

Kurzgutachten

Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten für die Bundesautobahnen und Gestaltungsempfehlungen für grundgesetzliche Privatisierungsschranken

Autoren:

Prof. Dr. Thorsten Beckers

Prof. Dr. Georg Hermes

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

Mitarbeit: Andrej Ryndin

Auftraggeber:

Ministerium für Verkehr des Landes Baden-Württemberg

15. November 2016

Zusammenfassung

- Am 14. Oktober 2016 haben die Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern einen Beschluss zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab 2020 und zu Maßnahmen für die Verbesserung der Aufgabenerledigung im Bundesstaat gefasst. Der Beschluss enthält eine politische 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, sollen die BAB zukünftig vom Bund verwaltet werden, und zwar unter Einsatz einer Gesellschaft (folgend BAB- bzw. BFS-Gesellschaft genannt).
- Im Nachgang zu dem Beschluss vom 14. Oktober 2016 sind insbesondere im politischen Bereich mit Bezug zu einer Privatisierung der BFS bzw. der BAB die folgenden beiden Fragen thematisiert worden:
 - Verhindert der Beschluss eine Privatisierung der BFS? Von HERMES / WEISS ist dazu in einer Kurzbewertung dargelegt worden, dass sich das in dem Beschluss implizit angesprochene Privatisierungsverbot lediglich auf das zivilrechtliche Eigentum an den BFS beschränkt und insbesondere nicht eine (Kapital-)Privatisierung in Form des Verkaufs von Anteilen an der zu gründenden Gesellschaft verhindert.
 - Ist eine Privatisierung der BFS oder auch nur der BAB vorteilhaft? Diese Frage haben Politiker unterschiedlich beantwortet. Die Mehrzahl der Äußerungen ist gegenüber einer Privatisierung kritisch gewesen.
- Vor diesem Hintergrund sind in diesem Kurzgutachten vornehmlich für die BAB die folgenden beiden Fragestellungen betrachtet worden:
 - Welche Privatisierungsvarianten sind bei den BAB unter Wirtschaftlichkeitsaspekten als nachteilig anzusehen und infolgedessen abzulehnen?
 - Welche verfassungsrechtlichen (Privatisierungs-)Schranken sollten zur Verhinderung bestimmter Privatisierungsformen und -varianten etabliert werden?
- Auf der Basis institutionenökonomischer Erkenntnisse und unter Einbezug juristischer Expertise sind bezüglich dieser beiden Fragen die folgenden Ergebnisse abgeleitet worden:
 - 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. Wenn die zu gründende Gesellschaft eine privatrechtliche Rechtsform aufweisen soll, sollte keinesfalls die Rechtsform der AG, sondern vielmehr die der GmbH gewählt werden. Im Übrigen dürfte die Rechtsform der AöR Vorteile gegenüber derjenigen der GmbH aufweisen.
 - 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. Im Übrigen wird es bei einer geeigneten Ausgestaltung – wie auch bei der österreichischen ASFINAG – trotz der Gewährung einer Staatsgarantie möglich sein, dass die Schulden der Gesellschaft im Lichte der deutschen und der europäischen Schuldenbremse nicht dem Bund zugerechnet werden.

- Nach dem ÖPP-Ansatz realisierte Vorhaben, die sich auf Teilnetze der BAB oder der BS („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.
- Schließlich sollte auch das zivilrechtliche Eigentum an den BAB bzw. den BFS dauerhaft beim Bund liegen. Auch dies sollte grundgesetzlich abgesichert werden.
- Der im Herbst 2016 bekannt gewordene Entwurf für eine Reform des Art. 90 GG, der aus dem Bereich der Bundesregierung zu stammen scheint („Stand: 19.10.2016“, „STRENG VERTRAULICH“, „Gesetzesentwurf erstellt federführend das BMI“), enthält lediglich eine Privatisierungsschranke, die dem Bund dauerhaft das Eigentum von 51% an der BFS-Gesellschaft sichert.
- Für eine Neufassung des Art. 90 GG wird vor dem Hintergrund der oben aufgeführten Ergebnisse der (institutionen-)ökonomischen Betrachtungen der folgende Formulierungsvorschlag unterbreitet:

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 Straßenbaulasträger *[einer Anstalt öffentlichen Rechts oder]*¹ einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedienen. Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater *[an der Anstalt oder]* der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Der Bund haftet für die Verbindlichkeiten *[der Anstalt oder]* 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 Anmerkung: Es wird – die Protokollnotiz des Landes Thüringen zu dem Beschluss vom 14. Oktober 2016 aufgreifend – empfohlen lediglich die Option der Rechtsform der AöR grundgesetzlich zuzulassen. Ansonsten könnte auch im Grundgesetz die Option verankert werden, sich auf einfachgesetzlichem Weg zwischen der Rechtsform der GmbH und der Rechtsform der AöR zu entscheiden.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	ii
1 Einleitung.....	1
2 Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten bei den BAB und Rationalität von Privatisierungsschranken.....	7
2.1 Überblick über verschiedene Privatisierungsformen und Identifikation vertieft zu betrachtender Privatisierungsvarianten.....	7
2.2 Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten	8
2.2.1 Varianten funktionaler Privatisierungen im Bereich der Leistungserstellung im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft.....	8
2.2.2 Privatisierungsvarianten auf Ebene der BAB-Gesellschaft.....	9
2.2.2.1 Verkauf von Eigenkapital als Voll- oder Teilprivatisierung.....	9
2.2.2.2 Aufnahme von Fremdkapital ohne staatliche Haftungszusage und dabei ggf. auch Rückgriff auf Eigenkapital-ähnliche Finanzierungsinstrumente .	13
2.2.3 Varianten funktionaler Privatisierungen im Bereich der Leistungserstellung nach dem ÖPP-Ansatz „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft	15
2.2.3.1 (Teil-)Netzweite funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz („Teilnetz-ÖPP“).....	16
2.2.3.2 Objekt- und Strecken-bezogene funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz („Objekt-/Strecken-ÖPP“).....	17
2.3 Rationalität von Privatisierungsschranken hinsichtlich einzelner Privatisierungsvarianten	17
3 Rechtliche Beurteilung öffentlich bekannter Entwürfe für eine Anpassung der grundgesetzlichen Regelungen zu den BAB in Art. 90 GG hinsichtlich dort enthaltener Privatisierungsschranken	22
3.1 Entwurf vom Frühsommer 2016.....	22
3.2 Entwurf mit Datum vom 19. Oktober 2016	23
3.2.1 Inhalt des „Formulierungsvorschlags“	23
3.2.2 Analyse.....	24
3.2.3 Zusammenfassende Beurteilung	26
3.2.4 Schlussfolgerung.....	26
4 Formulierungsvorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG mit Privatisierungsschranken	27
4.1 Formulierungsvorschlag für Neufassung des Art. 90 GG	27
4.2 Erläuterungen.....	28
4.2.1 Unveräußerliches Eigentum des Bundes an den Straßengrundstücken	28
4.2.2 Keine Kapitalprivatisierung.....	29
4.2.3 Staatsgarantie	29
4.2.4 Begrenzung funktionaler Privatisierung nach dem ÖPP-Ansatz, insbesondere bei Teilnetzen	30

1 Einleitung²

Der Beschluss der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016, der in erster Linie die Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs ab 2020 betrifft, enthält auch grundsätzliche politische Absichtserklärungen hinsichtlich „Maßnahmen für die Verbesserung der Aufgabenerledigung im Bundesstaat“. Dazu heißt es in dem Beschluss:³

„Bund und Länder stimmen überein, dass die folgenden Maßnahmen grundsätzlich geeignet sind, die Aufgabenerledigung im Bundesstaat zu optimieren. Es besteht Einigkeit, dass die näheren Ausgestaltungen intensiver und konstruktiver Diskussion bedürfen. Diese werden vom Chef BK mit der Chefin und den Chefs der Staats- und Senatskanzleien geführt.“

Eine dieser politischen Absichtserklärungen in dem Beschluss bezieht sich auf die Bereitstellung und Verwaltung bei den Bundesfernstraßen (BFS), die die Bundesautobahnen (BAB) und die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs (BS) umfassen. Sie lautet wie folgt:

„Infrastrukturgesellschaft Verkehr

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

Dem Beschluss ist mit Bezug zur Bereitstellung und Verwaltung der BFS die folgende Protokollerklärung des Landes Thüringen beigefügt:⁴

² Die Rechte der Autoren zur Veröffentlichung ihrer Forschungsarbeiten in dem vorliegenden Kurzgutachten sind nicht (und dabei weder direkt noch indirekt) eingeschränkt gewesen sind. Deshalb ist in dieser Studie 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.“) den persönlichen Homepageseiten derjenigen entnommen werden, die Mitglied des Vereins für Socialpolitik bzw. als Ökonomen tätig sind und damit einhergehend sich dem Ethikkodex des Vereins für Socialpolitik verpflichtet fühlen (siehe https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiter/prof_dr_thorsten_beckers/, https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/tim_becker/, https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/andrej_ryndin/).

³ Der Wortlaut des Beschlusses wurde vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung am 14. Oktober 2016 mit der Pressemitteilung 369 veröffentlicht.

⁴ Des Weiteren enthält der Beschluss bezüglich der Bereitstellung und Verwaltung der Bundesfernstraßen noch eine weitere Protokollerklärung, die vom Land Niedersachsen abgegeben worden ist: „Aus Sicht Niedersachsens ist eine grundlegende Neuordnung der Aufgaben beim Bundesfernstraßenbau nicht geboten. Wesentliche

„In der Ermächtigung des Art. 90 GG soll aus Sicht des Freistaats Thüringen geregelt werden, dass das unveräußerliche und vollständige Eigentum des Bundes an Autobahnen und Straßen sowie an der Infrastrukturgesellschaft Verkehr festgeschrieben werden soll. Zudem sollte hinsichtlich der Rechtsform der Infrastrukturgesellschaft neben der privatrechtlichen Form auch die Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) geprüft werden.“

Im Nachgang zu dem Beschluss der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern am 14. Oktober 2016 sind insbesondere im politischen Bereich mit Bezug zur Frage einer Privatisierung der BFS bzw. der BAB (als einem Teil der BFS) die folgenden beiden Fragen thematisiert worden:

- *Verhindert der Beschluss vom 14. Oktober 2016 eine Privatisierung der Bundesfernstraßen?* : Von Politikern ist in Stellungnahmen kurz nach dem 14. Oktober 2016 der Beschluss z.T. so interpretiert worden, dass durch diesen bzw. durch eine Anpassung des Grundgesetzes (GG) gemäß diesem Beschluss eine Privatisierung der BFS bzw. der BAB ausgeschlossen sei.⁵ In HERMES / WEISS (2016b)⁶ ist jedoch dargelegt worden, dass das in dem Beschluss indirekt enthaltene Privatisierungsverbot sich lediglich auf das zivilrechtliche Eigentum an den BFS beschränkt und insbesondere nicht eine (Kapital-)Privatisierung in Form des Verkaufs von Anteilen an der zu gründenden Gesellschaft verhindert; diese Thematik ist im Übrigen auch in der Protokollerklärung Thüringens zu dem Beschluss angesprochen worden. Vor diesem Hintergrund schreiben HERMES / WEISS (2016b) zusammenfassend: „Wenn eine Privatisierung der Bundesfernstraßen verfassungsrechtlich ausgeschlossen sein soll, dann genügt es jedenfalls nicht, das „unveräußerliche Eigentum des Bundes an Autobahnen und Straßen“ im Grundgesetz festzuschreiben.“
- *Ist eine Privatisierung der BFS oder auch nur der BAB als einem Teil der BFS erstrebenswert?* : In einer Vielzahl von politischen Stellungnahmen ist explizit oder implizit eine Privatisierung der BFS bzw. der BAB abgelehnt worden.⁷ Aber auch die gegenteilige Position ist

Verbesserungen durch die unmittelbare Bundesausführung sind nicht ersichtlich. Umgekehrt sind neben erheblichen Übergangsproblemen dauerhaft Doppelstrukturen mit weiter bestehenden Verwaltungsaufgaben in Zuständigkeit der Länder zu befürchten.“

⁵ So wird in einem ZEIT-Artikel vom 20. Oktober 2016 berichtet, dass der SPD-Vorsitzende Sigmar Gabriel die Position vertreten hat, dass mit dem Beschluss vom 14. Oktober 2016 keine Privatisierung der BAB möglich sei. Auch die Äußerungen des Brandenburgischen Ministerpräsidenten Dr. Dietmar Woidke in einem Fernsehbeitrag des rbb vom 14.10.2016 lassen darauf schließen, dass er aufgrund des Beschlusses vom 14. Oktober 2016 eine Privatisierung der BFS bzw. der BAB für ausgeschlossen hält.

