

# **Gutachten**

## **Errichtung einer Bundesautobahngesellschaft: Privatisierungsschranken, Staatsgarantie und Rechtsform als zentrale Ausgestaltungsfragen**

*Bewertung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung vom  
14.12.2016 aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler  
sowie Ableitung von Änderungsbedarf und  
Unterbreitung entsprechender Gesetzesvorschläge*

### **Autoren:**

**Prof. Dr. Thorsten Beckers**

**Prof. Dr. Georg Hermes**

**Dr. Holger Weiß, LL.M. (W2K Rechtsanwälte)**

### **Auftraggeber:**

**Allgemeiner Deutscher Automobil-Club e.V. (ADAC)**

**Februar 2017**

## Management Summary

- Am 14. Dezember 2016 hat die Bundesregierung Vorschläge zur Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung bei den Bundesautobahnen (BAB) und zur Gründung einer „Autobahngesellschaft“ („BAB-Gesellschaft“) beschlossen. Diese Vorschläge sind in einem Gesetzesentwurf zur Anpassung des Grundgesetzes (GG-Entwurf-BReg) sowie in einem Entwurf für ein Begleitgesetz enthalten. Die Regelungen zur BAB-Gesellschaft finden sich im GG-Entwurf-BReg in Art. 90 GG.
- In diesem Gutachten sind ausgewählte zentrale Fragen der Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft untersucht und die vorliegenden Vorschläge der Bundesregierung aus Sicht der Nutzer der BAB als Maut- und Steuerzahler bewertet worden. Darauf aufbauend sind konkrete Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung unterbreitet worden, die sich zunächst auf die grundgesetzliche und anschließend auf die einfachgesetzliche Ebene beziehen.
- Es ist aus Sicht der Nutzer geboten, im parlamentarischen Prozess den Vorschlag der Bundesregierung zur Reform des Art. 90 GG („Art. 90 GG-Entwurf-BReg“) zu modifizieren, da die dort enthaltene Privatisierungsschranke unzureichend ist und insbesondere folgende Defizite aufweist:
  - Der Vorschlag der Bundesregierung schließt die mittelbare Beteiligung Privater (in Form atypischer stiller Beteiligungen) an der BAB-Gesellschaft nicht sicher aus.
  - Der Vorschlag der Bundesregierung schließt es auch nicht sicher aus, dass sich Private an regionalen Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft beteiligen können.
  - Der Vorschlag der Bundesregierung verhindert nicht, dass die BAB-Gesellschaft (Fremd-) Kapital über eigenkapitalähnliche und auch als „Mezzanine-Finanzierung“ bezeichnete Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine) aufnehmen kann, die zwar als Fremdkapital eingeordnet werden, aber eigenkapitalähnliche Renditen aufweisen.
  - Die BAB-Gesellschaft unterliegt hinsichtlich funktionaler Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz grundsätzlich keinerlei Beschränkungen. Folglich besteht die Möglichkeit, dass die BAB-Gesellschaft Teilnetz-ÖPP realisiert, was aus Sicht der Nutzer nachteilig ist und unterbleiben sollte. Weiterhin kann die unmittelbare Bundesverwaltung Konzessionen gemäß dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) an Private vergeben; nach einer einfachgesetzlichen Modifikation könnte dies auch bei Teilnetzen erfolgen.
- Eine Haftungszusage des Bundes für von der BAB-Gesellschaft aufgenommenes Kapital würde nicht nur die Anwendung eigenkapitalähnlicher Finanzierungsinstrumente (Mezzanine-Finanzierung, wie Genussscheine) verhindern, sondern auch aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler die Kosten der „normalen“ (Fremd-)Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft minimieren. Art. 90 GG-Entwurf-BReg enthält jedoch kein Gebot zur Gewährung einer Staatsgarantie.
- Art. 90 GG-Entwurf-BReg sieht vor, dass die BAB-Gesellschaft die Rechtsform der AG und der GmbH aufweisen darf. Einfachgesetzlich ist geregelt, dass die Gesellschaft als GmbH zu gründen ist, jedoch ist ein späterer Rechtsformwechsel zur AG ohne Einschaltung des Bundestags möglich. Aus Sicht der Nutzer sollte die BAB-Gesellschaft allerdings nicht die Rechtsform der AG aufweisen dürfen. Grundgesetzlich sollten daher nur die Rechtsformen der GmbH und der AöR erlaubt werden. Die Festlegung der Rechtsform sollte durch den Bundestag erfolgen.
- Die konkreten (Gesetzes-)Vorschläge zur Beseitigung der vorstehend genannten Defizite auf grund- und einfachgesetzlicher Ebene werden in dem Gutachten vorgestellt und erläutert.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Management Summary .....</b>	<b>ii</b>
<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>iii</b>
<b>Kurzfassung .....</b>	<b>iv</b>
<b>1 Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Privatisierungen und Privatisierungsschranken .....</b>	<b>4</b>
2.1 Zivilrechtliches Eigentum .....	4
2.2 (Unmittelbare und mittelbare) Beteiligung Privater an der Gesellschaft sowie Mezzanine-Finanzierungen.....	5
2.2.1 Grundsätzliche Empfehlung auf Basis (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse....	5
2.2.2 Bewertung der Gesetzesentwürfe und Änderungsvorschläge.....	5
2.2.2.1 Unmittelbare und mittelbare Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft	5
2.2.2.2 Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft.....	7
2.2.2.3 Kapitalaufnahme über eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente („Mezzanine-Finanzierung“)	9
2.2.2.4 Fazit und Zusammenstellung der vorgeschlagenen konkreten Anpassungen an den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung .....	10
2.3 Funktionale Privatisierung – insbesondere ÖPP-Modelle bei Teilnetzen .....	11
2.3.1 Einordnungen und Empfehlungen auf Basis (institutionen-) ökonomischer Erkenntnisse und Überblick über das weitere Vorgehen .....	11
2.3.2 Bewertung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung .....	13
2.3.2.1 Anwendung des ÖPP-Ansatzes als funktionale Privatisierung „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft im Allgemeinen und bei Teilnetzen („Teilnetz-ÖPP“) im Speziellen .....	13
2.3.2.2 Vergabe von Konzessionen und Anwendung des ÖPP-Ansatzes „neben“ der BAB-Gesellschaft .....	15
2.3.2.2.1 Konzessionslösungen nach dem F-Modell .....	15
2.3.2.2.1.1 Anwendungsbereich.....	15
2.3.2.2.1.2 Exkurs: Die BAB-Gesellschaft als Konzessionsunternehmen.....	16
2.3.2.2.2 Weitere (denkbare) Modelle.....	17
2.3.3 Konkrete Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung	17
<b>3 Fremdkapitalaufnahme und Staatsgarantie .....</b>	<b>23</b>
<b>4 Rechtsform .....</b>	<b>25</b>
<b>5 Fazit .....</b>	<b>27</b>
5.1 Zusammenfassung der Ergebnisse der Beurteilung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung.....	27
5.2 Zusammenstellung der konkreten Gesetzesvorschläge .....	29

## **Kurzfassung**

### **ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DER BEURTEILUNG DER GESETZESENTWÜRFE DER BUNDESREGIERUNG**

Mit den am 14. Dezember 2016 beschlossenen Gesetzesentwürfen

- eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (folgend „GG-Entwurf-Entwurf-BReg“ abgekürzt) und
- eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften („Begleitgesetz-Entwurf-BReg“)

hat die Bundesregierung konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung und Umsetzung des Beschlusses der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 zu Reformen bei den „Bund-Länder-Finanzbeziehungen“ und bei der „Aufgabenerledigung im Bundesstaat“ vorgelegt. Die Gesetzesentwürfe sehen in diesem Zusammenhang auch eine Reform des Art. 90 GG und die Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung bei den BAB sowie die Gründung einer „Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen“ („BAB-Gesellschaft“) vor.

In diesem Gutachten sind ausgewählte zentrale Fragen der Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft untersucht und die vorliegenden Vorschläge der Bundesregierung aus Sicht der Nutzer der BAB als Maut- und Steuerzahler bewertet worden. Anschließend sind konkrete Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung unterbreitet worden, die sich zunächst auf die grundgesetzliche und daran anknüpfend auf die einfachgesetzliche Ebene beziehen.

Aus Sicht der Nutzer sollten die BAB und in diesem Zusammenhang insbesondere die BAB-Gesellschaft weder voll- noch teilprivatisiert werden können; dies sollte durch grundgesetzliche Privatisierungsschranken sichergestellt werden. Dieser Privatisierungsschutz sollte sich selbstverständlich auch auf Umgehungstatbestände beziehen, wie

- die mittelbare Beteiligung privater Investoren an der Gesellschaft (so genannte „atypische stille Beteiligungen“),
- die Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft, die von dieser für die Verwaltung der BAB gegründet werden,
- die Kapitalaufnahme über eigenkapitalähnliche und auch als „Mezzanine-Finanzierung“ bezeichnete Finanzierungsinstrumente, die zwar als Fremdkapital eingeordnet werden, aber eigenkapitalähnliche Renditen aufweisen, und
- funktionale Privatisierungen durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes auf Teilnetze (Teilnetz-ÖPP) und außerdem auch die Vergabe von Konzessionen für Teilnetze an Private (Teilnetz-Konzessionen).

Die Analyse der im Vorschlag der Bundesregierung zur Reform des Art. 90 GG („Art. 90 GG-Entwurf-BReg“) vorgesehenen Privatisierungsschranke hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

- Das zivilrechtliche Eigentum an den BAB ist nach Art. 90 GG-Entwurf-BReg zwar dem Bund zugeordnet, geht aber im Zusammenhang mit der Gewährung eines Nießbrauchrechts so um-

fassend auf die BAB-Gesellschaft über, dass von einer Eigentümerstellung der Bundesrepublik Deutschland nur noch in einem formalen Sinne die Rede sein kann. Dies wäre als relativ unproblematisch anzusehen, wenn eine wirksame grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgesehen wäre.

- Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg enthält eine wirksame Privatisierungsbremse gegen eine unmittelbare Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft. Mittelbare Beteiligungen Privater sind jedoch nicht sicher ausgeschlossen.
- Die Privatisierungsschranke in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg schließt vermutlich die Beteiligung Privater an regionalen Tochtergesellschaften aus, ganz sicher ist dies jedoch nicht.
- Die BAB-Gesellschaft kann eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine) einsetzen, die dem Fremdkapital zugerechnet werden, bei denen aber eigenkapitalähnliche Renditen vorliegen. Hierdurch könnte das Verbot der Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft umgangen werden. Dieses Problem kann dadurch gelöst werden, dass die Bundesrepublik Deutschland für von der BAB-Gesellschaft aufgenommenes Kapital haftet.
- Die BAB-Gesellschaft unterliegt hinsichtlich funktionaler Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz grundsätzlich keinerlei Beschränkungen. Folglich besteht die Möglichkeit, dass die BAB-Gesellschaft Teilnetz-ÖPP realisiert, was aus Sicht der Nutzer nachteilig ist und unterbleiben sollte. Weiterhin kann die unmittelbare Bundesverwaltung weiterhin Konzessionen gemäß dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) an Private vergeben; nach einer einfachgesetzlichen Modifikation könnte dies auch bei Teilnetzen erfolgen.

Die aufgeführten Defizite zeigen an, dass aus Sicht der Nutzer noch eine Anpassung von Art. 90 GG-Entwurf-BReg im Rahmen des parlamentarischen Prozesses empfehlenswert ist und dabei wirksamere Privatisierungsschranken aufgenommen werden sollten. Ergänzend kann empfohlen werden, dass Konzessionen nach dem F-Modell für Brücken, Tunnel und Pässe nicht nur wie bislang an Private, sondern zukünftig auch an die öffentliche BAB-Gesellschaft vergeben werden können sollten.

Eine Haftungszusage des Bundes für von der BAB-Gesellschaft aufgenommenes Kapital verhindert nicht nur die Anwendung eigenkapitalähnlicher Finanzierungsinstrumente, sondern minimiert auch aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler die Kosten der „normalen“ (Fremd-)Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft. Art. 90 GG-Entwurf-BReg enthält jedoch kein Gebot zur Gewährung einer Staatsgarantie. Folglich besteht hier ebenfalls Anpassungsbedarf hinsichtlich des Art. 90 GG-Entwurf-BReg.

Die BAB-Gesellschaft sollte nicht die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) aufweisen. Die Rechtsform der GmbH und der Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) sind klar vorzugswürdig. Dabei dürfte die Rechtsform der AöR Vorteile gegenüber der GmbH aufweisen. Die Festlegung der Rechtsform sollte durch den Bundestag erfolgen. Art. 90 GG-Entwurf-BReg sieht hingegen vor, dass die BAB-Gesellschaft die Rechtsform der AG und der GmbH aufweisen darf. Einfachgesetzlich ist geregelt, dass die Gesellschaft als GmbH zu gründen ist, jedoch ist ein späterer Rechtsformwechsel zur AG ohne Einschaltung des Bundestags möglich. Dies ist aus Sicht der Nutzer negativ zu bewerten.

## **ZUSAMMENSTELLUNG DER KONKRETEN GESETZESVORSCHLÄGE**

Die vorstehend aufgezeigten Defizite sollten auf der Ebene des Grundgesetzes durch eine im Vergleich zum Vorschlag der Bundesregierung weitgehende Neuformulierung des Art. 90 Abs. 2 GG sowie durch die Ergänzung des Art. 90 GG um zwei Absätze (5) und (6) wie folgt beseitigt werden:

*(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung [oder einer Anstalt öffentlichen Rechts] bedienen. Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen. Die Bundesrepublik Deutschland haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.*

*(5) Bei der Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Aufgaben der Bundesverwaltung ist der effektive Einfluss des Bundes auf die Aufgabenerfüllung sicherzustellen.*

*(6) Die Einbeziehung Privater darf in einem Umfang, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens wesentlich ist, nur auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages bedarf. Die Einbeziehung nach Satz 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Sie darf eine Laufzeit von 30 Jahren nicht überschreiten und hat gegenüber Bundestag und Öffentlichkeit transparent zu erfolgen. Das Nähere regelt das Gesetz nach Satz 1.*

Auf einfachgesetzlicher Ebene sollte – auf der Grundlage von Art. 90 Abs. 6 S. 4 GG – ein „Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen“ erlassen werden, das insbesondere die Realisierung von Teilnetz-ÖPP unterbindet und damit auch eine Umgehung des Verbots der Privatisierung der BAB-Gesellschaft verhindert:

### Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen

#### § 1 Anwendungsbereich

*(1) Dieses Gesetz betrifft funktionale Privatisierungen in Form von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP) und sonstigen Vertragsmodellen, bei denen Private in einem Umfang in die Verwaltung der Bundesfernstraßen einbezogen werden, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens gemäß Art. 90 Abs. 6 Satz 1 GG wesentlich ist. Eine funktionale Privatisierung nach Satz 1 liegt auch dann vor, wenn eine Gesellschaft des Bundes oder der Länder Auftraggeber ist oder wenn Private nur eine Minderheitsbeteiligung an einem Auftragnehmer halten. Zu den funktionalen Privatisierungen nach Satz 1 zählen auch Konzessionsmodelle.*

*(2) Die Einbeziehung Privater gemäß Abs. 1 Satz 1 hat einen wesentlichen Umfang, wenn der geschätzte Gesamtwert des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung 100.000.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) überschreitet und die maximale Vertragslaufzeit die Zeitdauer von 10 Jahren übersteigt. Berechnungsgrundlage des Gesamtwerts ist die gesamte Laufzeit einschließlich etwaiger Optionen und Verlängerungen.*

*Im Übrigen gelten die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Schätzung von Auftragswerten und die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen für die Schätzung von Vertragswerten entsprechend.*

*(3) Aufträge, die ausschließlich Planungs- und Bauleistungen zum Gegenstand haben, haben auch dann keinen wesentlichen Umfang, wenn sie die in Abs. 2 Satz 1 genannten Kriterien erfüllen.*

#### *§ 2 Verbot funktionaler Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang auf Teilnetzen*

*Die Einbeziehung Privater nach § 1 Abs. 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Ein Teilnetz im Sinne von Satz 1 liegt vor, wenn sich der Vertrag auf Netzbestandteile mit einem Gesamtumfang von mehr als 100 Kilometern erstreckt. Betrieb im Sinne von Satz 1 ist auch die Erhaltung. Die Mauterhebung ist nicht erfasst.*

