Prof. Dr. Christoph Möllers

**Eine verfassungspolitische Bewertung der aktuellen Diskussion um eine Änderung des Art. 90 GG**

im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen

I. Regelungsgehalt des Art 90 GG: ein einführender Überblick

Art. 90 GG regelt die Verwaltung der Fernstraßen im System des grundgesetzlichen Exeku­tiv­­föde­ralismus. Während die Bundesgesetze im Regelfall von den Ländern als eigene Auf­ga­ben weitgehend unabhängig von exekutiven Kontrollen des Bundes vollzogen werden und der Bund eigene Verwaltungskompetenzen nur in ausdrücklich im Grundgesetz vorgesehe­nen Fäl­­­len kennt, Art. 83 GG, führt Art. 85 GG eine Zwischenform zu diesen beiden Alternati­ven ein, die sogenannte Bundesauf­tragsverwaltung, in welcher die Vollziehung von Bundesgeset­zen auch den Län­dern obliegt, diese dabei aber besonderen Kontrollen des Bun­des, konkret des zustän­di­gen Bundesministeriums unterliegen.

Konkret ordnet im Fall der Bundesfernstraßenverwaltung Art. 90 Abs. 1 GG das Eigentum der Bundesfernstraßen dem Bund zu. Hierbei handelt es sich um eine Überleitungsregelung aus dem vorkonstitutionellen Rechtszustand. Art. 90 Abs. 2 GG setzt das oben kurz beschriebene Regelungsregime der Bundesauf­trags­verwal­tung des Art. 85 GG für die Bundesfernstraßen in Kraft. Art. 90 Abs. 3 eröffnet die Mög­lichkeit für Länder die in ihrem eigenen Territorium verlaufende Bundesfernstraßen auf Antrag in die bundeseigene Verwaltung zu übertragen. Von dieser Möglichkeit wurde noch nicht Gebrauch gemacht.

Damit stellt sich der Rechtszustand wie folgt dar: Die Landesverwaltungen verwalten die Bundes­fernstraßen. Das bedeutet, dass sie für Teile der Planung, soweit diese nicht Gesetzesform geschieht, Bau, Instandhaltung und andere verwaltende Maßnahmen in Vollziehung des materiellen Bundesrechts zuständig sind. Bei dieser Verwaltung unterliegen sie aber von Verfassungs wegen besonde­ren Kontrollen des Bundes.

II. Unterschiedliche politische Motivlagen der rechts- und verfassungspolitische Diskussion

In der keineswegs neuen Diskussion um die Reform der Fernstraßenverwaltung des Bundes sind organisations- und verfahrensoptimierende Motive (1.) von fiskalischen Motiven (2.) zu unterscheiden.

1. Organisatorisch-administrative Effizienz der Regelungen

Der geltende Regelungszustand ist seit längeren Gegenstand einer vielfältigen verfassungs­politi­schen Diskussion, die Zweifel an der Effektivität des Status quo hegt. Die Diskussion ist frei­lich nicht nur unübersichtlich, sondern auch ungewiss sowohl hinsichtlich der Kriterien für die Bestimmung von Problemen als auch hinsichtlich ihrer institutionellen Zuordnung. Aus diesem Grund sind die seriösen der vorgelegten institutionellen Analysen auch vorsichtig bei Formulierung konkreter Vorschläge,

Beckers, Hermes et al.: Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen.

Trotzdem können einige Probleme als konsen­tiert gelten, die mit der Ausgestaltung der Finanzie­rungs- und Verwaltungszustän­digkeit im Grundgesetz in Zusammenhang stehen:

Aus Sicht des Bundes erscheint die Ausführung der von ihm materiell geregelten und auch finanzierten Verwal­tungsmaßnahmen der Länder als zumindest schwer nachvollziehbar und im Ergebnis in verschiedenen Ländern von unterschiedlicher Qualität. Auch unter den Bedingungen der Bundesauftragsverwal­tung verfügen die Länder über einen immensen Informations- und Kontrollvorsprung in der administrativen Praxis, der es ihnen gestattet, die Ausführung von Vorgaben des Bundes prak­tisch zu verhindern oder jedenfalls umzudeuten.