⁶ Vgl. 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.

⁷ So werden beispielsweise in dem FAZ-Online-Artikel „Wird das deutsche Autobahnnetz privatisiert?“ vom 12. November 2016 von verschiedenen politischen Akteuren eine ablehnende Haltung bezüglich einer Privatisierung der BAB eingenommen. Beispielsweise wird eine Sprecherin des Bundeswirtschaftsministeriums zitiert und demnach hat sich Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel (SPD) ganz klar gegen eine Privatisierung von Straßen und einer BFS-Gesellschaft ausgesprochen. Auch der stellvertretende SPD-Fraktionsvorsitzende im Bundestag Sören Bartol vertritt gemäß diesem Artikel eine privatisierungsablehnende Position. Vorsichtig und skeptisch zu einer Privatisierung der BAB-Gesellschaft äußerte sich zudem der haushaltspolitische Sprecher der Unions-Bundestagsfraktion Eckhardt Rehberg (CDU). In einem Artikel in DER SPIEGEL vom 12. November 2016 (Heft 46/2016) stellt sich der haushaltspolitische Sprecher der Grünen-Bundestagsfraktion Sven-Christian Kindler gegen eine Privatisierung der BAB-Gesellschaft.

vertreten worden; eine Teilprivatisierung der Bundesautobahnen ist als sinnvoll eingestuft bzw. befürwortet worden.⁸

Vor diesem Hintergrund werden in diesem Kurzgutachten vornehmlich mit Bezug zu den BAB (und somit nur bezüglich einzelner Aspekte mit Bezug zu allen BFS) die folgenden beiden Fragestellungen betrachtet:

- *Welche Privatisierungsvarianten sind bei den BAB unter Wirtschaftlichkeitsaspekten als vorteilhaft (nachteilig) anzusehen und infolgedessen empfehlenswert (abzulehnen)?* : Privatisierungen können auf vielfältige Weisen erfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es verschiedene Ansätze zur Definition und zur Kategorisierung und damit zur Unterscheidung verschiedener Formen von Privatisierungen gibt. Aus (institutionen-)ökonomischer Sicht ist es offensichtlich, dass zumindest bestimmte Varianten so genannter „funktionaler Privatisierungen“ bei den BAB als wirtschaftlich einzustufen sind; diesbezüglich dürfte ein sehr breiter Konsens existieren. Im Übrigen werden diese Privatisierungsvarianten bereits seit vielen Jahrzehnten bei den Autobahnen in Deutschland angewendet. In diesem Kurzgutachten werden zentrale Privatisierungsvarianten, die entweder in der Praxis eine hohe Bedeutung aufweisen oder für die politische Diskussion hinsichtlich der Umsetzung des Beschlusses vom 14. Oktober 2016 von erheblicher Relevanz sein dürften, unter Rückgriff auf institutionenökonomische Erkenntnisse daraufhin beurteilt, ob sie zur Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit beitragen. Dabei wird unter einer Privatisierungsvariante die Anwendung einer bestimmten Privatisierungsform in einer bestimmten Ausgestaltungsweise und Konstellation (z.B. hinsichtlich der Laufzeit von Verträgen oder hinsichtlich der Länge der einbezogenen Strecke bzw. Netzbestandteile) verstanden. Wirtschaftlichkeit wird darüber definiert, dass ein bestimmter Output (wie die Bereitstellung des Autobahnnetzes in einer gewissen (Angebots-) Qualität) mit einem minimalen Einsatz an Finanzmitteln als Input generiert wird, wobei die entsprechenden Finanzmittel letztendlich in dem Umfang ihrer Erhebung bei den Steuer- und / oder den Mautzahlern zu berücksichtigen sind. In der Literatur wird anstelle von Wirtschaftlichkeit zum Teil auch von Kosteneffizienz gesprochen.
- *Welche gesetzlichen und dabei vor allem grundgesetzlichen (Privatisierungs-)Schranken sollten zur Verhinderung bestimmter Privatisierungsformen und -varianten etabliert werden?* : Soweit der Rückgriff auf bestimmte Privatisierungsvarianten bei den BAB unwirtschaftlich ist, stellt sich die Frage, ob und wie politische Entscheidungen hinsichtlich der Durchführung entsprechender Privatisierungen im Einzelfall verhindert oder zumindest erschwert werden sollten. Wenn dies erreicht werden soll, sind insbesondere übergeordnete Regelungen in Betracht zu ziehen, die auf der Verfassungsebene – also im Grundgesetz – verankert werden. Dann muss der für eine Verfassungsänderung erforderliche breite Konsens vorhanden sein, um diese Regeln zu durchbrechen bzw. diese wieder aufzuheben.

⁸ In einem Artikel in DER SPIEGEL vom 12. November 2016 (Heft 46/2016) wird berichtet, dass Bundesfinanzminister Dr. Wolfgang Schäuble im Rahmen einer Haushaltsausschusssitzung des Bundestags zu erkennen gegeben hat, dass er einer Teilprivatisierung einer BAB-Gesellschaft positiv gegenübersteht.

Einhergehend mit der Betrachtung dieser beiden Fragstellungen können und sollen die im Rahmen dieses Kurzgutachtens abgeleiteten Ergebnisse einen Beitrag dazu leisten, dass die „näheren Ausgestaltungen“ hinsichtlich des Beschlusses der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern vom 14. Oktober 2016 zur Bereitstellung und Verwaltung der Bundesfernstraßen, die gemäß dem Beschlusstext noch „intensiver und konstruktiver Diskussion bedürfen“, durch die Politik auf eine Weise erfolgen, die dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entspricht und damit die Interessen der Maut- und Steuerzahler adäquat berücksichtigt.

Im Rahmen dieses Kurzgutachtens werden – nicht zuletzt aufgrund von Zeitrestriktionen – folgende Annahmen getroffen:

- Es wird davon ausgegangen, dass die gemäß dem Beschluss vom 14. Oktober zu etablierende Gesellschaft, die im Beschluss vom 14. Oktober 2016 „Infrastrukturgesellschaft Verkehr“ genannt worden ist und die in diesem Kurzgutachten – die in der aktuellen politischen Diskussion übliche Bezeichnung aufgreifend – als Bundesfernstraßengesellschaft (BFS-Gesellschaft) bzw. als Bundesautobahngesellschaft (BAB-Gesellschaft) bezeichnet wird, als „GmbH“ gegründet wird. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft wird – auch im Rahmen eines konkreten Formulierungsvorschlags für den Art. 90 GG im Laufe dieses Kurzgutachtens – nicht zuletzt deshalb nicht berücksichtigt, da sie eine effektive öffentliche und dabei auch politische Kontrolle und Steuerung der Gesellschaft erheblich erschweren würde und auch mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit Nachteile aufweisen dürfte.⁹ Auf die Option der Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) für die BAB-Gesellschaft, die nach BECKERS ET AL. (2016)¹⁰ und HERMES / WEISS (2016b) als Alternative zur GmbH in Betracht gezogen werden sollte und gegenüber dieser tendenziell Vorteile aufweisen dürfte, wird lediglich am Rande eingegangen werden. In einem in diesem Gutachten vorgestellten Formulierungsvorschlag für eine Neugestaltung des Art. 90 GG ist – auch vor dem Hintergrund der Erwähnung der Rechtsform der AöR in der Protokollnotiz des Landes Thüringen – die Rechtsform der AöR als Alternative zur Rechtsform der GmbH für die BAB-Gesellschaft berücksichtigt.
- Die Darstellungen und Analysen beziehen sich – sofern nicht im Einzelfall anders angegeben – lediglich auf die BAB.
- Es wird angenommen, dass der zu gründenden BAB-Gesellschaft Mauteinnahmen zufließen, dass die BAB-Gesellschaft somit über eine eigene Einnahmequelle verfügt und dass sie dementsprechend nicht – bzw. zumindest nicht langfristig – von der Zurverfügungstellung von Haushaltsmitteln abhängig ist. Der letztgenannte Punkt dürfte die institutionelle Komplexität einer (Kapital-)Privatisierung der BAB-Gesellschaft deutlich reduzieren. Weiterhin wird davon

⁹ In Abschnitt 2.2.2.1 wird kurz auf Aspekte eingegangen, die darauf hindeuten, dass eine öffentliche Autobahngesellschaft in der Rechtsform einer AG mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit schlechter zu beurteilen ist als eine öffentliche Autobahngesellschaft in der Rechtsform einer GmbH.

¹⁰ Vgl. 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.

ausgegangen, dass die BAB-Gesellschaft für Aufgaben der Planung sowie für den Bau, die Erhaltung und den Betriebsdienst sowie ggf. die Durchführung einer Mauterhebung bei den BAB zuständig sein wird.

- Es wird davon ausgegangen, dass die Grundsatzentscheidungen bezüglich der Kapazitätsbereitstellung im Autobahnnetz und damit auch zum Neu- und Ausbau von Strecken im öffentlichen Bereich und dort vornehmlich durch die Politik getroffen werden. Dabei gilt diese Annahme unabhängig von der Frage, ob bestimmte Privatisierungen durchgeführt werden oder nicht.

Das Kurzgutachten ist wie folgt gegliedert:

- In Abschnitt 2 werden verschiedene Privatisierungsvarianten unter Rückgriff auf institutionenökonomische Erkenntnisse beurteilt. Bezüglich der als nachteilig eingeordneten Privatisierungsvarianten wird sodann – juristische Expertise ergänzend einbeziehend – diskutiert, ob und wie gesetzliche und vor allem grundgesetzliche (Privatisierungs-)Schranken etabliert werden sollten.
- In Abschnitt 3 werden zunächst öffentlich bekannte Entwürfe für eine Änderung des Art. 90 GG, der die Bereitstellung und Verwaltung der BFS regelt, kurz dargestellt. Anschließend wird im Rahmen einer rechtlichen Analyse untersucht, was für Privatisierungsschranken diese Entwürfe jeweils enthalten. Abschließend werden diese Entwürfe unter Berücksichtigung der Ergebnisse der institutionenökonomischen Betrachtungen aus Abschnitt 2 beurteilt.
- In Abschnitt 4 werden die auf Basis institutionenökonomischer Erkenntnisse abgeleiteten Empfehlungen aus Abschnitt 2 aufgegriffen und es werden konkrete Formulierungen für grundgesetzliche Privatisierungsschranken entworfen. Ergänzend wird auch auf die weiteren in Art. 90 GG zu regelnden Aspekte eingegangen.

Anzumerken ist, dass in diesem Kurzgutachten umfangreich auf die Erkenntnisse aus bereits vorliegenden Studien und Gutachten zurückgegriffen wird, die unter der Beteiligung von Autoren dieses Kurzgutachtens entstanden sind. Diesbezüglich sind insbesondere die folgenden mit Bezug zur Bereitstellung und Verwaltung der BFS bzw. der BAB erstellten Forschungsarbeiten zu nennen:¹¹

- Beckers, T. / Hermes, G. / Ryndin, A. / Weiß, H. / Becker, T. / Reuß, 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

¹¹ Im Folgenden wird auf Verweise auf diese Studien und Gutachten weitgehend verzichtet und dies gilt z.T. auch bei wörtlichen Übernahmen von Textabschnitten auf diese Forschungsarbeiten.

zur Reform der Bundesfernstraßenverwaltung (B. 1. „Infrastrukturgesellschaft Verkehr“) aus rechtlicher Sicht, erstellt für die Thüringer Staatskanzlei.

