

Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau

Von

Heinz-Joachim Pabst



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung

17

A. Der Gegenstand der Arbeit	17
I. Die Problemstellung	17
II. Der Gang der Untersuchung	18
B. Möglichkeiten und Projekte der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland	19
I. Die Privatisierungsdiskussion in der alten Bundesrepublik	20
1. Privatisierungsvorhaben auf Bundesebene	21
a) Die Verringerung der Bundesbeteiligungen	21
b) Die Reform des Post- und Telekommunikationssektors	22
c) Die Privatisierung im Bereich der Eisenbahn	25
d) Der Bereich der Flugsicherung	26
e) Die Privatisierung der Nebenbetriebe der Bundesautobahnen	28
2. Die Privatisierungsdiskussion auf Landes- und Kommunalebene	29
3. Perspektiven für weitere Privatisierungsvorhaben in der Bundesrepublik Deutschland	30
II. Die Tätigkeit der Treuhandanstalt	31
C. Möglichkeiten und Perspektiven der Privatisierung des Fernstraßenbaus	32

Zweiter Teil

Die verfassungsrechtliche Einordnung des Fernstraßenbaus

35

A. Die Geschichte des Straßenbaus und der Straßenbaufinanzierung in der Bundesrepublik Deutschland	35
I. Die historische Entwicklung des Fernstraßenbaus in Deutschland	35
1. Das preußische Wegerecht	35
a) Wegebaulast und Wegebaupolizei	35

b) Die Finanzierung des Wegebau	37
2. Der "Verein Hansestädte-Frankfurt-Basel" (HAFRABA e.V.)	38
3. Das Unternehmen "Reichsautobahnen"	39
4. Die Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten Aktiengesellschaft - Öffa	40
a) Die Tätigkeit der Öffa vor dem zweiten Weltkrieg	40
b) Die Tätigkeit der Öffa nach dem zweiten Weltkrieg	41
II. Konsequenzen für die jetzige Privatisierungsdiskussion	43
B. Die Regelungen des Grundgesetzes für den Bereich des Fernstraßenbaus	44
I. Art. 74 GG - Fernstraßenbau als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung	44
1. Der Regelungsgehalt des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG	44
a) Art. 74 GG als Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz	44
b) Materiell-rechtlicher Gehalt des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG	46
2. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG als Privatisierungsgrenze?	48
II. Art. 90 GG - Die vermögensrechtlichen Verhältnisse an den Fernstraßen und ihre Verwaltung	48
1. Art. 90 Abs. 1 GG	48
a) Der Rechtscharakter der Fernstraßen als öffentliche Sachen	49
aa) Die Theorie des modifizierten Privateigentums	49
bb) Kritik der herrschenden Meinung	50
cc) Stellungnahme	50
b) Folgen für den Eigentumsbegriff nach Art. 90 Abs. 1 GG	51
aa) Das Eigentum an den bisherigen Reichsautobahnen	51
bb) Eigentumsverhältnisse an neugebauten Bundesfernstraßen	53
2. Art. 90 Abs. 2 u. 3 GG - Die Bundesautobahnen als Gegenstand der Bundesauftragsverwaltung	53
a) Bundesauftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 GG	53
aa) Aufteilung der Verwaltungszuständigkeiten nach Finanzierungs- und Verwaltungsaufgaben	54
bb) Begrenzung der Länderkompetenzen kraft der "Natur der Sache"	55
b) Art. 90 Abs. 3 GG - Die Übertragbarkeit der Länderverwaltung auf den Bund	56
3. Art. 90 GG als Privatisierungsgrenze?	58
C. Fernstraßenbau als Staatsaufgabe und als Objekt der Privatisierung	58
I. Einordnung des Fernstraßenbaus in das System staatlichen Handelns	58
1. Kategorien staatlichen Handelns	59
2. "Öffentliche Aufgabe" und "Staatsaufgabe"	59
a) "Öffentliche Aufgabe"	59
b) "Staatsaufgabe"	60
c) Das Verhältnis von öffentlicher Aufgabe und Staatsaufgabe	61