Für die Länder wiederum sind die Finanzierungsvorgaben des Bundes unzuverlässig, sie garan­tie­ren nicht die erfolgreiche Durchführung eines Projekts. Weil der Bund für die Finan­zie­rung der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 104a Abs. 2 GG zuständig ist, hat er auch die Kontrolle über die Ausgabe von Mitteln. Ein Anspruch der Länder auf eine nach­haltige oder auch nur nachvollziehbare Finanzie­rung rechtlich ausdefinierter Projekte besteht seitens der Länder nicht. Aus diesem Grund nutzen die Län­der ihre admi­ni­strative Autonomie in der Verwaltungspraxis auch dazu, diese Ungewissheit durch eigene Priorisierung und die Um­schich­tung von Mitteln zu kompensieren.

Im Ergebnis führt dies zu intransparenten und nachweislich wenig effizienten Planungsstruk­turen, so dass sowohl die sehr unterschiedliche Auf­träge der Straßenverwaltung wie die In­stand­­setzung einerseits und die exekutive Seite der Planung und der Bau neuer Straßen andererseits als auch die Prio­risierung von Projekten in irrationale Abhängig­keiten von der grundgesetzlichen Orga­ni­sations- und Verfahrens­struktur geraten,

Hermes, Art. 90, Rn. 25 in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz.

Diese Diagnose ist im Grundsatz politisch konsentiert und wird von den Ländern, vom Bund, durch zahlreiche seitens der öffentlichen Hand eingesetzte Reformkommissionen sowie auch von privaten Akteuren in Auftrag gegebenen Gutachtern geteilt,

Hermes, Verfassungsrechtliche Fragen der Einschaltung einer Bundesfernstraßenfinanzierungsgesellschaft; Beckers, Hermes et al.: Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen.

Damit besteht weitgehend an­erkannter Reformbedarf aus der Einsicht in die organisatorisch-administrative Unzulänglich­keit der bestehenden Regelungsstruktur.

2. Fiskalische Reformmotive

Davon klar zu unterscheiden ist die Frage der Finanzierung und Finanzierbarkeit von Inves­titio­nen in den Straßenbau als Motiv der Reform der grundgesetzlichen Zuständig­keits­ord­nung. Investition und Erhalt der öffentlichen Straßen unterliegen dabei, auch dies ist all­ge­mein anerkannt, je nach Art der Straße sehr unterschiedlichen Bedingungen. Die von Art. 90 GG geregelten Bundesfernstraßen sind ein potentiell sehr lohnendes Objekt der Vermark­tung. Dies gilt im Besonderen für die Bundesautobahnen, die mit einer Strecke von 12.531 km einen Anteil von bloß 5% der öffentlichen Straßen ausmachen, zugleich aber gemessen an ihrem Anteil das größte Verkehrsaufkommen übernehmen,

Hermes, Verfassungsrechtliche Fragen der Einschaltung einer Bundesfernstraßenfinanzierungsgesellschaft, S. 4.

Eine solche hohe Aus­las­tung ver­spricht unter der Bedingung eines weiter wachsenden Verkehrsaufkommens eine Ren­dite für die Straßenerhaltung, soweit Einnahmen an die Benutzung geknüpft werden. Hier besteht ein privates Investitionsinteresse. Zugleich eröffnen sie für den Bund eine Möglich­keit, Inves­ti­­tionen in den Straßenbau ohne eine öffentliche Kreditaufnahme zu finanzie­ren, die durch die Schuldenbremse des Art. 115 Abs. 2 GG begrenzt ist. Dieser Norm zufolge darf der Bund nur noch Kredite in Höhe von 0,35% des Bruttoinlandsprodukt aufnehmen. Dieser Anteil ist – anders als die Vorgaben des Art. 126 AEUV und des Protokoll Nr. 12 einerseits und des sogenannten Fiskalvertrags andererseits, die zum einen großzügiger sind und die zum anderen nur unter großen Problemen durchgesetzt werden können – so eng zugeschnitten, dass er für das reale Investi­tions­bedürfnis in die Bundesfernstraßen relevant werden könnte,

Zur fehlenden rechtlichen Durchsetzbarkeit des Fiskalvertrags: Möllers/Reinhardt, **Verfassungsrechtliche Probleme bei der Umsetzung des Europäischen Fiskalvertrages**, in: JZ 2012, 693-700; zur Frage der Zurechenbarkeit Georg Hermes/Holger Weiß, Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG im Auftrag der Landesregierung Banden-Württemberg, 2016, S. 14 ff., die darlegen, dass eine Minderheitenbeteiligung des Bundes an einer Betreibergesellschaft nach den europäischen Kriterien nicht zurechenbar wäre. Diese Frage ist freilich umstritten.

