

Stellungnahme

Datum	23. März 2017
Thema	Anhörung im Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags zum Thema „Infrastrukturgesellschaft Verkehr“ am 27. März 2017 Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11135
Verfasser	Dr. Dietrich Drömann – Wirtschaftskanzlei Graf von Westphalen (GvW)

Aus den zahlreichen Aspekten des Reformvorhabens werden nachfolgend nur einzelne Teilaspekte herausgegriffen. Diese werden auf der Grundlage des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 18/11135) beleuchtet.

1. **Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft („VIG“) sowie gegebenenfalls von Tochtergesellschaften**

Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen (InfrGG) beschließt das BMVI als Vertreter des Gesellschafters die **Satzung** der Gesellschaft, lässt die Gründung und die Satzung notariell beurkunden und vom Notar zum Handelsregister anmelden. Zugleich mit der Satzung werden die **Geschäftsführung** der VIG und die Mitglieder des (zunächst noch nicht mitbestimmten) **Aufsichtsrates** vom Gesellschafter (BMVI) bestellt. Dem Aufsichtsrat der Gesellschaft werden Repräsentanten von BMVI, BMF und BMWi angehören (vergleiche BT-Drs. 18/11135, Seite 99). Mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister enden die Vor-GmbH und die in diesem Stadium bestehende unmittelbare Haftung des Bundes für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, weshalb die Gesellschaft erst ab ihrer Eintragung ins Handelsregister ihren Geschäftsbetrieb aufnehmen sollte.

In der Transformationsphase (2017 - 2020) gehen nach InfrGG und ÜberleitungsG noch keine Arbeitsverhältnisse auf die Gesellschaft über. Der Bund schließt mit der Gesellschaft den **Geschäftsbesorgungsvertrag** (GBV), in dem *unter anderem* die aus §§ 1, 5 InfrGG folgenden Ausführungsaufgaben der Gesellschaft konkretisiert und ihre an § 7 InfrGG ausge-

richtete Finanzierung durch zugewiesene Gebührenaufkommen aus Lkw-Maut- und Infrastrukturabgabe sowie – bei Bedarf – durch Haushaltsmittel geregelt werden, ferner Vorgaben des Bundes betreffend die Aufstellung des Finanzierungs- und Realisierungsplans (§ 8 Abs. 1 InfrGG) und betreffend die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch die Gesellschaft; zusätzlich ist eine Beleihungsverordnung zu § 6 InfrGG auf den Weg zu bringen.

In ihrem ersten Geschäftsjahr wird die Gesellschaft die künftigen **aufbau- und ablauforganisatorischen Grundstrukturen** vorprägen, die notwendig sind, damit ihr zu ihrem geplanten Betriebsbeginn auf den 1. Januar 2021 Mitarbeiter und Sachmittel zugewiesen werden können (Definition der Geschäftsbereiche und Abteilungen, Aufbau der Personalverwaltung, Erarbeiten von Stellenplänen für die vorgesehenen Organisationseinheiten in Abstimmung mit den von den Ländern nach § 1 ÜberleitungsG erarbeiteten Dokumentationen über den Personalbestand, Erfassung der Sachmittel und Rechtsverhältnisse, Vorbereitung der sich zum Ende der Transformationsphase / Betriebsbeginn ergebenden „Startbilanz“, Beitritt zu einem kommunalen Arbeitgeberverband und Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit der VBL, Aufbau der IT-Strukturen, Planung von Niederlassungen bzw. Standorten in der Fläche).

Tochtergesellschaften sind in der Transformationsphase voraussichtlich noch nicht betriebsnotwendig, die Gesellschaft hat die Zweckmäßigkeit etwaiger Gründungen von Tochtergesellschaften aber bereits in der Transformationsphase zu prüfen und dem Aufsichtsrat bzw. – je nach Satzungs-gestaltung – der Gesellschafterversammlung Vorschläge für die Gründung von Tochtergesellschaften zu unterbreiten, sofern sie aufgrund entsprechender Organisationsuntersuchungen zu der Einschätzung gelangt, dass deren Gründung „bedarfsgerecht“ ist (§ 4 Abs. 2 InfrGG). Im Falle von Spartengesellschaften (etwa je für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und Unterhaltung), die in § 4 Abs. 2 InfrGG allerdings noch zusätzlich zu den dort bisher ausschließlich genannten regionalen Gesellschaften zu benennen wären, könnte zum Beispiel vorteilhaft wirken, dass die formale Verantwortung der jeweiligen Gesellschaft ausschließlich auf ihre jeweilige Aufgabe ausgerichtet wäre. Abzuwägen sind mögliche Vorteile mit zusätzlichen Rechtsformkosten (eigene Geschäftsführung je Spartengesellschaft, gegebenenfalls eigene Kontrollorgane, Aufbau eines konzernübergreifenden Cash-Managements auf Ebene der VIG unter Einbeziehung der Tochtergesellschaften, Erörterungsbedarf über die Angemessenheit von Konzernumlagen, Aufstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen, Steuererklärungen und Unternehmensplanungen). Unabhängig von zusätzlichen Rechtsformkosten könnte auch eine Reihe weiterer Faktoren nachteilhaft wirken, so

