Reform der Bundesauftragsverwaltung der Bundesfernstraßen:

Gutachtliche Stellungnahme

zur Gründung einer privatwirtschaftlich agierenden Verkehrsinfrastrukturgesellschaft des Bundes für den Bau, die Erhaltung, den Betrieb, die Unterhaltung und die Finanzierung der Bundesautobahnen in der Rechtsform einer GmbH

10. März 2017

GvW Graf von Westphalen

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung

Zusammenfassung

A. Kurzzusammenfassung 2

B. Ziele des Reformvorhabens 5

C. Verfassungsrechtliche Bezüge des Reformvorhabens 6

D. Struktur und Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 10

E. Steuerung und Kontrolle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 13

F. Geschäftsmodell und Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 15

G. Planungsrechnung 28

H. Gestaltungsfragen 31

I. Resümee 42

Gutachtliche Erwägungen

A. Anlass, Auftrag und Auftragsdurchführung 45

B. Ziele der Organisationsreform 48

C. Der Organisationsrahmen 54

I. Behördenbestimmungsrecht des Bundes 55

II. Funktionen und Aufgaben Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 60

III. In der Hoheitsverwaltung verbleibende Funktionen und Aufgaben 64

1. Ausübung von Straßenbaulastaufgaben durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) 65
2. Ausübung von Straßenbaulastaufgaben durch eine (nachgelagerte) Behörde im Geschäftsbereich des BMVI (zum Beispiel eines „Bundesamtes für Straßeninfrastruktur“) 67

IV. Allgemeine Anforderungen an eine Leistungserbringung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 72

V. Aufbauorganisation 73

1. Strukturprinzipien 73
2. Mögliches Organigramm für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 75
   a) Überblick 76

b) Fachbereiche 78
aa) Zentrale Dienste/Querschnittsfunktionen 79
bb) Planung 86
cc) Bau und Erhaltung 89
dd) Betrieb 91
ee) Verkehr 95
c) Zur Organisation des „ausführenden Arms“ innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 97
3. Aufgabenwahrnehmung durch „bundeseigene“ und „bundesunmittelbare“ Verwaltung 98
a) Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur 99
b) „Bundesamt für Straßeninfrastruktur“ 100
aa) Aufgabenbereich Planung 100
bb) Aufgabenbereich Bau 101
cc) Aufgabenbereich Betrieb 102
dd) Aufgabenbereich Verkehr 102
ee) Aufgabenbereich Finanzierung 103

VI. Leitungszusammenhang, Leitungsstruktur und demokratische Legitimation 103

1. Sachliche Legitimation des Gesellschaftshandelns 106
a) Parlamentsgesetzliche Determinanten 106
aa) Errichtungsgesetz zur Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und Neufassung von Art. 90 Abs. 2 GG als dauerhafte Strukturvorgabe des Parlaments 107
bb) Weitere Rahmenvorgaben des Parlaments speziell für den Bau und die Finanzierung von Bundesautobahnen 111
(1) Bundesfernstraßengesetz 111
(2) Bedarfsplan 112
(3) Straßenbauplan 114
(4) „Mautbasis“ 117
b) Kontrolle des Gesellschaftshandelns 118
aa) Interne Kontrolle: Gesellschaftsrechtlicher Leitungszusammenhang innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 118
(1) Leitungsorgane 118
(a) Gesellschafterversammlung 119
(aa) Satzungsänderungskompetenz und Vorrang des (Errichtungs-) Gesetzes 120
(bb) Möglichkeit zur Verlagerung von Gesellschafterrechten 122
(cc) Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Bildung des Gesellschafterwillens 125
(b) Geschäftsführung 127
(aa) Bindung an den Gesellschaftszweck 127

