

Rechtliches Kurzgutachten
zur geplanten Änderung des Art. 90 GG

erstellt im Auftrag des
Ministeriums für Verkehr Baden-Württemberg

von
Prof. Dr. Georg Hermes
Goethe-Universität Frankfurt am Main
und
Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.
Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte PartmbB
Freiburg / Stuttgart

W2K

Inhaltsübersicht

A. Zusammenfassung	4
B. Sachverhalt und Aufgabenstellung	6
I. Geplante Reform des Art. 90 GG	6
II. Aufgabenstellung.....	7
C. Rechtliche Würdigung	7
I. Grundlagen	7
1. Überblick über den Status quo	8
2. Systemscheidungen bei der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung.....	9
2.1 Kompetenzverteilung im Bund-Länder-Verhältnis	10
2.2 Verwaltungs- oder Betreibermodell	11
2.3 Europarechtliche Schuldenbremse	13
2.3.1 Übersicht	14
2.3.2 Einzeldarstellung.....	14
2.3.3 Befreiung von der europäischen Schuldenbremse durch Privatisierung	17
3. Überblick über die Inhalte des Entwurfs zur Änderung des Art. 90 GG.....	17
II. Kompetenzverlagerung auf den Bund	18
1. Inhalte des Entwurfs.....	18
1.1 Bundesautobahnen in Bundesverwaltung.....	18
1.2 Sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs in Auftragsverwaltung.....	18
1.3 Übertragung der Baulast für die Bundesfernstraßen	19
1.4 Übernahme der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs in die Bundesverwaltung auf Antrag eines Landes	20
2. Kritische Würdigung	22
2.1 Rechtstechnik: Unklarheiten der Norm	22
2.2 Aufbau von Doppelstrukturen für die Verwaltung von Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs	22
2.3 Fehlende Änderungen im System der Auftragsverwaltung.....	23
2.4 Übernahme der Planfeststellung für die Bundesautobahnen	24
2.5 Fehlende Flexibilisierungsoptionen und Überleitungsregelungen.....	25
III. Unternehmerischer Betrieb und Privatisierung der Bundesautobahnen?	26
1. Inhalte des Entwurfs.....	27
1.1 Eigentum an den Bundesfernstraßen	27
1.2 Übertragung von Aufgaben auf eine Gesellschaft in Privatrechtsform	28
1.3 Veräußerung von Gesellschaftsanteilen	29
1.3.1 Privatisierungsschranke (nur) bei Ausübung hoheitlicher Aufgaben.....	29

1.3.2	Keine Privatisierungsschranke bei nicht-hoheitlicher Tätigkeit	31
2.	Kritische Würdigung	32
2.1	Weitreichende Privatisierungsbefugnisse des Bundes.....	32
2.2	Vorfestlegung auf eine privatrechtliche Gesellschaftsform.....	32
2.3	Schwach ausgeprägte Gesetzesvorbehalte.....	33
2.4	Fehlende staatliche Steuerungsvorbehalte	34
3.	Einordnung und Folgebetrachtung	35
D.	Gesamtbewertung	37
I.	Kompetenzverlagerung auf den Bund	37
II.	Privatwirtschaftlicher Betrieb der Bundesautobahnen	38

A. Zusammenfassung

I. Der vorliegende Entwurf für eine Neufassung des Artikel 90 Grundgesetz (Bundesstraßen) betrifft drei wesentliche Fragen (dazu C. I. 2.):

- Wie werden die **Verwaltungskompetenzen** für die Planung, den Bau, den Betrieb und die Erhaltung von Autobahnen und sonstigen Bundesstraßen zwischen **Bund und Ländern** verteilt?
- In welchem Umfang und unter welchen Bedingungen dürfen die genannten Aufgaben, soweit sie dem Bund zugeordnet sind, **privatisiert** werden?
- Kann der Neu- und Ausbau sowie die Erhaltung von Autobahnen/sonstigen Bundesstraßen durch Kredite finanziert werden, ohne dass diese Kredite der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der **europäischen Schuldenbegrenzungsregeln** („Maastricht-Kriterien“) zugerechnet werden?

II. Als Antwort auf diese Fragen enthält der Entwurf die drei folgenden Systemscheidungen (dazu C. I. 3):

- Die bisherige Kompetenz der Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung (Finanzierung durch den Bund, Steuerungsrechte des Bundes) wird im Hinblick auf die **Autobahnen** vollständig beseitigt und durch eine **umfassende Bundeskompetenz** ersetzt, während es für die sonstigen Bundesstraßen bei dem bisherigen System der Auftragsverwaltung bleibt.
- Den ganz überwiegenden Teil der Verwaltungsaufgaben hinsichtlich der **Autobahnen** (Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung, Vermögensverwaltung) kann der Bund **vollständig privatisieren**, ohne dass ihm noch eine dem Eisenbahnwesen vergleichbare Gewährleistungsverantwortung träge.
- Diese weitreichende Privatisierungsoption für die Autobahnen hat den – offensichtlich intendierten – Effekt, dass der Bau und die Erhaltung der **Autobahnen** über **Kredite finanziert** werden kann, die nach den „Maastricht-Kriterien“ nicht der Bundesrepublik zugerechnet werden.

III. Die Neuordnung der **Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern** (dazu C. II.) unterliegt erheblichen Bedenken:

- Sie führt zu parallelen Strukturen (Personal, Know-how) zwischen Bundesverwaltung und Landesverwaltungen, weil nur die Autobahnen in Bundesverwaltung übernommen werden, während die sonstigen Bundesstraßen in der Verantwortung der Landesverwaltung (bisherige Auftragsverwaltung) bleiben.
- Auf die Defizite des bisherigen Systems der Auftragsverwaltung, zu denen u.a. die Kostenverteilung zwischen Bund und Ländern (Planungskosten) gehört, reagiert der Entwurf überhaupt nicht, obwohl diese Auftragsverwaltung in großem Umfang beibehalten wird (alle sonstigen Bundesstraßen).
- Die vollständige Übernahme aller Aufgaben hinsichtlich der Autobahnen durch den Bund führt zu einer extrem zentralisierten Bundesverwaltung, die insbesondere bei Planungsaufgaben (Planfeststellung) mit offensichtlichen örtlichen Bezügen (lokale Planungen, Umweltschutz etc.) kaum funktionieren kann, jedenfalls nicht zu verkürzten Planungszeiten führen wird.
- Sie ignoriert die erheblichen Überleitungsprobleme ebenso wie die sehr unterschiedliche Leistungsfähigkeit der Landesstraßenbauverwaltungen.

IV. In dem offensichtlichen Bemühen, eine Finanzierung des Baus und der Erhaltung von Autobahnen durch die Aufnahme von Krediten zu ermöglichen, die im Rahmen der europäischen Schuldenbremse („Maastricht-Kriterien“) nicht der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden, eröffnet der Entwurf eine sehr **weitreichende Privatisierungsoption** (dazu C. III.). Zu kritisieren ist in diesem Zusammenhang,

- dass nur ein minimaler Bestand von „hoheitlichen Aufgaben“ mit Privatisierungsgrenzen versehen wird, während alle wesentlichen Entscheidungen (Investitionen, Erhaltungszustand, Qualität des Angebotes) zum Gegenstand unternehmerischer Entscheidungen privater Betreiber gemacht werden können,
- dass die Entscheidung über die Privatisierung weitgehend ohne Beteiligung des Bundestages und völlig ohne Beteiligung des Bundesrates von der Bundesregierung getroffen werden kann,
- dass der Entwurf für den Bund nicht einmal eine explizite Gewährleistungsverantwortung vorsieht, die ihn verpflichten würde, für eine funktionsfähige und bedarfsgerechte Autobahninfrastruktur zu sorgen, und es ihm – vergleichbar dem Eisenbahnwesen oder der Telekommunikation – erlauben würde, durch geeignete Regulierungsmaßnahmen die privaten Interessen des Betreibers im öffentlichen Infrastrukturinteresse zu beschränken.

B. Sachverhalt und Aufgabenstellung

I. Geplante Reform des Art. 90 GG

Der politische Prozess zur Reform der Verwaltung und Finanzierung der Bundesfernstraßen nimmt zunehmend Fahrt auf. Nach einem Bericht¹ vom 15.03.2016 beabsichtigt der Bund eine Neuordnung mit dem Ziel, eine stärkere Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte beim Bau, der Erhaltung, dem Betrieb und der Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur des Bundes zu erreichen. Die Aufgaben sollen einer privatrechtlich organisierten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen werden, die nach betriebswirtschaftlichen Kriterien arbeiten und über die dafür notwendigen Entscheidungskompetenzen verfügen soll. Der Gesellschaft sollen die Mittel aus den Mauteinnahmen zufließen. Sie soll eine Kapazität zur Kreditaufnahme erhalten. Der Bund strebt an, sich mit den Ländern möglichst noch vor der Sommerpause 2016 zu verständigen.

Dem Land Baden-Württemberg liegt ein Entwurf zur Änderung des Art. 90 GG vor, mit dem die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die angestrebte Reform geschaffen werden sollen. Der Entwurf würde grundlegende Änderungen mit sich bringen. Das verdeutlicht ein Vergleich der bisherigen Fassung des Art. 90 GG mit der geplanten Neufassung.

Art. 90 GG in der bisherigen Fassung lautet:

- (1) Der Bund ist Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen.*
- (2) Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes.*
- (3) Auf Antrag eines Landes kann der Bund Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in bundeseigene Verwaltung übernehmen.*

Die dem Land Baden-Württemberg vorliegende Entwurfsfassung des Art. 90 GG hat folgenden Wortlaut:

- (1) Der Bund ist Eigentümer der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs.*

¹ Bericht des Parlamentarischen Staatssekretärs Jens Spahn an Herrn MdB Kindler zum „Sachstand Bundesfernstraßengesellschaft“ vom 15.03.2016.

(2) ¹Die Bundesautobahnen werden in Bundesverwaltung geführt. ²Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen können durch Bundesgesetz einer Gesellschaft in privatrechtlicher Form übertragen werden; durch Bundesgesetz kann die Baulast für die Bundesfernstraßen übertragen werden. ³Soweit eine nach Satz 2 errichtete Gesellschaft hoheitliche Aufgaben ausführt, steht sie im Eigentum des Bundes. ⁴Eine Veräußerung von Anteilen des Bundes an dem Unternehmen nach Satz 3 und eine Änderung der Rechtsform des Unternehmens nach Satz 3 erfolgen aufgrund eines Gesetzes; die Mehrheit der Anteile an diesen Unternehmen verbleibt beim Bund. ⁵Das Nähere wird durch Bundesgesetz geregelt.

(3) Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes.

(4) Auf Antrag eines Landes kann der Bund sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in bundeseigene Verwaltung nach Absatz 2 übernehmen.

II. Aufgabenstellung

Das Land Baden-Württemberg hat uns beauftragt, die Inhalte des Entwurfs zur Änderung des Art. 90 GG aus rechtlicher Sicht zu bewerten. Dies umfasst die Ermittlung der Inhalte des Entwurfs im Wege der Auslegung, die Erläuterung der Veränderungen gegenüber dem Status quo, die Darstellung der daraus folgenden Implikationen einschließlich der Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers und der Regierung sowie eine kritische rechtspolitische Würdigung.