etwa entstehende Steuerungsdefizite („*Verselbstständigung der einzelnen GmbHs*“), ferner eine Verantwortungszersplitterung zu Lasten einer einheitlichen Leitung („*für den Betriebsdienst sind wir nicht zuständig, wir bauen nur*“), damit einhergehende Umsetzungsdefizite im Hinblick auf eine lebenszyklusorientierte Bereitstellung der Bundesautobahnen, des weiteren etwaige Kompetenzstreitigkeiten und Kompetenzdopplungen sowie die Andersartigkeit der Schnittstellen im Vergleich zu einem unter einheitlicher Leitung stehenden Organisationsrahmen („*die Kommunikation über ‚Unternehmensgrenzen‘ hinweg gestaltet sich anders als die Kommunikation innerhalb eines Unternehmens*“). Als strategisch zweckmäßig kann sich statt „aufgabenbezogener Tochtergesellschaften“ gegebenenfalls die Gründung von Tochtergesellschaften für einzelne Querschnittsfunktionen erweisen, insbesondere die Vorhaltung und Weiterentwicklung der in der VIG zu implementierenden Informations- und Kommunikationstechnologie, um die Bereitstellung (und Fortentwicklung) der notwendigen Technologien für die VIG zu gegebener Zeit in den Wettbewerb stellen zu können. Entsprechende Gestaltungsfragen sind in der Transformationsphase zu prüfen und – je nach Ausgestaltung der Satzung – vermutlich durch den Gesellschafter (das BMVI, § 3 InfrGG) zu entscheiden.

Finanziert wird die Gesellschaft in der Transformationsphase über Gesellschaftereinlagen des Bundes (vgl. § 2 Abs. 2 InfrGG). Im GBV könnte geregelt werden, dass die Gesellschaft dem BMVI während der Transformationsphase (halb)jährlich entsprechende Maßnahmen- und Ausgabenpläne zur Genehmigung vorlegt. Auf diese Weise könnten die Maßnahmen der VIG zum Aufbau ihres Geschäftsbetriebes und die hierfür notwendigen Ausgaben in der Transformationsphase durch das BMVI eng gesteuert werden, sofern solche Maßnahmen nicht ohnehin noch unmittelbar im BMVI geplant und durchgeführt werden. Die „Zuweisung“ von Lkw-Maut und / oder Infrastrukturabgabe erfolgt in der Transformationsphase noch nicht. Die Finanzierung der Gesellschaft durch Zuweisung von Mautaufkommen setzt planmäßig erst in Phase 1 ein (vgl. BT-Drs. 18/11135, Seite 113).

Am 1. Januar 2021 wird die Transformationsphase nach dem Gesetzentwurf abgeschlossen sein; die Bundesautobahnen werden ab dann in Bundesverwaltung geführt werden (Art. 90 Abs. 2, 143e Abs. 1 Satz 1 GG nach dem vorliegenden Gesetzentwurf BT-Drs. 18/11131). Die Gesellschaft wird aufgrund ihrer **personellen und sächlichen Ressourcen** in der Lage sein, die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung und Unterhaltung der Bundesautobahnen für den Bund auszuführen. Denn das ÜberleitungsG sieht vor, dass der Gesellschaft ab diesem Stichtag die zur Erfüllung der

Aufgaben notwendigen Beamtinnen und Beamten, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und sächlichen Betriebsmittel zur Verfügung stehen (vgl. § 3 Abs. 3, § 5 Abs. 3, § 7 ÜberleitungsG). Für bestehende Vertragsverhältnisse der Straßenbauverwaltungen der Länder mit Dritten sieht § 10 ÜberleitungsG einen Übergang der Rechte und Pflichten vor.

Der von der Gesellschaft aufzustellende **Finanzierungs- und Realisierungsplan** (§ 8 Abs. 1 InfrGG) wird für die Investitionen des Bundes in die Bundesautobahnen in der Transformationsphase noch nicht maßgeblich sein. Art. 25 Abs. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften sieht vor, dass der Finanzierungs- und Realisierungsplan der Gesellschaft den Straßenbauplan für die Bundesautobahnen erst ab dem 1. Januar 2021 ersetzt. Der für die VIG mit Betriebsbeginn gültig werdende Finanzierungs- und Realisierungsplan dürfte in der Transformationsphase allerdings bereits durch den Gesellschafter der VIG (das BMVI) vorzubereiten sein.

