

Kurzgutachten

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

Autoren:

Prof. Dr. Georg Hermes

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

Prof. Dr. Thorsten Beckers

Auftraggeber:

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB)

6. Dezember 2016

Zusammenfassung

- Der Beschluss der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14.10.2016 zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems und zu Maßnahmen für die Verbesserung der Aufgabenerledigung im Bundesstaat enthält eine Absichtserklärung zur Reform der Bereitstellung und Verwaltung bei den Bundesfernstraßen (BFS), die die Bundesautobahnen (BAB) und die Bundesstraßen (BS) umfassen. Während bislang die Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung wesentliche Kompetenzen und Aufgaben bei der Verwaltung der BFS innehaben, soll künftig der Bund die BAB verwalten und zwar unter Einsatz einer BAB-Gesellschaft.
- Am 24.11.2016 hat die Bundesregierung einen Entwurf zur Neufassung von Art. 90 GG (im Folgenden als „Art. 90 GG-RE“ bezeichnet) vorgelegt, in dem Eigentums- (und damit auch Privatisierungsfragen) in den Absätzen (1) und (2) angesprochen werden:

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

(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an 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.

- Neben dem Entwurf für die Neufassung von Art. 90 GG hat die Bundesregierung am 24.11.2016 auch den Entwurf eines Begleitgesetzes für einfachgesetzliche Anpassungen im Zusammenhang mit den geplanten Reformen vorgelegt, die bei der Analyse von Art. 90 GG-RE zu beachten sind.
- Nach Bekanntwerden des Art. 90 GG-RE ist im politischen Bereich und in der Presse vielfach geäußert worden, dass eine Privatisierung der BAB nun grundgesetzlich ausgeschlossen sein wird. U.a. wurde geäußert, dass Art. 90 GG-RE den „Stopp für jegliche Privatisierungspläne“ bedeute.
- In dem vorliegenden Kurzgutachten ist jedoch aufgezeigt worden, dass die in Art. 90 GG-RE enthaltenen Privatisierungsschranken unzureichend sind. Sie stehen der zukünftigen Realisierung von Privatisierungsvarianten bei den BAB nicht entgegen, die gemäß (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse aus der Perspektive der Maut- und Steuerzahler als nachteilig einzustufen sind und gegen die eine grundgesetzliche Vorsorge empfehlenswert wäre.
- Das zivilrechtliche Eigentum ist nach Art. 90 GG-RE zwar dem Bund zugeordnet. Nutzungsrechte können aber 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. Dies wäre (nur) dann als relativ unproblematisch anzusehen, wenn eine wirksame grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben existiert.
- Die Privatisierungsschranke in Art. 90 GG-RE hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben ist jedoch sehr defizitär. Das wird im Folgenden mit Bezug zu den drei Komponenten betrachtet, die diese Schranke aufweisen sollte:
 - Positiv ist, dass Art. 90 GG-RE zumindest eine Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an der BAB-Gesellschaft an Private eindeutig ausschließt. Negativ ist aber, dass mittelbare Beteiligungen an der Gesellschaft – selbst wenn sie dem Eigenkapital (EK) zugerechnet werden (wie bestimmte atypische stille Beteiligungen) – nicht gesichert verhindert werden. Es ist ferner nicht zweifelsfrei, dass die Beteiligung Privater am Eigenkapital von Tochtergesellschaften unterbun-

- den ist. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass bislang noch kein Entwurf der Bundesregierung für eine Begründung zu Art. 90 GG-RE vorliegt.
- Die Gewährung einer Staatsgarantie für die Aufnahme von Fremdkapital (FK) ist in Art. 90 GG-RE nicht vorgeschrieben. Damit fehlt ein grundgesetzlicher Schutz gegen eine unnötig kostspielige FK-Aufnahme. Zudem ist es der BAB-Gesellschaft möglich, Kapital über EK-ähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine oder die Beteiligung typischer stiller Gesellschafter) aufzunehmen, bei denen EK-ähnliche Renditeerwartungen vorliegen. Derartige sogenannte „Mezzanine-Finanzierungen“ könnten eingesetzt werden, um das Verbot einer privaten EK-Beteiligung (Kapitalprivatisierungsverbot) zu umgehen.
 - Funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz, die sich auf ganze Teilnetze beziehen, werden nicht unterbunden. Teilnetz-ÖPP, bei denen die Vergütung des Privaten durch die BAB-Gesellschaft und nicht direkt durch die Nutzer erfolgt, dürften nach Art. 90 GG-RE grundgesetzlich erlaubt und ohne jegliche einfachgesetzliche Anpassung umsetzbar sein. Unter Berücksichtigung des Begleitgesetz-Entwurfs muss davon ausgegangen werden, dass sogar eine zukünftige (nur noch die Vornahme einfachgesetzlicher Anpassungen am Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) erfordernde) Vergabe von Teilnetz-Konzessionen möglich sein soll. Es könnte also zu einer „Autobahnprivatisierung nach dem französischen Modell“ kommen. Festzuhalten ist: Auch durch Teilnetz-ÖPP-Vorhaben ist es möglich, das in Art. 90 GG-RE enthaltene Kapitalprivatisierungsverbot zu umgehen.
- Der in Abschnitt 4 dieses Kurzgutachtens vorgestellte (Alternativ-)Vorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG beinhaltet hingegen Privatisierungsschranken, die auf der Basis (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse zu empfehlen sind:

Art. 90 GG

- (1) Der Bund hält das unveräußerliche Eigentum an den Bundesautobahnen und den sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs.
- (2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben als Straßenbaulastträger einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹ bedienen. Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Der Bund haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.
- (3) Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes.
- (4) Auf Antrag eines Landes kann der Bund sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in Bundesverwaltung nach Absatz 2 übernehmen.
- (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. Näheres regelt das Gesetz nach Satz 1.

¹ Vor dem Hintergrund, dass eine Aktiengesellschaft als ungeeignete Rechtsform für die BAB-Gesellschaft anzusehen ist, enthält dieser Vorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG die Vorgabe, dass die BAB-Gesellschaft (dauerhaft) die Rechtsform der GmbH aufzuweisen hat. Im Übrigen dürfte für die BAB-Gesellschaft die Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) besser geeignet sein als die der GmbH.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	ii
1 Einleitung.....	1
2 Grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich des zivilrechtlichen Eigentums an den BAB.....	5
3 Grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben.....	9
3.1 (Kurze) Erläuterung der Rationalität für eine aus drei Komponenten bestehende grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben	9
3.2 Rechtliche Analyse von Art. 90 GG-RE hinsichtlich einer Privatisierungsschranke	10
3.2.1 Beteiligung Privater am Eigenkapital	10
3.2.1.1 Beteiligung Privater am Eigenkapital der BAB-Gesellschaft	10
3.2.1.2 Beteiligung Privater am Eigenkapital von Tochtergesellschaften.....	12
3.2.2 Fremdkapitalbereitstellung für die Gesellschaft	13
3.2.3 Funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz im Allgemeinen und bei Teilnetzen im Speziellen	13
3.2.3.1 Strukturen der funktionalen Privatisierung nach Gründung der BAB-Gesellschaft.....	13
3.2.3.2 Keine explizite Privatisierungsschranken in Art. 90 GG-RE	14
3.2.3.3 Implizite Privatisierungsschranken in Art. 90 GG-RE?	14
3.2.4 Gesamtbeurteilung.....	16
4 (Alternativ-)Vorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG	17
4.1 Formulierungsvorschlag.....	17
4.2 Erläuterungen.....	18
4.2.1 Privatisierungsschranke 1: Unveräußerliches zivilrechtliches Eigentum des Bundes	18
4.2.2 Privatisierungsschranke 2: Privatisierungen hinsichtlich der Gesellschaft und der Erledigung ihrer Aufgaben	19
4.2.2.1 Komponente (a): Keine Beteiligung Privater am Eigenkapital („keine Kapitalprivatisierung“)	19
4.2.2.2 Komponente (b): Gebot zur Gewährung einer Staatsgarantie („keine Finanzierungsprivatisierung“)	19
4.2.2.3 Komponente (c): Begrenzung funktionaler Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz (insbesondere Verbot von „Teilnetz-ÖPP“).....	20
5 Fazit.....	21
6 Anhang: Auszüge aus dem Vorschlag der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung von Art. 90 GG und zu damit einhergehenden einfachgesetzlichen Anpassungen	23
6.1 Vorschlag zur Neufassung von Art. 90 GG	23
6.2 Auszüge aus dem Vorschlag für ein „Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr“ und für die dazugehörige Gesetzesbegründung.....	23
6.2.1 Auszug aus Vorschlag für das Gesetz (§§ 1 und 5)	23
6.2.2 Auszug aus Vorschlag für Gesetzesbegründung (zu §§ 1 und 5)	24

1 Einleitung

Der Beschluss der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14.10.2016 zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab 2020 und zu Maßnahmen für die Verbesserung der Aufgabenerledigung im Bundesstaat enthält eine politische Absichtserklärung zur Reform der Bereitstellung und Verwaltung bei den Bundesfernstraßen (BFS), die die Bundesautobahnen (BAB) und die Bundesstraßen (BS) umfassen.² Während bislang die Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung wesentliche Kompetenzen und Aufgaben bei der Verwaltung der BFS innehaben, soll künftig der Bund die BAB verwalten, und zwar unter Einsatz einer Gesellschaft, die im Folgenden – die in der aktuellen politischen Diskussion übliche Bezeichnung aufgreifend – als BAB-Gesellschaft bezeichnet wird. Nach dem 14.10.2016 hat sich – auch innerhalb der Bundesregierung – eine politische Kontroverse über die Frage entwickelt, ob bei der zur Umsetzung des Beschlusses der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern bezüglich der BFS erforderlichen Anpassung des Art. 90 GG im Grundgesetz festgelegt werden sollte, dass sich die Gesellschaft vollständig in öffentlichem Eigentum zu befinden hat. Am 24.11.2016 hat die Bundesregierung – im Anschluss an eine regierungsinterne Verständigung – den Ländern und ausgewählten Interessenverbänden einen Entwurf zur Neufassung von Art. 90 GG (im Folgenden auch als „Art. 90 GG-RE“ bezeichnet) übermittelt und Gelegenheit zur kurzfristigen Stellungnahme gegeben. Nach diesem Entwurf soll – neben der dauerhaften Zuordnung des zivilrechtlichen Eigentums an den BFS zum Bund – das öffentliche Eigentum an der BAB-Gesellschaft grundgesetzlich fixiert werden. Die Eigentumsfragen sind in den Absätzen (1) und (2) des Art. 90 GG-RE angesprochen. Sie lauten wie folgt:

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

(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an 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.