#### *§ 3 Zeitliche Begrenzung funktionaler Privatisierungen*

*Die maximale Laufzeit von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 beträgt 30 Jahre. Etwaige Optionen und Vertragsverlängerungen sind zu berücksichtigen.*

#### *§ 4 Zustimmungserfordernis des Bundestags*

*Die Ausschreibung von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 bedürfen der Zustimmung des Bundestages mit einfacher Mehrheit. [Eine Zustimmung des Bundestages nach Satz 1 ist nicht erforderlich, wenn das finanzielle Volumen des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung den Wert von 250.000.000 Euro unterschreitet.]*

#### *§ 5 Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen*

*Die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen ist bei der Einbeziehung Privater gemäß § 1 Abs. 1 verpflichtet, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gemäß § 6 Abs. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz durchzuführen.*

#### *§ 6 Transparenz gegenüber Bundestag und Allgemeinheit*

*(1) Die Bundesverwaltung hat bei der Erwägung, Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen unverzüglich im Internet zu veröffentlichen. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt nicht für Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, bei deren Veröffentlichung die finanziellen Interessen des Bundes in einem nicht nur unwesentlichen Ausmaß negativ betroffen würden und bei denen das Informationsinteresse der Allgemeinheit den Schutzbedarf hinsichtlich der finanziellen Interessen des Bundes nicht überwiegt. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt ferner nicht hinsichtlich solcher Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von Bietern in Vergabeverfahren und Auftragnehmern des Bun-*

*des beinhalten und durch deren Offenbarung diesen ein nicht nur unwesentlicher wirtschaftlicher Schaden entstehen würde, sofern nicht das Informationsinteresse der Allgemeinheit das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse überwiegt.*

*(2) Im Rahmen von Vergabeverfahren bereitgestellte Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken sowie abgeschlossene Verträge und weitere Bestandteile der Vertragswerke zwischen dem Bund und Privaten bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind der Allgemeinheit unverzüglich zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen. Absatz 1 Satz 2 und Satz 3 gelten entsprechend.*

*(3) Die Regelung nach Absatz 2 ist auch bei Vertragsanpassungen anzuwenden, die einen wesentlichen Umfang aufweisen.*

*(4) Vor der Befassung des Bundestages gemäß § 4 mit von der Bundesverwaltung geplanten funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sowie Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken der Allgemeinheit zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen.*

*(5) Absätze 1 bis 4 gelten für die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen entsprechend.*

*(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Transparenz gegenüber dem Bundestag und der Allgemeinheit bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 zu treffen.*

Wenn das Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen keine Regelungen bezüglich der Transparenz bei ÖPP-Vorhaben und sonstigen funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang beinhalten soll, wäre § 6 zu streichen. Vorgelagert wäre dann auch der Formulierungsvorschlag für Art. 90 Abs. 6 S. 3 GG (um den Bestandteil „und hat gegenüber Bundestag und Öffentlichkeit transparent zu erfolgen“) zu kürzen.

Nach Übernahme der Verantwortung für die Finanzierung von Investitionen im Bereich der BAB durch die BAB-Gesellschaft könnte – je nach Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft – die Möglichkeit verbleiben, Investitionsspielräume durch die Kapitalaufnahme Privater im Rahmen von ÖPP-Projekten auszuweiten. Gegen eine derartige Umgehung der Regelungen bzw. der Grundgedanken von Schuldenbremsen und etwaigen Verschuldungsbegrenzungen für die BAB-Gesellschaft sollte Vorsorge getroffen werden. Dies könnte durch die Aufnahme eines weiteren Absatzes in das hier vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen erfolgen.

Es sei darauf hingewiesen, dass der Bundesrechnungshof selber darauf gedrungen hat, dass sichergestellt wird, dass seine Prüfrechte im Bereich der BAB, die er auch im Kontext der Realisierung von ÖPP-Vorhaben wahrnimmt, durch die Gründung der BAB-Gesellschaft nicht eingeschränkt werden. In



diesem Zusammenhang hat der Bundesrechnungshof selber den Vorschlag unterbreitet, § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen neuen Absatz zu ergänzen, der folgend „ungeprüft“ wiedergegeben wird:

*„Unbeschadet der Regelung in § 92 Absatz 1 BHO prüft der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gesellschaft sowie ihrer regionalen (§ 4 Absatz 2) und weiterer Tochtergesellschaften. Soweit sich die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß § 5 Absatz 2 Dritter bedient, stellt sie sicher, dass der Bundesrechnungshof auch bei diesen erheben kann. § 91 BHO bleibt hiervon unberührt.“*

Damit die BAB-Gesellschaft auch selbst als Konzessionär nach dem F-Modell tätig werden kann, sollte in § 1 FStrPrivFinG nach Absatz 5 folgender Absatz 6 eingefügt werden:

*Als Privater im Sinne dieses Gesetzes gilt auch die Gesellschaft privaten Rechts nach dem Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Bundesautobahnen und andere Bundesfernstraßen.*

Ergänzend zu dem vorgeschlagenen Gebot der Gewährung einer Staatsgarantie für die Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG sollte § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen weiteren Absatz wie folgt ergänzt werden:

*Die BAB-Gesellschaft privaten Rechts ist zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen berechtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Kapital aufzunehmen, insbesondere Kreditoperationen im In- und Ausland durchzuführen sowie erforderliche Umschuldungen und Prolongationen von Kreditoperationen (Finanz-Transaktionen) vorzunehmen. Die Bundesrepublik Deutschland übernimmt die Haftung für die hierdurch von der Gesellschaft begründeten Zahlungsverpflichtungen gegen Berechnung einer marktüblichen Risikoprämie. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Zulässigkeit der Finanz-Transaktionen und zur Haftungsübernahme der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Berechnung der Risikoprämie zu treffen.*

## 1 Einleitung<sup>1, 2</sup>

Das Bundeskabinett hat am 14. Dezember 2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften beschlossen.<sup>3</sup> Mit diesen Gesetzesentwürfen legt die Bundesregierung konkrete gesetzliche Vorschläge zur Ausgestaltung und Umsetzung des Beschlusses der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 vor, der eine politische Absichtserklärung zu Reformen bei den „Bund-Länder-Finanzbeziehungen“ und bei der „Aufgabenerledigung im Bundesstaat“ beinhaltet hat.<sup>4</sup> Die Gesetzesentwürfe sollen auch den Teil des Beschlusses vom 14. Oktober 2016 umsetzen, der sich auf Reformen bei der Bereitstellung und Finanzierung der Bundesfernstraßen (BFS) bezieht, die die Bundesautobahnen (BAB) und die Bundesstraßen (BS) umfassen. Dieser Teil des Beschlusses lautet(e) wie folgt:

„Infrastrukturgesellschaft Verkehr

Reform der Bundesauftragsverwaltung mit Fokus auf Bundesautobahnen und Übernahme in die Bundesverwaltung (übrige Bundesfernstraßen opt out). Es soll eine unter staatlicher Regelung stehende privatrechtlich organisierte Infrastrukturgesellschaft Verkehr eingesetzt und das unveräußerliche Eigentum des Bundes an Autobahnen und Straßen im Grundgesetz festgeschrieben werden. Dazu entsprechende Ermächtigungen in Art. 90 GG. Eckpunkte für die Ausgestaltung sind festzulegen (u.a. Zeitplan, Regelungen in der Übergangsphase, Übergang von Personal-, Pensions- und Sachmitteln). Dabei sollen die Interessen der Beschäftigten hinsichtlich Status, Arbeitsplatz und Arbeitsort beachtet werden. Die Personalvertretungen werden eingebunden.“

Wesentliche Elemente der Vorschläge in den vom Bundeskabinett beschlossenen Gesetzesentwürfen beziehen sich auf die Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung (zumindest) bei den BAB und die

---

<sup>1</sup> Die Autoren bedanken sich bei Andrej Ryndin für eine kritische Durchsicht einer Entwurfsfassung dieses Gutachtens.

<sup>2</sup> Die Rechte der Autoren zur Veröffentlichung ihrer Forschungsarbeiten in dem vorliegenden Gutachten sind nicht (und dabei weder direkt noch indirekt) eingeschränkt gewesen. Deshalb ist in diesem Gutachten keine Kenntlichmachung gemäß Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („Darf eine wissenschaftliche Arbeit, ein Bericht oder ein Gutachten nicht ohne vorherige Einwilligung Dritter veröffentlicht werden, so ist dieser Sachverhalt bei der Veröffentlichung kenntlich zu machen.“) erforderlich. Übrigens können Angaben gemäß Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („In wissenschaftlichen Arbeiten sind Sachverhalte zu benennen, die auch nur potentiell zu Interessenskonflikten oder Befangenheit des Autors/der Autorin führen könnten.“) der persönlichen Homepage des Autors entnommen werden, der Mitglied des Vereins für Socialpolitik ist (siehe [https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt\\_mitarbeiter/prof\\_dr\\_thorsten\\_beckers](https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiter/prof_dr_thorsten_beckers)).

<sup>3</sup> Siehe <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2016/12/2016-12-14-pm26-bund-laender-finanzbeziehungen.html> (abgerufen am 30.01.2017). Die Gesetzesentwürfe können im Übrigen unter den folgenden Internetadressen heruntergeladen werden (Stand: 30.01.2017):

- <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2016-12-14-aenderung-grundgesetz.pdf>
- <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2016-12-14-neuregelung-bundesstaatliches-finanzausgleichssystem.pdf>

<sup>4</sup> Siehe <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2016/10/2016-10-14-beschluss-bund-laender.html> (abgerufen am 30.01.2017).

Gründung einer „Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen“, die im Folgenden abgekürzt als „BAB-Gesellschaft“ bezeichnet wird. In diesem Gutachten werden ausgewählte zentrale Fragen hinsichtlich der Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft und dies mit Bezug zu den BAB untersucht:<sup>5</sup>

- Welche gesetzlichen und dabei vor allem grundgesetzlichen Privatisierungsschranken sollten vom Gesetzgeber etabliert werden?
- Sollte die Bundesrepublik Deutschland für von der BAB-Gesellschaft aufgenommenes (Fremd-)Kapital bürgen und welcher diesbezügliche (grund- und einfach-)gesetzliche Regelungsbedarf besteht?
- Welche Rechtsform sollte die BAB-Gesellschaft aufweisen und welche diesbezüglichen (grund- und einfach-)gesetzlichen Regelungen sollten vom Gesetzgeber verabschiedet werden?

Dabei werden zunächst aus der Perspektive der Nutzer der BAB als Maut- und Steuerzahler die Vorschläge der Bundesregierung bezüglich dieser Ausgestaltungsfragen unter Rückgriff auf die Ergebnisse (institutionen-)ökonomischer Analysen bewertet. Anschließend wird dargelegt, wie Ausgestaltungsentscheidungen aus der Perspektive der Nutzer und somit der Maut- und Steuerzahler erfolgen sollten. Daran anknüpfend werden bezüglich der betrachteten zentralen Ausgestaltungsfragen konkrete Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung unterbreitet. Sofern es aus Nutzersicht vorzugswürdig ist, eine Anpassung (zumindest vorgelagert) auf verfassungsrechtlicher Ebene vorzunehmen, wird zunächst ein entsprechender Vorschlag unterbreitet und auf dieser Grundlage dann ein etwaiger einfachgesetzlicher Änderungsbedarf aufgezeigt. In einzelnen Fällen, in denen dies sinnvoll möglich ist, wird anschließend auch noch dargestellt, wie als „Ersatzlösung“ eine rein einfachgesetzliche Anpassung der Vorschläge der Bundesregierung umzusetzen wäre. Bei der Bewertung des Vorschlags der Bundesregierung zur Novellierung des Art. 90 GG werden die einfachgesetzlichen Anpassungsvorschläge berücksichtigt. Denn der einfachgesetzliche Anpassungsprozess ist auf Grund der zeitlichen Koinzidenz mit der Verfassungsänderung Teil der verfassungsrechtlichen Entstehungsgeschichte. Es ist daher nicht auszuschließen, dass er die künftige Auslegung des Grundgesetzartikels beeinflusst.

In diesem Gutachten wird in erheblichem Umfang auf Erkenntnisse aus bereits vorliegenden Studien und Gutachten zurückgegriffen<sup>6</sup>, die unter der Beteiligung von Autoren dieses Gutachtens entstanden sind. Es sind insbesondere die folgenden, mit Bezug zur Bereitstellung und Verwaltung der BFS bzw. der BAB<sup>7</sup> erstellten, Forschungsarbeiten zu nennen:<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Besonderheiten bei der Verwaltung eines Teils der Bundesstraßen durch die BAB-Gesellschaft werden in diesem Gutachten nicht thematisiert.

<sup>6</sup> Im Folgenden wird auf Verweise auf diese Studien und Gutachten z.T. verzichtet; dies gilt auch bei wörtlichen Übernahmen von Textabschnitten aus diesen Forschungsarbeiten.

<sup>7</sup> Insbesondere die Analysen zur Frage der Privatisierung der BAB-Gesellschaft sowie zu funktionalen Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz in diesem Gutachten greifen auf Erkenntnisse in den vorgenannten Publikationen zurück, jedoch ergänzen sie diese und beziehen sich erstmals auch auf die am 14. Dezember 2016 vom Bundeskabinett verabschiedeten Gesetzesentwürfe.

- Beckers et al. (2016) – Beckers, T. / Hermes, G. / Ryndin, A. / Weiß, H. / Becker, T. / Reuße, B. (2016): Reformmodelle für die Verwaltungsorganisation sowie die Bereitstellung und Finanzierung bei den Bundesfernstraßen – Eine institutionenökonomische Analyse unter Berücksichtigung (verfassungs-)rechtlicher Aspekte, im Auftrag des ADAC e.V. erstellte Studie, Online-Veröffentlichung.
- Hermes, G. / Weiß, H. (2016): Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG, erstellt im Auftrag des Ministeriums für Verkehr Baden-Württemberg.
- Beckers, T. / Hermes, G. / Weiß, H. / Ryndin, A. (2016): Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten für die Bundesautobahnen und Gestaltungsempfehlungen für grundgesetzliche Privatisierungsschranken, im Auftrag des Ministeriums für Verkehr des Landes Baden-Württemberg erstelltes Kurzgutachten.
- Hermes, G. / Weiß, H. / Beckers, T. (2016): Verhindert der Vorschlag der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung des Art. 90 GG eine Privatisierung der Bundesautobahnen? – Eine rechtliche und ökonomische Bewertung der Privatisierungsschranken in dem Entwurf der Bundesregierung zur Neufassung des Art. 90 GG vom 24.11.2016 unter Berücksichtigung der geplanten einfachgesetzlichen Anpassungen, im Auftrag des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes (ZDB) erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

Die Struktur des Gutachtens orientiert sich an den einzelnen zentralen Ausgestaltungsfragen hinsichtlich Bereitstellung und Finanzierung sowie Leistungserstellung bei den BAB im Allgemeinen und hinsichtlich der BAB-Gesellschaft im Speziellen. Zwischen den Ausgestaltungsfragen bestehen teilweise Interdependenzen; hierauf wird hingewiesen.

Die vom Bundeskabinett am 14. Dezember 2016 verabschiedeten Gesetzesentwürfe werden wie folgt abgekürzt:

- „GG-Entwurf-BReg“ (Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes)

---

<sup>8</sup> Außerdem wird ergänzend auf Erkenntnisse aus den folgenden Forschungsarbeiten zu Fragen der Eigentümerschaft bei monopolistischen Unternehmen im Infrastrukturbereich, der Eignung netzweiter ÖPP- und Privatisierungsmodelle bei BAB und der privaten Kapitalbereitstellung bei ÖPP-Vorhaben zurückgegriffen:

- Beckers, T. / Bieschke, N. / Lenz, A.-K. / Heurich, J. / Kühling, J. / Hertel, W. / Schäfer, D. (2014): Alternative Modelle für die Organisation und die Finanzierung des Ausbaus der Stromübertragungsnetze in Deutschland – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse unter Einbezug juristischer und technischesystemischer Expertise; Studie im Rahmen des vom Ministerium für Finanzen und Wirtschaft (MFW) des Landes Baden-Württemberg, vom Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk (MWEIMH) des Landes Nordrhein-Westfalen und vom Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Technologie (TMWAT) beauftragten Projektes „Alternativen zur Finanzierung des Ausbaus der Übertragungsnetze in Deutschland“, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Klatt, J. P. / Maerschalk, G. (2009): Organisationsmodelle für die Produktion und Finanzierung im Bereich der Bundesautobahnen – Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung ingenieurwissenschaftlicher Erkenntnisse, Studie im Rahmen des von der Verkehrsforschung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) geförderten Projektes NEMO-BAB, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Brenck, A. / Gehrt, J. / Klatt, J. P. (2008): Rationalität und Ausgestaltung privater Finanzierung in PPP-Projekten, Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD), Online-Veröffentlichung.

