des von der Schuldenbremse für Bund und Ländern im Grundgesetz in Art. 109 Abs. 3 GG eröffneten bzw. belassenen Spielraums im Land Berlin auf Ebene des Landesrechts eine Schuldenbremse implementiert werden soll, erfolgen die Analysen zur Untersuchungsfrage 3 z.T. (implizit) in Szenarien hinsichtlich der Ausgestaltung dieser „Berliner Schuldenbremse“.

Neben dem traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben und dem HOWOGE-ÖÖP-Modell werden in dieser Stellungnahme – abgesehen von einer kurzen Thematisierung der Eignung des ÖPP-Ansatzes – keine weiteren möglichen institutionellen Ausgestaltungsoptionen für die BSO betrachtet. Es werden lediglich insofern Modifikationen des HOWOGE-ÖÖP-Modells berücksichtigt, als dass Wege diskutiert werden, wie die zukünftige Umsetzung bestimmter „Privatisierungsmöglichkeiten“ verhindert bzw. erschwert werden kann. In dem Kontext, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell keinerlei spezifischer gesetzlicher Grundlagen bedarf und das Abgeordnetenhaus – abgesehen von der aufgrund § 64 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 LHO im Zusammenhang mit der Gewährung von Erbbaurechten vom Land Berlin an die HOWOGE erforderlichen Befassung des Hauptausschusses – „lediglich“ bei der Finanzmittelbereitstellung im Rahmen der Haushaltsgesetzgebung zu involvieren ist, werden dabei nur Wege betrachtet, die ebenfalls keinerlei gesetzgeberische Aktivität erfordern.

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell tangiert (neben den bereits angesprochenen) diverse weitere Rechtsfragen, u.a. zur in der Berliner Landesverfassung vorgesehenen Koordination zwischen dem Land und seinen Bezirken. Derartige Rechtsfragen werden in dieser Stellungnahme grundsätzlich nicht berücksichtigt. Auf diese und ausgewählte weitere Rechtsfragen wird z.T. in HERMES / WEISS (2018) eingegangen.

STRUKTUR DIESER STELLUNGNAHME

Diese Stellungnahme ist wie folgt aufgebaut:²

- In Abschnitt 2 erfolgt eine abstrakte Analyse von idealtypischen ÖPP- und ÖÖP-Modellen im Schulbaubereich, mit der die im weiteren Verlauf dieser Stellungnahme (und zwar im späteren Abschnitt 4) erfolgenden Analysen zum HOWOGE-ÖÖP-Modell vorbereitet werden. Nach der Vorstellung zentraler Charakteristika von ÖPP- und ÖÖP-Projekten in Abschnitt 2.1 werden in Abschnitt 2.2 die Realisierung von Projekten gemäß der konventionellen Beschaffungsvariante sowie nach dem ÖPP- und dem ÖÖP-Ansatz hinsichtlich der Wirkungen auf die Kosten und die (gerade auch durch die Verfügbarkeit von Personalkapazitäten zur Wahrnehmung von Planungs- und Steuerungsaufgaben auf der Bauherrenseite beeinflussten) Realisierungsdauern miteinander verglichen. In Abschnitt 2.3 werden die Möglichkeiten zur Kapitalaufnahme zur Investitionsfinanzierung bei ÖPP- und ÖÖP-Modellen im Kontext von Schuldenbremsen thematisiert.

² Angemerkt sei, dass aufgrund von Ressourcen- und dabei vor allem Zeitrestriktionen Analyseschritte in dieser Stellungnahme nicht stets in einer Tiefe dargestellt werden können, die im Hinblick auf eine möglichst unkomplizierte intersubjektive Nachvollziehbarkeit wünschenswert wären. Vgl. im Übrigen COLANDER (1992) und COLANDER (2017) zu methodischen Herausforderungen der Analyse von (konkreten) Handlungsoptionen im Bereich der (Wirtschafts-)Politik und der Regulierung.

- In Abschnitt 3 wird die BSO genauer vorgestellt und es erfolgt eine (etwas) genauere Darstellung der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben in der Vergangenheit und im Status quo nach dem traditionellen Ansatz zum einen sowie des HOWOGE-ÖÖP-Modells zum anderen, wobei dort keinesfalls – auf die diversen vorliegenden Rechtsfragen und die begrenzten Möglichkeiten zur Auseinandersetzung mit diesen im Rahmen dieser Stellungnahme ist bereits verwiesen worden – sämtliche diesbezüglichen Aspekte erläutert werden können.
- In Abschnitt 4 werden die drei aufgezeigten Untersuchungsfragen betrachtet und damit einhergehend Vor- und Nachteile des HOWOGE-ÖÖP-Modells im Vergleich zum traditionellen Ansatz thematisiert. In diesem Zusammenhang wird auch untersucht, welche Möglichkeiten zur Umwandlung des HOWOGE-ÖÖP-Modells in ein ÖPP-Projekt sowie zur Implementierung sonstiger Privatisierungs-ähnlicher Modelle bestehen.

In einem Anhang (Abschnitt 5) werden grundlegende institutionenökonomische Erkenntnisse zum ÖPP-Ansatz und zu Fragen der Beschaffung und Eigenerstellung durch die öffentliche Hand dargestellt, auf die umfangreich in Abschnitt 2 sowie außerdem auch in Abschnitt 4 zurückgegriffen wird.

2 Abstrakte Analyse der Anwendung des ÖPP- und des ÖÖP-Ansatzes bei Schulbauvorhaben

2.1 Zentrale Charakteristika von ÖPP- und ÖÖP-Projekten

2.1.1 ÖPP-Projekte als Alternative zu einer Projektrealisierung nach der konventionellen Beschaffungsvariante

Mit Blick auf die Ziele einer effizienten Leistungserstellung und einer effektiven Erreichung zeitlicher Ziele hinsichtlich von Projektrealisierungen stellt sich die Frage, in welchem Umfang und in welcher Weise im öffentlichen Hochbau und somit auch bei den Schulbauvorhaben Aufgaben von der öffentlichen Hand an private Unternehmen übertragen werden sollten. Der Einbezug von privaten Unternehmen (als Auftragnehmer der öffentlichen Hand) bringt zum einen die Frage der Vertrags- / Auftrags- bzw. Losgrößenwahl (oder – anders formuliert – die Frage der Bündelung von Aufgaben bzw. Leistungen, Gewerken bzw. Losen) sowie zum anderen die Frage der Art und Weise der Etablierung von Anreizmechanismen für die Auftragnehmer mit sich.

Traditionell wird im öffentlichen Hochbau die so genannte „konventionelle Beschaffungsvariante“ angewendet, bei der Aufgaben der Planung, des Baus, der baulichen Unterhaltung und Sanierung sowie des Betriebs separat in mehr oder weniger großen (Los-)Bündeln ausgeschrieben bzw. – speziell beim Betrieb und ggf. bei kleineren Unterhaltungsmaßnahmen – von der öffentlichen Hand in Eigenregie wahrgenommen werden. Im Rahmen der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante bestehen wiederum diverse Optionen, wie im Bereich der Bau- und der vorgelagerten Planungsleistungen Auftragnehmer einbezogen werden können. Denn auch hier stellt sich die Frage des Umfangs der Bündelung von Aufgaben sowie der Art und Weise der Etablierung von Anreizmechanismen, was beispielsweise in BECKERS / EDQUIST / ZIMMERMANN (2013) und EDQUIST (2017) vertieft thematisiert wird.

Eine Alternative zur Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante – sowohl bei öffentlichen Hochbauvorhaben im Allgemeinen als auch bei Schulbauvorhaben im Speziellen – stellt der ÖPP-Ansatz dar. Bei ÖPP-Projekten werden der Bau und i.d.R. auch einige vorgelagerte Planungsleistungen, die Unterhaltung und sonstige Erhaltungsmaßnahmen sowie der (Gebäude-)Betrieb gebündelt und damit einhergehend langfristig (i.d.R. für einen Zeitraum von 15 bis 30 Jahren) in einem Vertrag an einen privaten Auftragnehmer übertragen. Damit einhergehend kann bei ÖPP-Projekten die Leistungsbeschreibung insofern „Output-orientiert“ erfolgen, als dass die Leistung der Bereitstellung eines nutzbaren (Schul- oder sonstigen öffentlichen) Gebäudes vom öffentlichen Auftraggeber dem privaten Auftragnehmer vorgegeben wird. Üblicherweise wird bei ÖPP-Projekten eine so genannte „Output-orientierte Anreizsetzung“ vorgesehen, nach der dem Auftragnehmer das Kostenrisiko dadurch übertragen wird, dass dessen Vergütung nach dem „Festpreis-Prinzip“ erfolgt. Von einem derartigen Anreizregime wird auch bei der Diskussion des ÖPP-Ansatzes in dieser Stellungnahme grundsätzlich ausgegangen.³

ÖPP-Projekte werden in Deutschland bei Schulen seit etwa Mitte der 2000er Jahre gelegentlich durchgeführt. Im Regelfall umfassen die ÖPP-Projekte nur einzelne Schulbauvorhaben. Vereinzelt werden aber auch größere Gruppen von Schulgebäuden im Rahmen eines ÖPP-Projektes von der öffentlichen Hand an einen privaten Auftragnehmer übertragen.⁴ Eine umfangreiche Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Bereich von Schulgebäuden erfolgt insbesondere in Großbritannien.⁵

2.1.2 Überblick über verschiedene ÖÖP-Formen und Fokus auf „interne ÖÖP-Lösungen“

Bei ÖÖP-Projekten erfolgt eine Aufgabenübertragung von einem öffentlichen Akteur auf einen anderen. Eine allgemein anerkannte Definition für ÖÖP-Projekte existiert jedoch nicht. Üblicherweise wird insbesondere dann von einem ÖÖP-Projekt gesprochen, wenn die Aufgabenübertragung zwischen den öffentlichen Akteuren vertraglich auf privatrechtlicher Ebene vereinbart wird. Es können insbesondere die folgenden Konstellationen unterschieden werden:

- **„Interne ÖÖP-Projekte“:** Bei einem „internen ÖÖP-Projekten“ erfolgt die Aufgabenübertragung zwischen zwei Akteuren, die beide (vollständig) einer Gebietskörperschaft zuzurechnen sind. Demnach wäre dann auch die Übertragung einer Aufgabe von einer Kommune an „ihr“ Stadtwerk auf privatrechtlicher Basis als ÖÖP-Projekt einzuordnen. Bei diesem Beispiel würde quasi auf der vertikalen Ebene der ÖÖP-Ansatz angewendet werden („internes vertikales ÖÖP-Projekt“). Denkbar ist auch, dass eine Kommune ein ÖÖP-Projekt durchführt bzw. initiiert, bei dem ein kommunales Unternehmen auf vertraglichem Weg von einer anderen kommunalen Stelle auf der horizontalen Ebene eine Aufgabe übertragen bekommt, die nicht zu

³ Bei einer derartigen Output-orientierten Anreizsetzung ist grundsätzlich eine gewisse Kapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer zur Unterfütterung der vertraglich definierten Risikoallokation sinnvoll; vgl. dazu BECKERS ET AL. (2008).

⁴ In diesem Zusammenhang kann insbesondere auf ein ÖPP-Projekt im Kreis Offenbach verwiesen werden, das sehr viele Schulen umfasst; vgl. dazu HESSISCHER RECHNUNGSHOF (2015).

⁵ Vgl. dazu z.B. HOC (2011).

dessen traditionellem (Kern-)Aufgabengebiet gehört. Ein Beispiel hierfür ist die Übernahme von Aufgaben im Bereich des Schulbaus durch eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft („internes horizontales ÖÖP-Projekt“). Interne ÖÖP-Projekte können im Regelfall ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens initiiert werden.

- **„Externe ÖÖP-Projekte“:** Bei einem „externen ÖÖP-Projekt“ erfolgt eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Akteuren, die unterschiedlichen Gebietskörperschaften zuzurechnen sind, oder direkt zwischen unterschiedlichen Gebietskörperschaften. Diese können derselben Ebene des staatlichen Mehrebenensystems entstammen („externes ÖÖP-Projekt auf einer Ebene“, z.B. zwei kommunale Unternehmen) oder auf unterschiedlichen Ebenen tätig sein („Ebenen-übergreifendes externes ÖÖP-Projekt“, z.B. Kooperation zwischen Landesunternehmen und kommunalem Unternehmen). In diesem Zusammenhang können auch verschiedene Formen von interkommunaler Zusammenarbeit (IKZ) als externe ÖÖP-Projekte eingeordnet werden. Es kann als konstitutives Charakteristikum von externen ÖÖP-Projekten angesehen werden, dass keiner der Partner eine Gewinnerzielungsabsicht aufweist, die zu Lasten des anderen Partners geht, und in diesem Kontext können externe ÖÖP-Vorhaben – sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind bzw. Vorgaben beachtet werden – durchgeführt werden, ohne dass ein Vergabeverfahren zu erfolgen hat.⁶ Insofern liegt beispielsweise dann kein ÖÖP-Projekt vor, wenn ein kommunales Unternehmen mit einer (wie bei privaten Unternehmen üblichen) Gewinnerzielungsabsicht vertraglich Aufgaben von einer anderen Kommune übertragen bekommt.⁷ Im Übrigen kann eine Aufgabenübertragung von einer Gebietskörperschaft oder einem anderen öffentlichen Akteur auf eine „Not-for-Profit“-Organisation u.U. mit ähnlichen Eigenarten einhergehen wie ein externes ÖÖP-Projekt, weshalb dann auch von einem „ÖÖP-ähnlichen Projekt“ gesprochen werden kann.

In dieser Stellungnahme wird im Folgenden – auch wenn nur von „ÖÖP-Projekten“ (und nicht von „internen ÖÖP-Projekten“) gesprochen wird – lediglich Bezug auf interne ÖÖP-Projekte genommen. Auch bei internen ÖÖP-Projekten stellen sich – ähnlich wie innerhalb von Organisationen – Fragen der Gestaltung von Anreiz-, Kontroll- und Steuerungsregimen. In Deutschland stellt die Übertragung der Aufgabe des Schulgebäudemanagements (Bau, Erhaltung und Betrieb) bei 32 Schulen von der Stadt Hamburg an landeseigene Immobiliengesellschaften ein prominentes Beispiel für ein ÖÖP-Projekt dar.⁸

⁶ Unabhängig davon stellt bei externen ÖÖP-Projekten die Gestaltung des Anreizregimes häufig eine wesentlich größere Herausforderung als bei internen ÖÖP-Projekten dar, da damit Verteilungsfragen zwischen den Gebietskörperschaften bzw. den diesen zuzurechnenden Akteuren einhergehen können, was mit Bezug zu IKZ z.B. in BECKERS / KLATT / ZIMMERMANN (2011) thematisiert wird.

⁷ Ein Beispiel hierfür ist die Übertragung der Aufgabe des Betriebs eines Stromverteilnetzes durch eine Kommune A an das zu einer Kommune B gehörende Stadtwerk, das – zumindest in dieser (Vertrags-)Beziehung – wie ein privates Unternehmen (gewinnorientiert) agiert. Eine derartige Vertragsbeziehung kann dann auch als „unechtes ÖÖP-Projekt“ eingeordnet werden.

⁸ Siehe hierzu HAMBURGER SENAT (2009).

2.2 Kosteneffizienz und zeitliche Effektivität

2.2.1 Konventionelle Beschaffungsvariante vs. ÖPP-Ansatz

Aufgrund des Zusammenspiels der Spezifität von Investitionen, der Langfristigkeit und der Unvollständigkeit der Verträge sowie des (potentiellen) Opportunismus der Vertragsparteien gehen ÖPP-Projekte im Infrastrukturbereich im Vergleich zu einer Projektrealisierung gemäß der konventionellen Beschaffungsvariante quasi stets mit erheblichen Nachteilen, insbesondere mit sehr hohen Transaktionskosten, einher. In diesem Kontext weisen zu ÖPP-Projekten im Infrastrukturbereich durchgeführte Analysen, die auf institutionenökonomische Erkenntnisse zurückgreifen und auch die in der Praxis gesammelten Erfahrungen (zumindest implizit) berücksichtigen, darauf hin, dass es – siehe dazu ausführlich den Anhang zum Thema „ÖPP als eine mögliche Beschaffungsvariante und die Make-or-Buy-Frage – Institutionenökonomische Grundlagen“ (Abschnitt 5) – nur in sehr speziellen Konstellationen möglich ist, durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Infrastrukturbereich Kosteneinsparungen zu erzielen. Der öffentliche Hochbau im Allgemeinen und Schulimmobilien im Speziellen gehören grundsätzlich nicht zu diesen speziellen Konstellationen und damit einhergehend kann grundsätzlich davon abgeraten werden, ÖPP-Projekte in diesem Bereich durchzuführen, wenn – gemäß den Vorgaben von Bundes- und Landeshaushaltsordnungen – eine wirtschaftliche Realisierung von Projekten angestrebt wird.

Im Vorfeld von ÖPP-Projekten sind „dicke Verträge“ zu entwickeln und abzuschließen, mit denen sich die Projektpartner vor dem (potentiellen) Opportunismus der jeweils anderen Seite zu schützen beabsichtigen, sowie damit einhergehend regelmäßig relativ lang andauernde Vergabeverfahren durchzuführen. Außerdem können Output-orientierte Anreizregime, die mit dem Grundgedanken des Festpreis-Prinzips korrespondieren, regelmäßig nur dann auf eine nicht offensichtlich unsinnige Weise implementiert werden, wenn Planungsarbeiten schon weit fortgeschritten sind und damit einhergehend die durch den Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen ausreichend genau beschrieben werden können.⁹ Aufgrund des für die genannten Punkte (aufwendige Vertragsvorbereitung und langandauernde Vergabeverfahren, Erreichung eines gewissen Mindestmaßes an Planungsfortschritt) anfallenden, vielfach nicht unerheblichen Zeitaufwandes sind ÖPP-Projekte grundsätzlich ungeeignet, wenn im öffentlichen Hochbau im Allgemeinen und bei Schulimmobilien im Speziellen eine zügige Projektrealisierung angestrebt wird. Nach Vertragsabschluss zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Auftragnehmer kann es zwar eventuell im Vergleich zu einer Projektrealisierung unter Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante zu Zeiteinsparungen kommen, aber durch diese werden regelmäßig nicht die vorherigen Zeitverluste ausgeglichen werden können. Außerdem sind derartige Zeitgewinne nach dem Vertragsschluss bei ÖPP-Vorhaben eher nicht zu erwarten, wenn im Rahmen einer konventionellen Projektrealisierung die Bau- und ggf. auch vorgelagerte Planungsleistungen in einer gebündelten Weise – und somit nach dem Generalunternehmer (GU)- oder Totalunternehmer (TU)-Ansatz – vom öffentlichen Auftraggeber an einen privaten Auftragnehmer

⁹ Vgl. dazu auch BECKERS / KLATT (2008).

übertragen werden. Auf diesem Weg können bei geeigneter Vertragsgestaltung in vielen (Bau-) Konstellationen Zeiteinsparungen erreicht werden.

2.2.2 Effekte der Anwendung des ÖÖP-Ansatzes

Die in dieser Stellungnahme berücksichtigten (internen) ÖÖP-Projekten finden gewissermaßen in einer Art von Hierarchie statt, in der sich letztendlich die jeweilige Gebietskörperschaft in einer übergeordneten Position zu – je nach Art des internen ÖÖP-Projektes – dem einen anderen Partner (im Falle eines internen vertikalen ÖÖP-Projektes) oder beiden beteiligten Partnern (im Falle eines internen horizontalen ÖÖP-Projektes) befindet. In einer Hierarchie geht die Koordination zwischen den Akteuren auch bei komplexen Transaktionen, hinsichtlich derer Verträge stets recht unvollkommen sein werden, regelmäßig mit relativ geringen Transaktionskosten einher. In diesem Kontext sind ÖÖP-Projekte im öffentlichen Hochbau im Allgemeinen und bei Schulbauvorhaben im Speziellen im Hinblick auf die Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit insofern als grundsätzlich relativ unproblematisch einzuordnen, als dass keinesfalls erhebliche Kostensteigerungen im Vergleich zum Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante zu erwarten sind, sondern vielmehr oftmals in etwa gleich hohe Kosten anfallen dürften, wie bei Verzicht auf die „ÖÖP-Konstruktion“. Genau wie gewisse Kostensteigerungen sind auch Kosteneinsparungen denkbar, die insbesondere dann auftreten können, wenn im Rahmen des ÖÖP-Vorhabens Synergieeffekte erzielt werden können, was z.B. bei Realisierung von Schulbauvorhaben durch ein öffentliches Wohnungsbaunternehmen möglich sein kann. Anzumerken ist, dass sich auch bei ÖÖP-Vorhaben – ähnlich wie dies in einer Hierarchie der Fall ist – die Frage der Gestaltung des Anreiz-, Kontroll- und Steuerungsregimes im Rahmen der Vertragsbeziehung stellt. Vielfach wird es im Kontext von Kontrahierungsproblemen sinnvoll sein, eher anreizschwache (Anreiz-)Regime anzuwenden.

Im Vergleich zu ÖÖP-Vorhaben können vertragliche Vereinbarungen bei ÖÖP-Vorhaben i.d.R. recht schnell entwickelt werden. Sofern dies nicht möglich ist oder nicht angestrebt wird, müssen dennoch nicht unbedingt Projektverzögerungen auftreten, denn im Kontext einer Hierarchie-ähnlichen Konstellationen bei (internen) ÖÖP-Vorhaben kann eine Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Akteuren in der Planungsphase ggf. auch schon erfolgen, solange noch kein expliziter Vertrag abgeschlossen worden ist. Außerdem können im Bereich des öffentlichen Hochbaus durch ÖÖP-Vorhaben Zeitgewinne erreicht werden, wenn Aufgaben von einem öffentlichen Partner, der über keine oder nur begrenzte Ressourcen zur Wahrnehmung von nicht sinnvoll auf private Auftragnehmer übertragbaren Planungs- und Steuerungsaufgaben¹⁰ verfügt, auf einen anderen Partner übertragen werden, bei dem genau diese Ressourcen vorhanden sind. Insofern können ÖÖP-Projekte im Einzelfall dazu beitragen, zeitliche Projektziele effektiv zu erreichen.

¹⁰ Zu Fragen der Übertragung von Planungs- und Steuerungsaufgaben von einem öffentlichen Bauherren auf private Dienstleister vgl. z.B. BECKERS / EDQUIST / ZIMMERMANN (2013) und EDQUIST (2017).

2.3 Investitionsfinanzierung, Kapitalaufnahme und Schuldenbremsen

Schuldenbremsen können sich limitierend auf das kreditfinanzierte Investitionsverhalten der öffentlichen Hand im Allgemeinen und im Infrastrukturbereich und damit auch bei Schulimmobilien im Speziellen auswirken. Aus institutionenökonomischer Perspektive können Schuldenbremsen als eine Form der politischen Selbstbindung eingeordnet werden, da politische Entscheidungsträger bei ihren Ausgabenentscheidungen und dabei (in Abhängigkeit der Ausgestaltung von Schuldenbremsen) ggf. auch bei ihren Entscheidungen hinsichtlich Investitionen im Allgemeinen und Infrastrukturinvestitionen im Speziellen weniger flexibel agieren können. Regelungen zu Schuldenbremsen können auf verschiedenen Normebenen kodifiziert sein, was sich wiederum auf den Grad der politischen Selbstbindung auswirkt.

In diesem Abschnitt werden die Möglichkeiten zur Kapitalaufnahme zur Investitionsfinanzierung im Kontext der Ausgestaltung von Schuldenbremsen thematisiert und in diesem Zusammenhang auch die Optionen zur Kapitalaufnahme im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten betrachtet. Dabei steht die deutsche grundgesetzliche Schuldenbremse im Fokus (Abschnitt 2.3.1). In einem Exkurs wird auf die unionsrechtlichen Maastricht-Kriterien als „europäische Schuldenbremse“ (und dabei auch auf das Europäische System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen [ESVG]) eingegangen (Abschnitt 2.3.2).¹¹

2.3.1 Die deutsche Schuldenbremse und die Berücksichtigung von zur Investitionsfinanzierung aufgenommenem Kapital bei ÖPP- und ÖÖP-Projekten

2.3.1.1 Grundlagen zur deutschen Schuldenbremse

GRUNDLAGEN ZUR DEUTSCHEN SCHULDENBREMSE MIT BEZUG ZUM BUND

Die seit 2009 im Grundgesetz implementierte deutsche Schuldenbremse schreibt in Art. 109 Abs. 3 GG für den Bund vor, dass der Bundeshaushalt grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen ist. Dabei zielt diese Regelung auf den Kernhaushalt des Bundes ab. In der Literatur wird z.T. in Erwägung gezogen, dass darüber hinaus auch noch reine zur Umgehung des Grundgedankens der Schuldenbremse gegründete Finanzierungsgesellschaften des Bundes, die über keinerlei Sachaufgabe verfügen, von dieser erfasst sein dürften.^{12, 13} In Art. 109a Abs. 2 GG ist festgehalten, dass sich der so genannte Stabilitätsrat bei seiner Überwachung der Einhaltung der deutschen Schuldenbremse durch den Bund an den unionsrechtlichen Vorgaben und Verfahren orientiert, wobei davon auszugehen ist, dass diese Regelung einen eher „weichen“ Charakter hat und keinen direkten Einfluss auf die deutsche Schuldenbremse ausübt. Für den Bund wird die grundgesetzliche Schuldenbremse in Art. 115 GG dahingehend präzisiert, dass der Regelung aus Art. 109 Abs. 3 GG entsprochen wird, wenn

¹¹ Eine weitere Schuldenbremse, die jedoch im Folgenden grundsätzlich nicht weiter thematisiert wird, stellt der völkerrechtlich vereinbarte Europäische Fiskalpakt dar, der auf einfachgesetzlicher Ebene im Haushaltsgrundsatzgesetz (§ 51 Abs. 2 HGrG) im deutschen Recht abgebildet worden ist.

¹² Vgl. HERMES / SCHMIDT (2016) sowie HERMES / WEISS (2018).

¹³ Durch Art. 143d GG wird in jedem Fall sichergestellt, dass neue Sondervermögen des Bundes von der deutschen Schuldenbremse erfasst werden.

die Einnahmen aus Krediten 0,35 % des nominalen BIP nicht überschreiten, und es werden bestimmte Vorgaben zu „technischen Berechnungsgrundsätzen“ gemacht.

Die grundgesetzliche Schuldenbremse steht in einem Zusammenhang mit der deutschen Finanzstatistik, zu der das so genannte „Schalenkonzept“ gehört.¹⁴ Den Kern beim Schalenkonzept bilden die Kernhaushalte, denen die Haushalte des Bundes, der Länder, der Gemeinden/Gemeindeverbände und der Sozialversicherungen zuzurechnen sind. In der ersten (inneren) Schale befinden sich die so genannten Extrahaushalte, zu denen die ausgegliederten öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen („FEU“) zählen.¹⁵ Die Extra- und die Kernhaushalte bilden in der deutschen Finanzstatistik den „öffentlichen Gesamthaushalt“. Die zweite (äußere) Schale umfasst die so genannten „sonstigen FEU“, die zusammen mit den Kern- sowie Extrahaushalten den „öffentlichen Bereich“ bilden. Für die Abgrenzung zwischen der inneren und äußeren Schale, also zwischen Extrahaushalten und sonstigen FEU, greift die deutsche Finanzstatistik auf die Regelungen des ESVG hinsichtlich der Zuordnung von Einheiten entweder zum Sektor Staat oder – als so genannte „Marktproduzenten“ – zum Privatsektor zurück, auf die in Abschnitt 2.3.2.1 noch genauer eingegangen wird.

GRUNDLAGEN ZUR DEUTSCHEN SCHULDENBREMSE MIT BEZUG ZU DEN LÄNDERN IM ALLGEMEINEN UND DEM LAND BERLIN IM SPEZIELLEN

Vom Grundsatz her etabliert der Art. 109 Abs. 3 GG auch die Regeln zur Verschuldung für die Länder, die die Länder jedoch im Rahmen von landesrechtlichen Regelungen näher ausgestalten können. Dabei dürfen die Länder nicht hinter die in Art 109 Abs. 3 GG etablierte (Verschuldungs-)Grenze zurückfallen, sondern diese lediglich verschärfen. Darüber hinaus gilt gemäß Art. 143d Abs. 1 GG die speziell auf die Länder bezogene Vorgabe eines ausgeglichenen Haushalts mit einem Neuverschuldungsverbot erst ab dem Jahr 2020.¹⁶ Der bereits erwähnte Art. 109a Abs. 2 GG betrifft ebenfalls die Länder, ist aber wiederum lediglich als „weiche“ Regelung zu verstehen.

Die deutsche Schuldenbremse ist hinsichtlich der Länder im Zeitraum bis Ende 2019 danach zu differenzieren, ob es sich um ein Konsolidierungsland handelt oder nicht. Auf der Grundlage von Art. 109a GG und Art. 143d GG wird für die Konsolidierungsländer temporär ein gesondertes Schuldenregelregime etabliert, das letztendlich in einer Verwaltungsvereinbarung gemäß dem Gesetz zur Gewährung von Konsolidierungshilfen zwischen dem Bund und dem Konsolidierungsland konkretisiert wird.

Für Berlin als ein bis zum Jahr 2019 Konsolidierungshilfen in Anspruch nehmendes Land beinhaltet die entsprechende (ebenfalls bis 2019 gültige) Verwaltungsvereinbarung („Konsolidierungsvereinbarung“) die Regelung, dass neben dem Landeshaushalt (als Kernhaushalt) zudem die Finanzierungssalden aller nach dem ESVG zum Sektor Staat gehörenden Einrichtungen des Landes (also gemäß

¹⁴ Vgl. STATISTISCHE BUNDESAMT (2016) für die Ausführungen zur deutschen Finanzstatistik und zum Schalenkonzept.

¹⁵ Vgl. SCHMIDT (2011).

¹⁶ Ab dem Jahr 2020 wird damit einhergehend die derzeit in der Berliner Landesverfassung (noch) verankerte Regelung, die eine Neuverschuldung in Höhe der (Netto-)Investitionen erlaubt (Art. 87 Abs. 2 BlnVerf) und in der Finanzwissenschaft bzw. Fiskalpolitik auch als „Goldene Regel“ bezeichnet wird, durch die übergeordnete Vorgabe des Art. 109 Abs. 3 GG „übertrumpft“ und somit außer Kraft gesetzt.

der deutschen Finanzstatistik auch die Extrahaushalte), die über eine eigene Kreditermächtigung verfügen, von den Regelungen zur Begrenzung der Verschuldung erfasst werden. Damit einhergehend werden durch die Konsolidierungsvereinbarung bestimmte jährliche Obergrenzen des (strukturellen) Finanzierungsdefizits vorgegeben, die es einzuhalten gilt, um vom Bund Konsolidierungshilfen ausgezahlt zu bekommen. Somit sieht das gesonderte Schuldenregelregime für das Land Berlin – davon ausgehend, dass das Land Berlin nicht auf die Konsolidierungshilfen verzichten möchte – bei der Frage, die Verschuldung welcher aus dem Kernhaushalt ausgelagerter Einheiten bei der Prüfung der Einhaltung von Verschuldungsgrenzen zu berücksichtigen sind, eine strengere Vorschrift als die in Art. 109 Abs. 3 GG etablierte vor. Es sei erwähnt, dass auf die ESVG-Regeln für die Zuordnung von (Infrastruktur-)Assets und der damit verbundenen Schulden im Rahmen von Auftragsverhältnissen – worauf in Abschnitt 2.3.2.1 noch näher eingegangen wird – in der Verwaltungsvereinbarung kein Bezug genommen wird. Ab 2020 wird das Land Berlin nicht länger ein Konsolidierungsland sein und somit nicht mehr dem in der Verwaltungsvereinbarung mit dem Bund etablierten gesonderten Schuldenregelregime unterliegen. Im Übrigen wird im Land Berlin beabsichtigt, in naher Zukunft innerhalb des durch den Art. 109 Abs. 33 GG etablierten Rahmens landesrechtliche Regelungen zur Kreditaufnahme zu beschließen und dabei auch zu entscheiden, ob nur der Kernhaushalt oder zudem auch die Extrahaushalte einem Verschuldungsverbot unterliegen sollen.¹⁷

2.3.1.2 Einordnung einer Kapitalaufnahme im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten im Lichte der deutschen Schuldenbremse

Im Kontext des in Art. 109 Abs. 3 GG etablierten Verbots, im Zusammenhang mit der Haushaltsfinanzierung von Infrastrukturinvestitionen eine Verschuldung einzugehen, wird folgend thematisiert, inwieweit das im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen aufgenommene Kapital bei der Prüfung der Einhaltung der grundgesetzlichen (deutschen) Schuldenbremse berücksichtigt wird. Dabei beziehen sich die Analysen auf Infrastrukturinvestitionen im Allgemeinen, aber gelten damit einhergehend auch für Investitionen im Bereich von Schulimmobilien im Speziellen.

2.3.1.2.1 ÖPP-Projekte

Bei einem (idealtypischen) ÖPP-Projekt wird vom privaten Auftragnehmer der öffentlichen Hand Kapital zur Investitionsfinanzierung bereitgestellt.¹⁸ Aus den Vergütungszahlungen, die der private Auftragnehmer vom öffentlichen Auftraggeber während der Laufzeit des ÖPP-Projektes erhält, kann er sukzessive seine Schulden tilgen. Damit einhergehend wird bei Durchführung eines ÖPP-Projektes der (Kern-)Haushalt der öffentlichen Hand in der Investitionsphase – anders als bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante im Zusammenhang mit einer Haushaltsfinanzierung – nicht mit hohen Ausgaben belastet, sondern die Ausgaben verteilen sich vielmehr auf die Laufzeit des ÖPP-

¹⁷ Siehe hierzu BERLINER SENAT (2018b), insbesondere die Ausführungen zum „Regelungskreis“.

¹⁸ Vgl. für die Ausführungen zu ÖPP im Lichte der grundgesetzlichen Schuldenbremse z.B. auch BECKERS ET AL. (2014), MÜHLENKAMP (2012a), MÜHLENKAMP (2014) und WEICHENRIEDER (2014). Die Ergebnisse gelten letztendlich meist auch unabhängig von der Frage, ob die Gebietskörperschaft kameral oder doppisch bucht; siehe hierzu GREILING / GRÜB (2016).

Projektes. Dies führt letztendlich bei einem vom Bund durchgeführten ÖPP-Projekt dazu, dass das von dem privaten Auftragnehmer zur Finanzierung der Infrastrukturmaßnahmen aufgenommene Kapital im Lichte der deutschen Schuldenbremse zum Zeitpunkt der Investition nicht – und somit anders als bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante im Zusammenhang mit einer Haushaltsfinanzierung – auf die Verschuldung des Bundes angerechnet wird. Dies gilt ebenfalls für die Durchführung von ÖPP-Projekten durch die Länder, sofern diese auf landesrechtlicher Ebene keine speziellen Regelungen beschließen, mit denen verhindert wird, dass die öffentliche Hand durch die Durchführung von ÖPP-Projekten Investitionsspielräume ausweitet.¹⁹ Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass im Rahmen von ÖPP-Projekten Infrastrukturinvestitionen durch eine Kreditaufnahme finanziert werden können, was bei einer Projektrealisierung nach der konventionellen Beschaffungsvariante im Zusammenhang mit einer Haushaltsfinanzierung aufgrund der grundgesetzlichen Schuldenbremse so nicht möglich ist. Damit einhergehend kann durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei der Realisierung von Infrastrukturvorhaben der Grundgedanke der deutschen Schuldenbremse umgangen werden.