(bb) Anzahl der Geschäftsführer, Arbeitsdirektor nach MitbestG ... 127
(cc) Gesellschafterweisungen, Kompetenzverlagerungen, Geschäftsführungsbefugnis ... 128
(dd) Insbesondere: Zur Legalitätsverpflichtung der Geschäftsführung ... 130
(c) Obligatorischer (mitbestimmter) Aufsichtsrat ... 133
(aa) Wahl der Anteilseignervertreter ... 134
(bb) Wahl der Arbeitnehmervertreter ... 136
(cc) Aufgaben und Zuständigkeiten des Aufsichtsrates ... 136
(dd) Keine Weisungsgebundenheit des Aufsichtsrates ... 138
(d) Arbeitsausschüsse des Aufsichtsrats ... 139
(aa) „Vermittlungsausschuss“ ... 139
(bb) Weitere Ausschüsse ... 139
(cc) Besetzung der Ausschüsse ... 141
(dd) Ausschuss-Vorsitz ... 142
(ee) Haftung und Haftungsfreistellungsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder ... 142
(e) Fakultativer Beirat, Gesellschafterausschuss ... 143
(2) Leitungsvorgaben ... 146
(a) Errichtungsgesetz ... 146
(b) Satzung ... 146
(c) Geschäftsordnung Geschäftsführung ... 147
(d) Geschäftsordnung Aufsichtsrat ... 148
(e) Geschäftsordnungen Arbeitsausschüsse ... 149
(f) Wahrnehmung von besonderen Prüfungsrechten ... 149
(g) Anwendung der BHO ... 150
bb) Zusätzliche externe Kontrolle über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im hoheitlichen Leistungsbereich ... 152
(1) Kriterien zur Einordnung des hoheitlichen Charakters der übertragenen Aufgabenwahrnehmung ... 153
(2) Beispiele hoheitlicher Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 157
(a) Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung der Bauten, § 4 FStrG ... 157
(aa) Beschreibung der Tätigkeit ... 157
(bb) Einordnung der Tätigkeit nach ihrem hoheitlichen Charakter ... 160
(b) Beschränkung des Gemeingebrauchs, § 7 Abs. 2 FStrG ... 160
(aa) Beschreibung der Tätigkeit ... 160
(bb) Einordnung der Tätigkeit nach ihrem hoheitlichen Charakter ... 162
(c) Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ... 162
(aa) Beschreibung der Tätigkeit ... 162

(bb) Einordnung der Tätigkeit nach ihrem hoheitlichen Charakter 163
(3) Rahmenbedingungen einer Beleihung 163
(a) Inhaltliches Bestimmtheitserfordernis 163
(b) Funktionenvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG 166
(4) Notwendigkeit zusätzlicher externer Kontrolle 168
(a) Instrumente der Rechts- und Fachaufsicht 169
(aa) Rechtsaufsicht 169
(bb) Fachaufsicht 171
(b) Notwendiges Maß an Kontrolle 172
2. Personelle demokratische Legitimation 174
3. Institutioneller Gesetzesvorbehalt bei Privatisierungen 178
VII. Ergebnis 181

D. Geschäftsmodell der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 183

I. Leistungsbeziehungen 184
1. Leistungsverhältnis zum Bund 184
a) Rechtliche Grundlagen 184
b) Erlösströme 186
c) Finanzierung des Entgelts der Gesellschaft durch den Bund 188
2. Leistungen gegenüber den Nutzern 189
a) Rechtliche Grundlagen 189
b) Erlösströme 189
3. Ziel-Szenario 190
4. Erreichung des Ziel-Szenarios über ein mehrstufiges Phasenmodell 190
a) Transformationsphase: Bund und Länder bereiten den Übergang der Bundesautobahnverwaltung auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vor 191
b) Phase 1: Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nimmt den Betrieb auf und richtet sich betriebswirtschaftlich aus 192
c) Phase 2: Vollständige Nutzerfinanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie Vorbereitung einer etwaigen Phase 3 197
d) Phase 3: Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist *wirtschaftliche* Eigentümerin der Bundesautobahnen, stellt die Bundesautobahnen gegenüber den Nutzern selbst bereit und ist Gläubigerin von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe 204