Neben dem Entwurf für die Neufassung von Art. 90 GG hat die Bundesregierung am 24.11.2016 auch den Entwurf eines Begleitgesetzes für einfachgesetzliche Anpassungen im Zusammenhang mit den

² Die Rechte der Autoren zur Veröffentlichung ihrer Forschungsarbeiten in dem vorliegenden Kurzgutachten sind nicht (und dabei weder direkt noch indirekt) eingeschränkt gewesen. Deshalb ist in diesem Kurzgutachten 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. Diese Regel soll nach Möglichkeit auch bei Veröffentlichungen in den Nicht-Fach-Medien angewandt werden.“) der persönlichen Homepage des Autors entnommen werden, der Mitglied des Vereins für Socialpolitik ist (siehe https://www.wip.tu-berlin.de/menuue/kontakt_mitarbeiter/prof_dr_thorsten_beckers).

geplanten Reformen bei den BFS vorgelegt.³ Dieser Entwurf umfasst insbesondere ein Gesetz zur Gründung der BAB-Gesellschaft („Gesetz zur Gründung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr“). In diesem Gründungsgesetz für die BAB-Gesellschaft und in der dazugehörigen Gesetzesbegründung werden u.a. funktionale Privatisierungen durch die Gesellschaft, die Beteiligung Privater am „Netzausbau und -erhalt“ sowie auch der Rückgriff auf privates Kapital thematisiert.

Nach Bekanntwerden des Entwurfs der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung des Art. 90 GG und der geplanten einfachgesetzlichen Anpassungen ist im politischen Bereich und in der Presse vielfach geäußert worden, dass eine Privatisierung der Bundesautobahnen nun grundgesetzlich ausgeschlossen sein wird. Als Beispiel kann auf die Einschätzung einer Bundestagsabgeordneten verwiesen werden, die Berichterstatterin im Haushaltsausschuss für das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ist, und die Art. 90 GG-RE als „Stopp für jegliche Privatisierungspläne ... in Bezug auf die Bundesfernstraßenverwaltung“ eingeordnet hat.⁴

Das vorliegende Kurzgutachten betrachtet vor dem Hintergrund der vorstehend dargestellten Entwicklungen folgende Fragestellungen:

- Welche Wirkungen entfalten die in Art. 90 GG-RE vorgesehenen Privatisierungsschranken?
- Inwieweit schützen die in Art. 90 GG-RE vorgesehenen Privatisierungsschranken auf effektive und effiziente Weise vor Privatisierungen, die aus Sicht von Maut- und auch Steuerzahlern gemäß institutionenökonomischer Erkenntnisse nicht sinnvoll und als unwirtschaftlich einzuordnen sind?⁵

Bei der rechtlichen Bewertung werden auch die einfachgesetzlichen Anpassungen berücksichtigt. Denn der einfachgesetzliche Anpassungsprozess ist auf Grund der zeitlichen Koinzidenz mit der Verfassungsänderung Teil der verfassungsrechtlichen Entstehungsgeschichte und kann daher die künftige Auslegung des Grundgesetzartikels beeinflussen.

Ein besonderes Augenmerk wird bei den Analysen auf Umgehungsmöglichkeiten gerichtet, die die Effektivität und Eignung der Privatisierungsschranken in Art. 90 GG-RE in Frage stellen können. Mit Blick auf die identifizierten Defizite werden konkrete Vorschläge für die Etablierung von Privatisierungsschranken in Art. 90 GG unterbreitet.

Für die Auseinandersetzungen mit Fragen der Privatisierung bei den BAB in diesem Kurzgutachten bietet es sich – einen von vielen möglichen Ansätzen zur Kategorisierung von Privatisierungen aufgreifend – an, zwischen den folgenden Privatisierungsformen zu unterscheiden:

³ Referentenentwurf der Bundesregierung (Bearbeitungsstand: 23.11.2016 20:10 Uhr): „Entwurf eines Begleitgesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften“.

⁴ In einer Pressemitteilung vom 24.11.2016 äußerte sich die SPD-Bundestagsabgeordnete Bettina Hagedorn wie folgt: „... mit dem heutigen Stopp für jegliche Privatisierungspläne ... in Bezug auf die Bundesfernstraßenverwaltung ist für uns Sozialdemokraten ein riesiger Stolperstein auf dem Weg zur Grundgesetzänderung aus dem Weg geräumt.“

⁵ In diesem Kontext wäre es im Übrigen auch als Defizit anzusehen und zu kritisieren, wenn Privatisierungsschranken vorliegen sollten, die der Umsetzung sinnvoller Privatisierungsvarianten entgegenstehen.

- Die Vermögensprivatisierung betrifft im Bereich der BAB die Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums an den Grundstücken der BAB auf Privatrechtssubjekte.
- Organisationsprivatisierung bedeutet die Ausgliederung von Aufgaben der Bundesfernstraßenverwaltung auf eine juristische Person des Privatrechts. Da in dieser Studie von einer Übergabe von Aufgaben durch den Bund an eine BAB-Gesellschaft ausgegangen wird, erfolgt im Folgenden keine Diskussion dieser Privatisierungsform.
- Eine Kapitalprivatisierung erfolgt durch die Beteiligung Privater am Eigenkapital einer Gesellschaft.
- Die funktionale Privatisierung wird als Sammelbegriff für die Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben angesehen. In diesem Zusammenhang umfasst sie auch die vertragliche Übergabe von Aufgaben von der öffentlichen Hand als Auftraggeber an private Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen so genannter „Contracting Out“-Lösungen. In diesem Kurzgutachten werden mehrere Varianten funktionaler Privatisierungen mit Bezug zu Vertragsabschlüssen zwischen einer (dabei als in jedem Fall im öffentlichen Eigentum stehend angenommenen) BAB-Gesellschaft als Auftraggeber und privaten Unternehmen als deren Auftragnehmern thematisiert. Dabei werden zum einen Contracting Out-Lösungen im Rahmen der so genannten konventionellen Beschaffungsvariante und zum anderen nach dem so genannten ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaften)-Ansatz betrachtet.
- Die Finanzierungsprivatisierung betrifft den Einbezug Privater in die Finanzierung und ist damit nur sehr unscharf definiert. Sie wird folgend zunächst mit der Bereitstellung von Fremdkapital durch Private für die BAB-Gesellschaft thematisiert. Des Weiteren ist auch im Rahmen der Betrachtung von funktionalen Privatisierungen über ÖPP-Vorhaben eine private Kapitalbereitstellung und damit eine Finanzierungsprivatisierung von Relevanz.
- Eine materielle Privatisierung bezeichnet den vollständigen Rückzug des Staates aus der Aufgabenerfüllung. Bei den BAB ist nicht davon auszugehen, dass der Staat seine grundsätzliche Bereitstellungsverantwortung abgibt. Insofern wird diese Privatisierungsform nicht weiter betrachtet.

Dieses Kurzgutachten ist wie folgt gegliedert:

- Gegenstand von Abschnitt 2 ist die Zuordnung des zivilrechtlichen Eigentums an den BFS. Dabei wird die Eignung der in Art. 90 GG-RE vorgesehenen grundgesetzlichen (Privatisierungs-)Schranke hinsichtlich einer Vermögensprivatisierung diskutiert.
- Abschnitt 3 widmet sich der Frage, ob Art. 90 GG-RE eine geeignete Privatisierungsschranke hinsichtlich der Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben aufweist. Dabei werden zunächst die Bereitstellung des Eigen- und des Fremdkapitals der Gesellschaft betrachtet und Möglichkeiten einer Kapital- und eine Finanzierungsprivatisierung untersucht. Ferner werden mögliche Privatisierungsstrategien bei der Beschaffung durch die Gesellschaft berücksichtigt. Bei Autobahnen sind sehr weitgehende funktionale Privatisierungen denkbar, die ähnliche Wirkungen wie eine Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft haben können. Das gilt insbesondere dann, wenn der ÖPP-Ansatz auf Teilnetze oder sogar auf das Gesamtnetz der BAB angewendet werden sollte. Hierauf verweisen insbesondere die Erfahrungen aus Frankreich. Dort wurde die Zuständigkeit für die Bewirtschaftung von Teilnetzen im Wege des ÖPP-

Ansatzes auf private Autobahnbetreibergesellschaften übertragen. Dabei erhalten die privaten Autobahnbetreibergesellschaften ihre Vergütung direkt von den Nutzern, so dass Konzessionslösungen vorliegen.

- In Abschnitt 4 wird mit Blick auf die Defizite, die die Analysen des Art. 90 GG-RE und der damit einhergehenden einfachgesetzlichen Anpassungen zu Tage gefördert haben, ein (alternativer) Vorschlag für die Etablierung grundgesetzlicher Privatisierungsschranken in Art. 90 GG vorgestellt.
- In Abschnitt 5 wird ein Fazit gezogen.
- Als Anhang (Abschnitt 6) sind der Wortlaut des Art. 90 GG-RE und Auszüge aus dem Entwurf für damit einhergehende einfachgesetzliche Anpassungen beigefügt.

Diesem Kurzgutachten werden – nicht zuletzt aufgrund von Zeitrestriktionen – folgende Prämissen und Annahmen zu Grunde gelegt:

- Die Darstellungen und Analysen beziehen sich – sofern nicht im Einzelfall anders angegeben – lediglich auf die BAB.
- Es wird – korrespondierend mit den Regelungsinhalten der am 24.11.2016 von der Bundesregierung vorgelegten Vorschläge für die mit der Art. 90 GG-Reform einhergehenden einfachgesetzlichen Anpassungen – angenommen,
 - dass der zu gründenden BAB-Gesellschaft – sofern nicht im Einzelfall anders angegeben – Mauteinnahmen zufließen,
 - dass die BAB-Gesellschaft somit über eine eigene Einnahmequelle verfügt,
 - dass sie zumindest mittel- bis langfristig nicht von der Zurverfügungstellung von Haushaltsmitteln abhängig ist und
 - dass sie zumindest für (nicht hoheitliche) Aufgaben der Planung sowie für den Bau, die Erhaltung und den Betriebsdienst bei den BAB zuständig sein wird.

