

Prof. Dr. Georg Hermes

Professur für Öffentliches Recht

Hausanschrift:
Theodor-W.-Adorno-Platz 4 (RuW)
D- 60629 Frankfurt am Main

Telefon +49 (0)69-798 34275
Telefax +49 (0)69-798 34512
E-Mail Sekr.Hermes@jur.uni-frankfurt.de

www.jura.uni-frankfurt.de

23. März 2017

Zur

„Infrastrukturgesellschaft Verkehr“

nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Drs. 18/11131) und nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften (Drs. 18/11135)

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung durch den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages am 27.März 2017

Die Aufgabe, in Deutschland Bundesautobahnen zu planen, zu bauen, zu betreiben, zu unterhalten und zu finanzieren, soll zukünftig von einer „Infrastrukturgesellschaft Verkehr“ erledigt werden. Dabei soll es sich um eine Gesellschaft privaten Rechts – GmbH oder AG – des Bundes handeln. Dieses Ziel wird in den vorliegenden Gesetzentwürfen zunächst dadurch umgesetzt, dass die maßgebliche Grundgesetznorm über die Bundesfernstraßen (Art. 90 GG) um einen neuen Absatz ergänzt wird, wonach sich der Bund bei der Verwaltung der Bundesautobahnen „zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen“ kann. Der Entwurf für das Begleitgesetz (Drs. 18/11135) macht von dieser verfassungsrechtlichen Ermächtigung Gebrauch, indem er die Errichtung der Gesellschaft regelt, ihr die genannten Aufgaben überträgt (InfrGG, Art. 13) und die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Planung, den Bau, den Betrieb, die Unterhaltung und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch eine Serie von Gesetzen (Art. 14 bis 22) neu gestaltet.

Vor diesem Hintergrund sind zunächst die geplanten Änderungen des Art. 90 GG in den Blick zu nehmen (dazu 1.), bevor ich – cursorisch – zu den Regelungen zur Infrastrukturgesellschaft im Begleitgesetz Stellung beziehe (2.), kurz zu den in den Entwürfen nicht explizit gemachten

Hintergründen des Konzeptes der Infrastrukturgesellschaft Stellung nehme (3.) und ein kurzes Fazit ziehe (4.).

1. Änderung von Art. 90 GG zur Infrastrukturgesellschaft mangelhaft

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Ergänzung des Art. 90 GG um einen neuen Absatz 2, der nach der Anordnung von Bundesverwaltung für die Bundesautobahnen die Einschaltung einer Gesellschaft privaten Rechts erlaubt, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht mangelhaft. Die gemeinsame Ursache der nachfolgend erläuterten Mängel liegt darin, dass der Entwurf die Frage offenlässt, ob in Deutschland die Bereitstellung von Autobahnen eine staatliche (Verwaltungs-)Aufgabe bleiben oder „privatwirtschaftlich“ wahrgenommen werden soll.

a) *Privatrechtliches Straßeneigentum des Bundes*

Die Garantie des „unveräußerlichen“ privatrechtlichen Eigentum des Bundes an den Straßengrundstücken in Absatz 1 des Entwurfs ist nahezu ohne Bedeutung, weil die Verwaltung von Straßen in Deutschland nicht auf der Grundlage privatrechtlicher Eigentumsbefugnisse erfolgt sondern nach Maßgabe öffentlichen Rechts (Bundesfernstraßengesetz). Darüber hinaus scheint der Regierungsentwurf rechtliche Konstruktionen zu erlauben, die von dem privatrechtlichen Straßeneigentum der Bundesrepublik Deutschland kaum mehr als eine „leere Hülle“ übrig lassen, wenn er in der Begründung (S. 14) außer der Veräußerung alle sonstigen „Verfügungen über das Bundeseigentum, beispielsweise die Einräumung von Grunddienstbarkeiten oder Nießbrauchsrechten an die Gesellschaft“ unberührt lassen will. Dementsprechend sieht das Begleitgesetz eine Übertragung aller wirtschaftlich relevanten Nutzungsrechte vom Bund auf die Infrastrukturgesellschaft vor (s.u.).

b) *Funktion der Infrastrukturgesellschaft: Verwaltung oder wirtschaftliche Betätigung?*

Das entscheidende Defizit des Regierungsentwurfs zu Art. 90 GG liegt darin, dass er die Funktion der Infrastrukturgesellschaft zwischen Verwaltung und wirtschaftlicher Betätigung im Unklaren lässt.