II. Integrierte Planungsrechnung für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 2017 bis 2046 207
1. „Treiber“ von Wirtschaftlichkeit 208
2. Planungsrechnung 210
a) Grundlagen der Planungsrechnung 210
aa) Herkunft der in der Planungsrechnung verwendeten Zahlen und Daten 210

bb) Betrachtungsperspektiven der Planungsrechnung 2017 bis 2046 (Szenarien) ... 214
(1) Szenario 1 ... 216
(2) Szenario 2 ... 218
(3) Szenario 3 ... 219
cc) Phasenabbildung ... 222
(1) Transformationsphase ... 222
(2) Phase 1 ... 223
(3) Phase 2 ... 223
(4) Phase 3 ... 227
b) Annahmen für die Integrierte Planungsrechnung ... 228
aa) Cash-Neutralität *versus* Ergebnis-Neutralität ... 228
bb) Weitere grundsätzliche Annahmen ... 229
cc) Einzelne Bilanzpositionen ... 230
dd) Einzelne Positionen der Gewinn und Verlustrechnung ... 234
ee) Steuerliche Annahmen ... 239
c) Simulationsergebnisse ... 240
aa) Mittelverwendung ... 240
(1) Szenario 1, „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte ... 241
(2) Szenario 2, „späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte ... 242
(3) Szenario 3 ... 243
bb) Bilanzbilder ... 244
(1) Ausgangsbilanz ... 245
(2) Bilanzbild Szenario 1, „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte ... 247
(3) Bilanzbild für Szenarien 2 und 3 ... 249
cc) Gewinn- und Verlustrechnung ... 250
(1) Grundlagen ... 250
(2) Szenario 1, „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte ... 253
(3) Szenario 2, „späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte ... 256
(4) Szenario 3 ... 257
dd) Effizienzgewinne ... 258
III. Rechtliche Ebenen der Geschäftsmodellentwicklung ... 265
1. Umsatzsteuer ... 266
a) Sonstige Einrichtung öffentlichen Rechts im Sinne der Mehrwertsteuersystemrichtlinie ... 267
b) Keine Wettbewerbsverzerrung ... 269
2. Ertragsteuern ... 270
3. Grunderwerbsteuer ... 273
4. Bilanzrechtliche Beurteilung der Gesellschaftstätigkeit ... 275

5. Modalitäten der Zuweisung des Aufkommens aus der Lkw-Maut zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 276
a) Rechte an den Erlösen 278
b) Nießbrauch an den Bundesautobahnen 279
c) Voraussetzungen zur Einbringung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen 281
d) Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Mautgläubigerin 282
e) Ergebnis 287
6. Vergaberechtliche Verortung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 289
a) Prüfungsgrundlagen 289
aa) Beteiligte 289
bb) Vertragsrahmen 289
cc) Finanzierung 290
dd) Zuordnung von Personal und von sächlichen Betriebsmitteln 291
b) Prüfungsumfang 292
c) Ausschreibungspflicht des Geschäftsbesorgungsvertrages 293
aa) Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet 294
(1) Verdrängung des Kartellvergaberechts durch Art. 51 AEUV? 294
(2) Bund als öffentlicher Auftraggeber 298
(3) Öffentlicher Auftrag 298
(a) Beschaffung von Leistungen 299
(b) Entgeltlicher Vertrag 302
(aa) Entgeltlichkeit 302
(bb) Ausgehandelter Vertrag 303
(4) Überschreitung der Schwellenwerte 307
(5) Insbesondere: Anwendungsbereich SektVO nicht eröffnet 307
(6) Abgrenzung Konzessionsvergabe 308
(7) Zwischenergebnis 309
bb) „Ausschließliches Recht“ der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Ausführung von Straßenbaulastaufgaben des Bundes als Dienstleistungen im Sinne des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB? 309
(1) Keine Beschränkung der auszuführenden Leistungen auf „Dienstleistungen“ 310
(a) Bestimmung der tatbestandsrelevanten Ausgangskonstellation 311
(b) „Erbringt“ die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Bauleistungen gegenüber dem Bund? 312
(2) Ausschließliches Recht gerade der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Erbringung von Leistungen der Straßenbaulast für den Bund? 317
(a) Maßstäbe 317