In diesem Kurzgutachten wird umfangreich auf Erkenntnisse aus dem folgenden im Auftrag des Ministeriums für Verkehr des Landes Baden-Württemberg erstellten Kurzgutachtens zurückgegriffen:⁶

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, Online-Veröffentlichung.

Bei institutionenökonomischen Fragestellungen (speziell zur Rationalität bestimmter Privatisierungsschranken) werden in dem vorliegenden Kurzgutachten lediglich in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016) abgeleitete Ergebnisse wiedergegeben und aufgegriffen. Die Erläuterungen zur Ableitung der Ergebnisse werden nicht nochmals dargestellt; sie sind vielmehr der Quelle selber und der dort erwähnten Literatur zu entnehmen.

⁶ Im Folgenden wird auf Verweise auf die in dieser Einleitung genannten unter Beteiligung der Autoren des vorliegenden Kurzgutachtens entstandenen Veröffentlichung weitgehend verzichtet und dies gilt z.T. auch bei wörtlichen Übernahmen von Textabschnitten.

Auch auf Erkenntnisse aus weiteren bereits vorliegenden Studien und Gutachten, die unter der Beteiligung von Autoren dieses Kurzgutachtens entstanden sind, wird im Folgenden zurückgegriffen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere folgende Forschungsarbeiten zu nennen:

- 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. (2016a): Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG, erstellt im Auftrag des Ministeriums für Verkehr Baden-Württemberg.
- Hermes, G. / Weiß, H. (2016b): Kurzbewertung des Beschlusses der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern am 14. Oktober 2016 in Berlin zur Reform der Bundesfernstraßenverwaltung (B. 1. „Infrastrukturgesellschaft Verkehr“) aus rechtlicher Sicht, erstellt für die Thüringer Staatskanzlei.

2 Grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich des zivilrechtlichen Eigentums an den BAB

Der Entwurf für die Neufassung des Art. 90 GG weist in Absatz 1 das als „unveräußerlich“ bezeichnete Eigentum an allen Bundesstraßen des Fernverkehrs dem Bund zu. Entsprechend der Formulierung im bislang geltenden Art. 90 Abs. 1 GG bezeichnet dabei das Wort „Eigentum“ das zivilrechtliche Eigentum an den Straßengrundstücken. Diese klare Regelung gibt auf den ersten Blick keine Veranlassung, nach Umgehungsmöglichkeiten oder möglichen Auslegungsspielräumen zu fragen.

Allerdings sind zwei Aspekte zu berücksichtigen, die die Bedeutung und Reichweite dieser Privatisierungsschranke erheblich relativieren.

- Zunächst ist zu erkennen, dass bei öffentlichen Straßen – anders als nach der allgemeinen Zivilrechtsordnung – nicht dem zivilrechtlichen Eigentümer das Nutzungsrecht und auch nicht das Bestimmungsrecht darüber, wer die Straße nutzen darf, zusteht. Vielmehr unterliegen die öffentlichen Straßen einer in den Straßengesetzen ausgestalteten öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung, nach der der jeweilige Straßenbaulastträger (Bund, Land, Kommune) über die Reichweite der gesetzlich vorstrukturierten Nutzungsrechte durch Widmung entscheidet und auch das Recht, für die Benutzung von Straßen ein Entgelt zu verlangen, öffentlich-rechtlich losgelöst vom zivilrechtlichen Eigentum normiert ist (vgl. das Bundesfernstraßenmautgesetz⁷). Das zivilrechtliche Eigentum an den Straßen ist durch diese öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung, die durch die Widmung zur öffentlichen Sache entsteht, überlagert. Insoweit lässt

⁷ § 1 Abs. 1 Satz 1 BFStrMG lautet in der aktuellen Fassung (auszugsweise): „Für die Benutzung 1. der Bundesautobahnen und 2. der Bundesstraßen oder Abschnitte von Bundesstraßen [...] mit Fahrzeugen im Sinne des Satzes 2 ist eine Gebühr im Sinne des Artikels 2 Buchstabe b der Richtlinie 1999/62/EG [...] zu entrichten (Maut).“

sich zusammenfassend festhalten, dass es auf das zivilrechtliche Eigentum gar nicht entscheidend ankommt.

- Ferner zeigt der Referentenentwurf, dass und wie das „unveräußerlich“ beim Bund liegende Eigentum in einem weiteren – auch die öffentlich-rechtlichen Verfügungsbefugnisse umfassenden – Sinne, soweit es bislang der juristischen Person Bundesrepublik Deutschland zugewiesen war, auf eine leere Hülle reduziert werden kann und reduziert werden soll. Dies geschieht dadurch, dass die – wie erwähnt maßgeblichen – öffentlich-rechtlichen Befugnisse auf die Gesellschaft privaten Rechts übertragen werden und auch alle wesentlichen verbleibenden Rechte und Pflichten aus dem zivilrechtlichen „Resteigentum“ auf die Gesellschaft übergehen sollen.

Was den zweiten Aspekt der Reduzierung des „Eigentums“ des Bundes auf eine leere Hülle angeht, so erschließt sich dieser erst aus der Zusammenschau einer Reihe von – zum Teil versteckten – Einzelregelungen im Gesamtpaket des Referentenentwurfs: Art. 17 dieses Entwurfs sieht wesentliche Änderungen im Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs vor. Zwar bleibt das zivilrechtliche Eigentum – entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben – beim Bund (§ 1). Das Gesetz wird aber dafür geöffnet, die Kosten aus der Wahrnehmung der Straßenbaulast und alle in diesem Zusammenhang erzielbaren Einnahmen der BAB-Gesellschaft zuzuweisen – was sogar möglichst schnell geschehen soll.⁸ Dementsprechend soll auch das Bundesfernstraßenmautgesetz geändert werden. Die BAB-Gesellschaft soll Mautgläubigerin werden.⁹ Um diesen Wechsel der Gläubigerposition zu ermöglichen, wird der Bund ermächtigt, der BAB-Gesellschaft besondere Nießbrauchsrechte und weitere Rechte einzuräumen und sich gegenüber der Gesellschaft zum Wertersatz für den Fall der Beendigung solcher Rechte zu verpflichten.¹⁰

All dies dient dazu, der BAB-Gesellschaft die Chancen und Risiken aus der Bewirtschaftung der Bundesstraßen umfassend und langfristig zuzuweisen, so dass das *wirtschaftliche Eigentum* auf sie übergeht – und bei der Bundesrepublik Deutschland nur das zivilrechtliche Eigentum als leere Hülle verbleibt. Dass der Gesetzgeber von einem umfassenden Übergang des wirtschaftlichen Eigentums – auch an den Grundstücken selbst – ausgeht, zeigt unter anderem die geplante Änderung des Grunderwerbssteuergesetzes. Dort soll ein neuer Befreiungstatbestand für den Erwerb von Grundstücken durch die BAB-Gesellschaft eingefügt werden, um die Entstehung von Grunderwerbssteuer auszuschließen.¹¹

⁸ Siehe Begleitgesetz-Referentenentwurf, Art. 17 Ziff. 1 (Änderung von § 6 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs). In § 6 Abs. 2 soll folgender Satz 2 angefügt werden: „Die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr soll schnellstmöglich die Einnahmen gemäß Satz 1 für das in ihrer Zuständigkeit liegende Streckennetz aus eigenem Recht erhalten.“

⁹ Siehe Begleitgesetz-Referentenentwurf, Art. 18 Ziff. 1 (Änderung von § 2 des Bundesfernstraßenmautgesetzes).

¹⁰ Siehe Begleitgesetz-Referentenentwurf, Art. 17 Ziff. 2 (Änderung von § 8 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs).

¹¹ Siehe Begleitgesetz-Referentenentwurf, Art. 22 (Änderung des Grunderwerbssteuergesetzes).

Das geplante Modell ist in der Begründung zur Änderung des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs wie folgt erläutert:¹²

*„Die Gesellschaft wird nach ihrer Gründung mehrere Phasen durchlaufen [...]. Erlangt die Gesellschaft in Phase 2 das **wirtschaftliche Eigentum** an den Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen, soll sie als Gegenleistung **einen öffentlich-rechtlichen Nießbrauch** vom Bund als Entgelt für die „betriebsbereite und vertragsgemäße Bereitstellung“ der Bundesautobahnen und vorgenannten autobahnähnlichen Bundesstraßen erhalten. Da das **Eigentum** an den Grundstücken der Bundesautobahnen und vorgenannten autobahnähnlichen Bundesstraßen **durch die Widmung zur öffentlichen Sache überlagert** ist, werden **der Gesellschaft die Rechte und Pflichten an den öffentlichen Grundstücken durch den vorgenannten öffentlich-rechtlichen Nießbrauch zugewiesen**. Dieser wird durch die Bestellung eines **zivilrechtlichen Nießbrauchs** an den betroffenen Straßengrundstücken ergänzt. Die ergänzende Bestellung eines zivilrechtlichen Nießbrauchs dient der Sicherung der **sonstigen Nutzung** des Grundstücks zugunsten der Gesellschaft, soweit diese Nutzung nicht von der Widmung der Bundesautobahn und vorgenannten autobahnähnlichen Bundesstraße als öffentliche Sache umfasst ist.“*

Der somit intendierte Übergang des wirtschaftlichen Eigentums dürfte wohl implizieren, dass nicht nur das Nettoanlagevermögen, sondern auch Verbindlichkeiten in entsprechender Höhe von der Bundesrepublik Deutschland auf die BAB-Gesellschaft übertragen werden. So heißt es in der Begründung weiter:

*Die Bedingungen dieser zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtseinräumung werden im Einzelnen zu bestimmen sein. Jedenfalls wird die Gesellschaft das Nießbrauchsrecht **so mit nicht ohne Gegenleistung** erhalten. Schon rein handelsrechtlich setzt die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums neben dem Besitz über wesentliche Teile der wirtschaftlichen Nutzungsdauer weiter voraus, dass die Berechtigte insbesondere Nutzungen und **Lasten** an den Vermögensgegenständen übernimmt. [...]. Außerdem werden weitere Folgen der **Nießbrauchsbestellung** und die **Folgen von deren Beendigung** geregelt. Insbesondere wird insoweit auch ein **Wertersatzanspruch** normiert und geregelt, in welchen Fällen und in welcher Höhe der Bund der Gesellschaft zum Wertersatz verpflichtet.“*

Es wird also betont, dass eine Gegenleistung erfolgen soll (was beihilfenrechtliche Hintergründe haben könnte)¹³, aber (noch) nicht abschließend festgelegt, worin die Gegenleistung für die Einräumung des Nießbrauchs liegen soll. Eine naheliegende Lösung liegt darin, dass die BAB-Gesellschaft

¹² Begleit-Gesetz-Referentenentwurf, S. 118 f. (Hervorhebung nicht im Original).