d) Differenzierungen innerhalb der Staatsaufgaben	62
aa) Ausschließliche Staatsaufgaben	62
bb) Konkurrierende Staatsaufgaben	63
cc) Obligatorische Staatsaufgaben	63
3. Einordnung des Fernstraßenbaus in das System der Staatsaufgaben	64
a) Fernstraßenbau als Teil der "Daseinsvorsorge"	64
b) Vorgaben für die Form der Aufgabenwahrnehmung? Fernstraßenbau als notwendige, aber nicht ausschließliche Staatsaufgabe	66
c) Fernstraßenbau als Verwaltungsaufgabe	68
4. Zwischenergebnis	68
II. Formen und Problematik der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben im Fernstraßenbereich	69
1. Formen der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private	69
a) Materielle Privatisierung	70
aa) Submissionssystem	70
bb) Konzessionssystem	71
cc) Vollständige Privatisierung	72
b) Formelle Privatisierung	72
c) Einordnung der Beleihung und der Einschaltung von Verwaltungshelfern	73
2. Privatisierung und Gesetzesvorbehalt	75
a) Organisationsprivatisierung	75
b) Materielle Privatisierung	78
III. Folgerungen für Privatisierungen im Bereich des Fernstraßenbaus	78
1. Ziele der Privatisierung des Fernstraßenbaus	78
2. Privatisierung und staatlicher Gewährleistungsauftrag im Spannungsfeld	80

Dritter Teil

Mögliche Privatisierungsgrenzen in den einzelnen Phasen des Fernstraßenbaus	82
A. Die derzeitige Situation des Fernstraßenbaus in der Bundesrepublik Deutschland	82
I. Die bisherigen Wege zur Finanzierung des Fernstraßenbaus	82
1. Der Standort der Straßenbaufinanzierung in der bundesstaatlichen Finanzverfassung	82
2. Die Deckungsmittel für den Fernstraßenbau	84
a) Allgemeine Deckungsmittel	84
b) Besondere Deckungsmittel	84

c) Das Verhältnis der allgemeinen und der besonderen Dek- kungsmittel zueinander	86
3. Der Straßenbauhaushalt	87
II. Das bisherige Planungsverfahren im Überblick	87
III. Das Bauverfahren	90
IV. Der Betrieb der Bundesfernstraßen	91
B. Grenzen der Privatisierung in den einzelnen Phasen des Fernstraßen- baus	91
I. Finanzierungsphase	92
1. Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG - Vollständigkeit und Wahrheit des Haus- haltsplanes	92
a) Der Aussagegehalt des Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG	92
b) Begrenzung der privaten Vorfinanzierung von Straßenbaupro- jekten durch Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG?	95
aa) Die Kritik an dem Finanzierungsmodell "Öffa"	95
bb) Beurteilung der jetzt geplanten Einschaltung Privater	97
(1) Privat aufgenommene Kreditmittel als "Einnahmen" i.S.d. Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG?	97
(2) Die Vollständigkeit des Bundeshaushaltes und die Refi- nanzierung Privater durch Bundesmittel	100
c) Ergänzende Überlegung: Zulässigkeit von Finanzierungsge- sellschaften in Form von Sondervermögen	103
2. Art. 115 GG - Begrenzung der Kreditaufnahme	104
a) Der Regelungsgehalt des Art. 115 Abs. 1 GG	105
b) Verwaltungsschulden mit Finanzierungsfunktion - das Finan- zierungsmodell "Öffa"	105
c) Übertragbarkeit auf privat vorfinanzierte Verkehrsprojekte	108
aa) Formale Betrachtungsweise	108
bb) Kreditaufnahme seitens Privater als faktische Kreditaufnah- me des Bundes?	109
d) Zwischenergebnis: Kein Verstoß gegen Art. 115 Abs. 1 GG durch private Vorfinanzierung	110
3. Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit	110
a) Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und seine verfassungsrechtliche Einordnung	110
aa) Der Inhalt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Spar- samkeit	110
bb) Bindung an das Wirtschaftlichkeitsprinzip	112
cc) Verfassungsrang des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	112
b) Private Vorfinanzierung im Lichte des Wirtschaftlichkeitsgrund- satzes	114
aa) Meßbarkeit volkswirtschaftlicher Vorteile durch private Vor- finanzierung?	115
bb) Höhere Kosten bei der privaten Vorfinanzierung?	117