2.3.1.2.2 ÖÖP-Projekte

Der Bund kann eine Kreditaufnahme zur Finanzierung einer Infrastrukturinvestition im Rahmen eines ÖÖP-Vorhabens von einem „öffentlichen Partner“ durchführen lassen, um den Grundgedanken des in Art. 109 Abs. 3 GG etablierten Verschuldungsverbots zu umgehen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der das Kapital aufnehmende öffentliche Partner nicht dem Kernhaushalt zugeordnet wird. Länder können analog vorgehen, sofern dem nicht spezielle landesrechtliche Regelungen entgegenstehen. Solange Berlin noch Konsolidierungsland ist, sind kreditfinanzierte Infrastrukturinvestitionen im Rahmen eines ÖÖP-Vorhabens nur dann – ohne dabei gegen die Konsolidierungsvereinbarung mit dem Bund zu verstoßen – möglich, wenn der öffentliche Partner auch nicht zu den Extrahaushalten gehört. Ein Beispiel für einen öffentlichen Partner im Rahmen eines ÖÖP-Vorhabens, der nicht zu den Extrahaushalten zählt, sondern ein sonstiges FEU darstellt und Kapital zur Finanzierung einer Infrastrukturinvestition aufnehmen könnte, ist eine (öffentliche) Wohnungsbaugesellschaft. Im Endeffekt ist es somit – und dies in besonderer Weise für den Bund und die Länder, die keine Konsolidierungshilfen erhalten und auf landesrechtlicher Ebene die bei Prüfung der Einhaltung des Art. 109 Abs. 3 GG angewendeten (Zuordnungs-)Regeln nicht verschärfen – recht einfach möglich, durch die Durchführung eines ÖÖP-Projektes den Grundgedanken des Art. 109 Abs. 3 GG insofern zu umgehen, als dass – genau wie bei ÖPP-Projekten – eine Kreditfinanzierung von Infrastrukturinvestitionen erfolgen kann.

¹⁹ Für einen auf die Projektrealisierung bei den Bundesautobahnen bezogenen Vorschlag für eine derartige spezielle Regelung vgl. BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2017).

2.3.2 Exkurs: Die europäische Schuldenbremse und die Berücksichtigung von zur Investitionsfinanzierung aufgenommenem Kapital bei ÖPP- und ÖÖP-Projekten

2.3.2.1 Grundlagen zur europäischen Schuldenbremse

Von der (in Art. 126 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 12 „verankerten“) europäischen Schuldenbremse werden mit den so genannten „Maastricht-Kriterien“ zwei zentrale Restriktionen etabliert: Zum einen ist die jährliche staatliche Neuverschuldung auf eine Höhe von max. 3 % des nominalen BIP beschränkt und zum anderen darf der öffentliche Schuldenstand die Marke von 60 % des nominalen BIP nicht überschreiten.²⁰ Dabei beziehen sich die Grenzwerte auf den Sektor Staat und somit erfasst die europäische Schuldenbremse die Neuverschuldung bzw. den Schuldenstand aller im Sektor Staat liegenden Einheiten.²¹

Bei der Prüfung der Einhaltung der europäischen Schuldenbremse sind die Regelungen im ESGV zu berücksichtigen. Im Folgenden werden die ESGV-Regeln im Hinblick auf zwei Fragen betrachtet, die für die anschließende Thematisierung der Bewertung einer Kapitalaufnahme zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten im Lichte der europäischen Schuldenbremse von Relevanz sind:²²

- Wann werden Einheiten (nicht mehr) zum Sektor Staat gezählt?
- Wem werden in einem Auftragsverhältnis im Allgemeinen und bei ÖPP-Verträgen im Speziellen die Assets und die zu deren Investitionsfinanzierung aufgenommenen Schulden zugeordnet?

REGELN FÜR DIE ZUORDNUNG VON EINHEITEN ZUM STAATS- BZW. PRIVATSEKTOR

Die im ESGV enthaltenen Regeln hinsichtlich der Frage, ob eine Einheit im Staatssektor oder (als Marktproduzent) außerhalb des Staatssektors und damit sozusagen im „Privatsektor“ einzuordnen ist, können als ein Prüfschema verstanden werden, das im Folgenden verkürzt dargestellt wird.²³ In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine so genannte institutionelle Einheit vorliegt, wofür sie insbesondere über Entscheidungsfreiheit in der Ausübung ihrer Hauptfunktion verfügen muss.²⁴ Anschließend wird gefragt, ob die Einheit vom Staat kontrolliert wird. Sollte dies der Fall sein, wird für diese öffentliche Einheit im letzten und meist entscheidenden Prüfschritt untersucht, ob sie als Markt- oder als Nichtmarktproduzent zu klassifizieren ist. Damit die öffentliche Einheit als Marktproduzent gilt und somit nicht dem Sektor Staat zuzuordnen ist, muss sie mit ihren erwirtschafteten Erlösen mindestens 50 %

²⁰ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass im Rahmen des Fiskalpakts die Zuordnungsregeln für Schulden nach dem ESGV grundsätzlich mit der Vorgabe einer maximalen gesamtstaatlichen Neuverschuldung von 0,5 % des BIP verbunden werden. Eine tiefergehende Berücksichtigung des Fiskalpakts erfolgt in dieser Stellungnahme – wie in Fußnote 11 erwähnt – nicht.

²¹ Im Gegensatz zur deutschen Schuldenbremse sind von der europäischen Schuldenbremse auch die Kommunen erfasst.

²² Die europäische Schuldenbremse ist ein sehr komplexes Regelwerk, worauf über die genannten Punkte hinaus jedoch nicht weiter eingegangen wird.

²³ Vgl. für diesen Abschnitt BECKERS ET AL. (2016), ESGV (2010), HANKE / BAUMANN (2015) und HERMES / SCHMIDT (2016).

²⁴ Darüber hinaus muss eine institutionelle Einheit das Kriterium erfüllen, dass sie entweder über eine vollständige Rechnungsführung verfügt oder in der Lage ist, eine vollständige Rechnungsführung zu erstellen.

ihrer Produktionskosten decken („Eigenfinanzierungsgrad“). Das Statistische Bundesamt zieht darüber hinaus ein weiteres Kriterium heran und prüft, ob die öffentliche Einheit mehr als 80 % ihrer Erlöse mit dem Staatsektor erzielt. Wenn dies nicht der Fall ist, dann wird die öffentliche Einheit als Marktproduzent klassifiziert und liegt somit außerhalb des Sektors Staat.²⁵ Erwähnt sei, dass eine Staatsgarantie – der Staat haftet für das von der Einheit aufgenommene Fremdkapital, was i.d.R. zu einer deutlichen Reduktion der Kapitalkosten führt – der Zuordnung als Marktproduzent grundsätzlich nicht entgegensteht, was insbesondere (aber nicht nur) dann gilt, wenn die Einheit einen marktgerechten Preis für den Erhalt dieser Garantie an den Staat zahlt.²⁶ Anzumerken ist, dass die Anwendung der vorgestellten Einheiten-Zuordnungsregeln, die im Übrigen durch viele weitere „Detailregeln“ ergänzt werden, in der Praxis oftmals durchaus mit vielen Schwierigkeiten einhergeht, auf die hier jedoch nicht vertieft eingegangen werden kann.

REGELN FÜR DIE ASSET-ZUORDNUNG IM RAHMEN EINES AUFTRAGSVERHÄLTNISSSES

Im ESVG sind ferner Regeln für die Zuordnung von (Infrastruktur-)Assets und für deren Finanzierung aufgenommene Schulden zum Auftragnehmer oder zum Auftraggeber im Rahmen von ÖPP-Verträgen definiert. Diese Regeln stellen insbesondere auf die Risikoallokation im Rahmen von Vertragsverhältnissen ab, wobei die Risikoallokation im Sinne des ESVG wohl nicht nur die Risikoallokation an sich sondern auch – hier den Darstellungen in BECKERS / BIESCHKE / WEISS (2018) und in Abschnitt 5 (Anhang) folgend – die Auswahl des Anreizsetzungsinstruments umfasst.

Nach dem ESVG werden die Assets (und damit einhergehend das für deren Finanzierung aufgenommene Kapital) grundsätzlich dem Auftragnehmer zugeordnet, wenn dieser vor allem das Bau(-kosten-)risiko sowie entweder das Verfügbarkeits- oder das Nachfragerisiko zu tragen hat.²⁷ Im ESVG und in speziellen Publikationen von Eurostat zur Frage der Asset-Zuordnung in ÖPP-Verträgen werden viele die Zuordnungsentscheidung ggf. beeinflussende Detailregeln betrachtet (wie beispielsweise Kündigungsklauseln und die Vergütung des Restwertes zum Buch- oder Marktwert bei vorzeitiger Vertragsauflösung), die in Verträgen bei ÖPP-Projekten enthalten sein können, auf die hier jedoch nicht weiter eingegangen werden kann.²⁸ Im Kontext dieser speziellen Regeln sowie der umfangreichen und komplexen ÖPP-Verträge, die im Normalfall nicht öffentlich zugänglich sind, stellt sich die Frage, wie die für die Anwendung des ESVG verantwortlichen statistischen Ämter die Art der Risikoallokation in ÖPP-Verträgen adäquat beurteilen sollen, um die Assets in Vertragsbeziehungen korrekt zuordnen zu können. In diesem Zusammenhang ist erschwerend zu berücksichtigen, dass bei ÖPP-Projekten im Kontext von häufig erfolgenden Nachverhandlungen und Vertragsanpassungen ggf. die Risikoallokation während der Vertragslaufzeit angepasst werden könnte. Diese Themen können im Rahmen dieser Stellungnahme allerdings nicht weiter betrachtet werden. Nicht zuletzt sei darauf hingewiesen, dass

²⁵ Dieses quantitative Kriterium ist zwar nicht im ESVG enthalten, aber dessen Anwendung durch das Statistische Bundesamt ist durch das Statistische Amt der Europäischen Union (Eurostat) anerkannt worden.

²⁶ Es sei darauf hingewiesen, dass bei einer Staatsgarantie ggf. das Beihilfenrecht zu beachten ist. Siehe hierzu BECKERS ET AL. (2017) und BECKERS / HERMES / WEISS (2017)

²⁷ In diesem Zusammenhang wird auch vom so genannten „Risk-and-Reward“-Ansatz gesprochen.

²⁸ Bei den speziellen Publikationen, die die ESVG-Regeln zur Zuordnung von ÖPP vertiefen, gehören MGDD (2014) und EPEC / EUROSTAT / EIB (2016).

die im ESVG kodifizierten Zuordnungsregeln für (Infrastruktur-)Assets im Rahmen von ÖPP-Projekten grundsätzlich analog auch für die Zuordnung von Assets im Rahmen von ÖÖP-Vorhaben gelten.

2.3.2.2 Einordnung einer Kapitalaufnahme im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten im Lichte der europäischen Schuldenbremse

2.3.2.2.1 ÖPP-Projekte

In Deutschland werden derzeit im Kontext der Prüfung der Einhaltung der Vorgaben der europäischen Schuldenbremse die (Infrastruktur-)Assets im Rahmen von ÖPP-Projekten, die dem Statistischen Bundesamt bekannt sind, grundsätzlich unabhängig von der konkreten vertraglichen Risikoallokation nicht dem privaten ÖPP-Auftragnehmer sondern dem Staat zugeordnet.^{29, 30} Dies hat zur Folge, dass das von den privaten Auftragnehmern im Rahmen von ÖPP-Projekten aufgenommene Kapital zur Investitionsfinanzierung im Lichte der europäischen Schuldenbremse vollumfänglich zur Verschuldung des Staates hinzugezählt wird. Eine Umgehung des Grundgedankens der europäischen Schuldenbremse erfolgt somit durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes in Deutschland (zumindest bei den dem Statistischen Bundesamt bekannten Projekten) derzeit nicht. Zwar könnte das Statistische Bundesamt sein Vorgehen in Zukunft ändern, aber davon wird bei den weiteren Analysen im Rahmen dieser Stellungnahme nicht ausgegangen.

2.3.2.2.2 ÖÖP-Projekte

EINHEITEN-ZUORDNUNGSREGELN

Im Gegensatz zu einem ÖPP-Projekt ist bei einem ÖÖP-Projekt zunächst anhand der im ESVG verankerten Einheiten-Zuordnungsregeln die Frage zu klären, ob sich der öffentliche Partner des Staates außerhalb des Sektors Staat befindet. Denn wenn der öffentliche Partner dem Sektor Staat zuzuordnen ist, dann ist das von ihm zur Investitionsfinanzierung aufgenommene Kapital ohnehin von der europäischen Schuldenbremse erfasst. Sofern der öffentliche Partner eine vom Staat kontrollierte institutionelle Einheit (z.B. ein öffentliches Unternehmen) darstellt, ist für eine Nichtberücksichtigung der Kapitalaufnahme im Lichte der europäischen Schuldenbremse entscheidend, dass der öffentliche Partner gemäß den vorgestellten Kriterien als Marktproduzent zu klassifizieren ist (und somit gemäß der deutschen Finanzstatistik ein sonstiges FEU darstellt). In diesem Rahmen ist u.a. zu prüfen, ob der öffentliche Partner auch bei Berücksichtigung des vorliegenden ÖÖP-Vorhabens das Eigenfinanzierungsgrad-Kriterium erfüllt sowie nicht mehr als 80 % seiner Erlöse mit dem Staat erzielt – andernfalls würde er nicht als Marktproduzent eingeordnet werden. Nur wenn dies der Fall ist, werden der

²⁹ Vgl. dazu RIETZLER (2015). Nach dem Kenntnisstand der Verfasser dieser Stellungnahme wird so für alle dem Statistischen Bundesamt bekannten (und somit also auch bei zumindest großen) ÖPP-Projekten vorgegangen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, dass auf diese Weise bei sämtlichen ÖPP-Projekten in Deutschland verfahren wird, denn insbesondere ÖPP-Projekte im kommunalen Bereich dürften dem Statistischen Bundesamt bzw. den jeweiligen Statistischen Landesämtern nicht immer bekannt sein..

³⁰ Denkbar ist jedoch, dass vom Statistischen Bundesamt eine Einzelfallprüfung durchgeführt wird, bei der – sofern der ÖPP-Vertrag bekannt ist – die konkrete Risikoallokation genauer beleuchtet und eine Zuordnung entsprechend der ESVG-Regeln vorgenommen wird. Falls die Einzelprüfung eine Zuordnung der (Infrastruktur-)Assets an den privaten ÖPP-Auftragnehmer ergibt, wird auch die mit der Investitionsfinanzierung verbundene Kapitalaufnahme nicht dem Staat zugerechnet.

öffentliche Partner und das von diesem im Rahmen des ÖÖP-Vorhabens zur Investitionsfinanzierung aufgenommene Kapital nicht dem Sektor Staat zugerechnet.

ASSET-ZUORDNUNGSREGELN

Im Hinblick auf die Frage der Zuordnung der Assets und der damit verbundenen Kapitalaufnahme bei ÖÖP-Projekten gelten – wie bereits dargestellt – grundsätzlich in analoger Weise die für ÖPP-Verträge vom ESVG etablierten Regeln und somit kommt der Risikoallokation eine entscheidende Bedeutung zu. Infolgedessen ist es bei ÖÖP-Vorhaben denkbar, dass der öffentliche Partner zwar als Marktproduzent eingeordnet und somit nicht dem Sektor Staat zugeordnet wird, aber aufgrund der Risikoallokation im Rahmen des ÖÖP-Vertrages die Assets und das zur Investitionsfinanzierung vom öffentlichen Partner aufgenommene Kapital letztendlich doch dem Staat zugerechnet und damit einhergehend von der europäischen Schuldenbremse erfasst werden. Somit wird – bildlich gesprochen – der Bereich des ÖÖP-Projekts aus dem öffentlichen Partner „herausgelöst“ und in den Bereich des Staates überführt.³¹

Abschließend sei nochmals betont, dass hinsichtlich der Frage, wie eine Kapitalaufnahme zur Investitionsfinanzierung im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten behandelt wird, die europäische Schuldenbremse mit den ihr zugrundeliegenden ESVG-Regelungen als deutlich komplizierter einzustufen ist als die deutsche Schuldenbremse. Eine vertiefte Diskussion der europäischen Schuldenbremse hat an dieser Stelle nicht stattzufinden, denn die Beurteilung einer Kapitalaufnahme zur Investitionsfinanzierung im Rahmen von ÖPP- und ÖÖP-Projekten im Lichte der europäischen Schuldenbremse steht – siehe dazu die einleitend (in Abschnitt 1) definierten Untersuchungsfragen – nicht im Fokus dieser Stellungnahme.

3 Darstellung der Investitionsplanungen und -bereiche im Rahmen der BSO sowie der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben nach dem traditionellen Ansatz und nach dem HOWOGE-ÖÖP-Modell

3.1 Investitionsplanungen und -bereiche im Rahmen der BSO

Für das auf zehn Jahre (2017-2026) angelegte Investitionsprogramm der Berliner Schulbau-Offensive sind Finanzmittel von insgesamt max. 5,5 Mrd. Euro vorgesehen, d.h. im Schnitt sollen in etwa 550 Mio. Euro pro Jahr umgesetzt werden.³² Die Mittel sollen wie folgt auf die verschiedenen Ausgabenbereiche aufgeteilt werden: Für den Schulneubau sind 2,7 Mrd. Euro eingeplant, für die unterschiedlich umfangreichen Sanierungsmaßnahmen bei den Schulen stehen 1,3 Mrd. Euro zur Verfügung und für den baulichen Unterhalt von Schulen sind 1,5 Mrd. Euro vorgesehen.

³¹ Im weiten Sinne kann dies auch als ein Anwendungsfall des im ESVG kodifizierten Rerouting bzw. „rearranged transaction“ angesehen werden, worauf im Rahmen dieser Stellungnahme nicht weiter eingegangen wird.

³² Siehe für die folgenden Ausführungen SenBJF (2018) und die Internetseite <https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/schulbauoffensive/artikel.613867.php> (abgerufen am 20.09.2018).

Die Aufteilung der Finanzmittel der BSO kann auch nach den verschiedenen für die Investitionsmaßnahmen verantwortlichen Akteuren und damit einhergehend nach Schultypen differenziert werden:

- Die Bezirke sollen insgesamt ca. 2,5 Mrd. Euro für „kleinere Sanierungen“ (mit einem Investitionsvolumen von jeweils weniger als 5,5 Mio. Euro) und „mittlere Sanierungen“ (mit einem Investitionsvolumen von jeweils zwischen 5,5 und 10 Mio. Euro) sowie den baulichen Unterhalt bei Grund- und weiterführenden Schulen erhalten. Allerdings besteht für die einzelnen Bezirke eine Option zur Abgabe von mittleren Sanierungsmaßnahmen an SenSW.
- Für die von SenSW zu verantwortenden Investitionsmaßnahmen ist – unabhängig von Sanierungen, bei denen die Bezirke über eine Abgabeoption verfügen – ein Finanzvolumen von 1,5 Mrd. Euro vorgesehen. Diese Investitionsmaßnahmen umfassen den Neubau von Grundschulen sowie ungefähr die Hälfte aller großen Sanierungsmaßnahmen (mehr als 10 Mio. Euro).
- Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells soll die HOWOGE für den Neubau von weiterführenden Schulen und die andere Hälfte der großen Sanierungsmaßnahmen Finanzmittel in Höhe von (mindestens) ca. 1 Mrd. Euro erhalten.³³ Das HOWOGE-ÖÖP-Modell stellt damit einen zentralen Bestandteil der Berliner Schulbau-Offensive dar.
- Der landeseigenen BIM stehen etwa 0,5 Mrd. Euro vor allem für Maßnahmen bei berufsbildenden Schulen zur Verfügung.

Allgemein lässt sich die Konzeption der BSO gemäß der Darstellung des Senats in zwei Phasen einteilen.³⁴ Die erste Phase umfasst im Wesentlichen vorbereitende Maßnahmen für die Realisierung der Investitionen, indem die benötigten Finanzmittel mobilisiert und haushälterisch sichergestellt sowie daneben die bisherigen (Planungs- und Bau-)Aktivitäten fortgeführt und verstärkt worden sind. Die zweite Phase zielt auf den Aufbau neuer Organisations-/Verwaltungsstrukturen ab, um die Berliner Schulbau-Offensive schneller und zielgerichteter umsetzen zu können. Dies betrifft zum einen vor allem die bereits erwähnten Veränderungen bei den Zuständigkeiten im Bereich der Umsetzung von Investitionsmaßnahmen bei SenSW und damit das HOWOGE-ÖÖP-Modell. Zum anderen wurden neue Institutionen im Bereich der (politischen) Koordination und Steuerung geschaffen.³⁵ In erster Linie ist diesbezüglich die so genannte „Taskforce Schulbau“, die sich aus Entscheidungsträgern aus der Leitungsebene von der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie (SenBJF), der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz (SenUVK), SenSW, der Senatskanzlei, den Bezirken, der HOWOGE und der BIM zusammensetzt, als eine Art politisches Entscheidungsgremium zu nennen. Unterhalb der Taskforce Schulbau ist eine Steuerungsgruppe mit den beteiligten Verwaltungen auf Arbeitsebene für die kontinuierliche Begleitung und das Vorantreiben der Maßnahmenumsetzung verantwortlich. Ferner ist eine „Geschäftsstelle Schulbau-Offensive“ der Berliner Bezirke eingerichtet und es sind drei Regionalverbände der Bezirke geschaffen worden, die gemeinsam als Serviceeinheiten für die zwölf Bezirke fungieren und die der Koordination der überbezirklichen Zusam-

³³ Laut BERLINER SENAT (2018a) bewegt sich das Finanzvolumen für die Maßnahmen im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells zwischen 1,2 und 1,5 Mrd. Euro.

³⁴ Vgl. BERLINER SENAT (2016).

³⁵ Vgl. SenBJF (2018).

menarbeit dienen. Auf diese Institutionen im Bereich der Koordination und Steuerung wird in dieser Stellungnahme nicht weiter eingegangen.

3.2 Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben nach dem traditionellen Ansatz und nach dem HOWOGE-ÖÖP-Modell

3.2.1 Traditioneller Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben

Im Land Berlin sind grundsätzlich die Bezirke bei den verschiedenen Aufgaben im Hinblick auf die Bereitstellung der Schulinfrastruktur zuständig und tragen die Verantwortung für Planung, Neubau bzw. Sanierung, Betrieb und baulichen Unterhalt für ihre jeweiligen Grund- und weiterführenden Schulen.³⁶ Für die Erledigung dieser Aufgaben greifen die Bezirke bislang und somit auch im Status quo auf Personal aus den eigenen (Bau-)Verwaltungen zurück. Aufgrund des in der Vergangenheit erfolgten starken Personalabbaus und gegenwärtiger Probleme bei der Personalgewinnung bei Architekten, Ingenieuren usw. stehen die Bezirke vor großen Herausforderungen bei der adäquaten Erfüllung ihrer Aufgaben.

Die Finanzierung der genannten Aufgaben im Bereich der Schulinfrastruktur erfolgt nach dem traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbaumaßnahmen über das Haushaltssystem des Landes Berlin und durch die Zuweisung von Haushaltsmitteln in Form so genannter Globalsummen an die jeweiligen Bezirke.³⁷ Auf Basis dieser Haushaltsmittelzuweisung stellt jeder Bezirk eigenverantwortlich seinen Haushaltsplan auf und legt unter anderem auch die Bereitstellung der Finanzmittel für Personal und die Aufgabenerledigung im Schulbereich fest.

Eine Abweichung vom traditionellen Ansatz erfolgt bei dem im Vergleich zu den anderen Schultypen kleinen Teil der zentral verwalteten und berufsbildenden Schulen (vor allem Oberstufenzentren). Für diese ist bereits seit einigen Jahren das landeseigene Immobilienunternehmen BIM im Rahmen eines Mieter-Vermieter-Modells vollumfänglich zuständig und erhält in diesem Kontext Mietzahlungen vom Land Berlin.³⁸

3.2.2 HOWOGE-ÖÖP-Modell

Im Rahmen der Berliner Schulbau-Offensive wird mit dem HOWOGE-ÖÖP-Modell vom traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbaumaßnahmen abgewichen, weil nun letztendlich die landeseigene Wohnungsbaugesellschaft HOWOGE für die folgenden Aufgaben im Rahmen des Neubaus von weiterführenden Schulen und der Hälfte aller großen Sanierungen die Verantwortung übernimmt:

³⁶ Vgl. HERMES / WEISS (2018).

³⁷ Auf Details des Berliner Haushaltssystems und der Budgetierung über Globalsummen wird hier nicht weiter eingegangen.

³⁸ Siehe hierzu bspw. die Internetseite <https://www.bim-berlin.de/unser-unternehmen/ueber-uns/mieter-vermieter-modell/> (abgerufen am 20.09.2018).

- Durchführung der Baumaßnahmen und der entsprechenden vorbereitenden Planungs- und Vergabeaktivitäten.
- Baulicher Unterhalt während der fünfjährigen Gewährleistungsphase nach Fertigstellung der Neu- bzw. Sanierungsmaßnahmen.

Für die Durchführung dieser Aufgaben greift die HOWOGE gemäß der konventionellen Beschaffungsvariante auf private Unternehmen zurück, die von ihr im Rahmen von Vergabeverfahren ausgesucht und beauftragt werden; hierbei unterliegt sie dem Vergaberecht.³⁹ Bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante stehen – siehe dazu z.B. EDQUIST (2017) und BECKERS / EDQUIST / ZIMMERMANN (2013) – diverse Optionen für die Bündelung von Leistungspaketen in der Planungs- und Bauphase zur Verfügung. Es ist davon auszugehen, dass im Kontext des bestehenden Zeitdrucks bei der Realisierung der Investitionsmaßnahmen im Rahmen der BSO die HOWOGE relativ umfangreich in einer gebündelten Weise Aufgaben bzw. Leistungspakete während der Planungs- und Bauphase an Auftragnehmer vergeben wird und dabei vermutlich u.a. auf das Generalunternehmer-Modell zurückgreifen wird.

In dem Kontext, dass die Bereitstellungsentscheidungen hinsichtlich der Kapazitäten im Bereich Schulimmobilien grundsätzlich weiterhin gemäß dem traditionellen Ansatz erfolgen und die HOWOGE das Kapital zur Finanzierung „ihrer“ Investitionsmaßnahmen aufnehmen wird, weist das HOWOGE-ÖÖP-Modell die folgenden vier zentralen institutionellen Elemente auf:

- Erstens soll zwischen dem Land Berlin, vertreten durch SenFin, SenBJF und SenSW, und der HOWOGE ein Rahmenvertrag abgeschlossen werden, in dem die zentralen Eckpunkte der Verpflichtung der HOWOGE zur Errichtung bzw. Sanierung von Schulen und der dabei einzuhaltenden Regularien (Standards, Leitfäden etc.) sowie der grundsätzlichen Regelungen für die Miet- und Erbbaurechtsverträge (wie bspw. die Laufzeiten, die Kalkulation der Mieten und die Höhe des Erbbauzinses) geregelt sind.
- Zweitens ist die Bestellung von Erbbaurechten an den einzelnen landeseigenen Grundstücken zugunsten der HOWOGE durch das Land Berlin (vertreten durch den jeweiligen Bezirk) vorgesehen. In diesen Erbbaurechtsverträgen wird eine Nutzung der Grundstücke für schulische Zwecke festgeschrieben. Diese Erbbaurechtsverträge ermöglichen eine Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Schulen zur HOWOGE und infolgedessen können von der HOWOGE bilanziell die aufzunehmenden Kredite und die realisierten Investitionssummen gegenübergestellt werden, was für die Umsetzung des vorgesehenen Finanzierungskonzeptes als bedeutsam eingestuft wird. Die Laufzeit des Erbbaurechts soll grundsätzlich der Abschreibungsdauer der Gebäude (33 Jahre) zuzüglich der Dauer für Planung und Durchführung der Maßnahme entsprechen.
- Drittens sind konkrete Projektvereinbarungen für die Realisierung der einzelnen Projekte, also der Errichtung oder Sanierung von Schulen, abzuschließen, in denen maßgeblich Projektparameter definiert werden und auf deren Grundlage die HOWOGE einen Ausgleich für ihre Pro-

³⁹ Vgl. BERLINER SENAT (2018a).

jektentwicklungsleistungen in Höhe eines geringen prozentualen Anteils der Investitionskosten erhält.

- Viertens gibt es einen Mietvertrag mit einer grundsätzlichen Laufzeit von 25 Jahren nach Fertigstellung der Baumaßnahme (die so genannte „Grundmietzeit“) zwischen der HOWOGE und dem jeweiligen Bezirk für jede einzelne Schule, über den die HOWOGE Rückflüsse erhält, um die zur Realisierung der Investitionsmaßnahmen aufgenommenen Kredite tilgen zu können. Dabei bestehen für die Bezirke keine vorzeitigen Kündigungsrechte, aber die Verträge enthalten eine Verlängerungsoption. Die vom Bezirk an die HOWOGE zu zahlende Miete ist nach dem Prinzip der Kostenmiete ausgestaltet, d.h. die gesamten Mietzahlungen sollen nur die bei der HOWOGE im Rahmen der Projektrealisierung angefallenen Kosten abdecken („Kostendurchreichung“). Konkret setzt sich die Miete aus den Finanzierungskosten (Zins und Tilgung), den Erbbauzinsen (und weiteren mit dem Erwerb des Erbbaurechts verbundene Zahlungspflichten der HOWOGE), einer Asset-Managementgebühr als gewissem Anteil der Investitionssumme und während der fünfjährigen Gewährleistungsphase zudem aus einem Betrag für die laufende bauliche Unterhaltung (geringer prozentualer Anteil des Gebäudewiederbeschaffungswertes) zusammen. Die Mittel für die Mietzahlungen erhalten die Bezirke aus dem Berliner Landeshaushalt bereitgestellt und die HOWOGE tritt die Ansprüche aus dem Mietvertrag, also die zukünftigen Mietzahlungen, wiederum an die finanzierenden Banken ab („Forfaitierung“), wobei das Land Berlin hinsichtlich der Mietzahlungen einen „Einredeverzicht“⁴⁰ gegenüber den Banken ausspricht, was für die Erreichung (nahezu) kommunalkreditähnlicher Konditionen für die Darlehensaufnahme der HOWOGE eine zentrale Bedeutung hat.

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell kann als ein ÖÖP eingeordnet werden, da es sich um einen langfristigen Vertrag zwischen dem Land Berlin und einem landeseigenen öffentlichen Unternehmen handelt.⁴¹ Die Vergütung der HOWOGE erfolgt letztendlich über eine Art „Kostendurchreichungsregime“.

4 Vergleich von HOWOGE-ÖÖP-Modell und dem im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz im Hinblick auf die drei Untersuchungsfragen

Aufbauend auf die (mit Bezug zu den in dieser Stellungnahme zu betrachtenden drei Untersuchungsfragen erfolgte) abstrakte Analysen von ÖPP- und ÖÖP-Modellen im Schulbaubereich in Abschnitt 2 sowie die Darstellung des in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatzes der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben und des HOWOGE-ÖÖP-Modells in Abschnitt 3 werden in diesem Abschnitt diese beiden organisatorischen Optionen im Hinblick auf die drei Untersuchungsfragen miteinander verglichen. Dieser Vergleich bezieht sich dabei implizit nur auf die Bereiche der BSO, die vom HOWOGE-ÖÖP-Modell erfasst werden sollen.

⁴⁰ Der Einredeverzicht führt dazu, dass die finanzierenden Banken die Mieten für die Bedienung der Kredite in jedem Fall erhalten, also auch bei einer Nicht- oder Schlechterfüllung der von der HOWOGE zu erbringenden Leistung.

⁴¹ Dabei stellt das HOWOGE-ÖÖP-Modell nach HERMES / WEISS (2018) eine formelle Privatisierung mit Elementen einer funktionalen Privatisierung dar.

4.1 Untersuchungsfrage 1 (zeitliche Effektivität)

Es erscheint plausibel, dass es im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells gelingen dürfte, in dem entsprechenden Bereich der BSO die Planungs- und Steuerungsaufgaben auf Seite des öffentlichen Bauherren, die nicht sinnvoll auf private Auftragnehmer übertragen werden können, durch die HOWOGE so wahrnehmen zu lassen, dass zeitliche Ziele hinsichtlich Realisierungsdauern bei den Schulbauvorhaben erreicht werden dürften. Die HOWOGE wird ihre Personalkapazitäten im Bereich der Projektplanung und -steuerung deutlich aufzustocken haben, aber nach den den Verfassern dieser Stellungnahme vorliegenden Informationen erfolgt dies aus einem „gesunden Zustand“ heraus, in dem die entsprechenden (für Bauplanungs- und -steuerungsaufgaben zuständigen) Bereiche der HOWOGE gut aufgestellt und leistungsfähig sind. Nichtsdestotrotz dürfte es für die HOWOGE aufgrund des Umfangs der von ihr gemäß dem HOWOGE-ÖÖP-Modell vorzunehmenden Baumaßnahmen eine durchaus beachtliche Herausforderung darstellen, ihre Planungs- und Steuerungskapazitäten in der erforderlichen Weise auszubauen. Ansonsten kann auf die grundsätzlichen Überlegungen zu den Auswirkungen von ÖÖP-Vorhaben auf die Realisierungsdauer in Abschnitt 2.2.2 verwiesen werden, die auch für das HOWOGE-ÖÖP-Modell grundsätzlich von Relevanz sein dürften.

Bei den Berliner Bezirken könnte im Rahmen des traditionellen Ansatzes der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben ebenfalls angestrebt werden, die Personalkapazitäten im Bereich der Bauverwaltungen kurzfristig in einem Maße aufzustocken, das die Erreichung der zeitlichen Realisierungsziele in dem hier betrachteten Bereich der BSO ermöglicht. Allerdings sind die entsprechenden Verwaltungsbereiche durch die kurzfristorientierten Einsparungen in den vergangenen Jahrzehnten stark in Mitleidenschaft gezogen worden. Außerdem können die Bauverwaltungen der Bezirke bei der Personalgewinnung weniger flexibel agieren als die HOWOGE. Vor diesem Hintergrund scheint ein deutlich höheres Risiko des letztendlichen Verfehlens zeitlicher Realisierungsziele vorzuliegen, wenn die Schulbauvorhaben nach dem traditionellen Ansatz umgesetzt werden sollten. Angemerkt sei, dass diese Einschätzung auf Plausibilitätsüberlegungen basiert, jedoch keine genaue Analyse der Leistungsfähigkeit und der Möglichkeit zum Ausbau von Planungs- und Steuerungskapazitäten mit Bezug zum im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben einerseits und zum HOWOGE-ÖÖP-Modell andererseits durchgeführt werden konnte.

