

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 703

# Privatisierung von Bundesfernstraßen

Von

Annegret Bucher



Duncker & Humblot · Berlin

**ANNEGRET BUCHER**

**Privatisierung von Bundesfernstraßen**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 703**

# **Privatisierung von Bundesfernstraßen**

**Von**

**Annegret Bucher**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Bucher, Annegret:**

Privatisierung von Bundesfernstrassen / von Annegret Bucher. –  
Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 703)

Zugl.: Saarbrücken, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08591-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten


© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08591-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## Vorwort

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Univ.-Prof. Dr. Klaus Grupp, der die Untersuchung des vorliegenden Themas anregte, die Arbeit mit Interesse und Engagement begleitete und ihre Entstehung mit wertvollen Hinweisen förderte.

Dank schulde ich auch Frau Hiltrud Schmidt-Herrmann für ihre stete Hilfsbereitschaft und ihren unermüdlichen Einsatz bei der äußeren Gestaltung der Dissertation.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet.

Saarbrücken, im Januar 1996

*Annegret Bucher*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	15
-------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Formen der Privatisierung</b>	26
----------------------------------	----

A. Formelle Privatisierung - Organisationsprivatisierung .....	28
I. Wahl der Privatrechtsorganisation .....	29
II. Produktionsprivatisierung .....	30
III. Verwaltungshelfer .....	32
B. Materielle Privatisierung - Aufgabenprivatisierung .....	33
C. Einordnung des herkömmlich praktizierten Tätigwerdens Privater bei Bau und Unterhaltung von Straßen .....	35

## *Zweiter Teil*

<b>Zuordnung der Bereitstellung von Straßen in den staatlichen Kompetenzbereich und die Konsequenzen</b>	38
--	----

A. Einordnung des Straßenbaues als staatliche Aufgabe - Erkenntniswert für die Frage der Einbeziehung Privater .....	38
I. Weittragende Schlußfolgerungen .....	38
II. Öffentliche und staatliche Aufgaben .....	39
III. Erkenntniswert der Aufgabenkategorien .....	41
1. Unmittelbar aus dem Staatsaufgabenbegriff gewonnene Erkenntnisse .....	41
2. Aufschlüsse aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	43



<b>B. Argumente für die Einordnung des Straßenbaues als dem Staat vorbehaltene Aufgabe</b> .....	46
<b>I. Das "Natur-der-Sache-Argument"</b> .....	46
1. Tauglichkeit des "Natur-der-Sache-Argumentes" zur Begründung des Ausschlusses Privater .....	47
2. "Der Weg als existentiellstes Element der Existenz des Staates" - Unterfall des "Natur-der-Sache-Argumentes" .....	49
<b>II. Das Subsidiaritätsprinzip</b> .....	50
<b>C. Kriterien zur Einordnung des Straßenbaues</b> .....	52

### *Dritter Teil*

## **Modelle der Privatisierung** 55

<b>A. Einschaltung Privater in die Planungsphase der Erstellung von Straßen</b> .....	55
<b>I. Bereits praktizierte Formen der Einbeziehung Privater</b> .....	55
1. § 157 Baugesetzbuch (BauGB) .....	56
2. § 16 a Absatz 1 Satz 1 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) .....	59
<b>II. Wahrnehmung von Planung und Baudurchführung bei der Erstellung von Bundesfernstraßen durch die "Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Baugesellschaft mbH (DEGES)"</b> .....	60
1. Darstellung von Entstehung, Träger und Aufgaben .....	60
a) Entstehung .....	60
b) Träger .....	61
c) Aufgaben .....	61
2. Zuordnung zu den Privatisierungsformen .....	63
<b>B. Private Finanzierung der Erstellung von Straßen</b> .....	64
<b>I. Die "Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten AG (Öffa)"</b> .....	67
<b>II. Das Leasing-Modell</b> .....	70
<b>III. Das Konzessionsmodell</b> .....	73
<b>IV. Das Betreibermodell</b> .....	76