(b) Zur Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Lichte des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB ... 318
cc) Zusammenarbeit zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach Art einer „öffentlich-öffentlichen“ Kooperation? ... 321
(1) Öffentliche Auftraggeber ... 322
(2) „Echte“ Zusammenarbeit ... 323
(3) Gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe ... 323
(4) Tatsächliche „Zusammenarbeit“ ... 324
(5) Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse ... 325
dd) „Inhouse-Vergabe“ (§ 108 Abs. 1 GWB) ... 326
(1) § 108 Abs. 1 GWB ... 326
(2) Rechtsprechung des EuGH ... 327
(3) Ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststelle ... 328
(a) Marktausrichtung und Größe der „Dienststelle“ ... 329
(b) Rechtsform ... 330
(aa) GmbH als kontrollierte Einheit ... 330
(bb) „Mitbestimmte“ GmbH mit teilweise hoheitlichem Tätigkeitsbereich als kontrollierte Einheit? ... 330
(4) Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber ... 335
(5) Keine Beteiligung Privater ... 337
(6) Zwischenergebnis ... 341
ee) Vergaberechtliche Beurteilung der Leistungsbeziehungen zum Bund ab Phase 2 ... 341
d) Ausschreibungspflicht von Aufträgen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 346
aa) Öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB ... 346
(1) Juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts ... 346
(2) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben ... 347
(3) Aufgaben nichtgewerblicher Art ... 348
(a) Gewinnerzielungsabsicht ... 349
(b) Entwickelter Wettbewerb ... 349
(c) Exkurs: Bisherige Privatisierungsvorgänge ... 350
(aa) DB Netz AG ... 350
(bb) Deutsche Post AG ... 351
(cc) Deutsche Telekom AG ... 351
(dd) DFS Deutsche Flugsicherung GmbH ... 352
(d) Tragung des Insolvenzrisikos ... 353
(4) Besondere Staatsgebundenheit ... 354
(a) Überwiegende staatliche Finanzierung ... 354
(b) Aufsicht über die Leitung ... 358

(c) Bestimmung der Geschäftsführung oder der Aufsicht 359
(aa) Geschäftsführung 360
(bb) Aufsichtsrat 360
(d) Zwischenergebnis 361
bb) Öffentlicher Auftrag 361
(1) Beschaffung von Leistungen 362
(2) Entgeltlicher Vertrag 362
(3) Überschreitung der Schwellenwerte 363
cc) Zwischenergebnis 363
e) Ergebnis 364
7. Beihilfenrechtliche Verortung der Geschäftstätigkeit 365
a) Beihilfenrechtlicher Maßstab 366
aa) Tatbestand der Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV 366
bb) Freistellungsbestimmungen 367
cc) Rechtsgrundlagen für die Genehmigung von Beihilfemaßnahmen 368
dd) Beihilfenrechtliches Verfahren 369
(1) Notifikationspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV 369
(2) Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV 370
(3) Informelle Vorab-Kontaktaufnahme 371
ee) Zwischenergebnis 373
b) Mögliche Anknüpfungen für den Beihilfentatbestand 373
aa) Ausgleichszahlungen des Bundes während der Phase 1 374
(1) Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV? 375
(a) „Unternehmen“ und „wirtschaftliche Tätigkeit“ 375
(b) Bestehendes Marktumfeld miteinander im Wettbewerb stehender Anbieter? 376
(aa) Maßstäbe 376
(bb) Abgrenzung zwischen marktöffnenden und rein innerstaatlichen Organisationsentscheidungen des Staates 378
(c) Referenzbeispiele für die Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit 383
(d) Ausübung hoheitlicher Befugnisse 388
(e) Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als wirtschaftlich tätiges Unternehmen 390
(aa) Fehlendes Marktumfeld 390
(bb) Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Trägerin öffentlicher Gewalt 399
(cc) Zwischenergebnis zur Unternehmenseigenschaft und wirtschaftlichen Tätigkeit 402