cc) Nebeneffekte privater Vorfinanzierung	117
dd) Einsparung "politischer Kosten" als Argument für die Einschaltung Privater? - § 65 Abs. 1 BHO	118
c) Zusammenfassung: Private Vorfinanzierung von Verkehrsprojekten als möglicher Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	119
II. Planungsphase	120
1. Beachtung des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips bei der Einschaltung Privater	120
a) Planung als Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse	121
b) Anforderungen an die Organisation der öffentlichen Verwaltung im Lichte des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips	122
aa) Verbleib der Letztentscheidungskompetenzen beim Staat	122
bb) Art. 33 Abs. 4 GG - Beamtenvorbehalt für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben	124
c) Folgen für den Bereich der Fernstraßenplanung	125
d) Zwischenergebnis: Begrenzte Zulässigkeit des Tätigwerdens Privater im Bereich der Fernstraßenplanung	126
2. Art. 14 Abs. 3 GG - Übertragung von Aufgaben im Bereich der Fernstraßenplanung und die Grundsätze der Enteignung zugunsten Privater.....	127
a) Die Problemstellung bei der Enteignung zugunsten Privater	128
aa) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	128
bb) Erforderlichkeit der Vorhabenrealisierung durch Private als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung?	130
b) Konsequenzen für die Enteignung zugunsten Privater im Fernstraßenbau	131
3. Art. 90 Abs. 2 und 3 GG - Wahrung der Kompetenzordnung des Grundgesetzes	133
a) Ausgestaltung der Landesverwaltung	133
aa) Vorgaben für die Einschaltung Privater	134
(1) Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung?	136
(a) Institutioneller Gesetzesvorbehalt?	136
(b) Gesetzliche Grundlage für die Durchsetzung per Weisung?	138
(2) Möglichkeit zur bundesgesetzlichen Regelung?	139
(a) Zulässigkeit	139
(b) Anforderungen an ein solches Gesetz	140
(3) Durchsetzung durch Weisung?	141
(a) Rechtliche Betrachtung	141
(b) Faktische Bedeutung der Weisungsrechte im Fernstraßenbereich	144
bb) Zulässigkeit von Formen nicht-unmittelbarer Staatsverwaltung?.....	145
cc) Zulässigkeit der Beleihung und der Einschaltung Privater	146

dd) Sonstige Restriktionen aus Art. 85, 90 GG	147
b) Ergänzende Überlegung: Einschaltung Privater seitens des Bundes bei Planung und Bau im Rahmen des Art. 90 GG?	148
c) Zwischenergebnis	148
4. Exkurs: Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz (VerkPBG), Investitionsmaßnahmegesetze (IMG) und Planungsvereinfachungsgesetz (PIVereinfG)	149
a) Problem: Überlange Verfahrensdauer für Großprojekte	149
b) Das Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz	150
aa) Inhalt der gesetzlichen Regelung	150
(1) Anwendungsbereich und Geltungsdauer	150
(2) Das Linienbestimmungsverfahren	151
(3) Fristbestimmungen	152
(4) Verzicht auf Planfeststellung	153
(5) Gerichtlicher Rechtsschutz	157
(6) Vorarbeiten und vorzeitige Besitzeinweisung	158
bb) Bisherige Erfahrungen mit dem Gesetz	159
c) Investitionsmaßnahmegesetze	159
aa) Maßnahmegesetze als Gesetzestypus	159
bb) Inhalt und Kritik der Investitionsmaßnahmegesetze	161
(1) Übersicht über die gesetzlichen Regelungen	161
(2) Verfassungsrechtliche Kritikpunkte	162
(3) Konkrete Planungen aufgrund von Investitionsmaßnahmegesetzen	163
d) Planungsvereinfachungsgesetz	163
III. Bauphase	166
1. Traditionelle Vergabe der Bauaufträge an Private	166
2. Besonderheiten durch die geplante Einschaltung Privater	167
3. Übertragung von Aufgaben der Bauaufsicht auf Private?	167
IV. Betriebsphase	168
1. Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern	169
2. Refinanzierung privat erstellter Verkehrsprojekte durch Erhebung von streckenbezogenen Nutzungsgebühren	169
a) Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für Abgabenerhebungen	169
aa) Unentgeltlichkeit als Wesen des Gemeingebrauchs?	170
bb) Maßstab für die Gebührenerhebung	171
(1) Zulässige Gebührenzwecke	171
(2) Grundrechtliche Einschränkungen?	172
(3) Verfassungsgebot zur Schaffung gleichwertiger Lebensverhältnisse	175
cc) Gebührenerhebung durch Private	176
(1) Gebührenerhebung als hoheitliche Tätigkeit	176