Freilich besteht die Möglichkeit einer Investitionsfinanzierung ohne öffentliche Kreditauf­nahme auch für öffentliche Unternehmen ohne private Kapitalbeteiligung. Die entsprechende Praxis der österreichischen Autobahnbetreibergesellschaft ASFINAG basiert allerdings bislang lediglich auf Entscheidungen nationaler und der europäischen statistischen Behörde, war aber noch keinerlei gerichtlicher Kontrolle auf Ebene der EU unterworfen,

Beckers, Hermes et al.: Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen, S. 44.

Unter der Bedingung geltender Schuldenbremsen entsteht das politische Bedürfnis, Finanzierungsmöglichkeiten zu entwickeln, die deren Vorgaben umgehen. Dabei ist allgemein anerkannt, dass der Maßstab des Art. 115 GG sich nicht auf die Haushalte verselbstständigter Rechtspersönlichkeiten bezieht,

Beckers, Hermes et al.: Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen, S. 43.

Dieser Aspekt kann seinerseits ein Motiv für eine Reform der Verwaltungsstruktur geben, weil eine solche Einnahmengenerierung sich kaum unter Bedingungen einer von den Ländern ausgeführten Bundesfernstraßenverwaltung aufbauen ließe.

Ein solches fiskalisches Reformmotiv ist als solches nicht illegitim. Freilich ergeben sich in diesem Zusammenhang Probleme. Zum Ersten ist, auch wenn Art. 115 GG solches nicht ausschließt, nicht klar, warum man die Investitionsfähigkeit des Staates erst durch Verfassungsrecht im Namen der Budgetstabilität begrenzen will, um diese Regelung dann mittels einer anderen Grundgesetzreform zu umgehen. Zum Zweiten hat sich das offenbar angestrebte Modell einer Einbeziehung Privater im Rahmen einer ÖPP,

ÖPP-Projekte in Deutschland: Privat gebaute Autobahnen sind teurer, DER SPIEGEL v. 12.06.2014, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/oepp-privat-finanzierte-autobahnen-sind-teurer-als-staatlich-gebaute-a-974654.html>.

als wenig effizient erwiesen. Dies hat auch der Bundesrechnungshof immer wieder festgestellt,

Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung Zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau, Gz.: V 3 – 2006 – 0201 vom 05.01.2009.

Es läuft darauf hinaus, dass Private, die mit einem legitimen Profitinteresse in eine solche Kooperation einsteigen werden, nur für solche Straßen zuständig werden, die wegen ihres hohen Auslastungsgrades profitabel sind, während wenig benutzte Fern- und Landstraßen in der alleinigen Verantwortung des Staates bleiben – oder in ÖPP-Strukturen eingebunden werden, in denen zwischen stark und schwach ausgelasteteten Strecken querfinanziert wird.

Zum Dritten sind beide verfassungspolitische Mo­tive zu unterscheiden und sollten nicht miteinander vermischt werden. Auch eine einnahmengenerierende Verwaltungsstruktur muss nicht effizient sein, insbesondere muss sie auch, was ihre Kostenstruktur betrifft, nicht nachhaltig sein. Die Frage der effektiven Organisation der Bundesstraßenverwaltung ist von der Frage der Beschaffung von nicht von der Schuldenbremse gedeckten Investitionen zu unterscheiden.

**III. Regelungsgehalte des Art. 90 GG**

1. Föderaler Regelungsgehalt

Systematisch zentral ist der föderale Regelungsgehalt des Art. 90 GG. Die Norm regelt zuvörderst die oben schon knapp angesprochenen Besonderheiten in der exekutiven Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern. Der Bund kann mit Zustimmung des Bundesrates Behördenorganisation und Verfahren durch Bundesgesetz regeln. Er kann diese Regelungen durch Allgemeine Verwaltungsvorschriften wiederum mit Zustimmung des Bundesrates konkretisieren. Er kann sich durch die Anforderung von Berichten über den Vollzug bei den Ländern umfassend informieren und er kann schließlich auch im Einzelfall durch das zuständige Bundesministerium Weisungen erteilen. Diese Kontrollen betreffen nicht nur die Rechtmäßig­keit, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Handlungen der Län­dern, also etwa auch ihre Effizi­enz, Art. 85 Abs. 1-4 GG,

BVerfGE 102, 167.