Abschließend bleibt darauf hinzuweisen, dass im Interesse eines optimierten Verkehrsablaufes auf den Bundesautobahnen ein enges Zusammenwirken der zuständigen Stellen für Straßenverkehrs- und Straßenbauaufgaben unerlässlich ist, denn die Straßenverkehrsplanung hat enge Bezüge zum Baugeschehen an sich (z. B. Baustellenverkehrsführung). In diesem Zusammenhang wäre es vorteilhaft, wenn die VIG insoweit straßenverkehrsbehördliche Anordnungen treffen könnte.

2. **Kontrollrechte des Parlaments**

Zu unterscheiden sind die (vorlaufende) Steuerung des Gesellschaftshandelns durch gesetzgeberische Maßnahmen, die (vorlaufende) Steuerung des Gesellschaftshandelns durch die Gesellschafterversammlung bzw. durch die Aufsichts- und Kontrollorgane der Gesellschaft sowie die (mit- oder nachlaufende) Steuerung (Kontrolle) einzelner Maßnahmen (Geschäftsvorfälle) bzw. der Geschäftstätigkeit im Ganzen durch die Überwachungs- und Kontrollorgane bzw., durch diese veranlasst, durch den Jahresabschlussprüfer der Gesellschaft. Mit- oder nachlaufende Kontrolle über die Gesellschaft üben ferner der Bundesrechnungshof und das Parlament durch Inanspruchnahme von Informationsrechten aus.

Aus diesem (Kontroll-)Instrumentarium stehen dem **Parlament** Möglichkeiten der (vorlaufenden) Steuerung und mittelbar auch der (nachlaufenden) Kontrolle des Gesellschaftshandelns zur Verfügung, nicht aber zur

„Korrektur“ einzelner Geschäftsführungsmaßnahmen. Unmittelbare Steuerungswirkung für das Gesellschaftshandeln entfalten der vom Parlament festgestellte Bedarfsplan sowie die gesetzlichen Maßgaben zur Festlegung der Höhe von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe. Demgegenüber wird der Straßenbauplan als Anlage zum Bundeshaushaltsplan bezüglich der Verwendung der Straßenbaumittel für die Bundesautobahnen nicht mehr aufzustellen sein. Denn an seine Stelle wird der Finanzierungs- und Realisierungsplan der VIG treten (vgl. BT-Drs. 18/11135, Seite 114).

Mittelbare (faktische) Möglichkeiten zur nachlaufenden Kontrolle des Gesellschaftshandelns erhält das Parlament über den jährlichen **Verkehrsinvestitionsbericht** (§ 8 Abs. 2 InfrGG), der dem Deutschen Bundestag durch das BMVI zuzuleiten ist, auf der Grundlage von Berichten und Bemerkungen des Bundesrechnungshofs über dessen Prüfungen gemäß § 91 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 BHO (Prüfung bei Stellen außerhalb der Bundesverwaltung), gemäß § 92 Abs. 1 BHO (Betätigungsprüfung) und gemäß § 104 Abs. 1 BHO (Prüfung der juristischen Personen des privaten Rechts) sowie auf der Grundlage von Unterrichtungen des Bundesrechnungshofs über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung (§ 99 BHO). Über im Rahmen der planmäßigen Weiterentwicklung der VIG anstehende Phasenwechsel wird der Deutsche Bundestag rechtzeitig durch das BMVI unterrichtet (BT-Drs. 18/11135, Seite 113).

Auskunftspflichten von Mitgliedern der Geschäftsführung der VIG bestehen zunächst gemäß § 51a GmbHG gegenüber dem Gesellschafter im Hinblick auf sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft. Ebenso ist die Geschäftsführung gegenüber dem Aufsichtsrat uneingeschränkt zur Auskunftserteilung verpflichtet. Die **Mitglieder des Aufsichtsrates** sind ihrerseits nach herrschender Meinung auch bei einer mitbestimmten GmbH gegenüber jedem Gesellschafter bzw. gegenüber der Gesellschafterversammlung, in welcher der Bund nach § 3 InfrGG durch das BMVI vertreten wird, auskunftspflichtig. Im Übrigen unterliegen die Aufsichtsratsmitglieder allerdings der Verschwiegenheitspflicht aus § 25 MitbestG i. V. m. § 116 AktG, soweit nicht – was bei der mitbestimmten GmbH rechtlich umstritten ist – die Ausnahmevorschrift des § 394 Satz 1 AktG eingreift. Nach § 394 AktG unterliegen Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, nur einer begrenzten Verschwiegenheitspflicht; lediglich vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, deren Kenntnis für den Berichtszweck nicht von Bedeutung ist, dürfen nicht offenbart werden.