C. Rechtliche Würdigung

Zur Einordnung der geplanten Verfassungsänderung werden zunächst Grundlagen erläutert, die für das Verständnis des Entwurfs hilfreich sind (I.). Im Anschluss werden die Inhalte des Entwurfs mit Blick auf die geplante Kompetenzverlagerung zum Bund (II.) und die Ermöglichung eines privatwirtschaftlichen Betriebs der Autobahnen (III.) gewürdigt.

I. Grundlagen

Die rechtliche Würdigung des Entwurfs setzt zunächst einen Blick auf den verfassungsrechtlichen Status quo voraus, um die möglichen Veränderungen einordnen zu können (dazu nachfolgend 1.). Sodann sind die grundlegenden Systementscheidungen herauszuarbeiten, die durch Art. 90 GG – ebenso wie durch andere speziellen Normen des VIII. Abschnitts wie z.B.

Art. 87e GG zum Eisenbahnwesen oder Art. 87d GG zum Luftverkehr – getroffen werden und auch in Zukunft zu treffen sind. Dies betrifft die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern (dazu nachfolgend 2.1.) sowie Fragen der Abgrenzung und Zuordnung zwischen staatlicher Verantwortung und wirtschaftlicher Betätigung Privater einschließlich der damit in Zusammenhang stehenden Fragen der Verwaltungsorganisation auf Bundesebene (dazu 2.2.). Ebenfalls eng mit der Verteilung der Verantwortung zwischen Staat und privaten Betreibern verknüpft ist die für die Finanzierung wesentliche Frage, unter welchen Voraussetzungen einer etwaigen Bundesfernstraßengesellschaft die Möglichkeit zur Kreditaufnahme eingeräumt werden könnte, ohne dass die Schulden nach Maßgabe der einschlägigen europäischen Regeln („Maastricht-Kriterien“) der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden (dazu 2.3).

1. Überblick über den Status quo

Der verfassungsrechtliche Rahmen des Bundesfernstraßenwesens nach dem geltenden Art. 90 GG ist geprägt durch den Regeltyp der Auftragsverwaltung.

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern bei der Verwaltung der Bundesfernstraßen ist durch die in Art. 90 Abs. 2 GG als Regeltyp normierte Auftragsverwaltung strukturiert. Nach der damit in Bezug genommenen allgemeinen Vorschrift über die Auftragsverwaltung (Art. 85 GG) ist dieser Verwaltungstyp der Auftragsverwaltung durch die eigenverantwortliche Wahrnehmungskompetenz der Länder geprägt, während dem Bund die Finanzierungsverantwortung für die Sachausgaben (Art. 104a Abs. 2 GG) und einer Reihe durchaus erheblicher, in ihrer praktischen Handhabung aber problematischer Entscheidungs-, Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten zustehen (Sachkompetenz)². Im Einzelnen kann der Bund

- durch Bundesgesetz den allgemeinen rechtlichen Rahmen für die Planung, den Bau, die Nutzung etc. setzen,
- durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates auch die Behördenorganisation und das Verfahren der Landesstraßenbauverwaltungen regeln (Art. 85 Abs. 1 GG),
- durch Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates unterhalb der Gesetzesebene einheitliche Regeln erlassen (Art. 85 Abs. 2 GG),

² Grundlegend zur Abgrenzung von Wahrnehmungskompetenz der Länder und Sachkompetenz des Bundes BVerfGE 81, 310 (331 ff.) – Kalkar II.

- durch Einzelweisungen (Sachentscheidungsbefugnis) des zuständigen Bundesministers an das zuständige Landesministerium die zweckmäßige Art und Weise der Bundesfernstraßenverwaltung durch die Länder steuern (Art. 85 Abs. 3 GG),
- durch die Bundesregierung Berichte anfordern (Art. 85 Abs. 4 GG).

Der Typus der Bundesverwaltung ist im geltenden Art. 90 GG für Bundesfernstraßen nur als Ausnahme und nur auf Antrag des betroffenen Landes vorgesehen (Absatz 3). Von dieser Möglichkeit wurde bislang nur im Hinblick auf die Nebenbetriebe der Bundesautobahnen³ Gebrauch gemacht, indem die Konzessionierung und der Einzug der Konzessionsabgabe der privaten Betreiber durch den Bund (Bundesamt für Güterverkehr) erfolgen.

Mit der verfassungsrechtlichen Anordnung einer unter dem Einfluss des Bundes stehenden Verwaltungskompetenz der Länder (Auftragsverwaltung) ist nach geltendem Verfassungsrecht zugleich eine Privatisierungsgrenze normiert. Jedenfalls ein Kern der von Art. 90 GG erfassten Straßenverwaltungsaufgaben (Bau, Planung, Betrieb, Unterhaltung, Vermögensverwaltung etc.) kann weder durch den Bundesgesetzgeber noch durch Organisationsentscheidungen der Länder privatisiert werden.⁴ Die Einzelheiten der Abgrenzung zwischen Verwaltungsaufgaben im engeren Sinne und – damit in Zusammenhang stehend – die Reichweite möglicher funktionaler Privatisierungen überlässt das geltende Verfassungsrecht allerdings dem Bundesgesetzgeber (siehe z.B. das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz oder das Autobahnmautgesetz⁵).

2. Systementscheidungen bei der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung

Eine Reform des bisherigen Systems der Bundesfernstraßenverwaltung kommt folglich nicht umhin, Art. 90 GG zu ändern, wenn sie über Veränderungen innerhalb des geltenden verfassungsrechtlichen Rahmens der Auftragsverwaltung – das hieße begrenzte Modifikationen der Auftragsverwaltung durch Änderungen des Bundesfernstraßengesetzes, durch Erlass von

³ S. dazu die Begründung zum Gesetzesentwurf der BReg betr. die Änderung des § 15 III FStrG in BT-Drs. 13/5292.

⁴ Nachweise dazu bei G. Hermes, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 90 Rn. 19, 21.

⁵ S. dazu nur M. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 104 ff.; H. Lackner, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, 2004, S. 191 ff., 211 ff.; D. Neumann/H. Müller, NVwZ 2002, 1295 ff.; F. Roth, NVwZ 2003, 1056 ff.

Verwaltungsvorschriften oder durch den Erlass von Einzelweisungen gegenüber den Ländern – hinausgehen soll.

Im Bund-Länder-Verhältnis ist die maßgebliche Systementscheidung also diejenige, ob und ggf. in welchem Umfang die Auftragsverwaltung durch den Typus der Bundesverwaltung abgelöst werden soll (dazu 2.1). Sodann hat der „neue“ Art. 90 GG Auskunft darüber zu geben, in welchem Umfang die Bereitstellung von Bundesfernstraßen von Einrichtungen der Verwaltung (Behörde bzw. Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung) als infrastrukturelle Verwaltungsleistung oder von Unternehmen der privaten Wirtschaft unter der Aufsicht und Kontrolle einer Bundesverwaltungseinrichtung als wirtschaftliche Tätigkeit erfolgen soll. Die zweite von einem Reformentwurf des Art. 90 GG zu treffende Systementscheidung ist also diejenige der Aufgabenteilung zwischen Staat und Wirtschaft bei der Bereitstellung von Fernstraßen und in engem Zusammenhang damit die Frage, wie die Einrichtung auf Bundesebene (Bundesfernstraßengesellschaft) organisiert und näher ausgestaltet sein soll (dazu 2.2). Diese letztgenannte Systementscheidung hat sodann erhebliche Auswirkungen auf die Frage, ob die Autobahninfrastruktur in Deutschland über Kredite finanziert werden kann, die außerhalb der europäischen Schuldenbegrenzungsregeln bleiben, weil sie der Bundesrepublik nicht zugerechnet werden (dazu 2.3).

2.1 Kompetenzverteilung im Bund-Länder-Verhältnis

Unabhängig davon, wo die Grenze zwischen staatlichen (Verwaltungs-)Aufgaben und privatwirtschaftlicher Betätigung auf dem Gebiet der Planung, des Baus, des Betriebs und der Unterhaltung von Bundesfernstraßen genau gezogen wird, trägt der Staat (Bund oder Länder) jedenfalls eine politische Gewährleistungsverantwortung⁶ für ein funktionsfähiges Fernstraßenwesen. Die zur Wahrnehmung dieser Gewährleistungsverantwortung erforderlichen Ver-

⁶ Im Unterschied zum Eisenbahnwesen (Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG) und zum Postwesen und der Telekommunikation (Art. 87f Abs. 1 GG) enthält das Grundgesetz keine explizite Gewährleistungsverantwortung des Staates (Bund, Länder, Kommunen) für ein funktionsfähiges Straßenwesen, weil es sich nach Art. 90 GG (soweit Bundesstraßen in Rede stehen, aber auch im Bereich der Landes-, Kreis- und Gemeindestraßen wohl unstreitig) um eine Staatsaufgabe handelt, die der Staat unmittelbar selbst erfüllt (Erfüllungsverantwortung) und nicht durch Private erfüllen lässt, was dann staatliche Regulierung, Kontrolle und Steuerung (Gewährleistungsverantwortung) erforderlich machen würde. Vgl. zu den grundlegenden Verantwortungstypen von Verantwortungsstufen etwa W. Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat, 2005, S. 89 ff.; zur staatlichen Infrastrukturverantwortung für alle netzgebundenen Transport- und Übermittlungssysteme (Straßen, Eisenbahn, Energie, Telekommunikation) s. G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 323 ff.

waltungsaufgaben müssen durch das Grundgesetz dem Bund oder den Ländern zugewiesen sein. Dafür kommen nach den drei vom Grundgesetz bereitgestellten Verwaltungstypen nur die Bundesverwaltung oder die Auftragsverwaltung in Betracht, da der Übergang zu einer Verwaltung durch die Länder als „eigene Angelegenheit“ (Art. 83, 84 GG: Landesverwaltung) von niemandem in Betracht gezogen wird.

Ein reformierter Art. 90 GG muss also für die Bundesfernstraßen zunächst die Entscheidung zwischen Bundesverwaltung und – einer ggf. zu modifizierenden – Auftragsverwaltung als Regeltypus treffen. Auf der Grundlage einer solchen Anordnung eines Regel-Verwaltungstypus sind dann vielfältige Modifikationen denkbar, die den Gegenstand (nur Autobahnen oder auch sonstige Bundesstraßen?), den Umfang der Bundesverwaltungsaufgaben (alle Aufgaben in Bundesverwaltung oder einzelne Aufgaben bei den Ländern im Modus der Auftragsverwaltung?), den Zeitpunkt des Übergangs (z.B. Autobahnen sofort, sonstige Bundesfernstraßen später) und die Überleitungsmodalitäten (z.B. vorübergehende Wahrnehmung der Aufgaben durch die Landesstraßenbauverwaltungen der Länder im Wege der „Organleihe“ für den Bund) betreffen.

2.2 Verwaltungs- oder Betreibermodell

Mit der Verteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern unausweichlich verbunden sind verfassungsrechtliche Aussagen dazu, um welche Art von Verwaltungsaufgaben es sich handelt und wie diese – zumindest in groben Zügen – abzugrenzen sind von der wirtschaftlichen Betätigung Privater. Die zweite Systementscheidung bei einer Reform des Art. 90 GG liegt deshalb in der Abgrenzung von Staat und Wirtschaft. Konkreter auf die Ausgestaltung einer Einrichtung auf Bundesebene bezogen, die die Bundesfernstraßen (oder auch nur die Bundesautobahnen) baut, betreibt und unterhält, bedeutet diese Systementscheidung die Wahl zwischen zwei Modellen, die sich idealtypisch wie folgt beschreiben lassen: Im Verwaltungsmodell ist die Bereitstellung der Bundesfernstraßen insgesamt als staatliche Aufgabe (der Infrastrukturbereitstellung, Daseinsvorsorge) definiert, so dass die Bundesrepublik Deutschland den Nutzern die Bundesfernstraßen zur Nutzung zur Verfügung stellt. Sowohl die hoheitlichen Aufgaben im engeren Sinne (z.B. Planfeststellung, Widmung) als auch die operativen Aufgaben (Entwurfsplanung, Bau, Betrieb, Unterhaltung etc.) sind in diesem Modell staatliche Aufgaben, die durch Verwaltungseinheiten wahrgenommen werden.