C. Die Übertragung der Straßenbaulast an Private .....	80
I. Darstellung der rechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten .....	80
1. Übertragung der Straßenbaulast auf öffentlich-rechtlicher Grundlage .....	80
2. Übertragung der Straßenbaulast auf privatrechtlicher Grundlage .....	83
II. Zuordnung zu den Privatisierungsformen .....	85
1. Übertragung der Straßenbaulast auf öffentlich-rechtlicher Grundlage .....	85
2. Übertragung der Straßenbaulast auf privatrechtlicher Grundlage .....	87
D. Private Straßen für den öffentlichen Verkehr .....	88
I. Darstellung der rechtlichen Konstruktion .....	88
II. Zuordnung zu den Privatisierungsformen .....	91

*Vierter Teil*

**Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Bereitstellung von Straßen**

A. Das Sozialstaatsprinzip, Artikel 20 Absatz 1, 28 Absatz 1 GG .....	92
I. Daseinsvorsorge und Sozialstaatsprinzip .....	92
II. Die Zurechnung der Bereitstellung von Straßen zur Daseinsvorsorge .....	93
III. Der Begriff der Daseinsvorsorge .....	94
IV. Begründet der Terminus der Daseinsvorsorge für die Bereitstellung von Straßen ein Monopol des Staates? .....	95
1. Erkenntnisse aus der Daseinsvorsorge .....	95
2. Die Bereitstellung von Straßen als "Grenzfall" .....	96
3. Die Daseinsvorsorge vor dem Hintergrund eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse .....	99
V. Ableitung analoger Schlußfolgerungen aus dem Sozialstaatsprinzip .....	100
B. Artikel 74 Nr. 22 GG .....	101
I. Primärer Aussagegehalt .....	101
II. Läßt sich Artikel 74 Nr. 22 GG ein weitergehender Aussagegehalt entnehmen? .....	103

C.	Artikel 90 GG - Die zentrale Vorschrift für das Bundesfernstraßenwesen .....	105
	I. Die systematische Stellung des Artikel 90 GG .....	105
	1. Kursorischer Überblick über den Regelungsgehalt des Artikel 90 GG .....	105
	2. Die Artikel 83 ff. GG vor dem Hintergrund einer Einschaltung Privater.....	107
	3. Artikel 83 ff. GG als Normen mit Zuständigkeits-, Organisations- und Auf- gabenrelevanz .....	109
	a) Primär zuständigkeitsbezogene Bedeutung .....	109
	b) Organisationsrechtlicher Gehalt .....	109
	c) Begründung der Aufgabenrelevanz .....	110
	II. Artikel 90 GG und die Festlegung des Bundesfernstraßenwesens als staatliche Aufgabe .....	112
	1. Festlegung der Aufgabenträgerschaft durch Artikel 90 Absatz 1 GG? .....	112
	a) Der Wortlaut des Artikel 90 Absatz 1 GG unter Berücksichtigung des Verhältnisses von Eigentum und Straßenbaulastträgerschaft .....	112
	b) Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund des Artikel 90 Absatz 1 GG ...	113
	c) Begründung des eigenständigen Regelungsgehaltes des Artikel 90 Ab- satz 1 GG .....	115
	2. Festlegung der Aufgabenträgerschaft durch Artikel 90 Absätze 2 und 3 GG 118	
	a) Zusammenhang zwischen der Auftragsverwaltung durch die Länder und der Aufgabenträgerschaft des Bundes .....	118
	b) Artikel 90 Absatz 3 GG und die Aufgabenträgerschaft des Bundes .....	119
	c) Die Bedeutung des Artikel 104 a GG .....	120
	III. Die Bedeutung der Aufgabenträgerschaft des Bundes .....	122
	1. Die Vielschichtigkeit des Aufgabenbegriffs .....	122
	2. Die "Kern-Schalen-Vorstellung" .....	124
	3. Der "Kernbereich" des Fernstraßenwesens .....	125
 <i>Fünfter Teil</i> <b>Die konkreten Privatisierungsmodelle im Lichte von Verfassungsrecht und einfachem Recht</b>		
A.	Die "Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Baugesellschaft mbH (DEGES)".	128
	I. Das Tätigwerden der DEGES - Neue Wege bei der Planung öffentlicher In- frastrukturvorhaben .....	128