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

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

2 Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten bei den BAB und Rationalität von Privatisierungsschranken

2.1 Überblick über verschiedene Privatisierungsformen und Identifikation vertieft zu betrachtender Privatisierungsvarianten

Für die Auseinandersetzungen mit verschiedenen Formen der Privatisierung bietet es sich – einem von vielen möglichen Ansätzen zur Kategorisierung von Privatisierung folgend – an, zwischen einer Vermögensprivatisierung, einer Organisationsprivatisierung, einer Kapitalprivatisierung, einer funktionalen Privatisierung, einer Finanzierungsprivatisierung und einer materiellen Privatisierung zu unterscheiden, wobei diese einzelnen Privatisierungsformen in der Literatur nicht komplett identisch definiert werden:¹²

- Die Vermögensprivatisierung betrifft im Bereich der BAB die Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums an den Grundstücken der BAB auf Privatrechtssubjekte. Die Einordnung dieser Privatisierungsform erfordert vertiefte juristische Erkenntnisse. Im Rahmen der institutionen-ökonomischen Analysen bezüglich unterschiedlicher Privatisierungsvarianten in den Abschnitten 2.2 und 2.3 wird diese Privatisierungsform nicht betrachtet, im Rahmen der rechtlichen Betrachtungen in den Abschnitten 3 und 4 wird sie dann jedoch thematisiert.
- 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, worauf im Folgenden mit Bezug zur (Kapitel-)Privatisierung der BAB-Gesellschaft (und zwar in Abschnitt 2.2.2.1) eingegangen werden wird.
- 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. Nachfolgend werden mehrere Varianten funktionaler Privatisierungen mit Bezug zu Vertragsabschlüssen zwischen einer (dabei implizit 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 zwar in Abschnitt 2.2.1) und zum anderen nach dem so genannten ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaften)-Ansatz (und zwar in Abschnitt 2.2.3) betrachtet.
- Die Finanzierungsprivatisierung betrifft den Einbezug Privater in die Finanzierung und ist damit nur sehr unscharf definiert. Sie wird im Folgenden zunächst mit der Bereitstellung von

¹² Vgl. BECKERS ET AL. (2016, S. 75).

Fremdkapital durch Private für die BAB-Gesellschaft (und zwar in Abschnitt 2.2.2.2) thematisiert. Des Weiteren ist auch im Rahmen der Betrachtung von funktionalen Privatisierungen über ÖPP-Vorhaben (und zwar in Abschnitt 2.2.3) 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.

Im Folgenden werden zunächst in Abschnitt 2.2 die einzelnen der entsprechend ausgewählten Privatisierungsvarianten hinsichtlich ihrer Eignung zur Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit betrachtet. Anschließend wird in Abschnitt 2.3 mit Bezug zu den einzelnen Privatisierungsvarianten diskutiert, ob jeweils eine Rationalität für die Etablierung einer Privatisierungsschranke besteht.

2.2 Ökonomische Beurteilung von Privatisierungsvarianten

2.2.1 Varianten funktionaler Privatisierungen im Bereich der Leistungserstellung im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft

Zur Umsetzung von Bereitstellungsentscheidungen wird im Rahmen der Leistungserstellung bei den BAB von den Ländern als (bislang) verantwortlichen Akteuren auf Seiten der öffentlichen Hand im System der Auftragsverwaltung traditionell auf die so genannte konventionelle Beschaffungsvariante zurückgegriffen. Bei der konventionellen Beschaffungsvariante werden Aufgaben der Planung sowie der Bau, die Erhaltung sowie Teile des Betriebsdienstes ausgeschrieben und privaten Unternehmen übertragen. Insofern liegen funktionale Privatisierungen vor. Die Verträge der öffentlichen Hand mit den privaten Auftragnehmern haben hinsichtlich Aufgabenumfang sowie der abgedeckten Strecken- bzw. Netzbestandteile sehr unterschiedliche Größenordnungen, aber die einzelnen Verträge weisen grundsätzlich stets einen Bezug zur Durchführung von bestimmten Aufgaben auf und haben eine damit korrespondierende recht begrenzte Vertragslaufzeit. Der Betriebsdienst wird überwiegend in Eigenregie durch die Länder erbracht.

Auch wenn es insbesondere bei Ausschreibungen für größere Bauvorhaben gelegentlich durchaus zu (Wettbewerbs-)Problemen aufgrund einer recht geringen Wettbewerbsintensität kommt, sind die funktionalen Privatisierungen im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante positiv zu beurteilen. Insofern sollte durch eine BAB-Gesellschaft grundsätzlich keine Reduktion des traditionell vorliegenden Privatisierungsumfangs erfolgen.

Anzumerken ist jedoch, dass die BAB-Gesellschaft – anders als im Kontext von überzogenen Personaleinsparungen in vielen Ländern im Rahmen der Auftragsverwaltung in den vergangenen Jahren praktiziert – im Bereich der Planung sowie der Ausschreibungsvorbereitung und Bauüberwachung nicht zu umfangreich auf funktionale Privatisierungen zurückgreifen und folglich keine zu geringe Eigenerstellungsquote aufweisen sollte. Es bietet sich an, dass sich die BAB-Gesellschaft grundsätzlich vor allem an der bisherigen diesbezüglichen Vorgehensweise in der bayerischen Bundesfernstraßenverwaltung orientiert, die von vielen Praktikern als die effizienteste unter den Landesverwaltungen

eingestuft wird, wenngleich auch sie in den vergangenen Jahren wohl in einem ineffizienten Ausmaß (aber immer noch in einem geringeren Umfang als in den anderen Ländern) Personal reduziert hat.

2.2.2 Privatisierungsvarianten auf Ebene der BAB-Gesellschaft

2.2.2.1 Verkauf von Eigenkapital als Voll- oder Teilprivatisierung

Eine Privatisierung der zu gründenden BAB-Gesellschaft durch den (teilweisen oder vollständigen) Verkauf von Eigenkapital könnte – zunächst abgesehen von der Frage der Höhe der an die BAB-Gesellschaft fließenden Maut – Auswirkungen auf die folgenden Aspekte haben:

- A) Bereitstellungsentscheidungen hinsichtlich der Kapazität und dabei vor allem Neu- und Ausbauentscheidungen,
- B) Kapitalbereitstellung zur Finanzierung von Investitionen und dabei auch Prüfung der langfristigen (betriebs-)wirtschaftlichen Stabilität der Gesellschaft,
- C) Leistungserbringung,
- D) Kapitalkosten.

Auf die Unterschiede zwischen einer Voll- und einer Teilprivatisierung bei einer BAB-Gesellschaft wird im Rahmen einer abschließenden Gesamtbetrachtung eingegangen.

ZU A) BEREITSTELLUNGSENTSCHEIDUNGEN HINSICHTLICH DER KAPAZITÄT UND DABEI VOR ALLEM NEU- UND AUSBAUENTSCHEIDUNGEN

Es wird – gemäß der im einleitenden Abschnitt 1 getroffenen entsprechenden Annahme – davon ausgegangen, dass kapazitätswirksame Bereitstellungsentscheidungen infolge der Privatisierung einer BAB-Gesellschaft nicht in einem grundsätzlich veränderten Ausmaß durch die öffentliche Hand bzw. durch die BAB-Gesellschaft getroffen werden. Denkbar ist lediglich, dass private Anteilseigner Informationsasymmetrien versuchen verstärkt auszunutzen und Lobbying betreiben, um eine „Aufblähung“ des Anlagevermögens zu erreichen. Dies ist auch in anderen Infrastruktursektoren zu beobachten, in denen sich privatisierte und einer Regulierung unterliegende Unternehmen über bei den Nachfragern erhobene Finanzmittel (aus Gebühren oder Entgelten) finanzieren, und wäre als Nachteil einer Privatisierung anzusehen. Nichtsdestotrotz wird aus Vereinfachungsgründen nachfolgend davon ausgegangen, dass hinsichtlich der Fällung von Bereitstellungsentscheidungen durch eine Privatisierung keine Nachteile zu erwarten sind; Vorteile sind allerdings auch nicht zu erkennen.

ZU B) KAPITALBEREITSTELLUNG ZUR FINANZIERUNG VON INVESTITIONEN UND DABEI AUCH PRÜFUNG DER LANGFRISTIGEN (BETRIEBS-)WIRTSCHAFTLICHEN STABILITÄT DER GESELLSCHAFT

Hinsichtlich der Finanzierung von Investitionen stellt sich die Frage, ob infolge einer Privatisierung der BAB-Gesellschaft für diese die Möglichkeit entstehen könnte, in einem erhöhten Ausmaß Kapital zur Investitionsfinanzierung aufzunehmen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn eine öffentliche BAB-Gesellschaft durch die „deutsche Schuldenbremse“ und / oder die „europäische Schuldenbremse“ an einer Kapitalaufnahme gehindert wäre und dies für eine privatisierte BAB-Gesellschaft nicht oder in einem reduzierten Ausmaß so wäre. Im Lichte der für den Bund in Art. 115 GG verankerten deutschen Schuldenbremse bestehen jedoch hinsichtlich einer Kapitalaufnahme keinerlei Unterschiede zwischen einer öffentlichen und einer privatisierten BAB-Gesellschaft. In beiden Fällen werden

Schulden der Gesellschaft nicht dem Bund zugerechnet. 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 privatisierte BAB-Gesellschaft bei einer adäquaten Ausgestaltung Schulden aufnehmen, die nicht dem Bund zugerechnet werden. Allerdings besteht diese Möglichkeit 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. Insofern wird bezüglich dieses Aspekts eine öffentliche BAB-Gesellschaft nicht anders beurteilt als eine privatisierte BAB-Gesellschaft.

Hinsichtlich des Zusammenspiels der Fällung von Bereitstellungsentscheidungen mit der Investitionsfinanzierung kann die Position vertreten werden, dass die Beteiligung von Kapitalgebern, deren in eine BAB-Gesellschaft investiertes Eigenkapital im Risiko steht, insofern einen auch aus Sicht der Maut- und Steuerzahler relevanten Vorteil aufweist, als dass sie im Kontext etwaiger (umfangreicher oder geringer sowie direkter oder indirekter) politischer Einflussnahme bzw. Versuche der Einflussnahme auf die Entscheidung über die Vornahme von (Kapazitätserweiterungs-)Investitionen auf das langfristige finanzielle Gleichgewicht der BAB-Gesellschaft achten und damit einhergehend ggf. betriebswirtschaftlich nicht sinnvolle (Ausgabe- und vor allem Investitions-)Entscheidungen unterbinden oder zumindest erschweren werden, was Verlust- und Insolvenzrisiken reduzieren wird. Allerdings kann diese Aufgabe aufgrund der vorliegenden und zu erwartenden Wissensverteilung hinsichtlich der Finanzierung, Planung und Realisierung von Investitionsvorhaben und sonstigen Maßnahmen bei den BAB bei einer öffentlichen BAB-Gesellschaft im Zusammenspiel mit (zumindest den für derartige Gesellschaften üblichen, aber möglichst weitgehenden) Transparenzvorgaben auch problemlos durch für die Kontrolle der Gesellschaft zuständige Akteure und dabei auch durch den Bundesrechnungshof erfolgen.¹³ Sofern die Verschuldung einer öffentlichen BAB-Gesellschaft – unter der Voraussetzung einer entsprechend geeigneten Ausgestaltung – im Lichte der europäischen Schuldenbremse nicht dem Staat zugerechnet werden soll, würden auch die für die Kontrolle der korrekten Verbuchung dieser Schulden nach dem ESVG zuständigen öffentlichen Institutionen, das Statistische Bundesamt und das Statistische Amt der Europäischen Union (Eurostat), wirtschaftliche Entscheidungen der Gesellschaft überprüfen. Im Übrigen könnte erwogen werden verpflichtend vorzusehen, dass regelmäßig eine Rating Agentur Prüfungen der finanziellen Stabilität einer BAB-Gesellschaft vorzunehmen und die Ergebnisse zu veröffentlichen hat.¹⁴

¹³ Im Zusammenspiel mit umfangreichen Transparenzvorgaben für die BAB-Gesellschaft kann diese auch von Stakeholdern hinsichtlich der Einhaltung von Regeln überwacht werden, mit denen das langfristige finanzielle Gleichgewicht der Gesellschaft sichergestellt werden soll.

¹⁴ Bei derartigen Prüfungen hätte die Rating Agentur von der Existenz einer Staatsgarantie für die Fremdkapitalaufnahme zu abstrahieren, sofern der Bund diese gemäß der Empfehlungen im folgenden Abschnitt 2.2.2.2 gewähren würde.