Zudem besitzen die **Abgeordneten des Deutschen Bundestages** gegenüber der Bundesregierung ein verfassungsrechtlich fundiertes **Informationsrecht**. Durch die Inanspruchnahme dieses Rechts können Abgeordnete bei der Bundesregierung, die ihrerseits über das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur gegenüber der VIG auskunftsbe-rechtigt ist, grundsätzlich auch Einzelheiten über die Tätigkeit der VIG in Erfahrung bringen. Jedenfalls in einer Ein-Personen-Gesellschaft, in der – wie zunächst vorgesehen – nur der Bund die Anteile hält, stößt die Inanspruchnahme der Informationsrechte von Abgeordneten nicht an gesellschaftsrechtliche Grenzen.

Sollte – weitergehend – eine turnusmäßige **aktive Berichterstattung** von Mitgliedern der Geschäftsführung der VIG gegenüber dem Deutschen Bundestag gewollt sein, die über die jährliche Vorlage des Verkehrsinvestitionsberichts der Gesellschaft hinausgeht, wären entsprechende Regelungen im InfrGG zu verankern. Sofern dieser im Gesellschaftsrecht an sich nicht angelegte Berichtsweg auch für Mitglieder des Aufsichtsrates eröffnet werden sollte, wäre das ebenfalls im InfrGG zu regeln.

Unabhängig von den vorangegangenen Überlegungen könnten einzelne Abgeordnete des Deutschen Bundestages Auskunftsrechte gegenüber Mitgliedern der Geschäftsführung dann erhalten, wenn sie in den Aufsichtsrat der Gesellschaft oder in einen für diese zu bestellenden **Beirat** (sofern entsprechend ausgestaltet) entsandt werden. Als Aufsichtsrats- oder Beiratsmitglieder unterlägen sie im Hinblick auf die Unterrichtung des Deutschen Bundestages dann allerdings den allgemeinen Regeln (Verschwiegenheitspflichten gemäß § 25 MitbestG i. V. m. § 116 AktG, ggf. gelockert nach Maßgabe des § 394 AktG), welche im Rahmen des InfrGG modifiziert werden könnten.

3. Zeitliche Flexibilisierung der Übergangsphase?

Die Transformation der Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung stellt Bund und Länder vor komplexe Herausforderungen. Für den Fall, dass der politische Wunsch entstehen sollte, diesen Prozess zu flexibilisieren, werden die nachfolgenden Erwägungen angestellt. Eine zeitliche Flexibilisierung ist grundsätzlich in zwei Richtungen denkbar. Zum einen könnte unter Beibehaltung des bisherigen Zeitplans durch Ergänzung von Art. 143e Abs. 1 Satz 1 GG eine „Zeitreserve“ geschaffen werden, die bei Bedarf in Anspruch genommen werden kann (vgl. dazu nachfolgend a)). Zum anderen könnten Bund und Länder Interesse haben, bestimmte Aufgaben aus der Straßenbaulast, namentlich solche der Planung

neuer Vorhaben, bereits vor dem 1. Januar 2021 durch die VIG wahrnehmen zu lassen (dazu sodann b)).

Vorab sei allerdings auf die erheblichen praktischen Schwierigkeiten hingewiesen, die durch eine Verschiebung des im Gesetzentwurf verankerten zeitlichen Ablaufs der Transformation ausgelöst würden. So hätte eine zeitliche Verlängerung der Transformationsphase nicht nur zur Folge, dass zahlreiche Fachgesetze an die veränderte Zeitplanung angepasst werden müssten. Vielmehr hat der Bund auch ein starkes Interesse daran, das „Programm“ und den zeitlichen Ablauf der Übergangsphase allen beteiligten Akteuren verbindlich vorzugeben, um die mit einem solchen Reformvorhaben notwendige Planungssicherheit zu gewinnen. Eine Verkürzung der Transformationsphase führte demgegenüber dazu, dass die praktisch noch nicht arbeitsfähige VIG vorzeitig tätig werden müsste.

a) Wie könnte Vorsorge für den Fall getroffen werden, dass der Transformationsprozess mehr Zeit beansprucht?

Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass die Transformationsphase am 1. Januar 2021 abgeschlossen und die VIG mit diesem Tag handlungsfähig sein wird (vgl. bereits oben bei Frage 1). Das ÜberleitungsG sieht ferner vor, dass ein Teil der dazu notwendigen „Vorarbeiten“ durch die Länder bereits deutlich im Vorfeld dieses Stichtages abgeschlossen sein muss, so dass insoweit ein zeitlicher „Puffer“ bis zum 1. Januar 2021 besteht (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 ÜberleitungsG: Einreichung der Mitteilung spätestens ein Jahr und einen Monat nach Inkrafttreten des Gesetzes). Zur Sicherstellung des rechtzeitigen Abschlusses dieser Vorarbeiten sieht § 2 ÜberleitungsG eine darauf zugeschnittene und sachlich begrenzte Anordnungscompetenz des Bundes vor.