Der VIII. Abschnitt des Grundgesetzes, in dem Art. 90 angesiedelt ist, handelt von der Verteilung der Verwaltungsaufgaben zwischen Bund und Ländern und auch von den Modalitäten und Organisationsformen, in denen der Bund die ihm zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen muss oder darf. In diesem Zusammenhang kennt das Grundgesetz auch die „Verwaltung in Privatrechtsform“, die es dem Bund erlaubt, anstatt einer Behörde eine Gesellschaft des privaten Rechts, die vollständig im Eigentum des Bundes steht, mit der Wahrnehmung eine Verwaltungsaufgabe zu betrauen. Wie das Beispiel des Art. 87c GG (Luftverkehrsverwaltung) zeigt, genügt hierfür die Verwendung des Terminus „Bundesverwaltung“ (im Gegensatz zur Formulierung „bundeseigene Verwaltung“). Im Gegensatz zu dieser „Verwaltung in Privatrechtsform“ kann der Bund sich durch bundeseigene Gesellschaften aber auch wirtschaftlich betätigen. Dass diese beiden unterschiedlichen Typen von Gesellschaften des Bundes völlig unterschiedlichen Regeln im Hinblick auf politische Steuerung und Legitimation, Finanzierung (parlamentarische Budgetverantwortung), Wettbewerbsregeln, europäisches Beihilfe- und Vergaberecht etc. folgen, liegt auf der Hand und kann hier nicht in den Einzelheiten erläutert werden.

Der Entwurf der Bundesregierung scheint die Infrastrukturgesellschaft dem Typus der Verwaltung in Privatrechtsform zuzuordnen, wenn er in der Begründung (S. 14) ausführt, die „Bundesverwaltung“ der Autobahnen könne in „öffentlich-rechtlicher wie auch in privatrechtlicher Form“ erfolgen. Wenn im Sinne dieser Formulierung in der

Entwurfsbegründung die Infrastrukturgesellschaft als privatrechtliche Form der Bundesverwaltung qualifiziert werden soll, hätte es aber des Satzes 2 im neuen Absatz 2 des Art. 90 GG („... kann sich ... einer Gesellschaft des privaten Rechts bedienen“) nicht bedurft. Denn bereits die vorangegangene Formulierung („wird in Bundesverwaltung geführt“) erlaubt die Verwaltung durch verselbständigte Personen des öffentlichen (z.B. AÖR) oder privaten Rechts (z.B. GmbH). Das wirft die Frage auf, ob mit der Einschaltung der „Gesellschaft privaten Rechts“ etwas anderes gemeint ist als Verwaltung in den Formen des Privatrechts.

c) Rechtsform der Gesellschaft

Als geeignete und bewährte Organisationsform für eine verselbständigte Verwaltungseinheit des Bundes, die über ein aufgabenadäquates Maß an Selbständigkeit verfügt, würde sich für die Verwaltung der Bundesautobahnen die Anstalt des öffentlichen Rechts anbieten. Warum der Regierungsentwurf zu Art. 90 Abs. 2 GG diese in Art. 86 GG ausdrücklich vorgesehene Organisationsform der mittelbaren Bundesverwaltung für die Infrastrukturgesellschaft nicht zulässt, wird aus der Begründung nicht deutlich. Nimmt man den Umstand hinzu, dass der Regierungsentwurf keine Vorkehrungen gegen eine mittelbare Beteiligung (sog. „atypische stille Beteiligungen“) Privater an der Infrastrukturgesellschaft trifft und auch die Beteiligung Privater an den (im Begleitgesetz ausdrücklich vorgesehenen) Tochtergesellschaften verfassungsrechtlich nicht sicher ausgeschlossen ist, so verfestigt sich das Gesamtbild einer verfassungsrechtlichen Unentschiedenheit des Entwurfs zwischen Staatsaufgabe und Privatisierung.