Zu erwähnen ist noch einmal die Norm des Art. 90 Abs. 3 GG, die es theore­tisch zuließe, dass alle Ländern den Antrag stellen, ihre jeweiligen Bundesfern­straßen in die bundeseigene Ver­wal­­tung zu übernehmen, so dass im Ergebnis die Verwaltung im Ganzen beim Bund läge.

2. Privatisierungssperre

Unbestritten ist in der Literatur auch, dass Art. 90 GG auch die Anordnung enthält, die Ver­wal­tung der Bundesfernstraßen in staatlicher Verwaltung zu halten, also eine Privati­sierungs­sperre umfasst. „Privatisierung“ ist ein vieldeutiger Begriff,

Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff.

Zu unterschei­den ist jedenfalls zwischen einer formellen Privatisierung, in der die Verwal­tungs­agende weiter­hin unter staatlicher Kontrolle bleibt, aber in privater Rechtsform ausgeübt wird, und einer materiellen Privatisierung, durch die die Verwaltungsagende in die Kon­trolle eines privaten Rechtssubjekts übergeht.

Für Art. 90 Abs. 2 GG gilt – ebenso wie für andere vergleichbare Regelungen dieses Ab­schnitts –, dass er eine formelle Privatisierung gestattet, aber eine materielle Privatisierung ausschließt,

Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 90, Rn. 4, Grundgesetz; aus der monographischen Literatur zu Einzelfragen: H.-J. Papst, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, 1997, S. 58 u.ö.; Bucher, Privatisierung von Bundesfernstraßen, 1996, 124 ff.

Unter der Geltung der Norm bleibt der Staat also dazu verpflichtet, die Bundesfernstraßen­verwal­tung, sei es in privater, sei es in öffentlicher Rechtsform, zu übernehmen. Die Grün­dung von Betriebs- oder Projektgesellschaften, die dem Straßenverwaltungs­recht auch nicht fremd ist, wird durch Art. 90 GG nicht ausgeschlossen.

**IV. Demokratieprinzip und Gebot parlamentarischer Kontrolle**

Das Demokratieprinzip und das sich mit ihm verbindende Gebot einer wirksamen parlamen­tari­schen Kontrolle der Verwaltung werden im vorliegenden Kontext in aller Regel nur eine hintergründige, allerdings deswegen nicht unbedeutende, Rolle einnehmen. Während es aus­zu­­schließen ist, dass eine grundgesetzliche Neuregelung ihrerseits gegen den änderungsfes­ten Kern des Demokratieprinzips verstoßen dürfte, ist andererseits klar, dass sich auch verschie­dene verfas­­sungs­konforme Ausgestaltungen in unterschiedlichem Maß an dem Ideal eines par­­la­men­­tarisch kontrollierbaren Verwaltungsvollzugs orientieren.

Das zeigt sich bereits am verfassungsrechtlichen Status quo. Die Konstruktion einer durch den Bund finanzierten Bundesauftragsverwaltung führt dazu, dass ein durch Bundesgesetz geregel­ter und durch Bundesmittel finanzierter Gesetzesvollzug in einer durch den Deutschen Bundestag kaum zu kontrollierenden Art und Weise den Ländern überlassen bleibt. Dies ist bis zu einem gewissen Grade ein allgemeines Problem des exekutivföderalen Modells des Grundgesetzes,

Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 233 ff.

Aber es erweist sich im Fall von kostspieligen mehrstufigen und gesetzlich hinsichtlich des Bedarfs determinierten Planungsverfahren, in denen die Länder praktisch die Möglichkeit haben, die Bundesmittel auf unterschiedliche Art und Weise zu priorisieren, besonders prekär.