Die politische Steuerung der zuständigen Verwaltungseinheit erfolgt direkt über das aufsichtführende Ministerium und über die parlamentarische Bereitstellung der Haushaltsmittel. Eine eventuelle Nutzerfinanzierung (Gebühren) unterliegt der parlamentarischen Budgetverantwortung. Die zuständige Verwaltungseinrichtung muss nicht zwingend eine klassische Bundesoberbehörde sein, sondern kann auch in öffentlich-rechtlicher (Anstalt des öffentlichen Rechts, z.B. BAFin) oder privatrechtlicher Form (GmbH) verselbständigt werden, wenn die Verfassung solche Formen mittelbarer Bundesverwaltung zulässt. Eine solche Einrichtung (Bundesfernstraßengesellschaft) wäre in diesem Modell als Form der mittelbaren Bundesverwaltung oder als Dienstleister für den Bund zu qualifizieren.

Nach dem (Betreiber-)Modell des Infrastrukturbetreibers als Wirtschaftsunternehmen, welches ansatzweise im Eisenbahn- und konsequent im Telekommunikationssektor verwirklicht wurde, ist der Betreiber der Netzinfrastruktur ein (öffentliches, gemischtwirtschaftliches oder auch privates) Wirtschaftsunternehmen und betreibt das Netz nach wirtschaftlichen Grundsätzen mit Gewinnerzielungsabsicht auf eigene Rechnung. Der private Netzbetreiber entscheidet nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten über den Netzausbau und die Unterhaltung und bietet das Netz den Nutzern gegen Entgelt zur Nutzung an. Der Staat zieht sich aus den „operativen Aufgaben“ zurück und beschränkt sich auf eine Gewährleistungsverantwortung, die im Wege hoheitlicher Regulierung (z.B. Kontrolle der Benutzungsentgelte) von Aufsichts- und Regulierungsbehörden (Bundesnetzagentur, Eisenbahnbundesamt) wahrgenommen wird oder auch durch gesellschaftsrechtlichen Einfluss verwirklicht werden kann. Die Finanzierung erfolgt in diesem Modell ausschließlich oder überwiegend durch Nutzerentgelte, die direkt dem Betreiber zufließen.

Hinweis: In einem solchen Modell kann das europäische Beihilfenrecht eine spezifische Relevanz entfalten.⁷ Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind Beihilfen gleich welcher Art, die bestimmte Unternehmen begünstigen, dadurch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar. Sofern eine Infrastrukturgesellschaft als Straßebetreiber agiert und sich (primär) über Nutzerentgelte finanziert, dürfte sie als „Unternehmen“ im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen sein.⁸ Sofern Vergünstigun-

⁷ Siehe auch Beckers/Hermes/Ryndin/Weiß/Becker/Reuße, Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen - Eine institutionenökonomische Analyse unter Berücksichtigung (verfassungs-)rechtlicher Aspekte, April 2016, 6.1, S. 57 ff.

⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es entscheidend darauf an, ob Nutzungsentgelte erhoben werden. Siehe für Flughafenanlagen EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 – C-82/01 P –, Rn. 78, juris; EuG, Urteil vom 17. Dezember 2008 – T-196/04 –, juris.

gen gewährt werden (z. B. unentgeltlich gewährte Nutzungsrechte an den Bundesfernstraßen, Zuschüsse aus dem Haushalt, Gewährung von Sicherheiten), ist zu prüfen, ob diese potentiell wettbewerbsverzerrend wirken und grenzüberschreibende Effekte auslösen können. Derartige Effekte sind – je nach der Definition des relevanten Markts – nicht ausgeschlossen.⁹ Die EU-Kommission geht in einer jüngst veröffentlichten Bekanntmachung davon aus, dass Finanzierungshilfen, die dem (künftigen) Eigentümer nutzerfinanzierter Straßen für deren Errichtung gewährt werden, in der Regel keine wettbewerbsverzerrenden Effekte haben sollen, sofern Quersubventionierungen ausgeschlossen sind.¹⁰ Ungeachtet dessen wird das Beihilfenrecht mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung eines Betreibermodells und alle damit verbundenen Vergünstigungen sorgfältig zu prüfen sein. Die Republik Österreich geht hinsichtlich der 1982 gegründeten Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vorsichtig vor. Die ASFINAG finanziert sich ausschließlich durch Mauteinnahmen aus dem hochrangigen Straßennetz; sie erhält keine finanziellen Zuschüsse aus dem Staatsbudget.¹¹ Die ASFINAG bezahlt für Staatsgarantien der Republik Österreich eine marktübliche Risikoprämie.¹²

Es liegt auf der Hand, dass die Entscheidung zwischen diesen beiden – hier nur idealtypisch nachgezeichneten – Modellen weitreichende Auswirkungen hat und deshalb auf Verfassungsebene getroffen werden sollte – so wie dies für das Eisenbahnwesen, die Telekommunikation und das Postwesen in Art. 87e und 87f GG geschehen ist. Auch ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Modelle nur begrenzt miteinander kombinierbar sind.

2.3 Europarechtliche Schuldenbremse

Eine wesentliche Rahmenbedingung für die Neuordnung des Bundesfernstraßenwesens und folglich auch für den vorliegenden Entwurf ist das Bemühen um eine Organisationsform, die

⁹ Denkbar sind etwa Wettbewerbssituationen bei zwei Autobahnen, die jeweils in unmittelbarer Grenznähe in unterschiedlichen Mitgliedstaaten parallel verlaufen. Nicht ausgeschlossen erscheinen auch infrastrukturträgerübergreifende Effekte.

¹⁰ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU, 19.05.2016, Rn. 220 (nur in engl. Sprache verfügbar: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_of_aid_en.pdf).

¹¹ <http://www.asfinag.at/maut/vignette>.

¹² Dies ergibt sich aus einer Zusammenschau der gesetzlichen österreichischen Grundlagen: § 82 Abs. 2 Ziff. 5 des österreichischen Bundeshaushaltsgesetzes (BHG 2013) verlangt grundsätzlich, dass bei der Übernahme von Bundeshaftungen (= Staatsgarantien) der Schuldner für die Übernahme der Haftung durch den Bund ein nach der Eigenart des Vorhabens zu bemessendes, jedoch 1% jährlich nicht überschreitendes Entgelt an den Bund zu entrichten hat, das von dem noch ausstehenden Teil der Verpflichtung, auf die sich die Haftung bezieht, zu berechnen ist. Das BHG 2013 bestimmt somit eine 1%-Obergrenze für Risikoprämien. Von dieser Regelung macht das Bundesfinanzgesetz (BFG 2015) jedoch für die Garantien an die ASFINAG eine Ausnahme. Nach Art. X Abs. 3 Satz 2 BFG 2015 ist auf ASFINAG-Garantien § 82 Abs. 2 Ziff. 5 BHG 2013 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Höhe des Entgelts für die Übernahme von Haftungen unter Anwendung der EU-beihilfenrechtlichen Vorschriften zu bemessen ist. Für ASFINAG-Garantien gilt somit nicht die 1%-Obergrenze für Risikoprämien. Vielmehr ist die Höhe der Risikoprämie anhand der zum jeweiligen Zeitpunkt marktüblichen Bedingungen zu ermitteln.

eine Kreditfinanzierung von Investitionen ermöglicht, ohne dass die Schulden nach Maßgabe der einschlägigen europäischen Regeln („Maastricht-Kriterien“) der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden.

2.3.1 Übersicht

Hierfür müsste eine Einheit (z. B. eine „Infrastrukturgesellschaft“) geschaffen und mit der Befugnis zur Kreditaufnahme ausgestattet werden. Zur Vermeidung einer Schuldenzurechnung nach den Maastricht-Kriterien gibt es sodann – verkürzt dargestellt – zwei Wege.

- a) Der Bund behält zwar die staatliche Kontrolle über die Gesellschaft, verleiht der Gesellschaft aber institutionelle Selbständigkeit und sorgt dafür, dass sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen wie ein „Marktproduzent“ agiert.
- b) Der Bund verzichtet auf die staatliche Kontrolle über die Gesellschaft.

Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

2.3.2 Einzeldarstellung

Die europäische „Schuldenbremse“ findet ihre Grundlagen in den mit dem Vertrag von Maastricht eingeführten Vertragsnormen über die Wirtschafts- und Währungsunion. Art. 126 Abs. 1 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden. In den Art. 121 und 126 AEUV und ergänzend im Protokoll Nr. 12 über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit sind präventive und korrektive Elemente eines haushaltspolitischen Überwachungsverfahrens vorgesehen. Die beiden bekannten Referenzwerte sind erstens das 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 (öffentlicher/staatlicher) Einrichtungen zum Staat angeht, so kommt es auf das Verständnis des „öffentlichen Defizits“ im Sinne des Art. 126 Abs. 2 AEUV an. 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 Union. Diese seit 1. September 2014 (s. Art. 5 Abs. 1 der VO) anzuwendende Verordnung stattet in ihrem Anhang A die Regeln des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) mit Verordnungsqualität – also unmittelbarer rechtlicher Verbindlichkeit – aus.

Das Defizit einer institutionellen Einheit ist kein „öffentliches Defizit“, wenn die institutionelle Einheit nicht dem Staatssektor zuzuordnen ist. Das ist der Fall wenn,

- a) die institutionelle Einheit institutionell verselbständigt ist und als Marktproduzent agiert oder
- b) die institutionelle Einheit nicht staatlich kontrolliert wird.

Die bei staatlich kontrollierten Einheiten zu erfüllenden Voraussetzungen nach lit. a) sind nur schwer zu erfüllen:

Ob eine institutionelle Einheit verselbständigt ist, hängt in erster Linie davon ab, ob die jeweilige Einheit durch „Entscheidungsfreiheit in der Ausübung ihrer Hauptfunktion gekennzeichnet ist“ (Ziffer 2.12). Dieses Kriterium wird in Ziffer 2.12 noch weiter konkretisiert. So muss die Einheit vor allem „wirtschaftliche Entscheidungen treffen und wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben können, für die sie verantwortlich und haftbar ist“.