4.2 Untersuchungsfrage 2 (Wirtschaftlichkeit)

In diesem Abschnitt werden die Kosteneffekte des HOWOGE-ÖÖP-Modells und damit dessen Auswirkungen auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit thematisiert. In diesem Zusammenhang erfolgt wiederum ein Vergleich des HOWOGE-ÖÖP-Modells mit dem in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben. Dabei wird zugunsten des traditionellen Ansatzes implizit die Annahme getroffen, dass Kapazitätsprobleme im Bereich der Planungs- und Steuerungsaufgaben lösbar und gelöst sind, was – vorsichtig formuliert – nicht unbedingt vollumfänglich mit den Überlegungen im vorangegangenen Abschnitt 4.1 korrespondiert. Im Folgenden werden zunächst einzelne Arten von Kostendiskrepanzen zwischen den beiden organisatorischen Lösungen für die Realisierung von Schulbauvorhaben (in den Abschnitten 4.2.1 bis 4.2.3) thematisiert, die im Übrigen teilweise nicht völlig unabhängig voneinander sind, was jedoch

nicht stets explizit angesprochen wird. Abschließend wird (in Abschnitt 4.2.4) ein Fazit zur Wirtschaftlichkeit des HOWOGE-ÖÖP-Modells gezogen.

4.2.1 Zusatzkosten beim HOWOGE-ÖÖP-Modell infolge von Transaktionskosten, mit institutionellem Risiko einhergehenden Kosten und Steuerzahlungen

TRANSAKTIONSKOSTEN

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell erfordert vertragliche Grundsatzvereinbarungen und Vereinbarungen zu den einzelnen Projekten zwischen den beteiligten Akteuren. Die Entwicklung, der Abschluss, die Überwachung und die Anpassung dieser Vereinbarungen gehen mit Transaktionskosten einher, die so bei einer Projektrealisierung nach dem traditionellen Ansatz nicht anfallen. Diese Transaktionskosten beim HOWOGE-ÖÖP-Modell werden – gemäß den grundsätzlichen diesbezüglichen Überlegungen in Abschnitt 2.2.2 – nicht annähernd so hoch sein wie bei ÖPP-Vorhaben, aber auch keine völlig vernachlässigbare Größenordnung aufweisen. Zu berücksichtigen ist, dass zu diesen Kosten auch der Zeiteinsatz zählt, der auf Seiten der involvierten öffentlichen Akteure zu leisten ist.

MIT INSTITUTIONELLEN RISIKO EINHERGEHENDE KOSTEN

Mit dem HOWOGE-ÖÖP-Modell geht ein gewisses „vertragliches Risiko“, das mitunter auch als „institutionelles Risiko“ bezeichnet wird, einher, was die Gefahr beschreibt, dass Probleme aufgrund unvollständiger Regelungen bezüglich des Modells während dessen Anwendung auftreten. Von HERMES / WEISS (2018) wird im Zusammenhang auch von einer „mittleren Komplexität“ des HOWOGE-ÖÖP-Modells gesprochen. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten des Landes Berlin auf die HOWOGE dürften die anfallenden Kosten bei der Anpassung des HOWOGE-ÖÖP-Modells im Falle des Auftretens von Problemen mit diesem Modell letztendlich eher begrenzt sein. Völlig vernachlässigbar ist das Thema des institutionellen Risikos jedoch nicht, das im Übrigen auch mit Transaktionskosten einhergeht bzw. dessen Auswirkungen auch vollumfänglich diesen Kosten zugeordnet werden könnten.

Insbesondere die Höhe des institutionellen Risikos würde dafür sprechen, dass die Kapitalkosten der HOWOGE bei diesem Modell merklich höher liegen könnten als die des Landes Berlin – auch wenn sie nicht annähernd das bei (idealtypischen) ÖPP-Vorhaben übliche Niveau erreichen dürften. Durch die Forfaitierung mit Einredevorzicht sinken jedoch die Kosten der Fremdkapitalaufnahme für die Finanzierung der Schulbauvorhaben bei der HOWOGE auf nahezu kommunalkreditähnliche Konditionen, so dass die Kapitalkosten dann nur noch geringfügig, aber durchaus noch wahrnehmbar oberhalb derer des Landes Berlin liegen. Im Übrigen geht diese Forfaitierung – im Gegensatz zu einem Einredevorzicht der öffentlichen Hand beinhaltenden Forfaitierungslösungen bei ÖPP-Vorhaben – mit keinerlei (relevanten) Nachteilen aus Sicht des Landes Berlin einher; das Land Berlin internalisiert damit (teilweise) ein selbst geschaffenes institutionelles Risiko.

Das bei dem HOWOGE-ÖÖP-Modell bestehende institutionelle Risiko könnte nun die HOWOGE und deren Kapitalaufnahme im Bereich ihres Kerngeschäftes „infizieren“ und als Folge davon könnten dort höhere Kosten der Aufnahme von (Fremd-)Kapital anfallen. Diesem Risiko kann begegnet werden, indem der HOWOGE in jedem Fall ausreichend hohe Vergütungszahlungen, z.B. in Form einer Asset-

Managementgebühr, zufließen, die auch einen „Sicherheitspuffer“ gegen Verluste enthalten. Damit einhergehend würden bei der HOWOGE im Erwartungswert Gewinne durch ihre Involvierung in die BSO anfallen, aber aus Sicht des Landes Berlin wäre dies unproblematisch, da diese Gewinne vom Grundsatz her ja wieder an das Land Berlin als Eigentümer der HOWOGE fließen werden und somit – von steuerlichen Effekten hier abstrahierend – als „rechte Tasche – linke Tasche“-Effekt eingestuft werden können. Ein derartiges Vorgehen ist insofern effizient, als dass Kapitalkostenerhöhungen bei der HOWOGE vermieden werden können. Im Übrigen wird es auch zur Reduktion bzw. Eliminierung der dargestellten „Infizierungsgefahr“ beitragen, wenn das Land Berlin (ggf. nicht vertraglich, aber durch entsprechende „politische Äußerungen“) klarstellt, dass die HOWOGE bei ihrer Involvierung in die BSO letztendlich (zumindest) eine Erstattung der anfallenden Kosten erhalten wird, was im Bedarfsfall durch spätere Vertragsanpassungen und Erhöhung der an die HOWOGE fließenden Vergütung sicherzustellen wäre.⁴²

STEUERLICHE EFFEKTE UND DAMIT EINHERGEHENDE KOSTEN FÜR DAS LAND BERLIN

Mit dem HOWOGE-ÖÖP-Modell werden umfangreiche und letztendlich auch die finanzielle Position des Landes Berlin beeinflussende steuerliche Auswirkungen einhergehen, deren Analyse nicht im Rahmen dieser Stellungnahme erfolgen kann und die im Folgenden unberücksichtigt bleiben. Angemerkt sei lediglich, dass im Zusammenhang mit der Gewährung von Erbbaurechten an die HOWOGE möglicherweise Auswirkungen im Bereich der Grunderwerbssteuer und der Grundsteuer vorliegen werden.

4.2.2 Auswirkungen des Anreiz-, Kontroll- und Steuerungsregimes beim HOWOGE-ÖÖP-Modell

ANREIZREGIME FÜR DIE HOWOGE

Es stellt sich die Frage, welche Kostenwirkungen mit dem gegenüber dem Status quo der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben (gemäß dem traditionellen Ansatz) beim HOWOGE-ÖÖP-Modell veränderten Anreiz-, Kontroll- und Steuerungsregime hinsichtlich der Wahrnehmung der Planungs- und Steuerungsaufgaben auf öffentlicher Seite (und zwar durch die HOWOGE anstelle der Bauverwaltungen der Bezirke) einhergehen dürften. Der HOWOGE werden – vereinfacht dargestellt – die bei ihr anfallenden Kosten inklusive einer Marge erstattet, die auch – vgl. dazu Abschnitt 4.2.1 – die Funktion eines „Sicherheitspuffers“ haben dürfte und letztendlich bei der HOWOGE zu entsprechenden Gewinnen führen wird. In diesem Zusammenhang richtet sich die Höhe der an die HOWOGE fließenden Vergütung auch nach der Höhe der Kosten für die Realisierung von Schulbauvorhaben. Ein derartiges Vergütungsregime geht mit nicht unerheblichen Fehlanreizen einher, allerdings erscheint es (die Alternativen berücksichtigend)⁴³ dennoch nicht ungeeignet zu sein – gerade auch, um

⁴² Die mit einem derartigen Ansatz der Risikoordnung und Vergütungsmodell einhergehenden Anzeizeffekte für die HOWOGE werden im Übrigen im folgenden Absatz 4.2.2 thematisiert.

⁴³ Die Etablierung eines Output-orientierten Anreizregimes für die HOWOGE würde im Kontext von Kontrahierungsproblemen mit erheblichen Problemen einhergehen und dürfte letztendlich nachteilig sein; vgl. dazu auch die grundlegenden institutionenökonomischen Erkenntnisse zur Gestaltung von Anreizregimen, auf die im beigefügten Anhang (Abschnitt 5) eingegangen wird.

– vgl. dazu wiederum Abschnitt 4.2.1, wo eine ggf. die Kapitalaufnahme der gesamten HOWOGE verteuernde Infizierungsgefahr identifiziert worden ist – die Kapitalkosten bei der HOWOGE gering zu halten. Jedoch ist es von höchster Bedeutung, dass das Land Berlin durch Maßnahmen der Steuerung und Kontrolle der Aktivitäten der HOWOGE im Rahmen der BSO dafür sorgt, dass diese dabei effizient (im Sinne von wirtschaftlich) agiert. Hierfür können vertraglich entsprechende Rechte für das Land vorgesehen werden.⁴⁴ Ferner kann und sollte das Land Berlin anstreben, auch auf gesellschaftsrechtlichem Weg und über seine Einflussmöglichkeiten als (Allein-)Eigentümer Effizienzanreize für die HOWOGE (bzw. dessen Management und leitende Mitarbeiter/innen) zu setzen.⁴⁵ Eine vertiefte Betrachtung dieser Thematik kann jedoch in dieser Stellungnahme nicht erfolgen.

POLITISCHE UND GESELLSCHAFTLICHE KONTROLLE

Die Durchführung von Schulbauvorhaben ist eine Aufgabe, bei der eine politische Selbstbindung vom Grundsatz her sinnvoll ist und insofern eine steuernde (politische) Involvierung der Legislative nicht unbedingt erforderlich ist. Allerdings ist es grundsätzlich ebenfalls sinnvoll, dass nicht nur Kontrollinstanzen wie Rechnungshöfe sondern auch die Legislative und darüber hinausgehend im Kontext entsprechender Transparenzregelungen ggf. ferner gesellschaftliche Stakeholder die Aktivitäten der Verwaltung und weiterer involvierter Akteure auf Seiten der öffentlichen Hand kontrollieren können. Im Rahmen der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben nach dem traditionellen Ansatz ist im öffentlich-rechtlichen Bereich ein Regelwerk etabliert, das dies – ohne hier Details zu thematisieren – (mehr oder weniger) sicherstellt und zumindest vom Grundsatz als durchaus sinnvoll anzusehen ist.

Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells werden im öffentlichen Bereich durch privatrechtliche Verträge Aufgaben auf eine privatrechtliche Gesellschaft, die HOWOGE, übertragen. Damit einhergehend werden sich – auch wenn sich der Regelrahmen für das Beteiligungscontrolling und die Transparenz bei Verträgen im Infrastrukturbereich in Berlin in den vergangenen Jahren deutlich weiter entwickelt haben – die Möglichkeiten der politischen und insbesondere legislativen sowie der gesellschaftlichen Kontrolle der Realisierung von Schulbauvorhaben verändern und tendenziell reduzieren. Es erscheint im Kontext der Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomik und in diesem Zusammenhang auch der Neuen Politischen Ökonomie nicht unplausibel, dass infolgedessen zumindest gewisse (wohl eher geringfügige) Nachteile im Hinblick auf die Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit zu erwarten sind. Allerdings ist es möglich, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Land Berlin und der HOWOGE spezielle Klauseln zu vereinbaren, durch die der Rückgang an politischen und gesellschaftlichen Kontrollmöglichkeiten beim HOWOGE-ÖÖP-Modell begrenzt wird. Nicht zuletzt sei (nochmals) darauf verwiesen, dass die (auch dem Anreizregime zuzurechnende) Kontrolle der Aktivitäten der HOWOGE durch die Exekutive auf gesellschaftsrechtlichem Wege beim HOWOGE-

⁴⁴ Es ist vorgesehen, dass die zwischen dem Land Berlin und der HOWOGE abzuschließende Rahmenvereinbarung derartige Regelungen enthält. Diese können jedoch im Rahmen dieser Stellungnahme aus Ressourcen-gründen nicht untersucht werden.

⁴⁵ Der Verweis auf die Bedeutung des gesellschaftsrechtlichen Einflusses auf die HOWOGE korrespondiert mit der Einordnung von (internen) ÖÖP-Vorhaben als Hierarchie-nahe Koordinationsform.

ÖÖP-Modell von hoher Relevanz ist. Hierauf sollte sich das Land Berlin in geeigneter Weise einstellen.

4.2.3 Auswirkungen veränderter „Privatisierungsgefahren“ beim HOWOGE-ÖÖP-Modell und Bedeutung des Insolvenzrisikos

EIGNUNG DES ÖPP-ANSATZES FÜR SCHULBAUVORHABEN IM RAHMEN DER BSO SOWIE MÖGLICHKEITEN ZUR REALISIERUNG VON ÖPP-VORHABEN IM STATUS QUO

Es gibt keine Gründe, die dafür sprechen, dass die in Abschnitt 2.1.1 getroffene Aussage, dass bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei Schulimmobilien grundsätzlich mit Kostensteigerungen zu rechnen ist, nicht auch für die im Rahmen der BSO zu realisierenden Vorhaben gültig ist. Insofern ist aus ökonomischer Sicht der von den die Berliner Landesregierung stellenden Parteien in ihrem Koalitionsvertrag vereinbarte Verzicht auf die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei Schulimmobilien als sinnvoll anzusehen. Unabhängig davon stellt sich die Frage, welche politischen Hürden zu überwinden wären, wenn (insbesondere in zukünftigen Legislaturperioden) in der Berliner Politik eine Realisierung von ÖPP-Projekten bei Schulen angestrebt werden sollte.

Im Status quo und damit im Rahmen der traditionellen Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben dürfte die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei Schulimmobilien – sofern die Schulen nicht der BIM zugeordnet sind – zunächst eine Zustimmung von den zuständigen Bezirken, in denen sich die entsprechenden Schulstandorte befinden, und ferner ggf. eine politische Mehrheit auf Landesebene erfordern. Speziell wenn die Bestellung von Erbbaurechten im Rahmen des ÖPP-Modells vorgesehen ist, müsste auf Landesebene die Legislative, d.h. das Abgeordnetenhaus bzw. dessen Hauptausschuss, zustimmen. Insofern ist eine politische Mehrheit auf Landesebene oder – sofern es sich nicht um zentral verwaltete Schulden handelt – eine entsprechende bezirkliche Positionierung ausreichend dafür, um die Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei Schulimmobilien in Berlin zu verhindern.

MÖGLICHE ÖPP-/PRIVATISIERUNGS-ÄHNLICHE MODELLE, DIE BEI UMSETZUNG DES HOWOGE-ÖÖP-MODELLS ZUKÜNFTIG REALISIERT WERDEN KÖNNTEN SOWIE DEREN EIGNUNG UND BEI DIESEN VORLIEGENDE ZUSTIMMUNGSERFORDERNISSE

Es stellt sich die Frage, ob und wie das HOWOGE-ÖÖP-Modell in ein ÖPP-Vorhaben umgewandelt werden könnte. Dafür wären zunächst langfristig sämtliche Erhaltungsaufgaben und der Betrieb bei den einbezogenen Schulimmobilien zu integrieren und ferner wären sämtliche Aufgaben von der HOWOGE an einen privaten Auftragnehmer weiterzugeben, der dann der „private Partner“ im Rahmen des ÖPP-Projektes wäre. Für diese Modifikationen dürfte eine politische Mehrheit auf Landesebene und eine Zustimmung der betroffenen Bezirke erforderlich sein. Im Falle der vermutlich erforderlichen Anpassung bzw. Weiterveräußerung von Erbbaurechten wäre die Zustimmung des Abgeordnetenhauses bzw. von dessen Hauptausschuss erforderlich. Somit kann festgehalten werden, dass es nach Implementierung des HOWOGE-ÖÖP-Modells wohl nicht einfacher als im Status quo ist, die politische Zustimmung für die Etablierung eines ÖPP-Vorhabens zu erhalten.

Anstelle eines ÖPP-Vorhabens könnte „aus dem HOWOGE-ÖÖP-Modell heraus“ ein ÖPP- bzw. Privatisierungs-ähnliches Modell umgesetzt werden, in dem die HOWOGE komplett oder teilweise an private Investoren verkauft wird. Ein derartiger Verkauf würde eine politische Mehrheit auf der Berliner

Landesebene erfordern. Dies ist zunächst der Fall, weil die Exekutive diesen Verkauf beschließen müsste. Ferner wäre aber auch eine Mehrheit im Abgeordnetenhaus bedeutsam, was in HERMES / WEISS (2018) genauer erläutert wird, die auch die Implikationen des Gesetzes zur Errichtung der „Wohnraumversorgung Berlin – Anstalt des öffentlichen Rechts“ ansprechen. Denkbar wäre eine „vertragliche Privatisierungsbremse“ im Vertrag des Landes Berlin mit der HOWOGE vorzusehen, die vorgibt, dass im Fall einer Beteiligung Dritter an der HOWOGE das HOWOGE-ÖÖP-Modell rückabzuwickeln wäre. Für eine zukünftige politische Mehrheit auf Landesebene, die eine Beteiligung Dritter an der HOWOGE anstrebt, könnte die Änderung bzw. Eliminierung einer derartigen vertraglichen Privatisierungsbremse erschwert werden, indem dafür auch eine Zustimmung der betroffenen Bezirke zu erfolgen hat.⁴⁶ Im Übrigen wäre die Beteiligung Dritter an der HOWOGE – die damit ebenfalls einhergehende (Teil-)Privatisierung der Aktivitäten der HOWOGE im Bereich der Wohnimmobilien hier nicht thematisierend – insbesondere aufgrund von Kontrahierungsproblemen und des hohen institutionellen Risikos im Rahmen der Vertragsbeziehung der HOWOGE mit dem Land Berlin bezüglich der Schulimmobilien keinesfalls sinnvoll.

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell könnte auch auf indirektem Wege letztendlich in eine Vertragsbeziehung vom Land Berlin mit einem privaten Unternehmen umgewandelt werden, indem die HOWOGE die ihr übertragenen Aufgaben im Rahmen der BSO komplett an einen privaten Auftragnehmer weiterreicht. Im Kontext der geplanten Forfaitierung mit Einredeverzicht, würde dieser Auftragnehmer der HOWOGE de facto („nur“) sämtliche dieser übertragenen Planungs- und Steuerungsaufgaben sowie sonstige Aufgaben in der Gewährleistungsphase abnehmen müssen und im Gegenzug die für die HOWOGE dafür vorgesehene Vergütung (exklusive des an die Banken fließenden Anteils) erhalten – allerdings wohl nur teilweise, da der Auftragnehmer sich ja in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren durchsetzen müsste und die ihm zufließende Vergütungshöhe sicherlich das Vergabekriterium bzw. zumindest eines der Vergabekriterien wäre. Ein derartiges Vertragsmodell wäre wiederum nicht zuletzt aufgrund der Kontrahierungsprobleme und der hohen institutionellen Risiken unwirtschaftlich. Es erscheint schwer vorstellbar, dass die Geschäftsführung der HOWOGE ein derartiges Vertragsmodell anwenden würde. Nichtsdestotrotz könnte es sich anbieten, in den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Land Berlin und der HOWOGE Regelungen vorzusehen, die einem derartigen Einbezug eines Auftragnehmers durch die HOWOGE entgegenstehen.^{47, 48}

Auch weitere ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle bezüglich der Schulimmobilien sind im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells denkbar. Es ist nicht ersichtlich, dass irgendein derartiges Modell zu Kosteneinsparungen führen könnte. Die Umsetzung derartiger Modelle dürfte – zumindest im Regelfall

⁴⁶ Da gemäß HERMES / WEISS (2018) die Bezirke – neben den involvierten Senatsverwaltungen – die Verträge (und dabei sowohl den Rahmenvertrag als auch die einzelnen Projektvereinbarungen zu den in ihrem Bezirk jeweils „verorteten“ Schulen) mit der HOWOGE ebenfalls zu unterzeichnen haben bzw. diese unterzeichnen sollten, dürften spezielle vertragliche Regelungen bezüglich einer Zustimmungserfordernis der Bezirke entfallen können. Hierauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

⁴⁷ Im Übrigen könnte das hier diskutierte Modell, nach dem die HOWOGE die ihr übertragenen Aufgaben im Rahmen der BSO komplett an einen privaten Auftragnehmer weiterreicht, aufgrund der Rechtslage und der geplanten Vertragskonstruktion möglicherweise ohnehin nicht umsetzbar sein. Diese juristischen Fragen können in dieser Stellungnahme jedoch nicht vertieft thematisiert werden.

⁴⁸ Hinsichtlich eines Einbezugs der Bezirke sei auf Fußnote 46 verwiesen.

– eine politische Mehrheit im Land Berlin und außerdem – ggf. auch ergänzend abgesichert durch entsprechende vertragliche Regelungen – eine Zustimmung der betroffenen Bezirke erfordern. Dies deutet darauf hin, dass durch Umsetzung des HOWOGE-ÖÖP-Modells die zukünftige Realisierung von ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modellen im Vergleich zum Status quo nicht bzw. zumindest nicht wesentlich erleichtert wird.⁴⁹

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell kann insofern eine unbeabsichtigte Vorbereitung für ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche (Vertrags-)Modelle bezüglich der einbezogenen Schulimmobilien sein, als dass ggf. – wie in HERMES / WEISS (2018) thematisiert – im Insolvenzfall der Insolvenzverwalter auf die Schulimmobilien zur Verwertung zurückgreifen könnte. In diesem Zusammenhang denkbare Verwertungsmöglichkeiten können in dieser Stellungnahme nicht betrachtet werden. Aufgrund der Marktsituation im Berliner Wohnungsmarkt und des im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells vorgesehenen Vergütungs- und Anreizmodells erscheint das Risiko einer zukünftigen Insolvenz der HOWOGE extrem gering – absolut sicher ausgeschlossen werden kann diese Möglichkeit aber nicht.

Abschließend kann mit Bezug zu „Privatisierungsgefahren“, die mit dem HOWOGE-ÖÖP-Modell einhergehen, festgehalten werden, dass es nicht ersichtlich ist, dass durch das HOWOGE-ÖÖP-Modell die zukünftige Realisierung nachteiliger ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle merklich wahrscheinlicher wird. In jedem Fall ist es jedoch bedeutsam, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell bzw. die diesem zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich so auszugestalten, dass die zukünftige Implementierung unwirtschaftlicher ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle bei den einbezogenen Schulimmobilien möglichst umfassend verhindert bzw. zumindest erschwert wird.

4.2.4 Fazit

Ein Vergleich mit dem in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben in Berlin deutet – eher realitätsfern implizit annehmend, dass bei Anwendung des traditionellen Ansatzes Kapazitätsprobleme im Bereich der Planungs- und Steuerungsaufgaben in den Bauverwaltungen der Bezirke nicht nur lösbar und sondern auch gelöst sind – darauf hin, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell mit gewissen Mehrkosten einhergehen dürfte. Diese dürften jedoch bei weitem nicht das Niveau (an Mehrkosten) erreichen, dass bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes vorliegen würde. Es ist – von einer Aufnahme adäquater „Privatisierungsbremsen“ in die Verträge des Landes Berlin mit der HOWOGE ausgehend – nicht ersichtlich, dass durch eine Implementierung des HOWOGE-ÖÖP-Modells die Hürden für die zukünftige Realisierung von ÖPP- und ÖPP-/Privatisierungs-ähnlichen Modellen bei den betroffenen Schulimmobilien merklich gesenkt werden.

⁴⁹ Einschränkung ist allerdings anzumerken, dass die Gefahr nicht völlig auszuschließen ist, dass bestimmte relevante ÖPP-/Privatisierungs-ähnliche Modelle und Möglichkeiten zu deren Implementierung bei den vorstehend getroffenen Aussagen nicht erkannt worden sind.

4.3 Untersuchungsfrage 3 (Kreditfinanzierung von Investitionen)

In diesem Abschnitt wird untersucht, inwieweit das HOWOGE-ÖÖP-Modell dazu beiträgt, kreditfinanzierte Investitionen im Rahmen der BSO im Kontext der grundgesetzlichen Schuldenbremse zu ermöglichen (**Untersuchungsfrage 3.a**), und inwieweit im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells kreditfinanzierte Investitionen in einem identischen Ausmaß wie im Rahmen von ÖPP-Projekten realisiert werden können (**Untersuchungsfrage 3.b**).

Bei Anwendung des traditionellen Ansatzes der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben ist im Hinblick auf die deutsche Schuldenbremse die Möglichkeit für kreditfinanzierte Investitionen in die Schulinfrastruktur ab dem Jahr 2020 nicht gegeben, weil dann für alle Länder das grundgesetzlich festgeschriebene Neuverschuldungsverbot gilt. Bis dahin unterliegt Berlin als Konsolidierungsland dem in einer Verwaltungsvereinbarung mit dem Bund definierten gesonderten Schuldenregelregime und hat in diesem Kontext im Hinblick auf den Erhalt von Konsolidierungshilfen eine bestimmte jährliche Obergrenze des (strukturellen) Finanzierungsdefizits einzuhalten ist, worauf in dieser Stellungnahme jedoch nicht weiter eingegangen wird. Da das Land Berlin auch im Rahmen der geplanten näheren Ausgestaltung der landesrechtlichen Regelungen zur deutschen Schuldenbremse von dem grundgesetzlichen Neuverschuldungsverbot nicht abweichen kann, bleibt festzuhalten, dass beim traditionellen Ansatz im Hinblick auf die deutsche Schuldenbremse keine kreditfinanzierten Investitionen im Bereich der Schulimmobilien möglich sind.

Bei einer Realisierung der Schulbauvorhaben nach dem ÖPP-Ansatz könnte derzeit – gemäß den Ausführungen in Abschnitt 2.3.1 – eine Kapitalaufnahme zur Investitionsfinanzierung durch den privaten ÖPP-Auftragnehmer erfolgen, ohne in einen Konflikt mit der deutschen Schuldenbremse im Allgemeinen und dem derzeitigen gesonderten Schuldenregelregime für das Land Berlin im Speziellen zu geraten. Dies wird im Land Berlin auch zukünftig der Fall sein, wenn – was folgend unterstellt wird – in die Schuldenbremse des Landes keine speziellen Regelungen zur Zuordnung von Assets und damit einhergehend von zur Investitionsfinanzierung aufgenommenen Schulden im Rahmen von ÖPP-Verträgen aufgenommen werden, mit denen eine Umgehung des Grundgedankens der in Art. 109 Abs. 3 GG etablierten Schuldenbremse durch die Realisierung von ÖPP-Projekten verhindert wird.

Hinsichtlich der grundgesetzlichen Schuldenbremse ist – gemäß den Ausführungen in Abschnitt 2.3.1.2 – zu konstatieren, dass das im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells von der HOWOGE aufgenommene Kapital für die Finanzierung der Schulbaumaßnahmen nicht zur Verschuldung des Landes Berlin gezählt werden wird. Da das öffentliche Unternehmen HOWOGE auch unter Berücksichtigung des HOWOGE-ÖÖP-Modells als Marktproduzent nicht dem Sektor Staat zugeordnet sein wird,⁵⁰ wird dessen Kapitalaufnahme im gesonderten Schuldenregelregime der Konsolidierungsvereinbarung nicht dem Land Berlin angelastet werden. Sofern in zukünftigen landesgesetzlichen Ausgestaltungen

⁵⁰ In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass die HOWOGE auch bei Umsetzung des HOWOGE-ÖÖP-Modells einen Eigenfinanzierungsgrad von über 50 % haben wird und die Einnahmen aus den Mietverträgen mit den Bezirken nicht mehr als 80 % der gesamten Erlöse der HOWOGE ausmachen werden.

der deutschen Schuldenbremse nicht die strengen Asset-Zuordnungsregeln gemäß ESVG übernommen werden, ändert sich an der vorgenommenen Bewertung nichts.⁵¹

Auf Basis der vorstehenden Ausführungen können hinsichtlich der Untersuchungsfragen 3.a und 3.b folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

- Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells sind im Lichte der grundgesetzlichen Schuldenbremse im Gegensatz zum in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben kreditfinanzierte Investitionen in die Schulinfrastruktur möglich (Untersuchungsfrage 3.a).
- Unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Schuldenbremse können im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells kreditfinanzierte Investitionen in einem identischen Ausmaß wie im Rahmen von ÖPP-Projekten realisiert werden (Untersuchungsfrage 3.b).

4.4 Fazit

Der Vergleich des HOWOGE-ÖÖP-Modells mit dem in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben in Berlin hat im Hinblick auf die einleitend (in Abschnitt 1) definierten drei Untersuchungsfragen (und mit implizitem Bezug nur zu den Schulimmobilien, die im Rahmen der BSO vom HOWOGE-ÖÖP-Modell erfasst werden) zu folgenden Ergebnissen geführt:

- Es erscheint plausibel, dass im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells die zeitlichen Ziele hinsichtlich der Realisierung der in der BSO vorgesehenen Investitionsmaßnahmen (im Sinne einer nicht verzögerten und vielmehr pünktlichen Umsetzung der Baumaßnahmen) auf eine bessere (und somit „effektivere“) Weise erreicht werden als dies im Rahmen des traditionellen Ansatzes zu erwarten wäre.
- Ein Vergleich mit dem traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben – realitätsfern implizit annehmend, dass bei Anwendung des traditionellen Ansatzes Kapazitätsprobleme im Bereich der Planungs- und Steuerungsaufgaben in den Bauverwaltungen der Bezirke gelöst sind – deutet darauf hin, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell mit gewissen Mehrkosten einhergehen dürfte. Diese dürften jedoch bei weitem nicht das Niveau erreichen, das bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes vorliegen würde. Es ist – von einer Aufnahme adäquater „Privatisierungsbremsen“ in die Verträge des Landes Berlin mit der HOWOGE ausgehend – nicht ersichtlich, dass durch eine Implementierung des HOWOGE-ÖÖP-Modells im Vergleich zum Status quo die Hürden für die zukünftige Realisierung von ÖPP- und ÖPP-/Privatisierungs-ähnlichen Modellen bei den betroffenen Schulimmobilien merklich gesenkt werden.

⁵¹ Aufgrund der im HOWOGE-ÖÖP-Modell derzeit vorgesehenen Risikoallokation („Kostendurchreichungsregime“) und des geplanten Bundling-Umfangs (kein Betrieb und Erhalt während der gesamten Laufzeit) ist davon auszugehen, dass die Assets und die zur Investitionsrealisierung aufgenommenen Kredite der HOWOGE im Lichte der europäischen Schuldenbremse dem Sektor Staat bzw. dem Land Berlin zugerechnet werden.

Im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells können im Lichte der grundgesetzlichen Schuldenbremse im Gegensatz zum in der Vergangenheit und im Status Quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung der Schulbauvorhaben kreditfinanzierte Investitionen in die Schulinfrastruktur durchgeführt werden. Damit einhergehend können unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Schuldenbremse im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells kreditfinanzierte Investitionen in einem identischen Ausmaß wie im Rahmen von ÖPP-Projekten realisiert werden. Bei der geplanten Reform der im Landesrecht verankerten „Berliner Schuldenbremse“ ist zu beachten, dass eine politisch gewünschte Möglichkeit zur Kreditfinanzierung von Investitionen im Rahmen des HOWOGE-ÖÖP-Modells nicht beeinträchtigt wird.

5 Anhang: ÖPP als eine mögliche Beschaffungsvariante im Infrastrukturbereich und die „Make-or-Buy“-Frage – Institutionenökonomische Grundlagen

5.1 Zentrale Gestaltungsfragen bei der Beschaffung und Leistungserbringung bei Aufgaben der öffentlichen Hand sowie die Bedeutung von Wissen für die diesbezüglichen Entscheidungsfällungen

Wenn die öffentliche Hand für die Erledigung einer Aufgabe verantwortlich ist und dies ggf. (zumindest voraussichtlich) dauerhaft der Fall ist, dann stellt sich die Frage, welche Strategie sie bei der Beschaffung von den dafür erforderlichen Leistungen anwendet bzw. inwieweit sie anstelle des Einbezugs von Auftragnehmern bei der Leistungserbringung selber tätig werden will (und somit eine Eigenerstellung erfolgt).⁵² Für die Eigenerstellung bestehen wiederum verschiedene institutionelle Möglichkeiten, die von der Leistungserbringung in der (Kern-)Verwaltung bis zur Leistungserbringung durch ein im öffentlichen Eigentum stehendes Unternehmen reichen.⁵³

ZENTRALE GESTALTUNGSFRAGEN BEI DER BESCHAFFUNG DURCH DIE ÖFFENTLICHE HAND

Im Falle einer Beschaffung der Leistung bestehen folgende zwei zentrale Gestaltungsfragen, wobei für die (sinnvolle) Fällung der entsprechenden Gestaltungsentscheidungen – hierauf weisen nicht zuletzt auch grundlegende institutionenökonomische (Forschungs-)Erkenntnisse hin – die Verteilung

⁵² Angemerkt sei, dass auch in diesem Anhang (Abschnitt 5) aufgrund von Ressourcen- und dabei vor allem Zeitrestriktionen Analyseschritte nicht stets in einer Tiefe dargestellt werden können, die im Hinblick auf eine möglichst unkomplizierte intersubjektive Nachvollziehbarkeit wünschenswert wären, und in diesem Zusammenhang zum Teil die Anwendung von Erkenntnissen der NIÖ nicht explizit erläutert wird, sondern implizit erfolgt. Bei vielen Fragestellungen wird auf grundlegende Literatur und vorliegende Forschungsarbeiten (und dabei vielfach auch Forschungsarbeiten aus dem Kreis der Autoren dieser Stellungnahme) verwiesen, in denen die in den Analysen aufgegriffenen institutionenökonomischen Erkenntnisse und deren Anwendung auf identische oder ähnliche praktische Fragen, wie die hier betrachteten, dargestellt werden. Dabei werden z.T. auch Darstellungen aus Forschungsarbeiten ohne weitere Verweise (und z.T. auch wörtlich) übernommen, wenn an der Erstellung der entsprechenden Publikationen jemand aus dem Kreis der Autoren dieser Stellungnahme beteiligt gewesen ist.