Auch andere Aspekte sprechen für eine Skepsis gegenüber dem aus Sicht der Maut- und Steuerzahler vorliegenden Wert einer Kontrolle der BAB-Gesellschaft durch risikobehaftetes Eigenkapital bereitstellende Kapitalgeber. Diese Kapitalgeber werden bei ihren Betrachtungen umfangreich implizite Garantien des Staates für eine BAB-Gesellschaft berücksichtigen. Weiterhin haben diese Kapitalgeber nicht unerhebliche Anreize zu Lobbyismus und einer Beeinflussung politischer und regulatorischer Aktivitäten auf eine Weise, die nicht mit den Interessen der Maut- und Steuerzahler korrespondiert. Dies berücksichtigend erscheint es unwahrscheinlich, dass bei einer Gesamtbetrachtung der bislang thematisierten Effekte überhaupt Vorteile mit den Aktivitäten von Kapitalgebern einhergehen würden, die im Risiko stehendes Kapital bereitstellen. Festzuhalten ist, dass bei einer öffentlichen BAB-Gesellschaft problemlos sichergestellt werden kann, dass deren langfristiges finanzielles Gleichgewicht in einer adäquaten Verweise bei den zu fällenden Entscheidungen bezüglich der Kapazitätsbereitstellung und auch bei den sonstigen relevanten Entscheidungen berücksichtigt wird; folglich besteht bezüglich dieses Aspekts ebenfalls kein Nachteil einer öffentlichen gegenüber einer privatisierten BAB-Gesellschaft.

ZU C UND D) LEISTUNGSERBRINGUNG UND KAPITALKOSTEN

Im Bereich der Leistungserbringung ist davon auszugehen, dass eine privatisierte BAB-Gesellschaft in jedem Fall einer externen Regulierung unterliegen würde, die Ähnlichkeiten beispielsweise zur Regulierung der Stromnetzbetreiber durch die Bundesnetzagentur aufweisen dürfte. Nachfolgend wird zunächst betrachtet, wie sich die Privatisierung einer BAB-Gesellschaft auf die Effizienz unter Berücksichtigung des Ressourceneinsatzes und bei (zumindest weitgehender) Abstraktion von in den Kapitalkosten „enthaltenen“ Effekten auswirken würde; die zunächst ausgeklammerten Aspekte werden dann bei der Diskussion der Kapitalkostenentwicklung infolge einer Privatisierung berücksichtigt, was anschließend eine umfassende Beurteilung unter Wirtschaftlichkeitsaspekten erlaubt.

Aufgrund von Kontrahierungs- und Commitment-Problemen bei der Leistungsbeschreibung für Infrastrukturnetze im Allgemeinen und Autobahnnetzen im Speziellen ist – vgl. dazu BECKERS / KLATT / MAERSCHALK (2009) und BECKERS ET AL. (2014) – davon auszugehen, dass bei einer langfristigen Betrachtung eine privatisierte BAB-Gesellschaft Nachteile gegenüber einer öffentlichen BAB-Gesellschaft infolgedessen aufweisen wird, dass sie im Zusammenhang mit ihrer stärkeren Anreiz- und Kurzfristorientierung bei ihren Bau- und Erhaltungsaktivitäten sowie ggf. auch ihren sonstigen betrieblichen Aktivitäten stärker auf Fehlanreize reagieren wird, die durch die Regulierung etabliert werden.¹⁵ Die Art der Fehlanreize richtet sich nach der Ausgestaltung der Regulierung. Bei sehr Output-orientierten und auf die gebündelten Gesamtaktivitäten / -ausgaben bezogenen, so genannten TOTEX- („total expenditure“)-(Anreiz-)Regulierungsverfahren bestehen Anreize, die Substanzqualität in einer ineffizienten Weise absinken zu lassen und „die Assets auf Verschleiß zu fahren“. Bei umfangreicher Berücksichtigung der entstandenen Kosten des Unternehmens im Allge-

¹⁵ Da bei einer öffentlichen AG (Aktiengesellschaft) im Vergleich zu einer öffentlichen GmbH eine stärkere Anreiz- und infolgedessen auch Kurzfristorientierung vorliegen wird, gelten die im Folgenden dargestellten Nachteile einer privatisierten BAB-Gesellschaft gegenüber einer öffentlichen BAB-Gesellschaft – wenn auch tendenziell in einer (mehr oder weniger) abgeschwächten Form – analog für eine öffentliche BAB-Gesellschaft in der Rechtsform einer AG gegenüber einer öffentlichen BAB-Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH.

meinen und der Höhe des Anlagevermögens im Speziellen im Rahmen der Regulierung liegen hingegen Anreize zur „Aufblähung“ der Kosten und insbesondere des Anlagevermögens vor. Bei „gemischten“ Regulierungsverfahren, die Elemente der beiden vorstehend genannten Regulierungsverfahren beinhalten, ist kaum zu prognostizieren, wie sich die Fehlanreize „ergänzen“ werden; es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass es auf eine sinnvolle Weise gelingen wird, dass sich die Fehlanreize quasi gegenseitig neutralisieren. Es gibt Hinweise darauf, dass sich in der Praxis oftmals die Anwendung der beiden geschilderten unterschiedlichen Regulierungsverfahren im Zeitablauf abwechselt; dies dürfte oftmals besonders nachteilig sein, insbesondere wenn derartige intertemporale Strategiewechsel bei der Regulierung auf Unternehmensseite antizipiert werden.

Bei der Regulierung privatisierter Unternehmen fallen Transaktionskosten auf Grund von Commitment-Problemen an.¹⁶ Infolgedessen sind insbesondere die (letztendlich von den Maut- und ggf. auch Steuerzahlern zu tragenden) Kapitalkosten eines privatisierten Unternehmens grundsätzlich nicht unerheblich höher als bei einem öffentlichen Unternehmen. Hierzu trägt auch bei, dass die Kosten der Risikoübernahme bei privaten Unternehmen grundsätzlich höher sind als bei öffentlichen Unternehmen. Außerdem wird ein Regulierer im Kontext von Informationsasymmetrien und methodischen Problemen bei der Ermittlung des angemessenen Vergütungsniveaus für das regulierte Unternehmen „Sicherheitspuffer“ einkalkulieren, wenn er die Höhe der Vergütung festsetzt, die über die Zahlungen der Nachfrager an das Unternehmen fließt. Auch diese Aspekte sind einer privatisierten und infolgedessen zwangsläufig gewinnorientierten BAB-Gesellschaft im Vergleich zu einer öffentlichen BAB-Gesellschaft mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsziel negativ anzurechnen.

Bei einer Gesamtbetrachtung der im Bereich der Leistungserstellung und den Kapitalkosten mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit vorliegenden Unterschiede, kann festgestellt werden, dass eine privatisierte BAB-Gesellschaft hier grundsätzlich deutliche Nachteile gegenüber einer öffentlichen BAB-Gesellschaft aufweisen wird. Anzumerken ist, dass der Umfang der diesbezüglichen Diskrepanzen, die zwischen einem öffentlichen und einem privatisierten Unternehmen vorliegen werden, erheblich von der Art der Regulierung, den Zielvorgaben des Eigentümers für ein öffentliches Unternehmen und der Steuerungs- und Kontrollmechanismen bei einem öffentlichen Unternehmen abhängen werden.

GESAMTBETRACHTUNG SOWIE ERGÄNZENDER VERGLEICH VON VOLL- UND TEILPRIVATISIERUNG

Vor dem Hintergrund, dass bei den vorstehenden Aspekten A (Bereitstellungsentscheidungen hinsichtlich der Kapazität und dabei vor allem Neu- und Ausbauentscheidungen) und B (Kapitalbereitstellung zur Finanzierung von Investitionen und dabei auch Prüfung der langfristigen (betriebs-)wirtschaftlichen Stabilität der Gesellschaft) keine Vorteile für eine privatisierte BAB-Gesellschaft identifiziert werden konnten und dass die betrachteten Aspekte C und D (Leistungserbringung und Kapitalkosten) auf klare Vorteile bei einer öffentlichen BAB-Gesellschaft hinweisen, kann mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit eindeutig davon abgeraten werden, eine Kapitalprivatisierung bei einer BAB-Gesellschaft durchzuführen. Sofern doch eine (Kapital-)Privatisierung der BAB-

¹⁶ Diese Commitment-Probleme können im Übrigen auch als institutionelles oder regulatorisches Risiko eingeordnet werden.

Gesellschaft erfolgen sollte, wäre damit zu rechnen, dass die letztendlich von den Maut- und ggf. auch Steuerzahlern an die Gesellschaft zu leistenden Zahlungen ansteigen würden.

Die Nachteile infolge einer Privatisierung der BAB-Gesellschaft werden bei einer Teilprivatisierung zwar geringer sein als bei Vollprivatisierung, aber es kann weiterhin klar davon ausgegangen werden, dass eine öffentliche BAB-Gesellschaft die Vorzugslösung ist. Im Übrigen kann eine Teilprivatisierung im Vergleich zu einer Vollprivatisierung auch einen Nachteil aufweisen, denn dann bestehen für die öffentliche Hand als (Co-)Eigentümer eventuell Anreize, dass dem Unternehmen durch die Regulierung im Hinblick auf eine Erzielung von Einnahmen für den Haushalt unverhältnismäßig hohe Gewinne zugestanden werden, die teilweise den privaten Eigentümern zufließen werden. Dies kann dazu führen, dass bei der Ausgestaltung der Regulierung die Interessen der Maut- und ggf. auch der Steuerzahler in einem unangemessen geringen Umfang berücksichtigt werden, was der Erreichung des Wirtschaftlichkeitsziels entgegensteht.

Bei der weiteren Diskussion von Privatisierungsvarianten (in den folgenden Abschnitten 2.2.2.2 und 2.2.3) wird vor dem Hintergrund der Ergebnisse dieses Abschnitts davon ausgegangen, dass sich die BAB-Gesellschaft vollständig im öffentlichen Eigentum befindet.

2.2.2.2 Aufnahme von Fremdkapital ohne staatliche Haftungszusage und dabei ggf. auch Rückgriff auf Eigenkapital-ähnliche Finanzierungsinstrumente

Wenn – als Einstieg in das Thema der Fremdkapitalaufnahme eine Extremvariante aufzeigend – eine öffentliche BAB-Gesellschaft komplett auf die Aufnahme von Fremdkapital verzichten und insofern in ihrer Bilanz auf der Passivseite nur Eigenkapital aufweisen würde, dann wären keinerlei private Kapitalgeber in Monitoring-Aufgaben im Rahmen der Unternehmenskontrolle und -steuerung einbezogen. Hinsichtlich des Monitorings bezüglich der BAB-Gesellschaft grundsätzlich identisch zu beurteilen ist eine Fremdkapitalaufnahme, bei der der Bund eine (Staats-)Garantie abgibt und im Zweifelsfall die Rückzahlung des Fremdkapitals an die Kapitalgeber sicherstellt.

Durch die Aufnahme von Fremdkapital, bei der es keine Haftungszusage des Bundes für das aufgenommene Kapital gibt, werden die privaten Fremdkapitalgeber hingegen in das Monitoring hinsichtlich der Tätigkeiten der BAB-Gesellschaft einbezogen, was Auswirkungen auf deren Agieren haben könnte; eine derartige Fremdkapitalaufnahme wird hier als Finanzierungsprivatisierung angesehen. Allerdings werden Möglichkeiten und Anreize für private Fremdkapitalgeber im Vergleich zu den Eigenkapitalgebern sehr begrenzt sein, Einfluss auf die Kontrolle und Steuerung einer BAB-Gesellschaft zu nehmen. Aufgaben des Monitorings dürften umfangreich von Rating Agenturen (anstelle von den Fremdkapitalgebern selber) wahrgenommen werden. Damit einhergehend werden die im vorherigen Abschnitt 2.2.2.1 mit Bezug zu Privaten als Eigenkapitalgebern diskutierten (Anreiz- und sonstigen) Effekte bei einer Fremdkapitalbereitstellung sehr begrenzt sein, was sowohl die mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit positiv als auch die negativ zu bewertenden Effekte betrifft. Wie in Abschnitt 2.2.2.1 bereits thematisiert, können Rating Agenturen Monitoring-Aufgaben auch übertragen werden, wenn keinerlei Einbezug Privater in eine Kapitalbereitstellung erfolgt. Insofern ist nicht davon auszugehen, dass der Einbezug von (infolge des Fehlens einer Staatsgarantie) im Risiko stehendem Fremdkapital sich positiv auf das Agieren einer öffentlichen BAB-Gesellschaft auswirken wird.