Die Unterscheidung von Markt- (keine Zuordnung zum Staat) und Nichtmarktproduzenten (Zuordnung zum Staat) erfolgt insbesondere über das Konzept der wirtschaftlich signifikanten Preise:

„20.19 Nichtmarktproduzenten stellen ihre Produktion anderen vollständig oder teilweise unentgeltlich oder zu wirtschaftlich nicht signifikanten Preisen zur Verfügung. Wirtschaftlich signifikante Preise sind Preise, die einen substantiellen Einfluss darauf haben, welche Mengen von Produkten die Produzenten bereit sind zu liefern und welche Mengen an Produkten die Käufer erwerben möchten. Dies ist das Hauptkriterium für die Unterscheidung nach Markt- und Nichtmarktproduktion bzw. -produzenten und

damit für die Entscheidung, ob eine institutionelle Einheit, bei der der Staat Kontrolle ausübt, als Nichtmarktproduzent bezeichnet werden soll — und deshalb zum Sektor Staat zählt — oder als Marktproduzent — und deshalb als öffentliche Kapitalgesellschaft anzusehen ist.“

Zusammenfassend umschreibt das ESVG die Prüfung einer Zurechnung zum Staat in Ziff. 20.29 wie folgt:

- „a) Der Produzent ist eine institutionelle Einheit (eine notwendige Voraussetzung, siehe auch den Entscheidungsbaum in Nummer 20.17),
- b) der Produzent ist kein Anbieter von zweckbestimmten Hilfsleistungen,
- c) der Produzent ist nicht der einzige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen an den Staat, oder falls dieser Produzent es ist, hat er Konkurrenten, und
- d) der Produzent hat einen Anreiz, die angebotene Menge im Hinblick auf eine Gewinnerzielung anzupassen, um unter Marktbedingungen Geschäfte tätigen und seine finanziellen Verpflichtungen erfüllen zu können.

Die Fähigkeit, Marktaktivitäten ausführen zu können, wird hauptsächlich durch das übliche quantitative Kriterium (das 50 %-Kriterium) geprüft, unter Anwendung des Verhältnisses von Verkaufserlösen zu Produktionskosten (wie in den Nummern 20.30 und 20.31 definiert). Um Marktproduzent zu sein, muss die öffentliche Einheit wenigstens 50 % ihrer Kosten über einen aussagefähigen Mehrjahreszeitraum durch ihre Verkaufserlöse decken.“

Eine staatlich kontrollierte Bundesfernstraßengesellschaft müsste also einen erheblichen Grad an Eigenständigkeit aufweisen und nach marktwirtschaftlichen Kriterien agieren, um Schulden aufnehmen zu können, die nicht dem Bund zugerechnet werden. Vor allem die Ausstattung mit Eigenständigkeit ist nicht einfach zu erfüllen; das Kriterium steht in einem offenkundigen Spannungsverhältnis mit dem Ziel parlamentarischer Kontrolle über wesentliche Infrastrukturentscheidungen.

Vor diesem Hintergrund könnte der oben unter lit. b) genannte alternative „Weg aus der Schuldenbremse“, bereits auf eine staatliche Kontrolle über die Infrastrukturgesellschaft zu verzichten, Bedeutung erlangen. Hierfür präzisiert das ESVG in Ziffer 2.38 die Kriterien wie folgt:

„Die Kontrolle einer Kapitalgesellschaft durch den Staat erfolgt aufgrund eines besonderen Gesetzes, Erlasses oder einer besonderen Verordnung, die den Staat ermächtigt, die Unternehmenspolitik festzulegen. Als wichtigste Kriterien für die Entscheidung, ob eine Gesellschaft vom Staat kontrolliert wird, sind die nachfolgenden Faktoren zu berücksichtigen:

- a) Mehrheit der Stimmrechtsanteile in Staatsbesitz,
- b) Direktorium oder Leitungsgremium unter staatlicher Kontrolle,

- c) Einsetzung und Entlassung leitender Angestellter unter staatlicher Kontrolle,
- d) wichtige Ausschüsse in der Gesellschaft unter staatlicher Kontrolle,
- e) Schlüsselbeteiligung in staatlicher Hand,
- f) besondere Bestimmungen,
- g) der Staat als ein vorherrschender Kunde,
- h) Kreditaufnahme beim Staat.

Die Kontrolle kann bereits durch Erfüllung eines einzigen Kriteriums gegeben sein, in anderen Fällen können jedoch auch mehrere verschiedene Kriterien zusammen darauf hinweisen, dass die Kontrolle gegeben ist.“

Wenn der Bund also weniger als 50% der Stimmrechtsanteile an einer Infrastrukturgesellschaft halten würde und auch keine der anderen Kriterien für eine staatliche Kontrolle gegeben ist, würde diese Gesellschaft als nicht staatlich kontrolliert angesehen mit der Folge, dass deren Schulden im Sinne der Maastricht-Kriterien nicht dem Bund zugerechnet werden.

2.3.3 Befreiung von der europäischen Schuldenbremse durch Privatisierung

Aus den dargestellten Regelungen könnte sich ein Anreiz dafür ergeben, die Bundesfernstraßen nicht nur durch eine Gesellschaft in privater Rechtsform betreiben zu lassen (Organisationsprivatisierung), sondern auch das öffentliche Eigentum an einer solchen Gesellschaft aufzugeben (Kapitalprivatisierung). Offensichtlich soll eben dies durch den vorliegenden Entwurf zur Änderung des Art. 90 GG ermöglicht werden (siehe unten C.III.1.3 = S. 29 ff.).

3. Überblick über die Inhalte des Entwurfs zur Änderung des Art. 90 GG

Mit dem vorliegenden Entwurf zur Reform des Art. 90 GG (siehe oben B.I. = S. 6.) sollen die Bundeskompetenzen gestärkt und neue Organisationsformen ermöglicht werden. Der Bund übernimmt die Bundesautobahnen in Bundesverwaltung (Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG-Entwurf), während die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im System der Auftragsverwaltung verbleiben (Art. 90 Abs. 3 GG-Entwurf). Durch Bundesgesetz soll es möglich sein, die Bau- last für die Bundesfernstraßen auf eine Bundesgesellschaft zu übertragen (Art. 90 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GG-Entwurf). Daneben besteht nach wie vor die Möglichkeit, die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs auf Antrag eines Landes in „bundeseigene Verwaltung“ zu übernehmen.

Der Entwurf beinhaltet keine definitive Systementscheidung für ein Verwaltungs- oder Betreibermodell. Er soll aber offensichtlich dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnen, den Betrieb (Planung, Bau, Unterhaltung, Finanzierung etc.) jedenfalls der Bundesautobahnen als unternehmerische Tätigkeit Privater auszugestalten. Der Bundesgesetzgeber kann eine Gesellschaft in Privatrechtsform errichten und dieser alle wesentlichen Verwaltungsaufgaben übertragen (Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG-Entwurf) – auch hoheitliche Aufgaben (vgl. Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf). Der Bund kann grundsätzlich auch Anteile an der Gesellschaft veräußern (Art. 90 Abs. 2 Satz 4 GG-Entwurf), also eine Kapitalprivatisierung herbeiführen.¹³

II. Kompetenzverlagerung auf den Bund

1. Inhalte des Entwurfs

Die geplante Verfassungsänderung beinhaltet eine erhebliche Kompetenzverlagerung von den Ländern auf den Bund.

1.1 Bundesautobahnen in Bundesverwaltung

Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG-Entwurf lautet:

„Die Bundesautobahnen werden in Bundesverwaltung geführt.“

Damit wird – in Ansehung der Bundesautobahnen – eine umfassende Bundesverwaltungskompetenz begründet. Ausnahmebestimmungen sind nicht vorgesehen. Folglich gehen alle Verwaltungskompetenzen, die im System der Auftragsverwaltung bislang als Wahrnehmungskompetenzen bei den Ländern liegen, auf den Bund über. Betroffen sind sowohl Aufgaben der Vermögensverwaltung als auch hoheitliche Aufgaben. Insbesondere läge auch die Zuständigkeit für die Planfeststellung fortan nicht mehr bei den Ländern, sondern beim Bund.

1.2 Sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs in Auftragsverwaltung

Art. 90 Abs. 3 GG-Entwurf bestimmt:

¹³ Hierzu näher unten C.III. = S. 9 ff.

„Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes“.

Damit bleibt es hinsichtlich der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs grundsätzlich beim Status quo. Der Wortlaut der Regelung entspricht – bis auf die Ausnahme der Bundesautobahnen – der geltenden Fassung des Art. 90 Abs. 2 GG. Um das System der Auftragsverwaltung (Kontroll- und Steuerungsbefugnisse des Bundes gegenüber den Ländern) zu ändern, müsste der Gesetzgeber bei Art. 85 GG ansetzen. Bislang sind keine Änderungsvorschläge zu dieser Norm bekannt geworden.

1.3 Übertragung der Baulast für die Bundesfernstraßen

In Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG-Entwurf ist die Möglichkeit der Übertragung der „Baulast für die Bundesfernstraßen“ auf eine Gesellschaft in privatrechtlicher Form vorgesehen. Absatz 2 Satz 2 lautet:

„Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen können durch Bundesgesetz einer Gesellschaft in privatrechtlicher Form übertragen werden; durch Bundesgesetz kann die Baulast für die Bundesfernstraßen übertragen werden.“

Im ersten Zugriff könnte der zweite Halbsatz so verstanden werden, dass sich der Bund auch eine Zugriffsoption auf die Wahrnehmungskompetenzen der Länder für die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erhalten will, soweit es um die mit der Baulast verbundenen Aufgaben geht. Der Begriff „Bundesfernstraßen“ fungiert im geltenden Gesetzesrecht als Oberbegriff für Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs (siehe § 1 Abs. 1 und 2 FStrG) und ist insoweit ein Synonym für den verfassungsrechtlichen Begriff der „Bundesstraßen des Fernverkehrs“ (siehe Art. 90 Abs. 2 und 3 GG sowie Art. 90 Abs. 1 und 3 GG-Entwurf). Der Terminus „Baulast“ umfasst nach einfachrechtlichem Begriffsverständnis alle mit Bau und Unterhaltung der Bundesfernstraßen zusammenhängenden Aufgaben (siehe § 3 Abs. 1 Satz 1 FStrG).

Eine Zugriffsmöglichkeit des Bundes auf die Wahrnehmungskompetenzen der Länder stünde allerdings im Widerspruch zu Art. 90 Abs. 3 GG-Entwurf. Danach werden die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs weiterhin von den Ländern im Auftrag des Bundes verwaltet. Nach allgemeinen Grundsätzen kann die Kompetenz eines Bundesorgans (hier: einer Bundes-

gesellschaft) nicht weiter reichen als die Kompetenz des Bundes insgesamt (Verbandskompetenz).

Dies spricht dafür, die „Baulast“ im Sinne des Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG-Entwurf differenziert zu interpretieren – nämlich hinsichtlich der Bundesautobahnen als „interne und externe Baulast“, hinsichtlich der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs hingegen nur als „interne Baulast“ (= Sach- und Finanzierungsverantwortung). Im letztgenannten Sinne ist der Begriff der Baulast auch im derzeit geltenden System der Auftragsverwaltung in § 5 Abs. 1 FStrG auszulegen.¹⁴

Bei diesem Verständnis würde Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG-Entwurf die Verbandskompetenz des Bundes nicht erweitern, sondern dem Bund (nur) die Möglichkeit eröffnen, auch im Bereich der Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 3 GG („sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs“) seine insoweit bestehende Sach- und Finanzierungsverantwortung auf eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft zu delegieren.¹⁵

Eindeutig ist dieses Interpretationsergebnis freilich nicht. Es ist ein methodischer „Kunstgriff“, denselben Begriff in Ansehung verschiedener Straßenkategorien unterschiedlich auszulegen. Ob sich das Bundesverfassungsgericht der vorgeschlagenen Auslegung anschließen würde, ist offen.

1.4 Übernahme der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs in die Bundesverwaltung auf Antrag eines Landes

Art. 90 Abs. 4 GG-Entwurf regelt ergänzend die Möglichkeit der einvernehmlichen Kompetenzübernahme:

„Auf Antrag eines Landes kann der Bund sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet des Landes liegen, in bundeseigene Verwaltung nach Absatz 2 übernehmen.“

¹⁴ Witting, in: Müller/Schulz, FStrG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 11.