Für eine Reform des Grundgesetzes, die die Organisationsstruktur in Privatrechtsform unter Beteiligung Privater plant, würden sich diese Probleme deutlich verschärfen. Schon hinsicht­lich der Privatrechtsform ergeben sich bei der parlamentarischen Kontrolle beträchtliche Pro­b­leme selbst dann, wenn die fragliche Privatrechtspersönlichkeit im vollständigen Eigentum des Bun­des steht. Dies zeigt die Erfahrung mit der dem Bund gehörenden Deutschen Bahn AG, deren Rechtsregime von Art. 87e GG definiert wird. Auskunftsrechte des Deutschen Bundesta­ges gegenüber der Bundesregierung in Angelegenheiten der Deutschen Bahn AG sind im Moment Gegenstand eines Organstreitverfahrens der Bundes­tags­fraktion Bünd­nis90/Die Grünen gegen die Bundesregierung. Auch wenn es naturgemäß schwierig ist, den Ausgang des Verfahrens vorherzusehen, ist doch klar, dass die gesell­schafts­rechtliche Form einer privatrechtlich geführten Bundesfernstraßenverwaltung eine neue Ebene schafft, die die parlamentarische Kontrolle noch schwerer durchdringt als im Fall der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsform.

Diese Probleme dürften sich durch die materielle Beteiligung Privater noch verschärfen. Denn zum Einen haben private Unternehmen in vielen Fällen ganz andere Interessen an der Ge­heim­haltung ihrer Praktiken, zum anderen steht privaten Unternehmen der grundrechtliche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus Art. 12 GG zur Seite, auf den sich zwar im Zweifel nicht die Gesamtgesellschaft, aber sehr wohl der private Anteilseigner berufen kann. Solche Rechte hat das Bundesverfassungsgericht auch im Gebiet privatisierter Ver­waltungsagenden bereits ausdrücklich und bedenklich weitgehend anerkannt,

BVerfGE 115, 205.

In besonders schlechter Erinnerung stehen in dieser Hinsicht die Verträge zwischen dem Bund und privaten Gesellschaften zur Errichtung eines Mautsystems, die nach wie vor Ge­genstand eines undurchsichtigen, der parlamentarischer Kontrolle weitestgehend ent­zo­genen Schlichtungsverfahrens sind.

**IV. Reform der Bundesfernstraßenverwaltung jenseits materieller Privatisierung**

1. Zum Formulierungsvorschlag der Bundesregierung

In der aktuellen verfassungspolitischen Diskussion operiert die Bundesregierung mit dem folgenden Formulierungsvorschlag für eine Reform des Art. 90 GG:

Art. 90 E [Bundesautobahnen und Bundesstraßen]

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

(2) Die Bundesautobahnen werden in Bundesverwaltung geführt. 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. Eine 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. Das 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.

Dazu jetzt auch eingehender als in der vorliegenden Stellungnahme und im wesentlichen mit ähnlichen kritischen Beurteilungen: Georg Hermes/Holger Weiß, Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG im Auftrag der Landesregierung Banden-Württemberg, 2016.

Zunächst fällt auf, dass die Regelung in wesentlichen Teilen allein die Bundesautobahnen be­trifft. Während es für die sonstigen Bundesfernstraßen beim alten Rechtszustand der Bun­des­auftragsverwaltung bleibt, Art. 90 Abs. 3 Satz 1 E, wird die Verwaltung der Bundes­auto­bah­nen in die bundeseigene Verwaltung überführt, Art. 90 Abs. 2 Satz 1 E.

Diese Differenzierung hat augenscheinlich keine regulie­rungstechnische Rechtferti­gung, denn die Verwaltung beider Straßentypen unterscheidet sich praktisch kaum. Erkennbar liegt der Rege­lung damit ein fiskalisches Motiv zugrunde, denn der relevante Unter­schied zwischen Bundesautobahnen und den anderen Bundesfernstraßen liegt eben im Maß ihrer Auslastung und damit zugleich im der Möglichkeit der kommerziellen Verwertbar­keit.

Durch Art. 90 Abs. 2 Satz 1 kehrt der Entwurf vom Modell der Bundesauftragsverwaltung ab und unterstellt die Verwaltung der Bundesautobahnen der Bundesverwaltung. Dies ist als solches eine Regelung, die sich auch aus einer organisationsoptimierenden Motiv­lage rechtfertigen lässt und die so in Anbetracht von Art. 90 Abs. 3 GG nur im Konsens aller Län­der zu erreichen gewesen wäre. Denn es spricht in der Tat vieles dafür, dass sich die dar­ge­stell­­ten Probleme der bestehenden Rechtslage dadurch zumindest abmildern ließen, dass die Ver­waltungskompetenz vollständig in die Hände des Bundes gelegt würde. Freilich ist diese Aussage in mindestens zweierlei Hinsicht zu relativieren: Wenn Konsens dahingehend be­steht, dass eine Zentralisierung der Aufgabe beim Bund, die administrative Aufgabenerfül­lung verbessern könnte, dann ist dem entgegenzuhalten, dass eine solche Zentralisierung unter den Bedingungen der Bundesauftragsverwaltung sowohl durch Weisungen des zuständi­gen Bun­desministeriums als auch durch allgemeine Verwaltungsvorschriften mit Zustimmung des Bun­­desrates auch *de constitutione lata* zumindest teilweise zu erreichen wäre.