(2) Staatliche Vorgaben für die Gebührenhöhe	177
b) Europarechtliche Rahmenbedingungen	177
c) Verfassungsrechtliche Probleme bei Formen der elektronischen Erhebung von Mautgebühren	178
3. Zwischenergebnis	182

Vierter Teil

Die diskutierten Modelle zur Privatisierung im Fernstraßenbereich 184

A. Vorfinanzierungsmodelle	184
I. Das Leasing-Modell	184
1. Rechtliche Rahmenbedingungen des Leasing-Modells	185
a) Vertragliche Ausgestaltung	185
b) Steuerrechtliche Ausgestaltung	186
2. Einordnung des Leasing-Modells unter die Formen der Privatisierung	189
3. Verfassungsrechtliche Bewertung des Leasing-Modells	192
a) Organisationsrechtliche Ausgestaltung	192
b) Haushaltsrechtliche Betrachtung	193
aa) Generelle Kritik an der Leasingfinanzierung	193
bb) Wirtschaftlichkeitsanalyse des HvDB	194
cc) Stellungnahme	194
(1) Art. 110 Abs. 1, 115 GG	195
(2) Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	195
a) Gewinninteresse der Objekt-KG	195
b) Weitergabe von Kosten für Versicherung	197
c) Rückfluß der Umsatz- und Gewerbesteuer	197
d) Gesamtwirtschaftliche Vorteile durch schnellere Erstellung von Verkehrsprojekten?	198
e) Ergänzende Kritik: Enteignung zugunsten Privater und Leasing-Modell	200
c) Zusammenfassende Bewertung des Leasing-Modells	201
II. Das Konzessionsmodell	202
1. Rechtliche Rahmenbedingungen des Konzessionsmodells	203
a) Die vertraglichen Beziehungen beim Konzessionsmodell	203
b) Unterschiede gegenüber dem Leasing-Modell	205
2. Einordnung des Konzessionsmodells unter die Formen der Privatisierung	206
3. Verfassungsrechtliche Bewertung des Konzessionsmodells	206
a) Organisationsrechtliche Ausgestaltung	206

b) Haushaltsrechtliche Betrachtung - Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit?	207
aa) Die Einschätzung der Projektbefürworter	207
bb) Wirtschaftliche Rahmenbedingungen des Konzessionsmodells	208
(1) Annäherung der Zinskonditionen für Staat und Private ...	209
(2) Berücksichtigung des Gewinninteresses der Projektgesellschaft	211
(3) Risikoverteilung zwischen Bund und Projektgesellschaft	212
(4) Zwischenergebnis: Höhere Kosten bei der Realisierung des Konzessionsmodells	214
cc) Gesamtwirtschaftliche Vorteile als Argument für das Konzessionsmodell?	214
(1) Mögliche Beschleunigungseffekte durch die Einschaltung Privater	214
(a) Zeitgewinne in der Bauphase	215
(b) Notwendigkeit der Aktivierung privaten Kapitals?	216
(c) Beschränkung privater Aktivitäten auf Idealprojekte ..	218
(2) "Einsparung politischer Kosten" als wesentliches Argument für das Konzessionsmodell	218
c) Zusammenfassende Bewertung des Konzessionsmodells	218