Auf Verweise auf diese Studien und Gutachten wird in diesem Gutachten verzichtet.

- „Begleitgesetz-Entwurf-BReg“ (Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften)

Beide Gesetzesentwürfe werden in ihrer Gesamtheit mit „Gesetzesentwürfe-BReg“ bezeichnet. Der Entwurf zur Novellierung des Art. 90 GG wird „Art. 90 GG-Entwurf-BReg“ benannt. Das im Begleitgesetz-Entwurf-BReg enthaltene Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen (InfrGG) wird nachfolgend als „InfrGG-Entwurf-BReg“ abgekürzt. Zum Teil wird in diesem Gutachten auch auf die bereits am 24. November 2016 von der Bundesregierung vorgelegten (Vor-)Entwürfe für die Änderung des Grundgesetzes und damit auch des dort enthaltenen Art. 90 GG sowie für das Begleitgesetz eingegangen.<sup>9</sup> Diese werden nachfolgend „Art. 90 GG-Vorentwurf-BReg“ sowie „Begleitgesetz-Vorentwurf-BReg“ abgekürzt.

## **2 Privatisierungen und Privatisierungsschranken**

Wie in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 7 ff) dargestellt, sind einige Privatisierungsformen bei den BAB aus der Sicht von Nutzern als Maut- und Steuerzahlern als nachteilig anzusehen, so dass gewisse grundgesetzliche Privatisierungsschranken etabliert werden sollten. Hierauf wird in diesem Abschnitt mit Bezug zu den verschiedenen relevanten Privatisierungsformen und -varianten eingegangen.<sup>10</sup> Im Fokus der Betrachtung stehen die Absätze 1 und 2 des Art. 90-Entwurf-BReg. Diese lauten wie folgt:

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

(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen. Diese Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.

Außerdem sind Regelungen aus dem Begleitgesetz-Entwurf-BReg zu berücksichtigen.

### **2.1 Zivilrechtliches Eigentum**

Das zivilrechtliche Eigentum<sup>11</sup> ist nach Art. 90 GG-Entwurf-BReg zwar dem Bund zugeordnet. Die Nutzungsrechte an den BAB sollen aber nach den Regelungen des Begleitgesetz-Entwurf-BReg so umfassend auf die BAB-Gesellschaft übertragen werden, dass von einer Eigentümerstellung der Bundesrepublik Deutschland nur noch in einem formalen Sinne die Rede sein kann. Im Zusammenhang mit der Gewährung eines öffentlich-rechtlichen (und ergänzend: zivilrechtlichen) Nießbrauchs an

---

<sup>9</sup> Diese (Vor-)Entwürfe sind im Übrigen in HERMES / WEISS / BECKERS (2016) hinsichtlich der enthaltenen Privatisierungsschranken bereits untersucht worden.

<sup>10</sup> Unter einer Privatisierungsvariante wird hier die Anwendung einer bestimmten Privatisierungsform (z.B. Kapitalprivatisierung oder funktionale Privatisierung) in einer bestimmten Ausgestaltungsweise und Konstellation (z.B. hinsichtlich der Laufzeit von Verträgen oder hinsichtlich der Länge der einbezogenen Strecke bzw. Netzbestandteile) verstanden.

<sup>11</sup> Vgl. auch HERMES / WEISS / BECKERS (2016, S. 5 ff).

den BAB soll zukünftig das wirtschaftliche Eigentum auf die BAB-Gesellschaft übergehen. Dies wäre mit Blick auf die Risiken der Privatisierung (nur) dann als relativ unproblematisch anzusehen, wenn eine wirksame grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgesehen wäre; das ist aber nicht der Fall (hierzu Abschnitte 2.2 und 2.3). Im Übrigen geht es bei der geplanten Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an die BAB-Gesellschaft aus Nutzersicht nicht nur um Privatisierungsrisiken, sondern auch um die Verschuldung der Gesellschaft. Von zentraler Bedeutung ist vor allem die Frage, ob die Gesellschaft bereits in der Gründungsphase verschuldet werden soll bzw. werden muss, was jedoch in diesem Gutachten nicht betrachtet wird.<sup>12</sup>

## **2.2 (Unmittelbare und mittelbare) Beteiligung Privater an der Gesellschaft sowie Mezzanine-Finanzierungen**

### **2.2.1 Grundsätzliche Empfehlung auf Basis (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse**

Wie an anderer Stelle erläutert<sup>13</sup>, sollte die BAB-Gesellschaft weder voll- noch teilprivatisiert werden; dies sollte durch grundgesetzliche Privatisierungsschranken sichergestellt werden. Dieser Privatisierungsschutz sollte sich selbstverständlich auch auf Umgehungstatbestände beziehen, wie insbesondere

- die mittelbare Beteiligung privater Investoren an der Gesellschaft (so genannte „atypische stille Beteiligungen“),
- die Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft, die von dieser für die Verwaltung der BAB gegründet werden,
- die Kapitalaufnahme über eigenkapitalähnliche und auch als „Mezzanine-Finanzierung“ bezeichnete Finanzierungsinstrumente, die zwar als Fremdkapital eingeordnet werden, aber eigenkapitalähnliche Renditen aufweisen.

### **2.2.2 Bewertung der Gesetzesentwürfe und Änderungsvorschläge**

#### **2.2.2.1 Unmittelbare und mittelbare Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft**

##### ***BEURTEILUNG DER GESETZESENTWÜRFE DER BUNDESREGIERUNG***

Die unmittelbare Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft ist gemäß Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg klar ausgeschlossen.

Keine Klarheit besteht hingegen bezüglich der Frage, ob auch mittelbare Beteiligungen Privater in Form so genannter „atypischer stiller Beteiligungen“ ausgeschlossen sind. Der Aspekt ist in HERMES / WEISS / BECKERS (06.12.2016, S. 10 ff) bereits mit Bezug zu dem damals vorliegenden Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Vorentwurf-BReg erörtert worden, dessen Wortlaut im Art. 90 GG-Entwurf-BReg beibehalten wurde. Dort ist dargestellt, dass die Formulierung

---

<sup>12</sup> Insofern bleibt die Beantwortung dieser Frage zukünftigen Analysen vorbehalten.

<sup>13</sup> Vgl. BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 9 ff und S. 18 f.).

*„Die Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes.“*

nicht eindeutig ist. Es ist nicht klar, was unter „Eigentum“ in diesem Zusammenhang zu verstehen ist und (vor allem), auf was es sich genau bezieht – nur auf die Anteile an der Gesellschaft oder auch auf die (vollständige) Herrschaftsmacht über die Gesellschaft und den (vollständigen) wirtschaftlichen Nutzen aus der Gesellschaft. Dies hat bei der parallelen Formulierung in Art. 87e Abs. 3 GG bereits verfassungsrechtliche Kontroversen ausgelöst. Mit der erneuten Verwendung der Formulierung ist eine erneute Kontroverse vorprogrammiert.

Die nunmehr vorliegende Begründung zu Art. 90 GG-Entwurf-BReg gibt zu der Frage keinen Aufschluss. Die Erläuterung ist ohne jeden Inhalt. Sie begnügt sich mit der Wiederholung des Norminhalts:

*„In Satz 3 wird festgeschrieben, dass die Gesellschaft im unveräußerlichen Eigentum des Bundes steht. Die Einzelheiten werden in einem Bundesgesetz geregelt.“*

Über die Intention der Norm gibt dies keine Auskunft. Auch der gesetzliche Regelungsvorbehalt wird nicht erläutert. Es bleibt gerade offen, wie weit der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers reichen soll.

Gewisse Veränderungen gibt es auf der Ebene der Begleitgesetze: Die einfachgesetzliche Regelung im Begleitgesetz-Vorentwurf-BReg (§ 1 Abs. 2 des Entwurfs des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr) hatte den Wortlaut:

*„Die Gesellschaftsanteile stehen im Eigentum des Bundes.“*

In dem nunmehr vorliegenden Entwurf des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen (InfrGG) heißt es dagegen:

*„Die Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes.“*

Eine Klärung ist damit nicht verbunden. Zwar wird die Reduktion des Bezugspunktes auf die Gesellschaftsanteile nunmehr vermieden. An die Stelle tritt aber keine eindeutige Formulierung. Es wird lediglich der – unklare – verfassungsrechtliche Wortlaut wiederholt.

Es bleibt daher bei der Beurteilung, dass mittelbare Beteiligungen Privater an der Gesellschaft nicht sicher ausgeschlossen sind.

#### **KONKRETER VORSCHLAG ZUR ANPASSUNG VON ART. 90 GG-ENTWURF-BREG**

Vor diesem Hintergrund ist zur Beseitigung der dargestellten Restunsicherheiten zu empfehlen, im zukünftigen Art. 90 Abs. 2 S. 3 eine eindeutige und klare Regelung vorzusehen. Das könnte durch folgende Formulierung erreicht werden:

*Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft ist ausgeschlossen.*

Damit wäre auf der Verfassungsebene eine klare Privatisierungsschranke hinsichtlich der mittelbaren Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft etabliert. Zur Begründung könnte ausgeführt werden:<sup>14</sup>

*Durch Satz 3 werden die unmittelbare und die mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft ausgeschlossen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Bund die (vollständige) Herrschaftsmacht über die Gesellschaft und den (vollständigen) wirtschaftlichen Nutzen aus der Gesellschaft behält.*

Durch Regelungen auf einfachgesetzlicher Ebene lässt sich eine verfassungsrechtliche Schranke nicht errichten. Der folgende alternative Formulierungsvorschlag für § 1 Abs. 2 des Entwurfs des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen (InfrGG) kann daher allenfalls die zweitbeste Lösung sein:

*Die Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes. Dies schließt sowohl unmittelbare als auch mittelbare Beteiligungen Privater an der Gesellschaft aus.*

### **2.2.2.2 Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft**

#### **BEURTEILUNG DER GESETZESENTWÜRFE DER BUNDESREGIERUNG**

§ 4 Abs. 2 des Entwurfs des Gründungsgesetzes für die BAB-Gesellschaft beinhaltet sowohl im Begleitgesetz-Vorentwurf-BReg als auch im Begleitgesetz-Entwurf-BReg eine Regelung zur Gründung regionaler Tochtergesellschaften durch die BAB-Gesellschaft. Die Vorschrift lautet in den beiden hier voneinander abweichenden Entwürfen wie folgt:

- *Begleitgesetz-Vorentwurf-BReg: „Die Gesellschaft privaten Rechts richtet bedarfsgerecht regionale Tochtergesellschaften ein.“*
- *Begleitgesetz-Entwurf-BReg: „Die Gesellschaft privaten Rechts richtet bedarfsgerecht regionale Tochtergesellschaften ein, die im unveräußerlichen Eigentum des Bundes stehen.“*

HERMES / WEISS / BECKERS (2016, S. 11) kommen mit Bezug zu Art. 90 GG-Vorentwurf-BReg, zu dem – wie bereits erwähnt – noch keine Begründung vorlag, zu folgender Einschätzung:

„[Es] ist zweifelhaft, dass Art. 90 Abs. 2 GG-RE die ... Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften erlaubt. Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG-RE normiert, dass sich der Bund zur Erfüllung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen kann. Hierauf bezieht sich die Privatisierungsschranke des Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE. Das legt nahe, dass eine Gesellschaft, die Aufgaben des Bundes erfüllt, in öffentlichem Eigentum stehen muss. Unter teleologischen Gesichtspunkten müsste dies auch für regionale Tochtergesellschaften gelten, denen die Muttergesellschaft bestimmte Aufgaben für eine bestimmte Region weiterüberträgt. Eine zweifelsfreie Einschätzung ist jedoch zumindest solange nicht möglich, wie die Begründung des Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE noch nicht vorliegt. In jedem Fall ist dem Verfassungsgeber zu empfehlen, die Frage der Beteiligung Privater am Eigenkapital von Tochtergesellschaften

---

<sup>14</sup> Dies könnte im parlamentarischen Prozess im Rahmen von Stellungnahmen (des Bundesrates, der Ausschüsse) oder (Gegen-)Äußerungen der Bundesregierung geschehen.



im Verfassungstext oder jedenfalls in der Begründung klar zu adressieren und dabei eine auch diesbezüglich wirksame Privatisierungsschranke zu implementieren.“

Diese Einschätzung hat auch bezüglich des Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf-BReg Gültigkeit. Denn der verfassungsrechtliche Wortlaut wurde nicht verändert. Die Begründung zu Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf-BReg bringt keine Klarheit.

*„In Satz 3 wird festgeschrieben, dass die Gesellschaft im unveräußerlichen Eigentum des Bundes steht. Die Einzelheiten werden in einem Bundesgesetz geregelt.“*

Die regionalen Tochtergesellschaften werden nicht angesprochen. Die Formulierung gibt auch keinen Aufschluss über die Funktionen der Privatisierungsschranke. Der gesetzliche Regelungsvorbehalt wird nicht erläutert. Es bleibt gerade offen, wie weit der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers reichen soll.

Vor diesem Hintergrund gilt weiterhin: Es ist naheliegend, dass die Festschreibung des Eigentums auch regionale Tochtergesellschaften erfasst. Die wünschenswerte Klarheit besteht aber auf verfassungsrechtlicher Ebene nach wie vor nicht. Die einfachgesetzliche Festschreibung des „unveräußerlichen Eigentums“ an den regionalen Tochtergesellschaften im InfrGG-Entwurf-BReg hat keinen verfassungsrechtlichen Gehalt. Es ist fraglich, ob die Regelung als (entstehungsgeschichtliches) Indiz für das gewollte Verständnis von Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf-BReg bewertet werden kann. Dem könnte entgegengehalten werden, dass es sich nur um eine mögliche Variante der Ausgestaltung auf Grundlage des gesetzlichen Regelungsvorbehalts des Art. 90 Abs. 2 Satz 4 GG-Entwurf-BReg handelt.

#### **KONKRETER VORSCHLAG ZUR ANPASSUNG DER BEGRÜNDUNG ZU ART. 90 GG-ENTWURF-BREG**

Um die verbleibenden Restzweifel zu beseitigen, ist daher zu empfehlen, das Privatisierungsverbot in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG auch auf Tochtergesellschaften zu erstrecken:

*Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen.*

Zur Begründung der Norm könnte ausgeführt werden:<sup>15</sup>

*Durch Satz 3 werden die unmittelbare und die mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft ausgeschlossen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Bund die (vollständige) Herrschaftsmacht über die Gesellschaft und den (vollständigen) wirtschaftlichen Nutzen aus der Gesellschaft behält. Das Verbot gilt auch für Tochtergesellschaften, die von der Gesellschaft für die Verwaltung der in ihrem Zuständigkeitsbereich befindlichen Strecken und damit zusammenhängende Verwaltungsaufgaben gegründet werden.*

In dem Vorschlag wird bewusst nicht von „regionalen Tochtergesellschaften“, sondern allgemein von „Tochtergesellschaften“ gesprochen, die in die Verwaltung der von der BAB-Gesellschaft betreuten Strecken eingebunden sind. Dadurch wird klargestellt, dass das Privatisierungsverbot immer dann gilt,

---

<sup>15</sup> Wie bereits in Fußnote 14 erwähnt, kann dies im parlamentarischen Prozess im Rahmen von Stellungnahmen (des Bundesrates, der Ausschüsse) und (Gegen-)Äußerungen der Bundesregierung geschehen.

wenn Tochtergesellschaften mit Verwaltungsaufgaben betraut werden. Dies gilt sowohl für die (teil-)räumliche Zuordnung von Aufgaben (regionale Tochtergesellschaften) als auch für die (teil-)sachliche Zuordnung von Aufgaben (z. B. Tochtergesellschaft für den Betriebsdienst oder IT-Aufgaben).