Zum Zweiten sind die Vorteile der Zentralisierung eben auch nicht ohne Ambivalenz, weil Aufgaben wie Instandhaltung, Bau oder Betrieb auch dezentrales Wissen erforderlich ma­chen, das nicht ohne weiteres durch eine zentralisierte Behörde aufbereitet werden kann,

kritisch mit Blick auf die Zentralisierung der Planfeststellungsverfahren beim Bund im vorliegenden Entwurf: Hermes/Weiß, Kurzgutachten, S.24 f.

Pro­bleme des bestehenden Vollzugsmodells dürften sich nicht gleichmäßig zwischen den Län­dern verteilen, nicht alle Landesverwaltun­gen arbeiten gleich effizient. Das bedeutet aber nicht notwendig, dass eine Zentralisierung die durchschnittliche Qualität des Vollzugs verbes­sern muss.

Dass im vorliegenden Entwurf das fiskalische Motiv gegenüber dem organisationsverbessern­den die Überhand behält, zeigt sich im weiteren Regelungsgehalt des Entwurfs. Die Regelung gestattet es, alle genannten Aufgaben der Bundesautobahnverwaltung auf eine privat­recht­li­che Gesellschaft zu übertragen. Diese Regelung erscheint als solche überflüssig, denn eine for­­melle Privatisierung der Verwaltungsagenda ist, wie wir gesehen haben, auch nach gelten­dem Recht zulässig. Der Neuigkeitsgehalt ergibt sich erstens daraus, dass die fragliche Gesell­schaft nur noch mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen muss, sowie zweitens daraus, dass die Norm eine Übertragung der Straßenbaulast gestattet.

Mit der Übertragungsmöglichkeit öffnet der Entwurf rechtlich die Möglichkeit zu einer mate­riel­­len Teilprivatisierung der Bundesautobahnverwaltung. Dabei ist wichtig zu sehen, dass be­reits ein Minderheitenanteil eines Privaten je nach gesellschaftsrechtlicher Kon­struk­tion die­sem relevante Ingerenzmöglichkeiten einräumt, die sich nicht mit einer eigenhändigen staat­li­chen Verwaltungsorganisation, auch nicht mit einer solchen in Privatrechtsform, ver­glei­­chen lässt.

Mit der Möglichkeit die Straßenbaulast auch für die Bundesfernstraße an eine solche Gesell­schaft zu übertragen illustriert die Regelung schließlich diese Absicht noch einmal. Die Straßen­baulast umfasst die mit Bau und Unterhaltung anfallenden Aufgaben,

vgl. nur die Legaldefinition in § 9 Abs 1 StrG.

Solche Aufgaben sind kostspielig und ihre Erfüllung durch Private bedarf einer Kompensa­tion, die auf der Seite des Privaten auch eine eigene Profitabilität erzeugt,

Beckers, Hermes et al.: Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen, S. 28 f.

Im Ergebnis überwiegt in diesem Entwurf damit klar ein fiskalisches Regulierungsmotiv, also die Möglichkeit Investitionen in die Bundesautobahnen an der Regelung des Art. 115 GG vorbei durchzuführen, einem organisationsoptimierenden Motiv. Zudem schafft sie die eigentümliche Möglichkeit zweier unterschiedlicher Verwaltungsstrukturen für zwei unterschiedliche, aber eben auch in vielem gut vergleichbare Typen von Bundesfernstraßen. Es ist nicht klar und es wird auch nicht offengelegt, warum diese beiden Typen mit jeweils eigenen Vollzugsstrukturen versehen werden sollten.