¹⁵ Die Ingerenzbefugnisse nach Art. 85 (allgemeine Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage von Art. 85 Abs. 2 GG, Weisungen gemäß Art. 85 Abs. 3 GG und Berichtsansforderungen / Entsendung von Beauftragten nach Art. 85 Abs. 4 GG) würden bei den obersten Bundesbehörden bzw. der Bundesregierung verbleiben.

Der Wortlaut der Bestimmung stimmt – bis auf die Ausnahme der Bundeautobahnen – mit der bisherigen Fassung des Art. 90 Abs. 3 GG überein.

Fraglich ist, wie die Beibehaltung der Formulierung „in bundeseigene Verwaltung“ zu verstehen ist. Dieser Begriff steht im Kontext der Art. 86 ff. GG üblicherweise für die unmittelbare Bundesverwaltung, bei der der Bund durch eigene Organisationseinheiten ohne selbständige Rechtspersönlichkeit handelt.¹⁶ Demgegenüber agiert der Bund bei der mittelbaren Bundesverwaltung durch Organisationseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 86 Abs. 1 Satz 1 GG).¹⁷ Der Wortlaut spricht demnach dafür, dass die auf Antrag eines Landes in die Bundeszuständigkeit übernommenen sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs nur durch eine Bundesbehörde und nicht durch eine Gesellschaft in privater Rechtsform verwaltet werden können.

Die Binnensystematik des Art. 90 GG-Entwurf und die Teleologie der Norm sprechen allerdings für die gegenteilige Annahme: Art. 90 Abs. 4 GG-Entwurf verweist auf den gesamten Absatz 2 des Art. 90 GG-Entwurf. Nach Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG soll es dem Bund aber gerade möglich sein, eine mittelbare Bundesverwaltung in Form einer privatrechtlich verfassten Gesellschaft zu etablieren. Wie eben dargelegt, ermöglicht Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG die Übertragung der Baulast an allen „Bundesfernstraßen“, was hinsichtlich der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs jedenfalls die „interne Baulast“ umfasst (siehe 1.3 = S. 19). Dies legt den Schluss nahe, dass es bei Übernahme der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs in die Bundesverwaltung „erst recht“ zulässig sein müsste, eine Gesellschaft in die Ausübung der Bundesaufgaben einzuschalten. Hinzu kommt das teleologische Argument, dass es bei der Übernahme von sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs in die Bundesverwaltung kaum sinnvoll wäre, auf Bundesebene zwei verschiedene Verwaltungssysteme (mittelbare Verwaltung für Bundesautobahnen und unmittelbare Verwaltung für sonstige Bundesfernstraßen) zu etablieren und parallel zu betreiben.

Es dürfte daher von einem Redaktionsversehen auszugehen sein.

¹⁶ Sachs, in: ders., GG, 7. Auf. 2014, Art. 86 Rn. 13.

¹⁷ Deutlich wird die verfassungsrechtliche Terminologie durch die Gegenüberstellung von „bundeseigene[r] Verwaltung“ (= unmittelbare Bundesverwaltung) einerseits und „bundesunmittelbarer[n] Körperschaften oder Anstalten“ (= mittelbare Bundesverwaltung) andererseits. Der missverständliche Gebrauch des Wortes „unmittelbar“ für Anstalten und Körperschaften bringt dabei nur die Zuordnung zum Bund zum Ausdruck (dazu Hermes, in: Dreier, GG, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 86 Rn. 30 m. W. Nachw.).

2. Kritische Würdigung

Die beschriebene Aufteilung der Kompetenzen im Verhältnis von Bund und Ländern ist in mehrfacher Hinsicht kritikwürdig.

2.1 Rechtstechnik: Unklarheiten der Norm

Die Darstellung der geplanten Norminhalte (siehe oben C.II.1 = S. 18 ff.) zeigt, dass die Formulierung und der Aufbau der Norm teilweise nicht geglückt sind.

Dies betrifft vor allem Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG-Entwurf. Die gewählte Formulierung lässt – jedenfalls im ersten Zugriff – die Vermutung aufkommen, dass dem Bund eine Zugriffsoption auf die Wahrnehmungskompetenzen der Länder im Bereich der Auftragsverwaltung eingeräumt werden soll. Auch wenn dieser Vermutung allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze sowie die Differenzierung zwischen interner und externer Baulast entgegengesetzt werden können (siehe C.II.1.3 = S. 19), ist eine Klarstellung dringend zu empfehlen.

Redaktionell misslungen ist auch Art. 90 Abs. 4 GG-Entwurf. Der bestehende Widerspruch zwischen dem Begriff der „bundeseigenen Verwaltung“ und der Verweisung auf Abs. 2 einschließlich der dort verankerten Möglichkeit einer mittelbaren Bundesverwaltung in Privatrechtsform (siehe oben C.II.2.1 = S. 22) sollte beseitigt werden.

2.2 Aufbau von Doppelstrukturen für die Verwaltung von Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs

In der Sache stellt sich die Grundsatzfrage, ob es sinnvoll ist, unterschiedliche Verwaltungssysteme für die Bundesautobahnen (Bundesverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG) und die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs (Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 3 GG) zu etablieren. Die damit gewählte Aufteilung zwischen Bundes- und Länderzuständigkeiten ist nicht kompetenz-, sondern gegenstandsorientiert. Das macht Doppelstrukturen nötig. Alle für die Verwaltung von Bundesfernstraßen notwendigen Kompetenzen und Ressourcen müssen parallel auf Landes- und auf Bundesebene vorgehalten werden.

Hinzu kommt, dass die Organisationsstrukturen möglicherweise sehr unterschiedlich sein werden: Während die Bundesverwaltung mit den Organisationsmöglichkeiten nach Art. 90 Abs. 2 Satz 2 ff. GG auf die Umsetzung eines Betreibermodells angelegt ist, werden die Länder die Aufgaben der Auftragsverwaltung mit den bisherigen, klassischen Verwaltungsmodellen erfüllen. Dadurch könnten sich Divergenzen und Schnittstellenprobleme ergeben.

Hinweis: In diesem Zusammenhang ist auch zu hinterfragen, ob ggf. eine Orientierung an unionsrechtlichen Vorgaben erfolgen sollte. Die Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes¹⁸ etablieren den Betriff der „hochwertigen Straßen“¹⁹. Diese umfassen Autobahnen, Schnellstraßen und herkömmliche Straßen mit strategischer Bedeutung.²⁰ Die Leitlinien weisen den Mitgliedstaaten in Ansehung der Straßen, die zum transeuropäischen Verkehrsnetz zählen,²¹ spezifische Gewährleistungspflichten zu.²²

2.3 Fehlende Änderungen im System der Auftragsverwaltung

Der Entwurf konzentriert sich mit seinem Änderungskonzept ausschließlich auf Bundesautobahnen und lässt die Auftragsverwaltung der sonstigen Bundesfernstraßen unberührt, obwohl die Defizite der bisherigen Auftragsverwaltung ohne Zweifel auch die Verwaltung der sonstigen Bundesfernstraßen betreffen. Zu diesen Defiziten der Auftragsverwaltung, die auch im Interesse der Länder bei Gelegenheit einer Neufassung von Art. 90 GG behoben werden könnten und sollten, gehören insbesondere

- die mangelnde Stetigkeit der Finanzierung der Sachausgaben durch den Bund sowie
- die unbefriedigende Abgrenzung zwischen Sachausgaben und Verwaltungskosten – insbesondere im Hinblick auf die Erstattung der bei den Ländern entstehenden Planungskosten²³ in sachgerechter Höhe.

¹⁸ Verordnung (EU) Nr. 1315/2013 vom 11. Dezember 2013 über Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 661/2010/EU, ABIEU 2013, L 348/1.

¹⁹ Art. 17 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 VO (EU) Nr. 1315/2013.

²⁰ Art. 17 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1315/2013.

²¹ Art. 2 i. V. m. Anhang I VO (EU) Nr. 1315/2013.

²² Art. 18 VO (EU) Nr. 1315/2013.

²³ Siehe insbesondere § 6 Abs. 3 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs vom 2.3.1951, zul. geändert durch Art. 3 G v. 30.8.1971 (BGBl. I 1426), wonach der Bund die Zweckausgaben aus der Wahrnehmung der Straßenbaulast und die

Zwar haben die beiden erstgenannten Probleme ihre verfassungsrechtliche Ursache nicht primär in Art. 90 GG, sondern in der Finanzierungsverantwortung des Bundes für die Sachausgaben, die in Art. 104a Abs. 2 GG ihren Sitz hat. Das würde den verfassungsändernden Gesetzgeber aber nicht daran hindern, Regelungen zur Verstetigung der Finanzierung und zur sinnvolleren Abgrenzung von Zweckausgaben und Verwaltungsausgaben speziell in Art. 90 GG für die Auftragsverwaltung von sonstigen Bundesfernstraßen zu treffen.

Ein weiteres Defizit der Auftragsverwaltung liegt darin begründet, dass der Bund seiner Steuerungsfunktion nur unzureichend nachkommt. Diesem Problem könnte aber bereits ohne Verfassungsänderung begegnet werden. Dem Bund stehen gemäß Art. 85 GG bereits weitgehende Steuerungsinstrumente zu (siehe oben C.I.1 = S. 8), die lediglich effektiv genutzt werden müssten. Ob zusätzliche Ingerenzbefugnisse notwendig sind, ist mit einem Fragezeichen zu versehen.

2.4 Übernahme der Planfeststellung für die Bundesautobahnen

Indem der Entwurf in Absatz 2 Satz 1 für die Bundesautobahnen ausnahmslos und ohne eine Flexibilisierungsklausel „Bundesverwaltung“ anordnet, werden alle Verwaltungsaufgaben dem Bund zugewiesen.

Damit wird für die Autobahnen ein strenges Zentralisierungskonzept verfolgt, welches insbesondere auch die Planfeststellung für den Neubau und die wesentliche Änderung (z. B. Verbreiterung um eine zusätzliche Fahrspur) von Bundesautobahnen umfasst. Das bedeutet in der Konsequenz, dass Organe/Verwaltungseinrichtungen des Bundes (Ministerium, Bundesautobahngesellschaft, Bundesanstalt für Autobahnen) zuständig sind für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens und für den Erlass des abschließenden Planfeststellungsbeschlusses. Vergleichbare Bundeszuständigkeiten kennt das deutsche Recht bei Betriebsanlagen von Eisenbahnen des Bundes, für die das Eisenbahn-Bundesamt zuständige Planfeststellungsbehörde ist (§ 3 BEVVG), sowie bei länderübergreifenden oder grenzüberschreitenden Höchst-

Zweckausgaben im Zusammenhang mit der Erhaltung und Bewirtschaftung des bundeseigenen Vermögens trägt und für die Planungskosten geregelt ist: Der Bund „gilt Zweckausgaben, die bei der Entwurfsbearbeitung und Bauaufsicht entstehen, durch die Zahlung einer Pauschale ab, die für Kosten der Entwurfsbearbeitung 2 v. H. der Baukosten, für Kosten der Bauaufsicht 1 v. H. der Baukosten beträgt“.

spannungsleitungen (§ 2 NABEG i.V.m. der Planfeststellungszuweisungsverordnung), für die die Bundesnetzagentur zuständige Planfeststellungsbehörde ist.