II. Gestaltungsfreiheit und rechtliche Bindung als bestimmende Merkmale des Planungsprozesses .....	129
1. Kurze Begriffserläuterung zur Planung .....	129
2. Verfassungsrechtliche Bindungen des Planungsprozesses .....	130
a) Das im Mittelpunkt der Planung stehende Abwägungsgebot .....	130
b) Die Prägung des Planungsprozesses durch den Grundsatz fairer Verfahrensgestaltung .....	132
c) Das Grundrecht des Eigentumsschutzes (Artikel 14 GG) im Prozeß der Planung .....	134
III. Verstoß der Übertragung von Tätigkeiten an die DEGES gegen die verfassungsrechtlichen Bindungen des Planungsrechts? .....	135
1. Darstellung der übertragenen Tätigkeiten .....	135
2. Überprüfung der Vereinbarkeit des Tätigwerdens der DEGES mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben .....	137
a) Vorplanung .....	139
b) Genehmigungsplanung .....	143
IV. Die Aufteilung der Finanzierungsverantwortung bei der DEGES .....	145
1. Die Finanzierung des Bundesfernstraßenbaues durch Bund und Länder ....	145
2. Die Finanzierungsregelung für die der DEGES übertragenen Aufgaben ....	147
V. Die DEGES im Lichte der Verpflichtung der Verwaltung zu wirtschaftlichem Handeln .....	149
1. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung der DEGES .....	150
2. Rechtfertigung der höheren Kosten durch erwartete Zeitgewinne? .....	151
B. Das Konzessionsmodell .....	153
I. Vereinbarkeit mit Haushaltsverfassungsrecht .....	153
1. Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 GG: Die Grundsätze der Vollständigkeit und der Wahrheit des Haushaltsplanes .....	153
a) Krediteinnahmen des privaten Investors als Einnahmen im Sinne des Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 GG .....	154
b) Verpflichtungsermächtigungen als Ausgaben im Sinne des Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 GG .....	157
2. Artikel 110 Absatz 1 Satz 2 GG: Der Grundsatz des Haushaltsausgleichs ...	159

3. Artikel 115 Absatz 1 GG: Die Kreditbeschaffung durch die öffentliche Hand .....	160
a) Das Erfordernis einer gesetzlichen Kreditermächtigung nach Artikel 115 Absatz 1 Satz 1 GG .....	160
b) Artikel 115 Absatz 1 Satz 2 GG - Materielle Schranke für die Kreditaufnahme .....	163
II. Das Konzessionsmodell und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gemäß § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO) .....	165
1. Inhalt und Tragweite des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes .....	165
2. § 7 BHO und die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private .....	166
3. Vergleichende Nutzen-Kosten-Untersuchung .....	168
C. Private Straßen für den öffentlichen Verkehr .....	172
I. Die verfassungsrechtliche Absicherung der "öffentlichen Straße" .....	172
1. Erfordert die "Daseinsvorsorge" die Bereitstellung "öffentlicher Straßen"? ..	172
2. Die institutionelle Garantie des Gemeingebrauchs .....	174
II. Private Straßen für den öffentlichen Verkehr und die Aufgabenträgerschaft des Bundes .....	175
D. Das Betreibermodell .....	176
I. Bereitstellung von Straßen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) .....	176
1. Die einzelnen Regelungen des FStrPrivFinG im Überblick .....	177
2. Stellung des Privaten nach dem FStrPrivFinG - Zuordnung zu den Privatisierungsformen .....	179
3. Beleihung des Privaten nach dem FStrPrivFinG .....	182
a) Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung im Wege der Beleihung .....	182
b) Übertragung der Gebührenerhebungscompetenz im Wege der Beleihung .....	187

II. Das FStrPrivFinG und die Verwaltung der Bundesfernstraßen durch die Länder .....	192
1. Die Auftragsverwaltung nach Artikel 90 Absatz 2 GG - Struktur und Umfang .....	192
2. Unzulässiger Einbruch in die Verwaltungszuständigkeit der Länder? .....	194
<b>Zusammenfassung</b> .....	197
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	200
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	211



## Einleitung

Die Übertragung bestimmter Straßenbauaufgaben an Private knüpft notwendig an die bisherige Entwicklung an. Modelle der Privatisierung von Bundesfernstraßen müssen zwangsläufig die vorgefundene, im Laufe der Jahrhunderte gewachsene Struktur des Straßennetzes als Ausgangs- und Anknüpfungspunkt ihrer Überlegungen zur Neugestaltung nehmen.