Allerdings könnte ggf. der Wunsch entstehen, weitere Vorsorge für den Fall zu treffen, dass sich die Mitteilungen der Länder nach § 1 ÜberleitungsG schwieriger gestalten und/oder sie sich nicht für alle Bundesländer im Gleichklang erledigen lassen. Ebenso könnten vorsorgliche Regelungen für den Fall gewollt sein, dass es sich aufgrund sonstiger Faktoren als ausgeschlossen erweisen sollte, die Aufgaben des Bundes zur Planung, des Baus etc. der Bundesautobahnen schon per 1. Januar 2021 durch die VIG wahrnehmen zu lassen. Schließlich könnte der Wunsch nach Instrumenten bestehen, die eingesetzt werden könnten, falls sich aus einer auf Bundesverwaltung umgestellten Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen noch ein „nachwirkender“ Handlungsbedarf ergeben sollte.

Zur Schaffung einer Zeitreserve könnte Art. 143e Abs. 1 Satz 1 GG des Entwurfs ggf. dahingehend ergänzt werden, dass die dort gegenwärtig vorgesehene Frist für den Übergang der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung bei Bedarf durch den einfachen Gesetzgeber verlängert werden kann. Im praktischen Ergebnis würde die Inanspruchnahme dieser **Zeitreserve**, welche auch in den begleitenden einfachgesetzlichen Regelungen abzubilden wäre, eine Verlängerung der Auftragsverwaltung über den 1. Januar 2021 hinaus bedeuten. Nicht zuletzt angesichts der bereits angesprochenen erheblichen praktischen Probleme erscheint eine solche Vorgehensweise aber nicht als empfehlenswert. Als Alternative zu einer Verlängerung der Auftragsverwaltung könnte eine fristgerechte Umstellung auf Bundesverwaltung in Betracht kommen, diese allerdings noch nicht unter Inanspruchnahme von bundeseigenen Ressourcen (bzw. von Ressourcen der Gesellschaft), sondern unter Inanspruchnahme von Ressourcen der Länder. Dieses Konzept liefe auf eine sog. **Organleihe** hinaus, welche solange anzudauern hätte, bis die (verzögerten) Transformationsschritte schließlich durchgeführt werden können. Die Organleihe löste indes einen erheblichen Regelungsbedarf auf Verfassungsebene aus. Denn ohne verfassungsrechtliche Grundlage dürfte der Zugriff des Bundes auf Länderorgane von der im Grundsatz freiwilligen Mitwirkung des jeweiligen Landes abhängen. Unabhängig davon wäre für den Fall einer Organleihe eine verfassungsrechtliche Regelung der Kostentragung zu empfehlen, weil ohne eine solche keine rechtssicheren Maßstäbe für die Kostenanlastung bestünden. Schließlich wären die Übergangsregelungen im Überleitungsg auf die Reserveoption einer Organleihe ab dem 1. Januar 2021 abzustimmen – denn eine Organleihe kommt nur infrage, wenn und soweit auf Seiten des „leihenden“ Landes noch „verleihbare“ Ressourcen vorhanden sind. In jedem Fall hätte eine entsprechende Vorgehensweise den Nachteil, dass der derzeitige Zustand einer gemeinsamen Verantwortung von Bund und Ländern für die Verwaltung der Bundesautobahnen auch über das Jahr 2020 hinaus verlängert würde.

Unabhängig von der möglichen Gewährung einer Zeitreserve sollte die für die Transformationsphase eingeplante Zeit jedenfalls auch zielgerichtet genutzt werden können. Damit die Betriebsfähigkeit der VIG sowie insgesamt der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen zum 1. Januar 2021 in effektiver Weise hergestellt werden kann, sollte der Bund gegenüber den Ländern ausreichende **Direktionsrechte** im Hinblick auf die von den Ländern zu ergreifenden Maßnahmen erhalten. Angesprochen sind damit die sog. Ingerenzrechte, die dem Bund in der Auftragsverwaltung zustehen. Insofern wäre eine Ergänzung dieser Ingerenzrechte auf Verfassungsebene im

Rahmen des geplanten Art. 143e GG vorteilhaft. Bei entsprechender Ausgestaltung könnte damit auch ein etwaiger „nachwirkender“ Handlungsbedarf erfüllt werden. Als nachrangige Alternative bleibt vorzuschlagen, dass in Art. 143e Abs. 1 GG des Entwurfs jedenfalls verdeutlicht wird, dass auch die Gesetze nach Art. 143e Abs. 1 Satz 2 GG im Typus der Auftragsverwaltung vollzogen werden, so dass ergänzend die Ingerenzrechte des Art. 85 GG zur Verfügung stehen.

b) Ist eine vorzeitige Aufgabenwahrnehmung durch die VIG empfehlenswert?