B. Betreibermodelle

I. Das Betreibermodell nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG)	220
1. Das FStrPrivFinG und die Formen seiner Umsetzung	221
a) Übersicht über die gesetzlichen Regelungen	221
b) Die Varianten bei der Umsetzung des FStrPrivFinG	222
aa) Variante "Konventionelle Planung"	222
bb) Variante "Ideenwettbewerb"	223
2. Einordnung des Betreibermodells nach dem FStrPrivFinG unter die Formen der Privatisierung	224
a) Grundkonzeption des FStrPrivFinG	224
b) Beleihungstatbestände nach dem FStrPrivFinG	225
aa) Gebot einer verfassungskonformen Auslegung	226
bb) Objektiver Gesetzessinn: Schaffung eines einheitlichen verwaltungsrechtlichen Leistungsverhältnisses?	228
cc) Wortsinn	230
dd) Systematische Auslegung und Wille des Gesetzgebers	230
ee) Ergebnis	231
3. Verfassungsrechtliche Bewertung des FStrPrivFinG	231
a) Organisationsrechtliche Ausgestaltung	231
aa) Zustimmungserfordernisse nach dem FStrPrivFinG	231

bb) Einvernehmen der Landesstraßenbehörden bei der Auswahl konkreter Projekte	232
cc) Wahrung der Vollzugskompetenzen der Länder	233
b) Auswahl der konkreten Projekte und die Schaffung einheitlicher Lebensverhältnisse	233
c) Grundsätze der Enteignung zugunsten Privater	235
d) Beteiligung Privater an Planungsaufgaben	236
e) Datenschutzrechtliche Probleme elektronischer Mauterhebung ...	236
f) Zusammenfassende Bewertung des Betreibermodells nach dem FStrPrivFinG	237
II. Das Betreibermodell der "Deutsche Bank-Research"	238
1. Ausgestaltung des Modells	238
2. Einordnung des Modells unter die Formen der Privatisierung	238
3. Verfassungsrechtliche Bewertung des Betreibermodells der <i>DB-Research</i>	239
a) Organisationsrechtliche Bedenken	239
b) Sonstige verfassungsrechtliche Bedenken	239
c) Zusammenfassende Bewertung des Betreibermodells der <i>DB-Research</i>	240
C. Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungsträger - die "Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Baugesellschaft mbH" (DEGES) ..	240
I. Rahmenbedingungen für die Einschaltung der DEGES	241
1. Vertragliche und organisatorische Ausgestaltung	241
2. Finanzierung der DEGES	242
3. Aufgaben der DEGES	242
a) Generelle Aufgabenbeschreibung	242
b) Speziell: Die Beteiligung der DEGES am Planfeststellungsverfahren	243
II. Einordnung der DEGES unter die Formen der Privatisierung	244
1. Einrichtung der DEGES als Form der Organisationsprivatisierung	244
2. Keine Beleihung der DEGES	245
III. Verfassungsrechtliche Bewertung des Modells DEGES	245
1. Organisationsrechtliche Ausgestaltung	245
2. Beachtung des Abwägungsgebotes und des Gesetzesvorbehalts	246
a) Einfluß der DEGES auf Abwägungsprozesse	247
aa) Auswirkungen der Planaufstellung auf den Planfeststellungsbeschluß	247
bb) Speziell: Die Tätigkeit der DEGES bei der Umweltverträglichkeitsprüfung	249
(1) § 5 UVPG - Scoping-Verfahren	250
(2) §§ 11, 12 UVPG - Zusammenfassende Darstellung und Bewertung	252

cc) Speziell: Die Tätigkeit der DEGES im Anhörungsverfahren und bei der Behandlung der Einwendungen	254
dd) Speziell: Die Tätigkeit der DEGES beim Erlaß von Inve- stitionsmaßnahmegesetzen	255
ee) Zwischenergebnis	256
b) Beachtung des Gesetzesvorbehalts	257
aa) Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie	258
bb) Gesetzesvorbehalt und hoheitliches Handeln der DEGES	258
3. Zusammenfassende Bewertung des Privatisierungsmodells "DEGES"	260

Fünfter Teil

Zusammenfassung	263
------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	267
-----------------------------------	-----

Sachverzeichnis	285
------------------------------	-----