Ob dieses Modell auf die Bundesautobahnen übertragen werden sollte, erscheint zumindest zweifelhaft. Bei der Planfeststellung von Neu- und Ausbauprojekten handelt es sich um eine Planungsaufgabe mit signifikant örtlichem Bezug (Regionalplanung, kommunale gesamt-räumliche Planung, Umwelt- und Naturschutz, Wasserwirtschaft etc.), die von einer zentralen Bundesbehörde nur schwer wahrgenommen werden kann. Aus diesem Grund ist die Organisation des Eisenbahnbundesamtes, soweit es um die Planfeststellungen geht, von Beginn an durch eine dezentrale Struktur mit Außenstellen (entsprechende Zuständigkeitsbereiche wie die früheren Direktionen der Deutschen Bundesbahn) geprägt. Die Erfahrungen der Bundesnetzagentur mit der Planfeststellung von Höchstspannungsleitungen sind erst noch abzuwarten. Hinzu kommt, dass es zu einer parallelen Planungsverwaltung in Bund und Ländern kommen würde, weil die entsprechenden Planfeststellungskapazitäten in den Ländern für die sonstigen Bundesfernstraßen erhalten bleiben. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das deutsche Autobahnnetz voraussichtlich nicht in großem Umfang und kontinuierlich durch Neu- und Ausbauprojekten erweitert wird. Es müsste also für relativ wenige Vorhaben ein Personalbestand auf Bundesebene aufgebaut werden, dessen mittel- und langfristige Auslastung zweifelhaft ist.

2.5 Fehlende Flexibilisierungsoptionen und Überleitungsregelungen

Der Entwurf ordnet für Autobahnen pauschal die Bundesverwaltung an, ohne auf die sehr unterschiedlichen Ausgangslagen in den einzelnen Ländern Rücksicht zu nehmen. Nicht nur für eine Übergangszeit stellt sich deshalb die Frage nach möglichen Flexibilisierungsoptionen. Der Entwurf enthält keine Ansätze für Differenzierungen zwischen den Bundesländern.

Auffällig ist, dass der Entwurf auch keine Überleitungsregelungen enthält. Dies kann selbstverständlich dem Umstand geschuldet sein, dass es sich nur um einen Entwurf für die Neufassung von Art. 90 GG handelt, während Überleitungsregelungen üblicherweise und systematisch sinnvoll im XI. Abschnitt (Art. 116 ff. GG) anzusiedeln wären.

Vor diesem Hintergrund soll an dieser Stelle der Hinweis auf eine Reihe von Übergangsproblemen genügen, die sinnvollerweise durch eine Übergangsvorschrift mit Verweis auf nähere Regelung durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates bewältigt werden sollten:

- Zunächst und offensichtlich regelungsbedürftig stellt sich das Problem, was mit dem Personal der Landesstraßenbauverwaltungen geschehen soll, das bis zum Übergang der Autobahnen auf den Bund mit Aufgaben der Fernstraßenverwaltung im Hinblick auf die Bundesautobahnen beschäftigt war.
- Eine differenzierte Übergangsregelung könnte zum Inhalt haben, dass der Übergang der Bundesautobahnen nicht für alle Länder zu demselben Zeitpunkt erfolgt, sondern in einem verfassungsrechtlich festgelegten zeitlichen Korridor zu erfolgen hat, wobei das betroffene Land den genauen Zeitpunkt durch Mitteilung gegenüber dem Bund (mit Vorlauf von z.B. zwei Jahren) bestimmt.
- Auch die Rechte und Pflichten aus Verträgen und sonstigen Rechtsakten, die die Länder kraft ihrer Wahrnehmungskompetenz im Rahmen der bisherigen Auftragsverwaltung abgeschlossen bzw. erlassen haben (ÖPP-Projekte, Wegenutzungsverträge, Sondernutzungserlaubnisse etc.), bedürfen der Überleitung.
- In jedem Fall sind ausreichende Übergangsfristen bis zur Überführung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung dringend zu empfehlen.

III. Unternehmerischer Betrieb und Privatisierung der Bundesautobahnen?

Der Entwurf zur Änderung des Art. 90 GG-Entwurf reformiert nicht nur die Kompetenzverteilung im Bund-Länder-Verhältnis, sondern trifft auch neue Bestimmungen zu den Eigentumsverhältnissen an den Bundesfernstraßen und zum Modus der Ausübung von Bundeskompetenzen.

1. Inhalte des Entwurfs

1.1 Eigentum an den Bundesfernstraßen

Art. 90 Abs. 1 GG-Entwurf betrifft die sachenrechtlichen Eigentumsverhältnisse an den Grundstücken der Bundesfernstraßen. Die Bestimmung lautet:

„Der Bund ist Eigentümer der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs.“

Die Bestimmung dürfte dahin zu verstehen sein, dass das sachenrechtliche Eigentum dauerhaft beim Bund liegen muss. Das folgt aus einem Vergleich mit der bisherigen Regelung in Art. 90 Abs. 1 GG. Dort ist geregelt, dass der Bund „Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen“ ist. Die herrschende Meinung versteht Art. 90 Abs. 1 GG als Überleitungsvorschrift, die den Bund nicht daran hindert, das Eigentum zu veräußern.²⁴ In dem Art. 90 Abs. 1 GG-Entwurf nicht mehr auf die bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen, sondern auf die Bundesautobahnen und die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs abstellt, wird der Norm der Überleitungscharakter genommen. Dies spricht dafür, dass der Bund nach der neuen Regelung das Eigentum dauerhaft halten muss.

Zu beachten ist allerdings, dass der „Bund“ nicht mit der „Bundesrepublik Deutschland“ gleichzusetzen ist. Das Grundgesetz verwendet den Begriff „Bund“ in Abgrenzung zu den „Ländern“. Zum „Bund“ rechnen die unmittelbare Bundesverwaltung ebenso wie rechtlich verselbständigte Organisationseinheiten des Bundes. Art. 90 Abs. 1 GG-Entwurf lässt es demnach zu, das sachenrechtliche Eigentum an den Grundstücken der Bundesfernstraßen auf eine Gesellschaft in privatrechtlicher Rechtsform i. S. d. Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG-Entwurf zu übertragen.

Auch eine Veräußerung von Kapitalanteilen an einer solchen Gesellschaft ist durch Art. 90 Abs. 1 GG nicht ausgeschlossen. Der muss die Gesellschaft allerdings beherrschen, so dass sie als „Gesellschaft des Bundes“ anzusehen ist. Art. 90 Abs. 2 Satz 4 GG-Entwurf sieht diese Möglichkeit denn auch explizit vor. Eine Ausnahmebestimmung für den Fall, dass der Gesell-

²⁴ *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand der Kommentierung: 01.12.2015, Art. 90 Rn. 1; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 90 Rn. 22 ff.; *Sachs*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 90 Rn. 12. A. A. *Ibler*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 90 Rn. 1

schaft das sachenrechtliche Eigentum an den Bundesfernstraßen übertragen wird, ist nicht vorgesehen. Demnach könnte mittelbar – durch die Übertragung des sachenrechtlichen Eigentums auf eine Gesellschaft in privater Rechtsform und die Veräußerung von Anteilen an dieser Gesellschaft an Private – eine teilweise Eigentumsprivatisierung herbeigeführt werden.

1.2 Übertragung von Aufgaben auf eine Gesellschaft in Privatrechtsform

Die Regelungen in Art. 90 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG-Entwurf ermöglichen eine Übertragung von Aufgaben auf eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft. Die Bestimmungen lauten:

„Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen können durch Bundesgesetz einer Gesellschaft in privatrechtlicher Form übertragen werden; durch Bundesgesetz kann die Baulast für die Bundesfernstraßen übertragen werden. Soweit eine nach Satz 2 errichtete Gesellschaft hoheitliche Aufgaben ausführt, steht sie im Eigentum des Bundes.“

Die in Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 GG-Entwurf geregelte Befugnis zur Aufgabenübertragung betrifft Bundesautobahnen. Sie ist umfassend angelegt. Übertragen werden können Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, vermögensmäßige Verwaltung und Finanzierung.

Aus Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf ergibt sich, dass auch „hoheitliche Aufgaben“ übertragen werden können. Dieser Begriff ist unglücklich. Er wird im Grundgesetz bislang nur in Art. 12a Abs. 3 Satz 1 GG verwendet. Seine Auslegung ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Denn an sich kann nicht eine Aufgabe, sondern nur ein bestimmtes Handeln hoheitlich sein oder nicht. Vorzugswürdig wäre es daher, von „der Befugnis zum hoheitlichen Handeln“ oder von der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu sprechen. Diese Formulierung findet sich in Art. 33 Abs. 4 GG. Dabei ist umstritten, was unter „hoheitlich“ zu verstehen ist. Traditionell wird der Begriff in Art. 33 Abs. 4 GG extensiv interpretiert. Er umfasst nicht alle Funktionen öffentlicher Verwaltung, insbesondere auch die Leistungsverwaltung, soweit eine obrigkeitliche Tätigkeit vorliegt.²⁵ Das entspricht im Wesentlichen dem Verständnis im Staatshaftungsrecht. Dort wird der Begriff „hoheitlich“ synonym zum „Handeln in öffentlich-rechtlicher Rechtsform“ verwandt.²⁶ Ausgehend davon liegt es hier nahe, unter

²⁵ Zum Meinungsstand Battis, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 33 Rn. 55 ff. m. w. Nachw.

²⁶ Z. B. BGH, Urteil vom 31.03.2016 – III ZR 70/15 –, juris Rn. 12 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht

„hoheitlichen Aufgaben“ solche zu verstehen, die in Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse erfüllt werden.²⁷ Die Ausübung solcher Befugnisse setzt bei einer Gesellschaft in privater Rechtsform eine Beleihung voraus.²⁸

Auf die Vorschrift des Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG (Übertragung der Baulast für die Bundesfernstraßen) wurde bereits eingegangen: Sie ist nach der hier vertretenen Interpretation so zu verstehen, dass sie für die Bundesautobahnen die Übertragung der internen und externen Baulast, für die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs hingegen nur die Übertragung der internen Baulast auf eine Gesellschaft ermöglicht (siehe oben C.II.1.3 = S. 19).

1.3 Veräußerung von Gesellschaftsanteilen

Die Bestimmungen in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 bis 5 GG-Entwurf betreffen die Eigentumsverhältnisse an einer vom Bund errichteten Fernstraßengesellschaft sowie die Veräußerung von Anteilen an dieser Gesellschaft an Dritte. Die Regelungen lauten:

„Soweit eine nach Satz errichtete Gesellschaft hoheitliche Aufgaben ausführt, steht sie im Eigentum des Bundes. Eine Veräußerung von Anteilen des Bundes an dem Unternehmen nach Satz 3 und eine Änderung der Rechtsform des Unternehmens nach Satz 3 erfolgen auf Grund eines Gesetzes; die Mehrheit der Anteile an diesen Unternehmen verbleibt beim Bund. Das Nähere wird durch Bundesgesetz geregelt.“

1.3.1 Privatisierungsschranke (nur) bei Ausübung hoheitlicher Aufgaben

Die Regelungen in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 und 4 GG-Entwurf errichten eine Privatisierungsschranke für eine vom Bund errichtete Gesellschaft, soweit diese hoheitliche Aufgaben ausführt. Der Normtext hat gewisse Ähnlichkeiten mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Eisenbahnverkehrsverwaltung in Art. 87e Abs. 3 GG,²⁹ weist aber erhebliche und entscheidende (!) Unterschiede auf.