(2) Fehlende Begünstigung im Falle der Betrauung der Gesellschaft mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DAWI“) 404
(a) Die „*Altmark Trans*“-Kriterien 404
(b) „DAWI-Paket“ der Kommission 405
(3) Gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu leistender Aufwandsausgleich im Lichte der DAWI-Voraussetzungen 407
(a) Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe 408
(b) *Ex ante*-Bestimmung der Ausgleichsparameter 409
(c) Vermeidung von Überkompensation 410
(d) Effizienzkriterium 411
(aa) Auswahl des Dienstleistungserbringers im Wege einer öffentlichen Ausschreibung 411
(bb) Analyse der Kosten 413
(4) Zwischenergebnis 417
bb) Einbringung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen 417
(1) Tatbestandsmerkmal der Begünstigung bzw. des Vorteils 418
(2) Market Economy Operator (MEO) 420
(a) Allgemeine Maßstäbe 421
(b) Methodische Ansätze zur Feststellung der Marktkonformität 422
(aa) Benchmarking 423
(bb) Andere Standard-Bewertungsmethoden 424
(c) Zwischenergebnis 425
(3) Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums als marktkonforme Transaktion 426
(4) Zwischenergebnis 429
cc) Steuerbefreiungen 431
(1) Tatbestandsmerkmal der Selektivität 432
(2) Insbesondere: Selektivität bei Befreiungen von Steuern 432
dd) Insbesondere: Zur Beihilferelevanz von etwaigen Versorgungslastenregelungen 435
(1) Referenzbeispiele 436
(a) Lufthansa 436
(b) Deutsche Bahn 438
(2) Annahmen der Planungsrechnung bezüglich der Versorgungslasten 439
(3) Vorläufiger Befund 441
ee) Zwischenergebnis 442
c) Vorsorglich: Voraussetzungen für die Genehmigung möglicher Beihilfen 443
aa) Art. 93 AEUV 443

bb) Art. 106 Abs. 2 AEUV 444
d) Ergebnis 446
8. Staatsschuldenrechtliche Einordnung der Geschäftstätigkeit 447
9. Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „Marktproduzent" nach ESVG 449
a) Zur Abgrenzung von „Nichtmarktproduktion“ und „Marktproduktion“ 451
b) „Signifikanter Preis“ 453
c) Weitergehende Erwägungen 455

E. Transformationsprozess 458

I. Transformationsregime 458

1. Notwendige Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 458
a) Personal 458
b) Sächliche Betriebsmittel 459
c) Finanzielle Ressourcen 459
d) Sonstige Materien 460
e) Zwischenergebnis 460
2. Kriterien für ein einzurichtendes „Transformationsregime“ 460
3. Zur Ausgestaltung des Transformationsregimes 461
a) Überblick 461
b) Beibehaltung der Bundesauftragsverwaltung bis zum Abschluss der Transformationsphase 462
c) Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung zu Beginn der Transformationsphase und Schaffung eines *neuen* Transformationsregimes 464
aa) Notwendiger Inhalt einer Ausführungsbefugnis des Bundes 466
bb) Rechtliche Voraussetzungen für die Etablierung einer Anordnungsbefugnis 468
(1) Beachtung der durch Art. 79 Abs. 3 GG festgelegten Grenzen der Verfassungsänderung 469
(2) Zum Inhalt eines neuen Art. 143e GG 471
(3) Zur Notwendigkeit eines neuen Art. 143e GG als Handlungsgrundlage für den Erlass des Errichtungsgesetzes 476
(4) Zur zeitlichen Abfolge von Grundgesetzänderung und Ausführungsgesetz 477
d) Ergänzend: Zugriff des Bundes auf Landesbehörden auf Grundlage einer sog. Organleihe 478
e) Etablierung eines „Sonderregimes“ zur Bundesauftragsverwaltung 484
4. Abschließende Erwägungen 490
5. Ergebnis 493