Hinsichtlich der Grenzen der Privatisierbarkeit fällt der Entwurf erkennbar hinter die beste­hen­den Regelungen für die Privatisierung von Bahn und Post zurück. Art. 87e Abs. 2 GG stellt den Bau, Unterhalt und Betrieb von Schienenwegen in das mehrheitliche Eigentum des Bundes, während die vorliegende Regelung sich darauf beschränkt, hoheitliche Aufgaben von der Privatisierung auszunehmen. Dabei ist nicht ohne weiteres klar, was damit gemeint sein soll. Soweit damit die Ausübung „hoheitlicher Befugnisse“ gemeint sein sollte, wäre dies ein systematischer Bruch mit dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, der zwar als lex specialis zulässig wäre, der aber recht bald an die Grenzen des änderungsfesten Kerns des Demokratieprinzips kommen könnte, wenn sich die Übertragung nicht auf einen genau gesetzlich bestimmten Beleihungsakt beschränkt. Ein solche Qualifikation der gesetzlichen Übertragung ist freilich im Entwurf nicht vorgesehen. Die Ausübung von staatlichen Befugnissen, die diesem Begriff entsprechen, dürfte sich in diesem Regulierungsfeld zudem nur höchst selten ergeben oder von anderen Kompetenztiteln aus dem Straßenverkehrs- und Polizeirecht abgedeckt sein. Anders als im Fall der Eisenbahnen und der Telekommunikation würde vorliegend eine Privatisierungsentscheidung also nicht mehr materielle Privatisierungsgrenzen überschreiten.

Hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts fällt neben der Abwesenheit materieller Kriterien auch das Fehlen einer Zustimmungsbedürftigkeit für den Bundesrat auf. Hierbei könnte es sich aber – angesichts des allgemeinen Zustands des Entwurfs – wiederum um ein Versehen handeln. Systematisch sind Übertragungsgesetze im Bereich der Bundesauftragsverwaltung jedenfalls allgemein als zustimmungsbedürftig ausgestaltet,

Hermes, Art. 90 GG, Rn 20, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz.

Der Regelungsvorschlag ist jenseits seines zweifelhaften rechtspolitischen Anliegens fehler­haft: In der jetzigen Formulierung ist die Übertragung der Baulast nämlich auf die Bundes­fern­­straßen bezogen, ohne die Differenzierung zwischen Bundesautobahnen und anderen Fernstraßen aufzugreifen, § 90 Abs. 2, Hs. 2 E wieder aufzugreifen,

Analyse bei Hermes/Weiß, Kurzgutachten, S. 19 f.

Da der Bund aber im Bereich der Bundesauftragsverwaltung keine Baulast im engeren Sinne trägt, kann er seine Kompetenz nur insoweit übertragen, wie er über diese in der bundes­staat­lichen Kompetenzverteilung verfügt, also mit Blick auf seine Aufsichtsrechte. Hier ist also eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung geboten.

Ein weiteres Versehen zeigt sich mit Blick auf die Formulierung des Art. 90 Abs. 4 E, soweit in diesem von „bundeseigener Verwaltung“ die Rede ist. Diese Formulierung bezeichnet übli­cher­weise eine unmittelbare Staatsverwaltung ohne Einbeziehung einer verselbst­stän­digten Rechtspersönlichkeit,

so auch Hermes/Weiß, Kurzgutachten, S. 20 f.

Systematisch müsste die Norm dagegen auch hier die Einbeziehung verselbstständigter Rechts­persönlichkeiten ermöglichen, um ihr Ziel zu erreichen. Auch hierbei dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln.

Zudem ist die Regelung der Übertragbarkeit der Verwaltungsaufgaben auf eine privatrechtli­che Gesellschaft als solche überflüssig. Diese Übertragungsmöglichkeit besteht auch nach gel­ten­dem Bundesrecht. Allein die Einbeziehung Privater verdient eine Neuregelung.

2. Reformvorschläge

Will man die organisationsinduzierten Probleme der bestehenden Rechtslage ändern, so bie­ten sich – auch abhängig von der konkreten Prognose – verschiedene Lösungen an, die im Er­geb­nis eine materielle Privatisierung der Verwaltung und die Möglichkeit, eine ineffiziente ÖPP zu eröffnen, ausschließen könnten.

* Nutzung des geltenden Rechtsrahmens

Zunächst ist noch einmal daran zu erinnern, dass es der geltende Art. 90 GG durchaus ermög­licht, den strukturellen Defiziten des geltenden Rechts zu begegnen, indem der Bund strin­gen­tere Verfahrensregeln in Form allgemeiner Verwaltungsvorschriften erlässt und den Umgang der Länder mit den Bundesmitteln durch seine Informations- und Weisungsrechte konse­quen­ter nachvollzieht. Viele der beklagten Fehlentwicklungen erscheinen auch einer Nichtwahr­nehmung von Kontrollrechten durch die Bundesregierung geschuldet.