¹³ Ob eine angemessene Gegenleistung zur Vermeidung des Vorliegens einer Beihilfe rechtlich notwendig ist, hängt davon ab, ob die Einräumung des Nießbrauchs 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.

die bestehenden Verbindlichkeiten des Bundes übernimmt – was jedenfalls im Innenverhältnis etwa durch Begründung einer Freistellungsverpflichtung der BAB-Gesellschaft gegenüber dem Bund möglich wäre. Damit könnte der Bund ggf. erreichen, dass die Schulden auch nach den Maastricht-Kriterien der Gesellschaft zugerechnet würden.¹⁴

Insgesamt wird mit Blick auf die geplanten Änderungen und die Begründung deutlich: der Bund will der BAB-Gesellschaft das wirtschaftliche Eigentum langfristig zuweisen. Die BAB-Gesellschaft soll wirtschaftlich an die Stelle der Bundesrepublik Deutschland treten – gegenüber den Autobahnnutzern (als Mautgläubigern) und möglicherweise auch im Lichte der europäischen Schuldenbremse.

Faktisch verliert damit das in Art. 90 Abs. 1 GG-RE vorgesehene „unveräußerliche“ Eigentum der Bundesrepublik Deutschland jede Bedeutung. Ob dies verfassungsrechtlich nach der beabsichtigten Neufassung von Art. 90 GG zulässig wäre, kann hier schon mangels einer Begründung zu Art. 90 GG-RE nicht eingehender geprüft werden. Der Punkt erscheint jedenfalls zweifelhaft. Denn es ist offensichtlich die Absicht des Verfassungsgebers, abweichend vom bisherigen Verfassungsrechtszustand nicht mehr nur eine Überleitungsnorm vorzusehen, sondern dem Bund das Eigentum dauerhaft zuzuschreiben. Dies wirft zwangsläufig die Frage auf, ob alle typischerweise mit dem Eigentum verbundenen Rechte und Pflichten langfristig abgespalten werden können. Immerhin ließe sich naheliegender Weise argumentieren, dass in Art. 90 GG-RE nicht das Eigentum der „Bundesrepublik Deutschland“ festgeschrieben ist, sondern nur das Eigentum des „Bundes“. Unter diesen Begriff des „Bundes“ könnte man – so die weitere denkbare Argumentation – auch die Gesellschaft rechnen, weil der Bund nach Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE des Entwurfs ja alleiniger Gesellschafter ist und bleiben muss. Außerdem könnte später angeführt werden, dass eben diese Ausgestaltung im Begleitgesetz zu der Verfassungsänderung vorgesehen und dem verfassungsändernden Gesetzgeber bekannt war, so dass hier kein Widerspruch zwischen den parallel verabschiedeten Gesetzen „konstruiert“ werden dürfe.

Im Ergebnis lässt sich zur Privatisierungsschranke hinsichtlich des „Eigentums“ an den BAB festhalten, dass sie bei einem – der bisherigen Auslegung entsprechenden – engen Verständnis nur das nahezu bedeutungslose zivilrechtliche Eigentum betrifft. Darüber hinaus zeigt der Entwurf eines Begleitgesetzes, dass sowohl dieses zivilrechtliche „Resteigentum“ als auch die tatsächlich maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Befugnisse (insbesondere zur Mauterhebung) so umfassend und faktisch kaum rückholbar auf die privatrechtliche Gesellschaft übertragen werden sollen, dass von einer Eigentümerstellung der Bundesrepublik Deutschland nur noch in einem formalen Sinne (Eintragung im Grundbuch) die Rede sein kann.

¹⁴ Im Lichte der europäischen Schuldenbremse, die seit dem Vertrag von Maastricht im Primärrecht der EU verankert ist (Art. 126 AEUV, ex Art. 104 EGV; Prot. Nr. 12) und durch den so genannten Stabilitäts- und Wachstumspakt (Verordnungen) aus dem Jahr 1997 abgesichert werden sollte, und der bei der Prüfung ihrer Einhaltung zu berücksichtigenden Regelungen im Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) kann eine BAB-Gesellschaft bei einer adäquaten Ausgestaltung Schulden aufnehmen, die nicht dem Bund zugerechnet werden. Diese Möglichkeit besteht im Falle einer geeigneten Ausgestaltung auch bei einer öffentlichen BAB-Gesellschaft, worauf das Beispiel der zu 100% im Eigentum der Republik Österreich stehenden Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) hinweist, deren Schulden nicht dem Staat zugerechnet werden.

3 Grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben

3.1 (Kurze) Erläuterung der Rationalität für eine aus drei Komponenten bestehende grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben

Gemäß der in BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016) unter Rückgriff auf institutionenökonomische Erkenntnisse durchgeführten Analysen sollte eine grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und ihrer (Beschaffungs-)Aktivitäten etabliert werden, die die folgenden drei Komponenten enthält:

- Die zu gründende Gesellschaft sollte dauerhaft im vollständigen Eigentum des Bundes stehen. Eine zukünftige Kapitalprivatisierung (also ein Verkauf des Eigenkapitals) sollte durch eine grundgesetzliche Privatisierungsschranke verhindert werden. Umgehungswege sollten möglichst eindeutig und klar ausgeschlossen werden, was insbesondere die atypische Beteiligung stiller Gesellschafter und die Beteiligung Privater an unterhalb der BAB-Gesellschaft stehender Gesellschaften (Tochtergesellschaften etc.) betrifft.
- Der Bund sollte eine (Staats-)Garantie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft abgeben. Im Grundgesetz sollte ein entsprechendes Gebot fixiert werden. Dadurch wird dauerhaft eine Form der Finanzierungsprivatisierung verhindert, die für Maut- und Steuerzahler mit unnötigen Mehrkosten einhergehen würde. Diese unnötigen Mehrkosten dürften beispielsweise bei einer BAB-Gesellschaft, die in Höhe des aktuellen Nettoanlagevermögens von etwa 112 Mrd. EURO (gemäß KORN ET AL. (2014))¹⁵ verschuldet ist, pro Jahr im Bereich neunstelliger Euro-Beträge liegen. Bei einer geeigneten Ausgestaltung wird es – wie auch bei der österreichischen ASFINAG – trotz der Gewährung einer Staatsgarantie möglich sein, dass die Schulden der BAB-Gesellschaft im Lichte der deutschen und der europäischen Schuldenbremse nicht dem Bund zugerechnet werden.

Im Übrigen bewirkt eine Staatsgarantie, dass (auch als Mezzanine-Finanzierung bezeichnete) eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente wie (typische) stille Beteiligungen und Genussscheine nicht zur Finanzierung durch eine BAB-Gesellschaft verwendet werden können. Solche Finanzierungsinstrumente sind zwar nicht dem Eigenkapital zuzurechnen, sie gehen aber mit einer herausgehobenen Risikoposition im Fremdkapitalbereich und – im Vergleich zu „normalem Fremdkapital“ – mit i.d.R. ausgeweiteten Rechten der Kapitalgeber bezüglich der Unternehmenskontrolle und -steuerung einher, und es bestehen eigenkapitalähnliche Renditeforderungen.¹⁶ Insofern verhindert eine Staatsgarantie auch eine – mit Bezug zu den Ähnlich-

¹⁵ Vgl. Korn, M. / Leupold, A. / Niederau, A. / Schneider, C. / Hartwig, K.-H. / Scheffler, R. (2014): Berechnung der Wegekosten für das Bundesfernstraßennetz sowie der externen Kosten nach Maßgabe der Richtlinie 1999/62/EG für die Jahre 2013 bis 2017, Endbericht im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur.

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

keiten von Genussscheinen zu Eigenkapital salopp formuliert – „versteckte“ Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft.

- Nach dem ÖPP-Ansatz realisierte Vorhaben, die sich auf Teilnetze der BAB („Teilnetz-ÖPP“) beziehen (und im Übrigen viele Ähnlichkeiten mit den Teilnetze umfassenden privaten Autobahnkonzessionsgesellschaften in Frankreich aufweisen würden) oder das Gesamtnetz umfassen („Gesamtnetz-ÖPP“), sind eindeutig unwirtschaftlich. Derartige Netz-ÖPP würden einen effektiven Weg darstellen, um ein grundgesetzliches Verbot der Kapitalprivatisierung einer BAB-Gesellschaft zu umgehen. Vor diesem Hintergrund 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. 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.

3.2 Rechtliche Analyse von Art. 90 GG-RE hinsichtlich einer Privatisierungsschranke

3.2.1 Beteiligung Privater am Eigenkapital

3.2.1.1 Beteiligung Privater am Eigenkapital der BAB-Gesellschaft

Zur Beantwortung der Frage, ob der Vorschlag der Bundesregierung eine Beteiligung Privater am Eigenkapital einer BAB-Gesellschaft ausschließt, ist zwischen verschiedenen möglichen Gestaltungsformen zu unterscheiden.

Die „klassische“ Form der Beteiligung am Eigenkapital einer Gesellschaft ist die unmittelbare Beteiligung an der Gesellschaft durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen (im Folgenden: unmittelbare Beteiligung). Daneben kann es aber andere Formen der Beteiligung geben, bei denen der Beteiligte zwar selbst keine Gesellschaftsanteile hält, aber doch an der Gesellschaft partizipiert, sei es in rein wirtschaftlicher Hinsicht, sei es (auch) durch Einflussnahme auf die unternehmerischen Entscheidungen (im Folgenden: mittelbare Beteiligung). Unter Umständen kann in diesen Fällen „materielles Eigenkapital“ vorliegen.

