

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 723

**Verfassungsrechtliche
Grenzen der Privatisierung im
Fernstraßenbau**

Von

Heinz-Joachim Pabst



Duncker & Humblot · Berlin

HEINZ-JOACHIM PABST

**Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung
im Fernstraßenbau**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 723

Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau

Von

Heinz-Joachim Pabst



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Pabst, Heinz-Joachim:

Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstrassenbau /
von Heinz-Joachim Pabst. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 723)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1996

ISBN 3-428-08944-8

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08944-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit geht auf eine Dissertation zurück, die im Sommersemester 1996 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln angenommen wurde. Das Manuskript hierzu wurde im Mai 1996 abgeschlossen. Rechtsprechung und Schrifttum haben in dieser Veröffentlichung bis Februar 1997 Berücksichtigung gefunden.

Zu danken habe ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Stern, der die Anregung zu dem Thema gab und der die Arbeit stets mit großem Interesse und Wohlwollen betreut hat. Dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Rübner, dem ich mich durch meine wissenschaftliche Mitarbeit am Institut für Kirchenrecht und rheinische Kirchenrechtsgeschichte der Universität zu Köln besonders verbunden fühle, danke ich für die langjährige Förderung und Prägung meines juristischen Werdegangs. Herr Privatdozent Dr. Stefan Muckel stand mir trotz seiner eigenen beruflichen Belastung immer wieder für hilfreiche und klärende Gespräche zur Verfügung.

Schließlich schulde ich meinen Eltern großen Dank für die großzügige Unterstützung während meiner ganzen Ausbildung. Zuletzt danke ich meiner Frau Ute, die mir mit großem Verständnis den nötigen Freiraum für die Vollendung dieser Arbeit gegeben hat.

Köln, im Februar 1997

Heinz-Joachim Pabst

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

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

Zweiter Teil

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

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

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

Dritter Teil

Mögliche Privatisierungsgrenzen in den einzelnen Phasen des Fernstraßenbaus 82

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

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

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

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

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

Vierter Teil

Die diskutierten Modelle zur Privatisierung im Fernstraßenbereich 184

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

b) Haushaltsrechtliche Betrachtung - Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit?	207
aa) Die Einschätzung der Projektbefürworter	207
bb) Wirtschaftliche Rahmenbedingungen des Konzessionsmodells	208
(1) Annäherung der Zinskonditionen für Staat und Private ...	209
(2) Berücksichtigung des Gewinninteresses der Projektgesellschaft	211
(3) Risikoverteilung zwischen Bund und Projektgesellschaft	212
(4) Zwischenergebnis: Höhere Kosten bei der Realisierung des Konzessionsmodells	214
cc) Gesamtwirtschaftliche Vorteile als Argument für das Konzessionsmodell?	214
(1) Mögliche Beschleunigungseffekte durch die Einschaltung Privater	214
(a) Zeitgewinne in der Bauphase	215
(b) Notwendigkeit der Aktivierung privaten Kapitals?	216
(c) Beschränkung privater Aktivitäten auf Idealprojekte ..	218
(2) "Einsparung politischer Kosten" als wesentliches Argument für das Konzessionsmodell	218
c) Zusammenfassende Bewertung des Konzessionsmodells	218
B. Betreibermodelle	220
I. Das Betreibermodell nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG)	220
1. Das FStrPrivFinG und die Formen seiner Umsetzung	221
a) Übersicht über die gesetzlichen Regelungen	221
b) Die Varianten bei der Umsetzung des FStrPrivFinG	222
aa) Variante "Konventionelle Planung"	222
bb) Variante "Ideenwettbewerb"	223
2. Einordnung des Betreibermodells nach dem FStrPrivFinG unter die Formen der Privatisierung	224
a) Grundkonzeption des FStrPrivFinG	224
b) Beleihungstatbestände nach dem FStrPrivFinG	225
aa) Gebot einer verfassungskonformen Auslegung	226
bb) Objektiver Gesetzessinn: Schaffung eines einheitlichen verwaltungsrechtlichen Leistungsverhältnisses?	228
cc) Wortsinn	230
dd) Systematische Auslegung und Wille des Gesetzgebers	230
ee) Ergebnis	231
3. Verfassungsrechtliche Bewertung des FStrPrivFinG	231
a) Organisationsrechtliche Ausgestaltung	231
aa) Zustimmungserfordernisse nach dem FStrPrivFinG	231

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

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

Fünfter Teil

Zusammenfassung	263
Literaturverzeichnis	267
Sachverzeichnis	285

Erster Teil

Einleitung

Mit der Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands geht nach nunmehr fünf Jahren noch immer ein großer Innovationsdrang einher, verbunden mit einem erheblichen Investitions- und Finanzierungsbedarf. Diese einmalige Situation in der deutschen Nachkriegsgeschichte hat erheblich dazu beigetragen, der Diskussion um die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und auch um die private Finanzierung öffentlicher Investitionsvorhaben neuen Auftrieb zu geben.