Darüber hinaus gestattet das geltende Recht auch eine formelle Privatisierung, die die unter­schied­­lichen Aufgabenbereiche der Fernstraßenverwaltung in unterschiedliche Gesellschaften überführen könnten. Freilich ist dies im Moment für die eigentlichen Verwal­tungsaufgaben nur innerhalb der Länder möglich. Weil die Einrichtung der Behörden auch in der Bundesauf­tragsverwaltung Sache der Länder bleibt, Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG, ist es dem Bund nach gel­ten­dem Recht aber in der Tat nicht möglich, die Länder durch eine Weisung zu einer über­zeu­genderen Organisationsform der Bundesfernstraßenverwaltung zu bringen. Hier liegen die Gren­zen dessen, was der bestehende Rechtszustand für die Reformier­barkeit des Status quo zulässt. Freilich ist nicht zu vergessen, dass es Art 90 Abs. 3 GG im Konsens der Länder er­laubte, die Bundesfernstraßenverwaltung zu vereinheitlichen.

* Privatisierungsfeste Umwandlung in Bundesverwaltung

Sieht man das entscheidende Problem des geltenden Rechtszustands in der fehlenden Einheit­lich­keit, Durchschaubarkeit und Fortschrittlichkeit der bestehenden Organisations­strukturen im Bereich der Bundesfernstraßenverwaltung, dann empfiehlt es sich in der Tat, diese in eine einheitliche Bundesverwaltung zu überführen, die aber sowohl Raum für eine organisato­ri­sche Binnenverselbstständigung, also die Gründung eigener Rechtspersönlichkeiten haben sollte als auch angesichts der lokalen Vielfalt der Regulierungsprobleme die Möglichkeit zu einem Verwaltungsunterbau vorgesehen werden, wie es aus Art. 87 Abs. 1 GG bekannt ist. Ein solcher Unterbau könnte auch in verselbstständigten staatlichen Rechtspersönlichkeiten bestehen. Im Fall einer zu starken Zentralisierung besteht freilich die Gefahr, dass das Rad neu erfunden und aus den bestehenden Strukturen der Landesverwaltungen zu wenig Nutzen gezogen wird.

* Neugestaltung der Bundesauftragsverwaltung

Eine weitere Möglichkeit einer Reform bestünde darin, die Strukturen der Bundesauftragsverwaltung in Art. 90 GG eingehender für die regulatorischen Belange der Bundesfernstraßenverwaltung aufzubereiten. Dabei müsste es vor allem darum gehen, Projektdefinition und Projektfinanzierung miteinander zu verzahnen und den Ländern damit zugleich mehr Sicherheit und mehr Kontrollen anzubieten. Zugleich wäre zu verhin­dern, dass Private aus kurzfristigen fiskalischen Interessen heraus allein in die Be­wirt­schaftung lukrativer Teile des Netzes einbezogen würden oder dass durch ÖPP-Strukturen Mehrkosten anfallen. Es ist schließlich auch darauf hinzu­wei­sen, dass verfassungsrechtliche Vorgaben zwar bestimmte Ausgestaltungen – wie eine ma­te­rielle Privatisierung – aus­schließen können, dass aber positiv gewendet die ent­schei­den­den Faktoren für eine gelungene Ausgestaltung nur sehr eingeschränkt auf der Ebene des Verfassungsrechts defi­niert werden können. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sollten sich – jenseits grund­sätz­lich zu definierender Grenzen der Einbeziehung Privater – darauf beschrän­ken, Planung und Betrieb in die Gewährleistungsverantwortung des Staates zu legen, wie es ver­gleich­bar in den Art. 87e und 87f GG geschehen ist und sich für verschiedene Formen staatlicher Verwal­tung zu öffnen, die auch Verselbstständigungsformen gestattet. Die Norm sollte zudem eine andere Auf­gabenteilung zwischen Bund und Ländern ermöglichen, wenn auch nicht fest­schrei­ben, in denen die Länder ausdrücklicher mit eigenen Rechten und Pflich­ten an der Pla­nung beteiligt werden.­