Dies soll an dem in der Praxis weit verbreiteten Beispiel der stillen Beteiligung (vgl. § 230 ff. HGB) verdeutlicht werden. Die stille Beteiligung ist eine Innen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen

„Eine erste Möglichkeit zur Umsetzung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist die Schaffung einer Gesellschaft in einhundertprozentigem Bundesbesitz. Ihre Organisation gliche damit dem österreichischen Modell der ASFINAG, einem privatrechtlichen Unternehmen in 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.“

dem Inhaber eines Handelsgewerbes (hier: der BAB-Gesellschaft) und dem Stillen.¹⁷ Die Beteiligten haben ein gemeinsames Ziel, nämlich die Erzielung von Gewinn. Sie leisten zur Erreichung dieses Ziels unterschiedliche Beiträge. Der Inhaber des Handelsgeschäfts betreibt dieses im eigenen Namen, jedoch auf gemeinsame Rechnung. Der Stille leistet eine Vermögenseinlage und partizipiert am Gewinn (vgl. § 231 HGB). Bei der Gestaltung der stillen Gesellschaft besteht eine sehr große Gestaltungsfreiheit. Häufig wird zwischen „typischen“ und „atypischen“ (von §§ 230 ff. HGB abweichenden) stillen Beteiligungen unterschieden. Die stille Beteiligung kann einer bloßen Kapitalgabe nahe stehen¹⁸ oder als unternehmerische Beteiligung ausgestaltet werden, die im wirtschaftlichen Ergebnis – sowohl hinsichtlich der wirtschaftlichen Beteiligung am Vermögen, an Chancen und Risiken als auch hinsichtlich der eingeräumten Mitspracherechte – der Beteiligung an den Gesellschaftsanteilen der Gesellschaft gleichkommt. Die Gestaltungsmöglichkeiten, die die Praxis hervorgebracht hat, sind sehr vielfältig. Je nach der gewählten Ausgestaltung wird das von dem Stillen bereitgestellte Kapital als Fremd- oder Eigenkapital zu bilanzieren sein. Dabei wird die dem Eigenkapital (Fremdkapital) ähnliche bzw. zuzurechnende stille Beteiligung auch als atypische (typische) stille Beteiligung bezeichnet. In diesem Abschnitt wird nachfolgend insofern lediglich die atypische stille Beteiligung thematisiert, während die typische stille Beteiligung den im Abschnitt 3.2.2 betrachteten Finanzierungswegen zuzurechnen ist.

Vor diesem Hintergrund ist die gewählte Formulierung in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE zu hinterfragen. Sie lautet:

„Diese Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes.“

Die gewählte Formulierung ist nicht eindeutig interpretierbar. Zunächst fragt sich, was „Eigentum“ in diesem Zusammenhang bedeutet und worauf es sich bezieht. Jedenfalls kann kein Eigentum im zivilrechtlichen Sinne gemeint sein, weil sich dieses nur auf Sachen bezieht (vgl. § 903 BGB). Nahe liegend erscheint, dass hier mit „Eigentum“ eine Inhaberschaft gemeint ist. Bezugspunkt der Inhaberschaft soll die „Gesellschaft“ sein. Hiervon dürften jedenfalls die Anteile an der Gesellschaft umfasst sein. Fraglich ist, ob darüber hinaus auch der volle Vermögenswert der Gesellschaft und die gesellschaftsrechtliche Steuerung in der Hand des Bundes bleiben müssen.

Eine vergleichbare verfassungsrechtliche Auslegungsfrage wirft Art. 87e Abs. 3 GG auf, nach dessen Satz 1 Eisenbahnen des Bundes „als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt“ werden, und nach dessen Satz 2 „diese“ – also die Wirtschaftsunternehmen – „im Eigentum des Bundes“ stehen, „soweit die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst“. Was unter diesem Eigentum des Bundes an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen verfassungsrechtlich zu verstehen ist, musste aus Anlass des Entwurfs der Bundesregierung für ein Gesetz zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes aus dem Jahr 2007 geklärt werden, weil sich das Eigentum des Bundes – vereinfacht zusammengefasst – auf eine „Sicherungsübertragung“ der Gesellschaftsanteile auf den Bund reduzieren sollte, während das

¹⁷ Näher hierzu und zum Folgenden etwa Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 230 HGB Rn. 1 ff.

¹⁸ Insofern ist eine Abgrenzung insb. zum partiarischen Darlehen erforderlich.

wirtschaftliche Eigentum bei der – privatisierten – DB AG liegen sollte.¹⁹ Diese Reduzierung des „Eigentums“ des Bundes an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf ein Zustimmungsrecht zu wenigen grundlegenden geschäftlichen Entscheidungen wurde damals von der Verfassungsrechtswissenschaft einhellig als verfassungswidrig kritisiert²⁰, weil die beabsichtigte Neuorganisation „den Bund der ihm verfassungsrechtlich zugewiesenen Herrschaftsmacht [...] ebenso beraubt wie die Beschränkung seiner Rechte zur Gremienbesetzung, weil die Gewinnabführung [...] den wirtschaftlichen Nutzen [...] dem Bund zu Gunsten privater Investoren entzieht und weil die Verpflichtung des Bundes zu einem Verkehrswertausgleich bei Ende der Sicherungsübertragung ihn zwingen würde, das ihm von Verfassung wegen zugeordnete Mehrheitseigentum wirtschaftlich erst zu erwerben“²¹. Zu einer verfassungsgerichtlichen Klärung der Auslegung von Art. 87e Abs. 3 GG ist es damals nicht gekommen, weil aus politischen Gründen der „Börsengang“ der Bahn abgesagt wurde.

Mit der erforderlichen Sicherheit lässt sich die verfassungsrechtliche Frage nach der Bedeutung des „Eigentums“ an der Gesellschaft allerdings nicht beantworten, insbesondere weil die Begründung zu Art. 90 Abs. 2 GG-RE (noch) nicht vorliegt. Die einfachgesetzlichen Regelungen im Begleitgesetz könnten dafür sprechen, dass nur die Anteile an der Gesellschaft gemeint sind. So heißt es in § 1 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr:

„Die Gesellschaftsanteile stehen im Eigentum des Bundes.“

Sollte Art. 90 Abs. 2 GG-RE in diesem engen Sinne zu verstehen sein, so wäre nur die unmittelbare Beteiligung an der Gesellschaft durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen verboten. Mittelbare Formen der Beteiligung wie etwa stille Beteiligungen würden durch die gewählte Formulierung nicht ausgeschlossen. Im Interesse einer eindeutigen und klaren Regelung, mit der gemäß der ökonomischen Empfehlung eine effektive Privatisierungsschranke hinsichtlich einer Beteiligung Privater im Eigenkapitalbereich etabliert wird, empfiehlt es sich, Art. 90 Abs. 2 GG-RE zu modifizieren.

3.2.1.2 Beteiligung Privater am Eigenkapital von Tochtergesellschaften

Eine weitere Möglichkeit zur Einbindung Privater könnte deren Beteiligung am Eigenkapital von Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaften sein. Diese Tochtergesellschaften könnten unterschiedliche Funktionen haben. Der Referentenentwurf zum Begleitgesetz sieht die Gründung von Tochtergesellschaften vor, die für bestimmte Regionen Aufgaben übernehmen sollen.²² Daneben ist denkbar, dass die BAB-Gesellschaft im Rahmen von funktionalen Privatisierungen Aufgaben an

¹⁹ S. etwa die Zusammenfassung des Neuorganisationskonzeptes bei J. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III 2. Aufl., 2008, Art. 87e Rn. 28.

²⁰ S. die ausführlichen Nachweise der drei Gutachten von D. Ehlers, von J. Masing und von C. Möllers/C. Schäfer bei J. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III 2. Aufl., 2008, Art. 87e Rn. 30, sowie die Stellungnahmen im Rahmen der Sachverständigenanhörung des Bundestagsausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung am 23. Mai 2007 von M. Fehling, G. Hermes, F. Kirchhof und R. Uerpmann-Witzack.

²¹ So die Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Einwände und des dahinter stehenden Verständnisses von „Eigentum“ an den Unternehmen im verfassungsrechtlichen Sinne bei J. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. III 2. Aufl., 2008, Art. 87e Rn. 30.

²² Siehe Begleitgesetz-Referentenentwurf, Art. 12 (Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr), § 4 Abs. 2: „Die Gesellschaft privaten Rechts richtet bedarfsgerecht regionale Tochtergesellschaften ein.“

andere (nur oder auch private Anteilseigner aufweisende) Gesellschaften überträgt, worauf noch in Abschnitt 3.2.3 eingegangen werden wird.

Bezüglich der Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften, die gemäß der vorgesehenen entsprechenden Regelung im Begleitgesetz gegründet werden, ist zwischen Formen unmittelbarer und mittelbarer Beteiligung (an Tochtergesellschaften) zu unterscheiden. Klar ist: Sollte Art. 90 Abs. 2 GG-RE die mittelbare Beteiligung Privater an der BAB-Gesellschaft selbst zulassen, wäre auch die mittelbare Beteiligung Privater an Tochtergesellschaften (erst recht) möglich.

Dagegen ist zweifelhaft, dass Art. 90 Abs. 2 GG-RE die unmittelbare 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 im Verfassungstext oder jedenfalls in der Begründung klar zu adressieren und dabei eine auch diesbezüglich wirksame Privatisierungsschranke zu implementieren.

3.2.2 Fremdkapitalbereitstellung für die Gesellschaft

Ein Gebot für die Gewährung einer Staatsgarantie findet sich in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE offensichtlich nicht. Insofern ist keine grundgesetzliche Schranke vorgesehen, die aus Sicht von Maut- und Steuerzahlern unwirtschaftliche Formen der Fremdkapitalaufnahme unterbindet. In diesem Zusammenhang wäre es der BAB-Gesellschaft auch möglich, Kapital über eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine oder die Beteiligung typischer stiller Gesellschafter) aufzunehmen und damit das Verbot der privaten Eigenkapitalbeteiligung zu umgehen.