### **2.2.2.3 Kapitalaufnahme über eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente („Mezzanine-Finanzierung“)**

#### **BEURTEILUNG DER GESETZESENTWÜRFE DER BUNDESREGIERUNG**

Es ist denkbar, dass die BAB-Gesellschaft eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine) einsetzt, die zwar „offiziell“ dem Fremdkapital zugerechnet werden, bei denen aber eigenkapitalähnliche Renditen vorliegen. Hierdurch könnte – wie in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 13 ff) erörtert – das Verbot der Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft umgangen werden.<sup>16</sup> Durch die in Abschnitt 2.2.2.1 vorgeschlagene (Privatisierungs-)Schranke gegen eine mittelbare Beteiligung Privater durch atypische stille Beteiligung wird der Einsatz eigenkapitalähnlicher Finanzierungsinstrumente nicht oder zumindest nicht sicher unterbunden. Eine derartige Mezzanine-Finanzierung kann jedoch unkompliziert durch die grundgesetzliche Vorgabe verhindert werden, dass der Bund für das von der Gesellschaft aufgenommene (Fremd-)Kapital haftet. Eine Haftungszusage des Bundes ist nicht nur zur Verhinderung der Umgehung der (Privatisierungs-)Schranke geeignet, sondern auch zur Minimierung der Kosten der („normalen“) Fremdkapitalaufnahme angezeigt (siehe hierzu Abschnitt 3).

Art. 90 GG-Entwurf-BReg sieht eine Staatshaftung für das von der BAB-Gesellschaft aufgenommene Kapital nicht vor. Auch im Begleitgesetz-Entwurf-BReg findet sich keine entsprechende Regelung.

#### **KONKRETER VORSCHLAG ZUR ANPASSUNG VON ART. 90 GG-ENTWURF-BREG**

Es ist zu empfehlen, in Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg folgenden Satz 4 (neu) aufzunehmen:

*Die Bundesrepublik Deutschland haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.*

Zur Begründung könnte ausgeführt werden:<sup>17</sup>

*Satz 4 ordnet die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft an. Dadurch sollen unnötige Kapitalkosten vermieden und eine Umgehung des Verbots der Beteiligung Privater an der Gesellschaft durch eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente wie Genussscheine (Mezzanine-Finanzierung) verhindert werden.*

---

<sup>16</sup> Die Verwendung von Genussscheinen als einem eigenkapitalähnlichem Finanzierungsinstrument, das als Fremdkapital eingestuft ist, zur Kapitalaufnahme durch eine im öffentlichen Eigentum befindliche Gesellschaft wird auch im (End-)Bericht (Titel: „Stärkung von Investitionen in Deutschland“) der im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft und Energie tätigen Expertenkommission angesprochen. Dort heißt es auf S. 41:

„Eine erste Möglichkeit zur Umsetzung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist die Schaffung einer Gesellschaft in einhundertprozentigem Bundesbesitz. [...] Eine solche Konstruktion würde eine Möglichkeit schaffen, die Bundesfernstraßen an die Gesellschaft zu übertragen. Als alleiniger Anteilseigner müsste die Kapitalisierung der Gesellschaft jedoch vollständig durch den Bund sowie zusätzlich durch die Einbindung privater Mittel über die Begebung von Anleihen oder Genussscheinen erfolgen.“

<sup>17</sup> Dies kann – wie bereits in Fußnote 14 dargestellt – im parlamentarischen Prozess im Rahmen von Stellungnahmen (des Bundesrates, der Ausschüsse) und (Gegen-)Äußerungen der Bundesregierung geschehen.

Die Staatshaftung bedarf ergänzender einfachgesetzlicher Regelungen. Hierauf wird nachfolgend in Abschnitt 3 eingegangen.

**(REIN) EINFACHGESETZLICHE ERSATZLÖSUNG**

Sollte die vorstehend präsentierte Vorzugslösung einer entsprechenden Regelung auf Verfassungsebene (mit einfachgesetzlichen Konkretisierungen) – aufgrund welcher politischer Restriktionen auch immer – nicht umsetzbar sein, so wäre zu empfehlen, dies mindestens auf einfachgesetzlicher Ebene vorzusehen. Hierzu könnte § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen neuen Absatz ergänzt werden, der die Haftung des Bundes für die Verbindlichkeiten der BAB-Gesellschaft anordnet (siehe hierzu Abschnitt 3).

**2.2.2.4 Fazit und Zusammenstellung der vorgeschlagenen konkreten Anpassungen an den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung**

Art. 90 GG-Entwurf-BReg enthält keine effektiven Privatisierungsschranken hinsichtlich

- mittelbarer Formen der Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft,
- der Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft,
- Formen der Mezzanine-Finanzierung.

Die Defizite könnten durch die (Re-)Formulierung von Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg und die Einfügung eines neuen Satzes 4 in Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg behoben werden, wodurch der bisherige Satz 4 zu Satz 5 würde. Art. 90 Abs. 2 S. 3 bis 5 GG würde dann wie folgt lauten:

*Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen. Die Bundesrepublik Deutschland haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.*

Zur Begründung wäre (insgesamt) zu formulieren:

*Durch Satz 3 werden die unmittelbare und die mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft ausgeschlossen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Bund die (vollständige) Herrschaftsmacht über die Gesellschaft und den (vollständigen) wirtschaftlichen Nutzen aus der Gesellschaft behält. Das Verbot gilt auch für Tochtergesellschaften, die von der Gesellschaft für die Verwaltung der in ihrem Zuständigkeitsbereich befindlichen Strecken und damit zusammenhängende Verwaltungsaufgaben gegründet werden. Satz 4 ordnet die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft an. Dadurch sollen unnötige Kapitalkosten vermieden und eine Umgehung des Verbots der Beteiligung Privater an der Gesellschaft durch eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente wie Genussscheine (Mezzanine-Finanzierung) verhindert werden.*

## **2.3 Funktionale Privatisierung – insbesondere ÖPP-Modelle bei Teilnetzen**

### **2.3.1 Einordnungen und Empfehlungen auf Basis (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse und Überblick über das weitere Vorgehen**

#### **DEFINITION UND EINORDNUNGEN**

Die funktionale Privatisierung ist ein Sammelbegriff für die Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Sie umfasst insbesondere die vertragliche Übergabe von Aufgaben von der öffentlichen Hand (als Auftraggeber) an private Unternehmen (als Auftragnehmer) im Rahmen so genannter „Contracting Out“-Lösungen.<sup>18</sup> Funktionale Privatisierungen liegen demnach bei der so genannten konventionellen Beschaffungsvariante vor, wie sie bei den BFS traditionell angewendet wird; zur funktionalen Privatisierung zählt aber auch die Projektrealisierung nach dem ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaften)-Ansatz, der seit etwa einem Jahrzehnt bei den BAB ergänzend zur konventionellen Beschaffung herangezogen wird.<sup>19</sup> Der ÖPP-Ansatz kann seinerseits unterschiedliche Formen annehmen – von der Vergabe integrierter Aufträge, die mehrere Aufgaben (wie Teile der Planung sowie Bau, Erhaltung und Betrieb) langfristig bündeln, bis hin zu Konzessionierungen. Für Konzessionierungen im Bereich der Fernstraßen ist kennzeichnend, dass der Private mit der Leistungserstellung nach dem ÖPP-Ansatz betraut wird und als Gegenleistung keine Vergütung, sondern vielmehr das Recht zur Erhebung und Vereinnahmung einer Maut übertragen bekommt.<sup>20</sup> Da Konzessionslösungen eine besonders weitreichende Ausprägung der funktionalen Privatisierung sind, werden sie in diesem Abschnitt 2.3 erörtert.

#### **GRUNDSÄTZLICHE EMPFEHLUNGEN AUF BASIS (INSTITUTIONEN-)ÖKONOMISCHER ERKENNTNISSE**

Unter Rückgriff auf (institutionen-)ökonomische Erkenntnisse sind funktionale Privatisierungen bei den BAB aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler wie folgt einzuordnen<sup>21</sup>:

- Funktionale Privatisierungen im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante sind grundsätzlich sehr sinnvoll und die Basis für die Leistungserstellung im Bereich der BAB. Die Frage der Etablierung von Privatisierungsschranken im Allgemeinen und im Grundgesetz im Speziellen stellt sich insofern nicht.
- Dagegen ist die Anwendung des ÖPP-Ansatzes auf Teilnetze der BAB („Teilnetz-ÖPP“) oder sogar das Gesamtnetz („Gesamtnetz-ÖPP“) eindeutig unwirtschaftlich. Mit derartigen Netz-ÖPP – die hinsichtlich der Leistungserstellung eine große Ähnlichkeit zu den privaten, für

---

<sup>18</sup> Siehe statt vieler *Schultze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 110: „Bei der funktionalen Privatisierung bleibt es (wie bei der Organisationsprivatisierung) bei der Zuständigkeit des Verwaltungsträgers für eine bestimmte Aufgabe, doch wird der Vollzug der Aufgaben durch die Leistungserbringung oder Aufgabendurchführung echten Privatrechtssubjekten als Verwaltungshelfern übertragen („Verfahrensprivatisierung“, „Contracting out“). Das kann sich auch auf die Art der Finanzierung erstrecken, wenn privates Kapital statt staatlicher Haushaltsmittel öffentliche Einrichtungen vorfinanziert („Finanzierungsprivatisierung“).“

<sup>19</sup> Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 62.

<sup>20</sup> Vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 8. Aufl. 2014, VwVfG § 1 Rn. 135, der insoweit zwischen „Submissionssystemen“ und „Konzessionssystemen“ unterscheidet.

<sup>21</sup> Vgl. die Darstellung in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 8 f. und S. 15 ff. sowie S. 17 ff.).

Teilnetze zuständigen Autobahnkonzessionsgesellschaften in Frankreich aufweisen würden – könnte das grundgesetzliche Verbot der Kapitalprivatisierung einer BAB-Gesellschaft effektiv umgangen werden. Daher sollten Netz-ÖPP verfassungsrechtlich ausgeschlossen werden.

- Für sonstige ÖPP-Vorhaben, die unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens einen wesentlichen Umfang aufweisen, sollten eine Laufzeitbegrenzung auf maximal 30 Jahre und Transparenzpflichten grundgesetzlich vorgeschrieben werden.<sup>22</sup> Weitere Einzelheiten einschließlich der näheren Definition und Abgrenzung von ÖPP-Vorhaben mit wesentlichem Umfang und Teilnetz-ÖPP-Vorhaben sollten gesetzlich geregelt werden. Unter anderem angesichts des Umgehungspotentials hinsichtlich des Kapitalprivatisierungsverbots durch die Realisierung von Teilnetz-ÖPP oder ein Gesamtnetz-ÖPP sollte das Grundgesetz für dieses Gesetz erhöhte Zustimmungserfordernisse vorgeben.

### **ÜBERBLICK ÜBER DAS WEITERE VORGEHEN**

In dem folgenden (Unter-)Abschnitt 2.3.2 werden die Gesetzesentwürfe-BReg daraufhin untersucht, ob sie Privatisierungsschranken gemäß der vorstehenden Empfehlungen enthalten. Dabei wird auf ÖPP- und Konzessionslösungen im Allgemeinen und deren Anwendung bei Teilnetzen (Teilnetz-ÖPP / Teilnetz-Konzessionen) im Speziellen unter Berücksichtigung der „Auftraggeberebene“ (unmittelbare Bundesverwaltung oder BAB-Gesellschaft) eingegangen:

- In Abschnitt 2.3.2.1 werden ÖPP-Vorhaben betrachtet, bei denen die BAB-Gesellschaft als (öffentlicher) Auftraggeber agiert. Diese ÖPP-Vorhaben sind – bildhaft gesprochen – „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft „verortet“.
- In Abschnitt 2.3.2.2 wird auf die Möglichkeit eingegangen, dass die Bundesrepublik Deutschland – vertreten durch die unmittelbare Bundesverwaltung (z. B. das zuständige Ministerium oder das Fernstraßen-Bundesamt) – selbst als Auftraggeber auftritt. Diese ÖPP-Vorhaben stehen – bildhaft gesprochen – „unterhalb“ der Bundesrepublik Deutschland und „neben“ der BAB-Gesellschaft.

Hierzu ist zu erläutern: Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg schafft zwar die Grundlage dafür, dass der Bund sich der BAB-Gesellschaft zur Verwaltung der BAB bedienen kann. Das heißt aber nicht zwangsläufig, dass er die Gesellschaft errichten muss oder dass er – wenn der die Gesellschaft errichtet – das gesamte BAB-Netz der BAB-Gesellschaft zur Verwaltung übertragen muss. So besteht derzeit die Möglichkeit, dass der Bund direkt eine Konzession nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) an einen Privaten vergibt. Der entsprechende Streckenabschnitt würde nicht mehr im Zuständigkeitsbereich der BAB-Gesellschaft liegen. Die nach dem FStrPrivFinG vergebenen Konzessionen – auch als „F-Modell-Konzessionen“ bezeichnet – stehen gewissermaßen „auf gleicher Höhe“ wie die BAB-Gesellschaft und damit „neben“ dieser. F-Modell-Konzessionen und diesbezügliche Privatisierungsschranken werden in Abschnitt 2.3.2.2.1 betrachtet. In Abschnitt 2.3.2.2.2 werden so-

---

<sup>22</sup> In diesem Gutachten wird bezüglich ÖPP, die nicht die Größe von Teilnetz-ÖPP aufweisen und auch als „Objekt-ÖPP“ oder „Strecken-ÖPP“ bezeichnet werden, dem Vorgehen in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. S. 19) gefolgt und insofern werden auch die dort getroffenen Annahmen aufgegriffen.

dann alternative Wege zur Anwendung des ÖPP-Ansatzes und zur Vergabe von Konzessionen an Private „unterhalb“ des Bundes und somit „neben“ der BAB-Gesellschaft thematisiert.

Anschließend werden in Abschnitt 2.3.3 konkrete Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe-BReg unter Berücksichtigung der vorher identifizierten Defizite unterbreitet.

## **2.3.2 Bewertung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung**

### **2.3.2.1 Anwendung des ÖPP-Ansatzes als funktionale Privatisierung „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft im Allgemeinen und bei Teilnetzen („Teilnetz-ÖPP“) im Speziellen**

Art. 90 GG-Entwurf-BReg begrenzt die Möglichkeiten funktionaler Privatisierungen nicht explizit. Die Norm trifft insbesondere keine ausdrücklichen Regelungen zu Teilnetz-ÖPP. Fraglich ist, ob Art. 90 GG-Entwurf-BReg eine implizite Privatisierungsschranke für die funktionale Privatisierung beinhaltet. Denkbar ist, dass die vorgesehene Privatisierungsschranke bezüglich der BAB-Gesellschaft in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg angesichts ihrer Zielsetzung über den Wortlaut hinaus erweiternd auszulegen ist. Das erscheint jedenfalls für Konstellationen, in denen eine funktionale Privatisierung den Charakter einer Umgehung der festgeschriebenen Privatisierungsschranken annimmt, grundsätzlich vorstellbar. Allerdings hängt diese Frage entscheidend davon ab, welche Ziele mit der normierten Privatisierungsschranke genau verfolgt werden. Die Gesetzesbegründung zu Art. 90 GG-Entwurf-BReg geht hierauf – wie bereits dargestellt – nicht ein. Dies bringt erhebliche Unsicherheiten mit sich.

Die Regelungsvorschläge und zugehörigen Begründungen im Begleitgesetz-Entwurf-BReg können die wünschenswerte verfassungsrechtliche Rechtssicherheit schon deswegen nicht bringen, weil es sich um einfaches Gesetzesrecht handelt, das auf der Grundlage der Konkretisierungsbefugnis in Art. 90 Abs. Satz 4 GG-Entwurf-BReg erlassen werden soll und das später jederzeit geändert werden könnte.