II. Beamten- und arbeitsrechtlicher Transformationsprozess 494

1. Überleitung von Beamten 494

a) Modelle der Beamtenüberleitung ... 495
aa) Darstellung der Überleitungsmodelle ... 496
bb) Bewertung der Überleitungsmodelle ... 501
b) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Überleitung von Beamten ... 504
aa) Beamtenverfassungsrecht ... 504
bb) Transformationsregime zur Bahn- und Postprivatisierung (Art. 143a Abs. 1 Satz 3 und Art. 143b Abs. 3 GG) ... 505
cc) Mögliche Überleitungsmodelle im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 508
dd) Mögliche verfassungsrechtliche Kodifikation ... 509
c) Versorgungslastenverteilung ... 511
2. Arbeitsrechtlicher Transformationsprozess ... 512
a) Gesetzlicher Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 513
aa) Anordnungsbefugnis des Bundes ... 513
bb) Erfassung und Dokumentation der erforderlichen sächlichen Betriebsmittel und Beschäftigten sowie Zusammenfassung zu entsprechenden Betrieben/Betriebsteilen ... 514
cc) Betriebliche Altersversorgung ... 516
(1) Möglichkeit der Fortführung der betrieblichen Altersversorgung über die VBL ... 516
(a) Beteiligungsfähigkeit durch Mitgliedschaft in einem kommunalen Arbeitgeberverband ... 516
(b) Beteiligungsfähigkeit durch Anwendung der Tarifnormen des öffentlichen Dienstes ... 517
(c) Dauerhafte Sicherstellung der Beteiligungsfähigkeit ... 519
(d) Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung ... 520
(e) Zwischenergebnis ... 521
(2) Folgen der Nichtfortführung der Zusatzversorgung über die VBL ... 521
(a) Kündigungsrecht der VBL, Ausgleichszahlungen im Falle des Wirksamwerdens der Kündigung ... 522
(b) Ausgleichszahlungen auch bei Abwendung einer Kündigung ... 522
(c) Zusammenfassung ... 523
(3) Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung ... 523
dd) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer ... 525
(1) Ausschluss des Widerspruchsrechts nach geltendem Verfassungsrecht? ... 525
(2) Ausschluss des Widerspruchsrechts im Falle einer Einschränkung von Art. 12 GG? ... 528
ee) Unterrichtung der Arbeitnehmer ... 529
ff) Zeitpunkt des Betriebsübergangs ... 529
gg) Transformation von Arbeitsbedingungen, Tarifbindungen ... 530

hh) Übertarifliche Leistungen 532
ii) Betriebsverfassungsrecht 533
jj) Unternehmensmitbestimmung 533
b) Alternative bzw. ergänzende Überleitungsmodelle 534
aa) Personalgestellung 534
bb) Rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 536
cc) Gesetzlicher Betriebsübergang auf ein (nicht rechtsfähiges) Bundesstraßenvermögen 537
dd) Rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang auf ein (nicht rechtsfähiges) Bundesstraßenvermögen 538
ee) Anteilsübertragungsvertrag („Share Deal“) 538
3. Ergebnis 539

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Reformmodell ... 44

Abbildung 2: Mögliche Aufbauorganisation für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 76

Abbildung 3: Mögliche Phasen der Geschäftsentwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ... 191