3.2.3 Funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz im Allgemeinen und bei Teilnetzen im Speziellen

3.2.3.1 Strukturen der funktionalen Privatisierung nach Gründung der BAB-Gesellschaft

Die funktionale Privatisierung ist eine Privatisierungsvariante mit hoher Praxisrelevanz, mit der sich eine weitreichende Aufgabenübertragung auf Private erreichen lässt.

Nach der Errichtung einer BAB-Gesellschaft, die in einem weitreichenden Sinne in die wirtschaftliche Eigentümer- und öffentliche Aufgabenstellung des Bundes eintritt, würde die funktionale Privatisierung voraussichtlich unterhalb der Ebene der BAB-Gesellschaft stattfinden. Dies müsste jedenfalls überall dort gelten, wo der BAB-Gesellschaft ein (öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher) Nießbrauch eingeräumt ist. Denn damit sind der BAB-Gesellschaft – sofern der Nießbrauch nicht beschränkt wird – Nutzen und Lasten zugewiesen. Die direkte Einschaltung Privater durch die unmittelbare Bundesverwaltung (das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur bzw. das Fernstraßen-

Bundesamt) ohne Einbeziehung der BAB-Gesellschaft könnte nur dort erfolgen, wo der BAB-Gesellschaft kein Nießbrauch eingeräumt wird.

Die funktionale Privatisierung kann verschiedene Varianten umfassen. Denkbar sind die Anwendung der konventionellen Beschaffungsvariante und des ÖPP-Ansatzes durch die BAB-Gesellschaft. Dabei kann der ÖPP-Ansatz 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, bei denen außerdem die Vergütung des Privaten (vollständig oder zumindest teilweise) direkt aus den Mautzahlungen der Nutzer erfolgt.

3.2.3.2 Keine explizite Privatisierungsschranken in Art. 90 GG-RE

Art. 90 GG-RE begrenzt die Möglichkeiten funktionaler Privatisierung explizit nicht. Weder die Festbeschreibung des zivilrechtlichen Eigentums an den Bundesfernstraßen (Art. 90 Abs. 1 GG-RE) noch die Regelungen zum Eigentum an der Gesellschaft (Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE) enthalten eine direkte Aussage zu den Möglichkeiten einer funktionalen Privatisierung.

3.2.3.3 Implizite Privatisierungsschranken in Art. 90 GG-RE?

Ob Art. 90 GG-RE eine implizite Privatisierungsschranke für die funktionale Privatisierung beinhaltet, ist fraglich. Denkbar ist, dass die vorgesehenen Privatisierungsschranken angesichts ihrer Zielsetzung über den Wortlaut hinaus erweiternd auszulegen sind. Das erscheint jedenfalls für Konstellationen, in denen eine funktionale Privatisierung den Charakter einer Umgehung der geschriebenen Privatisierungsschranken annimmt, grundsätzlich vorstellbar. Allerdings hängt diese Frage entscheidend davon ab, welche Ziele mit den normierten Privatisierungsschranken genau verfolgt werden. Diese sind in Ermangelung einer Begründung zu Art. 90 GG-RE derzeit nicht (abschließend) bekannt. Aufschlussreich sind allerdings die Regelungsvorschläge und zugehörigen Begründungen im Entwurf des Begleitgesetzes. Diese Vorschläge und Begründungen prägen die Entstehungsgeschichte des Art. 90 GG mit und sind daher für dessen Auslegung von Bedeutung.

3.2.3.3.1 Zulassung der Einbeziehung Dritter

§ 5 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr lässt die Einbeziehung Privater ausdrücklich zu. Die Bestimmung lautet:

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

In der Begründung zu dieser Bestimmung ist aufgeführt:

„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. Bei den Dritten kann es sich auch um Verwaltungshelfer handeln.“

Eine funktionale Privatisierung soll demnach grundsätzlich zulässig sein. Grenzen sind im Begleitgesetz nicht normiert und werden auch in der Begründung nicht benannt. Der letzte Satz des Begründungstextes, wonach es sich bei den Dritten „auch“ um Verwaltungshelfer handeln kann, deutet vielmehr in die Gegenrichtung:

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.²³ Wenn in der Begründung ausgeführt wird, dass es sich bei den von der BAB-Gesellschaft beauftragten Privaten „auch“ um Verwaltungshelfer handeln kann, bedeutet das implizit, dass auch (und gerade) andere Formen der Einbeziehung Privater möglich sein sollen, bei denen es zu einer (umfassenden oder jedenfalls umfangreicheren) Verantwortungsverlagerung kommt.

3.2.3.3.2 Einbeziehung privaten Kapitals als Zielsetzung des Begleitgesetzes

Aufschlussreich ist auch die Begründung zu § 1 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr, wonach die Gesellschaftsanteile im Eigentum des Bundes stehen. Dort²⁴ ist ausgeführt:

„Die Gesellschaftsanteile stehen im Alleineigentum des Bundes. Sofern zusätzliches 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.“

Dem ist zu entnehmen: Die Privatisierungsschranke des Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE soll nur auf die Gesellschaftsanteile bezogen sein. Sie soll die Einbeziehung privaten Kapitals im Übrigen nicht verhindern. Es wird sogar zum Ausdruck gebracht, dass die Aktivierung privaten Kapitals gewünscht ist, um die Investitionsstrategie der Bundesregierung zu stärken.

Auffallend sind die Parallelen in der zitierten Formulierung zum Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG). Dessen § 1 Abs. 1 zielt ebenfalls auf die „Verstärkung von Investitionen in das Bundesfernstraßennetz“. Unterschiede ergeben sich allerdings im Bezugspunkt: Während § 1 Abs. 1 FStrPrivFinG auf den „Neu- und Ausbau“ von Bundesfernstraßen beschränkt ist, soll die Aktivierung privaten Kapitals nach der Begründung zum Errichtungsgesetz insgesamt für „Netzausbau und -erhalt“ gelten.

Das FStrPrivFinG beinhaltet einen Konzessionsansatz: Dem Privaten²⁵ wird die Ausführung von Aufgaben im Bereich Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung übertragen (§ 1 Abs.2 FStrPrivFinG). Zur Refinanzierung erhält der Private das Recht, selbst Mautgebühren zu erheben (§ 2 Abs. 1 FStrPrivFinG). Offensichtlich sollen also derartige Konzessionsmodelle auch unter der Geltung des neu gefassten Art. 90 GG und trotz der dort normierten Privatisierungsschranken möglich sein. Wenn man die Gesetzesbegründung beim Wort nimmt, soll dies nicht nur für „Neu- und Ausbau“ (so bislang § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG), sondern insgesamt für „Netzausbau und -erhalt“ (so Begründung zu § 1 Errich-

²³ Einzelheiten sind streitig; zum Ganzen näher Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011 Rn. 59.

²⁴ Begleitgesetz-Referentenentwurf, S. 101.

²⁵ Hierzu ist anzumerken: Das FStrPrivFinG lässt die Erhebung einer streckenbezogenen Maut nur durch Private zu. Diese Verengung auf Private ist nicht sachgerecht. Das Gesetz sollte so angepasst werden, dass auch ein öffentlicher Akteur die Rolle des Konzessionsnehmers einnehmen kann. Insbesondere sollte die BAB-Gesellschaft (oder eine vollständig in ihrem Eigentum stehende Tochtergesellschaft) selbst Konzessionsnehmerin und damit Gläubigerin einer streckenbezogenen Maut sein können.

tungsgesetz) gelten. Zwar bezieht sich der Begründungstext nur auf „Projekte“. Der Begriff „Projekt“ ist aber nicht definiert und wird im allgemeinen Sprachgebrauch sehr weit verwendet. Es ist durchaus möglich, den Ausbau und Erhalt eines Teilnetzes als Projekt zu bezeichnen. Es erscheint daher naheliegend, dass selbst Teilnetz- oder Gesamtnetz-ÖPP nach dem Konzessionsmodell²⁶ oder auf andere Weise²⁷ möglich sein sollen.

3.2.3.3 Zusammenführung

Insgesamt zeigt sich: Das Begleitgesetz geht davon aus, dass die Privatisierungsschranken in Art. 90 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3 GG-RE eng zu verstehen sind und dass sie die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung nicht begrenzen. Es soll vielmehr eine Verlagerung der Aufgabenverantwortung auf Private möglich sein (vgl. § 5 Abs. 2 des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr nebst Begründung), und zwar einschließlich der Übertragung der Finanzierungsverantwortung. Die gewählten Formulierungen dürften dafür sprechen, dass die Einbeziehung privaten Kapitals (auch) nach dem im FStrPrivFinG angelegten Konzessionsmodell möglich sein soll, und zwar – anders als dort – insgesamt für „Netzausbau und -erhalt“ (vgl. 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr nebst Begründung). Somit würde eine grundgesetzliche Basis für eine spätere Vergabe von Teilnetz-Konzessionen geschaffen, was einer „Autobahnprivatisierung nach dem französischen Modell“ entspricht.

Angesichts der genannten Regelungen und Erläuterungen im Entwurf des Begleitgesetzes ist es zweifelhaft, ob sich den Privatisierungsschranken in Art. 90 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3 GG-RE im Wege teleologischer Auslegung implizite Grenzen für die funktionale Privatisierung entnehmen lassen. Jedenfalls wäre es sehr schwierig zu bestimmen, wo diese Grenzen verlaufen.

Vor diesem Hintergrund ist klar zu empfehlen, die Privatisierungsschranke hinsichtlich der Gesellschaft in Art. 90 GG-RE zu ergänzen. Insbesondere sollte eine Regelung aufgenommen werden, die die Realisierung von ÖPP-Vorhaben (einschließlich Konzessionsmodellen) auf Teilnetzen verbietet. Des Weiteren empfehlen sich Regelungen – z.B. zu Fragen der Transparenz von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Verträgen gegenüber Bundestag und Öffentlichkeit – zu sämtlichen funktionalen Privatisierungen mit wesentlichem Umfang, wozu insbesondere ÖPP-Vorhaben zählen, die sich „lediglich“ auf einzelne Strecken oder Objekte (wie Brücken oder Tunnel) beziehen.