Die einfachgesetzlichen Regelungsentwürfe (samt Begründung) enthalten aber auch keine Privatisierungsschranken. Im Gegenteil geht aus ihnen die Intention hervor, weitreichende funktionale Privatisierungen zuzulassen, und zwar auch die Einbeziehung Privater nach dem ÖPP-Ansatz und dabei nicht zuletzt auch in Finanzierungsaufgaben.

§ 5 Abs. 2 InfrGG-Entwurf-BReg lautet:

*„Die Gesellschaft kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter bedienen.“*

Damit gestattet der Gesetzgeber die Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung der Gesellschaft, ohne Grenzen zu setzen. Die Gesetzesbegründung könnte dieses Defizit schon nach den Regeln der Gesetzesauslegung kaum beheben. Tatsächlich spricht die Gesetzesbegründung auch keine (klaren) Schranken an. Die teilweise widersprüchlichen Ausführungen lassen vielmehr erkennen, dass durchaus weitreichende Privatisierungen – einschließlich ÖPP-Modellen – möglich sein sollen. Die Begründung lautet:

*„Absatz 2 eröffnet die Möglichkeit, dass sich die Gesellschaft für die Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben auch Dritte einbinden kann. Dabei hat die Gesellschaft das jeweils geltende Vergaberecht zu beachten. Eine funktionale Privatisierung ist durch diese Regelung nicht intendiert, vielmehr sollen der Gesellschaft die Möglichkeiten eröffnet werden, die derzeit auch*

*die Straßenbauverwaltungen der Länder im Rahmen der Projektrealisierung nutzen. Bei den Dritten kann es sich auch um Verwaltungshelfer handeln.“*

Mit diesen Formulierungen werden keine inhaltlichen Grenzen gesetzt. Der Hinweis auf das Vergaberecht ist eine Selbstverständlichkeit mit rein verfahrensrechtlichem Charakter. Die Aussage, dass eine funktionale Privatisierung nicht intendiert sei, steht – jedenfalls bei Zugrundelegung der üblichen Definition einer „funktionalen Privatisierung“ (vgl. dazu Abschnitt 2.3.1 und die dort angegebenen Quellen)<sup>23</sup> – in offensichtlichem Widerspruch zu den folgenden Aussagen, wonach die BAB-Gesellschaft die bislang von den Ländern genutzten Möglichkeiten haben und Dritte „auch“ als Verwaltungshelfer einbinden soll. Denn die Länder greifen in ständiger Praxis auf funktionale Privatisierungen zurück, und zwar neben der konventionellen Beschaffung gerade auch auf den ÖPP-Ansatz. Der Hinweis auf die bisherige Praxis der Straßenbauverwaltungen im Rahmen der Projektrealisierung beinhaltet also keine Begrenzung.<sup>24</sup> Auch die angesprochene Verwaltungshilfe ist eine Form der funktionalen Privatisierung. Hinzu kommt: Wenn es sich bei den Dritten „auch“ um Verwaltungshelfer<sup>25</sup> handeln kann, deutet dies gerade darauf hin, dass § 5 Abs. 2 InfrGG-Entwurf-BReg neben der Verwaltungshilfe auch weitergehende funktionale Privatisierungen, bei denen es zu Verantwortungsverlagerungen auf Private kommt (z. B. ÖPP-Modelle), keinesfalls unterbinden will.

Insofern kann festgehalten werden, dass § 5 Abs. 2 InfrGG-Entwurf-BReg der Gesellschaft eine – inhaltlich unbeschränkte – Befugnis zur Einbeziehung Privater in die Erfüllung ihrer Aufgaben einräumt. Dies umfasst insbesondere das Recht, ÖPP-Projekte zu realisieren. Auch Teilnetz-ÖPP sind nicht ausgeschlossen.

Die Intention, (groß angelegte) ÖPP zu ermöglichen, ergibt sich aus der Begründung zu § 1 Abs. 2 InfrGG-Entwurf-BReg, der Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf-BReg wiederholt.<sup>26</sup> Dort heißt es:

*„Die Gesellschaft steht im unveräußerlichen, das heißt vollständigen Eigentum des Bundes. Sofern zusätzlich privates Kapital in Infrastrukturmaßnahmen fließen soll, wäre dies, wenn die Wirtschaftlichkeit gegeben ist, für Projekte der Gesellschaft möglich. Dadurch soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass sich Private am Netzausbau und -erhalt beteiligen können, so dass die Investitionsstrategie der Bundesregierung in ihrer Wirkung noch verstärkt werden kann.“*

---

<sup>23</sup> Was die Bundesregierung unter „funktionaler Privatisierung“ versteht, wird nicht erläutert; es ergibt sich auch nicht aus dem Gesamtzusammenhang des Norm- oder Begründungstextes.

<sup>24</sup> Möglicherweise soll der Verweis auf die bisherige Praxis der Länder und der Begriff „Projektrealisierung“ darauf hinweisen, dass keine Teilnetz-ÖPP intendiert sind; denn die Länder haben den ÖPP-Ansatz bislang nur auf einzelnen Strecken angewandt; hierauf könnte auch die „Projektrealisierung“ bezogen sein. Das ist aber alles andere als eindeutig. Der Verweis auf die bisherige Praxis der Länder könnte sich auch nur auf die Vertragsform der funktionalen Privatisierung beziehen. Der Begriff „Projekt“ ist dehnbar und wird im allgemeinen Sprachgebrauch sehr weit verwendet. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich daher keine eindeutige Intention und schon gar keine belastbare Privatisierungsgrenze.

<sup>25</sup> Der Verwaltungshelfer ist ein Privater, der jedenfalls typischer Weise „als verlängerter Arm“ der Verwaltung agiert, also in den Verwaltungsvollzug eingeschaltet wird, ohne dass es zu einer Verantwortungsverlagerung auf den Privaten kommt.

<sup>26</sup> Die Norm lautet: „Die Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes.“

Es ist bemerkenswert, dass die Möglichkeit der Beteiligung Privater gerade bei der (Gesetzes-) Begründung der einfachgesetzlichen Norm angesprochen wird, die die (einzige) Privatisierungsschranke des Grundgesetzes aufgreift. Damit soll offenbar klargestellt werden, dass sich die Privatisierungsschranke (wirklich) nur auf die Beteiligung an der Gesellschaft, nicht aber auf die Projektrealisierung bezieht. Damit ist klar, dass ÖPP-Modelle zulässig sein sollen. Denn es ist gerade der ÖPP-Ansatz, der die Einbeziehung privaten Kapitals im Rahmen von Projekten der BAB-Gesellschaft ermöglicht. Die gewählte Formulierung, dass sich Private am „Netzausbau und -erhalt“ beteiligen können, könnte sogar ein Hinweis darauf sein, dass die BAB-Gesellschaft auch ÖPP-Vorhaben im räumlichen Umfang von (Teil-)Netzen durchführen können soll.

Insgesamt ist daher festzuhalten: Art. 90 GG-Entwurf-BReg beinhaltet keine explizite Privatisierungsschranke für funktionale Privatisierungen. Ob unter Rückgriff auf teleologische Erwägungen eine implizite verfassungsrechtliche Schranke hergeleitet werden kann, ist zweifelhaft. Jedenfalls wäre es sehr schwierig zu bestimmen, wo diese Grenzen verlaufen. Denn die Begründung zu Art. 90 GG-Entwurf-BReg erläutert die Zielsetzung der Privatisierungsschranke nicht. Aus dem Begleitgesetz-Entwurf-BReg ergibt sich, dass funktionale Privatisierungen – auch nach dem ÖPP-Ansatz – möglich sein sollen und dass selbst auf Gesetzesebene keine inhaltlichen Grenzen (etwa für Teilnetz-ÖPP) gesetzt werden sollen.

Es ist danach keinesfalls ausgeschlossen, dass die BAB-Gesellschaft große Teilnetze nach dem ÖPP-Ansatz an Private vergeben könnte. Damit würden Private in einer ähnlich umfangreichen Weise wie im europäischen Ausland (z.B. Frankreich oder Italien) in die Leistungserstellung nach dem ÖPP-Ansatz eingebunden. Dies ist – die Darstellungen in Abschnitt 2.3.1 aufgreifend – aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler als klar negativ zu bewerten.

### **2.3.2.2 Vergabe von Konzessionen und Anwendung des ÖPP-Ansatzes „neben“ der BAB-Gesellschaft**

#### **2.3.2.2.1 Konzessionslösungen nach dem F-Modell**

##### **2.3.2.2.1.1 Anwendungsbereich**

Konzessionslösungen nach dem F-Modell können derzeit im Bereich der BAB nur für „Brücken, Tunnel und Gebirgspässe“ realisiert werden (siehe § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FStrPrivFinG). ÖPP-Konzessionslösungen auf Teilnetzen sind also einfachgesetzlich nicht möglich. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, zukünftig den Anwendungsbereich des FStrPrivFinG zu erweitern, indem die Beschränkung des F-Modells auf Brücken, Tunnel und Gebirgspässe aufgehoben und das Konzessionsmodell auch für Teilnetze zugelassen wird.<sup>27</sup> Damit stünden dem Bund zumindest auf den ersten Blick zwei Modelle zur Verfügung: zum einen die Einschaltung der bundeseigenen BAB-Gesellschaft

---

<sup>27</sup> Hinsichtlich der gesetzlichen Aufgabenzuweisung dürfte das FStrPrivFinG gegenüber dem InfrGG als *lex specialis* anzusehen sein (vgl. zudem die Formulierung in § 1 InfrGG-Entwurf-BReg: „unbeschadet der Aufgaben, die dem Fernstraßen-Bundesamt nach § 2 eines Gesetzes zur Errichtung des Bundes-Fernstraßenamtes obliegen“). Daher dürfte eine explizite Ausnahme für F-Modell-Projekte von der Aufgabenzuweisung an die BAB-Gesellschaft in § 1 Abs. 1 InfrGG nicht notwendig sein. Die Frage kann im Rahmen dieses Gutachtens allerdings nicht abschließend geprüft und beantwortet werden.



und zum anderen die Nutzung des F-Modells<sup>28</sup> für einzelne Projekte oder auch Teilnetze nach Maßgabe eines dann geänderten FStrPrivFinG.

Verfassungsrechtlich würde sich angesichts einer solchen parallelen Nutzung zweier Optionen die Frage stellen, ob das F-Modell auch nach der Änderung von Art. 90 GG nach wie vor eine zulässige Alternative zur BAB-Gesellschaft wäre. Denn die in Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg vorgesehene Einschaltung einer bundeseigenen Gesellschaft könnte bei strenger verfassungsrechtlicher Auslegung als einzige zulässige Form der „Auslagerung“ von (wesentlichen) Verwaltungsaufgaben angesehen werden. Dafür spricht insbesondere die Überlegung, dass die auf die BAB-Gesellschaft bezogene Privatisierungsgrenze in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-Entwurf-BReg nicht dadurch umgangen werden darf, dass der Bund anstatt der Einschaltung einer bundeseigenen BAB-Gesellschaft in wesentlichem Umfang das F-Modell auch für Teilnetze zur Anwendung bringt. Dieses verfassungsrechtliche Umgehungsverbot wäre wohl dann verletzt, wenn beispielsweise 50% oder 60% des Gesamtnetzes der BAB im Wege von F-Modell-Konzessionslösungen dem Zuständigkeitsbereich der BAB-Gesellschaft entzogen würden. Andererseits würde sich aus der parallelen Verabschiedung des Begleitgesetzes für die Auslegung des geänderten Art. 90 GG ergeben, dass das F-Modell jedenfalls mit seinem begrenzten Anwendungsbereich bisheriger Prägung durch die neue Möglichkeit des Art. 90 Abs. 2 nicht unmöglich gemacht werden sollte. Denn sonst hätte das FStrPrivFinG abgeschafft bzw. auf Altfälle begrenzt werden müssen. Die wahrscheinliche, aber nicht gesicherte Auslegung von Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg würde also dahin gehen, dass das F-Modell nur in begrenztem, nur einzelne Teile des BAB-Netzes erfassenden Umfang neben der Einschaltung der bundeseigenen BAB-Gesellschaft zulässig wäre.

Insoweit lässt sich festhalten, dass Art. 90 GG-Entwurf-BReg lediglich eine implizite und darüber hinaus in ihrer genauen Reichweite unsichere Privatisierungsschranke enthält, die einer einfachgesetzlich ermöglichten Ausweitung von Konzessionslösungen nach dem F-Modell nicht per se entgegensteht, sondern die Möglichkeit lediglich begrenzt. Es kann letztendlich verfassungsrechtlich nicht sicher ausgeschlossen werden, dass zukünftig im FStrPrivFinG die Beschränkung des F-Modells auf Brücken, Tunnel und Gebirgspässe aufgehoben und damit die Realisierung von Teilnetz-Konzessionen – so wie in Frankreich praktiziert – zumindest in begrenztem Umfang ermöglicht werden könnte. Vor dem Hintergrund der klaren Empfehlung in Abschnitt 2.3.1 zur Etablierung von (Privatisierungs-)Schranken gegen die Anwendung des ÖPP-Ansatzes auf Teilnetzen – und damit auch gegen die Vergabe von Konzessionen für Teilnetze an Private – wäre eine unveränderte Umsetzung der Gesetzesentwürfe-BReg negativ zu beurteilen.

#### **2.3.2.2.1.2 Exkurs: Die BAB-Gesellschaft als Konzessionsunternehmen**

Konzessionen im Bereich der BAB können (derzeit) nur nach dem F-Modell vergeben werden. Das FStrPrivFinG lässt derzeit nur die Einbeziehung von „Privaten“ als Konzessionäre zu. Es muss also

---

<sup>28</sup> Dass eine weitere Nutzung des F-Modells nach dem FStrPrivFinG in der Zukunft gar nicht mehr intendiert ist (etwa weil zukünftig eine ausschließliche Verantwortlichkeit der BAB-Gesellschaft für das gesamte Autobahnnetz Platz greifen soll), kann dem vorliegenden Entwurf nicht entnommen werden, weil die Änderungen des FStrPrivFinG, die den Wechsel der BAB in die Bundesverwaltung nachvollziehen, keineswegs nur auf bereits laufende F-Modelle, sondern auch auf zukünftige F-Modelle bezogen sind.

zwingend ein Privater als Konzessionär auftreten, wenn Strecken und Objekte der BAB im Rahmen von Konzessionslösungen realisiert werden sollen, bei denen von den Verkehrsteilnehmern Mautgebühren erhoben werden sollen, die unter Berücksichtigung der Kosten des jeweiligen Vorhabens kalkuliert werden. Die von der Bundesregierung im Begleitgesetz-Entwurf-BReg vorgesehene Anpassung des FStrPrivFinG ändert hieran nichts. Es liegt folglich eine Art „Privatisierungsgebot“ für Konzessionslösungen vor. Das ist ökonomisch nicht sinnvoll.<sup>29</sup> Es ist zu empfehlen, das FStrPrivFinG so anzupassen, dass auch die BAB-Gesellschaft selbst als Konzessionär nach dem F-Modell tätig werden kann. Hierfür sollte in § 1 FStrPrivFinG nach Absatz 5 folgender Absatz 6 eingefügt werden:

*Als Privater im Sinne dieses Gesetzes gilt auch die Gesellschaft privaten Rechts nach dem Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Bundesautobahnen und andere Bundesfernstraßen.*

#### **2.3.2.2 Weitere (denkbare) Modelle**

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber in Zukunft – neben dem FStrPrivFinG – weitere gesetzliche Grundlagen für ÖPP-Modelle und Konzessionslösungen schaffen könnte. Dabei könnte die BAB-Gesellschaft oder die Bundesrepublik selbst als Konzessionsgeber auftreten. Die Privatisierungsschranke für Teilnetz-ÖPPs sollte daher allgemein formuliert werden, so dass sie alle denkbaren Modelle erfassen würde.