A. Der Gegenstand der Arbeit

I. Die Problemstellung

Die Bundesrepublik ist in den fünf neuen Ländern bis heute einem erheblichen Nachhol- und Modernisierungsbedarf insbesondere auf dem Gebiet der Infrastruktur konfrontiert. Gleichmaßen betroffen sind die Ver- und Entsorgungswirtschaft¹, die Verkehrswege zu Wasser und auf Schienen, der Luftverkehr und die Fernstraßen². Die Wasserwirtschaft der ehemaligen DDR steht vor dem Problem enormer Umweltbelastungen; das Schienennetz der ehemaligen Deutschen Reichsbahn gilt als sanierungsbedürftig; die veralteten Kanäle bieten keine ausreichende Wassertiefe für westdeutsche Standardschiffe. Das Straßennetz weist hinsichtlich Ausbaustandards und Bausubstanz erhebliche Mängel auf; so gelten 50 % aller Fernstraßen und 70 % aller kommunalen Straßen als überholungsbedürftig³. Zugleich wird aber der notwendige Ausbau der Verkehrswege in den neuen Ländern als wesentlicher Faktor zur Belebung der am Boden liegenden Wirtschaft der ehemaligen DDR angesehen⁴.

¹ So besteht in den nächsten 15 Jahren ein Investitionsbedarf von 300 bis 400 Mill. DM, davon etwa die Hälfte in den neuen Ländern, vgl. *Schoch*, Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, in: *Ipsen*, Privatisierung, S. 63, 74 und *Rehm*, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen, in: *Ipsen*, Privatisierung, S. 93, 93 f.

² Vgl. nur *Stüer*, Speyerer Forschungsberichte Bd. 105, S. 21, 21.

³ Vgl. *Scheele*, Privatisierung, S. 72; *Hahn*, ifo-Schnelldienst, 28/91, S. 3, 5.

⁴ Hierzu nur *Hoffmann-Buchardi*, LKV 1992, 322, 322; *Stüer*, Speyerer Forschungsberichte Bd. 105, S. 21, 21; *Blümel*, Speyerer Forschungsberichte Bd. 117, S.

Bullinger weist darauf hin, daß das verfassungsrechtliche Leitbild weitgehend einheitlicher Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse, wie es sich unter anderem aus Art. 72 Abs. 2 S. 3 GG ableiten läßt, eine Angleichung des Lebensniveaus in der früheren DDR an die Lebensverhältnisse im Westen gebietet⁵. Der rasche Ausbau der öffentlichen Infrastruktur ist dabei der von der Bundesregierung im Jahre 1991 eingesetzten *Arbeitsgruppe "Private Finanzierung öffentlicher Infrastruktur"* zufolge unabdingbare Voraussetzung für private Investitionen und damit für das wirtschaftliche Wachstum und die notwendige Schaffung von Arbeitsplätzen. Eine verbesserte Infrastruktur soll in besonderem Maße dazu führen, die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes sowohl nachfrage- als auch angebotsseitig zu steigern⁶. Daneben sieht sich nach den Aussagen der Arbeitsgruppe ebenso das alte Bundesgebiet, unabhängig von der deutschen Vereinigung, quantitativ und qualitativ gestiegenen Anforderungen an öffentliche Infrastruktureinrichtungen gegenüber; verantwortlich hierfür ist vornehmlich die fortschreitende Verwirklichung des EG-Binnenmarktes⁷. Nach vorliegenden Prognosen muß in den alten wie in den neuen Bundesländern auch zukünftig von einer erheblichen Zunahme des Personen- und Güterverkehrs auf der Straße ausgegangen werden⁸.

II. Der Gang der Untersuchung

Vor diesem politischen Hintergrund⁹ beleuchtet die vorliegende Arbeit in ihrem ersten Teil nach einem Überblick über die aktuelle Privatisierungsdiskussion zunächst die Möglichkeiten und Perspektiven einer Privatisierung des Fernstraßenbaus¹⁰. In einem zweiten Teil wird zunächst die Geschichte und die Tra-

1, 2. Zur Bilanz der Sanierungsbemühungen in den neuen Ländern bis Mitte 1995 *Bundesministerium für Verkehr*, Verkehrsnachrichten 10/1995, S. 1 ff.