Auch die Nachteile einer Kapitalbereitstellung durch Private wirken sich beim Fremdkapital anders aus als beim Eigenkapital. Es ist zu erwarten, dass die Mehrkosten von im Risiko stehendem Fremdkapital (in Form gerechtfertigter erhöhter Zinsen) im Vergleich zu einer durch eine Staatsgarantie abgesicherten Aufnahme von Fremdkapital absolut betrachtet eher gering sein werden. Dennoch werden Zinskostenunterschiede vorliegen, die sich infolge einer Zinsdifferenz von z.B. 0,25 - 0,5 % wohl bei einem eher geringen Anlagevermögen der BAB-Gesellschaft von z.B. 2 - 10 Mrd. EURO pro Jahr im Bereich sieben- oder achtstelliger Euro-Beträge, bei einem Anlagevermögen von z.B. etwa 25-50 Mrd. EURO pro Jahr im Bereich achtstelliger oder neunstelliger Euro-Beträge und bei einem sehr hohen Anlagevermögen von gut 100 Mrd. EURO (z.B. in Höhe von z.B. 112 Mrd. EURO, was gemäß KORN ET AL. (2014)¹⁷ in etwa dem Nettoanlagevermögen der BAB im Jahr 2016 entspricht) pro Jahr im Bereich neunstelliger Euro-Beträge bewegen dürften. Da mittelfristig die Gesellschaft wohl kein sehr niedrig eingeordnetes Anlagevermögen aufweisen wird, werden sich die Kapitalkostenunterschiede im Zusammenhang mit der Gewährung bzw. Nicht-Gewährung einer Staatsgarantie bei der Fremdkapitalaufnahme im Bereich acht- bis neunstelliger EURO-Beträge pro Jahr bewegen. Speziell bei einer BFS-Gesellschaft, die neben den BAB auch alle derzeitigen BS „beinhaltet“, kann das Nettoanlagevermögen, das für die gesamten BFS in 2016 gemäß KORN ET AL. (2014) etwa 225 Mrd. EURO betragen hat, auch deutlich höher sein. Diese Kapitalkostenunterschiede werden nur zu einem extrem geringen Teil den Erwartungswert von Verlusten der Kapitalgeber beinhalten und vielmehr durch die Kosten infolge von Commitment-Problemen bei der Regulierung und die erhöhten Kosten der Risikoübernahme bei Privaten bedingt sein. Daher sind diese Kapitalkostenunterschiede nahezu vollumfänglich mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit negativ zu bewerten.

Wenn man die kaum vorhandenen positiven Effekte einer Aufnahme von im Risiko stehendem Fremdkapital durch die BAB-Gesellschaft mit den damit einhergehenden durchaus vorhandenen negativen Effekten mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsziel abwägt, kann klar empfohlen werden, dass die Fremdkapitalaufnahme einer BAB-Gesellschaft mit einer Haftungszusage des Bundes ausgestattet sein sollte. Insofern sollte dem von der Republik Österreich beschrittenen Weg, die für die (Fremd-) Kapitalaufnahme der öffentlichen ASFINAG bürgt, gefolgt werden. Das Beispiel der ASFINAG weist auch darauf hin, dass trotz der Gewährung einer Staatsgarantie die Schulden der BAB-Gesellschaft im Falle einer entsprechenden Intention und einer geeigneten Modellausgestaltung nicht dem Staat zuzurechnen wären. Es sollte in Betracht gezogen werden, dass der Bund von der BAB-Gesellschaft – wie auch die Republik Österreich von der ASFINAG – eine Vergütung für die Gewährung der Staatsgarantie einfordert, die sich an den (Kapital-)Marktkonditionen orientieren könnte. Eine ergänzende Thematisierung beihilferechtlicher Aspekte im Zusammenhang mit der Gewährung einer Staatsgarantie vom Bund an die BAB-Gesellschaft erfolgt in Abschnitt 4.2.3.

Im Übrigen bewirkt eine Staatsgarantie, dass Eigenkapital-ähnliche Finanzierungsinstrumente wie Genussscheine, die zwar nicht dem Eigenkapital zuzurechnen sind, aber mit einer herausgehobenen

¹⁷ 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.

Risikoposition im Fremdkapitalbereich und im Vergleich zu „normalem Fremdkapital“ mit i.d.R. ausgeweiteten Rechten der Kapitalgeber bezüglich der Unternehmenskontrolle und -steuerung einhergehen und bei denen Eigenkapital-ähnliche Renditeforderungen bestehen, nicht zur Finanzierung durch eine BAB-Gesellschaft verwendet werden können. Insofern verhindert eine Staatsgarantie auch eine – mit Bezug zu den Ähnlichkeiten von Genussscheinen zu Eigenkapital salopp formuliert – „versteckte“ Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft.

2.2.3 Varianten funktionaler Privatisierungen im Bereich der Leistungserstellung nach dem ÖPP-Ansatz „unterhalb“ der BAB-Gesellschaft

Konstitutives Charakteristikum des ÖPP-Ansatzes, der in den vergangenen Jahrzehnten alternativ zur konventionellen Beschaffungsvariante in einigen Ländern auf ganzen Netzen sowie in recht vielen Ländern und auch in Deutschland auf einzelnen Strecken gelegentlich angewendet worden ist, ist die gebündelte und damit einhergehend langfristige (i.d.R. 20 bis 30 Jahre überspannende) Auftragsvergabe an Private über (Teile der) Planung, Bau und Erhaltung sowie vielfach auch Betriebsdienst hinweg. Funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz durch eine öffentliche BAB-Gesellschaft werden im Folgenden zunächst mit Bezug zu Teilnetzen, die z.B. 150 bis 3.000 km aufweisen könnten, und anschließend mit Bezug zu einzelnen Strecken (von z.B. 30 bis 100 km) und einzelnen Objekten (wie Tunnel und Brücken) diskutiert. In Kasten 1 werden kurz grundlegende institutionenökonomische Erkenntnisse zur Leistungserstellung und Beschaffung sowie Aspekte des Vergleichs der konventionellen Beschaffungsvariante mit dem ÖPP-Ansatz erläutert.

Mit Blick auf das Ziel einer wirtschaftlichen Leistungserstellung und dabei auch Beschaffung, mit der die Kosten aus Sicht von Nutzern und Steuerzahlern für die Bereitstellung der BAB in der gewünschten Qualität bei einer langfristigen Betrachtung minimiert werden, stellt sich die Frage, in welcher Weise Aufgaben von der öffentlichen Hand im Allgemeinen und einer öffentlichen BAB-Gesellschaft im Speziellen an private Unternehmen übertragen werden sollten. Dies betrifft insbesondere zum einen die Frage der Vertrags- / Auftrags- / Losgrößenwahl (bzw. – anders formuliert – die Frage der Bündelung von Gewerken, Losen etc.) und zum anderen die Frage der Risikoallokation. Dabei ist hinsichtlich der Risikoallokation zu entscheiden, welchem Akteur welche Risiken zugeordnet werden sollen und welche Instrumente für die Zuordnung von Risiken im Rahmen von (Vertrags-)Beziehungen eingesetzt werden sollen.

Bei der konventionellen Beschaffungsvariante werden die Aufgaben des Baus, der Erhaltung und des Betriebsdienstes separat in mehr oder weniger großen (Los-)Bündeln ausgeschrieben (bzw. – speziell beim Betriebsdienst und ggf. bei kleineren Erhaltungsarbeiten – von der öffentlichen Hand in Eigenregie wahrgenommen), wobei es diverse Ausgestaltungsoptionen gibt, auf die hier nicht weiter eingegangen wird. Konstitutives Charakteristikum des ÖPP-Ansatzes ist die gebündelte und damit einhergehend langfristige (i.d.R. 20 bis 30 Jahre überspannende) Auftragsvergabe über (Teile der) Planung, Bau und Erhaltung sowie vielfach auch Betriebsdienst hinweg.

In vielen Veröffentlichungen zur Beschaffungsvariantenauswahl werden – nicht zuletzt auch von Behörden und öffentlichen Organisationen in Deutschland – grundlegende institutionenökonomische Erkenntnisse nicht oder falsch berücksichtigt, was dann zu Fehlschlüssen führen kann. Derartige Fehlschlüsse sind besonders häufig hinsichtlich der folgend erläuterten Aspekte zu beobachten:

- Eine Risikoübertragung von der öffentlichen Hand an private Auftragnehmer geht nicht nur mit (je nach Konstellation mehr oder weniger großen) Vorteilen aus einer Anreizsetzung auf privater Seite einher, sondern auch mit (je nach Konstellation mehr oder weniger großen) Nachtei-

len, die sich aus den grundsätzlich höheren Kosten der Risikoübernahme auf privater Seite sowie Kontrahierungs- und auch damit in Verbindung stehenden Commitment-Problemen ergeben. Gerade bei langfristigen Vertragsbeziehungen im Rahmen von ÖPP-Vorhaben und der Regulierung gewinnorientierter Unternehmen nehmen die Kontrahierungs- und Commitment-Probleme vielfach ein sehr großes Ausmaß an. Für private Unternehmen ist es dann eine besonders wichtige Aufgabe, die damit in Verbindung stehenden (institutionellen) Vertrags- und Regulierungsrisiken zu managen. Infolge der vielfach deutlich unterschätzten Implikationen von Kontrahierungs- und Commitment-Problemen und der damit einhergehenden (institutionellen) Vertrags- und Regulierungsrisiken geht übrigens eine langfristige private Kapitalbereitstellung in ÖPP-Modellen (und analog auch bei regulierten privatisierten Unternehmen) regelmäßig (bzw. eigentlich (fast) immer) mit recht hohen Kapitalkosten einher, was vielfach einen kaum noch ausgleichbaren Nachteil darstellt.

- Eine Risikoallokation an private Auftragnehmer kann sowohl im Rahmen von Bauverträgen (und sonstigen Verträgen mit privaten Auftragnehmern bei der konventionellen Beschaffungsvariante) als auch in ÖPP-Verträgen vereinbart werden. Insofern unterscheiden sich beide Vertragsformen in erster Linie durch die Vertragsgröße bzw. die Umfänge und Art der Bündelung von Aufgaben. Das Potential zur langfristig „erfolgreichen Risikoübertragung“ an private Unternehmen wird im Übrigen im Kontext erheblicher Kontrahierungsprobleme vielfach deutlich überschätzt.

**Kasten 1: Grundlegende (institutionen-)ökonomische Erkenntnisse
zur Leistungserstellung im Allgemeinen und zum Vergleich der konventionellen
Beschaffungsvariante mit dem ÖPP-Ansatz im Speziellen**

2.2.3.1 (Teil-)Netzweite funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz („Teilnetz-ÖPP“)

Es wäre denkbar, dass die öffentliche BAB-Gesellschaft für größere (Teil-)Netze den Betrieb der BAB im Rahmen von Teilnetz-ÖPP-Vorhaben an private Unternehmen auslagert und damit einhergehend die Verantwortung für wesentliche Aufgaben der Verwaltung und Leistungserstellung weiterreicht. Die von der BAB-Gesellschaft ausgewählten ÖPP-Auftragnehmer würden zumindest die Erhaltungs- und Betriebsdienstaufgaben und ggf. auch weitere Aufgaben, insbesondere bei der Planung und Realisierung von Kapazitätserweiterungsmaßnahmen, übernehmen. Diese Variante einer funktionalen Privatisierung ähnelt für den Bereich der Leistungserstellung dem französischen Modell privater Autobahnbetreiber.

Empirische Erkenntnisse (auch aus anderen Sektoren) berücksichtigende theoriegeleitete (institutionen-)ökonomische Analysen weisen deutlich darauf hin, dass aufgrund der technischen Charakteristika von Autobahnen bei (Teil-)Netzen im Allgemeinen und bei Bestandsnetzen im Speziellen (unabhängig von Detailfragen der Risikoallokation und dabei auch der Ausgestaltung einer etwaigen Regulierung) Kostensteigerungen durch die Anwendung des ÖPP-Ansatzes im Vergleich zum Rückgriff auf die konventionelle Beschaffungsvariante zu erwarten sind. Dies ist in erster Linie durch Kontrahierungs- und Commitment-Probleme begründet. Dabei ähneln die einzelnen vorliegenden und zu berücksichtigenden Effekte denen, die mit Bezug zur Leistungserstellung und zu den Kapitalkosten bei einer (kapital-)privatisierten BAB-Gesellschaft in Abschnitt 2.2.2.1 diskutiert worden sind. Während bei einer privatisierten BAB-Gesellschaft als institutionelle Reaktion auf infolge von Umweltdynamik vorliegenden Kontrahierungsproblemen eine Regulierung durch eine Behörde unterstellt worden ist,

würden im Rahmen von Teilnetz-ÖPP jedoch Nachverhandlungen in (privatrechtlichen) Vertragsbeziehungen stattfinden. Es kann an dieser Stelle nicht umfassend diskutiert werden, welcher der beiden Ansätze (öffentliche Regulierung oder Nachverhandlungen im Rahmen von privatrechtlichen Verträgen) mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsziel bei den BAB besser geeignet sein dürfte. Es ist jedoch durchaus denkbar, dass Teilnetz-ÖPP – u.a. aufgrund der größeren Intransparenz und der wohl erschwerten öffentlichen Kontrolle im Rahmen zivilrechtlicher Verträge – größere Nachteile aufweisen.