⁵³ Im Übrigen kann auch eine dauerhafte (oder zumindest sehr langfristige) Aufgabenübertragung an ein privates Unternehmen, das – wie beispielsweise bei den Stromübertragungsnetzen praktiziert – reguliert wird, als eine Beschaffungsstrategie der öffentlichen Hand im weiten Sinne angesehen werden, worauf im Folgenden jedoch nicht weiter eingegangen wird; vgl. dazu z.B. BECKERS ET AL. (2014a).

von Wissen und insbesondere der Wissensstand der öffentlichen Hand eine hohe Bedeutung aufweisen:⁵⁴

- **Auswahl des Anreizsetzungsinstruments („Output-orientierte Anreizsetzung vs. Monitoring“):** Um eine gewünschte Zuordnung von Kostenrisiko an einen Auftragnehmer sicherzustellen, kann die öffentliche Hand als Auftraggeber auf zwei alternative (Anreizsetzungs-)Instrumente zurückgreifen.⁵⁵ Die erste Option ist, eine Output-orientierte Definition der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung während der Vertragslaufzeit durch die öffentliche Hand als Auftraggeber in Verbindung mit der grundsätzlichen Fixierung einer Vergütung, die das Unternehmen für die Erbringung dieser Leistung erhält. Diese Option kann auch als „Output-orientierte Anreizsetzung“ bezeichnet werden. Ein „Festpreisvertrag“ ist eine (idealtypische) Anwendung dieses Ansatzes.⁵⁶ Bei der Alternative des Monitorings gibt der Auftraggeber dem Auftragnehmer zwar ebenfalls die von ihm zu erbringenden Leistungen vor, aber kontrolliert die Aktivitäten des Auftragnehmers, um unangemessen hohe monetäre (Vergütungs-) Forderungen von diesem zu identifizieren. Da der Auftragnehmer die Kontrollaktivitäten des Auftraggebers antizipiert, sind ihm auch bei dieser Option Anreize gesetzt.

Im Falle der Output-orientierten Anreizsetzung ist es von hoher Bedeutung, dass die Leistung (und damit der „Output“) beschreibbar und die Leistungserbringung messbar sowie dass das diesbezügliche Wissen, das auch als „Output-Wissen“ bezeichnet werden kann, beim öffentlichen Auftraggeber vorliegt. Außerdem ist von Relevanz, dass auch dritte Parteien, insbesondere Gerichte, die ggf. in Streitigkeiten bezüglich der Vertragserfüllung involviert werden, ebenfalls auf dieses Wissen zugreifen können. In diesem Fall kann auch davon gesprochen

⁵⁴ Vgl. hierzu z.B. BECKERS / BIESCHKE / WEISS (2018), die die hier aufgeführten Themen mit Bezug zur Regulierung von Infrastrukturunternehmen betrachten.

⁵⁵ Kostenrisiko beschreibt das Risiko hinsichtlich der Höhe von Kosten, die in einer Beschaffungskonstellation grundsätzlich (zumindest zunächst) beim Auftragnehmer anfallen. Kostenrisiko bei einem Auftragnehmer kann von diesem selber und damit auch von den hinter diesem „stehenden“ (Unternehmens-)Eigentümern oder – im Zusammenhang mit entsprechenden Vertragsklauseln – vom Auftraggeber getragen werden, wobei bei der öffentlichen Hand als Auftraggeber letztendlich die Bürger und Steuerzahler dem Risiko (zumindest indirekt) ausgesetzt sind. Die mit einer Risikoübernahme durch den Auftragnehmer für diesen vorliegenden positiven Anreizwirkungen, geringe Kosten anzustreben, stehen den mit einer derartigen Risikoallokation einhergehenden Nachteilen gegenüber. In diesem Zusammenhang sind zunächst die bei privaten Unternehmen als Auftragnehmern in der Regel bei einer Gesamtbetrachtung vorliegenden höheren Kosten der Risikoübernahme als auf Seiten eines öffentlichen Auftraggebers zu erwähnen, da private Unternehmen üblicherweise eine höhere Risikoaversion als das Kollektiv der Bürger und Steuerzahler aufweisen, das ggf. (und dies speziell bei einer hohen Anzahl an Bürgern und Steuerzahlern) sogar als risikoneutral angesehen werden kann; vgl. dazu BECKERS ET AL. (2014b, S. 46 ff.). Vor diesem Hintergrund ist nicht stets die Zuordnung von Kostenrisiko an einen Auftragnehmer sinnvoll. Insbesondere insoweit die Höhe von Kosten gar nicht durch den Auftragnehmer beeinflusst werden kann und vielmehr von exogenen Faktoren (wie z.B. der Entwicklung des allgemeinen Zinsniveaus) abhängt, sprechen gewichtige Gründe gegen eine Risikotragung durch einen Auftragnehmer. Nicht zuletzt sei darauf hingewiesen, dass die Allokation von Kostenrisiko nicht nur im Hinblick auf die intendierten Anreizwirkungen sondern auch auf ggf. entstehende Fehlanreize aufgrund von Kontrahierungsproblemen, die (auch) mit Wissensdefiziten auf Seiten des Auftraggebers zusammenhängen können, zu beurteilen sind.

⁵⁶ Anzumerken ist, dass bei einer Output-orientierten Anreizsetzung auch die Option einer Risikoteilung besteht. Dabei wird zwar vom Auftraggeber eine Ziel-Vergütung (auch als „Zielpreis“ bezeichnet) festgelegt, aber die dann an den Auftragnehmer fließende Vergütung ergibt sich aus den tatsächlich beim Auftragnehmer angefallenen (und ggf. vom Auftraggeber überprüften) Kosten und dem Zielpreis, die jeweils gemäß einer vorher definierten Risikoteilungsregel gewichtet werden. Ein analoges Vorgehen ist grundsätzlich auch bei der Option des Monitoring denkbar, wird aber in der Praxis nur selten praktiziert. Für grundlegende Überlegungen zur Anwendung von Zielpreisen, die der normativen Prinzipal-Agent-Theorie zuzurechnende formale mikroökonomische Analysen darstellen bzw. sich auf diese beziehen, vgl. MCAFEE / MCMILLAN (1986) und MCAFEE / MCMILLAN (1988).

werden, dass eine Kontrahierung der Leistung möglich ist. Dabei müssen die genannten Akteure (zunächst der Auftraggeber, aber analog auch Gerichte etc.) nicht unbedingt selber über dieses Wissen verfügen, aber sie müssen zumindest zu Ihrer Unterstützung Beratungsunternehmen, Gutachter o.ä. in einer sinnvollen Weise einbeziehen können, die das entsprechende Wissen einbringen können.⁵⁷

Im Falle eines Monitoring hinsichtlich der Aktivitäten des Auftragnehmers durch den Auftraggeber hat Letztgenannter hingegen über Wissen darüber zu verfügen, ob der Auftragnehmer auf eine adäquate Weise seine Aufgaben wahrnimmt und ob die nach seinen Angaben hierbei anfallenden Kosten angemessen (und insofern nicht aufgrund von Ineffizienzen oder „Schummeleien“ überhöht) sind.⁵⁸ Hierfür ist Wissen erforderlich, dass sich auf den Leistungserstellungsprozess bezieht, weshalb auch von „Input-Wissen“ gesprochen werden kann. Bei dieser Option der Anreizsetzung ist es ebenfalls bedeutsam, dass relevante Dritte wie Gerichte ebenfalls über das entsprechende Wissen (hier also Input-Wissen) verfügen.

- **Festlegung des Vertrags- und Aufgabenumfangs („Bundling vs. Unbundling“):** Ein öffentlicher Auftraggeber hat bei der Beschaffung zu entscheiden, ob er eine Leistung gesamthaft und somit „gebündelt“ im Rahmen einer Vertragsbeziehung von einem Auftragnehmer erbringen lassen will oder ob er die Wahrnehmung der Aufgabe auf mehrere Leistungspakete und Vertragsbeziehungen zu mehreren Auftragnehmern aufteilt.⁵⁹ Die erstgenannte Option stellt ein so genanntes „Bundling“ dar, während bei der zweitgenannten Option ein so genanntes „Unbundling“ erfolgt.

Für die Vorteilhaftigkeit der verschiedenen Optionen ist – speziell wenn auf eine Output-orientierte Anreizsetzung zurückgegriffen wird – von Bedeutung, ob bzw. in welchem Ausmaß der Auftraggeber (und analog wiederum auch Dritte wie Gerichte etc.) über das Output-Wissen verfügt, die jeweils ausgeschriebene(n) Leistung(en) zu beschreiben und deren adäquate Erbringung festzustellen. Dabei ist bei einer gebündelten Beschaffung Output-Wissen nur bezüglich dieser einen gebündelten Leistung und quasi „auf einer höheren Ebene“ von Bedeutung als bei einer entbündelten Beschaffung, bei der Output-Wissen bezüglich der einzelnen Leistungspakete und damit einhergehend in gewisser Hinsicht „auf einer niedrigeren Ebene“ vorzuliegen hat. Außerdem hat der Auftraggeber bei einer entbündelten Beschaffung über das (Input-)Wissen zu verfügen, die einzelnen Leistungspakete in einer sinnvollen Weise aufeinander abzustimmen.

⁵⁷ Zu beachten ist allerdings, dass wiederum Kontrahierungsprobleme bezüglich des entsprechenden Wissens vorliegen können, was die effektive und effiziente Nutzung von bei Beratern und Gutachtern verfügbarem Wissen durch öffentliche Auftraggeber und durch Gerichte erschwert.

⁵⁸ Für grundlegende Überlegungen zum Monitoring vgl. z.B. ALCHIAN / DEMSETZ (1972) sowie ALCHIAN / WOODWARD (1987) und ALCHIAN / WOODWARD (1988), deren Überlegungen der positiven Prinzipal-Agent-Theorie zugerechnet werden können oder dieser zumindest nahe stehen.

⁵⁹ Für grundlegende Überlegungen zur „Bundling vs. Unbundling“-Frage vgl. HART (2003), dessen Überlegungen der Theorie unvollständiger Verträge zugerechnet werden können.

KONVENTIONELLE BESCHAFFUNGSVARIANTE UND ÖPP-ANSATZ ALS BESCHAFFUNGSSTRATEGIEN

Wenn im Infrastrukturbereich ein öffentlicher Auftraggeber in einer entbündelten Weise und somit separat für die Errichtung sowie die Erhaltung und ggf. auch den Betrieb der Infrastruktur die Beschaffung durchführt, dann wird dies auch als Anwendung der so genannten „konventionellen Beschaffungsvariante“ (KBV) bezeichnet. Auf diese Weise erfolgt beispielsweise traditionell die Beschaffung bei den Bundesfernstraßen, bei denen die öffentliche Hand den Bau und größere Erhaltungsmaßnahmen jeweils separat ausschreibt und an private Auftragnehmer vergibt. Insofern keine Eigenerstellung erfolgt, wird mit kleineren Erhaltungsmaßnahmen und Aufgaben des Betriebsdienstes analog verfahren.

Bei einer Beschaffung nach dem ÖPP-Ansatz hingegen umfasst die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung die adäquate Bereitstellung der Infrastruktur in einer vorgegebenen Weise während einer längeren Vertragslaufzeit (von z.B. 10, 20 oder 30 Jahren) sowie die Übergabe der Infrastruktur in einer definierten Weise bzw. nach definierten Regeln nach Ablauf der Vertragslaufzeit an den öffentlichen Auftraggeber. Damit einhergehend ist der Auftragnehmer für die Realisierungsmaßnahmen (also den Neu-, Aus- oder Umbau) und die anschließende Erhaltung der Infrastruktur sowie ggf. – je nach Vertragsausgestaltung – auch für den Betrieb der Infrastruktur verantwortlich. Üblicherweise wird bei ÖPP-Projekten vertraglich eine Output-orientierte Anreizsetzung vorgesehen, wovon auch im Folgenden ausgegangen wird. Anzumerken ist allerdings, dass im Rahmen von Nachverhandlungen bzw. in Abhängigkeit des Ausmaßes von Nachverhandlungen sich das Anreizregime bei derartigen ÖPP-Projekten durchaus auch grundsätzlich wandeln kann, was trotz einer gewissen empirischen Relevanz folgend nicht vertieft betrachtet werden wird.

OPTION EINER ÖFFENTLICHEN EIGENERSTELLUNG

Bislang ist die Option einer Eigenerstellung der gesamten Leistung oder von einzelnen Leistungspaketen nur am Rande erwähnt worden. Lediglich von der (unvermeidlichen) Übernahme der Aufgaben des Vergabe- und Vertragsmanagements durch die öffentliche Hand ist (implizit) stets ausgegangen worden. Eine Eigenerstellung der öffentlichen Hand kommt im Kontext der konventionellen Beschaffungsvariante insbesondere für Aufgaben der Konzeption und Koordination der Aufgaben der Realisierung bzw. des Baus und der Erhaltung sowie des Betriebs in Frage. Aber auch darüber hinausgehende Leistungspakete könnte die öffentliche Hand übernehmen, wobei in der Praxis vor allem Betriebs- und Betriebsführungsaufgaben vielfach durch die öffentliche Hand wahrgenommen werden.

WEITERES VORGEHEN IN DIESEM ANHANG (ABSCHNITT 5)

In den weiteren (Unter-)Abschnitten dieses Anhangs (Abschnitts 5) werden folgend die Eignung des ÖPP-Ansatzes im Vergleich zur konventionellen Beschaffungsvariante im Hinblick auf die Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit betrachtet (Unter-Abschnitt 5.2) sowie die Make-or-Buy-Frage und deren Beziehung zur Diskussion der genannten Beschaffungsvarianten thematisiert und übergreifende Schlussfolgerungen gezogen (Unter-Abschnitt 5.3).

5.2 ÖPP-Ansatz als Alternative zur konventionellen Beschaffungsvariante

(POTENTIELLE) NACHTEILE DES ÖPP-ANSATZES

Mit der Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffung durch die öffentliche Hand im Infrastrukturbereich gehen mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit zunächst insbesondere die folgenden Nachteile einher, die stets oder zumindest regelmäßig bei ÖPP-Projekten anfallen werden:⁶⁰

- **Transaktionskosten und in diesem Zusammenhang auch vertragliche Risiken aufgrund der Langfristigkeit der Vertragsbeziehung:** Aufgrund der Langfristigkeit der Vertragsbeziehung und der damit einhergehend vorliegenden Abhängigkeit der Vertragsparteien voneinander, die mit auf beiden Seiten getätigten spezifischen Investitionen korrespondiert, fallen bei ÖPP-Projekten recht hohe Transaktionskosten an.⁶¹ Zu diesen Transaktionskosten zählen zunächst sämtliche Maßnahmen, mit denen sich die Vertragsparteien vor dem Opportunismus der jeweils anderen Seite zu schützen beabsichtigen, was sich tendenziell im Abschluss „dicker Verträge“ äußert. Ferner fallen Transaktionskosten bei der Überwachung der Vertragsinhalte und der Anpassung im Falle von nicht vorhergesehenen Umwelt- und Leistungsänderungen an. Im Falle von Streitigkeiten während der langfristigen Vertragsbeziehungen wird die wirtschaftliche Position der Vertragsparteien durch die Fällung von Urteilen durch Gerichte oder andere einbezogene Dritte (private Schiedsgerichte o.ä.) tangiert. Damit einhergehende „vertragliche Risiken“ können versucht werden durch möglichst vollständige Verträge zu begrenzen, was aber stets nur unvollkommen gelingen wird. Das Ausmaß und die Implikationen derartiger vertraglicher Risiken sollten nicht unterschätzt werden, insbesondere dürften die vielfach recht hohen Kapitalkosten bei einer Kapitalbereitstellung durch die Auftragnehmer nicht selten umfangreich durch vertragliche Risiken bedingt sein.
- **Rentenverschiebungen im Rahmen von Nachverhandlungen:** Bei ÖPP-Projekten werden im Kontext der Schwierigkeit, ex ante über die lange Vertragslaufzeit hinweg den Leistungsumfang aufgrund der bestehenden Umweltunsicherheit adäquat zu beschreiben, regelmäßig relativ viele bzw. umfangreiche Nachverhandlungen erforderlich sein, die sich auch auf recht hohe Volumina beziehen können. Zunächst werden in derartigen Nachverhandlungen die bereits thematisierten Transaktionskosten bei den Verhandlungen über die Vertrags- und Vergütungsanpassungen anfallen. Sodann ist zu erwarten, dass im Kontext der Wissensvorsprünge

⁶⁰ Die folgende Diskussion der Effekte der Anwendung des ÖPP-Ansatzes orientiert sich an den Darstellungen in den Präsentationsunterlagen zu dem folgenden Vortrag:

Beckers, T. (2014/12/15): Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen (BAB); Vortrag bei dem Fachgespräch „Die ÖPP-Fälle: Risiken und Alternativen“ der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne, Berlin; Vortragsunterlagen stehen im Internet zum Download zur Verfügung,

Dabei wird ferner auch auf in BECKERS / KLATT (2008), BECKERS / GEHRT / KLATT (2009), BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009), GEHRT (2009), BECKERS ET AL. (2014b) und WAGEMANN (2015) bezüglich des ÖPP-Ansatzes sowie in BECKERS ET AL. (2014a) und BECKERS / BIESCHKE / WEISS (2018) bezüglich des Vertrags- und Regulierungsdesigns enthaltene Vorarbeiten zurückgegriffen.

⁶¹ Die Problematik des Anfallens (potentiell) hoher Transaktionskosten in langfristigen Verträgen wird umfassend von der Transaktionskostentheorie adressiert; vgl. dazu WILLIAMSON (1990).

von Auftragnehmern gegenüber sowohl Auftraggebern als auch Dritten wie Gerichten, die Streitigkeiten zu entscheiden haben, und der Zuordnung von Beweislasten bei Vergütungsanpassungen hinsichtlich Kostenveränderungen vielfach nicht unerhebliche Rentenverschiebungen zugunsten der Auftragnehmer erfolgen werden.⁶²

- **Fehlanreize und daraus resultierende Ineffizienzen aufgrund von Defiziten bei der Leistungsbeschreibung:** Insofern die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung und in diesem Zusammenhang auch die Regelungen zur Übergabe von Infrastruktur-Assets am Ende der Vertragsbeziehung nicht adäquat beschrieben sind und / oder die Messbarkeit bezüglich der adäquaten Leistungserbringung nicht möglich ist, können Fehlanreize für den Auftragnehmer auftreten. Derartige Defizite können es dem Auftragnehmer ermöglichen, Leistungen in einer aus Auftraggebersicht mit Nachteilen einhergehenden Weise zu erbringen und dabei Kosten einzusparen. Als extrem schwierig ist es u.a. anzusehen, Regelungen hinsichtlich der Substanzqualität und dabei nicht zuletzt auch zur Bewertung der Substanzqualität vorzusehen, die die vom Auftragnehmer an den Auftraggeber bei Vertragsende zu übergebende Infrastruktur-Assets aufweisen soll.

Anzumerken ist, dass die vorstehenden drei Nachteile teilweise ein substitutives Verhältnis zueinander aufweisen und dabei in einem Zusammenhang mit der Kontrahierbarkeit bestimmter Leistungen an sich sowie mit der Qualität und Klarheit von Leistungsbeschreibungen stehen. Wenn beispielsweise eine sich als inadäquat erweisende Leistungsbeschreibung in Nachverhandlungen verbessert wird, werden keine Fehlanreize infolge einer unpassenden Leistungsbeschreibung mehr auftreten.

Ein weiterer Nachteil bei ÖPP-Projekten ist, dass es bei diesen tendenziell schwieriger als im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante durchführbar ist, vom Auftragnehmer nicht beeinflussbares Risiko dem öffentlichen Auftraggeber zuzuordnen, der nahezu stets über geringere Kosten der Risikoübernahme verfügen wird. Um dies bei einem ÖPP-Vorhaben umsetzen zu können, ist regelmäßig gewisses Input-Wissen bei der Vertragsausgestaltung erforderlich, und Regelungen, mit denen nicht beeinflussbares Risiko dem Auftraggeber zugeordnet wird, können und werden oftmals in der Entwicklung und Anwendung kompliziert sein, was zu Transaktionskosten führt, oder sogar nicht in einer sinnvollen Weise gestaltbar sein, so dass das entsprechende Risiko beim Auftragnehmer zu verbleiben hat.

(POTENTIELLER) VORTEIL DES ÖPP-ANSATZES BZW. ÖPP-AFFINE KONSTELLATIONEN

Einen Vorteil weist der ÖPP-Ansatz im Hinblick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit insbesondere dann auf, wenn zunächst im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante die Beschreibung der einzelnen oder zumindest einzelner der Leistungspakete sowie die Feststellung einer adäquaten Leistungserbringung – aufgrund der Komplexität von Leistungen oder aufgrund des Fehlens des entsprechenden Output-Wissens beim öffentlichen Auftraggeber und / oder bei Dritten wie Gerichten – nicht

⁶² Bei einem weiten Verständnis von Transaktionskosten können die damit einhergehenden „Übergewinne“ auf der Auftragnehmerseite aus der Perspektive der Auftraggeberseite auch als Transaktionskosten angesehen werden.

in einer sinnvollen Weise möglich sind und außerdem in derartigen Fällen ein Monitoring des Auftraggebers bezüglich des Auftragnehmers – wiederum aufgrund der Eigenarten der Leistung oder aufgrund des Fehlens des entsprechenden Input-Wissens beim öffentlichen Auftraggeber und / oder bei Dritten wie Gerichten – kein geeignetes Anreizinstrument ist und ferner – im Zusammenhang mit der Verfügbarkeit des entsprechenden, sich nun auf eine „höhere Ebene“ der Leistungserbringung beziehenden Output-Wissens beim öffentlichen Auftraggeber und bei Dritten wie Gerichten – eine erfolgreiche Kontrahierung (also Leistungsbeschreibung und -messung) im Rahmen eines ÖPP-Projektes gelingen dürfte. Von besonders hoher Bedeutung können die geschilderten Probleme bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante bei einer Fremdvergabe der Aufgabe der übergreifenden Konzeption und Koordination der Leistungserbringung sein, die die Definition von den verschiedenen Leistungspaketen (Realisierung, Erhaltung, Betrieb etc.) und die Ressourcenallokation über die verschiedenen Leistungspakete hinweg betrifft.

Zu hinterfragen ist allerdings, ob in den geschilderten Konstellationen, in denen der Einbezug von privaten Auftragnehmern im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante problematisch ist, eine Eigenerstellung durch die öffentliche Hand eine relevante Alternative zur Durchführung eines ÖPP-Projektes darstellen kann. Hierfür ist eine Voraussetzung, dass die öffentliche Hand über die für eine Eigenerstellung erforderlichen Ressourcen und dabei nicht zuletzt auch über das entsprechende (Input-)

Wissen verfügt oder sich diese erwerben bzw. kurzfristig aneignen kann.⁶³

UNKLARE EFFEKTE BEI ANWENDUNG DES ÖPP-ANSATZES

Bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes auftretende Effekte, die im Einzelfall eine Stärke oder eine Schwäche dieses Ansatzes darstellen können, sind insbesondere Folgende:

- **Wettbewerbsintensität:** Im Regelfall dürften mit der Ausschreibung eines relativ großen Vertragsvolumens nach dem ÖPP-Ansatz die Anzahl der Unternehmen, die als (ernsthafte) Bieter in Frage kommen, und damit einhergehend regelmäßig auch die Wettbewerbsintensität abnehmen. Es sind jedoch auch Konstellationen denkbar, in denen dies so nicht der Fall ist, z.B. wenn erst das relativ große Vertragsvolumen bei einem ÖPP-Projekt neue Bieter in einen abgeschotteten Markt lockt.⁶⁴

⁶³ Siehe hierzu auch Abschnitt 5.3, wo eine Thematisierung der Make-or-Buy-Frage erfolgt.

⁶⁴ Spezielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität bei ÖPP-Vorhaben werden auftreten, wenn sich zur Leistungserbringung Konsortien von Unternehmen mit verschiedenen Kompetenzen zu bilden haben. Wenn sich die in den einzelnen relevanten Leistungsbereichen jeweils effizientesten Unternehmen in einem Konsortium zusammenschließen, verfügt dieses Konsortium über das Potential, um im Falle einer Auftragserteilung zu den geringstmöglichen Kosten zu produzieren, was aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers positiv zu beurteilen ist. Allerdings wird dieses Konsortium auch über eine besonders gute Wettbewerbsposition in dem Vergabeverfahren verfügen und damit tendenziell – davon ausgehend, dass es sich seiner Stärke bewusst ist – eine hohe Gewinnmarge einkalkulieren können, was aus Sicht des Auftraggebers hingegen negativ ist. Im Übrigen ist zu hinterfragen, ob und wann es sinnvoll ist, den ÖPP-Ansatz anzuwenden, wenn bei der konventionellen Beschaffungsvariante Probleme bei der Definition und Beschreibung der einzelnen Leistungspakete anfallen, aber die Leistungserbringung durch ein über die verschiedenen Leistungsbereiche hinweg tätiges Unternehmen nicht möglich ist, weil kein Unternehmen über die verschiedenen erforderlichen Ressourcen verfügt. Zu beachten ist dabei, dass dann bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes die Probleme bei der Definition und Beschreibung der einzelnen Leistungspakete ggf. nur in ein Konsortium hineinverlagert werden. Allerdings ist es durchaus denkbar, dass die Ko-

- **Vergaberechtliche Restriktionen:** Bei einem ÖPP-Projekt besitzt der Auftragnehmer – im Vergleich zur öffentlichen Hand bei der konventionellen Beschaffungsvariante – grundsätzlich eine größere Flexibilität bei der Auftragsvergabe im Rahmen des vertraglich vereinbarten Leistungsumfangs, da er bei der Unterauftragsvergabe regelmäßig nicht dem Vergaberecht unterliegt. Daher kann der Auftragnehmer der öffentlichen Hand im Rahmen eines ÖPP-Projektes beispielsweise Aspekte wie die Reputation bei der Auswahl der Subunternehmer unkompliziert berücksichtigen und durch wiederholte Auftragsvergaben an denselben Subunternehmer gezielt relationale Beziehungen aufbauen, was bei einer Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand aufgrund vergaberechtlicher Restriktionen nicht oder nur in einer suboptimalen Weise erfolgen kann. Außerdem entfallen Risiken hinsichtlich Verzögerungen bei der Vergabe und Erbringung einzelner Leistungspakete im Kontext oftmals zu beobachtender vergaberechtlicher Konflikte, die vor Gericht ausgetragen werden und zur Aufhebung von Vergabeverfahren führen können. Sofern derartige Verzögerungen auf kritischen Pfaden einer Projektrealisierung erfolgen, können die Auswirkungen entsprechend groß sein. Zu beachten ist allerdings, dass mit dem Vergaberecht intendierte politisch gesetzte Ziele, die z.B. im Hinblick auf die langfristige Erhaltung einer bestimmten Marktstruktur und einer gewissen, nicht zu geringen Wettbewerbsintensität bei einer dynamischen Betrachtung auch eine ökonomische Rationalität aufweisen können, bei ÖPP-Projekten damit einhergehend nicht effektiv erreicht werden.

Im Vergleich zur konventionellen Beschaffungsvariante, bei der Verträge mit den privaten Auftragnehmern einen eher kurzfristigen Charakter aufweisen, ist ein ÖPP-Vertrag langfristiger Natur. Doch insbesondere bei langfristigen Vertragsbeziehungen kann die Berücksichtigung der Reputation der Bieter bei der Vergabe von hoher Bedeutung sein, um beispielsweise die Wahrscheinlichkeit und / oder die Kosten von Nachverhandlungen zu reduzieren. Dies ist bei der Vergabe von ÖPP-Projekten aufgrund der vergaberechtlichen Restriktionen jedoch nur begrenzt möglich. Insofern weist die Projektrealisierung nach dem ÖPP-Ansatz im Hinblick auf die Auswirkungen vergaberechtlicher Restriktionen sowohl Vor- als auch Nachteile auf.

- **Personalakquise und -kosten:** Bei einer im Rahmen der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante bei einzelnen Leistungspaketen denkbaren Eigenerstellung sind auf Seiten der öffentlichen Hand die dort geltenden tarifvertraglichen und sonstigen Regelungen zur Personalpolitik anzuwenden. Damit einhergehend können höhere, aber ebenso niedrigere Löhne als im privaten Bereich vorliegen und im Falle niedrigerer Löhne sind auch Probleme bei der Personalakquise möglich. Unbefristet angebotene Stellen im öffentlichen Dienst können jedoch u.U. auch bei geringerer Entlohnung ggf. mit den Stellenangeboten privater Konkurrenten mithalten. In diesem Kontext sind diverse Auswirkungen der Besonderheiten der öf-

ordination zwischen den Mitgliedern eines Konsortiums, die jeweils unterschiedliche Ressourcen und dabei auch Wissen beisteuern sowie damit einhergehend unterschiedliche Leistungen erbringen, im Einzelfall besser funktionieren kann als bei Wahrnehmung der Aufgabe der Gestaltung und des Managements von Schnittstellen zwischen Leistungspaketen durch die öffentliche Hand im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante, was z.B. durch eine regelmäßige Zusammenarbeit und somit die Existenz relationaler (Vertrags-)Beziehungen zwischen den Mitgliedern eines Konsortiums bedingt sein kann.

fentlichen Hand auf die Wirtschaftlichkeit bei einzelnen Projekten im Falle einer Eigenerstellung von Leistungen denkbar. Anzumerken ist, dass die öffentliche Hand durch die Rechtsformwahl und „organisatorische Aufstellung“ des für eine bestimmte Leistungserbringung zuständigen Bereichs erheblichen Einfluss darauf ausüben kann, welche Restriktionen hinsichtlich der Personalpolitik zu beachten sind.

POLIT-ÖKONOMISCHE UND MIT DER FINANZIERUNG IN VERBINDUNG STEHENDE ASPEKTE DES ÖPP-ANSATZES

Bislang sind Anreizeffekte auf Seiten der Akteure der öffentlichen Hand, die für die Anwendung des ÖPP-Ansatzes und / oder der konventionellen Beschaffungsvariante zuständig sind, und dies im Kontext der bestehenden Besonderheiten für Akteure in Politik und Verwaltung weitgehend ausgeklammert worden. Diese und deren Auswirkungen auf das von der öffentlichen Hand zu verfolgende Ziel der Wirtschaftlichkeit sollen im Mittelpunkt der folgenden Analysen stehen und damit einhergehend werden „politisch-ökonomische“ Aspekte betrachtet. In diesem Zusammenhang wird auch auf mit der Finanzierung in Verbindung stehende Aspekte eingegangen.

Ein im Rahmen einer dynamischen Betrachtung relevanter Vorteil einer (ggf. auch nur gelegentlichen) Anwendung des ÖPP-Ansatzes kann es sein, dass die auf Seiten der öffentlichen Hand im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante tätigen Akteure einem indirekten Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Es gibt zwar auch andere Maßnahmen, um die Effizienz bei den entsprechenden Akteuren im öffentlichen Sektor im Rahmen der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante positiv zu beeinflussen, aber im Falle von deren Anwendung kann der geschilderte indirekte Wettbewerbsdruck zumindest eine komplementäre Wirkung entfalten.⁶⁵

Wenn einzelne Leistungspakete im Rahmen der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante aufgrund einer schlechten Kontrahierbarkeit nicht an private Auftragnehmer übertragen werden können, bietet sich eine öffentliche Eigenerstellung an. Es kann die Position vertreten werden, dass eine öffentliche Leistungserbringung mit Ineffizienzen einhergeht. Allerdings ist davon im Bereich von Aufgaben, für deren Wahrnehmung die öffentliche Hand verantwortlich ist, keinesfalls per se auszugehen. Weder theoretische Überlegungen noch die empirische Evidenz zeigen dies an.⁶⁶ Insofern ist in der geschilderten Konstellation die Reduktion der öffentlichen Eigenerstellung im Rahmen einer gebündelten Übertragung sämtlicher für die Aufgabenwahrnehmung relevanter Leistungsbereiche an einen privaten Auftragnehmer im Rahmen eines ÖPP-Projektes – von sonstigen Effekten hier abstrahierend – keinesfalls zwangsläufig von Vorteil. Auch im Falle einer bestehenden öffentlichen Ineffizienz ist als Alternative zu einer verstärkten Übergabe von Aufgaben an private Akteure das Potential zur Beseitigung der entsprechenden Ineffizienz im Rahmen einer Beibehaltung der öffentlichen Leis-

⁶⁵ Nicht von Bedeutung ist ein derartiger Wettbewerbsdruck allerdings ggf. dann, wenn in einem Sektor genau ein Projekt zu realisieren ist. Bei einer rein auf diesen Sektor bezogenen Betrachtung ist jedoch denkbar, dass bei einer intertemporalen Betrachtung ein indirekter Wettbewerbsdruck bestehen kann.

⁶⁶ Für einen Überblick über entsprechende empirische Analysen vgl. z.B. MÜHLENKAMP (2012b) und VILLALONGA (2000). Für eine kritische Einordnung und Diskussion des Potentials derartiger Analysen – diskutiert mit Bezug zur Stromverteilnetzen – vgl. BIESCHKE ET AL. (2018). Eine Anwendung grundlegender theoretischer Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomik auf die Frage der Effizienz öffentlicher Leistungserstellung erfolgt u.a. in BECKERS / KLATT / ZIMMERMANN (2011) und BECKERS ET AL. (2014a, S. 218 ff).

tungserstellung zu berücksichtigen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass das Wissen, das für die Beseitigung von Ineffizienzen im Falle öffentlicher Eigenerstellung anzuwenden ist, grundsätzlich weit verbreitet ist und von einem öffentlichen Akteur relativ unkompliziert genutzt bzw. einbezogen werden kann.

Um polit-ökonomisch erklärbaren Fehlentwicklungen bei der Beschaffung und Leistungserbringung im öffentlichen Sektor entgegenzuwirken, besteht ein umfangreicher Regelrahmen. Umso besser die Nachvollziehbarkeit der Aktivitäten öffentlicher Akteure ist, umso einfacher ist es, von diesen praktiziertes opportunistisches Verhalten und auch sonstige Ineffizienzen aufzudecken, was bei einer dynamischen Betrachtung mit positiven Anreizwirkungen einhergeht. ÖPP-Projekte weisen eine hohe vertragliche Komplexität (bzw. – anders und breiter formuliert – eine hohe institutionelle Komplexität) auf und in diesem Zusammenhang ist es oftmals relativ schwierig, Entscheidungen der involvierten öffentlichen Akteure ex post zu beurteilen. Damit einhergehend sind Opportunismuspotentiale im öffentlichen Bereich bei ÖPP-Projekten als tendenziell größer einzuordnen als bei im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante realisierten Projekten. Einhergehend mit der hohen institutionellen Komplexität sind die Kodifizierung von Wissen und die Etablierung von Standards hinsichtlich des ÖPP-Ansatzes deutlich schwieriger als bei der konventionellen Beschaffung.⁶⁷ Letztendlich dürften diese Aspekte dazu führen, dass bei ÖPP-Vorhaben polit-ökonomisch erklärbare Fehlanreize sich in einer umfangreicheren Weise als bei nach der konventionellen Beschaffungsvariante realisierten Projekten auf die Kosten auswirken und somit die Wirtschaftlichkeit negativ beeinträchtigen.