Selbst wenn in neueren Darstellungen Bau, Ausbau und Unterhaltung der öffentlichen Verkehrswege in Deutschland als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung qualifiziert werden<sup>1</sup>, kann dieser Rechtszustand in der Geschichte des deutschen Straßenwesens lediglich auf eine vergleichsweise kurze Tradition zurückblicken und läßt sich auch nicht bis zu dessen Anfängen zurückverfolgen. Für die Entstehung von Straßen, die dadurch bedingt war, daß die Menschen sesshaft wurden<sup>2</sup>, lassen sich zwei Faktoren als bestimmend bezeichnen. Ein gut ausgebautes Straßennetz war einerseits aus militärischen Gründen unerläßlich, begünstigte andererseits aber auch die Entwicklung von Handel und Gewerbe<sup>3</sup>. Der Bau von Straßen orientierte sich dabei zu Anfang ausschließlich an dem militärischen Nutzungstreben. Von diesem Gedanken geleitet, legten die Römer während ihrer Besatzungszeit auf germanischem Boden, auf dem sie ein mangelhaftes, frühzeitliches Erdwegenetz vorfanden, die ersten Kunststraßen an, um jederzeit nach allen wichtigen Punkten Truppen verlegen und Nachrichten übermitteln zu können<sup>4</sup>.

Mit dem Niedergang des römischen Reiches spielten die Straßen als militärische Machtfaktoren keine Rolle mehr, was dazu führte, daß das

---

<sup>1</sup> Vgl. *Salzwedel*, Straßen, Wasserstraßen und Luftverkehr, S. 460; *Steiner*, Verkehr und Post, S. 1100.

<sup>2</sup> *Ronellenfösch*, Die Verkehrsbedeutung, S. 7.

<sup>3</sup> *Engel*, S. 19.

<sup>4</sup> *Von Karais*, S. 17.



Straßennetz in der Folgezeit zwar benutzt wurde, aber mangels Instandhaltung immer mehr verfiel<sup>5</sup>. Obwohl bereits zu dieser Zeit der Handel allmählich aufblühte und auch die Städtebildung voranschritt, nahmen die Straßen an dieser Entwicklung nicht teil, befanden sich vielmehr während des Mittelalters in einem verwehrten Zustand<sup>6</sup>.

Im 13. Jahrhundert verlor der Wegebau durch den Übergang des Wegeregals des deutschen Kaisers auf die Landesherren weiter an Bedeutung, was ebenfalls nicht ohne Auswirkungen auf die Qualität des Straßennetzes blieb<sup>7</sup>. Dieser Wechsel der Wegeherrschaft änderte zwar nichts an der den Anliegern und Siedlungsgemeinschaften verbleibenden Pflicht, die Wege zu unterhalten. Die Unterhaltungspflichtigen selbst waren somit meistens Grundherren, die die von ihnen abhängigen Bauern im Frondienste zur Erfüllung ihrer Verpflichtung einsetzten. Da diese die Straßen aber kaum nutzten, insoweit kein Interesse an deren Erhaltung hatten, und ihnen darüber hinaus auch die technischen Kenntnisse zur Ausführung von Straßenbauarbeiten fehlten, verschlechterte sich der Zustand des deutschen Wegewesens kontinuierlich, bis er dann im 17. Jahrhundert aufgrund der Schäden durch den Dreißigjährigen Krieg den Höhepunkt seiner Verwahrlosung erreichte<sup>8</sup>.