### **2.3.3 Konkrete Vorschläge zur Anpassung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung**

#### **PRIVATISIERUNGSSCHRANKE IN ART. 90 GG UND ERGÄNZENDE EINFACHGESETZLICHE REGELUNG ALS VORZUGSLÖSUNG – AUSGANGSVORSCHLAG**

Zur Beseitigung der im vorangegangenen Abschnitt 2.3.2 identifizierten Defizite kann zunächst empfohlen werden, Art. 90 GG-Entwurf-BReg im Anschluss an die Regelungen

- zum zivilrechtlichen Eigentum an den BFS in Abs. 1,
- zur Verwaltung der BAB und zur BAB-Gesellschaft in Abs. 2,
- zur Verwaltung der BS durch die Länder in Abs. 3 und
- zur Möglichkeit der Übernahme der Verwaltung von BS durch den Bund in Abs. 4

um einen Abs. 5 zu ergänzen, der sicherstellt, dass der effektive Einfluss der öffentlichen Hand bei allen Varianten der Einschaltung Privater bei den BAB gewährleistet ist. Hierfür wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

*Bei der Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Aufgaben der Bundesverwaltung ist der effektive Einfluss des Bundes auf die Aufgabenerfüllung sicherzustellen.*

---

<sup>29</sup> Auf die vielfältigen Aspekte der Realisierung von Konzessionslösungen für Strecken und Objekte als Bestandteile von Fernstraßennetzen im Allgemeinen und von Konzessionen nach dem F-Modell im Speziellen kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu vielmehr BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 17).

Zur Regelung der Grundlagen und Grenzen funktionaler Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz wird empfohlen, Art. 90 GG-Entwurf-BReg um einen wie folgt lautenden Abs. 6 zu ergänzen:

*Die Einbeziehung Privater darf in einem Umfang, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens wesentlich ist, nur auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages bedarf. Die Einbeziehung nach Satz 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Sie darf eine Laufzeit von 30 Jahren nicht überschreiten. Näheres regelt das Gesetz nach Satz 1.*

Diese Regelung würde sowohl die von der BAB-Gesellschaft als auch die von der unmittelbaren Bundesverwaltung beauftragten ÖPP-Vorhaben und Konzessionslösungen erfassen.<sup>30</sup> Für die Begründung des Formulierungsvorschlags kann zunächst auf die (sprachlich geringfügig angepassten) Ausführungen aus BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 30 f.) verwiesen werden:

Absatz 6 beschäftigt sich speziell mit der Einschaltung Privater in großem Umfang, die von funktionalen Privatisierungen nach der konventionellen Beschaffungsvariante (Baufträge etc.) abzugrenzen ist. Diese Abgrenzung leistet der Formulierungsvorschlag durch das Kriterium der „Wesentlichkeit“, das durch die Bezugspunkte der Laufzeit der Einschaltung Privater sowie des (finanziell, nach Länge der betroffenen Strecken etc. zu bestimmenden) Volumens genauer konkretisiert wird. Die weitere Präzisierung dieser Abgrenzung wird Sache des in Absatz 6 Satz 1 vorgesehenen Bundesgesetzes sein.

Der Gesetzesvorbehalt des Absatzes 6 Satz 1 mit dem besonderen Erfordernis einer 2/3-Mehrheit im Bundestag erweist sich auch deshalb als gerechtfertigt, weil große ÖPP-Vorhaben und insbesondere Teilnetz-ÖPP-Vorhaben, deren Abgrenzung ja der Präzisierung bedarf, im Verhältnis zu den Privatisierungsschranken der Absätze 1 und 2 Wirkungen zeigen können, die einer materiellen Verfassungsänderung nahe kommen. Denn langfristig angelegte ÖPP-Vorhaben, Betreibermodelle und ähnliche Varianten einer umfangreichen Einschaltung Privater können die in Art. 90 statuierte staatliche Verantwortung faktisch aushebeln und sich im Ergebnis als funktionales Äquivalent einer Organisations- und Kapitalprivatisierung erweisen.

Deshalb sind auch materielle Grenzen für eine umfassende Einschaltung Privater angezeigt, die der Formulierungsvorschlag in Gestalt einer Laufzeitbegrenzung auf 30 Jahre und eines Verbots umsetzt, den Bau oder Betrieb (und damit auch Bündel aus beiden Aufgaben) für das Gesamtnetz oder Teilnetze (z.B. das gesamte Netz in einem Bundesland) auf Private zu über-

---

<sup>30</sup> Im Übrigen würde der Vorschlag auch den denkbaren Einbezug derjenigen Privaten erfassen, die sämtliche Anteile oder einen Teil der Anteile an „vom Bund gegründeten Gesellschaften“ erwerben oder erworben haben, denen Aufgaben gemäß § 22 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) in der gemäß Begleitgesetz-Entwurf-BReg geänderten Fassung übertragen worden sind. Nichtsdestotrotz ist zu empfehlen, dass § 22 Abs. 1 FStrG in der Weise geändert wird, wie dies vom Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Begleitgesetz-Entwurf-BReg vom 10.02.2017 gefordert wird (vgl. dazu Nr. 65 in Drucksache 814/16 (Beschluss) des Bundesrats); demnach sollen Aufgaben gemäß § 22 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) in der gemäß Begleitgesetz-Entwurf-BReg geänderten Fassung nur an solche vom Bund gegründete Gesellschaften übertragen werden dürfen, an denen keine Privaten beteiligt sind.

tragen. Der Begriff Bau ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Er umfasst insbesondere auch die (vorgeschaltete) Planung. Der „Betrieb“ umfasst auch die Erhaltung, nicht aber die Mauterhebung.

Ergänzend sei angeführt, dass bislang der Bundestag den ÖPP-Vorhaben auf den BAB stets im Rahmen der Verabschiedung von Haushaltsgesetzen zugestimmt hat. Dieses Zustimmungserfordernis des Bundestags zur Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei der Realisierung konkreter Projekte würde nach der Etablierung der BAB-Gesellschaft wegfallen. Vor diesem Hintergrund sollte entweder für sämtliche von dem in dem vorgeschlagenen Art. 90 Absatz 6 Satz 1 GG vorgesehenen Gesetz erfasste ÖPP-Vorhaben (und damit mit einem finanziellen Volumen > 100.000.000 Euro bei einer Barwertbetrachtung gemäß dem im Folgenden vorgestellten Vorschlag) oder zumindest für größere ÖPP-Vorhaben (z.B. mit einem finanziellen Volumen > 250.000.000 Euro bei einer Barwertbetrachtung) ein Zustimmungserfordernis des Bundestags vorgesehen werden.

Näheres sollte – auf der Grundlage von Art. 90 Abs. 6 S. 4 GG – durch ein „Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen“ geregelt werden. Dieses Gesetz könnte wie folgt lauten:

*Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen*

*§ 1 Anwendungsbereich*

*(1) Dieses Gesetz betrifft funktionale Privatisierungen in Form von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP) und sonstigen Vertragsmodellen, bei denen Private in einem Umfang in die Verwaltung der Bundesfernstraßen einbezogen werden, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens gemäß Art. 90 Abs. 6 Satz 1 GG wesentlich ist. Eine funktionale Privatisierung nach Satz 1 liegt auch dann vor, wenn eine Gesellschaft des Bundes oder der Länder Auftraggeber ist oder wenn Private nur eine Minderheitsbeteiligung an einem Auftragnehmer halten. Zu den funktionalen Privatisierungen nach Satz 1 zählen auch Konzessionsmodelle.*

*(2) Die Einbeziehung Privater gemäß Abs. 1 Satz 1 hat einen wesentlichen Umfang, wenn der geschätzte Gesamtwert des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung 100.000.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) überschreitet und die maximale Vertragslaufzeit die Zeitdauer von 10 Jahren übersteigt. Berechnungsgrundlage des Gesamtwerts ist die gesamte Laufzeit einschließlich etwaiger Optionen und Verlängerungen. Im Übrigen gelten die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Schätzung von Auftragswerten und die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen für die Schätzung von Vertragswerten entsprechend.*

*(3) Aufträge, die ausschließlich Planungs- und Bauleistungen zum Gegenstand haben, haben auch dann keinen wesentlichen Umfang, wenn sie die in Abs. 2 Satz 1 genannten Kriterien erfüllen.*

*§ 2 Verbot funktionaler Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang auf Teilnetzen*

*Die Einbeziehung Privater nach § 1 Abs. 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Ein Teilnetz im Sinne von Satz 1 liegt vor, wenn sich der Vertrag auf Netzbestandteile mit einem Gesamtumfang von mehr als 100 Kilometern erstreckt. Betrieb im Sinne von Satz 1 ist auch die Erhaltung. Die Mauterhebung ist nicht erfasst.*

*§ 3 Zeitliche Begrenzung funktionaler Privatisierungen*

*Die maximale Laufzeit von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 beträgt 30 Jahre. Etwaige Optionen und Vertragsverlängerungen sind zu berücksichtigen.*

*§ 4 Zustimmungserfordernis des Bundestags*

*Die Ausschreibung von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 bedürfen der Zustimmung des Bundestages mit einfacher Mehrheit. [Eine Zustimmung des Bundestages nach Satz 1 ist nicht erforderlich, wenn das finanzielle Volumen des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung den Wert von 250.000.000 Euro unterschreitet.]*

*§ 5 Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen*

*Die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen ist bei der Einbeziehung Privater gemäß § 1 Abs. 1 verpflichtet, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gemäß § 6 Abs. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz durchzuführen.*

**PRIVATISIERUNGSSCHRANKE IN ART. 90 GG UND ERGÄNZENDE EINFACHGESETZLICHE REGELUNG ALS VORZUGSLÖSUNG – VORSCHLAG DER ERGÄNZENDEN REGELUNG VON TRANSPARENZASPEKTEN**

Da im Zusammenhang mit ÖPP-Vorhaben erhebliche polit-ökonomisch erklärbare Gefahren bestehen, so dass die Interessen von Maut- und Steuerzahlern nicht adäquat berücksichtigt werden, kann empfohlen werden, in Art. 90 Abs. 6 GG ergänzend auch ein Transparenzgebot für die Bundesverwaltung bei der Realisierung von ÖPP-Projekten vorzusehen. Hierfür könnte der oben stehend vorgestellte Art. 90 Abs. 6 GG durch einen diesbezüglichen Einschub („und hat gegenüber Bundestag und Allgemeinheit transparent zu erfolgen“) ergänzt werden. Art. 90 Abs. 6 GG lautet dann wie folgt:

*Die Einbeziehung Privater darf in einem Umfang, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens wesentlich ist, nur auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages bedarf. Die Einbeziehung nach Satz 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Sie darf eine Laufzeit von 30 Jahren nicht überschreiten und hat gegenüber Bundestag und Allgemeinheit transparent zu erfolgen. Näheres regelt das Gesetz nach Satz 1.*

Für die Begründung dieser Ergänzung kann wiederum auf (leicht angepasste) Ausführungen aus BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S: 30 f.) verwiesen werden:

Erfahrungen mit den bisherigen ÖPP-Projekten nach dem so genannten A- und dem so genannten V-Modell bei den BAB lassen es angeraten erscheinen, nicht nur einzelne Abgeordnete des Deutschen Bundestages, sondern grundsätzlich auch die allgemeine Öffentlichkeit umfassend über den Inhalt der Verträge zu informieren, mit denen private Unternehmen in großem Umfang in die Bereitstellung und Verwaltung von Bundesfernstraßen eingeschaltet werden. Dies sollte verfassungsrechtlich gewährleistet sein. Da das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) lediglich eine reaktive Informationsbereitstellung vorsieht und sowohl die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der privaten ÖPP-Auftragnehmer als auch das fiskalische Interesse des Bundes unter absoluten Schutz stellt (also keine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit vorsieht)<sup>31</sup>, sollten die im Rahmen des Formulierungsvorschlags angedachten Transparenzvorgaben über die des IFG hinausgehen. Das deshalb in Absatz 6 Satz 3 des Formulierungsvorschlages aufgenommene Transparenzgebot bezieht sich sowohl auf die parlamentarische Kontrollfunktion des Deutschen Bundestages als auch auf die demokratische und akzeptanzfördernde Information der Öffentlichkeit. Die angemessene Wahrung unternehmerischer Geheimhaltungsinteressen und der finanziellen Interessen des Bundes im Kontext von Transparenzentscheidungen bei ÖPP-Vorhaben wird Sache des Gesetzes nach Absatz 6 Satz 1 sein.

Ergänzend sollte einfachgesetzlich das Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen um einen § 6 ergänzt werden, der das grundgesetzliche Transparenzgebot konkretisiert.<sup>32</sup>

#### *§ 6 Transparenz gegenüber Bundestag und Allgemeinheit*

*(1) Die Bundesverwaltung hat bei der Erwägung, Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen unverzüglich der Allgemeinheit zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt nicht für Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, bei deren Veröffentlichung die finanziellen Interessen des Bundes in einem nicht nur unwesentlichen Ausmaß negativ betroffen würden und bei denen das Informationsinteresse der Allgemeinheit den*

---

<sup>31</sup> Hinsichtlich des im IFG geregelten Schutzes der Betriebs- und Geschäftsheimnisse im Rahmen von ÖPP-Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Auftragnehmern vgl. BECKERS / RYNDIN / KÜHLING (2017) „Schutz von Betriebs- und Geschäftsheimnissen bei ÖPP-Verträgen im Bereich der Bundesfernstraßen im Kontext des IFG“, unveröffentlichtes Manuskript (Entwurfassung). Bezüglich der Regelungen im IFG zum Schutz des fiskalischen Interesses des Bundes im Kontext der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei den ÖPP-Vorhaben bei den BFS vgl. KÜHLING / BECKERS / RYNDIN / BÄUML (2014) „Schutz fiskalischer Interessen bei IFG-Anfragen zu ÖPP-Projekten – Das Beispiel der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei Bundesautobahnen“, erschienen in *InfrastrukturRecht*, Heft 5, S. 101-107. Beide Arbeiten sind im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Forschungsvorhabens „Transparenz bei Public-Private-Partnerships (PPP) im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“ (P3T) erstellt worden.

<sup>32</sup> Die Autoren dieses Gutachtens danken Prof. Dr. Jürgen Kühling, der sie beim Entwurf von § 6 Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen umfassend unterstützt hat.

*Schutzbedarf hinsichtlich der finanziellen Interessen des Bundes nicht überwiegt. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt ferner nicht hinsichtlich solcher Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von Bietern in Vergabeverfahren und Auftragnehmern des Bundes beinhalten und durch deren Offenbarung diesen ein nicht nur unwesentlicher wirtschaftlicher Schaden entstehen würde, sofern nicht das Informationsinteresse der Allgemeinheit das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse überwiegt.*

*(2) Im Rahmen von Vergabeverfahren bereitgestellte Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken sowie abgeschlossene Verträge und weitere Bestandteile der Vertragswerke zwischen dem Bund und Privaten bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind der Allgemeinheit unverzüglich zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen. Absatz 1 Satz 2 und Satz 3 gelten entsprechend.*

*(3) Die Regelung nach Absatz 2 ist auch bei Vertragsanpassungen anzuwenden, die einen wesentlichen Umfang aufweisen.*

*(4) Vor der Befassung des Bundestages gemäß § 4 mit von der Bundesverwaltung geplanten funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sowie Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken der Allgemeinheit zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen.*

*(5) Absätze 1 bis 4 gelten für die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen entsprechend.*

*(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Transparenz gegenüber dem Bundestag und der Allgemeinheit bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 zu treffen.*

#### **PRIVATISIERUNGSSCHRANKE IN ART. 90 GG UND ERGÄNZENDE EINFACHGESETZLICHE REGELUNG ALS VORZUGSLÖSUNG – WEITERE ASPEKTE**

Nach Übernahme der Verantwortung für die Finanzierung von Investitionen im Bereich der BAB durch die BAB-Gesellschaft könnte – je nach Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft (vgl. dazu BECKERS ET AL. (2017))<sup>33</sup> – die Möglichkeit verbleiben, Investitionsspielräume durch die Kapitalaufnahme Privater im Rahmen von ÖPP-Projekten auszuweiten. Wie von BECKERS ET AL (2017) vorgeschlagen, sollten gegen eine derartige Umgehung der Regelungen bzw. der Grundgedanken von Schuldenbremsen und etwaigen Verschuldungsbegrenzungen für die BAB-Gesellschaft Vorsorge getroffen

---

<sup>33</sup> Vgl. Beckers et al. (2017) – Beckers, T. / Breuer, R. / Hermes, G. / Müller, I. / Weiß, H. T. (2017): Politische Steuerung der Investitionspriorisierung, Gründungsverschuldung und zukünftige Investitionsfinanzierung als zentrale Ausgestaltungsfragen bei einer Bundesautobahngesellschaft – Bewertung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung vom 14.12.2016, Ableitung von Änderungsbedarf und Unterbreitung entsprechender Gesetzesvorschläge; im Auftrag des ADAC e.V. erstelltes Kurzgutachten, Online-Veröffentlichung.

werden.<sup>34</sup> Dies könnte durch die Aufnahme eines weiteren Absatzes in das hier vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen erfolgen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass es bei von der BAB-Gesellschaft realisierten ÖPP-Vorhaben – aufgrund der bei ÖPP-Vorhaben grundsätzlich vorliegenden polit-ökonomisch erklärbaren Probleme – von hoher Bedeutung ist, dass der Bundesrechnungshof in unveränderter Form Prüfrechte besitzt. Der Bundesrechnungshof hat in den vergangenen Wochen – so wird berichtet – selber darauf gedrungen, dass dies entsprechend gesetzlich geregelt bzw. zumindest klargestellt wird. In diesem Zusammenhang hat der Bundesrechnungshof selber den Vorschlag unterbreitet, § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen neuen Absatz zu ergänzen, der folgend „ungeprüft“ wiedergegeben wird:

*„Unbeschadet der Regelung in § 92 Absatz 1 BHO prüft der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gesellschaft sowie ihrer regionalen (§ 4 Absatz 2) und weiterer Tochtergesellschaften. Soweit sich die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß § 5 Absatz 2 Dritter bedient, stellt sie sicher, dass der Bundesrechnungshof auch bei diesen erheben kann. § 91 BHO bleibt hiervon unberührt.“*

#### **(REIN) EINFACHGESETZLICHE ERSATZLÖSUNG**

Sofern die vorstehend vorgestellte Vorzugslösung – aus welchen (politischen) Gründen auch immer – nicht umsetzbar ist, sollte als Ersatzlösung zumindest auf einfachgesetzlicher Ebene das Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen beschlossen werden.