2. Begleitgesetz zielt auf Privatisierung der Infrastrukturgesellschaft

Demgegenüber sind die Regelungen zur Infrastrukturgesellschaft in dem Begleitgesetz (Drs. 18/11135, Art. 14 bis 22) unschwer erkennbar auf eine Privatisierung der Infrastrukturgesellschaft ausgerichtet. Der erhebliche Aufwand, der mit der neuen Struktur der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen verbunden ist, reicht von der Einrichtung einer neuen Bundesbehörde (Fernstraßen-Bundesamt) über komplexe Beleihungs- und Vertragsverhältnisse bis hin zur Einräumung von – zivil- und öffentlich-rechtlichen – Nießbrauchsrechten (wirtschaftliches Eigentum) an die Infrastrukturgesellschaft. Insbesondere die – vorsichtig ausgedrückt – „innovative“ Konstruktion, einen „öffentlich-rechtlichen Nießbrauch“ an die Infrastrukturgesellschaft zu übertragen, soll ein „sich selbst tragendes Geschäftsmodell“ für die Infrastrukturgesellschaft ermöglichen (Drs. 18/11135, S. 110). Dazu passt, dass die Gesellschaft politischem Einfluss des Deutschen Bundestages nahezu vollständig entzogen und stattdessen – wie jedes andere private Unternehmen auch – an die allgemein geltenden öffentlich-rechtlichen Pflichten gebunden wird. Dieses hier nur in den Umrissen beschriebene „Konstrukt“ lässt nur dann einen Sinn erkennen, wenn man von einer materiellen Privatisierung der Infrastrukturgesellschaft und ihren Aufgaben ausgeht. Zieht man das zwischenzeitlich bekannt gewordene, mehr als fünfhundert Seiten nebst neun Anlagen umfassende Gutachten¹ heran, das offensichtlich als „Blaupause“ für die Regelungen des Begleitgesetzes zur Infrastrukturgesellschaft gedient hat, so bestätigt sich dieser Eindruck. Das Gutachten enthält als „Zielstruktur“ den Ausbau der Infrastrukturgesellschaft „zur Infrastrukturbetreiberin, welche die ihr entstehenden Kosten ...

¹ Graf von Westphalen, Reform der Bundesauftragsverwaltung der Bundesfernstraßen: Gutachtliche Stellungnahme zur Gründung einer *privatwirtschaftlich* agierenden Verkehrsinfrastrukturgesellschaft des Bundes für den Bau, die Erhaltung, den Betrieb, die Unterhaltung und die Finanzierung der Bundesautobahnen in der Rechtsform einer GmbH, 10. März 2017 (Hervorhebung nicht im Orig.).

als Gläubigerin der Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe vollständig außerhalb des Haushalts durch Nutzerentgelte refinanziert“. Im Rahmen dieser „Zielstruktur“ wären dann auch „Beteiligungen Privater am Stammkapital der Gesellschaft und ggf. deren Umwandlung in eine Aktiengesellschaft denkbar“².

3. Beteiligung privaten Kapitals ohne Bindung an Maastricht-Kriterien als Ziel?

Sucht man nach der Sinnhaftigkeit der verfassungsrechtlich ermöglichten und im Begleitgesetz mit großen Mühen umgesetzten Konstruktion einer materiell privatisierten, aber dennoch zu 100% im Eigentum des Bundes stehenden Infrastrukturgesellschaft, so fällt das Bemühen um „Maastricht-Neutralität“ ins Auge. Offensichtlich soll die Infrastrukturgesellschaft Kredite aufnehmen können – und zwar zu Bedingungen (Zinsen), die aus der Sicht der Nutzer und Steuerzahler ungünstiger sind als im Falle einer Kreditaufnahme durch den Bund. Die Entwürfe enthalten dazu keinerlei Grenzen. Hinzu kommt, dass die Infrastrukturgesellschaft nach dem Modell der österreichischen ASFINAG so unabhängig von der Politik ausgestaltet ist, dass ihre Schulden nach dem einschlägigen Unionsrecht (Europäisches System der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen – ESVG 2010³) nicht der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden dürften.

4. Fazit

Vor diesem Hintergrund sind in dem vorliegenden Gesetzgebungsverfahren grundlegende Fragen der Bereitstellung und Finanzierung eines wesentlichen Elements der öffentlichen Verkehrsinfrastruktur in Deutschland zu entscheiden. Es geht insbesondere um

- die Frage einer „materiellen“ Privatisierung im zuvor erläuterten Sinne,
- den Einfluss der Politik auf die Wahrnehmung dieser Infrastrukturaufgabe,
- die Frage, ob und in welchem Umfang privates Kapital im Wege einer sog. funktionalen Privatisierung in die Bereitstellung von Autobahnen einbezogen werden soll, sowie
- darum, ob mit der Auslagerung der Infrastrukturgesellschaft ein neuer Weg zur Verschuldung ohne Bindung an die Maastricht-Kriterien eröffnet werden soll.

Ausgearbeitete Änderungsvorschläge zu den von der Bundesregierung vorgelegten Entwürfen, mit deren Hilfe der Deutsche Bundestag andere und möglicherweise bessere Antworten auf diese Fragen geben könnte, liegen vor⁴.

Frankfurt am Main, den 23.3.2017

G. Hermes

² AaO, S. 4.

³ Verordnung (EU) Nr. 549/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Union, ABl. (EU) L 174 vom 26.06.2013, S. 1.

⁴ S. außer den Stellungnahmen des Bundesrates zu den Entwürfen der Bundesregierung die in der Stellungnahme von Prof. Dr. Thorsten Beckers (im Rahmen dieser Anhörung) zitierten Gutachten und die in dieser Stellungnahme enthaltene Zusammenstellung der Änderungsvorschläge.