Eine Wende im deutschen Straßenbau ist Ende des 17. Jahrhunderts zu verzeichnen. Bestimmten bis dahin ausschließlich militärische Erfordernisse die Entwicklung des Straßenwesens, traten nun wirtschaftliche Gesichtspunkte und vor allem das Bestreben, den gesunkenen Volkswohlstand zu verbessern, in den Vordergrund<sup>9</sup>. Zwar gewann bereits zu dieser Zeit das französische Straßenwesen Einfluß auf den Straßenbau in Deutschland. Dieser beschränkte sich zunächst allerdings noch auf die Übernahme der in Frankreich entwickelten neuen Techniken für die Anlage von Straßen<sup>10</sup>. Einer vollständigen Erneuerung des Straßenwesens stand die Zersplitterung des deutschen Reiches in viele "Kleinstaaten" entgegen, so daß die Errich-

---

<sup>5</sup> *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 200.

<sup>6</sup> *Engel*, S. 57.

<sup>7</sup> Vgl. *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 200 f.

<sup>8</sup> *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 201 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 200.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu *Engel*, S. 112.

tung einer für ein durchgängig befahrbares Straßennetz notwendigen<sup>11</sup> und in Frankreich bereits etablierten zentralen Straßenverwaltung vorläufig nicht in Betracht kam<sup>12</sup>.

Anfang des 19. Jahrhunderts, in einer Zeit der beträchtlichen Zunahme des Handels-Verkehrs, machte sich der französische Einfluß nicht mehr nur in der Straßenbautechnik, sondern auch bei Verwaltung und Planung bemerkbar<sup>13</sup>. Es begann sich die Auffassung durchzusetzen, Bau und Unterhaltung von Straßen für den weiträumigen Durchgangsverkehr gehörten zum Pflichtenkreis des Staates. Beispielgebend hierfür war das französische Straßenwesen, das die Entwicklung in den linksrheinischen Gebieten bereits während deren vorübergehender Zugehörigkeit zu Frankreich in den Jahren von 1795 bis 1814 geprägt hatte<sup>14</sup>. In der Folgezeit wurden zumindest die Durchgangsstraßen nicht mehr von Privaten gebaut und unterhalten; diese Aufgabe nahmen nunmehr staatliche Träger als Staatsaufgabe wahr<sup>15</sup>. So war Preußen in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts von einem dichten Netz von Chausseen durchzogen, die vom Staat gebaut wurden und für deren Unterhaltung er auch verantwortlich war<sup>16</sup>. Im 19. Jahrhundert wird somit ein Wandel im Wegewesen erkennbar. Den Bau und die Unterhaltung der Durchgangsstraßen stufte man zu dieser Zeit als Staatsaufgabe ein, vergleichbar den anderen "öffentlichen Arbeiten" des Staates<sup>17</sup>. Daran wird eine gewandelte Auffassung vom Staat und seiner Pflichten erkennbar. Diese resultierte nicht zuletzt daraus, daß die noch im Mittelalter bestehenden Abhängigkeiten und darauf basierenden Wegebauverpflichtungen der Bauern gegenüber den Grundherren jetzt nicht mehr existierten, der Staat mithin zu vermehrter Aktivität und Verantwortung im Straßenbau gezwungen war.

---

<sup>11</sup> Durch die vielen Maut- und Zollstellen an den Grenzen der einzelnen kleinen Fürstentümer wurde ein durchgangsfreier Verkehr weitgehend behindert, vgl. *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 205.

<sup>12</sup> *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 205.

<sup>13</sup> Vgl. *Ronellenfisch*, Die Verkehrsbedeutung, S. 12.

<sup>14</sup> Vgl. *Kodal*, S. 283.

<sup>15</sup> *Salzwedel, Wege, Straßen, Wasserwege*, S. 216.

<sup>16</sup> *Baumeister*, S. 14. Daneben bestand aber auch ein Interesse Privater am Chausseebau, da sich dieser wegen der für die Benutzung erhobenen Entgelte (Chausseegelder) als lohnendes Betätigungsfeld anbot, vgl. hierzu *Kodal*, S. 282.

<sup>17</sup> Vgl. *Baumeister*, S. 16.