Spezielle polit-ökonomisch erklärbare Probleme dürften auch mit der sich aufgrund der Langfristigkeit der Vertragsbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und einem privaten Auftragnehmer bei ÖPP-Projekten ergebenden Möglichkeit im Zusammenhang stehen, intertemporale Verschiebungen von finanziellen und sonstigen Effekten innerhalb eines Projektes vorzunehmen, was allerdings ggf. entsprechende Vereinbarungen im Rahmen von Nachverhandlungen erfordert. Insbesondere für die Politik ist es auf diese Weise möglich, in der Öffentlichkeit (potentiell) negativ wahrgenommene Effekte in die Zukunft und in zukünftige Wahlperioden zu verschieben. Ggf. werden Probleme – wenn überhaupt – erst zum Ende der langen Vertragslaufzeit von ÖPP-Projekten offensichtlich. Zwar begrenzen vergabe- und haushaltsrechtliche Regelungen die Möglichkeiten für diesbezügliche Absprachen in Nachverhandlungen und die Durchführung derartiger intertemporaler „Verschiebemaßnahmen“, aber es ist davon auszugehen, dass oftmals durchaus ausreichende Wege zur Vornahme derartiger Verschiebungen und dabei ggf. auch zur Umgehung von diesbezüglichen rechtlichen Regelungen bzw. den diesen zugrunde liegenden Grundgedanken und Zielen gefunden werden können.

⁶⁷ In diesem Zusammenhang ist auch von Relevanz, dass diejenigen Akteure im öffentlichen Sektor, die in die Realisierung von ÖPP-Projekten involviert sind, über Wissensvorsprünge und ggf. sogar Wissensmonopole verfügen, die bei in nach der konventionellen Beschaffungsvariante realisierte Projekte involvierte Akteure im öffentlichen Sektor so nicht vorliegen. Die sich daraus ergebende relativ starke Stellung von im Bereich der Anwendung des ÖPP-Ansatzes tätigen Mitarbeitern innerhalb des öffentlichen Sektors dürfte zu Vorteilen für diese führen, die speziell dann auch langfristig gesichert sein werden, wenn der ÖPP-Ansatz häufig angewendet wird und in diesem Zusammenhang Probleme in laufenden ÖPP-Vorhaben „unter den Tisch gekehrt werden“, was - wie dargestellt – bei ÖPP-Projekten relativ gesehen einfach ist.

Die langfristige Vertragsbeziehung mit dem privaten Auftragnehmer im Zusammenhang mit der umfassenden Aufgabenübertragung an diesen kann bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes verhindern, dass die Allokation von Finanz- und dabei nicht zuletzt Haushaltsmitteln kurzfristigen (und ggf. auch opportunistischen) Zielen folgt. Dem kann jedoch zunächst entgegengehalten werden, dass auch innerhalb des öffentlichen Sektors Mechanismen zur überjährigen Fixierung der Finanzmittelbereitstellung für bestimmte Ausgaben- und Projektbereiche – z.B. durch so genannte „Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen“ mit öffentlichen Unternehmen oder durch (haushaltsintegrierte oder haushaltsunabhängige) Fonds – etabliert werden können.⁶⁸ Außerdem ist zu berücksichtigen, dass intertemporale finanzielle Flexibilität für die öffentliche Hand und dabei insbesondere auch für den Haushaltsgesetzgeber nicht nur mit Nachteilen einhergeht.

Bei Anwendung des ÖPP-Ansatzes kann es durch eine Kapitalaufnahme auf Seiten des privaten Auftragnehmers möglich sein Investitionen zu finanzieren, für die die öffentliche Hand bei Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante unter bestimmten Annahmen (ausgeglichener Haushalt und insofern kein Überschuss, keine Steuererhöhungen und keine Umschichtung von Mitteln innerhalb des Haushalts möglich) aufgrund der bestehenden Ausgestaltungen der Schuldenbremsen – insbesondere sei die (in Art. 115 Abs. 3 GG enthaltene) „deutsche Schuldenbremse“ und die (in Art. 126 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 12 „verankerte“) „europäische Schuldenbremse“ erwähnt – keine Verschuldung eingehen kann und damit einhergehend eine Projektrealisierung nicht möglich ist. Ein derartiger Vorfinanzierungseffekt im Zusammenhang mit der Anwendung des ÖPP-Ansatzes etabliert erhebliche Fehlanreize und geht mit einer Umgehung des Grundgedankens von Schuldenbremsen einher. In diesem Kontext bietet es sich im Übrigen an, eine Modifikation der Schuldenbremsen in Betracht zu ziehen, mit der diese „asymmetrische Vorfinanzierungsmöglichkeit“ und die damit einhergehenden Fehlanreize eliminiert werden.⁶⁹ Folgend wird dieser Vorfinanzierungsaspekt nicht weiter berücksichtigt.

SCHLUSSFOLGERUNGEN ZUR EIGNUNG DES ÖPP-ANSATZES ALS ALTERNATIVE ZUR KONVENTIONELLEN BESCHAFFUNGSVARIANTE

Bei einer Gesamtbetrachtung der vorstehend thematisierten Effekte einer Anwendung des ÖPP-Ansatzes anstelle der konventionellen Beschaffungsvariante bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten kann Folgendes mit Blick auf das von der öffentlichen Hand zu verfolgende Ziel einer wirtschaftlichen Projektrealisierung festgehalten werden:

- Im Kontext der Langfristigkeit, des Umfangs und der institutionellen Komplexität von ÖPP-Projekten weisen diese relevante grundsätzliche Nachteile auf, die durchaus erhebliche Ausmaße annehmen können. Dies betrifft auch Effekte, die speziell bei Berücksichtigung politökonomischer Aspekte identifiziert werden können.

⁶⁸ Vgl. dazu z.B. BECKERS ET AL. (2011), KLATT (2011) und BECKERS ET AL. (2016).

⁶⁹ Für einen auf die Projektrealisierung bei den Bundesautobahnen bezogenen Vorschlag für eine gesetzliche Regelung zur Verhinderung eines derartigen Fehlanreizes vgl. BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2017).

- Ein relevanter Vorteil des ÖPP-Ansatzes, der mit diesem einhergehenden Nachteilen gegenübersteht, liegt vor allem dann vor, wenn im Kontext der Eigenschaften der entsprechenden Leistung und Leistungspakete sowie der Wissensstände der relevanten Akteure (öffentlicher Auftraggeber, Gerichte etc.) zunächst im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante die (Leistungs-)Beschreibung der einzelnen oder zumindest einzelner der Leistungspakete sowie die Feststellung einer adäquaten Leistungserbringung nicht in einer sinnvollen Weise möglich sind und außerdem in derartigen Fällen ein Monitoring des Auftraggebers bezüglich des Auftragnehmers kein geeignetes Anreizinstrument ist und ferner eine erfolgreiche Kontrahierung (also Leistungsbeschreibung und -messung) im Rahmen eines ÖPP-Projektes gelingen dürfte.
- Eine übergreifende allgemeingültige Schlussfolgerung zur Eignung des ÖPP-Ansatzes im Vergleich zur konventionellen Beschaffungsvariante im Hinblick auf die Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit kann nicht gezogen werden. Entscheidend für die Eignung des ÖPP-Ansatzes in einem bestimmten Sektor, bei einem bestimmten Projekttyp und bei einzelnen Projekten sind die jeweils vorliegenden Charakteristika der zu erbringenden Leistungen, die Eigenschaften und dabei auch die Ressourcenausstattung und die Wissensstände der öffentlichen Hand, der potentiellen Auftragnehmer und von weiteren Akteuren (wie Gerichten), die Wettbewerbskonstellationen auf Märkten sowie nicht zuletzt auch – hierauf wird noch kurz einzugehen sein – die jeweils vorliegende Ausgestaltung des institutionellen Rahmens. Es kann insofern möglich sein, dass der ÖPP-Ansatz in bestimmten Sektoren oder nur bei bestimmten Projekttypen oder auch nur im Einzelfall nicht sinnvoll angewendet werden kann oder vice versa. Wichtig ist es im Einzelfall, eine optimierte Ausgestaltung einer Anwendung des ÖPP-Ansatzes mit einer bestmöglichen Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante zu vergleichen.⁷⁰
- Es kann allerdings im Kontext der aufgezeigten vergleichsweise vielen und dabei regelmäßig nicht unerheblichen Nachteile des ÖPP-Ansatzes – hier auch empirische Erkenntnisse einfließen lassend – festgestellt werden, dass lediglich in einer begrenzten Anzahl an Konstellationen die Vorteile die Nachteile der Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Vergleich zur Auftragsvergabe an private Auftragnehmer im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante überwiegen werden. In derartigen Konstellationen sollte jedoch geprüft werden, ob für die Leistungsbereiche, in denen der Einbezug von privaten Auftragnehmern im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante aufgrund von Kontrahierungsproblemen problematisch ist, eine Eigenerstellung durch die öffentliche Hand eine relevante Alternative darstellen kann. Sofern die öffentliche Hand nicht über die dafür erforderlichen Ressourcen und dabei nicht zuletzt auch über das erforderliche Wissen für eine Eigenerstellung verfügt und sich diese Ressourcen bzw. dieses Wissen auch nicht kurzfristig aneignen kann, ist die Anwendung des ÖPP-Ansatzes zur Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit möglicherweise unumgänglich.

⁷⁰ In diesem Zusammenhang ist es hinsichtlich der Optimierung einer Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Einzelfall von erheblicher Bedeutung, privates Kapital als Haftungsmasse in einem geeigneten Ausmaß einzubeziehen, vgl. dazu BECKERS ET AL. (2008).

Um in einer derartigen Situation nicht sehr langfristig den Nachteilen ausgesetzt zu sein, die mit der Anwendung des ÖPP-Ansatzes einhergehen, dürfte es sinnvoll sein, dass die öffentliche Hand bei der Ausschreibung von ÖPP-Projekten Call Optionen in den Verträgen vorsieht, um während der Vertragslaufzeit, das Projekt und damit das Wissen und die Ressourcen zu übernehmen, die für eine anschließende Eigenerstellung erforderlich sind.

Anzumerken ist, dass vorstehend vornehmlich die Anwendung des ÖPP-Ansatzes mit (implizitem) Bezug zu einzelnen Projekten betrachtet worden ist. Projekt-übergreifende und somit dynamische Effekte sowie über das Ziel der Wirtschaftlichkeit (im Sinne von Kosteneffizienz) hinausgehende Effekte sind nicht bzw. lediglich vereinzelt ansatzweise angeschnitten worden.⁷¹ Im Zusammenhang mit einer Projekt-übergreifenden Perspektive ist zu berücksichtigen, dass durch Investitionen in den Aufbau kodifizierten Wissens (Standardverträge etc.) und in Humankapital (geschulte Mitarbeiter etc.) auf Seite der öffentlichen Hand als Auftraggeber auf der Projekt-übergreifenden so genannten „Programmebene“ die Performance des ÖPP-Ansatzes verbessert werden kann.⁷² Eine erhebliche Ausweitung des vorstehend dargestellten (durchaus begrenzten) Anwendungspotentials für den ÖPP-Ansatz dürfte dadurch jedoch auch nicht erreichbar sein.

Nicht berücksichtigt wurden bei den Analysen in diesem Abschnitt vertragliche Zwischenformen zwischen einer Auftragsvergabe an private Auftragnehmer im Rahmen der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante und der Durchführung von ÖPP-Projekten. Eine derartige Zwischenform stellt beispielsweise die gebündelte Vergabe eines Bau- bzw. Realisierungsauftrags, der mit einer isolierten Output-orientierten Anreizsetzung verbunden ist, und eines mit einem separaten Anreizregime ausgestatteten Betriebsführungsvertrags an ein privates Unternehmen dar.⁷³ Derartige Vertragsmodelle können im Einzelfall potentiell sinnvolle Alternativen im Hinblick auf die Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit darstellen.

5.3 Die „Make-or-Buy“-Frage und deren Beziehung zur Beschaffungsvariantenauswahl sowie übergreifende Schlussfolgerungen

Neben der Ausgestaltung von Beschaffungsverträgen und der damit in Verbindung stehenden Auswahl der Beschaffungsvariante wird in der institutionenökonomischen Forschung umfangreich die Frage der Vorteilhaftigkeit der Eigenerstellung („Make“) oder der Beschaffung von Leistungen bei ei-

⁷¹ Für einen Überblick über derartige Effekte siehe die Präsentationsunterlagen zu dem folgenden Vortrag:

Beckers, T. (2014/12/15): Eine (institutionen-)ökonomische Analyse des ÖPP-Ansatzes und seiner Anwendung bei den Bundesautobahnen (BAB); Vortrag bei dem Fachgespräch „Die ÖPP-Falle: Risiken und Alternativen“ der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Grüne, Berlin; Vortragsunterlagen stehen im Internet zum Download zur Verfügung,

⁷² Dies betrifft im Übrigen auch Regelungen (z.B. im Haushaltsrecht), mit denen opportunistischem Verhalten im öffentlichen Sektor speziell bei ÖPP-Projekten entgegengetreten werden kann, sowie den Know-how-Aufbau mit Bezug zum ÖPP-Ansatz bei Mitarbeitern von Rechnungshöfen.

⁷³ Angemerkt sei, dass die dargestellte vertragliche Zwischenform (gebündelter Bau- und Betriebsführungsvertrag mit separaten und jeweils individuellen Anreizregimen) durchaus eine Nähe zu einem nach dem ÖPP-Ansatz gestalteten Vertrag haben kann, bei dem der Einbezug von vom Auftragnehmer nach der Bauphase als Haftungsmasse bereitzustellendem Kapital sinnvoll begrenzt ist und der öffentliche Auftraggeber über umfangreiche Call Optionen zur Übernahme des Projektes verfügt.

nem externen Anbieter bzw. Auftragnehmer („Buy“) betrachtet. Insbesondere auf die maßgeblich von Oliver Williamson entwickelte Transaktionskostentheorie kann in diesem Zusammenhang verwiesen werden.⁷⁴ Folgend sollen die Frage der Auswahl zwischen der Eigenerstellung und einer Beschaffung von externen Anbietern – und damit die Make-or-Buy-Frage – in einer abstrakten (und insofern den Darstellungen im vorangegangenen Abschnitt 5.2 entsprechenden) Weise unter besonderer Berücksichtigung der Transaktionskostentheorie betrachtet werden. Dabei werden gerade auch Bezüge zur im vorangegangenen Abschnitt 5.2 thematisierten Beschaffungsvariantenauswahl herausgearbeitet sowie übergreifende Schlussfolgerungen zu diesen Themengebieten gezogen werden.

GRUNDGEDANKEN DER TRANSAKTIONSKOSTENTHEORIE UND DIE BEDEUTUNG VON SPEZIFITÄT UND WISSEN FÜR DIE HÖHE VON TRANSAKTIONSKOSTEN BEI DER BESCHAFFUNG

Die Transaktionskostentheorie weist auf die hohe Bedeutung der Spezifität von Investitionen für die Auswahl zwischen verschiedenen institutionellen Optionen zur Erbringung bzw. Beschaffung einer Leistung sowie zur Koordination zwischen den Akteuren und somit für Fragen der Organisation wirtschaftlicher Aktivität hin. Während beim Einkauf von Standardgütern keinerlei Spezifität vorliegt und Transaktionen auf (Spot-)Märkten stattfinden (können), stellt sich bei an die Besonderheiten einzelner Nachfrager angepassten Leistungen die Frage, wann im Kontext einer mehr oder weniger hohen Spezifität eine Eigenerstellung oder ein Fremdbezug von einem externen Anbieter sinnvoll ist, was vor allem durch die bei den alternativen Optionen jeweils zu erwartenden Transaktionskosten beeinflusst wird.

Wie bei der Diskussion der Beschaffungsvarianten im vorangegangenen Abschnitt 5.2 bereits (implizit) thematisiert, ist bei einer hohen Spezifität nicht unbedingt eine Eigenerstellung erforderlich bzw. sinnvoll. Denn im Falle einer guten Kontrahierbarkeit, die eine gute Beschreibbarkeit der Leistung bzw. des Outputs sowie Messbarkeit der Leistungserbringung erfordert und was somit die Möglichkeit zur Etablierung eines Output-orientierten Anreizregimes schafft, können die Transaktionskosten auch bei Übertragung der Leistungserbringung an einen Auftragnehmer gering sein, was allerdings erfordert, dass der Auftraggeber über das entsprechende (Output-)Wissen verfügt. Dies gilt ebenfalls, wenn ein Monitoring der Leistungserbringung möglich ist. Sofern die entsprechende Leistung im Kontext einer unsicheren Umwelt nicht ausreichend unkomplex ist, entfällt die vorstehend erstgenannte Möglichkeit. Dann kommt jedoch noch die zweitgenannte Option des Monitorings in Betracht, die Input-Wissen beim (potentiellen) Auftraggeber und bei Dritten wie Gerichten erfordert.

Wenn in einer Vertragsbeziehung allerdings ein Auftragnehmer spezifisches Wissen – sei es aufgrund technologischer Entwicklungstätigkeit oder aufgrund der Steuerung extrem komplexer Projektzusammenhänge – aufbaut, dann wird das für ein erfolgreiches Monitoring erforderliche Input-Wissen allenfalls bei einem Auftraggeber, der den Auftragnehmer bei dessen Tätigkeiten intensiv beobachtet bzw. begleitet, vorliegen, aber kaum bei Gerichten. In derartigen Fällen ist es unter Transaktionskostenaspekten tendenziell nachteilig bzw. zumindest problematisch auf eine externe Beschaffung zurückzugreifen. Interessanterweise ist es in einer derartigen Situation genau die Spezifität und zwar die Spezi-

⁷⁴ Vgl. zur Transaktionskostentheorie z.B. WILLIAMSON (1990).

fität dieses Wissens, die für die hohen Transaktionskosten bei einer externen Beschaffung verantwortlich ist.

ZUR VERNACHLÄSSIGUNG VON RESSOURCEN- UND DABEI AUCH WISSENSVERFÜGBARKEITEN SOWIE IN DIESEM ZUSAMMENHANG AUCH VON PFADABHÄNGIGKEITEN IN DER TRANSAKTIONSKOSTENTHEORIE

Wettbewerbsvorteile können sich – wie von dem so genannten Ressource-Based-View und dem so genannten Knowledge-Based-View thematisiert, die bei einem weiten Begriffsverständnis auch zur Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) gezählt werden können oder sich zumindest mit dieser überlappen bzw. an diese direkt anschließen – daraus ergeben, dass Unternehmen über spezielle Ressourcen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch Wissen verfügen.⁷⁵ Während manche Ressourcen unkompliziert von einem Wirtschaftsakteur zu einem anderen – z.B. im Rahmen eines (Ver-) Kaufvorgangs – übertragen werden können, ist dies bei anderen Ressourcen, insbesondere bei Know how, vielfach nicht so einfach möglich und derartige Transaktionen können nicht zuletzt auch aufgrund von Kontrahierungsproblemen nur unter Schwierigkeiten oder gar nicht sinnvoll durchführbar sein.

In zentralen Publikationen zur Transaktionskostentheorie werden Fragen der Ressourcen- und dabei gerade auch der Wissensverfügbarkeit und somit auch Pfadabhängigkeiten allenfalls am Rande angesprochen. Für auf die Ableitung von Handlungsempfehlungen ausgerichtete Analysen in der Praxis können diese Aspekte jedoch nicht ausgeklammert werden.

Wenn aufgrund der Spezifität und der Komplexität von Leistungen sowie der geringen Nachvollziehbarkeit der Leistungserbringung unter Transaktionskostengesichtspunkten eine Eigenerstellung empfehlenswert ist, dann kann diese an der Ressourcen- und dabei auch an der Wissensverfügbarkeit auf Seiten des für die Wahrnehmung einer Aufgabe verantwortlichen Akteurs scheitern. Aufgrund von Kontrahierungsproblemen bei der Übertragung von Know how kann in einer derartigen Situation der zielgerichtete „Wissenseinkauf“ u.U. auch keine geeignete Lösung darstellen. Dann ist möglicherweise die Beschaffung einer „übergeordneten“ Leistung bzw. eines Leistungsbündels, das die Bereitstellung des entsprechenden Wissens einschließt, bei einem Auftragnehmer, der über das entsprechende Wissen verfügt, die angemessene Lösung. In einer derartigen (Beschaffungs-)Situation kann nicht zuletzt auch ein ÖPP-Projekt eine vorteilhafte Alternative für die öffentliche Hand darstellen, was im Übrigen mit den Darstellungen im vorangegangenen Abschnitt 5.2 zum Anwendungspotential des ÖPP-Ansatzes korrespondiert. Durch die Etablierung von Call Optionen in dem ÖPP-Vertrag kann dabei der Auftraggeber einen Weg vorbereiten, wie er langfristig benötigtes Wissen sich aneignen und damit einhergehend Abhängigkeiten überwinden kann. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass im Einzelfall auch derartige Beschaffungs- und Wissensaneignungsstrategien nicht sinnvoll umsetzbar sind und insofern im Kontext von Pfadabhängigkeiten der für die Wahrnehmung einer Aufgabe verantwortliche Akteur lediglich zwischen mehreren „großen Übeln“ – seien es unterschiedliche schlechte Beschaffungsstrategien oder eine bestmögliche, aber immer noch schlechte Beschaffungsstrategie

⁷⁵ Zum Ressource-based-Views vgl. BARNEY (1991). Zum Knowledge-based-View vgl. PENROSE (1959), FOSS (1998) und EISENHARDT / SANTOS (2001).

und alternativ eine schwierig umsetzbare Eigenerstellungsoption – auswählen kann. Derartige schwierige Konstellationen werden von der Transaktionskostentheorie weitgehend ausgeblendet.

ZUR BEZIEHUNG ZWISCHEN DER MAKE-OR-BUY-FRAGE EINERSEITS SOWIE DER „BUNDLING VS. UNBUNDLING-FRAGE“ UND DER BESCHAFFUNGSVARIANTENAUSWAHL ANDERERSEITS

Die unterschiedlichen Optionen hinsichtlich des Aufgaben- bzw. Vertragsumfangs bei der Beschaffung und die diesbezüglichen Unterschiede zwischen dem ÖPP-Ansatz und der konventionellen Beschaffungsvariante weisen darauf hin, dass auch die Make-or-Buy-Frage in ähnlicher Weise auf unterschiedliche Aufgabenumfänge bezogen werden kann. Diese Frage und damit die Ebene, auf der die Make-or-Buy-Frage gestellt wird, werden von der Transaktionskostentheorie nicht bzw. zumindest nicht explizit thematisiert.

Zur Analyse von Bündelungsfragen (bzw. der „Bundling vs. Unbundling“-Frage) kann die Transaktionskostentheorie allerdings auch eingesetzt werden, indem die Abhängigkeiten zwischen verschiedenen Leistungspaketen, welche auch als Spezifität anzusehen ist, untersucht und unterschiedliche Formen der Koordination zwischen diesen Leistungspaketen bzw. zwischen den für die Erbringung der entsprechenden Leistungen verantwortlichen Akteuren – wie eine Integration oder eine vertragliche Koordination – mit Blick auf die Höhe der anfallenden Kosten und dabei insbesondere Transaktionskosten beurteilt werden. Wesentliche Einflussfaktoren auf die Eignung verschiedener Koordinationsformen werden in diesem Fall wiederum nicht zuletzt die Möglichkeiten zur Kontrahierung und die diesbezüglich relevanten Wissensstände der involvierten Akteure sein. Derartige Analysen zu Bündelungsfragen können sicherlich mit Untersuchungen der Make-or-Buy-Frage auf Basis der Transaktionskostentheorie kombiniert werden. Auch die im vorangegangenen Abschnitt 5.2 durchgeführten Vergleiche zwischen dem ÖPP-Ansatz und der konventionellen Beschaffungsvariante können als eine derartige Analyse angesehen werden, die jedoch speziell auf Infrastrukturprojekte bezogen worden ist, die zu realisieren bzw. zu bauen sowie langfristig zu erhalten und zu betreiben sind.

Im Rahmen der Betrachtung der konventionellen Beschaffungsvariante im vorangegangenen Abschnitt 5.2 ist bereits die Option der Eigenerstellung für einzelne Leistungspakete thematisiert worden. Insbesondere für die Aufgabe der übergreifenden Konzeption und Koordination der Leistungserbringung dürfte diese vielfach vorteilhaft sein, da eine Aufgabenübertragung an einen Auftragnehmer mit erheblichen Kontrahierungs- und Nachvollziehbarkeitsproblemen einhergehen kann und in diesem Zusammenhang erhebliche Transaktionskosten anfallen dürften. Aber auch für sämtliche weiteren im Rahmen der Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante vorliegenden Leistungspakete bietet es sich an, die Make-or-Buy-Frage zu stellen, wobei damit einhergehend ebenfalls unterschiedliche Bündelungsoptionen bezüglich der Teilleistungen zu betrachten sind.

Bislang ist die Option nicht thematisiert worden, dass die öffentliche Hand die Aufgabe, für die sie zuständig ist, gesamthaft in Eigenerstellung verantwortet. Allerdings wird die öffentliche Hand auch in diesem Fall stets einen (mehr oder weniger großen) Anteil der Wertschöpfung an andere Akteure übertragen, indem sie zumindest z.B. Materialien auf (Spot-)Märkten einkauft und einfache Dienstleistungsaufgaben an Auftragnehmer überträgt. Eine derartige Beschaffungsstrategie kann als eine Extremform der konventionellen Beschaffungsvariante angesehen werden, bei der der Eigenerstellungsanteil sehr hoch ist. Dies weist darauf hin, dass der Übergang von einer Eigenerstellung hin zur An-

wendung der konventionellen Beschaffungsvariante in einer Weise, bei der der Fremdbezugsanteil gering ist, fließend ist. Die vorstehend aufgezeigten analytischen Zugänge zur Betrachtung der Make-or-Buy- und der Bundling vs. Unbundling-Frage können daher auch für die Randlösung der Eigenerstellung der gesamten Leistung durch die öffentliche Hand angewendet werden.

ÜBERGREIFENDE SCHLUSSFOLGERUNGEN

Zwischen den im vorangegangenen Abschnitt 5.2 betrachteten Fragen der Gestaltung eines Anreizregimes („Output-orientierte Anreizsetzung vs. Monitoring“) und des Vertrags- bzw. Leistungsumfangs („Bundling vs. Unbundling“) und damit letztendlich der Beschaffungsvariantenauswahl sowie der ergänzend in diesem Abschnitt thematisierten Make-or-Buy-Frage bestehen verschiedene Zusammenhänge und dabei auch Überlappungen. Der Neuen Institutionenökonomik zuzurechnende Erkenntnisse bieten eine gute Grundlage zur Analyse dieser Fragen. Dabei ist zu beachten, dass diese Fragen mit einer Vielzahl von Ausgestaltungsoptionen hinsichtlich der Beschaffung und (zumindest partiellen) Eigenerstellung einhergehen. Diese Optionen werden unmöglich alle vollumfänglich untersucht werden können.⁷⁶ Daher sind die Verfügbarkeit der relevanten institutionenökonomischen Erkenntnisse und ein adäquates Verständnis hinsichtlich der Untersuchungsfrage und des Untersuchungsgebiets (Eigenschaften von Leistungen bzw. Transaktionen, Akteuren, Märkten und bestehenden Institutionen) nur notwendige, aber keine hinreichenden Voraussetzungen für die Durchführung einer „gelungenen“ Analyse; darüber hinausgehend ist es bedeutsam, relevante Handlungsoptionen zu identifizieren und in den Analysen zu berücksichtigen.

⁷⁶ Zu methodischen Herausforderungen speziell im Zusammenhang mit einer Vielzahl von Ausgestaltungs- bzw. Handlungsoptionen im Bereich der (Wirtschafts-)Politik und des Verwaltungshandelns (und damit auch der Regulierung) vgl. z.B. COLANDER (1992) und COLANDER (2017).

Literaturverzeichnis

- Alchian, A. A. / Demsetz, H. (1972):** Production, Information Costs, and Economic Organization, in: American Economic Review, Vol. 62, No. 5, S. 777-795.
- Alchian, A. A. / Woodward, S. (1987):** Reflections on the Theory of the Firm, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 143, S. 110-136.
- Alchian, A. A. / Woodward, S. (1988):** The Firm Is Dead; Long Live The Firm. A Review of Oliver E. Williamson's The Economic Institutions of Capitalism, in: Journal of Economic Literature, Vol. 26, No. 1, S. 65-79.
- Barney, J. (1991):** Firm Resources and Sustained Competitive Advantage, in: Journal of Management, Vol. 17, No. 1, S. 99-120.
- Beckers et al. (2014a) – Beckers, T. / Bieschke, N. / Lenz, A.-K. / Heurich, J. / Kühling, J. / Hertel, W. / Schäfer, D. (2014):** 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“, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Bieschke, N. / Weiß, H. (2018):** Die Regulierung der Erlöse der Unternehmen der Wasserversorgung – Grundlegende institutionen-ökonomische Analysen, Einordnung der gegenwärtigen Praxis und Reformempfehlungen für das Land Hessen; im Rahmen eines vom Hessischen Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (HMUKLV) beauftragten Projektes „Leitbildentwicklung 'Wasser-Ressourcen-Management Rhein-Main' - Los 3“ erstelltes Arbeitspapier, (noch) unveröffentlicht.
- Beckers, T. / Breuer, R. / Hermes, G. / Müller, I. / Weiß, H. (2017):** Politische Steuerung der Investitionspriorisierung, Gründungsverschuldung und zukünftige Investitionsfinanzierung als zentrale Ausgestaltungsfragen bei einer Bundesautobahngesellschaft, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Brenck, A. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2008):** Rationalität und Ausgestaltung privater Finanzierung in PPP-Projekten, im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD) erstellte Studie, Online-Veröffentlichung.
- 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, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2009):** Leistungs- und Vergütungsanpassungen bei PPP-Projekten, Studie erstellt im Rahmen des vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadt-

entwicklung (BMVBS) geförderten Forschungsprojekts „Leistungs-, Vergütungs- und Finanzierungsanpassungen bei PPP-Projekten im Hochbau (LVF-PPP)“, Online-Veröffentlichung.

Beckers, T. / Hermes, G. / Ryndin, A. / Weiß, H. (2017): Eliminierung von „Vorfinanzierungs- Fehlreizen“ zugunsten des ÖPP-Ansatzes bei der Beschaffungsvariantenauswahl im Kontext der Gründung der BAB-Gesellschaft – Eine ökonomisch-juristische Analyse, im Auftrag der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e.V. (BVMB) erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

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

Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. (2017): Errichtung einer Bundesautobahngesellschaft: Privatisierungsschranken, Staatsgarantie und Rechtsform als zentrale Ausgestaltungsfragen, im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Gutachten, Online-Veröffentlichung.

Beckers, T. / Klatt, J. P. (2008): Potenziale und Erfolgsfaktoren der Realisierung von PPP-Projekten, im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD) erstellte Studie, Online-Veröffentlichung.

Beckers, T. / Klatt, J. P. / Kühling, J. / Bäuml, A. (2011): Institutionelle Lösungen für die Bundesfernstraßenfinanzierung: Eine Analyse aus ökonomischer und juristischer Perspektive, Studie im Auftrag des ADAC e.V., Online-Veröffentlichung; in leicht überarbeiteter Form veröffentlicht als Beckers, T. / Klatt, J. P. / Kühling, J. / Bäuml, A. (2011): Institutionelle Lösungen für die Bundesfernstraßenfinanzierung: Eine Analyse aus ökonomischer und juristischer Perspektive, Münster, Monsenstein und Vannerdat.

Beckers, T. / Klatt, J. P. / Maerschalk, G. (2009): Organisationsmodelle für die Produktion und Finanzierung im Bereich der Bundesautobahnen – Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung ingenieurwissenschaftlicher Erkenntnisse, Studie im Rahmen des von der Verkehrsforschung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) geförderten Projektes NEMO-BAB, Online-Veröffentlichung.

Beckers, T. / Klatt, J. P. / Zimmermann, T. (2011): Interkommunale Zusammenarbeit – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse, in: Schäfer, C. / Theuvsen, L. (Hrsg.), Renaissance öffentlicher Wirtschaft, Schriftenreihe öffentliche Dienstleistungen, Heft 57, S. 245-290; gekürzte Fassung eines vorher veröffentlichten Arbeitspapiers „Eine (institutionen-)ökonomische Analyse Interkommunaler Zusammenarbeit (IKZ)“, Online-Veröffentlichung.

Beckers et al. (2014b) – Beckers, T. / Wagemann, F. / Ryndin, A. / Klatt, J. P. (2014): Eine (institutionen-)ökonomische Analyse der Kalkulation von Lebenszykluskosten und der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben; Endbericht zu dem mit Förderung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) realisierten Forschungsvorhabens „Ermittlung von Lebenszykluskosten und Vergleich verschiedener Be-

schaffungsvarianten im Hochbau unter Berücksichtigung institutionenökonomischer Erkenntnisse (LV-bau)“, Online-Veröffentlichung.

Berliner Senat (2016): Schulbau und -sanierung in Berlin kurz-, mittel und langfristig (Phase I und Phase II); Bericht des Senats an den Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses vom 18.07.2016, Vorgang h18-0496-v.

Berliner Senat (2018a): Vorlage zur Rolle der Howoge in der Schulbauoffensive vom 13.04.2018; im Internet abgerufen unter <https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/schulbauoffensive/howoge/>.

Berliner Senat (2018b): Eckpunkte für die landesgesetzliche Ausgestaltung der Schuldenbremse; Bericht des Senats an den Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses vom 28.08.2018, Vorgang h18-1440-v.

Bieschke, N. / Vorwerk, L. / Beckers, T. / Cullmann, A. / Rechlitz, J. (2018): Zur Effizienz von privaten und öffentlichen Unternehmen – Eine kritische Einordnung quantitativ-empirischer Analysen am Beispiel von Stromverteilnetzbetreibern; im Rahmen des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderten Projektes „Handlungsoptionen zur nachhaltigen Transformation sowie sektorübergreifenden Vernetzung und Optimierung von Infrastruktursystemen in urbanen Räumen“ (INFRA-URBAN) erstelltes Arbeitspapier, (noch) unveröffentlicht.

Colander, D. (1992): Retrospective – The Lost Art of Economics, in: The Journal of Economic Perspectives, Vol. 6, No. 3, S. 191-198.

Colander, D. (2017): Economists Should Stop Doing it with Models, Online-Veröffentlichung.

Edquist, L. (2017): Organisationsmodelle im öffentlichen und privaten Hochbau – Eine institutionenökonomische Analyse, Dissertationsschrift, Online-Veröffentlichung.

Eisenhardt, K. M. / Santos, F. M. (2001): Knowledge-Based View: A New Theory of Strategy?, in: Pettigrew, A. / Thomas, H. / Whittington, R. (Hrsg.): Handbook of Strategy and Management, Thousands Oaks, Sage Publications.

EPEC / EUROSTAT / EIB – European PPP Expertise Center / Eurostat / European Investment Bank (2016): A Guide to the Statistical Treatment of PPPs; abgerufen im Internet unter http://www.eib.org/attachments/thematic/epec_eurostat_statistical_guide_en.pdf.

ESVG (2010): Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen; die aktuelle Fassung aus dem Jahr 2010, Eurostat und Europäische Kommission.