### **3 Fremdkapitalaufnahme und Staatsgarantie**

#### **BEWERTUNG DER GESETZESENTWÜRFE DER BUNDESREGIERUNG**

Die Fremdkapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft sollte aus Nutzersicht durch eine Staatsgarantie abgesichert werden.<sup>35</sup> Selbst wenn die BAB-Gesellschaft als Gegenleistung für die Haftungsübernahme ein Entgelt an den Bund zu bezahlen hätte, wären die Kosten für die Kapitalaufnahme auf Seiten der BAB-Gesellschaft klar geringer als bei der Kapitalaufnahme ohne Staatsgarantie. In der Gesamtbetrachtung aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler minimiert die Staatsgarantie die Kosten der Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft.<sup>36</sup> Überschlägige Beispielkalkulationen hinsichtlich des

---

<sup>34</sup> Dadurch würden auch Fehlanreize bei der Auswahl der Beschaffungsvariante beseitigt werden können. Vgl. dazu z.B. Beckers, T. (2012/10/24): Zentrale Problembereiche bei der Anwendung des ÖPP-Ansatzes bei den Bundesautobahnen („A-Modell-Projekte“), schriftliche Stellungnahme im Rahmen einer Beteiligung als Sachverständiger an der öffentlichen Anhörung zum Thema Öffentlich-Private-Partnerschaft (ÖPP) im Deutschen Bundestag (Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung) am 24.10.2012 (Hinweis: die Stellungnahme steht im Internet zum Download zur Verfügung).

<sup>35</sup> Vgl. BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 13 ff und S. 18 f.).

<sup>36</sup> Als Mautzahler profitieren Nutzer von der Staatsgarantie, weil durch diese die Kosten der Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft sinken und dies gilt auch dann noch, wenn als Kompensation für die Garantie eine Zahlung („Prämie“) an den Bund zu zahlen ist. Als Steuerzahler profitieren die Nutzer ggf. außerdem von dieser Lösung, da die Prämie für die Garantie an den Bund fließt und somit c. p. das allgemeine Steuerniveau sinkt.



Einsparungspotentials können BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 14) entnommen werden.

Wie bereits an anderer Stelle<sup>37</sup> dargestellt ist, würde eine angemessene Vergütung dieser Staatsgarantie durch die Infrastrukturgesellschaft, wenn sich dies unionsrechtlich als erforderlich erweisen sollte, auch verhindern, dass die Staatsgarantie in Konflikt mit dem Beihilfenrecht gerät.<sup>38</sup> Nicht ersichtlich ist, dass eine solche angemessene Vergütung in der Verfassung normiert werden müsste. Unionsrechtlich kommt es allein darauf an, dass die Vergütung rechtsverbindlich vorgesehen ist und bezahlt wird; die nationale Normebene ist nicht entscheidend.

Auf die Zurechnung der Schulden der Gesellschaft im Lichte der europäischen Schuldenbremse (also nach den so genannten „Maastricht-Kriterien“) hat die Staatsgarantie keinen Einfluss. Sofern die „Maastricht-Kriterien“ im Übrigen erfüllt sein sollten, können auch Schulden, für die eine Staatsgarantie bestehen, außerhalb der Zurechnung zum Bund bleiben. In diesem Zusammenhang kann auf die seit langem geübte und unionsrechtlich bislang nicht beanstandete Praxis der ASFINAG verwiesen werden.

Sowohl Art. 90 GG-Entwurf-BReg als auch Begleitgesetz-Entwurf-BReg enthalten – wie bereits in Abschnitt 0 angesprochen – keine Regelungen zur Haftung des Bundes für die Verbindlichkeiten der BAB-Gesellschaft. Dieses Defizit sollte beseitigt werden.

#### **KONKRETE ANPASSUNGS- UND GESETZESVORSCHLÄGE**

Zunächst sollte – wie bereits in Abschnitt 0 vorgeschlagen – ein an den Bund gerichtetes Gebot zur Gewährung einer Haftungszusage bei Kapitalaufnahmen durch die BAB-Gesellschaft in Art 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg (als S. 3) wie folgt verankert werden:

*Die Bundesrepublik Deutschland haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.*

Einfachgesetzlich sollte sodann § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen weiteren Absatz ergänzt werden, in dem die Kapitalaufnahme durch die Gesellschaft und die Haftungsübernahme des Bundes einschließlich des Rechts des Bundes zur Berechnung eines Entgelts an die BAB-Gesellschaft für die Gewährung der Staatsgarantie fixiert wird. Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung sollte eine Verordnungsermächtigung vorgesehen werden. Ein konkreter Formulierungsvorschlag für diesen neuen Absatz in § 7 InfrGG-Entwurf-BReg lautet:<sup>39</sup>

*Die BAB-Gesellschaft ist zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen berechtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Kapital aufzunehmen, insbesondere Kreditoperationen im In- und Ausland durchzu-*

---

<sup>37</sup> Vgl. BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 29).

<sup>38</sup> Ob eine marktübliche Vergütung zur Vermeidung des Vorliegens einer Beihilfe rechtlich notwendig ist, hängt davon ab, ob die Staatsgarantie grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts fällt; das bedarf näherer Prüfung; siehe hierzu die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABIEU v. 19.07.2016, Nr. C 262/1 Rn. 220.

<sup>39</sup> Möglicherweise sind Folgeanpassungen, insbesondere im Haushaltsrecht des Bundes, notwendig oder zumindest zweckmäßig; dieser Aspekt kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht geprüft werden. Ähnliche – aber keineswegs deckungsgleiche – Regelungen finden sich in Art. II § 5 des österreichischen ASFINAG-Gesetzes.

*führen sowie erforderliche Umschuldungen und Prolongationen von Kreditoperationen (Finanz-Transaktionen) vorzunehmen. Die Bundesrepublik Deutschland übernimmt die Haftung für die hierdurch von der Gesellschaft begründeten Zahlungsverpflichtungen gegen Berechnung einer marktüblichen Risikoprämie. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Zulässigkeit der Finanz-Transaktionen und zur Haftungsübernahme der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Berechnung der Risikoprämie zu treffen.*

Sofern diese Vorzugslösung einer grundgesetzlichen Verankerung der Staatsgarantie und einer ergänzenden einfachgesetzlichen Regelung – aus welchen (politischen) Gründen auch immer – nicht umsetzbar ist, sollte als Ersatzlösung zumindest auf einfachgesetzlicher Ebene § 7 InfrGG-Entwurf-BReg – wie vorgeschlagen – um den neuen Absatz ergänzt werden.

## 4 Rechtsform

### **BEWERTUNG DER GESETZESENTWÜRFE DER BUNDESREGIERUNG**

Art. 90 Abs. 2 GG-Entwurf-BReg enthält in Satz 2 folgende Regelung, die eine Aussage zur Rechtsform der BAB-Gesellschaft beinhaltet:

*„Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen.“*

Demnach könnte die BAB-Gesellschaft alle verfügbaren privatrechtlichen Rechtsformen aufweisen – insbesondere auch die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

§ 2 InfrGG-Entwurf-BReg enthält in den Absätzen 1 und 3 Aussagen zur Rechtsform der BAB-Gesellschaft:

*„(1) Die Gesellschaft privaten Rechts wird zunächst in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet.“*

*(3) Vier Jahre nach Betriebsbeginn der Gesellschaft wird der Bund die Rechtsform der Gesellschaft evaluieren und überprüfen.“*

Die BAB-Gesellschaft muss folglich bei der Gründung die Rechtsform einer GmbH aufweisen. Allerdings bezieht sich § 2 Abs. 1 InfrGG-Entwurf-BReg speziell auf den Gründungsakt oder zumindest die Gründungsphase. Das wird bereits aus der Formulierung „wird ... gegründet“ deutlich und durch das Wort „zunächst“ noch besonders betont. Dadurch wird eine gesetzliche Festlegung der Rechtsform vermieden. Offenbar soll der Weg zu einem Rechtsformwechsel – ohne Beteiligung des Gesetzgebers – offen gehalten werden. Dafür spricht auch, dass das InfrGG-Entwurf-BReg nur rudimentäre Vorgaben zur Verfassung der Gesellschaft (z. B. zu ihren Organen, der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen, den Mehrheitserfordernissen etc.) trifft, die bei einem etwaigen Rechtsformwechsel möglicherweise angepasst werden müssten. Die einzige Regelung mit Bezug zur inneren Verfassung der Gesellschaft ist in § 3 InfrGG-Entwurf-BReg enthalten. Danach wird der Bund in der Gesellschafterversammlung durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vertreten. Diese Regelung bedarf im Fall eines Rechtsformwechsels keiner Anpassung. Jede Gesellschaft (privaten

Rechts) hat eine Gesellschafterversammlung. Sie trägt lediglich eine unterschiedliche Bezeichnung (z. B. Hauptversammlung bei der Aktiengesellschaft). Ein gesetzlicher Anpassungsbedarf im Fall eines etwaigen Rechtsformwechsels resultiert daraus nicht.

Es kann damit festgehalten werden, dass die Rechtsform der Gesellschaft ohne Beteiligung des Gesetzgebers geändert werden kann.

Das gilt jedenfalls ab dem Ablauf des vierten Jahres der Gründung. Denn dann ist der „Bund“ (sogar) verpflichtet, die Rechtsform zu evaluieren. Ob die Pflicht zur Evaluierung, die vier Jahre nach der Gründung greift, für den davor liegenden Zeitraum einen Rechtsformwechsel ohne Gesetzesänderung ausschließt, erscheint fraglich. Das hängt davon ab, ob § 2 Abs. 3 InfrGG-Entwurf-BReg lediglich eine Evaluierungspflicht nach vier Jahren statuieren will, oder ob die Norm – darüber hinaus – eine zuvor erfolgende Evaluierung (und damit auch einen etwaigen Rechtsformwechsel als Folge der Evaluierung) ausschließen soll. Die Gesetzesbegründung trifft hierzu keine Aussage. Der Punkt ist nicht ausschlaggebend und hier nicht zu vertiefen. Maßgeblich ist die Feststellung, dass die Rechtsform der Gesellschaft jedenfalls ab dem vierten Jahr nach ihrer Gründung ohne Beteiligung des Gesetzgebers geändert werden könnte.

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) ist – wie auch in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016, S. 2 und S. 11) und BECKERS ET AL. (2016, S. 22 und S. 63 ff) kurz erörtert – aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler nachteilig. Dies gilt nicht zuletzt unter dem Blickwinkel einer effektiven Steuerung und Kontrolle der BAB-Gesellschaft sowie deshalb, weil die Rechtsform der Aktiengesellschaft die Etablierung langfristig sinnvoller Effizienzreize erschwert. Die GmbH und die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) sind klar vorzuzugswürdig. Dabei dürfte die Rechtsform der AöR Vorteile gegenüber der GmbH aufweisen. Vor diesem Hintergrund sind die Gesetzesentwürfe-BReg hinsichtlich der Regelung zur Rechtsform der BAB-Gesellschaft als negativ zu bewerten.

#### **KONKRETE ANPASSUNGS- UND GESETZESVORSCHLÄGE**

Es ist zu empfehlen, auf der Ebene des Grundgesetzes die Rechtsform der AG auszuschließen. Zugleich sollte dem Gesetzgeber jedenfalls die Möglichkeit eröffnet werden, anstelle der GmbH die Rechtsform der AöR zu wählen. Diese Rechtsform sollte nicht vorschnell aus dem Blick geraten – auch wenn der Beschluss der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 auf den ersten Blick keine Offenheit für die AöR erkennen lässt. Immerhin enthält der Beschluss eine Protokollnotiz des Landes Thüringen, nach der auch die Rechtsform der AöR für die BAB-Gesellschaft in Betracht zu ziehen ist. Vor diesem Hintergrund wird die Rechtsform der AöR bei der Unterbreitung eines grundgesetzlichen Formulierungsvorschlags als Alternative zur GmbH „mitberücksichtigt“.

Allerdings handelt es sich bei der AöR um eine Rechtsform, deren Organisationsstruktur in dem Errichtungsgesetz detailliert und spezifisch bezogen auf die jeweilige Aufgabe, Größe, Finanzausstattung, politische Kontrolle etc. auszugestalten ist. Anders als bei der GmbH, bei der sich das Errichtungsgesetz darauf beschränken kann, die Rechtsform der GmbH festzulegen und auf diese Weise auf das GmbH-Gesetz zu verweisen, müsste also bei einer Wahl der AöR als Rechtsform für die BAB-Gesellschaft durch das Errichtungsgesetz die Struktur dieser AöR gesetzlich ausgestaltet werden.

Dies hat aus Sicht der Gesetzgebungsorgane den Vorteil, dass sie über die grundlegende Verfassung der Gesellschaft mitentscheiden.<sup>40</sup> Die Ausarbeitung entsprechender Vorschläge kann aber im Rahmen dieses Gutachtens nicht geleistet werden, so dass sich der nachfolgende Vorschlag darauf beschränkt, auf Verfassungsebene die Option für die AöR offen zu halten und auf einfachgesetzlicher Ebene – entsprechend den bisherigen Weichenstellungen – nur die GmbH-Variante zugrunde zu legen.

Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG-Entwurf-BReg sollte vor diesem Hintergrund wie folgt angepasst werden:

*Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung [oder einer Anstalt öffentlichen Rechts] bedienen.*

Im Falle der Berücksichtigung der AöR ist diese auch in die in den vorstehenden Abschnitten 2 und 3 präsentierten Formulierungsvorschläge zu Art. 90 Abs. 2 und 3 GG aufzunehmen.

Auf einfachgesetzlicher Ebene wäre daran anschließend § 2 Abs. 1 InfrGG-Entwurf-BReg wie folgt zu verändern:

*Die Gesellschaft privaten Rechts hat die Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.*

§ 2 Abs. 3 InfrGG-Entwurf-BReg könnte ersatzlos gestrichen werden.

Damit ist sichergestellt, dass ein etwaiger künftiger Rechtsformwechsel – der sich innerhalb der grundgesetzlichen Vorgaben hält – der Mitwirkung des Bundestages in Gesetzesform bedürfen. Das ist angesichts der hohen Bedeutung der BAB-Gesellschaft angemessen.