Vor dem 1. Januar 2021 ist der Bund auf der Grundlage von Art. 143e Abs. 1 GG noch nicht für die „Planung“ von neuen Projekten des Bundesverkehrswegeplans (BVWP) zuständig. Bis zum 31. Dezember 2020 gilt die Auftragsverwaltung der Länder und damit deren Wahrnehmungskompetenz für Planung, Bau und Betrieb *pp. fort.* Dem Bund stehen im Falle von Verzögerungen etwa der Aufnahme von konkreten Planungstätigkeiten für neue Vorhaben durch die Länder die Rechte aus Art. 85 GG zu, die zudem im Rahmen des Art. 143e GG weiter gestärkt werden könnten. Eine vorzeitige Wahrnehmung von Aufgaben aus der Straßenbaulast durch die VIG ist nach dem Gesetzentwurf nicht vorgesehen. So fehlen der VIG vor dem 1. Januar 2021 bereits die personellen und sächlichen Ressourcen, um entsprechende Aufgaben erfüllen zu können.

Sofern gewünscht sein sollte, Gestaltungsmöglichkeiten für „eilvernehmliche“ Lösungen mit den Ländern zu schaffen, wäre Art. 143e Abs. 2 GG um eine Bestimmung zu ergänzen, nach der dem Bund bestimmte Aufgaben aus der (externen) Straßenbaulast eines Landes für die Bundesautobahnen (zum Beispiel für die Planung) auch schon vor dem 31. Dezember 2020 übertragen werden können. Soweit das geschähe, könnte der Bund die VIG vorzeitig beauftragen, auf die dann allerdings – unter Abweichung der im ÜberleitungsG ansonsten vorgesehenen Fristen – bereits die entsprechenden Planungskapazitäten (Personal, Sachmittel) des betreffenden Landes überzugehen hätten. Insgesamt erscheint aus unserer Sicht die Option eines vorzeitigen Betriebsbeginns, die die ohnehin komplexen Herausforderungen der Transformation weiter vergrößern würde, vor dem Hintergrund der dadurch aufgeworfenen praktischen Schwierigkeiten als unrealistisch und daher *nicht empfehlenswert*.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf § 11 Satz 2 ÜberleitungsG. Nach dessen Wortlaut wäre bei Antragsstellung eines Landes noch in 2017 die Übernahme der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs in Bundes-

verwaltung schon zum 1. Januar 2019 möglich (= „Beginn des zweiten auf die Antragsstellung folgenden Kalenderjahres“), also zu einem Zeitpunkt, der vor dem in Art. 143e Abs. 1 GG bestimmten Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Aufgabenübertragung liegt. Insoweit dürfte § 11 Satz 2 ÜberleitungsG dahin auszulegen sein, dass auch die Überleitung der Straßenbaulast für die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs frühestens am 1. Januar 2021 wirksam werden kann.

4. **Bilanzierung der Bundesautobahnen in der Handelsbilanz der VIG**

Die Bilanzierbarkeit der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen in der Handelsbilanz der Gesellschaft folgt den insoweit einschlägigen Regeln. Da die VIG nicht *rechtliche* Eigentümerin der Bundesautobahnen wird – das rechtliche Eigentum verbleibt unveräußerlich beim Bund –, kann ihr allenfalls bilanziell das **wirtschaftliche Eigentum** an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen eingeräumt werden. Die Begründung wirtschaftlichen Eigentums an einer Sache zugunsten einer natürlichen oder juristischen Person, die nicht der rechtliche Eigentümer der Sache ist, unterliegt qualifizierten Voraussetzungen. Da die in Betracht kommende Sache handelsrechtlich nur einer Person bilanziell als Vermögensgegenstand zugeordnet werden kann, ein „Parallelausweis“ ein und derselben Sache als Vermögenswert mehrerer Rechtsträger also ausscheidet, muss die rechtliche Position des „wirtschaftlichen“ Eigentümers so ausgestaltet sein, dass das wirtschaftliche Eigentum die Stellung des rechtlichen Eigentümers nach den Maßstäben des Bilanzrechts verdrängt. Der Gesetzentwurf ermächtigt den Bund durch die vorgesehenen Änderungen des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs, der VIG die notwendigen Rechte einzuräumen (vgl. Begründung zu § 8 Abs. 1 des vorgenannten Gesetzes, BT-Drs. 18/11135, Seite 114).