Abschließend kann festgehalten werden, dass die Realisierung von Teilnetz-ÖPP-Vorhaben – genau wie die hinsichtlich der Leistungserstellung ähnlich zu beurteilende Kapitalprivatisierung einer BAB-Gesellschaft – eindeutig nachteilig ist. Diese Aussage gilt natürlich ebenfalls für die Realisierung eines ÖPP-Vorhabens, das das gesamte Netz der BAB abdeckt („Gesamtnetz-ÖPP“).

2.2.3.2 Objekt- und Strecken-bezogene funktionale Privatisierungen nach dem ÖPP-Ansatz („Objekt-/Strecken-ÖPP“)

Auf einzelnen Strecken, auf denen ein Neu- oder Ausbau oder eine grundlegende Erneuerung zu erfolgen hat, dürfte die Anwendung des ÖPP-Ansatzes vor dem Hintergrund geringerer Kontrahierungsprobleme als bei Teilnetz-ÖPP wohl mit geringeren Nachteilen als bei diesen einhergehen. Allerdings kann vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen mit derartigen Projekten inzwischen die Aussage getroffen werden, dass dadurch grundsätzlich (mehr oder weniger hohe) Kostensteigerungen zu erwarten sind, worauf bereits einfache Kalkulationen hindeuten, welche die Differenz zwischen öffentlichen und bei derartigen Vorhaben zu beobachtenden privaten Kapitalkosten berücksichtigen. Allenfalls auf Strecken oder Objekte beschränkte ÖPP-Vorhaben, bei denen auf eine sinnvolle Weise nur ein sehr geringer vom privaten Auftragnehmer bereitgestellter Kapitalanteil einbezogen wird, könnten eventuell in Einzelfällen das Potential haben, bei einer Gesamtbetrachtung keine oder nur geringfügige Nachteile gegenüber einer (Projekt-)Realisierung nach der konventionellen Beschaffungsvariante aufzuweisen. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass in der Praxis bei ÖPP-Vorhaben vielfach mit Blick auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit als unnötig hoch einzustufende Kapitalanteile von den privaten Auftragnehmern in ÖPP-Projekten bereit zu stellen sind. Derartige Finanzierungsprivatisierungen werden im Infrastrukturbereich regelmäßig von der öffentlichen Hand durchgeführt, um die (deutsche und / oder die europäische) Schuldenbremse zu umgehen und Kapital zur Finanzierung politisch beschlossener Investitionen in einer indirekten Weise aufzunehmen (bzw. durch private Auftraggeber aufnehmen zu lassen), bei der die dem Staat zugerechnete Verschuldung zunächst gering ist.

2.3 Rationalität von Privatisierungsschranken hinsichtlich einzelner Privatisierungsvarianten

VORGEZOGENE GRUNDSÄTZLICHE ÜBERLEGUNGEN

Privatisierungen sind regelmäßig zu einem nicht unerheblichen Teil irreversibel, eine Korrektur der entsprechenden Entscheidungen kann mit hohen Kosten einhergehen. Vor diesem Hintergrund stellt sich mit Bezug zu den im vorangegangenen Abschnitt 2.2 als nachteilig eingestuften Privatisierungsvarianten die Frage, ob und wie politische Entscheidungen hinsichtlich der Durchführung entsprechender Privatisierungen im Einzelfall durch Privatisierungsschranken verhindert oder zumindest

erschwert werden sollten, die auf gesetzlicher und dabei vor allem auf grundgesetzlicher Ebene zu etablieren wären.

Ob eine Rationalität für die Etablierung einer grundgesetzlichen Privatisierungsschranke bezüglich einer bestimmten Privatisierungsvariante besteht, wird insbesondere von den folgenden Aspekten beeinflusst:

- *Bedeutung:* Eine grundgesetzliche Privatisierungsschranke sollte in erster Linie in Betracht gezogen werden, wenn die entsprechende Entscheidung mit großen Konsequenzen einhergeht, wie z.B. einem großen Nachteil hinsichtlich der Erreichung des Ziels der Wirtschaftlichkeit.
- *Kontrahierbarkeit:* Wenn ein grundgesetzliches Regelungsziel gut kontrahierbar ist (und damit einhergehend beispielsweise Ge- oder Verbote gut beschrieben und deren Berücksichtigung gut überwacht und etwaige Verstöße auch für Dritte und dabei insbesondere das Gerichtswesen nachvollziehbar dargelegt werden können), dann dürfte dieses Ziel durch eine entsprechende Regelung effektiv und effizient (d.h. hier insbesondere einhergehend mit geringen Kosten) erreicht werden.
- *Wissensstand des Regelsetzers und Dynamik:* Die Anpassung grundgesetzlicher Regeln erfordert einen breiten politischen Konsens und ist damit grundsätzlich als aufwendig einzustufen. Insofern sollten grundgesetzliche Regelungen vor allem dann in Betracht gezogen werden, wenn der Wissensstand hinsichtlich des Regelungsgegenstandes hoch ist und insofern eine geringe Dynamik vorliegt, als dass Umweltveränderungen, die sich in einer bedeutenden Weise auf das Regelungsziel auswirken und insofern für häufige Anpassungen der grundgesetzlichen Regelungen sprechen, unwahrscheinlich sind.
- *Opportunistusgefahr:* Insbesondere wenn die Gefahr opportunistischen Handelns und dabei u.a. von Kurzfristorientierung im politischen Bereich groß ist, kann es sinnvoll sein, den Handlungsspielraum der Politik durch grundgesetzliche Regelungen einzuengen.

FUNKTIONALE PRIVATISIERUNGEN IM RAHMEN DER KONVENTIONELLEN BESCHAFFUNGSVARIANTE

Es ist zwar in Abschnitt 2.2.1 darauf hingewiesen worden, dass einzelne Formen funktionaler Privatisierungen im Rahmen der konventionellen Beschaffungsvariante im Zusammenspiel mit einem zu geringen Eigenerstellungsanteil einer BAB-Gesellschaft nachteilig sein dürften, jedoch besteht nicht ansatzweise eine Rationalität dafür, diesem potentiellen Problem durch grundgesetzliche (Privatisierungs-)Schranken entgegenzuwirken. Dies ist u.a. dadurch bedingt, dass die Kontrahierbarkeit hinsichtlich des Regelungsziels extrem schlecht ist, aber auch die weiteren Aspekte sprechen gegen eine entsprechende grundgesetzliche Regelung.

PRIVATISIERUNGEN AUF EBENE DER BAB-GESELLSCHAFT: KAPITALPRIVATISIERUNG UND FRAGE DER GEWÄHRUNG EINER STAATSGARANTIE FÜR DIE FREMDKAPITALAUFNAHME

Bezüglich einer Kapitalprivatisierung und damit des Verkaufs des Eigenkapitals der BAB-Gesellschaft an Private sprechen hingegen sämtliche Aspekte für die Etablierung einer grundgesetzlichen Privatisierungsschranke: Die Bedeutung des Regelungsgegenstandes ist groß, die Kontrahierbarkeit ist sehr gut, der Wissensstand des Regelsetzers ist hoch, denn eine Kapitalprivatisierung ist – wie dargelegt – als eindeutig nachteilig einzuordnen, und die Dynamik ist in diesem Zusammenhang gering. Dass

bei Privatisierungsvorhaben aus verschiedenen Gründen (u.a. aufgrund der Möglichkeit, kurzfristig finanzielle Spielräume im Haushalt zu schaffen) erhebliche Opportunismusgefahren bestehen, ist offensichtlich.

Auch hinsichtlich der Gewährung einer Staatsgarantie durch den Bund für die (Fremd-)Kapitalaufnahme einer öffentlichen BAB-Gesellschaft ist eine entsprechende grundgesetzliche Regelung zu empfehlen; damit wird eine Finanzierungsprivatisierung (in Form der Aufnahme von im Risiko stehendem Kapital) verhindert. Zwar ist die Bedeutung dieses Aspekts deutlich geringer als die Frage der Kapitalprivatisierung, und auch die Opportunismusgefahren sind deutlich geringer. Jedoch sprechen diese Aspekte immer noch für und keinesfalls gegen eine grundgesetzliche Regelung. Im Zusammenspiel mit der guten Kontrahierbarkeit sowie dem hohen und eindeutigen Wissensstand ist die Aufnahme einer entsprechenden Regelung ins Grundgesetz daher als in jedem Fall sinnvoll anzusehen. Ein Recht des Bundes, für die Gewährung der Staatsgarantie eine Vergütung einzufordern, müsste – wie im späteren Abschnitt 4.2.3 noch thematisiert wird – nicht in der Verfassung verankert werden; dies könnte durch eine entsprechende Regelung auf einfachgesetzlicher Ebene erfolgen.

TEILNETZ- UND STRECKEN-BEZOGENE ÖPP-VORHABEN ALS FUNKTIONALE PRIVATISIERUNGEN

Bei Teilnetz-ÖPP-Vorhaben sprechen die hohe finanzielle Bedeutung der Frage ihrer Realisierung bzw. Nicht-Realisierung, der Wissensstand des Regelsetzers und das Opportunismuspotential dafür, eine diesbezügliche grundgesetzliche Privatisierungsschranke zu etablieren. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Realisierung von Teilnetz-ÖPP-Vorhaben – wie auch die Realisierung eines das Gesamtnetz der BAB abdeckenden ÖPP-Vorhabens – einen Weg darstellen kann, um eine grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich einer Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft zu umgehen. Allerdings bestehen gewisse Kontrahierungsprobleme. Insbesondere stellt sich die Frage der Definition und der Abgrenzung von Teilnetz-ÖPP. Ggf. kann es sinnvoll sein, auf Basis abstrakter Vorgaben auf der Verfassungsebene einfachgesetzliche Konkretisierungen vorzunehmen.

Bei Strecken-ÖPP sprechen deren Bedeutung und das Opportunismuspotential klar für eine grundgesetzliche Privatisierungsschranke. Allerdings liegen hier ebenfalls gewisse Kontrahierungsprobleme vor – auch hinsichtlich der Abgrenzung zu größeren ÖPP-Vorhaben. Wenn die Realisierung sämtlicher ÖPP-Vorhaben grundgesetzlich verboten würde, dann dürfte dies allenfalls mit einer geringen Gefahr einhergehen, dass im Einzelfall sinnvolle Strecken-ÖPP-Vorhaben verhindert werden. Anzumerken ist jedoch, dass kein ausreichender politischer Konsens zu bestehen scheint, die Realisierung von Strecken-ÖPP-Vorhaben oder von sämtlichen ÖPP-Vorhaben und damit auch von Strecken-ÖPP-Vorhaben bei den BAB grundgesetzlich zu verbieten; in diesem Kontext wird diese Option hier per Annahme ausgeschlossen und im Folgenden nicht weiter in Betracht gezogen. Im Übrigen besteht bei Strecken-ÖPP-Vorhaben im Vergleich zu Teilnetz-ÖPP-Vorhaben eine deutlich reduzierte Gefahr, dass durch deren Realisierung eine grundgesetzliche Privatisierungsschranke hinsichtlich einer Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft umgangen wird.