²⁷ Dazu gehören beispielsweise die Planfeststellung (vgl. §§ 17 ff. FStrG), die Widmung, Einziehung oder Umstufung von Straßen (vgl. § 2 FStrG), die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen (vgl. § 8 Abs. 1 und 2 FStrG), der Erlass von Anordnungen (vgl. § 8 Abs. 7a FStrG, § 8a Abs. 6 FStrG), die Zulassung von Ausnahmen (vgl. § 9 Abs. 8 FStrG) und ggf. die Erteilung von Konzessionen (§ 15 FStrG).

²⁸ BVerwG, Beschluss vom 17.11.2015 – 9 B 21/15 – juris Rn. 13.

²⁹ Hierzu etwa Uerpmann-Witzack, in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 87 e Rn. 11 ff.

Ein schwerwiegender Unterschied zu Art. 87e Abs. 3 GG ergibt sich mit Blick auf die sachliche Reichweite der Privatisierungsschranke. Art. 87e Abs. 3 GG greift immer dann, wenn die Gesellschaft im Bereich von Bau, Unterhaltung und Betrieb von Schienenwegen tätig ist, also als Infrastrukturunternehmen agiert. Dagegen soll die Privatisierungsschranke in Art. 90 Abs. 3 Satz 3 und 4 GG-Entwurf nur greifen, wenn hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden. Der sachliche Anwendungsbereich der Privatisierungsschranke ist damit im Bereich der Straßeninfrastruktur wesentlich enger. Im Bereich der Infrastrukturverwaltung sind nur wenige Funktionen zwingend hoheitlich auszuüben.³⁰ Soweit der Bund ein Gesellschaft errichtet, die die Bundesautobahnen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit plant, baut, unterhält, betreibt und finanziert, greift die Privatisierungsschranke insgesamt nicht.

Und selbst dann, wenn die Gesellschaft hoheitlich tätig werden sollte, sind die hoheitlichen Funktionen nur im Sinne einer „Mehrheitsbeteiligung“ des Bundes vor Privatisierung geschützt. Zwar ist unter „Eigentum des Bundes“ im Sinne von Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf nach allgemeinem Sprachverständnis das „Volleigentum“ zu verstehen, so dass der Bund im Grundsatz – unmittelbar oder mittelbar – alle Anteile an der Gesellschaft halten muss.³¹ Dieser Grundsatz steht jedoch unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 90 Abs. 4 Halbsatz 1 GG-Entwurf. Danach kann der Bund auf Grundlage eines Gesetzes Anteile an dem Unternehmen zu veräußern. Er muss nach Art. 90 Abs. 4 Halbsatz 2 GG-Entwurf lediglich das „Mehrheitseigentum“ an den Anteilen behalten.³²

Der Gesetzesvorbehalt in Art. 90 Abs. 2 Satz 4 GG-Entwurf beinhaltet keine besonderen Bestimmungen für das Gesetzgebungsverfahren. Ein entsprechendes Gesetz kann folglich mit einfacher Mehrheit und ohne Zustimmung des Bundesrates beschlossen werden. Auch hierin liegt ein deutlicher Unterschied zu den Regelungen für Schieneninfrastrukturunternehmen in Art. 87e GG. Dort kann die notwendige gesetzliche Grundlage für die Veräußerung von Anteilen an Infrastrukturunternehmen nur mit Zustimmung des Bundesrates geschaffen werden (vgl. Art. 87e Abs. 3 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 GG).

³⁰ Siehe oben C.III.1.2 = S. 23 mit Fn. 27.

³¹ Der Begriff „Bund“ umfasst auch rechtlich verselbständigte Organisationseinheiten des Bundes (siehe oben C.III.1.1 = S. 15); daher kann die Beteiligung des Bundes z. B. auch über eine Holdinggesellschaft erfolgen.

³² Vgl. zu Art. 87e Abs. 3 GG Uerpmann-Witzack, in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 87 e Rn. 13.

1.3.2 Keine Privatisierungsschranke bei nicht-hoheitlicher Tätigkeit

Da der Gesetzgeber die Schranken des Art. 90 Abs. 2 Satz 3 und 4 GG-Entwurf ausdrücklich nur auf die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben bezieht, folgt im Umkehrschluss, dass bei nicht-hoheitlicher Tätigkeit keine (geschriebenen) Schranken gelten. Eine nicht-hoheitliche Tätigkeit läge insbesondere in der Bewirtschaftung von Bundesfernstraßen nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen. Bei einer solchen, unternehmerisch tätigen, Gesellschaft könnte der Bund folglich auch die Mehrheit der Gesellschaftsanteile veräußern – und zwar ohne gesetzliche Grundlage. Der Wortlaut des Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG-Entwurf lässt es alternativ auch zu, die genannten Aufgaben einer bereits bestehenden Gesellschaft zu übertragen, die sich bereits im Übertragungszeitpunkt vollständig in privatem Besitz befindet.

Hinweis: Gewisse Grenzen dürften sich dabei aus Art. 90 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG-Entwurf ergeben.

- Art. 90 Abs. 1 GG ist (nur) einschlägig, sofern der Gesellschaft das sachenrechtliche Eigentum an den Bundesfernstraßen übertragen wird. Dann dürfe es erforderlich sein, dass der Bund die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft behält (siehe oben C.III.1.1 = S. 27).
- Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG-Entwurf ordnet die Bundesverwaltung der Bundesautobahnen an. Daraus dürfte abzuleiten sein, dass der Bund dann, wenn die Gesellschaft wesentliche Verwaltungsaufgaben übernehmen soll, jedenfalls eine „Rumpfverwaltung“ aufrechterhalten muss.

Im Übrigen sind einer Kapitalprivatisierung keine Grenzen gesetzt. Sofern der Bund einer Gesellschaft lediglich die Nutzungsrechte an den Bundesautobahnen einräumen und dieser durch Gesetz Aufgaben übertragen würde, die Bundesautobahnen nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen zu bewirtschaften, stünde Art. 90 GG-Entwurf einer vollständigen Kapitalprivatisierung nicht entgegen..³³

³³ Möglicherweise könnten andere rechtliche Vorgaben – z. B. das Vergaberecht – greifen, weil die Voraussetzungen für eine Direktvergabe (insbesondere im Wege der Inhouse-Vergabe) nicht vorliegen bzw. nachträglich entfallen; der Aspekt kann hier nicht vertieft werden.

2. Kritische Würdigung

2.1 Weitreichende Privatisierungsbefugnisse des Bundes

Art. 90 GG-Entwurf gibt dem Bund umfassende Privatisierungsbefugnisse. Er kann alle wesentlichen Aufgaben auf eine Bundesgesellschaft in Privatrechtsform übertragen und die Anteile an dieser Gesellschaft veräußern. Die in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 und 4 vorgesehene Privatisierungsschranke greift nur in dem engen Bereich hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung. Selbst dann muss der Bund nicht alle Anteile, sondern nur die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft behalten. Erforderlich ist dafür nur ein einfaches Bundesgesetz, das ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen werden kann. Sofern der Bund die Gesellschaft damit betraut, den Betrieb der Autobahnen (Planung, Bau, Unterhaltung, Betrieb, Finanzierung) zu übernehmen und nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführen, kann die Gesellschaft vollständig privatisiert werden.

Alternativ dazu könnte in großem Umfang eine funktionale Privatisierung erfolgen. Denkbar ist insbesondere, dass eine vom Bund errichtete Gesellschaft das Bundesautobahnnetz in Sektoren aufteilt und durch wenige private Konzessionäre betreiben lässt. Der vorliegende Verfassungsentwurf normiert dazu keine Grenzen.

Diese sehr weitreichenden Privatisierungsbefugnisse sind mit Blick auf die zentrale Daseinsvorsorgefunktion der Bundesfernstraßen kritisch zu hinterfragen. Verfassungssystematisch fragt sich, wieso die Privatisierungsbefugnisse weiter reichen sollen als im Bereich der Schieneninfrastruktur. Es dürfte unbestritten sein, dass die Straßeninfrastruktur nicht weniger wichtig als die Schieneninfrastruktur ist.

2.2 Vorfestlegung auf eine privatrechtliche Gesellschaftsform

Kritikwürdig ist auch die verfassungsrechtliche Vorfestlegung auf eine Gesellschaft in privatrechtlicher Rechtsform (Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG-Entwurf). Sofern Regelungen für eine mittelbare Bundesverwaltung getroffen werden sollen, ist die Auswahl zwischen den dafür zur Verfügung stehenden öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsformen dem Gesetzgeber zu überlassen. Denn es obliegt auch dem Gesetzgeber das konkret verfolgte Reformmodell festzulegen und auszugestalten. Insbesondere muss der gewollte Zuschnitt der Aufga-

ben, die in mittelbarer Bundesverwaltung erfüllt werden sollen, bekannt sein. Erst dann kann die Rechtsformentscheidung sinnvoll getroffen werden. Dabei sind verschiedenste Aspekte zu berücksichtigen.³⁴ Eine verfassungsrechtliche Vorfestlegung nimmt dem Gesetzgeber ohne Not Gestaltungsmöglichkeiten.

2.3 Schwach ausgeprägte Gesetzesvorbehalte

Kritikwürdig sind die sehr schwach ausgeprägten Gesetzesvorbehalte. Dies betrifft sowohl die Aufgabenübertragung auf eine Gesellschaft in Privatrechtsform als auch die Veräußerung von Anteilen an dieser Gesellschaft.

Hinsichtlich der Aufgabenübertragung ist es vor allem als kritisch anzusehen, dass die Übertragung der (internen) Baulast für die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs auf die Gesellschaft (Art. 90 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 GG) durch Bundesgesetz ohne Zustimmung des Bundesrates möglich sein soll. Dieser Aspekt betrifft unmittelbar die Zusammenarbeit von Bund und Ländern im System der Auftragsverwaltung. Dies spricht dafür, dass die Übertragung der (internen) Baulast nur durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates möglich sein sollte.

Ob die Veräußerung von Anteilen an der Gesellschaft zugelassen werden soll, erscheint schon dem Grunde nach fraglich. Jedenfalls sollte dies generell – nicht nur bei einer Gesellschaft, die hoheitliche Aufgaben wahrnimmt – nur auf Grundlage eines Gesetzes zulässig sein. Angesichts der Tragweite der Entscheidung sollte das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Hierfür spricht unter anderem verfassungssystematischer Vergleich mit den Regelungen für die Schieneninfrastruktur. Nach Art. 87e Abs. 5 Satz 1 GG bedürfen dort alle Gesetze nach Abs. 1 bis 4 der Zustimmung des Bundesrates.

³⁴ Hierzu Beckers/Hermes/Ryndin/Weiß/Becker/Reuße, Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen - Eine institutionenökonomische Analyse unter Berücksichtigung (verfassungs-)rechtlicher Aspekte, April 2016, Anhang A, 6.1.2, S. 63 ff.

2.4 Fehlende staatliche Steuerungsvorbehalte

Angesichts der weitreichenden Privatisierungsmöglichkeiten, die der Entwurf eröffnet, überrascht es, dass keinerlei kompensatorische staatliche Steuerungsmöglichkeiten vorgeschrieben und – insbesondere mit Blick auf den Grundrechtsschutz privater Akteure – gesichert ermöglicht werden.