⁵ Vgl. *Bullinger*, DVBl. 1992, 1463, 1465; von einem Verfassungsgebot zur raschen Verkehrsanbindung der neuen Länder geht auch *Ronellenfötsch*, DÖV 1991, 771, 771, aus.

⁶ So der Bericht der *Arbeitsgruppe "Private Finanzierung öffentlicher Infrastruktur"*, S. 1, 14 f.

⁷ So der Bericht der *Arbeitsgruppe "Private Finanzierung öffentlicher Infrastruktur"*, S. 1, 14 f. Hinzu tritt die Öffnung im Osten, vgl. *Schröder*, Int. Verkehrswesen 1994, 181, 183 ff. Zu den volkswirtschaftlichen Nachteilen mangelhafter Straßensysteme vgl. *Grosseckler*, WiSt 1991, 194, 194.

⁸ Vgl. hierzu die Zahlen bei *Stüer*, DVBl. 1992, 547, 547 f.

⁹ Zur tagespolitischen Diskussion um die Privatisierung des Fernstraßenbaus vgl. FAZ 91/96 vom 18.04.1996, S. 17: "Bund soll neue Verkehrswege über Maut finanzieren"; *Lingnau*, Privatisierungsobjekt Autobahn, FAZ 61/93 vom 13.03.1993, S. 11.

¹⁰ Soweit in dieser Arbeit im folgenden der Begriff der Fernstraße verwendet wird, handelt es sich, sofern sich aus dem Text keine andere Begriffsbedeutung ergibt, um Bundesautobahnen i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 1 FStrG.

dition des Fernstraßenbaus in Deutschland dargestellt. Es folgt eine Untersuchung der Aussagen, die das Grundgesetz zum Bereich der Bundesfernstraßen macht. Sodann wird die Einordnung der Verwaltungsmaterie Straßenbau als Staatsaufgabe erörtert, sowie das Vorhandensein zwingender Vorgaben für die Formen, in der diese Aufgabe wahrzunehmen ist. Anschließend sollen Formen der Privatisierung im allgemeinen und deren Problematik in bezug auf die Privatisierung einer so umfassenden und kostenintensiven Materie, wie sie der Fernstraßenbau darstellt, untersucht werden. Die Arbeit beschreibt in einem dritten Teil nach einer Darstellung der bisherigen Situation des Fernstraßenbaus die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die einzelnen Phasen der Erstellung von Verkehrswegen; diese sind ihre Finanzierung, ihre Planung, ihr Bau und ihr Betrieb. Dabei soll das Bestehen möglicher durch die Verfassung vorgegebener Grenzen für mögliche Privatisierungsvorhaben in diesen Phasen hergeleitet werden. Schließlich sollen in einem vierten Teil die unterschiedlichen diskutierten Modelle für eine Privatisierung in den verschiedenen Phasen des Fernstraßenbaus beschrieben und auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben untersucht werden.

B. Möglichkeiten und Projekte der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland

Lecheler hat jüngst im Hinblick auf den Aufbau der Verwaltungen in den neuen Ländern ausgeführt, daß eventuelle Erwartungen dahingehend, bei der Schaffung neuer Verwaltungsstrukturen mögliche Fehlentwicklungen der herkömmlichen Verwaltungsorganisation zugunsten einer weitgehenden Entstaatlichung der Verwaltungsaufgaben vermeiden zu können, enttäuscht worden seien. Vielmehr fehle es im staatsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Umbruch für Modellversuche der Verwaltungslehre an Personal und Geld. Die Notwendigkeiten des Alltags und vor allem die oft festgelegten Vorstellungen der Verwaltungshilfen aus den alten Ländern hätten hier im wesentlichen neue Wege verhindert.¹¹

Dennoch hat die Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands die Privatisierungsdiskussion sowohl bezogen auf die neuen wie auf die alten Bundesländer angeregt, und sei es nur dadurch, daß sie die von *Lecheler* angeführten "alten Gründe" für eine Privatisierung verschärft und aktualisiert hat: überschuldete öffentliche Kassen¹², die Notwendigkeit, privates Kapital zu mobilisieren, sowie die Erwartung von Rationalisierungs- und Effizienzzuwächsen¹³.

¹¹ Vgl. *Lecheler*, BayVBl. 1994, 555, 555.

¹² Zur Entwicklung der Staatsschulden mit Ausblick bis ins Jahr 2005 vgl. *Schemmel/Borell*, Verfassungsgrenzen für Steuerstaat und Staatshaushalt, S. 143 f.

¹³ So *Lecheler*, BayVBl. 1994, 555, 555.