Foss, N. J. (1998): Edith Penrose and the Penrosians - or, why there is still so much to learn from The Theory of the Growth of the Firm, Working Paper, Online-Veröffentlichung.

Gehrt, J. (2010): Flexibilität in langfristigen Verträgen. Eine ökonomische Analyse des vertraglichen Nachverhandlungsdesigns bei PPP-Projekten, Wiesbaden, Gabler Verlag.

Greiling, D. / Grüb, B. (2016): Doppische Rechnungslegung für Vertrags-ÖPP und die deutsche Schuldenbremse; in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 46 „Öffentlich-Private Partnerschaften – Potentiale und Probleme“, S. 117-140.

- Hanke, B. / Baumann, E. (2015):** Volkswirtschaftliche und finanzwirtschaftliche Darstellung der öffentlichen Haushalte: Öffentlicher Gesamthaushalt und Staatskonto; in: Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, Gatzert, W. / Schweisfurth, T. (Hrsg.), Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, S. 157-192.
- Hart, O. (2003):** Incomplete contracts and public ownerships: Remarks and an application to public-private partnerships, in: Economic Journal, Vol. 113, No. 486, S. C69-C76.
- HoC – House of Commons (2011):** Private Finance Initiative; Seventeenth Report of Session 2010-12, Volume I, abgerufen im Internet unter <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf>.
- Hamburger Senat (2009):** Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft – „Schulbau in Hamburg – Erfahrungsbericht Hamburg Süd“; Drucksache 19/4209, Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg.
- 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, Online-Veröffentlichung.
- Hermes, G. / Weiß, H. (2018):** Geplante Einbindung der HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH in die Umsetzung der „Berliner Schulbauoffensive“; Rechtgutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin.
- Hessischer Rechnungshof (2015):** Kommunalbericht 2015 – Überörtliche Prüfung kommunaler Körperschaften, HLT-Drs. 19/2404 (2015) – Drucksache des Hessischen Landtags 19/2404 (2015); abgerufen im Internet unter https://rechnungshof.hessen.de/sites/rechnungshof.hessen.de/files/content-downloads/UEPKK_27_Bericht.pdf.
- Klatt, J. P. (2011):** Eine institutionenökonomische Analyse von Finanzierungslösungen für die Bundesfernstraßen, Baden-Baden, Nomos.
- McAfee, R. P. / McMillan, J. (1986):** Bidding for contracts: a principal-agent analysis, in: RAND Journal of Economics, Vol. 17, No. 3, S. 326-338.
- McAfee, R. P. / McMillan, J. (1988):** Incentives in Government Contracting, Toronto, University of Toronto Press.
- MGDD – Manual on Government Deficit and Debt (2014):** Handbuch und Leitfaden zu Staatsdefiziten und -schulden auf der Grundlage des ESVG 2010, Eurostat, abgerufen im Internet unter <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5937189/KS-GQ-14-010-EN.PDF/>.
- Mühlenkamp, H. (2012a):** Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership (PPP)?; in: Chancen und Risiken von PPP – Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive, Küpper, U. / Semper, L. (Hrsg.), München, S. 63-126.

- Mühlenkamp, H. (2012b):** Zur relativen (In-) Effizienz öffentlicher (und privater) Unternehmen. Unternehmensziele, Effizienzmaßstäbe und empirische Befunde, in: Schäfer, C. / Theuvsen, L. (Hrsg.): Renaissance öffentlicher Wirtschaft. Bestandsaufnahme - Kontexte - Perspektiven. Baden-Baden.
- Mühlenkamp, H. (2014):** Public-Private Partnerships and Government Debt; in: CESifo DICE Report, Vol. 3, S. 24-30.
- Penrose, E. (1959):** The Theory of the Growth of the Firm, 3. Auflage, Oxford, Oxford University Press.
- 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>.
- Schmidt, N. (2011):** Ausgliederungen aus den Kernhaushalten: öffentliche Fonds, Einrichtungen und Unternehmen; in: Zeitschrift "WISTA – Wirtschaft und Statistik", Heft Februar 2011, S. 154-163, abgerufen im Internet unter <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/FinanzenSteuern/Kernhaushalte0211.html>.
- SenBJF – Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie (2018):** Newsletter zur Berliner Schulbauoffensive; Ausgabe Mai 2018.
- Statistisches Bundesamt (2016):** Finanzen und Steuern – Fachbegriffe der Finanz- und Personalstatistiken; Online-Veröffentlichung.
- Villalonga, B. (2000):** Privatization and efficiency: differentiating ownership effects from political, organizational, and dynamic effects, in: Journal of Economic Behavior & Organization, Vol. 42, S. 43-74.
- Wagemann, F. (2015):** Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Vorhaben in Deutschland – Eine institutionenökonomische Analyse von Methodik und institutionellen Rahmenbedingungen, Dissertationsschrift, Online-Veröffentlichung.
- Weichenrieder, A. (2014):** PPPs: Umgehung von Defizitregeln oder höhere Effizienz im Staatssektor; in: ifo-schnelldienst, Heft 22, 67. Jg., S. 3-5.
- Williamson, O. E. (1990):** Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperationen. Mohr Siebeck, Tübingen.

**Zur geplanten Einbindung
der HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH
in die Umsetzung der „Berliner Schulbauoffensive“**

Rechtsgutachterliche Stellungnahme

im Auftrag

des

Landes Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Finanzen

vorgelegt

von

Prof. Dr. jur. Georg Hermes (Goethe-Universität Frankfurt a.M.)

Dr. Holger Weiß, LL.M. (W2K, Freiburg i.Br.)

September 2018

Inhalt

A. Die geplante Einbindung der HOWOGE in die „Berliner Schulbauoffensive“ und der Gutachtenauftrag	5
I. Die Berliner Schulbauoffensive	5
II. Die geplante Einbindung der HOWOGE GmbH	5
1. Neubauvorhaben.....	6
a. Modellstruktur	6
b. Projektablauf	7
2. Sanierung.....	8
a. Modellstruktur	8
b. Projektablauf.....	9
III. Gutachtenauftrag	9
B. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken.....	10
I. Die Zuständigkeitsverteilung nach Verfassung und Schulgesetz	10
II. Zuständigkeit der Senatsverwaltungen für Neubauten/Großsanierungen?	10
1. Originäre Aufgabenzuständigkeit des Senats?.....	11
2. Aufgabenzuständigkeit der Senatsverwaltung im Wege der Amtshilfe?.....	12
3. Befugnis der Senatsverwaltungen zum Abschluss des Rahmenvertrages?	13
4. Folgerungen.....	13
C. Privatisierungsfragen	15
I. Bewertung der Einbindung der HOWOGE aus der Perspektive der Privatisierungstypen	15
1. Übersicht über die Typologie der Privatisierungsformen	15
2. Einbindung der HOWOGE als formelle Privatisierung mit Elementen funktionaler Privatisierung.....	16
II. Privatisierungsrisiken und rechtliche Vorkehrungen für ihre Abwehr.....	17
1. Unmittelbare Privatisierungsrisiken.....	18
a. Schmälerung von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten.....	18
aa. Allgemeine Risikobeschreibung.....	18
bb. Beurteilung des HOWOGE-Modells.....	18
cc. Ergebnis.....	20

b.	Kostensteigerungen	20
aa.	Allgemeine Risikobeschreibung	20
bb.	Beurteilung des HOWOGE-Modells	20
cc.	Ergebnis.....	21
c.	Insolvenzrisiko	21
aa.	Allgemeine Risikobeschreibung	21
bb.	Beurteilung des HOWOGE-Modells	21
cc.	Ergebnis.....	22
d.	Institutionelles Risiko	22
aa.	Allgemeine Problembeschreibung.....	22
bb.	Beurteilung des HOWOGE-Modells	23
cc.	Ergebnis.....	23
2.	Mittelbare Privatisierungsrisiken	23
a.	Beteiligung Dritter an der HOWOGE (Kapitalprivatisierung)	23
aa.	Allgemeine Risikobeschreibung	23
bb.	Beurteilung des HOWOGE-Modells	24
cc.	Ergebnis.....	25
b.	Veräußerung von Vermögensgegenständen (Vermögensprivatisierung)	25
aa.	Allgemeine Risikobeschreibung	25
bb.	Beurteilung des HOWOGE-Modells	25
cc.	Ergebnis.....	27
D.	Die Bedeutung der Einbindung der HOWOGE im Hinblick auf die nationale Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG.....	28
I.	Unabhängigkeit der Auslegung des Art. 109 Abs. 3 GG von den europäischen Zurechnungsregeln	28
1.	Kontext der europäischen Zurechnungsregeln nach dem ESVG.....	29
2.	Keine Geltung des ESVG für die nationale Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG ..	30
3.	Geltung der europäischen Zurechnungsregeln gem. Art. 109a Abs. 2 Satz 2 GG ?	30
II.	Die Vorgaben für die Länder aus Art. 109 Abs. 3 GG	31
III.	Beschränkung von Art. 109 Abs. 3 GG auf Kernhaushalte	31
1.	Einbeziehung von (rechtlich unselbständigen) Sondervermögen.....	31

2.	Keine Zurechnung der Kreditaufnahme rechtlich selbständiger Einheiten	32
3.	Umgehungsmöglichkeiten (Mißbrauchsfälle)	33
IV.	Folgerungen für die Kreditaufnahme durch die HOWOGE	34
E.	Ergebnisse	35

A. Die geplante Einbindung der HOWOGE in die „Berliner Schulbauoffensive“ und der Gutachterauftrag

Im Land Berlin besteht aktuell ein erheblicher Bedarf, Schulen neu zu bauen und bestehende Schulen zu erweitern und zu sanieren. In die Erledigung dieser Aufgabe soll die HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Landes Berlin, vertraglich eingebunden werden. Diese Einbindung wirft Rechtsfragen auf, zu denen Stellung zu nehmen uns die Senatsverwaltung für Finanzen beauftragt hat.

I. Die Berliner Schulbauoffensive

Nach den Beschlüssen des Berliner Senats aus dem Jahr 2017 ist im Rahmen der sog. Berliner Schulbauoffensive (BSO) für Schulinvestitionen und -unterhaltung ein Ausgabevolumen von insgesamt 5,5 Mrd. Euro für den Zeitraum 2017 bis 2026 vorgesehen. Dadurch sollen der Sanierungsstau an den Schulen abgebaut und neue Schulen für die wachsende Stadt errichtet werden. Für die Sanierung der vorhandenen Schulen sieht die BSO rund 1,3 Mrd. Euro vor. Für den Neubau von Schulen (incl. Ersatzbauten) sind knapp 2,8 Mrd. Euro eingeplant. Damit sollen rund 60 neue Schulen errichtet werden.

Was die an der Umsetzung der BSO beteiligten Stellen angeht, so sollen neben den Bezirken als Schulträger die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen, die HOWOGE und die BIM Berliner Immobilienmanagement GmbH¹, beteiligt werden.

Die Aufgabenverteilung zwischen Bezirken und Land ist in der Weise vorgesehen, dass die Bezirke sich auf die kleineren Sanierungsmaßnahmen unter 10 Mio. Euro (lt. Gebäudescan 2016) konzentrieren, während die Landesebene die Aufgaben für die Großsanierungen über 10 Mio. Euro und die Neubauten wahrnimmt. Insoweit haben die Bezirksämter im Verlauf des Jahres 2017 Amtshilfeersuchen an die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen gerichtet, woraufhin diese im September 2018 gegenüber den ersuchenden Bezirksämtern unter konkreter Nennung der einzelnen Neubau- und Sanierungsgroßprojekte die Amtshilfeleistung „bestätigt“ hat.

II. Die geplante Einbindung der HOWOGE GmbH

Die HOWOGE soll neben der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Wohnen tätig werden, indem sie einen Teil der Schulneubauten – insbesondere die weiterführenden Schulen –

¹ Die BIM Berliner Immobilienmanagement GmbH, kurz BIM, ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Landes Berlin. Sie ist im Auftrag des Landes Berlin für die Bewertung, die Bewirtschaftung und die Optimierung sowie für die Vermietung und den Verkauf von landeseigenen Immobilien einschließlich der Verwaltung des Sondervermögens Immobilien des Landes Berlin (kurz: SILB) verantwortlich. In diesem Rahmen bewirtschaftet sie auch die Schulgebäude der sog. zentral verwalteten Schulen (s. § 105 Abs. 5 BerlSchulG), für die das Land die Schulträgeraufgaben wahrnimmt.

erstellt und von den Großsanierungen rund die Hälfte übernimmt. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen soll sich dafür auf den Neubau von Grundschulen konzentrieren. Ziel ist eine erhebliche Beschleunigung bei der Umsetzung der Maßnahmen zur Gewährleistung ausreichender Schulplätze für die deutlich steigenden Schülerzahlen, was allein mit Mitteln der öffentlichen Verwaltung nicht erreicht werden könnte.

Der Entwurf eines Rahmenvertrags mit Stand vom 24.08.2018 sieht folgendes Kooperationsmodell für Neubauvorhaben (1.) und Sanierung von Bestandsgebäuden (2.) vor:

1. Neubauvorhaben

Das Land Berlin beauftragt die HOWOGE auf Grundlage eines Mietmodells mit der Finanzierung, Planung, Errichtung und baulichen Unterhaltung von neuen Schulbauten auf landeseigenen Grundstücken.

a. Modellstruktur

Zur Trennung von Grundstücks- und Gebäudeeigentum wird der HOWOGE ein **Erbbaurecht** mit einer Laufzeit von 37 Jahren (3 Jahre für Planung und Ausführung, 33 Jahre Abschreibungsdauer, 1 Jahr Puffer) eingeräumt.² Die Nutzung des Grundstücks als Schule wird als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart.³ Als Erbbaurechtinhaberin wird die HOWOGE **Eigentümerin** der Neubauten und **vermietet** diese an das Land Berlin zurück.⁴

Der Mietvertrag gilt für eine Grundmietzeit von 25 Jahren und beginnt mit der Übergabe der errichteten Gebäude.⁵ Der Mietzins folgt einem **Kost-Plus-Ansatz**. Er umfasst die bei der HOWOGE anfallenden Kosten (Kapitaldienst, Erbbauzins, wiederkehrende Lasten und sonstige mit dem Erwerb des Erbbaurechts verbundene Zahlungspflichten der HOWOGE) zuzüglich einer **Asset-Managementgebühr** und einer Gebühr für die Übernahme des **baulichen Unterhalts** während der Gewährleistungsphase von 5 Jahren nach Abnahme.⁶ Der Aufwand für Ausschreibungswettbewerbe wird gesondert erstattet.⁷ Zudem wird ein Ausgleich für **Projektentwicklungsleistungen** in Höhe eines noch zu definierenden Prozentsatzes der Investitionssumme geleistet.⁸

² § 5 Abs. 1 Rahmenvertrag.

³ § 5 Abs. 1 a. E. Rahmenvertrag.

⁴ § 6 Rahmenvertrag.

⁵ § 6 Abs. 2 Rahmenvertrag.

⁶ § 6 Abs. 2 Rahmenvertrag.

⁷ § 2 Abs. 4 Rahmenvertrag.

⁸ § 4 Abs. 7 Rahmenvertrag.

Die Mietforderungen werden an die darlehensgebenden Banken **forfaiert**. Dabei verzichtet das Land Berlin gegenüber den Banken auf die Einreden der Nicht- oder Schlechterfüllung, sodass die HOWOGE das benötigte Fremdkapital zu kommunkreditähnlichen Konditionen aufnehmen kann.⁹

Nach Errichtung der Gebäude übernimmt die HOWOGE die übliche **Gewährleistung** als Vermieterin und haftet zusätzlich aus der werkvertraglichen Gewährleistung.¹⁰ Im Übrigen liegt der Betrieb der Gebäude beim Bezirk als Schulträger. Mit Auslaufen des Erbbaurechts wird das Land Eigentümer der Schulgebäude; es bezahlt der HOWOGE eine Entschädigung in Höhe des Buchwerts des Gebäudes.¹¹

b. Projektablauf

Es ist folgender Projektablauf vorgesehen:

Die HOWOGE führt zunächst **Ausschreibungswettbewerbe** für die Errichtung von Integrierten Sekundarschulen und Gemeinschaftsschulen durch, um eine Vorgabe für die Planung und Errichtung einer Mehrzahl von typisierten Schulen der jeweiligen Kategorie zur erhalten.¹² Dabei sind sowohl schulfachliche als auch bautechnische Vorgaben einzuhalten.¹³

Als Grundlage für die Errichtung der konkreten Schulen erstellt die Senatsverwaltung „als Bedarfsträger“ mit Unterstützung der HOWOGE und in Abstimmung mit dem jeweiligen Bezirk ein **Bedarfsprogramm**.¹⁴ Soweit notwendig sichert das Land die Finanzierung des bei der HOWOGE entstehenden Aufwands durch Bürgschaft oder Patronatserklärung ab.¹⁵ Für den Fall, dass es nicht zur Errichtung der Schule kommt, werden der HOWOGE die insoweit angefallenen Aufwendungen erstattet.¹⁶

Nach Bestätigung und bei gesicherter Erwartung des notwendigen Bauplanungsrechts schließen die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie „als Bedarfsträger“, das jeweilige Bezirksamt als Schulträger und die HOWOGE eine **Projektvereinbarung**, in der die Errichtung der Schule und die dafür maßgeblichen Parameter konkret vereinbart werden.¹⁷

Die HOWOGE erstellt eine **Entwurfsplanung**, stimmt diese mit der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie sowie dem Bezirk ab und führt sie einer abschließenden Prüfung zu.¹⁸ Soweit zu diesem Zeitpunkt noch keine Mietverträge als Kreditierungsgrundlage

⁹ § 6 Abs. 4 Rahmenvertrag.

¹⁰ § 7 Abs. 1 Rahmenvertrag.

¹¹ § 6 Abs. 3 Rahmenvertrag.

¹² § 2 Abs. 1 Rahmenvertrag. Die dafür anfallenden Kosten werden der HOWOGE durch den Bedarfsträger gesondert erstattet, § 2 Abs. 4 Rahmenvertrag.

¹³ § 2 Abs. 1, Abs. 2 Rahmenvertrag.

¹⁴ § 3 Abs. 1 Rahmenvertrag.

¹⁵ § 3 Abs. 3 Rahmenvertrag.

¹⁶ § 3 Abs. 1 Rahmenvertrag.

¹⁷ § 4 Abs. 1 Rahmenvertrag.

¹⁸ § 4 Abs. 2 Rahmenvertrag.

vorliegen, sichert das Land die Finanzierung der bei HOWOGE entstehenden Kosten in Höhe von 3-5 Mio. Euro durch Bürgschaft oder Patronatserklärung ab.¹⁹

Sobald die Entwurfsplanung abschließend geprüft ist, schließen die HOWOGE und der Bezirk einen **Mietvertrag**, der als Finanzierungsgrundlage für die folgenden Projektschritte und zur Refinanzierung der bereits vorgenommenen konkreten Planungsleistungen dient.²⁰

Anschließend erstellt die HOWOGE die **Baugenehmigungsunterlagen**. Nach Erhalt der Baugenehmigung **errichtet** sie das jeweilige Schulgebäude im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Die Bauausführung wird entweder durch einen externen Sachverständigen oder durch den eigenen Controllingbereich der HOWOGE überwacht.²¹ Innerhalb von drei Monaten nach **Fertigstellung** erfolgen die **Übergabe** der Schule und die Einpflegung in das Bestandsverzeichnis.²²

2. Sanierung

Zur Gebäudesanierung beauftragt das Land die HOWOGE mit der Schadensfeststellung, der Aufstellung eines Sanierungskonzepts und der Durchführung der Sanierung.

a. Modellstruktur

Grundlage ist auch hier ein **Mietmodell**. Gegenüber den beim Neubau geltenden Regelungen ergeben sich wenige Abweichungen. Die HOWOGE erhält ebenfalls ein **Erbbaurecht**, muss hier allerdings – da das Eigentum am Bestandsgebäude auf sie übergeht – eine **Entschädigung** leisten. Diese wird auf Basis des Zeitwerts des Gebäudes berechnet und bis zum Auslaufen des Erbbaurechts zinslos gestundet. Bei Auslaufen des Erbbaurechts steht der HOWOGE ihrerseits ein Wertersatzanspruch zu, der der gestundeten Entschädigungsforderung des Landes in der Höhe entsprechen soll und dementsprechend gegen diese aufgerechnet wird.²³ Das Mietverhältnis beginnt mit der „Übergabe“ der Sanierungsmaßnahmen.²⁴ Zuvor soll der Schulträger verantwortlich sein.²⁵ Für den Mietzins gelten die gleichen Regelungen wie beim Neubau. Die konkrete **Miethöhe** ergibt sich auf Grundlage der für die Sanierung angefallenen Kosten.²⁶ Die **Gewährleistung** folgt den gleichen Regeln wie beim Neubau, bezieht sich allerdings nicht auf Gebäudeteile, Gewerke oder ähnliche Bereiche, die nicht Gegenstand der Sanierung waren.²⁷

¹⁹ § 4 Abs. 4 Rahmenvertrag.

²⁰ § 4 Abs. 5 i. V. m. § 6 Rahmenvertrag.

²¹ § 4 Abs. 6 Rahmenvertrag.

²² § 4 Abs. 8 Rahmenvertrag.

²³ § 12 Abs. 2 Rahmenvertrag.

²⁴ § 13 Abs. 3 erster Aufzählungspunkt i. V. m. § 6 Abs. 2 Rahmenvertrag.

²⁵ § 13 Abs. 3 dritter Aufzählungspunkt Rahmenvertrag.

²⁶ § 13 Abs. 3 zweiter Aufzählungspunkt Rahmenvertrag.

²⁷ § 14 Rahmenvertrag. Anmerkung: Die Abgrenzung könnte im Einzelfall schwierig sein.

b. Projektablauf

Die Sanierungsprojekte sollen wie folgt ablaufen:

Die HOWOGE beauftragt zunächst – ergänzend zu den Ergebnissen des Gebäudescans 2016 – externe Sachverständige mit der **Schadensfeststellung**.²⁸ Auf dieser Basis erstellt sie unter Berücksichtigung bautechnischer Festlegungen²⁹ ein **Sanierungskonzept**, das vom Schulträger in Abstimmung mit der Senatsverwaltung zu bestätigen ist.³⁰ Ein **Bedarfsprogramm** wird nur ausnahmsweise vom Schulträger aufgestellt, wenn im Rahmen der Sanierung oder zur gleichzeitigen Kapazitätserweiterung Ersatz-, Ergänzungs- und/oder Erweiterungsbauten oder Eingriffe in die wesentliche Gebäudesubstanz notwendig werden.³¹ Auf Grundlage des Sanierungskonzepts wird eine **Projektvereinbarung** abgeschlossen, die auch den Betrieb der Schule während der Sanierung und ggf. die Ausweichunterbringung von Schülerinnen und Schülern regelt.³² Im zeitlichen Zusammenhang mit der Projektvereinbarung wird das **Erbbaurecht** bestellt.³³ Die HOWOGE erstellt – soweit erforderlich – die Baugenehmigungsunterlagen und holt die Baugenehmigung ein. Sie führt die Sanierung durch, und zwar grundsätzlich im laufenden Betrieb. Soweit Ausweichquartiere erforderlich werden, ist grundsätzlich der Schulträger dafür verantwortlich. Anderes gilt nur ausnahmsweise, wenn sich die Ausweichquartiere auf dem Schulgrundstück befinden.³⁴ Innerhalb von drei Monaten nach Abschluss der Sanierung „übergibt“ die HOWOGE die Sanierungsmaßnahmen an das Land.³⁵

III. Gutachtauftrag

Die Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin hat um eine juristische gutachterliche Stellungnahme gebeten, die die geplante Einbindung der HOWOGE in die Umsetzung der Berliner Schulbauoffensive zum Gegenstand hat und klären soll, (1) wie diese Einbindung unter dem Blickwinkel der „Privatisierung“ öffentlicher Aufgaben und der im Land Berlin bestehenden funktionalen Zuständigkeitsverteilung rechtlich einzuordnen ist, (2) welche Auswirkungen sie mit Blick auf die nationale Schuldenbremse aus Art. 109 GG hat und (3) wie etwaigen Privatisierungsrisiken begegnet werden könnte.

²⁸ § 8 Abs. 2 Rahmenvertrag.

²⁹ § 9 Rahmenvertrag.

³⁰ § 10 Abs. 1 Rahmenvertrag.

³¹ § 10 Abs. 2 Rahmenvertrag.

³² § 11 Abs. 1, § 15 Rahmenvertrag.

³³ § 12 Abs. 3 Rahmenvertrag.

³⁴ § 15 Rahmenvertrag. Auch hier bleibt der Schulträger für das Organisations- und Umsetzungsmanagement verantwortlich.

³⁵ § 11 Abs. 4 Rahmenvertrag.

B. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken

Zunächst wird die Frage untersucht, wie das dargestellte Modell am Maßstab der Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Senat und den Bezirken zu beurteilen ist.

I. Die Zuständigkeitsverteilung nach Verfassung und Schulgesetz

Die rechtlichen Grundlagen für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Senatsverwaltung und den Bezirken für die Wahrnehmung der hier in Rede stehenden Schulverwaltungsaufgaben ergeben sich zunächst aus der Landesverfassung. Nach Art. 66 Abs. 2 BlnVerf erfüllen die Bezirke ihre Aufgaben nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung und nehmen regelmäßig die örtlichen Verwaltungsaufgaben wahr, während nach Art. 67 Abs. 1 BlnVerf der Senat durch die Hauptverwaltung die Aufgaben von gesamtstädtischer Bedeutung wahrnimmt. Soweit es sich nicht um Leitungsaufgaben (Planung, Grundsatzangelegenheiten, Steuerung, Aufsicht) handelt, sind die Aufgaben des Senats im Einzelnen durch Gesetz zu bestimmen (Art. 67 Abs. 3 BlnVerf).

Für die hier interessierende Verwaltungsaufgabe der Bereitstellung und Unterhaltung von Schulgebäuden bestimmt insoweit § 109 Berl. SchulG³⁶, dass den Bezirken die Verwaltung und Unterhaltung der äußeren Angelegenheiten der allgemein bildenden Schulen mit Ausnahme der zentral verwalteten Schulen (s. zu diesen speziellen Schulen § 105 Abs. 5 Berl. SchulG) obliegt. Hierzu zählen insbesondere der Bau, die Ausstattung und die Unterhaltung der Schulen. Die Bezirke sind also „Schulträger“³⁷ der hier in Frage stehenden Schulen und somit zuständig für alle Verwaltungsmaßnahmen, die den Bau, die Ausstattung und die Unterhaltung der Schulen betreffen.

Was die Befugnis angeht, das Land Berlin – mangels eigener Rechtsfähigkeit handeln auch die Bezirke für das Land Berlin – zu vertreten, so folgt die Vertretungsbefugnis der Aufgabenzuständigkeit: Nach Art. 74 Abs. 2 BlnVerf ist das Bezirksamt die Verwaltungsbehörde des Bezirks und vertritt Berlin in Angelegenheiten seines Bezirks, während ansonsten der Regierende Bürgermeister Berlin nach außen vertritt (Art. 58 Abs. 1 S. 1 BlnVerf).

II. Zuständigkeit der Senatsverwaltungen für Neubauten/Großsanierungen?

Wenn nach dem vorgesehenen Konzept der Umsetzung der BSO mehrere Senatsverwaltungen mit der Aufgabe der Schulneubauten und der Großsanierungen betraut sind und

³⁶ Vom 26. Januar 2004, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 09.04.2018 (GVBl. S. 202).

³⁷ Obwohl das Berl. SchulG diesen Terminus nur im Kontext der Ersatzschulen verwendet, sei er hier als Kurzbezeichnung für die Verwaltungsaufgabe verwendet, Schulgebäude zu bauen, auszustatten und zu unterhalten.

insbesondere als Vertreter des Landes Berlin den Rahmenvertrag mit der HOWOGE abschließen sollen, so bedarf es hierfür einer Zuständigkeit des Senats zur Wahrnehmung dieser Aufgabe und darüber hinaus einer Vertretungsbefugnis zum Abschluss des Rahmenvertrages mit der HOWOGE.

1. Originäre Aufgabenzuständigkeit des Senats?

Was zunächst die Aufgabenzuständigkeit der am Abschluss des Rahmenvertrages beteiligten Senatsverwaltungen angeht, so könnte sich diese zunächst aus Art. 67 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BlnVerf ergeben, wenn der Abschluss des Rahmenvertrages dem Aufgabenbereich „Planung, Grundsatzangelegenheiten, Steuerung, Aufsicht“ zugeordnet werden kann. Dagegen spricht aber, dass es sich bei dieser Aufgabenbeschreibung um traditionell ministerielle Tätigkeitsbereiche der politischen Steuerung handelt. Jedenfalls der Abschluss des hier in Rede stehenden Vertrages muss als außenwirksamer „Vollzugsakt“ der „operativen“ Verwaltungstätigkeit zugeordnet werden und lässt sich kaum den ministerialtypischen Steuerungs-, Kontroll- und politischen Konzeptionsaufgaben zuordnen.

Die Bezeichnung des Landes Berlin bzw. der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie in dem Entwurf des Rahmenvertrages als „Bedarfsträger“ vermag als solche keine Aufgabenzuständigkeit zu begründen. Sie findet auch keine Grundlage in den zuvor genannten Normen über die Verteilung der Schulverwaltungsaufgaben zwischen Land und Bezirken. Dass die finanziellen Mittel für die Wahrnehmung ihrer Schulträgeraufgaben den Bezirken vom Land als Globalsumme zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen des Haushaltsgesetzes des Landes Berlin zugewiesen werden (Art. 85 Abs. 2 BlnVerf), begründet keine Aufgabenzuständigkeit des Landes.

Schließlich könnte man entsprechend den bundesstaatlichen Grundsätzen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern an eine Zuständigkeit der Senatsverwaltung „kraft Natur der Sache“ für solche Schulverwaltungsaufgaben denken, die denknnotwendig nur für das gesamte Land Berlin einheitlich und zentral erledigt werden können. Anhaltspunkte dafür finden sich im Rahmenvertrag bei den Standards (§ 2) und bei dem Bedarfsprogramm (§ 3), wobei hier aber bereits zweifelhaft ist, ob nicht gerade die Bedarfsplanung zum Kernbereich der Schulträgeraufgaben gehört, also in die Zuständigkeit der Bezirke fällt. Vor diesem Hintergrund könnte „kraft Natur der Sache“ eine Zuständigkeit der Senatsverwaltung kaum rechtssicher begründet werden und bedürfte jedenfalls weiterer und genauerer Prüfung.

2. Aufgabenzuständigkeit der Senatsverwaltung im Wege der Amtshilfe?

Liegt die Zuständigkeit für die Schulträgeraufgaben also bei den Bezirken, so könnte die Tätigkeit der Senatsverwaltungen als „ergänzende Hilfe“ für die Bezirke nach den Amtshilferegeln der § 4 ff. VwVfG³⁸ zu qualifizieren sein. Entsprechende Ersuchen der Bezirke liegen offenbar vor und die korrespondierende „Bestätigung“ hat die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen mit Schreiben vom 9.8.2018 den ersuchenden Bezirksämtern gegenüber erklärt.

Allerdings sind die §§ 4 ff. VwVfG – wie das VwVfG insgesamt – nur auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit anwendbar. Die direkte Anwendung der verwaltungsverfahrenrechtlichen Regeln über die Amtshilfe setzt also voraus, dass die Tätigkeit der Senatsverwaltungen und insbesondere auch der Abschluss des Rahmenvertrages als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind. Soweit diese Voraussetzung nicht vorliegt, kommt allenfalls eine analoge Anwendung der §§ 4 ff. VwVfG in Betracht³⁹.

Stellt man dieses Problem zunächst hintan und geht jedenfalls von einer entsprechenden Anwendung der §§ 4 ff. VwVfG aus, so kommt es darauf an, ob die Tätigkeiten der Senatsverwaltungen im vorliegenden Fall noch als „ergänzende Hilfe“ qualifiziert werden können. Denn die Amtshilfe ist „innerhalb einer Gesamtmaßnahme auf eine Teilunterstützung mit Komplementärwirkung beschränkt“⁴⁰. Bei der Beantwortung der Frage, ob die hier in Rede stehenden Maßnahmen der Senatsverwaltungen als Hilfstätigkeiten im Sinne des § 4 VwVfG angesehen werden können, mag ein Blick auf die in Literatur und Rechtsprechung erwähnten typischen ergänzenden Hilfstätigkeiten helfen⁴¹: Genannt werden die Erteilung von Auskünften, die Übersendung von Akten/Urkunden oder auch die Bereitstellung von Räumen und Einrichtungen, das Absenden von Bescheiden oder die (vorübergehende und hilfsweise) Zurverfügungstellung von Personal, die Feststellung eines Sachverhalts etwa durch Ortsbesichtigung, Zeugenvernehmung oder Durchführung technischer Untersuchungen.

Die nach dem Modell der BSO beabsichtigte Tätigkeit der Senatsverwaltungen beim Neubau und der Großsanierung von Schulen in der Trägerschaft der Bezirke ist demgegenüber dauerhaft und nach ihrem finanziellen und personellen Aufwand erheblich. Allerdings ist auch festzustellen, dass den Bezirken in dem Rahmenvertrag erhebliche Mitspracherechte eingeräumt sind. Diese gehen allerdings nicht so weit, dass hier das in § 7 Abs. 2 VwVfG niedergelegte Prinzip klar verwirklicht wäre, wonach die ersuchende Behörde – hier also

³⁸ In Berlin gilt das VwVfG des Bundes gem. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 21. April 2016, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 05.07.2018 (GVBl. S. 462).

³⁹ Zur Frage der entsprechenden Anwendung des VwVfG auf fiskalisches Handeln s. nur *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § Rn. 117 f.

⁴⁰ *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 7.

⁴¹ Die folgende Übersicht ist übernommen aus *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 26 (dort auch Nachw. zu den einzelnen Beispielen).

das Bezirksamt – „Herrin des Verfahrens“⁴² sein und auf die ersuchte Behörde maßgeblichen Einfluss haben müsste. Vor diesem Hintergrund bestehen erhebliche Zweifel daran, dass die Einschaltung der Senatsverwaltungen in die Wahrnehmung der in die Zuständigkeit der Bezirke fallenden Schulträgeraufgaben in vollem Umfang als „ergänzende Hilfe“ im Sinne des Amtshilferechts qualifiziert werden kann.