Die Reichweite dieser Lücke wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass es nach dem Entwurf möglich ist, einer Aktiengesellschaft – wohl auch einer bereits bestehenden, an der der Bund nicht beteiligt ist (!) – „durch Bundesgesetz“ sämtliche Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung von Autobahnen zu übertragen, solange „hoheitliche Aufgaben“ von dieser Gesellschaft nicht wahrgenommen werden. Das bedeutet, dass sich der staatliche Einfluss auf die Art und Weise der Planung, des Baus etc. auf zwei Instrumente reduziert:

- Zum einen kann der Bund auf der Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG nach wie vor allgemeine Regelungen treffen über den Bau und die Unterhaltung von Autobahnen und kann die Entgelte einer gesetzlichen Kontrolle unterwerfen. Dabei ist der Bund aber an die Grundrechte des Betreibers gebunden und muss sich in den allgemeinen Schranken der gesetzlichen Regelung wirtschaftlicher Aktivitäten Privater bewegen.
- Zum anderen könnte der Bund nach wie vor steuern, wenn und soweit der private Betreiber staatliche Zuschüsse für den Neu- oder Ausbau von Autobahnen erhält. Im Rahmen dieser finanziellen Zuwendungen, die sich an den im Eisenbahnwesen bekannten Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen orientieren könnten, wäre der Bund in der Lage, über eine allgemeine gesetzliche Rahmensetzung wirtschaftlicher Tätigkeit hinaus steuernd und verkehrspolitische Prioritäten setzend einzugreifen. Nur insoweit könnte es bei dem bekannten Instrumentarium der Bedarfsplanung (Bundesverkehrswegeplan und Bundesfernstraßenausbaugesetz) bleiben.

Wenn der Entwurf vor diesem Hintergrund nicht einmal eine den Regelungen zum Eisenbahnwesen (Art. 87e Abs. 4 GG) und zur Telekommunikation und zum Postwesen (Art. 87f Abs. 1 GG) vergleichbare Gewährleistungsverantwortung normiert, so lässt sich dies nur

schwer erklären. Ein Grund könnte sein, dass die echte Privatisierungsoption, die Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf enthält, durch eine klare Regelung zur Gewährleistungsverantwortung deutlicher würde als dies nach dem vorliegenden Entwurf der Fall ist. Zum anderen könnte diese erstaunlich wirtschaftliche Autonomisierung der Betreibergesellschaft erklärbar sein vor dem Hintergrund der europäischen Schuldenbremse (dazu oben C.I.2.3= S. 13), weil in diesem Kontext die Autonomisierung Voraussetzung dafür ist, dass die Schulden der Autobahn-Gesellschaft nicht dem Bund zugerechnet werden.

3. Einordnung und Folgebetrachtung

In der Gesamtbetrachtung eröffnet der Entwurf zur Änderung des Art. 90 GG dem Bund erstaunliche Gestaltungsmöglichkeiten, die teilweise ganz ohne parlamentarische Beteiligung und im Übrigen jedenfalls ohne Beteiligung des Bundesrates genutzt werden können. Art. 90 GG gerät so zu einer reinen verfassungsrechtlichen „Ermöglichungsnorm ohne Schrankencharakter“.

Möglicher Hintergrund dieser – auch im Vergleich zu den verfassungsrechtlichen Regelungen anderer Infrastrukturbereich erstaunlichen – Konzeption könnte das Bemühen um eine Organisationsform sein, die eine Kreditfinanzierung von Investitionen ermöglicht, ohne dass die Schulden nach Maßgabe der einschlägigen europäischen Regeln („Maastricht-Kriterien“) der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden. Wie dargelegt (siehe C.I.2.3 = S. 13), könnte dies grundsätzlich durch Gründung einer Infrastrukturgesellschaft, die über die Befugnis zur Kreditaufnahme verfügt, wobei prinzipiell zwei Wege zur Verfügung stehen:

- a) Der Bund behält zwar die staatliche Kontrolle über die Infrastrukturgesellschaft, verleiht der Gesellschaft aber institutionelle Selbständigkeit und sorgt dafür, dass sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen wie ein „Marktproduzent“ agiert.
- b) Der Bund verzichtet auf die staatliche Kontrolle über die Gesellschaft.

Möglicherweise sollten mit dem vorliegenden Entwurf beide Wege offen gehalten werden:

→ Der Verzicht auf verfassungsrechtliche Steuerungsvorbehalte ermöglicht die Errichtung einer Gesellschaft mit institutioneller Selbständigkeit.

- Die Übertragung der Baulast auf eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft öffnet den Weg hin zu einem Betreibermodell, bei dem die Gesellschaft als „Marktproduzent“ agiert.
- Die weitreichende Zulassung einer Kapitalprivatisierung ermöglicht eine Gestaltung, bei der die Gesellschaft im Sinne der Maastricht-Kriterien nicht staatlich kontrolliert wird.

Die Offenheit des Entwurfs ermöglicht es dem Bund, erst im Nachgang zur Verfassungsänderung ein konkretes Modell festzulegen und flexibel zu reagieren. Dieser Flexibilitätsgewinn hat allerdings einen hohen Preis. Der Preis besteht letztlich in dem Verzicht auf die verfassungsrechtliche Schrankenfunktion. Es besteht das Risiko, dass im Nachgang zur Verfassungsreform ein Konzept umgesetzt werden könnte, das die Entscheidungsträger im Zuge der Änderung des Art. 90 GG nicht vor Augen haben und dem sie ihre Zustimmung nicht geben würden.

D. Gesamtbewertung

In der Gesamtbewertung ergibt sich folgendes Bild:

I. Kompetenzverlagerung auf den Bund

1. Der Entwurf zur Änderung des Art. 90 GG führt zu einer starken Verlagerung von Kompetenzen auf den Bund. Die Bundesautobahnen sollen insgesamt in die Bundesverwaltung übernommen werden. Aus Ländersicht ist diese Kompetenzverlagerung schon dem Grunde nach kritisch zu hinterfragen.
2. Der gewählte Reformansatz führt zu Doppelstrukturen. Da die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs in der Auftragsverwaltung verbleiben sollen, müssen die Ressourcen und das Know-How für alle Verwaltungsfunktionen parallel auf Bundesebene (für die Bundesautobahnen) und auf Länderebene (für die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs) vorgehalten werden.
3. Die Verfassungsreform enthält keine erkennbaren Ansätze zur Verbesserung des Systems der Auftragsverwaltung. Die konstatierten Defizite werden damit nur teilweise adressiert. Bei den sonstigen Bundesfernstraßen könnte sich durch die Übertragung der Baulast auf eine (private) Gesellschaft sogar eine Verschlechterung ergeben.
4. Der Bund will die Bundesautobahnen vollständig in Bundesverwaltung übernehmen. Dies lässt bezüglich der Planfeststellung besondere Zweifel aufkommen. Es handelt sich um eine Planungsaufgabe mit signifikant örtlichem Bezug, die von einer zentralen Bundesbehörde nur schwer wahrgenommen werden kann. Es würde zu einer parallelen Planungsverwaltung auf Bundes- und Länderebene kommen.
5. Der Entwurf ordnet die Bundesverwaltung für Autobahnen pauschal an, ohne auf die sehr unterschiedlichen Ausgangslagen in den einzelnen Ländern Rücksicht zu nehmen. Flexibilisierungsoptionen fehlen. Die Änderung des Art. 90 GG muss zwingend von Überleitungsregelungen begleitet werden, die zweckmäßig im XI. Abschnitt (Art. 116 ff. GG) aufzunehmen wären. Regelungsbedürftig ist insbesondere eine etwaige Übernahme von Personal der Länder durch den Bund. In diesem Zusammenhang könnte an eine – nach Ländern differenzierte –

zeitliche Staffelung gedacht werden. Die Rechte und Pflichten aus Verträgen und sonstigen Rechtsakten, die die Länder kraft ihrer Wahrnehmungskompetenz im Rahmen der bisherigen Auftragsverwaltung abgeschlossen bzw. erlassen haben (ÖPP-Projekte, Wegenutzungsverträge, Sondernutzungserlaubnisse etc.), bedürfen der Überleitung. Im Übrigen sind Übergangsfristen dringend zu empfehlen.

II. Privatwirtschaftlicher Betrieb der Bundesautobahnen

1. Der Entwurf räumt dem Bund sehr weitreichende Gestaltungs- und Privatisierungsbefugnisse ein. Der Bund kann alle wesentlichen Aufgaben einschließlich der Baulast und hoheitlicher Befugnisse auf eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft übertragen (Organisationsprivatisierung). Das Kapital an dieser Gesellschaft kann grundsätzlich vollständig in privaten Händen sein (Kapitalprivatisierung). Die Aufgabenübertragung kann auf eine bereits bestehende, private Gesellschaft erfolgen. Das öffentliche Eigentum an der Gesellschaft wird nur in einem engen Ausnahmebereich vorgeschrieben, nämlich wenn die Gesellschaft hoheitliche Aufgaben wahrnimmt. Selbst dann kann der Bund auf Grundlage eines Bundesgesetzes Anteile an Private veräußern, sofern er nur die Mehrheit der Anteile behält. Der Bund kann einer privatrechtlich verfassten Gesellschaft auch das sachenrechtliche Eigentum an den Bundesfernstraßen übertragen, solange er diese Gesellschaft beherrscht, so dass es sich um eine Bundesgesellschaft handelt. Er kann also eine teilweise Eigentumsprivatisierung herbeiführen. Schließlich sind keine Grenzen für die funktionale Privatisierung vorgesehen. Denkbar ist, dass eine vom Bund betraute Gesellschaft die Aufgaben an (wenige) Private etwa in Form von ÖPP-Gestaltungen weiter delegiert.

2. Der Entwurf sieht nur schwach ausgeprägte Gesetzesvorbehalte vor. Die weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten können auf Grund einfachen Bundesgesetzes genutzt werden. Eine Zustimmung des Bundesrates ist nicht erforderlich. Teilweise, nämlich für die Veräußerung von Anteilen an einer Gesellschaft, die nicht-hoheitlich tätig ist, bedarf es nicht einmal einer gesetzlichen Grundlage.

3. Trotz der weitreichenden Privatisierungsmöglichkeiten werden keine kompensatorischen staatlichen Steuerungsmöglichkeiten vorgeschrieben. Es wird nicht einmal eine den Regelungen zum Eisenbahnwesen (Art. 87e Abs. 4 GG) und zur Telekommunikation sowie Postwesen

(Art. 87f Abs. 1 GG) vergleichbare Gewährleistungsverantwortung normiert. Dadurch entstehen erhebliche Schutzlücken. Beispielsweise könnte der Bund einer Aktiengesellschaft, deren Anteile sich vollständig in privatem Besitz befinden, sämtliche (nicht-hoheitlichen) Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung von Autobahnen übertragen. In Ermangelung spezieller Regulierungsinstrumente könnte er auf diese Gesellschaft im Wesentlichen nur auf zwei Wegen Einfluss ausüben: Durch den Erlass von Gesetzen (im Rahmen der bestehenden Grundrechtsbindung) und im Rahmen der Vergabe von Zuschüssen für den Neu- oder Ausbau von Bundesautobahnen.

4. Kritikwürdig ist ferner die verfassungsrechtliche Vorfestlegung auf eine private Rechtsform bei der mittelbaren Bundesverwaltung. Die Rechtsformwahl sollte dem Gesetzgeber in Ansehung des konkret verfolgten Reformmodells überlassen bleiben.


Dr. Holger Weiß, LL.M.


Prof. Dr. Georg Hermes