Unter der Voraussetzung entsprechender Rechtseinräumungen würden die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen in der Handelsbilanz der VIG in deren **Sachanlagevermögen** bei einer unentgeltlichen Übertragung im Wege der Einlage zum Teilwert (Verkehrswert) oder bei einer entgeltlichen Übertragung zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten per Übertragungszeitpunkt ausgewiesen. Auf der Passivseite der Bilanz würde im Falle einer unentgeltlichen Rechtseinräumung (ohne Gewährung von neuen Stammeinlagen) eine entsprechende Kapitalrücklage, im Falle einer (teilweise) entgeltlichen Rechtseinräumung eine langfristige Verbindlichkeit auszuweisen sein, wenn und soweit die VIG ihren Zahlungsanspruch

gegenüber dem Bund unter Inanspruchnahme von kommerziellen (verzinslichen) Fremdmitteln beglichen würde. Alternativ könnte der Bund der VIG ein verzinsliches oder unverzinsliches Gesellschafterdarlehen gewähren, das in diesem Falle statt einer langfristigen (Dritt-)Verbindlichkeit zu passivieren wäre.

Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums würde dazu führen, dass in der **Erfolgsrechnung der VIG** (Gewinn- und Verlustrechnung) die **Abschreibungen** anzusetzen wären. Die Gesellschaft hätte einen Anlagenspiegel zu führen und den zu Periodenbeginn jeweils bestehenden Buchwert fortzuschreiben um Zuwächse aus Neubau-, Ausbau- und aktivierungspflichtigen Erhaltungsmaßnahmen einerseits und planmäßigen und außerplanmäßigen Abschreibungen andererseits.

Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen ist somit Voraussetzung dafür, dass im Rechnungswesen der VIG **sämtliche Kosten** der Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung abgebildet werden. Die Rechtfertigungsfähigkeit einer Führung der VIG außerhalb des Bundeshaushalts (Art. 110 GG) und einer Behandlung etwaiger Kreditaufnahmen der VIG als nicht staatliche Schulden (Art. 115 GG) wird durch die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen ebenso erhöht wie die Plausibilität einer Einordnung der VIG außerhalb des staatlichen Sektors im Sinne des ESVG. Entscheidend ist hierfür, dass mit der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen die Nutzungen/Chancen aus den Bundesautobahnen ebenso wie die mit ihrer Bereitstellung verbundenen Kosten/Risiken bei der Gesellschaft liegen (vgl. BT-Drs. 18/11135, Seite 114). Ein Rückgriff auf den Bund ist nicht mehr vorgesehen, er wäre angesichts der Ausstattung der VIG mit den Aufkommen aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe auch systemfremd. Damit die Übernahme von Nutzungen/Chancen und Kosten/Risiken für die VIG wirtschaftlich tragfähig ist, kommt die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf die VIG praktisch erst dann in Betracht, wenn die Gesellschaft vollständig aus Mitteln aus der Lkw-Maut und der Infrastrukturabgabe finanziert werden kann.

Im Vergleich zur Aktivierung lediglich eines **Nießbrauchsrechts** ist die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen unter den vorgenannten Gesichtspunkten vorteilhaft. Die Aktivierung des Nießbrauchsrechts setzte überdies voraus, dass das übertragene Recht jedenfalls seinem Wert nach übertragbar ist. Der Gesetzentwurf scheint eine Übertragbarkeit des Nießbrauchrechtes an den

Bundesautobahnen bzw. eine Verwertung durch Dritte hingegen nicht vorzusehen. § 8 Abs. 1 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs würde den Bund ermächtigen, „zu Gunsten der Gesellschaft“ entsprechende Rechte einzuräumen. Dies spricht dafür, dass die Gesellschaft die ihr eingeräumten Rechte selbst sowie dem Werte nach nicht weiterübertragen darf.

5. Kreditaufnahmeberechtigung der VIG?

Als GmbH ist die VIG kraft Rechtsform kreditfähig. Der Gesetzentwurf verhält sich zur Kreditaufnahme der Gesellschaft indes neutral. Weder wird der Gesellschaft eine Kreditaufnahmebefugnis ausdrücklich eingeräumt, noch wird die Befugnis zur Aufnahme von Krediten nach dem Vorbild anderer Bundesgesetze ausdrücklich ausgeschlossen.

Angesichts der bisherigen einschlägigen Gesetzgebungspraxis

§ 2 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes zur Errichtung einer Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft zur Finanzierung von Bundesverkehrswegen (VIFGG): „Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, Anleihen und Kredite aufzunehmen, Bürgschaften, Garantien oder ähnliche Haftungen zu übernehmen oder Kredite zu gewähren.“

§ 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImAG): „Die Anstalt hat kein Recht zur Kreditaufnahme am Markt; notwendige Kredite gewährt der Bund nach Maßgabe des Haushaltsgesetzes.“

ist nicht anzunehmen, dass der Regierungsentwurf rechtssicher dahingehend ausgelegt werden kann, die VIG sei in Abwesenheit eines einfachgesetzlichen Verbotes zur Kreditaufnahme berechtigt. Diese Auslegung widerspricht auch weiten Teilen von Rechtsprechung und Schrifttum, wonach auch rechtliche selbständige juristische Personen, die vom Bund gehalten und finanziert werden, unter die Vorschrift des Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG fallen (vgl. den Überblick bei Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 115, Rn. 71 ff.).