3. Befugnis der Senatsverwaltungen zum Abschluss des Rahmenvertrages?

Unabhängig von der Aufgabenzuständigkeit stellt sich die Frage, ob den Senatsverwaltungen die Befugnis zukommt, das Land Berlin bei Abschluss des Rahmenvertrages zu vertreten (Vertretungsbefugnis). Denn selbst wenn ein Teil der Aufgabenwahrnehmung im Wege der Amtshilfe in rechtlich zulässiger Weise von den Bezirken auf die Senatsverwaltung verlagert werden kann, so geht damit keine Verlagerung von Befugnissen im Allgemeinen und auch keine Verlagerung der Vertretungsbefugnis im Besonderen einher. Denn es besteht Einigkeit darüber, dass durch das Institut der Amtshilfe die bestehende Zuständigkeitsordnung nicht verändert, Aufgabenzuständigkeiten und Befugnisse also nicht von einer Behörde auf eine andere verlagert werden.⁴³ Die ersuchte Behörde hat „die Amtshilfe in jeder Hinsicht nach ihrem Recht durchzuführen. ... Sie darf einerseits nur die Mittel einsetzen, die ihr nach ihrem eigenen Recht zustehen, kann andererseits aber von allen ihr zustehenden Befugnissen auch dann Gebrauch machen, wenn das Recht der ersuchenden Behörde sie nicht vorsehen“⁴⁴. Dies hat nicht nur für die Befugnis zum Erlass belastender Verwaltungsakte zu gelten,⁴⁵ sondern auch für die Befugnis, das Land in einer bestimmten Angelegenheit rechtswirksam zu vertreten. In beiden Fällen vermag die Amtshilfe die gesetzlich festgelegte Zuständigkeitsordnung nicht zu überspielen.

4. Folgerungen

Nach der derzeit vorliegenden Konzeption des Rahmenvertrages ist die Wahrung der Kompetenzverteilung zwischen Senat und Bezirken und die wirksame Vertretung des Landes Berlin nicht mit der wünschenswerten Rechtssicherheit gewährleistet. Vor allem bezüglich der Vertretung des Landes beim Vertragsschluss sollten keinerlei Risiken eingegangen werden. Das Institut der Amtshilfe vermag im Bereich der Zuständigkeit der Bezirke als Schulträger keine Befugnis der Senatsverwaltungen zur Vertretung des Landes Berlin zu begründen. Daher muss das Land beim Abschluss des Rahmenvertrages mit der HOWOGE – als zentralem Element der BSO – durch die Bezirke vertreten werden.

Die fehlende Unterzeichnung des Rahmenvertrages durch die Bezirksämter kann nicht dadurch rechtssicher „geheilt“ werden kann, dass der Rahmenvertrag zum Bestandteil der

⁴² Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 7 Rn. 7.

⁴³ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 7 Rn. 3.

⁴⁴ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 7 Rn. 3.

⁴⁵ Vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 7 Rn. 4.

später auch von den Bezirksämtern abzuschließenden Projektvereinbarungen wird. Denn der Abschluss der Projektvereinbarung kommt insoweit zu spät, als der Rahmenvertrag bereits für den davor liegenden Zeitraum Regelungen trifft. Wird der Rahmenvertrag ins Werk gesetzt (z. B. ein Bedarfsprogramm erstellt), ohne dass es danach zum Abschluss der jeweiligen Projektvereinbarung kommt, entsteht eine unklare Situation, die es zu vermeiden gilt.

Vor diesem Hintergrund ist zu empfehlen:

- Der Rahmenvertrag sollte im Interesse eines rechtssicheren Abschlusses von den Bezirksämtern konsentiert sein und mitunterzeichnet werden. Die Konsentierung des Rahmenvertrags durch die Bezirke vor Vertragsschluss würde deren Rolle stärken und dazu führen, dass sich die Mitwirkung des Senats (Ausformulierung und Vorverhandlung des Rahmenvertrags, sachverständige Begleitung der Projekte im Rahmen der Durchführung des Vertrags) noch als „ergänzende Hilfe“ im Sinne der Amtshilfe qualifizieren lässt. Die Mitunterzeichnung würde zivilrechtliche Wirksamkeitsrisiken aus einer fehlenden Vertretungsmacht des Senats eliminieren.

- Ein hilfsweser Ansatz könnte darin bestehen, dass die (räumliche) Geltung des Rahmenvertrags in dem jeweiligen Bezirk von einer Genehmigung des Bezirks abhängig gemacht wird. Dafür sollte man aus Gründen der Rechtsklarheit eine schriftliche Erklärung gegenüber der Senatsverwaltung und der HOWOGE verlangen. Diese Genehmigung müsste gleich zu Beginn der Zusammenarbeit, also vor Abschluss der Projektvereinbarung, erfolgen. Ein solcher Genehmigungsvorbehalt in dem Rahmenvertrag würde dazu führen, dass der Rahmenvertrag vom Bezirk selbst in Kraft gesetzt wird und sich die Mitwirkung des Senats eher als Amtshilfe rechtfertigen lässt. Zivilrechtlich könnte die Genehmigung als solche nach § 177 Abs. 1 BGB fungieren. Dieser hilfsweser Ansatz kann im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme allerdings nicht abschließend geprüft werden und bedürfte, wenn er weiterverfolgt werden soll, vertiefter Prüfung und einer sorgfältigen Ausarbeitung entsprechender Regelungen im Rahmenvertrag.

C. Privatisierungsfragen

I. Bewertung der Einbindung der HOWOGE aus der Perspektive der Privatisierungstypen

Unter dem schillernden Begriff der „Privatisierung“ wird in der öffentlichen Diskussion oftmals die materielle Privatisierung – also der Rückzug des Staates aus einer öffentlichen Aufgabe – verstanden. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ist der Begriff der Privatisierung hingegen weiter und differenzierter zu verstehen.

Im Zuge der Verlagerung von staatlichen Aufgaben auf Private und der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben hat sich in der Rechtswissenschaft und -praxis seit geraumer Zeit eine weithin akzeptierte Typologie von Privatisierungen herausgebildet.⁴⁶ Sie bildet die Grundlage für die Analyse bestehender Phänomene, leitet die rechtliche Ausgestaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Grundlagen an und bildet teilweise auch die Grundlage für die Ableitung konkreter rechtlicher Folgen. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, das hier intendierte Modell auf der Grundlage der Privatisierungstypen einzuordnen.

1. Übersicht über die Typologie der Privatisierungsformen

Soweit die Privatisierungstypen bei der Aufgabenwahrnehmung ansetzen, also danach fragen, durch wen oder wie eine Aufgabe wahrgenommen wird, die bislang durch staatliche Stellen erledigt wurde, finden sie ihren – in der Praxis allerdings nur selten vorkommenden⁴⁷ – zentralen Orientierungspunkt in der sog. **materiellen Privatisierung**. Mit diesem Begriff wird der vollständige Rückzug des Staates aus der Aufgabenerfüllung umschrieben. Die sog. **formelle oder Organisationsprivatisierung** bedeutet demgegenüber lediglich einen Wechsel im Modus der Aufgabenwahrnehmung, der darin liegt, dass eine Aufgabe anstatt durch Behörden oder andere Einrichtungen mit öffentlich-rechtlicher Organisationsform von einer Eigengesellschaft des Aufgabenträgers wahrgenommen wird, die in den Formen des privaten Rechts organisiert ist. Eine Mittellage zwischen diesen beiden Polen des Privatisierungsspektrums nimmt die sog. **funktionale Privatisierung** ein, die als Sammelbegriff für die Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben fungiert. Träger der Aufgabe bleibt der Staat, der sich allerdings zur Erfüllung seiner Aufgabe der Unterstüt-

⁴⁶ S. dazu – wie auch zu der nachfolgenden Übersicht – nur *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 ff.; *Schultze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 108 ff.; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 121 ff.; *Hermes*, Stichwort „Privatisierung“, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 1842 ff.

⁴⁷ Regelmäßig behält der Staat eine Gewährleistungsverantwortung, die er im Wege der Regulierung, Kontrolle, Aufsicht oder (Mit-)Finanzierung etc. wahrnimmt.

zung oder Mitwirkung Privater bedient, die typischerweise auf vertraglicher Grundlage beruht und dem Privaten ein gewisses Maß an Selbständigkeit einräumt. Während die sog. konventionelle Beschaffungsvariante danach nicht der funktionalen Privatisierung zugeordnet wird, handelt es sich bei den verschiedenen ÖPP-Varianten regelmäßig um Formen funktionaler Privatisierung.

Weitere Privatisierungsbegriffe beziehen sich nicht auf die bislang vom Staat wahrgenommene Aufgabe insgesamt, sondern betreffen nur Teilaspekte der Aufgabenwahrnehmung oder nehmen auf andere Elemente des staatlichen Sektors (Personal, Vermögen, Finanzierungsformen) Bezug. So bezeichnet etwa der Begriff der **Vermögensprivatisierung** schlicht die Übertragung staatlichen oder kommunalen Eigentums (z.B. Industriebeteiligungen) auf Private, ohne dass damit eine Veränderung des Bestandes an Aufgaben einhergehen muss. Die sog. **Kapitalprivatisierung**⁴⁸ knüpft speziell an die Existenz einer Eigengesellschaft (ggf. nach formeller Privatisierung) an und bezeichnet die Beteiligung Privater am Eigenkapital einer solchen Gesellschaft. Die **Finanzierungsprivatisierung**⁴⁹ schließlich lässt sich begreifen als eine spezielle Variante der funktionalen Privatisierung, weil sie die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch private Vorfinanzierung (Bereitstellung von Fremdkapital) anstelle des Einsatzes staatlicher Haushaltsmittel bezeichnet.

Bereits diese vereinfachte Skizzierung der verschiedenen Privatisierungsbegriffe lässt erkennen, dass es sich dabei nicht um klar abgegrenzte oder abgrenzbare Phänomene handelt und insbesondere Überschneidungen verschiedener Privatisierungstypen nicht selten sind. Letztlich kommt es deshalb bei der Bewertung eines konkreten Modells immer auf dessen genaue Ausgestaltung im Einzelfall an.

2. Einbindung der HOWOGE als formelle Privatisierung mit Elementen funktionaler Privatisierung

Will man dennoch eine erste grobe Einordnung des HOWOGE-Modells in das skizzierte System der Privatisierungstypen vornehmen, so ist das Modell im Kern als formelle Privatisierung zu charakterisieren. Aufgaben der Planung, Steuerung, Finanzierung und Durchführung von Neubau- und Sanierungsprojekten, die bislang durch die Bezirksämter wahrgenommen wurden, sollen nach dem Modell von einer Gesellschaft privaten Rechts wahrgenommen werden, deren einziger Gesellschafter das Land Berlin ist. Mit diesen zentralen Elementen erfüllt das Modell die Voraussetzungen, die in der juristischen Privatisierungsdiskussion unter den Begriffen der formellen oder der **Organisationsprivatisierung** zusammengefasst werden.

⁴⁸ Vgl. zum Begriff der Kapitalprivatisierung bei der deutschen Flugsicherung *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand der Kommentierung: 01.12.2015, Art. 87d Rn. 17.

⁴⁹ Vgl. dazu m.w.N. *Schultze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 110.

Was die Art und Weise der Aufgabenverlagerung auf die die HOWOGE angeht, so enthält das Modell zugleich gewisse **Elemente einer funktionalen Privatisierung**. Der Rahmenvertrag und die späteren Projektverträge könnten ihrer Struktur nach in dieser oder in ähnlicher Form auch mit einem „echten“ privaten (Wohnungs-)Bauunternehmen abgeschlossen werden. Allerdings enthält die Zusammenarbeit auch Elemente, auf die sich private Marktteilnehmer ggfs. nicht ohne Weiteres einlassen würden. Dies betrifft etwa die erheblichen Vorleistungen, die die HOWOGE nach Angaben der Senatsverwaltung bereits erbracht hat und noch erbringen soll. Zudem besteht Konsens darüber, dass zwar Nachteile für die Gesellschaft ausgeschlossen werden sollen, gleichzeitig aber keine üblichen Gewinnspannen eröffnet werden sollen. Außerhalb des Rahmenvertrags wurde vereinbart, dass die HOWOGE für den Schulbau einen separaten Buchungskreis eröffnen und die gesamten Investitionen in diesem Bereich allein über Fremdkapital finanzieren soll, so dass die Eigenkapitalverzinsung keine Rolle spielt. Der Modus, in dem die HOWOGE ihre Aufgaben im Rahmen der BSO wahrnehmen soll, liegt also in der Mitte zwischen demjenigen einer rein gemeinwohlorientierten Einrichtung in privater Rechtsform und demjenigen eines wirtschaftlich agierenden Unternehmens.⁵⁰

Das HOWOGE-Modell kann also allein mit dem „Etikett“ der Organisationsprivatisierung, die lediglich die Organisationsform der Aufgabenwahrnehmung verändert, nicht zutreffend eingeordnet werden. Andererseits liegt aber auch keine klassische funktionale Privatisierung vor. Es handelt sich um eine formelle Privatisierung, die um gewisse Elemente einer funktionalen Privatisierung ergänzt ist. Zu diesen Elementen gehört im HOWOGE-Modell auch die Fremdfinanzierung der Schulbau- und -sanierungsaufgaben über die HOWOGE (Finanzierungsprivatisierung).

II. Privatisierungsrisiken und rechtliche Vorkehrungen für ihre Abwehr

Weder eine formelle noch eine funktionale Privatisierung sind in jedem Fall mit konkreten Risiken behaftet. Inwiefern mit einem Privatisierungsvorgang Risiken verbunden sind, bedarf stets einer genauen Einzelfallanalyse. Bei der Beurteilung der Privatisierungsrisiken, die mit dem HOWOGE-Kooperationsmodell potenziell einhergehen, bietet sich die Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Risiken an.

⁵⁰ In § 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der HOWOGE ist geregelt: „Soweit gesetzlich nichts anderes geregelt, wird sich die Gesellschaft in Berlin beim Abschluss von Verträgen sowie bei der Bemessung des Preises für die Überlassung von Mietwohnungen danach ausrichten, dass eine Kosten- bzw. Aufwandsdeckung einschließlich angemessener Verzinsung des Eigenkapitals sowie die Bildung von Rücklagen ermöglicht werden.“ § 2 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags bestimmt: „Die wohnungspolitischen Versorgungsschwerpunkte sollen zwischen der Gesellschaft und der zuständigen Behörde des Landes Berlin vertraglich geregelt werden. Wirtschaftliche Nachteile für die Gesellschaft sind dabei auszuschließen.“ § 4 Abs. 1 S. 1 des Gesellschaftsvertrags sieht vor: „Die Geschäftstätigkeit im Kerngeschäft und den übrigen Unternehmenssparten soll im Ergebnis die Weiterentwicklung als wohnungswirtschaftliches Dienstleistungsunternehmen sichern.“

- Unmittelbare Privatisierungsrisiken sind mögliche Nachteile, die sich durch die Umsetzung des Modells selbst ergeben können.
- Mit mittelbaren Risiken werden mögliche Nachteile bezeichnet, die nach der Umsetzung des Modells aus weiteren Privatisierungsvorgängen oder -entscheidungen folgen könnten.

1. Unmittelbare Privatisierungsrisiken

Mit einer Organisationsprivatisierung, wie sie das HOWOGE-Modell impliziert, kann eine Schmälerung von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten einhergehen (a). Es sind Kostensteigerungen denkbar (b). Mit der Wahl der privaten Rechtsform ist notwendig das Insolvenzrisiko verbunden (c). Werden komplexe Modelle gewählt, gibt es zudem ein spezifisches Konstruktionsfehlerrisiko (d).

a. *Schmälerung von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten*

aa. *Allgemeine Risikobeschreibung*

Die Organisationsprivatisierung kann zu einer Schmälerung von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten führen, weil die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf eine Gesellschaft ausgelagert wird, deren zuständige Organe anstelle der Organe des Staates (hier: Abgeordnetenhaus, Senatsverwaltung, Bezirke) relevante Entscheidungen nach wirtschaftlichen Kriterien treffen und dabei ggf. geringeren Transparenzanforderungen unterliegen.

Diesem Risiko kann auf verschiedene Weise begegnet werden, insbesondere durch schuldrechtliche Vereinbarungen im Leistungsvertrag, gesellschaftsrechtliche Mechanismen, gesetzliche Vorgaben und Entscheidungsvorbehalte oder verfassungsunmittelbare Entscheidungs- und Transparenzregeln.

bb. *Beurteilung des HOWOGE-Modells*

Zur Beurteilung des Risikos im HOWOGE-Modell ist festzustellen, welche Kompetenzen der HOWOGE übertragen werden und welche Einflussnahmemöglichkeiten sich das Land vorbehält.

Nach dem Entwurf des Rahmenvertrags überträgt das Land Berlin der HOWOGE lediglich Ausführungskompetenzen. Die Kompetenz zur **Festlegung des Bedarfs** wird nicht auf die HOWOGE ausgelagert, sondern verbleibt beim Land. Das Bedarfsprogramm für den Neubau wird von der Senatsverwaltung in Abstimmung mit dem jeweiligen Bezirk entwickelt; die HOWOGE ist hierbei lediglich unterstützend tätig.⁵¹ Die Auswahl der zu sanierenden

⁵¹ § 3 Abs. 1 Rahmenvertrag.

Gebäude ist durch die Senatsverwaltung auf Grundlage des Gebäudeskans 2016 getroffen worden. Dort ist auch der Sanierungsbedarf im Wesentlichen bereits festgestellt worden.⁵²

Auch im Bereich der konzeptionellen und planerischen Leistungen kann die HOWOGE nicht frei agieren. Bei der Durchführung der generalisierten Auswahlwettbewerbe für die Neubauvorhaben ist sie an **schulfachliche Vorgaben** aus den Raum- und Funktionsprogrammen, den Musterausstattungsprogrammen sowie dem Musterfreiflächenprogramm gebunden⁵³ und muss **bautechnische Festlegungen** beachten.⁵⁴ Die Entwurfsplanung muss sie mit der Senatsverwaltung und dem jeweiligen Bezirk **abstimmen**.⁵⁵ Auch bei der Sanierung muss sie bautechnische Festlegungen einhalten.⁵⁶ Das Sanierungskonzept muss vom Schulträger in Abstimmung mit der Senatsverwaltung **bestätigt** werden.⁵⁷ Kommt es im Rahmen von Sanierungen zu einem zusätzlichen Bedarf, wird das Bedarfsprogramm vom Bezirk erstellt.⁵⁸

Ab der Erstellung der Genehmigungsplanung bis zur Errichtung der Gebäude sieht der Rahmenvertrag keine ausdrücklichen Abstimmungsregeln mehr vor. Die Genehmigungsplanung wird zwar vom Land als Bauaufsichtsbehörde geprüft, muss aber nicht vom Land in seiner Funktion als Auftraggeber freigegeben werden. Gleiches gilt für die Ausführungsplanung. Auch die Bauausführung übernimmt die HOWOGE allein. Regelmäßige Baustellentermine (Jours Fixes), Berichte über den Bauablauf oder Ähnliches sind nicht vorgesehen. Es heißt lediglich, dass die für das Finanz- und Maßnahmencontrolling erforderlichen Daten zu übermitteln sind.⁵⁹

Der Verzicht auf die vertraglichen Mitwirkungsrechte in der Genehmigungs- und Bauphase durch Abstimmungs- und Genehmigungsregeln dürfte dem Beschleunigungsziel geschuldet sein. Möglicherweise kann aber eine Gestaltung gefunden werden, mit der sich beide Ziele – **Einflussnahme und Beschleunigung** – verbinden lassen. So könnte etwa anstelle der vertraglichen Vereinbarung von regelmäßigen Baustellenterminen und Berichtspflichten vorgesehen werden, dass Baustellentermine (nur) auf Verlangen des Landes durchgeführt werden und dass Berichte über den (bisherigen) Bauverlauf auf Anforderung des Landes bereitzustellen sind.

Alternativ kann das Land als Alleingesellschafter der HOWOGE über seine Vertreter in den Organen der Gesellschaft (Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung) Einfluss nehmen, auch wenn dies im „Tagesgeschäft“ ggf. mit Schwierigkeiten verbunden sein kann.

⁵² Vgl. § 8 Abs. 1 und 2 Rahmenvertrag.

⁵³ § 2 Abs. 1 Rahmenvertrag.

⁵⁴ § 2 Abs. 2 Rahmenvertrag.

⁵⁵ § 4 Abs. 2 Rahmenvertrag.

⁵⁶ § 9 Rahmenvertrag.

⁵⁷ § 10 Abs. 1 Rahmenvertrag.

⁵⁸ § 10 Abs. 2 Rahmenvertrag.

⁵⁹ § 4 Abs. 6. Rahmenvertrag.

cc. *Ergebnis*

In der Gesamtbetrachtung ist das Risiko einer Schmälerung von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten eher gering. Das Land Berlin trifft die Bedarfsentscheidungen selbst. Es überträgt der HOWOGE lediglich Ausführungskompetenzen. Bei Konzeption und Planung behält es sich Steuerungsrechte vor. In der Genehmigungs- und Bauphase könnten noch Informations- und Abstimmungsregeln ergänzt werden.

b. **Kostensteigerungen**

aa. *Allgemeine Risikobeschreibung*

Zu den Auswirkungen einer Organisationsprivatisierung auf die Projektkosten können keine pauschalen Aussagen getroffen werden. Die Organisationsprivatisierung kann kostentreibende wie kostensenkende Effekte haben. Entscheidend sind insbesondere die

- Transaktionskosten
- die steuerlichen Effekte
- die Effizienz der Aufgabenerledigung und – in diesem Zusammenhang – die Anreizwirkungen der gewählten Gestaltung.

bb. *Beurteilung des HOWOGE-Modells*

Eine Bewertung des HOWOGE-Modells hinsichtlich der Gefahr von Kostensteigerungen ist im Rahmen dieser rechtlichen Begutachtung nicht möglich. Wir verweisen auf das Kurzgutachten „Das HOWOGE-ÖÖP-Modell und der Status quo im Vergleich“ der Autoren Prof. Dr. Thorsten Beckers und Andrej Ryndin, die jedoch auch nur ungefähre Einschätzungen treffen können. Es wird aber darauf hingewiesen, dass die Transaktionskosten insbesondere auf Grund der Komplexität des Modells und der damit ausgelösten Rechts- und Steuerfragen sowie der notwendigen Grundstücksgeschäfte (ggf. Vermessung und Neu-Bildung von Grundstücken, Einräumung von Erbbaurechten) nicht zu vernachlässigen sein dürften. Zur Beurteilung ausgewählter steuerrechtlichen Effekte (insbesondere: Grund- und Grunderwerbsteuer) hat das Land eine gesonderte Prüfung beauftragt.

Bezüglich der Anreizwirkung ist festzustellen, dass der Kost-Plus-Ansatz keine erheblichen Fehlanreize setzt. Um zu verhindern, dass der Gewinn der HOWOGE umso höher ausfällt, je größer das Investitionsvolumen ist – der Ausgleich für die Projektentwicklungsleistungen⁶⁰ hängt ebenso wie die Assetmanagementgebühr⁶¹ grundsätzlich von der Investitionssumme des jeweiligen Projekts ab – sollen nach Angaben des Landes noch Fest- oder Höchstbeträge vorgesehen werden. Es könnte sich zum Beispiel anbieten, fix auf die

⁶⁰ § 4 Abs. 7 Rahmenvertrag.

⁶¹ § 6 Abs. 2 c) Rahmenvertrag.

Summe abzustellen, die sich auf Grundlage einer Kostenberechnung im Zuge der Entwurfsplanung ergibt. Zudem soll die Gewinnmarge deutlich unter dem Marktüblichen gehalten werden.

cc. Ergebnis

Ob das HOWOGE-Modell im Vergleich zur klassischen Beschaffung zu Kostensteigerungen führen wird, kann im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht beurteilt werden. Festzustellen ist, dass bei der Vertragsgestaltung hinsichtlich des Anreizregimes Optimierungspotenzial besteht. Dies betrifft die Vergütung der Projektmanagementleistungen und der Assetmanagementgebühr sowie das Zeitmanagement.

c. Insolvenzrisiko

aa. Allgemeine Risikobeschreibung

Mit der Wahl einer privaten Rechtsform geht zwangsläufig die Möglichkeit einer Insolvenz einher. Denn juristische Personen des Privatrechts und sonstige Gesellschaften in Privatrechtsform sind – anders als der Bund und das Land selbst – insolvenzfähig (vgl. §§ 11, 12 InsO). Im Fall der Insolvenz geht die Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Dieser hat bei gegenseitigen Verträgen, die noch nicht vollständig erfüllt sind, ein Wahlrecht; er kann Erfüllung verlangen (§ 103 Abs. 1 InsO) oder die Erfüllung ablehnen (§ 103 Abs. 2 InsO). Wird öffentliche Infrastruktur in eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft eingebracht und (zurück-)gemietet, besteht daher im Insolvenzfall die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter auf die Infrastruktur zur Verwertung zugreift. Wie groß diese Gefahr im Einzelfall ist, hängt von verschiedenen Faktoren, insbesondere den Verwertungsmöglichkeiten ab.

bb. Beurteilung des HOWOGE-Modells

Das mit dem HOWOGE-Modell einhergehende Insolvenzrisiko kann im Rahmen dieses juristischen Kurzgutachtens nicht abschließend beurteilt werden.⁶² Für eine konkrete rechtliche Einschätzung etwaiger Insolvenzfolgen bedürfte es insbesondere detaillierter Kenntnisse über die Gestaltung der geplanten Forfaitierung und der Sicherheiten, die die finanzierenden Banken für sich in Anspruch nehmen werden.⁶³ Es kann aber auf Folgendes hingewiesen werden:

⁶² Siehe hierzu das Kurzgutachten „Das HOWOGE-ÖÖP-Modell und der Status quo im Vergleich“ der Autoren Prof. Dr. Thorsten Beckers und Andrej Ryndin, die allerdings auch nur abstrakte und ungefähre Einschätzungen abgeben können.

⁶³ Dies ist im Rahmenvertrag offen gelassen (vgl. § 5 Abs. 4).

Das Risiko, dass ein Insolvenzverwalter zur Verwertung auf die der HOWOGE eingeräumten Erbbaurechte samt Schulgebäuden⁶⁴ zugreifen würde, hängt maßgeblich davon ab, welche Verwertungschancen er erwarten kann. Diese sind bei einem (bloßen) Erbbaurecht naturgemäß geringer als bei einem (unbelasteten) Grundstück. Im Einzelnen hängen die Verwertungsmöglichkeiten von der Laufzeit der Erbbaurechte, ihrer inhaltlichen Gestaltung und den bestehenden (dinglichen) Belastungen der Erbbaurechte⁶⁵ ab.

- Unter diesem Blickwinkel empfiehlt es sich, die Laufzeit der Erbbaurechte möglichst kurz zu halten.
- Ein wichtiger Gesichtspunkt ist zudem die im Rahmenvertrag bereits vorgesehene inhaltliche Zweckbindung der Erbbaurechte für die Errichtung und den Betrieb von Schulen.⁶⁶

cc. *Ergebnis*

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Wahl der privaten Rechtsform notwendig die Möglichkeit einer Insolvenz des Gebäudeeigentümers mit sich bringt. Das Risiko, dass eine Insolvenzverwaltung im Insolvenzfall auf die Schulgebäude zur Verwertung zugreift, dürfte aber dadurch, dass das Land das Grundstückseigentum behält, Erbbaurechte mit einer begrenzten Laufzeit von 37 Jahren einräumt und die Nutzung als Schulgebäude zum Inhalt des Erbbaurechts macht, reduziert sein.

d. *Institutionelles Risiko*

aa. *Allgemeine Problembeschreibung*

Je komplexer ein Modell ist, umso höher ist das Risiko eines Fehlers in der Gestaltung. Dies gilt nicht nur – aber insbesondere – für PPP- und auch ÖÖP-Projekte. Werden zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben private Rechtsformen gewählt, stehen öffentlich-rechtliche Vorgaben (insbesondere Verfassungsrecht, Beihilfenrecht, Vergaberecht, Steuerrecht etc.) und privatrechtliche Bestimmungen (Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht, Sachenrecht etc.) oftmals in einem komplexen Wirkungszusammenhang.

Hinzu kommt, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen ändern können und auch durch die tatsächliche Entwicklung Anpassungsbedarf entstehen kann. Das macht die Vertragsgestaltung gerade bei lang laufenden Verträgen herausforderungsvoll.

⁶⁴ Die Schulgebäude sind gemäß § 12 Abs. 1 ErbbauRG wesentlicher Bestandteil der Erbbaurechte. Nach § 12 Abs. 2 ErbbauRG finden §§ 94, 95 BGB entsprechende Anwendung.

⁶⁵ Siehe hierzu § 5 Abs. 4

⁶⁶ § 5 Abs. 1 a. E. Rahmenvertrag.

bb. Beurteilung des HOWOGE-Modells

Das HOWOGE-Modell weist nach unserer Einschätzung eine mittlere Komplexität auf. Es handelt sich um ein – im PPP-Bereich teilweise praktiziertes – Mietmodell, das auf die Besonderheiten einer ÖÖP angepasst ist. Hinzu kommt ein spezieller öffentlich-rechtlicher Hintergrund. **Verfassungs- und verwaltungsrechtlich** ist die Kompetenzverteilung zwischen Senatsverwaltung und Bezirken angesprochen.⁶⁷ Die beabsichtigte Direktvergabe an die HOWOGE im Wege eines Inhouse-Geschäfts hat eine vergaberechtliche Prüfung notwendig gemacht, die aber bereits erfolgt ist. Die Konditionen der Grundstückstransaktionen (insb. Erbbaurechte), die beabsichtigte Forfaitierung und die Stellung von Bürgschaften/Patronatserklärungen muss insbesondere vor dem Hintergrund der Direktvergabe (Fehlen eines Wettbewerbs) **beihilfenrechtlich** abgesichert werden. Auch dies ist den Beteiligten aber bewusst.

Das Problem, dass das Vertragswerk ggf. in der Zukunft an veränderte Umstände oder unerwartete Entwicklungen **angepasst** werden muss, ist dadurch entschärft, dass die HOWOGE eine Eigengesellschaft des Landes ist, so dass notwendige Vertragsänderungen deutlich leichter durchgesetzt werden können als gegenüber Dritten. Gleichwohl könnte es sich empfehlen, das Vertragswerk nochmals darauf zu überprüfen, ob es die hinreichende Flexibilität für unerwartete Entwicklungen aufweist.

cc. Ergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass das HOWOGE-Modell eine Komplexität aufweist, die das Risiko von Gestaltungsfehlern und die Notwendigkeit einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung mit sich bringt. Angesichts der langen Laufzeit des Projekts sollte das Vertragswerk darauf geprüft werden, ob es eine hinreichende Flexibilität zur Reaktion auf unerwartete Entwicklungen bietet.

2. Mittelbare Privatisierungsrisiken

a. Beteiligung Dritter an der HOWOGE (Kapitalprivatisierung)

aa. Allgemeine Risikobeschreibung.

Ein mittelbares Privatisierungsrisiko kann darin bestehen, dass ein „zurückhaltendes“ Modell (z. B. reine Organisationsprivatisierung) als Ausgangsbasis für weitere Privatisierungen (z. B. Kapitalprivatisierung) genommen wird. Ist die private Rechtsform erst umgesetzt, ist die Beteiligung Dritter am Kapital der Gesellschaft – sei es durch die Abtretung von Geschäftsanteilen, sei es durch eine Kapitalerhöhung – leichter möglich. Eine derartige Kapi-

⁶⁷ Siehe oben B.

talprivatisierung kann spezifische Risiken mit sich bringen, insbesondere einen (gesellschaftsrechtlichen) **Kontrollverlust**, das Risiko von **Interessengegensätzen** (Gemeinwohlorientierung vs. Gewinnerzielungsabsicht) und das Risiko von **Kostensteigerungen** (Verzinsungserwartungen privater Investoren).

bb. Beurteilung des HOWOGE-Modells

Im HOWOGE-Modell ist es grundsätzlich möglich, dass während der Laufzeit der Verträge zwischen dem Land und der HOWOGE private Dritte an der HOWOGE beteiligt werden. Die Beteiligung Privater am Kapital der HOWOGE kann freilich nur auf Grundlage einer aktiven Mitwirkung des Landes Berlin als dem bisherigen Alleingesellschafter erfolgen. Wer innerhalb des Landes entscheidungsbefugt ist, richtet sich nach dem Verfassungs- und Gesetzesrecht. Im geltenden Gesetzesrecht sind bereits „**formelle Privatisierungsbremsen**“ angelegt:

Nach § 65 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 der Haushaltsordnung von Berlin bedarf die Veräußerung von Anteilen an Unternehmen, durch die der Einfluss Berlins wesentlich verringert wird, der **Einwilligung des Abgeordnetenhauses**.⁶⁸ Bei der Haushaltsordnung handelt es sich – entgegen der ggf. missverständlichen Bezeichnung – um ein formelles Gesetz, das nur vom Parlament geändert werden kann.

Eine weitere formelle Privatisierungsbremse findet sich in § 2 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes zur Errichtung der „Wohnraumversorgung Berlin – Anstalt des öffentlichen Rechts“ (im Folgenden: Wohnraum-AöR-Gesetz).⁶⁹ Danach bedarf eine Veräußerung von Gesellschaftsanteilen der landeseigenen Wohnungsunternehmen der **Zustimmung des Verwaltungsrats** der Anstalt. Der Verwaltungsrat besteht gemäß § 3 Abs. 3 des Wohnraum-AöR-Gesetzes aus 15 Mitgliedern, die zu Beginn einer jeden Legislaturperiode vom Senat bestellt werden. Acht Mitglieder werden vom Senat, fünf Mitglieder von den Beschäftigtenvertretungen der landeseigenen Wohnungsunternehmen und zwei vom Fachbeirat der Anstalt benannt. Nach § 2 Abs. 2 S. 3 Wohnraum-AöR-Gesetz ist eine Veräußerung bereits dann ausgeschlossen, wenn zwei Mitglieder des Verwaltungsrates widersprechen. Auch das Wohnraum-AöR-Gesetz ist ein formelles Gesetz, das nur durch das Parlament geändert werden kann.

Damit sind im Gesetzesrecht bereits **recht starke „Privatisierungsbremsen“** vorhanden. Sollen noch höhere Hürden etabliert werden, müsste man auf Verfassungsebene ansetzen und dort etwa vorsehen, dass das Abgeordnetenhaus einer Veräußerung von Anteilen mit qualifizierter Mehrheit zustimmen muss. Im Gesetzesrecht (LHO) könnte geregelt werden, dass jedwede Veräußerung von Anteilen an der HOWOGE – nicht nur solche, die zu einer

⁶⁸ Anderes gilt nur dann, wenn der Haushaltsplan die Einnahmen für ein bestimmtes Vermögensgeschäft vorsieht. § 66 Abs. 6 S. 2 Haushaltsordnung Berlin.

⁶⁹ Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin vom 05.12.2015, S. 425.

wesentlichen Verringerung des Einflusses von Berlin führt – der Einwilligung des Abgeordnetenhauses bedarf. Allerdings dürfte die Regelung in § 2 Abs. 2 S. 3 Wohnraum-AÖR-Gesetz bereits eine starke Wirkung entfalten.