3.2.4 Gesamtbeurteilung

Die Privatisierungsschranke in Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG-RE ist sehr defizitär. Der Regelungsvorschlag schließt nur eine Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an der BAB-Gesellschaft an Private gesichert aus. Weitere Privatisierungsvarianten, die gemäß der (institutionen-)ökonomischen Empfehlungen durch eine grundgesetzliche (Privatisierungs-)Schranke verhindert werden sollten, werden jedoch nicht adäquat adressiert:

²⁶ Die Gesetzeslage müsste hierzu noch angepasst werden (z. B. durch Erweiterung von § 3 Abs. 1 FStrPrivFinG).

²⁷ Denkbar ist beispielsweise, dass die BAB-Gesellschaft einem privaten Teilnetzbetreiber einen Anteil aus dem Mautaufkommen als Entgelt bezahlt.

- Mittelbare Beteiligungen an der Gesellschaft, die dem Eigenkapital zugerechnet werden (wie bestimmte atypische stille Beteiligungen), werden nicht gesichert ausgeschlossen. Es ist ferner nicht zweifelsfrei, dass die Beteiligung Privater am Eigenkapital von Tochtergesellschaften unterbunden ist.
- Die Gewährung einer Staatsgarantie für die Aufnahme von Fremdkapital ist nicht vorgeschrieben. Damit einhergehend ist auch eine Kapitalaufnahme über (typische) stille Beteiligungen Privater und weitere eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine) möglich, bei denen eigenkapitalähnliche Renditeerwartungen vorliegen können. Derartige so genannte „Mezzanine-Finanzierungen“ könnten auch eingesetzt werden, um das Verbot einer privaten Eigenkapitalbeteiligung (Kapitalprivatisierungsverbot) zu umgehen.
- Funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz, die sich auf ganze Teilnetze beziehen, werden nicht unterbunden. Unter Berücksichtigung des Begleitgesetz-Entwurfs muss davon ausgegangen werden, dass sogar eine zukünftige (nur noch die Vornahme einfachgesetzlicher Anpassungen am Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) erfordernde) Vergabe von Teilnetz-Konzessionen möglich sein soll. Es könnte also zu einer „Autobahnprivatisierung nach dem französischen Modell“ kommen. Dies sollte verhindert werden. Bei der Neufassung des Art. 90 GG sollte jedenfalls die Anwendung des ÖPP-Ansatzes (und damit auch von Konzessionslösungen) bei Teilnetzen ausgeschlossen werden. Dies ist auch sinnvoll, um eine Umgehung des Kapitalprivatisierungsverbots zu verhindern.

Vor diesem Hintergrund ist der in Abschnitt 1 zitierten Einschätzung zu widersprechen, wonach Art. 90 GG-RE den „Stopp für jegliche Privatisierungspläne“ bedeutet.

4 (Alternativ-)Vorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG

Auf der Grundlage der zuvor gefundenen Defizite in dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf für eine Neufassung von Art. 90 GG wird nachfolgend ein alternativer Vorschlag unterbreitet.

4.1 Formulierungsvorschlag

VORBEMERKUNG

Der in diesem Abschnitt vorgestellte Formulierungsvorschlag für eine Neufassung des Art. 90 GG basiert auf den Vorgaben des Beschlusses der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 zur Bereitstellung und Verwaltung bei den Bundesfernstraßen (BFS) und zur Reform des Art. 90 GG, der wie folgt lautet:

„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.“

Vor dem Hintergrund, dass eine Aktiengesellschaft als ungeeignete Rechtsform für die BAB-Gesellschaft anzusehen ist, enthält der folgende Vorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG die Vorgabe, dass die BAB-Gesellschaft (dauerhaft) die Rechtsform der GmbH aufzuweisen hat.²⁸

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Art. 90 GG

- (1) Der Bund hält das unveräußerliche Eigentum an den Bundesautobahnen und den sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs.
- (2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben als Straßenbulasträger einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedienen. Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Der Bund haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.
- (3) Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes.
- (4) Auf Antrag eines Landes kann der Bund sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in Bundesverwaltung nach Absatz 2 übernehmen.
- (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. Näheres regelt das Gesetz nach Satz 1.

4.2 Erläuterungen

Nachfolgend werden ausgewählte Aspekte des vorstehend präsentierten Vorschlags für die Neufassung von Art. 90 GG erläutert.²⁹

4.2.1 Privatisierungsschranke 1: Unveräußerliches zivilrechtliches Eigentum des Bundes

Trotz der klaren Regelung zur Unveräußerlichkeit des zivilrechtlichen Eigentums des Bundes an den BFS in Absatz 1 des Formulierungsvorschlags für Art. 90 GG ist – anknüpfend an die Thematisierung dieses Aspekts in Abschnitt 2 – anzumerken, dass eine umfassende Übertragung dieses zivilrechtlichen Eigentums auf die BAB-Gesellschaft durch die Formulierung im Entwurf der Bundesregierung

²⁸ Im Übrigen dürfte für die BAB-Gesellschaft die Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) besser geeignet sein als die der GmbH. In BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016) findet sich der im Folgenden vorgestellte Vorschlag für die Neufassung des Art. 90 GG in einer leicht modifizierten Form, die für die BAB-Gesellschaft die Rechtsform der AöR vorsieht bzw. zumindest ermöglichen würde. Die Rechtsform der AöR ist auch in einer Protokollnotiz des Landes Thüringen zum Beschluss der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 zur Bereitstellung und Verwaltung bei den Bundesfernstraßen (BFS) und zur Reform des Art. 90 GG ins Spiel gebracht worden.

²⁹ Es wird darauf verwiesen, dass BECKERS / HERMES / WEISS / RYNDIN (2016) noch weitere Anmerkungen zu diesem Vorschlag enthält.

nicht ausgeschlossen ist. Zu dieser Thematik enthält allerdings auch der hier vorgelegte Alternativvorschlag keine weiteren Vorkehrungen, da eine Übertragung des Eigentums vom Bund auf die Gesellschaft als relativ unproblematisch eingestuft wird, solange eine wirksame grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft existiert. Dies ist in dem hier vorgestellten Vorschlag der Fall, wie nachfolgend erläutert wird.

4.2.2 Privatisierungsschranke 2: Privatisierungen hinsichtlich der Gesellschaft und der Erledigung ihrer Aufgaben

4.2.2.1 Komponente (a): Keine Beteiligung Privater am Eigenkapital („keine Kapitalprivatisierung“)

Absatz 2 Satz 2 des Formulierungsvorschlags für Art. 90 GG enthält das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung Privater. Mit der Formulierung werden alle denkbaren Formen der Kapitalprivatisierung einschließlich „stiller Beteiligungen“ und sonstiger – etwaiger vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher – Gestaltungsvarianten ausgeschlossen, die Privaten eine wirtschaftliche Beteiligung am Eigenkapital oder einen direkten oder indirekten Einfluss auf die Willensbildung der Infrastrukturgesellschaft des Bundes verschaffen könnten. Zur Vermeidung jeglicher eventuell verbleibender Unklarheiten sollte in der Begründung der Verfassungsänderung ein Hinweis darauf aufgenommen werden, dass dieses Verbot der Beteiligung Privater auch für Tochtergesellschaften jeder Art gilt.

4.2.2.2 Komponente (b): Gebot zur Gewährung einer Staatsgarantie („keine Finanzierungsprivatisierung“)

Absatz 2 Satz 3 des Formulierungsvorschlags für Art. 90 GG ordnet eine Staatshaftung für die Verbindlichkeiten der GmbH an und stellt dadurch sicher, dass dieser Einrichtung ähnlich günstige Konditionen zur Verfügung stehen werden wie diejenigen, die für Bundesanleihen gelten. Umgekehrt stellt diese Norm sicher, dass die Einrichtung eines verselbständigten Autobahnbetreibers nicht dazu genutzt werden kann, privaten Kapitalgebern unnötigerweise erhöhte Zinszahlungen zukommen zu lassen, die sich letztlich zulasten der Straßennutzer auswirken. Im Übrigen bewirkt eine Staatsgarantie – wie in Abschnitt 3.1 bereits dargelegt –, dass (auch als Mezzanine-Finanzierung bezeichnete) eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente, die mit entsprechenden Renditeforderungen einhergehen, nicht zur Finanzierung durch eine BAB-Gesellschaft verwendet werden können. Insofern verhindert die Staatsgarantie auch eine – mit Bezug zu den Ähnlichkeiten von Genussscheinen zu Eigenkapital salopp formuliert – „versteckte“ Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft.

Eine angemessene Vergütung dieser Staatsgarantie durch die Infrastrukturgesellschaft würde, wenn sich dies unionsrechtlich als erforderlich erweisen sollte, verhindern, dass die Staatsgarantie in Konflikt mit dem Beihilfenrecht gerät.³⁰ Nicht ersichtlich ist, dass eine solche angemessene Vergütung in der Verfassung normiert werden müsste, weil es unionsrechtlich auf die tatsächliche Bereitstellung

³⁰ 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.

einer staatlichen Begünstigung und ihre nähere Ausgestaltung ankommt und nicht auf die nationale Normebene. Soweit dies intendiert ist, könnten Schulden der Gesellschaft im Lichte der europäischen Schuldenbremse (also nach den so genannten „Maastricht-Kriterien“) auch außerhalb einer Zurechnung zum Bund bleiben, weil eine Staatsgarantie alleine die Zurechnung von Schulden einer verselbständigten Einheit nicht nach sich zieht. Verwiesen werden kann in diesem Zusammenhang auf die seit langem geübte und unionsrechtlich bislang nicht beanstandete Praxis der ASFINAG.

4.2.2.3 Komponente (c): Begrenzung funktionaler Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz (insbesondere Verbot von „Teilnetz-ÖPP“)

Im Hinblick auf die vielfältigen denkbaren Formen der Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Aufgaben der Fernstraßenverwaltung des Bundes (funktionale Privatisierung) enthält zunächst Absatz 5 des Formulierungsvorschlags die allgemeine Grenze, dass durch jegliche funktionale Privatisierung der effektive Einfluss des Bundes nicht beeinträchtigt werden darf. Diese Vorgabe betrifft als allgemeine Anforderung alle Formen der Einschaltung Privater, während der nachfolgende Absatz 6 mit seinen detaillierteren Anforderungen nur die „großen“ Projekte umfasst, die nach dem ÖPP-Ansatz realisiert werden. Unter Absatz 6 fallen also auch Projekte, die von Privaten gemäß dem FStrPrivFinG realisiert werden.