## 5 Fazit

### 5.1 Zusammenfassung der Ergebnisse der Beurteilung der Gesetzesentwürfe der Bundesregierung

Mit den am 14. Dezember 2016 beschlossenen Gesetzesentwürfen (GG-Entwurf-BReg und Begleitgesetz-Entwurf-BReg) hat die Bundesregierung konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung und Umsetzung des Beschlusses der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 zu Reformen bei den „Bund-Länder-Finanzbeziehungen“ und bei der „Aufgabenerledigung im Bundesstaat“ vorgelegt. Die Gesetzesentwürfe sehen in diesem Zusammenhang auch eine Reform des Art. 90 GG und die Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung bei den BAB sowie die Gründung einer BAB-Gesellschaft vor.

In diesem Gutachten sind ausgewählte zentrale Fragen der Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft untersucht und die vorliegenden Vorschläge der Bundesregierung aus Sicht der Nutzer der BAB als Maut- und Steuerzahler bewertet worden. Anschließend sind konkrete Vorschläge zur Anpassung der

---

<sup>40</sup> Die Regelungen des GmbH-Gesetzes zur Verfassung der Gesellschaft sind großteils dispositiv, so dass auch hier grundsätzlich eine „maßgeschneiderte“ Lösung durch den Gesellschaftsvertrag erfolgen kann. Der Gesellschaftsvertrag wird allerdings in der Regel – und so soll offensichtlich auch hier verfahren werden – ohne Beteiligung der Gesetzgebungsorgane abgeschlossen. Folglich wird die Verfassung der Gesellschaft ohne Beteiligung von Bundestag und Bundesrat festgelegt.

Gesetzesentwürfe der Bundesregierung unterbreitet worden, die sich zunächst auf die grundgesetzliche und daran anknüpfend auf die einfachgesetzliche Ebene beziehen.

Aus Sicht der Nutzer sollten die BAB und in diesem Zusammenhang insbesondere die BAB-Gesellschaft weder voll- noch teilprivatisiert werden können; dies sollte durch grundgesetzliche Privatisierungsschranken sichergestellt werden. Dieser Privatisierungsschutz sollte sich selbstverständlich auch auf Umgehungstatbestände beziehen, wie

- die mittelbare Beteiligung privater Investoren an der Gesellschaft (so genannte „atypische stille Beteiligungen“),
- die Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft, die von dieser für die Verwaltung der BAB gegründet werden,
- die Kapitalaufnahme über eigenkapitalähnliche und auch als „Mezzanine-Finanzierung“ bezeichnete Finanzierungsinstrumente, die zwar als Fremdkapital eingeordnet werden, aber eigenkapitalähnliche Renditen aufweisen, und
- funktionale Privatisierungen durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes auf Teilnetze (Teilnetz-ÖPP) und außerdem auch die Vergabe von Konzessionen für Teilnetze an Private (Teilnetz-Konzessionen).

Die Analyse der in Art. 90 GG-Entwurf-BReg vorgesehene Privatisierungsschranke hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

- Das zivilrechtliche Eigentum an den BAB ist nach Art. 90 GG-Entwurf-BReg zwar dem Bund zugeordnet, geht aber im Zusammenhang mit der Gewährung eines Nießbrauchrechts so umfassend auf die BAB-Gesellschaft über, dass von einer Eigentümerstellung der Bundesrepublik Deutschland nur noch in einem formalen Sinne die Rede sein kann. Dies wäre als relativ unproblematisch anzusehen, wenn eine wirksame grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgesehen wäre.
- Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg enthält eine wirksame Privatisierungsbremse gegen eine unmittelbare Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft. Mittelbare Beteiligungen Privater sind jedoch nicht sicher ausgeschlossen.
- Die Privatisierungsschranke in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG-Entwurf-BReg schließt vermutlich die Beteiligung Privater an regionalen Tochtergesellschaften aus, ganz sicher ist dies jedoch nicht.
- Die BAB-Gesellschaft kann eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine) einsetzen, die dem Fremdkapital zugerechnet sind, bei denen aber eigenkapitalähnliche Renditen vorliegen. Hierdurch könnte das Verbot der Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft umgangen werden. Dieses Problem kann dadurch gelöst werden, dass die Bundesrepublik Deutschland für von der BAB-Gesellschaft aufgenommenes Kapital haftet.
- Die BAB-Gesellschaft unterliegt hinsichtlich funktionaler Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz grundsätzlich keinerlei Beschränkungen. Folglich besteht die Möglichkeit, dass die BAB-Gesellschaft Teilnetz-ÖPP realisiert, was aus Sicht der Nutzer nachteilig ist und unterbleiben sollte. Weiterhin kann die unmittelbare Bundesverwaltung weiterhin Konzessionen

gemäß dem FStrPrivFinG an Private vergeben (so genanntes „F-Modell“); nach einer einfachgesetzlichen Modifikation könnte dies auch bei Teilnetzen erfolgen.

Die aufgeführten Defizite zeigen an, dass aus Sicht der Nutzer noch eine Anpassung von Art. 90 GG-Entwurf-BReg im Rahmen des parlamentarischen Prozesses empfehlenswert ist und dabei wirksamere Privatisierungsschranken aufgenommen werden sollten. Ergänzend kann empfohlen werden, dass Konzessionen nach dem F-Modell für Brücken, Tunnel und Pässe nicht nur wie bislang an Private, sondern zukünftig auch an die öffentliche BAB-Gesellschaft vergeben werden können sollten.

Eine Haftungszusage des Bundes für von der BAB-Gesellschaft aufgenommenes Kapital verhindert nicht nur die Anwendung eigenkapitalähnlicher Finanzierungsinstrumente, sondern minimiert auch aus Sicht der Nutzer als Maut- und Steuerzahler die Kosten der „normalen“ (Fremd-)Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft. Art. 90 GG-Entwurf-BReg enthält jedoch kein Gebot zur Gewährung einer Staatsgarantie. Folglich besteht hier ebenfalls Anpassungsbedarf hinsichtlich des Art. 90 GG-Entwurf-BReg.

Die BAB-Gesellschaft sollte nicht die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) aufweisen. Die Rechtsform der GmbH und der Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) sind klar vorzugswürdig. Dabei dürfte die Rechtsform der AöR Vorteile gegenüber der GmbH aufweisen. Die Festlegung der Rechtsform sollte durch den Bundestag erfolgen. Art. 90 GG-Entwurf-BReg sieht hingegen vor, dass die BAB-Gesellschaft die Rechtsform der AG und der GmbH aufweisen darf. Einfachgesetzlich ist geregelt, dass die Gesellschaft als GmbH zu gründen ist, jedoch ist ein späterer Rechtsformwechsel zur AG ohne Einschaltung des Bundestags möglich. Dies ist aus Sicht der Nutzer negativ zu bewerten.

## **5.2 Zusammenstellung der konkreten Gesetzesvorschläge**

Die vorstehend aufgezeigten Defizite sollten auf der Ebene des Grundgesetzes durch eine im Vergleich zum Vorschlag der Bundesregierung weitgehende Neuformulierung des Art. 90 Abs. 2 GG sowie durch die Ergänzung des Art. 90 GG um zwei Absätze (5) und (6) wie folgt beseitigt werden:

*(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung [oder einer Anstalt öffentlichen Rechts] bedienen. Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen. Die Bundesrepublik Deutschland haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.*

*(5) Bei der Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Aufgaben der Bundesverwaltung ist der effektive Einfluss des Bundes auf die Aufgabenerfüllung sicherzustellen.*

*(6) Die Einbeziehung Privater darf in einem Umfang, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens wesentlich ist, nur auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages bedarf. Die Einbeziehung nach Satz 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Sie darf eine Laufzeit von 30 Jahren nicht überschreiten und hat gegenüber Bundestag und Öffentlichkeit transparent zu erfolgen. Das Nähere regelt das Gesetz nach Satz 1.*

Auf einfachgesetzlicher Ebene sollte – auf der Grundlage von Art. 90 Abs. 6 S. 4 GG – ein „Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen“ erlassen werden, das insbesondere die Realisierung von Teilnetz-ÖPP unterbindet und damit auch eine Umgehung des Verbots der Privatisierung der BAB-Gesellschaft verhindert:

Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz betrifft funktionale Privatisierungen in Form von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP) und sonstigen Vertragsmodellen, bei denen Private in einem Umfang in die Verwaltung der Bundesfernstraßen einbezogen werden, der unter Berücksichtigung insbesondere der Laufzeit und des Volumens gemäß Art. 90 Abs. 6 Satz 1 GG wesentlich ist. Eine funktionale Privatisierung nach Satz 1 liegt auch dann vor, wenn eine Gesellschaft des Bundes oder der Länder Auftraggeber ist oder wenn Private nur eine Minderheitsbeteiligung an einem Auftragnehmer halten. Zu den funktionalen Privatisierungen nach Satz 1 zählen auch Konzessionsmodelle.

(2) Die Einbeziehung Privater gemäß Abs. 1 Satz 1 hat einen wesentlichen Umfang, wenn der geschätzte Gesamtwert des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung 100.000.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) überschreitet und die maximale Vertragslaufzeit die Zeitdauer von 10 Jahren übersteigt. Berechnungsgrundlage des Gesamtwerts ist die gesamte Laufzeit einschließlich etwaiger Optionen und Verlängerungen. Im Übrigen gelten die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Schätzung von Auftragswerten und die Vorgaben der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen für die Schätzung von Vertragswerten entsprechend.

(3) Aufträge, die ausschließlich Planungs- und Bauleistungen zum Gegenstand haben, haben auch dann keinen wesentlichen Umfang, wenn sie die in Abs. 2 Satz 1 genannten Kriterien erfüllen.

§ 2 Verbot funktionaler Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang auf Teilnetzen

Die Einbeziehung Privater nach § 1 Abs. 1 darf hinsichtlich Bau oder Betrieb nicht für das Gesamtnetz oder Teilnetze der Bundesautobahnen oder der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs erfolgen. Ein Teilnetz im Sinne von Satz 1 liegt vor, wenn sich der Vertrag auf Netzbestandteile mit einem Gesamtumfang von mehr als 100 Kilometern erstreckt. Betrieb im Sinne von Satz 1 ist auch die Erhaltung. Die Mauterhebung ist nicht erfasst.

§ 3 Zeitliche Begrenzung funktionaler Privatisierungen

Die maximale Laufzeit von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 beträgt 30 Jahre. Etwaige Optionen und Vertragsverlängerungen sind zu berücksichtigen.

*§ 4 Zustimmungserfordernis des Bundestags*

*Die Ausschreibung von Aufträgen und Konzessionen nach § 1 Abs. 1 bedürfen der Zustimmung des Bundestages mit einfacher Mehrheit. [Eine Zustimmung des Bundestages nach Satz 1 ist nicht erforderlich, wenn das finanzielle Volumen des Auftrags oder der Konzession bei einer Barwert-Betrachtung den Wert von 250.000.000 Euro unterschreitet.]*

*§ 5 Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen*

*Die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen ist bei der Einbeziehung Privater gemäß § 1 Abs. 1 verpflichtet, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gemäß § 6 Abs. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz durchzuführen.*

*§ 6 Transparenz gegenüber Bundestag und Allgemeinheit*

*(1) Die Bundesverwaltung hat bei der Erwägung, Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 erstellte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen unverzüglich im Internet zu veröffentlichen. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt nicht für Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, bei deren Veröffentlichung die finanziellen Interessen des Bundes in einem nicht nur unwesentlichen Ausmaß negativ betroffen würden und bei denen das Informationsinteresse der Allgemeinheit den Schutzbedarf hinsichtlich der finanziellen Interessen des Bundes nicht überwiegt. Das Transparenzgebot gemäß Satz 1 gilt ferner nicht hinsichtlich solcher Bestandteile von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von Bietern in Vergabeverfahren und Auftragnehmern des Bundes beinhalten und durch deren Offenbarung diesen ein nicht nur unwesentlicher wirtschaftlicher Schaden entstehen würde, sofern nicht das Informationsinteresse der Allgemeinheit das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse überwiegt.*

*(2) Im Rahmen von Vergabeverfahren bereitgestellte Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken sowie abgeschlossene Verträge und weitere Bestandteile der Vertragswerke zwischen dem Bund und Privaten bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind der Allgemeinheit unverzüglich zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen. Absatz 1 Satz 2 und Satz 3 gelten entsprechend.*

*(3) Die Regelung nach Absatz 2 ist auch bei Vertragsanpassungen anzuwenden, die einen wesentlichen Umfang aufweisen.*

*(4) Vor der Befassung des Bundestages gemäß § 4 mit von der Bundesverwaltung geplanten funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sowie Vertragsentwürfe und Entwürfe für weitere Bestandteile von Vertragswerken der Allgemeinheit zugänglich zu machen und im Internet zu veröffentlichen.*



*(5) Absätze 1 bis 4 gelten für die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen entsprechend.*

*(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Transparenz gegenüber dem Bundestag und der Allgemeinheit bei funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang gemäß § 1 zu treffen.*

Wenn das Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen keine Regelungen bezüglich der Transparenz bei ÖPP-Vorhaben und sonstigen funktionalen Privatisierungen in einem wesentlichen Umfang beinhalten soll, wäre § 6 zu streichen. Vorgelagert wäre dann auch der Formulierungsvorschlag für Art. 90 Abs. 6 S. 3 GG (um den Bestandteil „und hat gegenüber Bundestag und Öffentlichkeit transparent zu erfolgen“) zu kürzen.

Nach Übernahme der Verantwortung für die Investitionsfinanzierung durch die BAB-Gesellschaft könnte – je nach Ausgestaltung der BAB-Gesellschaft – die Möglichkeit verbleiben, Investitionsspielräume durch die Kapitalaufnahme Privater im Rahmen von ÖPP-Projekten auszuweiten. Gegen eine derartige Umgehung der Regelungen bzw. der Grundgedanken von Schuldenbremsen und etwaigen Verschuldungsbegrenzungen für die BAB-Gesellschaft sollte Vorsorge getroffen werden. Dies könnte durch die Aufnahme eines weiteren Absatzes in das hier vorgeschlagene Gesetz zur Zulässigkeit und Umsetzung wesentlicher funktionaler Privatisierungen bei den Bundesfernstraßen erfolgen.

Es sei darauf hingewiesen, dass der Bundesrechnungshof selber darauf gedrungen hat, dass sichergestellt wird, dass seine Prüfrechte im Bereich der BAB, die er auch im Kontext der Realisierung von ÖPP-Vorhaben wahrnimmt, durch die Gründung der BAB-Gesellschaft nicht eingeschränkt werden. In diesem Zusammenhang hat der Bundesrechnungshof selber den Vorschlag unterbreitet, § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen neuen Absatz zu ergänzen, der folgend „ungeprüft“ wiedergegeben wird:

*„Unbeschadet der Regelung in § 92 Absatz 1 BHO prüft der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gesellschaft sowie ihrer regionalen (§ 4 Absatz 2) und weiterer Tochtergesellschaften. Soweit sich die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß § 5 Absatz 2 Dritter bedient, stellt sie sicher, dass der Bundesrechnungshof auch bei diesen erheben kann. § 91 BHO bleibt hiervon unberührt.“*

Damit die BAB-Gesellschaft auch selbst als Konzessionär nach dem F-Modell tätig werden kann, sollte in § 1 FStrPrivFinG nach Absatz 5 folgender Absatz 6 eingefügt werden:

*Als Privater im Sinne dieses Gesetzes gilt auch die Gesellschaft privaten Rechts nach dem Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Bundesautobahnen und andere Bundesfernstraßen.*

Ergänzend zu dem vorgeschlagenen Gebot der Gewährung einer Staatsgarantie für die Kapitalaufnahme der BAB-Gesellschaft in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG sollte § 7 InfrGG-Entwurf-BReg um einen weiteren Absatz wie folgt ergänzt werden:

*Die BAB-Gesellschaft privaten Rechts ist zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen berechtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Kapital aufzunehmen, insbesondere Kreditoperationen im In-*

*und Ausland durchzuführen sowie erforderliche Umschuldungen und Prolongationen von Kreditoperationen (Finanz-Transaktionen) vorzunehmen. Die Bundesrepublik Deutschland übernimmt die Haftung für die hierdurch von der Gesellschaft begründeten Zahlungsverpflichtungen gegen Berechnung einer marktüblichen Risikoprämie. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Regelungen zur Zulässigkeit der Finanz-Transaktionen und zur Haftungsübernahme der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Berechnung der Risikoprämie zu treffen.*