Um Opportunismusproblemen im Zusammenhang mit Entscheidungen über die Durchführung von Strecken-ÖPP-Vorhaben entgegenzuwirken, können als Substitute für deren Verbot bzw. „als mildere

Mittel“ auch Transparenzvorgaben und parlamentarische Zustimmungserfordernisse zu Vertragsabschlüssen in Erwägung gezogen werden. Derartige Vorgaben sind auch international im Infrastrukturbereich nicht unüblich. Weiterhin könnte erwogen werden, die Kapitalbereitstellung durch private Auftragnehmer in ÖPP-Vorhaben für die Finanzierung von Investitionen zur Umsetzung politischer Bereitstellungsentscheidungen grundsätzlich zu untersagen und diese lediglich insofern zu erlauben, wie dies zur Absicherung der öffentlichen Hand in der Vertragsbeziehung mit dem privaten Auftragnehmer erforderlich und wirtschaftlich sinnvoll ist. Auch eine Vorgabe zur Anrechnung des privaten Kapitalanteils in ÖPP-Vorhaben als staatliches Kapital bei der Prüfung der Einhaltung von Schuldenbremsen kann als ein probates Mittel angesehen werden, um die politischen Opportunismusgefahren bei Entscheidungen bezüglich ÖPP-Vorhaben zu reduzieren.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Abwägungen zur Etablierung und Gestaltung von Privatisierungsschranken hinsichtlich Teilnetz- und Strecken-ÖPP könnte eine diesbezügliche grundgesetzliche und einfachgesetzliche Regelung folgende Elemente umfassen:

- Die Realisierung von Teilnetz-ÖPP-Vorhaben wird – wie auch die Realisierung eines das Gesamtnetz umfassenden ÖPP-Vorhabens – in abstrakter Form auf grundgesetzlicher Ebene verboten. Die grundgesetzliche Ebene wird dabei nicht zuletzt auch deshalb gewählt, um der Gefahr der Umgehung eines grundgesetzlichen Verbots einer Kapitalprivatisierung der BAB-Gesellschaft zu begegnen.
- Auf einer einfachgesetzlichen Ebene werden die grundgesetzlichen Regelungen zum Verbot von Teilnetz-ÖPP konkretisiert. Um politische Opportunismusprobleme effektiv eindämmen zu können, dürfte es sich anbieten, für dieses Gesetz erhöhte parlamentarische Zustimmungserfordernisse festzusetzen, die ggf. sogar an die Mehrheitserfordernisse heranreichen sollten, die für Grundgesetzänderungen erforderlich sind. Aufgrund der Bedeutung des Regelungsgegenstandes dürfte ein derartiges spezielles Vorgehen gerechtfertigt sein.
- Für sämtliche ÖPP-Vorhaben, die nicht von dem Teilnetze betreffenden Realisierungsverbot erfasst sind, wird grundgesetzlich festgelegt, dass die Laufzeit eine vorgegebene Maximaldauer nicht überschreiten darf und dass auf einfachgesetzlicher Ebene (und analog ggf. mit erhöhtem parlamentarischen Zustimmungserfordernis) über die bestehenden gesetzlichen Regelungen (insbesondere im Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG)) hinausgehende Transparenzvorgaben bei der Vorbereitung und Realisierung von ÖPP-Vorhaben zu definieren sind. Auch parlamentarische Zustimmungserfordernisse für den Abschluss von Verträgen sowie Vorgaben zur Aufnahme von privatem Kapital und dessen Anrechnung bei der Prüfung der Einhaltung von Schuldenbremsen könnten in diesem Gesetz etabliert werden.

Abschließend sei angemerkt, dass bei den BFS nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) z.T. bei Strecken und Objekten nur dann im Rahmen von – für den Bereich der Leistungserstellung quasi ÖPP-Vorhaben „enthaltenden“ – Konzessionslösungen bei sämtlichen Verkehrsteilnehmern unter Berücksichtigung der Kosten des jeweiligen Vorhabens kalkulierte Mautgebühren erhoben werden dürfen, wenn ein Privater als Konzessionsnehmer agiert. Diese Regelung kann als eine Art „Privatisierungsgebot“ aufgefasst werden. Auch wenn hier nicht die diversen Aspekte des FStrPrivFinG diskutiert werden können, kann unter Berücksichtigung der vorstehenden negativen Bewertung von Objekt- und Strecken-ÖPP-Vorhaben zumindest empfohlen

werden, das Gesetz so anzupassen, dass auch ein öffentlicher Akteur die Rolle des Konzessionsnehmers einnehmen kann.

3 Rechtliche Beurteilung öffentlich bekannter Entwürfe für eine Anpassung der grundgesetzlichen Regelungen zu den BAB in Art. 90 GG hinsichtlich dort enthaltener Privatisierungsschranken

Auf der Grundlage der zuvor in Abschnitt 2.3 erläuterten Rationalität verfassungsrechtlich normierter Privatisierungsschranken sollen im Folgenden die beiden im Jahr 2016 bekannt gewordenen Entwürfe für eine Reform des Art. 90 GG, die aus dem Bereich der Bundesregierung zu stammen scheinen, in den Blick genommen und auf dort enthaltene Privatisierungsschranken untersucht werden.

Artikel 90 in seiner geltenden Fassung hat folgenden Wortlaut:

- (1) Der Bund ist Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen.
- (2) Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes.
- (3) Auf Antrag eines Landes kann der Bund Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in bundeseigene Verwaltung übernehmen.

Spezifische Privatisierungsgrenzen sind in der Fassung des bisherigen Art. 90 GG nicht enthalten. Dies dürfte in erster Linie durch die Perspektive des historischen Verfassungsgebers begründet sein. Mit den Reformbestrebungen, die bisherige Auftragsverwaltung durch eine alleinige Verwaltungszuständigkeit des Bundes für die BAB (oder auch die sonstigen BS) zu ersetzen, sind allerdings auch mehr oder weniger deutliche Versuche zu konstatieren, die Bundesfernstraßenverwaltung zu privatisieren. Insofern sind die bislang bekannt gewordenen Formulierungsentwürfe sowohl auf Elemente zu untersuchen, die eine Privatisierungsmöglichkeit eröffnen, als auch auf solche Regelungen, die solche Privatisierungen begrenzen.

3.1 Entwurf vom Frühsommer 2016

Im Frühsommer des Jahres 2016 wurde ein Entwurf für die Neufassung von Artikel 90 des Grundgesetzes bekannt, der aus dem Bereich der Bundesregierung stammen soll und der folgenden Wortlaut hat:

- (1) Der Bund ist Eigentümer der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs.
- (2) ¹Die Bundesautobahnen werden in Bundesverwaltung geführt. ²Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen können durch Bundesgesetz einer Gesellschaft in privatrechtlicher Form übertragen werden; durch Bundesgesetz kann die Baulast für die Bundesfernstraßen übertragen werden. ³Soweit eine nach Satz 2 errichtete Gesellschaft hoheitliche Aufgaben ausführt, steht sie im Eigentum des Bundes. ⁴Eine Veräußerung von Anteilen des Bundes an dem Unternehmen nach Satz 3 und eine Änderung der Rechtsform des Unternehmens nach Satz 3 erfolgen aufgrund eines Gesetzes; die Mehrheit der Anteile an diesen Unternehmen verbleibt beim Bund. ⁵Das Nähere wird durch Bundesgesetz geregelt.

(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 bundeseigene Verwaltung nach Absatz 2 übernehmen.

Unter dem Blickwinkel einer möglichen Privatisierung von bisher dem Staat (Bund und Ländern) obliegenden Aufgaben der Bundesfernstraßenverwaltung hat eine verfassungsrechtliche Analyse dieses Entwurfs¹⁸ ergeben,

- dass der ganz überwiegende Teil der die Autobahnen betreffenden Verwaltungsaufgaben (Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung, Vermögensverwaltung) durch den Bund vollständig privatisiert werden kann, ohne dass ihn noch eine dem Eisenbahnwesen vergleichbare Gewährleistungsverantwortung träge,
- dass nur ein minimaler Bestand von „hoheitlichen Aufgaben“ mit Privatisierungsgrenzen versehen wird, während alle wesentlichen Entscheidungen (Investitionen, Erhaltungszustand, Qualität des Angebotes) zum Gegenstand unternehmerischer Entscheidungen privater Betreiber gemacht werden können,
- dass die Entscheidung über die Privatisierung weitgehend ohne Beteiligung des Bundestages und völlig ohne Beteiligung des Bundesrates von der Bundesregierung getroffen werden kann, und
- dass der Entwurf für den Bund nicht einmal eine explizite Gewährleistungsverantwortung vorsieht, die ihn verpflichten würde, für eine funktionsfähige und bedarfsgerechte Autobahninfrastruktur zu sorgen, und es ihm – vergleichbar dem Eisenbahnwesen oder der Telekommunikation – erlauben würde, durch geeignete Regulierungsmaßnahmen die privaten Interessen des Betreibers im öffentlichen Infrastrukturinteresse zu beschränken.

3.2 Entwurf mit Datum vom 19. Oktober 2016

Inzwischen liegt ein neuer Entwurf für eine Neufassung des Artikels 90 Grundgesetz vor, der bei näherer Betrachtung ebenfalls eine klare Privatisierungsoption enthält.

3.2.1 Inhalt des „Formulierungsvorschlags“

Im November 2016 wurde ein Formulierungsvorschlag bekannt, der auf dem „Stand: 19.10.2016“ mit dem Vermerk „STRENG VERTRAULICH“ und der Erläuterung „Gesetzesentwurf erstellt federführend das BMI“ die folgende Änderung von Art. 90 Grundgesetz vorsieht:

„1. Artikel 90 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird der folgende Absatz 2 eingefügt:

„(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben als Straßenbaulastträger einer Ge-

¹⁸ Vgl. dazu HERMES / WEISS (2016a), deren Zusammenfassung hier wiedergegeben ist.

sellschaft privaten Rechts des Bundes bedienen. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3 und nach den Wörtern „verwalten die“ werden die Wörter „Bundesautobahnen und“ gestrichen.

c) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4 und wie folgt geändert:

aa) Nach dem Wort „Bund“ werden die Wörter „Bundesautobahnen und“ gestrichen.

bb) Nach dem Wort „in“ werden die Wörter „bundeseigene Verwaltung“ gestrichen und durch das Wort „Bundesverwaltung“ ersetzt.“

Darüber hinaus enthält der „Formulierungsvorschlag“ unter Ziff. 2 einen Entwurf für eine verfassungsrechtliche Überleitungsregelung (Art. 143e), die insbesondere die ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz für die Umwandlung der bisherigen Auftragsverwaltung in eine Bundesverwaltung begründet, eine entsprechende Verwaltungskompetenz normiert, eine Übergangsfrist vorsieht, das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) mit zusätzlichen Weisungsrechten ausstattet und Regelungen zur Überleitung des Landespersonals auf die neue Infrastrukturgesellschaft des Bundes enthält.

Die konsolidierte Fassung des Art. 90 GG nach diesem Formulierungsvorschlag hätte folgenden Wortlaut:

(1) Der Bund ist Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen.

(2) Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben als Straßenbaulastträger einer Gesellschaft privaten Rechts des Bundes bedienen. 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 übernehmen.

3.2.2 Analyse

Um die in diesem Vorschlag enthaltene Privatisierungsoption zu verstehen, empfiehlt es sich, die vorgeschlagene Formulierung des Art. 90 GG auf vier Fragen hin genauer zu untersuchen:

1. Welche Aufgaben sind es, die der Bund durch die Gesellschaft erledigen lassen kann („Aufgaben als Straßenbaulastträger“)?
2. Können sich an der Gesellschaft private Unternehmen als Gesellschafter beteiligen und in welchem Umfang ist dies ggf. verfassungsrechtlich zulässig („Gesellschaft privaten Rechts des Bundes“)?
3. Gibt es verfassungsrechtliche Grenzen für Modelle, nach denen der Bund (durch eine Behörde oder durch die Gesellschaft handelnd) den Bau und den Betrieb von Autobahnen (und sonstigen Bundesfernstraßen) langfristig und in großem Umfang durch Private wahrnehmen lässt (z.B. im Rahmen von auf Teilnetze bezogenen ÖPP-Vorhaben)?
4. Wer entscheidet über die im Grundgesetz nicht abschließend und eindeutig entschiedenen Fragen einer möglichen Privatisierung („Das Nähere regelt ein Bundesgesetz“)?

Zu 1: Mit der Formulierung „Aufgaben als Straßenbaulastträger“ sind alle wesentlichen Aufgaben erfasst, die den Bau, die Unterhaltung und den Betrieb von Straßen betreffen.¹⁹ Da es sich nicht um einen verfassungsrechtlich bereits vorgeprägten Begriff handelt, kann der genaue Umfang derjenigen Aufgaben, die nach dem Entwurf auf die Gesellschaft übertragen werden können, nicht eindeutig bestimmt werden. Diese Unsicherheit betrifft insbesondere Planungs- und Finanzierungsaufgaben.