Die ausdrückliche Zuweisung einer Kreditaufnahmekompetenz zugunsten der Gesellschaft folgt neben den genannten finanzverfassungsrechtlichen Maßgaben **Wirtschaftlichkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen**. § 7 Abs. 1 InfrGG geht an sich davon aus, dass der Mittelbedarf der VIG vollständig vom Bund gedeckt wird: durch die Zuweisung der (verbleibenden) Mittel aus der Lkw-Maut und aus der Infrastrukturabgabe einerseits, und durch ergänzende Zuweisung von (weiteren) Haushaltsmitteln ander-

rerseits. Die der VIG kurz- und mittelfristig zur Aufgabenerledigung zuzuweisenden Mittel werden auf der Grundlage des von der Gesellschaft aufzustellenden Finanzierungs- und Realisierungsplans disponiert (§ 8 Abs. 1 InfrGG).

In den in § 7 und § 8 InfrGG getroffenen Regelungen zur Finanzierung der Gesellschaft durch den Bund ist eine (dauerhafte) Finanzierung der Gesellschaft durch von dieser aufgenommene Kredite nicht vorgesehen. Soweit die der Gesellschaft zugewiesenen Mittel aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe nicht zur Deckung der Kosten reichen, kann der Bund zur Finanzierung der von der VIG zu leistenden Aufgaben Haushaltsmittel zur Verfügung stellen. Relevant wird ein entsprechender Unterdeckungsausgleich vor allem für die Phasen 1 und 2. Zur Abdeckung von vorübergehenden Liquiditätsengpässen kann eine Kreditaufnahme im Einzelfall jedoch auch in diesen Phasen zweckmäßig und ggf. auch wirtschaftlich sein, was allerdings – namentlich im Vergleich mit alternativ möglichen Krediten (Gesellschafterdarlehen) des Bundes – darzulegen wäre (vgl. insoweit auch § 7 Abs. 2 InfrGG). Eine Kreditermächtigung der Gesellschaft erscheint somit als zweckmäßig. In der Satzung der Gesellschaft wären die Voraussetzungen zu regeln, unter denen die Gesellschaft von der Kreditaufnahmemöglichkeit Gebrauch machen darf (zum Beispiel Zustimmung durch Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung oder Beirat).

Unabhängig von einer Kreditaufnahmeberechtigung ist die Berechtigung der Gesellschaft zur **Gewährung von Bürgschaften, Garantien oder ähnlichen Haftungen** zweckmäßig. Auch sie wäre noch zu regeln. In Betracht kommt die Übernahme solcher Gewährleistungen zugunsten Dritter, derer sich die VIG zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient (§ 5 Abs. 2 InfrGG). Zu denken ist hier etwa an Gewährleistungen gegenüber Vertragspartnern der Gesellschaft im Rahmen von ÖPP-Modellen. Auch die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit kann – neben der Darlegung ihrer Wirtschaftlichkeit (§ 7 Abs. 2 InfrGG) – weiteren gesellschaftsinternen Regelungen unterworfen werden (zum Beispiel Zustimmung Aufsichtsrat).

Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Kreditaufnahmeberechtigung der VIG in einer möglichen Phase 3 beurteilen sich danach, ob die Gesellschaft in dieser Phase (nahezu) vollständig aus Mitteln der Lkw-Maut und der Infrastrukturabgabe finanziert werden kann. Stehen der Gesellschaft die erhobenen Nutzerentgelte vollständig zur Verfügung, bedarf es einer Inanspruchnahme von Fremdmitteln grundsätzlich nicht, um die Kosten der Gesellschaft und damit die Gesamtkosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen zu decken, wenn die Nutzerentgelte kostendeckend sind. Auch

ein Unterdeckungsausgleich aus dem Bundeshaushalt ist dann entbehrlich. Aus den oben zu Phase 1 und Phase 2 dargelegten Erwägungen kann eine Kreditaufnahmeberechtigung in dieser Phase gleichwohl zweckmäßig sein, zum Beispiel zur Deckung eines vorübergehenden Zwischenfinanzierungsbedarfs, wenn etwa im Finanzierungs- und Realisierungsplan vorgesehene Erhaltungsmaßnahmen aus Gründen ihrer Verkehrswirksamkeit vorgezogen werden sollen und vom laufenden Liquiditätszufluss aus Maut und Infrastrukturabgabe nicht (vollständig) gedeckt werden können. Die Übernahme von Gewährleistungen zugunsten Dritter kann auch in Phase 3 zweckdienlich sein (s. o.).