Die Anforderung in Absatz 5, wonach der effektive Einfluss des Bundes bei allen Varianten der Einschaltung Privater sicherzustellen ist, betrifft insbesondere die Gestaltung der Verträge, die in diesen Verträgen enthaltenen Informations- und Kontrollbefugnisse des Bundes (Verwaltung oder Gesellschaft) gegenüber privaten Vertragspartnern sowie vertragliche „Rückholoptionen“.

Demgegenüber beschäftigt sich Absatz 6 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 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 übertragen. 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.

Erfahrungen z.B. mit der Deutschen Bahn AG und 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 auch die allgemeine Öffentlichkeit über den wesentlichen 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 Öffentlichkeit vorsieht)³¹, 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 wird Sache des Gesetzes nach Absatz 6 Satz 1 sein.

5 Fazit

In diesem Kurzgutachten ist aufgezeigt worden, dass die in Art. 90 GG-RE enthaltenen Privatisierungsschranken unzureichend sind. Sie stehen der zukünftigen Realisierung von Privatisierungsvarianten bei den BAB nicht entgegen, die gemäß (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse aus der Perspektive der Maut- und Steuerzahler als nachteilig einzustufen sind und gegen die eine grundgesetzliche Vorsorge empfehlenswert wäre.

Das zivilrechtliche Eigentum ist nach Art. 90 GG-RE zwar dem Bund zugeordnet, Nutzungsrechte können aber so umfassend auf die BAB-Gesellschaft übertragen werden, dass von einer Eigentümerstellung der Bundesrepublik Deutschland nur noch in einem formalen Sinne (Eintragung im Grundbuch) die Rede sein kann. Dies wäre (nur) dann als relativ unproblematisch anzusehen, wenn eine wirksame grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgesehen wäre.

³¹ 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 (2016) „Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen 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.

Die Privatisierungsschranke in Art. 90 GG-RE hinsichtlich der BAB-Gesellschaft und der Erfüllung ihrer Aufgaben ist jedoch sehr defizitär. Dies wird im Folgenden mit Bezug zu den drei Komponenten betrachtet, die diese Schranke aufweisen sollte:

- Positiv ist, dass Art. 90 GG-RE zumindest eine Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an der BAB-Gesellschaft an Private gesichert ausschließt. Negativ ist aber, dass mittelbare Beteiligungen an der Gesellschaft – selbst wenn sie dem Eigenkapital zugerechnet werden (wie bestimmte atypische stille Beteiligungen) – hingegen nicht gesichert verhindert werden. Es ist ferner nicht zweifelsfrei, dass die Beteiligung Privater am Eigenkapital von Tochtergesellschaften der BAB-Gesellschaft unterbunden ist. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass bislang noch kein Entwurf der Bundesregierung für eine Begründung zu Art. 90 GG-RE vorliegt.
- Die Gewährung einer Staatsgarantie für die Aufnahme von Fremdkapital ist nicht vorgeschrieben. Damit fehlt ein grundgesetzlicher Schutz gegen eine aus Sicht von Maut- und Steuerzahlern unnötig kostspielige Fremdkapitalaufnahme. Zudem wäre es der BAB-Gesellschaft auch möglich, Kapital über eigenkapitalähnliche Finanzierungsinstrumente (wie Genussscheine oder die Beteiligung typischer stiller Gesellschafter) aufzunehmen, bei denen eigenkapitalähnliche Renditeerwartungen vorliegen. Derartige so genannte „Mezzanine-Finanzierungen“ könnten eingesetzt werden, um das Verbot einer privaten Eigenkapitalbeteiligung (Kapitalprivatisierungsverbot) zu umgehen.
- Funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz, die sich auf ganze Teilnetze beziehen, werden nicht unterbunden. Teilnetz-ÖPP, bei denen die Vergütung des Privaten durch die BAB-Gesellschaft und nicht direkt durch die Nutzer erfolgt, dürften nach Art. 90 GG-RE grundgesetzlich erlaubt und ohne jegliche einfachgesetzliche Anpassung umsetzbar sein. Unter Berücksichtigung des Begleitgesetz-Entwurfs muss davon ausgegangen werden, dass sogar eine zukünftige (nur noch die Vornahme einfachgesetzlicher Anpassungen am Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) erfordernde) Vergabe von Teilnetz-Konzessionen möglich sein soll. Es könnte also zu einer „Autobahnprivatisierung nach dem französischen Modell“ kommen. Festzuhalten ist: Auch über Teilnetz-ÖPP-Vorhaben wird es möglich sein, dass in Art. 90 GG-RE enthaltene Kapitalprivatisierungsverbot zu umgehen.

Vor diesem Hintergrund ist der in Abschnitt 1 zitierten Einschätzung zu widersprechen, wonach Art. 90 GG-RE den „Stopp für jegliche Privatisierungspläne“ bedeutet. Der in Abschnitt 4 dieses Kurzgutachtens vorgestellte (Alternativ-)Vorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG beinhaltet hingegen Privatisierungsschranken, die auf der Basis (institutionen-)ökonomischer Erkenntnisse zu empfehlen sind.

6 Anhang: Auszüge aus dem Vorschlag der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung von Art. 90 GG und zu damit einhergehenden einfachgesetzlichen Anpassungen

6.1 Vorschlag zur Neufassung von Art. 90 GG

Artikel 90 [Bundesautobahnen und Bundesstraßen]

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

(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an 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.

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

(4) Auf Antrag eines Landes übernimmt der Bund sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in Bundesverwaltung.

6.2 Auszüge aus dem Vorschlag für ein „Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft Verkehr“ und für die dazugehörige Gesetzesbegründung

6.2.1 Auszug aus Vorschlag für das Gesetz (§§ 1 und 5)

Erster Abschnitt:

Gründung

§ 1

Übertragung

(1) Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur überträgt die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt, zur Ausführung auf eine Gesellschaft privaten Rechts, unbeschadet der Aufgaben, die dem Fernstraßen-Bundesamt nach § 2 des Gesetzes zur Errichtung des Fernstraßen-Bundesamtes obliegen, nach Maßgabe der folgenden Vorschriften.

(2) Die Gesellschaftsanteile stehen im Eigentum des Bundes.

(3) Soweit nach Artikel 90 Absatz 4 Grundgesetz auf Antrag eines Landes Bundesstraßen, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, vom Bund in Bundesverwaltung übernommen werden, gilt

Absatz 1 auch für diese Bundesstraßen. Die Aufgaben des Fernstraßen-Bundesamtes nach § 2 des Gesetzes zur Errichtung des Fernstraßen-Bundesamtes erweitern sich im Falle des Satzes 1 auf die Bundesstraßen, für die dem Bund die Verwaltung zusteht.

...

Zweiter Abschnitt: Gegenstand und Aufgaben

§ 5

Gegenstand der Gesellschaft

(1) Der Gesellschaft privaten Rechts werden ab dem 1. Januar 2021 die Ausführung von Aufgaben der Straßenbaulast im Sinne des § 3 des Bundesfernstraßengesetzes übertragen. Gegenstand der Gesellschaft privaten Rechts sind die übertragenen Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen.

(2) Die Gesellschaft kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter bedienen.

(3) Bei der Planung von Neu-, Ausbau- und Erhaltungsvorhaben der Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen sind von der Gesellschaft privaten Rechts die Festlegungen des Bedarfsplans für die Bundesfernstraßen, der Anlage des jeweils geltenden Gesetzes über den Ausbau der Bundesfernstraßen ist, zu beachten.

...

6.2.2 Auszug aus Vorschlag für Gesetzgebung (zu §§ 1 und 5)

Zu § 1 (Übertragung)

Verfassungsrechtliche Grundlage für die Übertragung der Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung von Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen zur Ausführung auf eine Gesellschaft privaten Rechts ist Artikel 90 Absatz 2 GG. Ein Teil der Aufgaben verbleibt beim Fernstraßen-Bundesamt, soweit sie diesem gesetzlich zugewiesen sind.

Die Gesellschaftsanteile stehen im Alleineigentum 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.

Absatz 3 normiert, dass für den Fall, dass auf Antrag eines Landes weitere Bundesstraßen, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, vom Bund nach Artikel 90 Absatz 4 GG in Bundesverwaltung übernommen werden, Absatz 1 Anwendung findet. Somit ist sichergestellt, dass in diesem Fall kraft Gesetz Aufgaben des Bundes der Planung, des Bau, des Betriebs, der Erhaltung, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der jeweils betroffenen Bundesstraßen auch zur Ausführung auf die Gesellschaft privaten Rechts übertragen werden und ein Teil dieser Aufgaben beim Fernstraßen-Bundesamt verbleibt, soweit sie diesem gesetzlich zugewiesen sind.

Zu § 5 (Gegenstand der Gesellschaft)

Absatz 1 regelt die Übertragung der Ausführung von Aufgaben der Straßenbaulast gemäß § 3 Bundesfernstraßengesetz auf die Gesellschaft und ist Grundlage für nähere Regelungen zum Gesellschaftsgegenstand im Gesellschaftsvertrag. Der Bund bleibt gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 Bundesfernstraßengesetz Träger der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen. Zur Beleihung der Gesellschaft mit hoheitlichen Befugnissen wird auf die Begründung zu § 6 verwiesen.

Das Fernstraßen-Bundesamt wird teilweise auch Aufgaben zur Erfüllung der Straßenbaulast ausüben. Der Umfang der Aufgabenübertragung auf das Fernstraßen-Bundesamt ergibt sich aus Artikel 13 § 2 und Artikel 14 §§ 3 bis 5 dieses Gesetzes sowie den Änderungen im Bundesfernstraßengesetz (Artikel 16 dieses Gesetzes), im Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (Artikel 19 dieses Gesetzes) und im Bundesfernstraßenmautgesetz (Artikel 20 dieses Gesetzes).

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. Bei den Dritten kann es sich auch um Verwaltungshelfer handeln.

Der Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen, der Anlage zum jeweils geltenden Fernstraßenausbaugesetz ist, ist die Grundlage für die Planung von Neu-, Ausbau- und Erhaltungsvorhaben der Bundesautobahnen und autobahnähnlichen Bundesstraßen außerhalb geschlossener Ortslagen mit unmittelbarer Anbindung an Bundesautobahnen durch die Gesellschaft. Dies wird in Absatz 3 klargestellt.