Zu 2: Mit dem Begriff der „Gesellschaft privaten Rechts“ ist offensichtlich die Rechtsform der Gesellschaft gemeint, die sich nach dem „privaten“ Gesellschaftsrecht richten soll. Verfassungsrechtlich zulässige Organisationsform für die Gesellschaft wäre nach dem Entwurf also insbesondere die Form der GmbH und der AG, während öffentlich-rechtliche Formen (insbesondere die Anstalt öffentlichen Rechts) ausgeschlossen sind. Weniger eindeutig ist, was der Entwurf mit „Gesellschaft ... des Bundes“ meint. Eine vergleichbare Formulierung kennt das Grundgesetz nur im Zusammenhang mit dem Eisenbahnwesen, wo „Eisenbahnen des Bundes“ (für diese enthält Art. 87e GG eine Reihe von Sonderregeln) in Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG definiert werden als „Eisenbahnen, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen“. Von einem parallelen Verständnis der „Gesellschaft ... des Bundes“ geht auch der Entwurf aus, wenn in der Begründung ausgeführt wird, diese Gesellschaft sei „vom Bund zu gründen“ und müsse „von ihm beherrscht sein“. Obwohl die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine Beherrschung nach Aktien- und GmbH-Recht durchaus unterschiedlich und im Einzelnen nicht pauschal zu bestimmen sind, muss der Entwurf – auch in Anlehnung an die Regelungen in Art. 87e Abs. 3 GG („Mehrheit der Anteile“) – so verstanden werden, dass er eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen bis zur Grenze einer verbleibenden Mehrheitsbeteiligung des Bundes erlaubt. Vereinfacht formuliert lässt der Entwurf also eine 49%ige Kapitalbeteiligung Privater zu, erlaubt also eine Teilprivatisierung von 49%.

Zu 3: Grenzen für eine funktionale Privatisierung enthält der Entwurf vom 19. Oktober 2016 nicht. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die in Absatz 2 vorgesehene Einschaltung der Gesellschaft des Bundes die einzige Form der Einbeziehung privater Unternehmen in die Wahrnehmung von Aufgaben des Bundes ist. Das kann auch offensichtlich nicht intendiert sein, weil dies eine Abgrenzung von den – offensichtlich und sinnvollerweise nicht reglementierten – traditionellen Formen der Beauftragung privater Unternehmen (Vergabe von Bauleistungen) voraussetzen würde, die der Entwurf nicht enthält.

Zu 4: Nach dem Entwurf vom 19. Oktober 2016 regelt das „Nähere“ ein Bundesgesetz. Dadurch wird zunächst eine ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz zur Regelung der in Abs. 2 thematisierten Fragen (Gründung, Rechtsform und Aufgabenzuschnitt der Gesellschaft; Form und Umfang der Privatisierung von Aufgaben der Straßenbaulast) begründet. Entsprechende Gesetze bedürfen nicht der Zustimmung des Bundesrates, weil es dazu einer ausdrücklichen Regelung bedürfte, die der Entwurf nicht enthält.

¹⁹ § 3 des Bundesfernstraßengesetzes, an dem sich der hier verwendete Begriff des Straßenbaulastträgers offensichtlich orientiert, hat folgenden Wortlaut: „Die Straßenbaulast umfasst alle mit dem Bau und der Unterhaltung der Bundesfernstraßen zusammenhängenden Aufgaben. Die Träger der Straßenbaulast haben nach ihrer Leistungsfähigkeit die Bundesfernstraßen in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis genügenden Zustand zu bauen, zu unterhalten, zu erweitern oder sonst zu verbessern ...“.

3.2.3 Zusammenfassende Beurteilung

Der Entwurf vom 19. Oktober 2016 erlaubt eine Teilprivatisierung (Kapitalprivatisierung) der geplanten Bundesautobahngesellschaft zu 49%. Erfasst sind davon alle wesentlichen Aufgaben des Baus und des Betriebs von Bundesautobahnen. Der Umfang der bei Organen des Bundes „oberhalb“ der Gesellschaft verbleibenden Aufgaben und Zuständigkeiten ist nicht präzisiert. Grenzen der funktionalen Privatisierung enthält der Entwurf nicht. Zusätzlich zu der erwähnten 49%-Privatisierung der Gesellschaft lässt der Entwurf also auch die Einschaltung Privater im Rahmen verschiedener ÖPP-Modelle zu, ohne diese nach Laufzeit, Umfang etc. zu limitieren. Die Gesellschaft könnte also auch für Teilnetze nach dem ÖPP-Ansatz die Aufgaben des Baus, der Erhaltung und des Betriebs auf Private übertragen.

3.2.4 Schlussfolgerung

Eine Verfassungsänderung des Artikels 90 GG, die die zuvor in Abschnitt 2.3 entwickelten Privatisierungsgrenzen umsetzt, bedarf also anderer und weitergehender Regelungen als diejenigen in den öffentlich bekannten Entwürfen vom Frühsommer 2016 und vom 19. Oktober 2016.

4 Formulierungsvorschlag für die Neufassung von Art. 90 GG mit Privatisierungsschranken

4.1 Formulierungsvorschlag für Neufassung des Art. 90 GG

VORBEMERKUNG

Der folgende Formulierungsvorschlag für eine Neufassung des Art. 90 GG berücksichtigt die 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. Insofern leistet der Formulierungsvorschlag einen konkreten Beitrag zur „näheren Ausgestaltung“ des Beschlusses vom 14. Oktober 2016. Hierzu sind zwei ergänzende Erläuterungen erforderlich:

- Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsform der AG für die BAB-Gesellschaft – wie bereits im einleitenden Abschnitt 1 kurz thematisiert – als sehr nachteilig eingestuft wird, berücksichtigt der Entwurf lediglich die GmbH als Rechtsform privaten Rechts.
- Eingebettet in eckige Klammern und dargestellt in kursiver Schrift wird in dem Entwurf auch die Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) berücksichtigt, die in der Protokollnotiz des Landes Thüringen zu dem Beschluss vom 14. Oktober 2016 als ebenfalls in Erwägung zu ziehende Rechtsform genannt wird. Damit einhergehend zeigt der Formulierungsvorschlag drei Regelungsoptionen hinsichtlich der Rechtsform für die Gesellschaft auf:
 - Es wird im Grundgesetz die Option verankert, sich auf einfachgesetzlichem Weg zwischen der Rechtsform der GmbH und der Rechtsform der AöR zu entscheiden.
 - Es wird nur die Option der Rechtsform der GmbH im Grundgesetz vorgesehen; dann sind in dem Formulierungsvorschlag die einfach zu erkennenden Bezüge zur AöR zu entfernen.
 - Es wird nur die Option der AöR im Grundgesetz verankert; dann sind in dem Formulierungsvorschlag anstelle der Bezüge zur AöR die Bezüge zur GmbH zu löschen. Wie im einleitenden Abschnitt 1 kurz angesprochen, dürfte die AöR gegenüber der GmbH tendenziell Vorteile aufweisen.²⁰ Bei einer AöR kann in einem speziellen Errichtungsgesetz den Bedürfnissen einer wirtschaftlichen Betriebsführung einerseits und einer politischen Kontrolle andererseits mit spezifischen Regeln entsprochen werden.²¹

²⁰ Vgl. BECKERS ET AL. (2016, S. 63 ff) und HERMES / WEISS (2016b).

²¹ Sofern angestrebt wird, dass die Schulden der Gesellschaft im Lichte der deutschen und vor allem auch der europäischen Schuldenbremse nicht dem Staat zugerechnet werden, steht der Erreichung dieses Ziels die Rechtsform der AöR bei einer geeigneten Modellausgestaltung übrigens nicht im Wege.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Art. 90

(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 Anstalt öffentlichen Rechts oder]* einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedienen. Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Privater an *[der Anstalt oder]* der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Der Bund haftet für die Verbindlichkeiten *[der Anstalt oder]* 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

Der Formulierungsvorschlag baut auf dem erläuterten Vorschlag vom 19. Oktober 2016 auf, so dass sich die folgenden Erläuterungen auf die wesentlichen Abweichungen und Ergänzungen gegenüber diesem Entwurf beschränken können.

4.2.1 Unveräußerliches Eigentum des Bundes an den Straßengrundstücken

In Absatz 1 des Formulierungsvorschlags für Art. 90 GG ist entsprechend dem Beschluss vom 14. Oktober 2016 das „unveräußerliche Eigentum“ des Bundes an allen Bundesfernstraßen als verfassungsrechtlich zwingendes Gebot normiert. Auf diese Weise wird verhindert, dass der Bund das zivilrechtliche Eigentum an den Straßengrundstücken veräußert. Im Gegensatz zu der bisherigen Fassung des Art. 90 Abs. 1 GG handelt es sich nicht mehr nur um eine Überleitungsregelung für die „bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen“, sondern um die bleibende und auch auf neue Bundesfernstraßen betreffende zwingende Anordnung, dass der Bund Eigentümer aller Grundstücke bleiben muss, auf denen sich Bundesfernstraßen befinden.

Zu beachten ist allerdings, dass das zivilrechtliche Eigentum nicht der entscheidende Rechtstitel ist und insbesondere nicht die Befugnis verleiht, über die Nutzung und das weitere Schicksal der Bundesfernstraßen zu bestimmen. Denn nach geltendem deutschem Straßenrecht wird das zivilrechtliche Eigentum durch die so genannte Widmung einer öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft unterworfen. An die Stelle des zivilrechtlichen Eigentümers tritt der öffentlich-rechtliche Straßenbaulasträger. Dieser rückt mit der Widmung in den Status der allein entscheidungsbefugten Stelle ein, soweit es um die öffentliche Verkehrsfunktion der Straße geht. Die verfassungsrechtliche Garantie des Bundeseigentums an allen Straßengrundstücken betrifft deshalb nur das zivilrechtliche „Rest-Eigentum“, das trotz der Widmung noch verbleibt. Deshalb kann die Garantie des Bundeseigentums auch nicht vor einer Privatisierung der staatlichen Aufgabe (Bereitstellung von Bundesfernstraßen) schützen, weil diese Aufgabe nichts mit dem Privateigentum an den Straßengrundstücken zu tun hat.

4.2.2 Keine Kapitalprivatisierung

Absatz 2 Satz 2 des Formulierungsvorschlags für Art. 90 GG enthält das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung Privater, welches unabhängig von der Rechtsform gilt. Mit der Formulierung werden alle denkbaren Formen der Kapitalprivatisierung einschließlich „stiller Beteiligungen“ und sonstiger – etwaiger vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher – Gestaltungsvarianten ausgeschlossen, die Privaten einen direkten oder indirekten Einfluss auf die Willensbildung der Infrastrukturgesellschaft des Bundes verschaffen könnten.

4.2.3 Staatsgarantie

Absatz 2 Satz 3 des Formulierungsvorschlags für Art. 90 GG ordnet eine Staatshaftung für die Verbindlichkeiten der GmbH bzw. AöR an und stellt dadurch sicher, dass dieser Einrichtung ähnlich günstige Konditionen zur Verfügung stehen werden, 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. 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.²² Nicht ersichtlich ist, dass eine solche angemessene Vergütung in der Verfassung normiert werden müsste, weil es unionsrechtlich auf die tatsächliche Bereitstellung 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.

²² 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.

4.2.4 Begrenzung funktionaler Privatisierung nach dem ÖPP-Ansatz, insbesondere bei Teilnetzen

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“ ÖPP-Projekte erfasst.

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 dort 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 Organisations- und Kapitalprivatisierung erweisen.

Deshalb sind auch materielle Grenzen für eine umfassende Einschaltung Privater angezeigt, die der Formulierungsvorschlag in Gestalt einer Laufzeitbegrenzung auf 30 Jahre und eines Verbots umsetzt, den Bau oder Betrieb (und damit auch Bündel aus beiden Aufgaben) für das Gesamtnetz oder Teilnetze (z.B. das gesamte Netz in einem Bundesland) auf Private zu 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)²³, 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.

²³ 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 Geschäftsheimnissen bei ÖPP-Verträgen im Bereich der Bundesfernstraßen im Kontext des IFG“, unveröffentlichtes Manuskript (Entwurfassung). Bezüglich der Regelungen im IFG zum Schutz des fiskalischen Interesses des Bundes im Kontext der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei den ÖPP-Vorhaben bei den BFS vgl. KÜHLING / BECKERS / RYNDIN / BÄUML (2014) „Schutz fiskalischer Interessen bei IFG-Anfragen zu ÖPP-Projekten – Das Beispiel der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei Bundesautobahnen“, erschienen in *InfrastrukturRecht*, Heft 5, S. 101-107. Beide Arbeiten sind im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Forschungsvorhabens „Transparenz bei Public-Private-Partnerships (PPP) im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“ (P3T) erstellt worden.