Denkbar sind ferner vertragliche Privatisierungsbremsen. So könnte etwa im Rahmenvertrag vorgesehen werden, dass der Vertrag bei einer Beteiligung Privater an der HOWOGE automatisch endet oder jedenfalls kündbar ist. Allerdings können derartige vertragliche Bestimmungen mit dem Einverständnis aller Vertragspartner grundsätzlich jederzeit geändert werden. Um dies zu verhindern, müsste man ggf. einen dritten Vertragspartner aufnehmen und die Änderung der Klausel von dessen Zustimmung abhängig machen. Eben dieser Gedanke – Notwendigkeit der Zustimmung eines Dritten – ist bereits in § 2 Abs. 2 S. 3 des Wohnraum-AÖR-Gesetzes durch das Gesetzesrecht umgesetzt.

cc. Ergebnis

Eine Beteiligung Dritter an der HOWOGE ist – auf Grund der privaten Rechtsform der Gesellschaft – zivilrechtlich möglich und auch öffentlich-rechtlich nicht ausgeschlossen. Ein striktes Privatisierungsverbot kennt das Berliner Landesrecht nicht. Allerdings sind im Gesetzesrecht **recht starke „Privatisierungsbremsen“** vorhanden. § 65 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 der Haushaltsordnung und § 2 Abs. 2 S. 3 und 4 des Wohnraum-AÖR-Gesetzes stellen formelle Hürden auf, die eine etwaige Kapitalprivatisierung deutlich erschweren.

b. Veräußerung von Vermögensgegenständen (Vermögensprivatisierung)

aa. Allgemeine Risikobeschreibung

Das Risiko der Veräußerung von Vermögensgegenständen besteht dann, wenn solche Gegenstände in das Vermögen des privatrechtlich verfassten Rechtsträgers überführt werden. Diese Möglichkeit ist insbesondere dann von großer praktischer Bedeutung, wenn Vermögensgegenstände in Frage stehen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendig sind.

bb. Beurteilung des HOWOGE-Modells

Die bisher vorgesehene Gestaltung des Rahmenvertrags schließt die **Möglichkeit**, dass die HOWOGE die ihr eingeräumten Erbbaurechte einschließlich der zugehörigen Schulgebäude⁷⁰ an Dritte weiterveräußern könnte – mit der zivilrechtlichen Folge, dass auch die Mietverträge übergehen würden (§ 566 Abs. 1 BGB, § 11 Abs. 1 ErbbauRG) – nicht sicher aus.⁷¹ Die **tatsächliche Wahrscheinlichkeit** für ein solches Vorgehen dürfte allerdings vor

⁷⁰ Die Schulgebäude sind gemäß § 12 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz wesentlicher Bestandteil des jeweiligen Erbbaurechts. Sie können damit nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (§ 93 BGB). Daher kann das Eigentum an den Schulgebäuden nicht gesondert von den Erbbaurechten übertragen werden.

⁷¹ Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2017 – XII ZR 26/16 –, juris Rn. 31.

allem durch die Zweckbindung des Erbbaurechts auf die Errichtung von Schulgebäuden⁷² herabgesetzt sein. Zudem könnte das Land kraft seines **gesellschaftsrechtlichen Einflusses** eine Veräußerung verhindern. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags der HOWOGE (im Folgenden: HOWOGE-Gesellschaftsvertrag) bedarf der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten mit einem Wert von mehr als 2 Mio. Euro (bezogen auf den Einzelfall) der **Zustimmung des Aufsichtsrats**. Das Erbbaurecht ist ein grundstücksgleiches Recht.⁷³ Der Aufsichtsrat beschließt mit einfacher Mehrheit (§ 13 Abs. 2 S. 1 HOWOGE-Gesellschaftsvertrag). Er besteht aus neun Mitgliedern; zwei Drittel werden von der Gesellschafterversammlung gewählt; ein Drittel wählen die Arbeitnehmer entsprechend den Regelungen des Drittelbeteiligungsgesetzes (§ 11 Abs. 1 S. 1 bis 3 HOWOGE-Gesellschaftsvertrag). In der Gesellschafterversammlung ist – als einziger Gesellschafter – das Land Berlin vertreten.⁷⁴

Trotz dieser gesellschaftsrechtlichen Einflussnahmemöglichkeiten kann sich eine ergänzende Absicherung über die **Gestaltung der Erbbaurechte** zum Ausschluss von Restrisiken empfehlen. Der Rahmenvertrag sieht bislang kein ausdrückliches Veräußerungsverbot vor.⁷⁵ Der Muster-Erbbaurechtsvertrag enthält allerdings eine Klausel, wonach der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Eine derartige Regelung ist nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG möglich. Sie entfaltet nach § 6 ErbbauRG dingliche Wirkung.⁷⁶

⁷² § 5 Abs. 1 a. E. Rahmenvertrag.

⁷³ Creifelds, Rechtswörterbuch, 22. Aufl. 2017, S. 618: „Grundstücksgleiches Recht ist ein dingliches Recht (→ Sachenrecht), das rechtlich wie ein → Grundstück behandelt wird (→ z. B. Erbbaurecht).“

⁷⁴ Zu bedenken ist, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats weisungsfrei agieren und primär dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind (vgl. § 8 Abs. 3 HOWOGE-Gesellschaftsvertrag, § 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 111 Abs. 3 AktG). Auch Aufsichtsräte, die nur bestimmte Gesellschaftergruppen vertreten, haben stets das Verbandsinteresse zu beachten; Oebbecke, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 41; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 52 Rn. 27, 68; Starck/Elert, Aufsichtsrat im kommunalen Unternehmen, 2017, S. 51. Sollte es tatsächlich zum Konfliktfall kommen, könnte sich allerdings die Gesellschafterversammlung als Hauptorgan der Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat durchsetzen.

⁷⁵ Nach Sinn und Zweck des Vertrags könnte aber ein implizites Verbot anzunehmen sein.

⁷⁶ § 5 ErbbauRG lautet: „(1) Als Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. (2) Als Inhalt des Erbbaurechts kann ferner vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.“ § 6 Abs. 1 ErbbauRG regelt im Anschluss hieran: „Ist eine Vereinbarung gemäß § 5 getroffen, so ist eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat.“

cc. *Ergebnis*

Das Risiko, dass die HOWOGE die Erbbaurechte samt Schulgebäuden an Dritte veräußern könnte, dürfte nicht zuletzt wegen des im Gesellschaftsvertrag geregelten Zustimmungsvorbehalts **gering** sein. Restrisiken werden durch eine Gestaltung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG ausgeschlossen.

D. Die Bedeutung der Einbindung der HOWOGE im Hinblick auf die nationale Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG

Nach Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Dieser Vorgabe können die Länder bei ihrer näheren Ausgestaltung dieser „Schuldenbremse“ auf Landesebene nur dadurch entsprechen, dass keine Einnahmen aus Krediten zugelassen werden (Art. 109 Abs. 3 Satz 5 GG). Es stellt sich somit die Frage, ob Kredite, die ein öffentliches Unternehmen eines Landes – wie hier die HOWOGE – zur Finanzierung einer Aufgabe wie Schulneubau und -sanierung aufnimmt, einen Kredit im Sinne des Art. 109 Abs. 3 GG darstellt, ob solche Kredite also dem Land zugerechnet werden. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass rechtlicher Maßstab für die nachfolgende Stellungnahme zu dieser Frage allein die Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG ist, soweit dort für die Haushalte der Länder bundesverfassungsrechtlich verbindliche Vorgaben gemacht werden. Als rechtliche Maßstäbe unberücksichtigt bleiben dagegen sowohl die weitere Konkretisierung dieser Schuldenbremse durch zukünftiges Landes-(Verfassungs-)Recht von Berlin als auch die europäische Schuldenbremse nach der Wirtschafts- und Währungsunion und nach dem sog. Wachstums- und Stabilitätspakt.

Es kommt also darauf an, was verfassungsrechtlich unter den Haushalten „von Bund und Ländern“ zu verstehen ist, die nach Art. 109 Abs. 3 GG „grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen“ sind. Anders ausgedrückt sind die Regeln zu klären, nach denen gem. Art. 109 Abs. 3 GG Kreditaufnahmen verselbständigter Einheiten (insbesondere juristischer Personen des privaten Rechts) den Ländern und ihren Haushalten zugerechnet werden.

I. Unabhängigkeit der Auslegung des Art. 109 Abs. 3 GG von den europäischen Zurechnungsregeln

Bei der Diskussion dieser Frage ist mitunter von „Extrahaushalten“ die Rede – verstanden als die öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen, die nach den Kriterien des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) dem Sektor Staat zuzurechnen sind⁷⁷ – und es wird im Kontext des Art. 109 Abs. 3 GG dann gefordert, die Regelungen der Schuldenbremsen u.a. bezüglich dieser „Extrahaushalte“ an die europäischen Abgrenzungen anzupassen.⁷⁸ Das wirft die Frage auf, ob Art. 109 Abs. 3 GG mit Hilfe von

⁷⁷ So etwa Statistisches Bundesamt, Glossar zu öffentliche Finanzen, Stichwort „Extrahaushalt“ (<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/Begriffserlaeuterungen/Extrahaushalte.html>).

⁷⁸ So – exemplarisch und ohne Präzisierung, ob damit eine Verfassungsänderung oder eine (geänderte ?) Auslegung und Anwendung von Art. 109 Abs. 3 GG gefordert wird – Neunte Stellungnahme des unabhängigen Beirats des Stabilitätsrats vom 26. Juni 2018, S. 2.

oder angelehnt an die europäische Schuldenbremse ausgelegt werden kann oder soll. Dieser Frage⁷⁹ ist hier nur im Hinblick auf die Zurechnungsfrage nachzugehen.

1. Kontext der europäischen Zurechnungsregeln nach dem ESVG

Hintergrund für diese Problematik ist der Umstand, dass neben der für Bund und Länder geltenden „nationalen Schuldenbremse“ des Art. 109 Abs. 3 GG auf europäischer Ebene eigenständige Verschuldungsbegrenzungsregeln – mit eigenständigen Antworten auf die Zurechnungsfrage – existieren.

Auf europäischer Ebene ergibt sich die maßgebliche Schuldenbremse zunächst aus den mit dem Vertrag von Maastricht eingeführten Vertragsnormen über die Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 126 Abs. 1 AEUV, Überwachungsverfahren nach Art. 121 und 126 AEUV, ergänzend im Protokoll Nr. 12⁸⁰). Die unter dem Begriff des Wachstums- und Stabilitätspakts zusammenfassend bezeichneten Sekundärrechtsakte, die die genannten Vertragsnormen ergänzen und konkretisieren, wurden 2011 reformiert.⁸¹ Die Einhaltung der Haushaltsdisziplin in den Mitgliedstaaten wird gem. Art. 126 Abs. 2 AEUV i.V.m. Protokoll Nr. 12 anhand der zwei bekannten Referenzwerte überprüft: Erstens nach dem Verhältnis des geplanten oder tatsächlichen öffentlichen Defizits zum Bruttoinlandsprodukt. Die Grenze ist hierbei gem. Art. 1 Protokoll Nr. 12 ein Referenzwert von 3% für das Verhältnis zwischen dem geplanten oder tatsächlichen öffentlichen Defizit und dem Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen. Die zweite zu beachtende Größe ist das Verhältnis des öffentlichen Schuldenstandes zum Bruttoinlandsprodukt. Hierbei beträgt gem. Art. 1 Protokoll Nr. 12 der Referenzwert „60% für das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Schuldenstand und dem Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen“.

Was nun die Zuordnung der Kreditaufnahme verselbständigter (staatlicher) Einrichtungen zum Staat angeht, so kommt es nach Unionsrecht auf das Verständnis des „öffentlichen Defizits“ im Sinne des Art. 126 Abs. 2 AEUV an. Dieser Begriff wird präzisiert in Art. 2 des Protokolls Nr. 12, wonach „öffentlich“ im Sinne des Art. 126 Abs. 2 AEUV bedeutet „zum Staat, d. h. zum Zentralstaat (Zentralregierung), zu regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften oder Sozialversicherungseinrichtungen gehörig, mit Ausnahme von kommerziellen Transaktionen, im Sinne des Europäischen Systems volkswirtschaftlicher Gesamtrechnung“. Der Begriff „Defizit“ wird dort definiert durch die Bezugnahme auf „das Finanzierungsdefizit im Sinne des Europäischen Systems volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen“.

⁷⁹ Weil dies, wie noch zu begründen sein wird, rechtlich für Art. 109 Abs. 3 GG irrelevant ist, wird hingegen nicht geprüft die konkrete Frage, ob die HOWOGE nach Maßgabe der europäischen Regeln als „Extrahaushalt“ zu qualifizieren sein könnte, soweit im – durch getrennte Buchungskreise separierten – Bereich des Schulbaus nur Kostenerstattungen ohne Gewinnmöglichkeiten vorgesehen sind.

⁸⁰ ABl. EU 2010 C 83 S. 201 (279).

⁸¹ Dazu wie auch zum institutionellen Rahmen und den Überwachungsverfahren s. etwa Korthals, in: Gatzert u.a. (Hrsg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, 2015, S. 71 (74 ff.).

Maßgeblich ist insoweit die auf der Grundlage von Art. 338 Abs. 1 AEUV erlassene Verordnung (EU) Nr. 549/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Union⁸². Diese seit 1. September 2014 (s. Art. 5 Abs. 1 der VO) anzuwendende Verordnung statet in ihrem Anhang A die Regeln des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen⁸³ (ESVG) mit Verbindlichkeit – also unmittelbarer rechtlicher Verbindlichkeit – aus. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und nach Maßgabe welcher Kriterien Haushalte bzw. Kredite dem Staat zugerechnet werden, ist in der Verordnung detailliert geregelt, wobei es insbesondere darauf ankommt, ob die verselbständigte, aber vom Staat kontrollierte, Einheit sog. „Nichtmarktproduzent“ ist, weil sie ihre Produktion anderen vollständig oder teilweise unentgeltlich oder zu wirtschaftlich nicht signifikanten Preisen zur Verfügung stellt (Ziff. 20.19 ESVG 2010).

2. Keine Geltung des ESVG für die nationale Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG

Allerdings gilt das ESVG nicht für die Schuldenbremse des Bundes und der Länder aus Art. 109 Abs. 3 GG. Was die normative Reichweite der Verordnung (EU) Nr. 549/2013 angeht, so genügt insoweit der Hinweis auf ihren Art. 1, der in Absatz 4 ausdrücklich regelt: „Diese Verordnung verpflichtet keinen Mitgliedstaat dazu, für seine eigenen Zwecke die Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen nach dem ESVG 2010 zu erstellen.“ Auch die Auslegung von Art. 109 Abs. 3 GG, insbesondere dessen Entstehungsgeschichte⁸⁴ führen zu keinem Hinweis darauf, dass die nationale Schuldenbremse im Allgemeinen oder die Frage der Zurechnung von verselbständigten Trabanten des Bundes oder Länder nach den europäischen Regeln erfolgen sollte. Folglich ist die Frage nach den Zurechnungsregeln im Hinblick auf die nationale Schuldenbremse durch Auslegung des Art. 109 Abs. 3 GG zu gewinnen.

3. Geltung der europäischen Zurechnungsregeln gem. Art. 109a Abs. 2 Satz 2 GG ?

Allerdings hat sich nach Art. 109a Abs. 2 Satz 2 GG der Stabilitätsrat bei der Überwachung der Einhaltung der Schuldenbremse durch die Länder „an den Vorgaben und Verfahren aus Rechtsakten auf Grund des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin“ zu orientieren. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Verordnung (EU) Nr. 549/2013, die das ESVG mit rechtlicher Verbindlichkeit

⁸² ABI. EU 2013 L 174/1.

⁸³ Hintergrund sind einheitliche (rechtlich unverbindliche) internationale Standards (System of National Accounts, SNA), die auf der Ebene der EU aber rechtsverbindlich gemacht werden, u.a. weil sie im Rahmen des Stabilitäts- und Wachstumspakts von Bedeutung sind; ausführlich zu Hintergründen und Inhalten der ESVG 2010 s. Braakmann, Revidierte Konzepte für Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, in: Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, August 2013, S. 521 ff.

⁸⁴ Genauer dazu noch unten D. III. 2.

ausstattet, kraft nationalen Verfassungsrechts maßgeblich ist auch für die Frage der Zurechnung rechtlich selbständiger Einheiten im Rahmen der Schuldenbremse nach Art. 109 Abs. 3 GG.

Dagegen spricht aber, dass die „Überwachungsregelung“ des Art. 109a Abs. 2 GG nicht die materiellen Regeln des Art. 109 Abs. 3 GG zu ändern vermag, um deren Überwachung es geht. So wird in der Literatur auch zutreffend darauf hingewiesen, Art. 109a Abs. 2 GG suggeriere einen „Gleichlauf“ zwischen europäischer und nationaler Schuldenbremse, der so nicht bestehe.⁸⁵ Der Stabilitätsrat muss die verfassungsrechtliche und die europäische Schuldenbremse getrennt und nach den jeweils unterschiedlichen Maßstäben prüfen.⁸⁶ Das gilt auch und nicht zuletzt für die Regeln der Zurechnung verselbständigter Einheiten zu den Haushalten von Bund und Ländern.

II. Die Vorgaben für die Länder aus Art. 109 Abs. 3 GG

Das ab 2020⁸⁷ geltende Verschuldungsverbot für die Länder nach Art. 109 Abs. 3 GG kann zwar von diesen „im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen“ näher ausgestaltet werden (durch Landesgesetz oder -verfassung). Dabei können die Länder allerdings das rigide Verbot jeglicher struktureller Neuverschuldung nicht abschwächen. Für die hier interessierende Zurechnungsfrage bedeutet dies, dass die Länder „mindestens“ die Regeln einhalten müssen, die sich unmittelbar aus Art. 109 Abs. 3 GG ergeben. Im Rahmen ihrer „Ausgestaltung“ können sie darüber hinaus den Kreis der zuzurechnenden Haushalte erweitern und insoweit die Schuldenbremse des Art. 109 Abs. 3 GG weiter „verschärfen“.⁸⁸

Da eine solche Ausgestaltung für Berlin noch nicht vorliegt, wird hier – wie bereits einleitend betont – nur nach dem bundesverfassungsrechtlichen Minimum der Zurechnung verselbständigter Einheiten gefragt.

III. Beschränkung von Art. 109 Abs. 3 GG auf Kernhaushalte

1. Einbeziehung von (rechtlich unselbständigen) Sondervermögen

Bei der Auslegung von Art. 109 Abs. 3 GG besteht zunächst Einigkeit darüber, dass im Gegensatz zur Verfassungsrechtslage vor der Föderalismusreform die Kreditaufnahmen rechtlich unselbständiger Sondervermögen den Haushalten von Bund und Ländern zuzurechnen

⁸⁵ *Kirchhof*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 109a Rn. 16.

⁸⁶ Zutreffend *Kirchhof*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 109a Rn. 16.

⁸⁷ S. die Einzelheiten in der Übergangsregelung des Art. 143d Abs. 1 GG.

⁸⁸ Mit Verweis auf das Beispiel Rheinland-Pfalz *Klepzig*, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, S. 232.

sind.⁸⁹ Bestätigt wird diese Zurechnung rechtlich unselbständiger Sondervermögen zu den Haushalten von Bund und Ländern durch die in Art. 143d Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GG enthaltene Ausnahme, die nur die am 31. 12. 2010 bereits bestehenden Kreditermächtigungen für bereits eingerichtete Sondervermögen von der neuen Zurechnungsregel des Art. 109 Abs. 3 GG ausnimmt.

2. Keine Zurechnung der Kreditaufnahme rechtlich selbständiger Einheiten

Dagegen lehnt die ganz herrschende Meinung eine Zurechnung der Kreditaufnahmen juristisch selbständiger Personen (mit eigener Rechtsfähigkeit) des öffentlichen oder des privaten Rechts zu den Haushalten von Bund und Ländern im Sinne des Art. 109 Abs. 3 GG ab.⁹⁰ Sie kann sich dabei stützen auf das im Staatsschuldenrecht auf eine lange Tradition zurückblickende Rechtsträgerprinzip⁹¹. Für ein Abweichen von diesem Prinzip bieten weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des Art. 109 Abs. 3 GG Anhaltspunkte. Die Entstehungsgeschichte bringt ganz im Gegenteil klar zum Ausdruck, dass die beiden wichtigsten Anwendungsfälle rechtlich selbständiger Einheiten mit Verschuldungspotential, die Sozialversicherungsträger und die Gemeinden, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 109 Abs. 3 GG einbezogen sind: „Satz 1 beinhaltet den Grundsatz eines ohne Kreditaufnahme ausgeglichenen Haushalts in Bund und Ländern. Dieser bezieht sich auf den Haushalt des Bundes und die jeweiligen Haushalte der Länder; eine Einbeziehung etwaiger Defizite von Sozialversicherungen und Gemeinden bei der Haushaltsaufstellung in die Regelung würde sowohl inhaltlich als auch in der zeitlichen Abfolge unerfüllbare Informationsanforderungen an die Aufstellung der Haushalte von Bund und Ländern stellen.“⁹²

Die parallele oder zumindest ähnlich gelagerte Frage, ob für die Kreditaufnahme durch rechtlich verselbständigte Trabanten (hier: des öffentlichen Rechts) nach Art. 87 Abs. 1 der Berliner Verfassung eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, hatte bereits im Jahr 2003 der Berliner Verfassungsgerichtshof unter Berufung auf die Literatur klar verneint. Die Aufnahme von Krediten durch juristische Personen des öffentlichen Rechts werde „vom Regelungsgehalt des Art. 87 I BerlVerf. nicht erfasst, und zwar selbst dann nicht, wenn die juristischen Personen vom Land finanziert werden oder das Land kraft ausdrücklicher Garantie oder seiner Anstaltslast für ihre Verbindlichkeiten haftet“⁹³. Dem hat sich die Literatur zur

⁸⁹ S. etwa *Kube*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 109 (Stand Mai 2011), Rn. 117.

⁹⁰ S. etwa *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 36 m.w.N.; *Klepzig*, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, S. 230 ff. mit ausführlichen Nachweisen; *Sailer*, JZ 2009, 721 (723 mit Fn. 16); *Tappe*, DÖV 2009, 881 (889).

⁹¹ S. dazu nur *Jahndorf*, NVwZ 2001, 620 (621 f.) m.w.N.

⁹² BT-Drucks. 16/12 410, S. 10 f., wo auf die gegenteilig Antwort auf die Zurechnungsfrage nach den Regeln des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes und die insoweit verbleibende Verantwortung von Bund und Ländern explizit hingewiesen wird.

⁹³ BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 (538), mit umfangreichen Hinweisen auf Literatur: „Korbmacher, in: Driehaus [Hrsg.], BerlVerf., 2002, Art. 87 Rdnr. 8; vgl. zum Bundesrecht: Kilian, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 722f.; Siekmann, in: Sachs, GG, 3. Aufl. [2003], Art. 115 Rdnr. 58; Heun, in: Dreier [Hrsg.], Art. 115 Rdnr. 35;

Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 und aus Art. 115 Abs. 2 GG angeschlossen und die Einbeziehung selbständiger juristischer Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts auch dann verneint, wenn die juristische Person vom Bund finanziert wird oder der Bund für die Verbindlichkeiten der juristischen Person haftet.⁹⁴ Für die Länder kann nichts anderes gelten.

3. Umgehungsmöglichkeiten (Mißbrauchsfälle)

Angesichts offensichtlicher Umgehungsmöglichkeiten werden in der Literatur verschiedene – umstrittene – Konstellationen diskutiert, bei denen angesichts ihrer Umgehungsqualität ausnahmsweise trotz der rechtlichen Eigenständigkeit der kreditaufnehmenden Einheit der Kredit dem Staat zugerechnet werden soll. Das Spektrum der Konstellationen, die den Anforderungen der Schuldenbremse unterworfen sein sollen,⁹⁵ reicht von dem pauschalen Versuch, alle „Neben- und Schattenhaushalte“ in den Geltungsbereich des Art. 109 Abs. 3 GG einbeziehen,⁹⁶ über private Kreditaufnahmen im Auftrag und für Rechnung des Bundes oder die Anknüpfung an die Aufgabenqualität (Bundes- bzw. Landesaufgabe) kombiniert mit deren Übernahme des Schuldendienstes bis hin zur Errichtung juristischer Personen des öffentlichen oder privaten Rechts mit der Fähigkeit, Kredite aufzunehmen, allerdings ohne eigene Sachaufgaben, die somit allein der Finanzierung eines Landes oder des Bundes dienen.

Trotz der verständlichen Kritik daran, dass Art. 109 Abs. 3 GG an dem formalen Rechtsträgerprinzip festhält, sich damit deutlich von den europäischen Zurechnungsregeln entfernt und zugleich Umgehungsmöglichkeiten eröffnet,⁹⁷ kann diese klare Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht im Wege einer erweiternden Auslegung korrigiert werden.⁹⁸ Vielmehr kann für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 109 Abs. 3 GG nur das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs fruchtbar gemacht werden. Ein Verstoß gegen dieses Verbot setzt aber Evidenz oder zumindest eine erkennbare Missbrauchsabsicht voraus. Erwägenswert ist dies insbesondere in Fällen, in denen kreditaufnehmenden juristischen Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts keine eigene

Gröpl, in: BK, Art. 110, Stand: Dez. 2001, Rdnr. 101; Wendt, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. [2001], Art. 115 Rdnr. 70“.

⁹⁴ Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24 m.w.N.; dies wird im Übrigen von vielen als eine entscheidende Schwäche der neuen Schuldenbremse angesehen; dazu Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 36.

⁹⁵ Nachweise der Lit. zu verschiedenen Konstellationen bei Klepzig, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, S. 232 f.

⁹⁶ Kirchhof, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 84.

⁹⁷ Kritik etwa bei Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 109 (Stand Mai 2011), Rn. 119.

⁹⁸ So trotz der Kritik auch Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 109 (Stand Mai 2011), Rn. 119.

Sachaufgabe zugewiesen ist.⁹⁹ Auch können Fälle in Betracht gezogen werden, in denen die Kreditaufnahme durch Dritte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erfolgt, „der Bund oder das Land aber an diesem Dritten wesentlich beteiligt ist, wiederum den Schuldendienst übernimmt und das Motiv der formalen Auslagerung von Schulden für die Gestaltung maßgeblich ist“¹⁰⁰. Jedenfalls bedarf es eines einzelfallbezogenen Missbrauchs nachweises, um Kredite einer selbständigen juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts dem Haushalt des Bundes oder eines Landes nach Art. 109 Abs. 3 GG zurechnen zu können.

IV. Folgerungen für die Kreditaufnahme durch die HOWOGE

Da es sich bei der HOWOGE um eine juristische Person des Privatrechts handelt, fallen die von ihr aufgenommenen Kredite nicht unter die „Schuldenbremse“ des Art. 109 Abs. 3 GG, obwohl Berlin Alleingesellschafter der HOWOGE ist. Auch für eine Zurechnung der von der HOWOGE für Schulbau- und –sanierungsaufgaben aufzunehmenden Kredite zum Landeshaushalt nach dem Verbot des Rechtsmissbrauchs liegen keine Anhaltspunkte vor. Weder handelt es sich bei der HOWOGE um eine reine „Kreditaufnahmegesellschaft“ ohne eigene Sachaufgaben noch ist die Beauftragung der HOWOGE allein oder maßgeblich durch die formale Auslagerung von Schulden motiviert. Vielmehr soll die HOWOGE auch – und wohl sogar in erster Linie – ihre Sachkompetenzen und Ressourcen, die sie in der Wohnungswirtschaft aufgebaut hat, für den Bau und die Sanierung von Schulen fruchtbar machen. Dass sie daneben auch die Finanzierung aufnehmen soll, begründet keinen Missbrauchstatbestand. Eine Fallkonstellation, in der ausnahmsweise Kredite einer rechtlich verselbständigten Einheit dem Staat zugerechnet werden müssen, liegt im Fall der Einbindung der HOWOGE in die Berliner Schulbauoffensive deshalb nicht vor.

⁹⁹ In diesem Sinne wird vertreten, dass der Bund den selbständigen juristischen Personen (des öffentlichen oder des privaten Rechts) nur hinreichend Sachaufgaben zuweisen müsse, um der Schuldenbremse zu entgehen, so etwa *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24.

¹⁰⁰ So Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 109 (Stand Mai 2011), Rn. 121.

E. Ergebnisse

1. Nach der derzeit vorliegenden Konzeption des Rahmenvertrags ist die Wahrung der Kompetenzverteilung zwischen Senat und Bezirken und die wirksame Vertretung des Landes Berlin nicht mit der wünschenswerten Rechtssicherheit gewährleistet. Vor allem bezüglich der Vertretung des Landes beim Vertragsschluss sollten keinerlei Risiken eingegangen werden. Das Institut der Amtshilfe vermag im Bereich der Zuständigkeit der Bezirke als Schulträger keine Befugnis der Senatsverwaltungen zur Vertretung des Landes Berlin zu begründen.

2. Der Rahmenvertrag sollte deshalb im Interesse eines rechtssicheren Abschlusses von den Bezirksämtern konsentiert sein und mitunterzeichnet werden. Die Konsentierung des Rahmenvertrags durch die Bezirke vor Vertragsschluss würden deren Rolle stärken und dazu führen, dass sich die Mitwirkung des Senats (Ausformulierung und Vorverhandlung des Rahmenvertrags, sachverständige Begleitung der Projekte im Rahmen der Durchführung des Vertrags) noch als „ergänzende Hilfe“ im Sinne der Amtshilfe qualifizieren lässt. Die Mitunterzeichnung würde zivilrechtliche Wirksamkeitsrisiken aus einer fehlenden Vertretungsmacht des Senats eliminieren.

Ein hilfswiser Ansatz könnte darin bestehen, dass die (räumliche) Geltung des Rahmenvertrags in dem jeweiligen Bezirk von einer Genehmigung des Bezirks abhängig gemacht wird. Ein solcher Genehmigungsvorbehalt in dem Rahmenvertrag würde dazu führen, dass der Rahmenvertrag vom Bezirk selbst in Kraft gesetzt wird und sich die Mitwirkung des Senats eher als Amtshilfe rechtfertigen lässt. Zivilrechtlich könnte die Genehmigung als solche nach § 177 Abs. 1 BGB fungieren. Dieser hilfswise Ansatz kann im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme allerdings nicht abschließend geprüft werden und bedürfte, wenn er weiterverfolgt werden soll, vertiefter Prüfung und einer sorgfältigen Ausarbeitung entsprechender Regelungen im Rahmenvertrag.

3. Unter dem schillernden Begriff der „Privatisierung“ wird in der öffentlichen Diskussion oftmals die materielle Privatisierung – also der Rückzug des Staates aus einer öffentlichen Aufgabe – verstanden. Das HOWOGE-Modell führt nicht zu einer derartigen materiellen Privatisierung. Denn die HOWOGE befindet sich im Alleineigentum des Landes Berlin. Aus wissenschaftlicher Perspektive ist der Begriff der Privatisierung hingegen weiter. Er umfasst neben der materiellen Privatisierung insbesondere die formelle Privatisierung (Nutzung privater Organisations- und Handlungsformen) und die funktionale Privatisierung (Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Vertrag). Ausgehend von dieser Differenzierung kann das HOWOGE-Modell im Kern als Organisationsprivatisierung eingestuft werden, die um gewisse Elemente der sog. funktionalen Privatisierung ergänzt ist.

4. Inwiefern mit einem Privatisierungsvorgang Risiken verbunden sind, bedarf stets einer genauen Einzelfallanalyse. Dabei bietet es sich an, zwischen unmittelbaren und mittelbaren Risiken zu differenzieren. Die vorliegende Untersuchung kommt – soweit eine Risikobewertung auf rechtswissenschaftlicher Grundlage möglich ist – zu dem Ergebnis, dass die mit

dem HOWOGE-Modell verbundenen Risiken stark begrenzt oder jedenfalls durch Rechtsgestaltung begrenzbar sind.

5. Was die unmittelbar mit der Wahl des HOWOGE-Modells einhergehenden Privatisierungsrisiken angeht, lässt sich festhalten:

a) In der Gesamtbetrachtung ist das Risiko einer Schmälerung von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten eher gering. Das Land Berlin trifft die Bedarfsentscheidungen selbst. Es überträgt der HOWOGE lediglich Ausführungskompetenzen. Bei Konzeption und Planung behält es sich Steuerungsrechte vor. Für die Bauphase könnten noch (flexible) Berichts- und Abstimmungsregeln ergänzt werden.

b) Ob das HOWOGE-Modell im Vergleich zur klassischen Beschaffung zu Kostensteigerungen führen wird, kann im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht beurteilt werden. Es ist nicht erkennbar, dass die Vertragsgestaltung erhebliche Fehlanreize setzen würde.

c) Die Wahl der privaten Rechtsform bringt die Möglichkeit einer Insolvenz des Gebäudeeigentümers (HOWOGE) mit sich. Das Risiko, dass eine Insolvenzverwaltung im Insolvenzfall auf die Schulgebäude zur Verwertung zugreift, dürfte aber dadurch, dass das Land das Grundstückseigentum behält, Erbbaurechte mit einer begrenzten Laufzeit von 37 Jahren einräumt und die Nutzung als Schulgebäude zum Inhalt des Erbbaurechts macht, reduziert sein.

d) Komplexe und lang laufende ÖPP- und ÖÖP-Modell bergen ein institutionelles Risiko. Das HOWOGE-Modell weist eine Komplexität auf, die das Risiko von Gestaltungsfehlern und die Notwendigkeit einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung mit sich bringt. Angesichts der langen Laufzeit des Projekts sollte das Vertragswerk darauf geprüft werden, ob es eine hinreichende Flexibilität zur Reaktion auf unerwartete Entwicklungen bietet.

6. Mittelbare Privatisierungsrisiken sind solche, die erst nach der Umsetzung des Modells aus weiteren Privatisierungsvorgängen oder -entscheidungen folgen könnten. Dies betrifft namentlich das Risiko einer (nachträglichen) Beteiligung Privater an der HOWOGE und das Risiko einer Vermögensveräußerung durch die HOWOGE. Hierzu kann festgehalten werden:

a) Eine Beteiligung Dritter an der HOWOGE ist zwar – auf Grund der privaten Rechtsform der Gesellschaft – zivilrechtlich möglich und auch öffentlich-rechtlich nicht ausgeschlossen. Denn ein striktes Privatisierungsverbot kennt das Berliner Landesrecht nicht. Allerdings sind im Gesetzesrecht recht starke „Privatisierungsbremsen“ vorhanden. § 65 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 der Haushaltsordnung und § 2 Abs. 2 S. 3 und 4 des Wohnraum-AöR-Gesetzes stellen formelle Hürden auf, die eine etwaige Kapitalprivatisierung deutlich erschweren.

b) Das Risiko, dass die HOWOGE die Erbbaurechte samt Schulgebäuden an Dritte veräußern könnte, dürfte nicht zuletzt wegen des im Gesellschaftsvertrag geregelten Zustimmungsvorbehalts gering sein. Restrisiken sollen ausgeschlossen werden, indem gemäß § 5 Abs. 1

ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart wird, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

7. Da es sich bei der HOWOGE um eine juristische Person des Privatrechts handelt, fallen die von ihr aufgenommenen Kredite nicht unter die „Schuldenbremse“ des Art. 109 Abs. 3 GG, obwohl das Land Berlin Alleingesellschafter der HOWOGE ist. Auch eine missbräuchlichen Umgehung des Art. 109 Abs. 3 GG, die ausnahmsweise dazu führen könnte, dass Kredite einer rechtlich verselbständigten Einheit dem Staat zugerechnet werden müssen, liegt im Fall der Einbindung der HOWOGE in die Berliner Schulbauoffensive nicht vor.

Frankfurt am Main/Freiburg, den 29.9.2018

Prof. Dr. Georg Hermes / Dr. Holger Weiß