Abbildung 4: Leistungsbeziehungen Phase 1 (betriebswirtschaftliche Ausrichtung) ... 206

Abbildung 5: Leistungsbeziehungen Phase 2 (Vollfinanzierung durch Nutzungsentgelte und Übertragung wirtschaftliches Eigentum) ... 206

Abbildung 6: Leistungsbeziehungen Phase 3 (Erhebung von Benutzungsentgelten durch die Gesellschaft) ... 207

Abbildung 7: Gegenüberstellung von sog. Brutto- und sog. Netto-Maut ... 220

Abbildung 8: Zusammenfassung der Szenarien ab Phase 1 ... 222

Abbildung 9: Umsetzung des Phasenmodells in Planungsrechnung ... 228

Abbildung 10: Annahmen der Investitionskosten für das Basisjahr 2020 ... 233

Abbildung 11: Vorläufig angenommenes Personalgerüst 2020 bis 2046 ... 236

Abbildung 12: Entwicklung wesentlicher Ausgabeposten bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 1) ... 241

Abbildung 13: Entwicklung wesentlicher Ausgabeposten bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 2: sog. Brutto-Maut-Betrachtung) ... 242

Abbildung 14: Entwicklung wesentlicher Ausgabeposten bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 3: sog. Netto-Maut-Betrachtung) ... 243

Abbildung 15: Hypothetische Ausgangsbilanz für eine Verkehrs-infrastrukturgesellschaft zum 31. Dezember 2013 ... 246

Abbildung 16: Bilanzentwicklung bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 1- ab 2024) 247

Abbildung 17: Bilanzentwicklung bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 2 - ab 2028, sowie Szenario 3) 249

Abbildung 18: Entwicklung der Gewinn- und Verlustrechnung für Szenario 1 bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2024) 253

Abbildung 19: Entwicklung der Gewinn- und Verlustrechnung für Szenario 2 bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2028) 256

Abbildung 20: Entwicklung der Gewinn- und Verlustrechnung für Szenario 3 und bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2028) 257

Abbildung 21: Graphische Darstellung von Beschaffungskostenvorteilen in Szenario 1 bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2024) 260

Abbildung 22: Graphische Darstellung von Beschaffungskostenvorteilen in Szenario 2 bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2028) 261

Abbildung 23: Graphische Darstellung von Beschaffungskostenvorteilen in Szenario 3 und „später“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2028) 261

Abbildung 24: Quantitative Abbildung möglicher Effizienzgewinne im Beschaffungsbereich für den Gesamtzeitraum von 2017 bis 2046 in Szenario 1 bei „früher“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2024) 262

Abbildung 25: Quantitative Abbildung möglicher Effizienzgewinne im Beschaffungsbereich für den Gesamtzeitraum von 2017 bis 2046 in Szenario 2 bei „später“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2028) 263

Abbildung 26: Quantitative Abbildung möglicher Effizienzgewinne im Beschaffungsbereich den Gesamtzeitraum von 2017 bis 2046 in Szenario 3 und „später“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2028) 264

Abbildung 27: Sektorenzuordnung nach ESVG 2010..... 450

Abbildung 28: Optionen zur „Überleitung“ von Landesbeamten der Bundesautobahnenverwaltung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 496

Abbildung 29: Optionen zur „Überleitung“ von Landesbeschäftigten der Bundesautobahnverwaltung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 513

Anlagenverzeichnis

Nr.	Anlagenbezeichnung
Anlage 1	Verkehrsinfrastrukturgesellschaft: Wirtschaftlichkeits- und Effizienzanalyse
Anlage 2	Entwurf eines Gesellschaftsvertrages für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft des Bundes zur Verwaltung der Bundesautobahnen („Satzung“)
Anlage 3	Kontrollregime Verkehrsinfrastrukturgesellschaft – Gestaltungsoptionen
Anlagenkonvolut 4	Anleitung zu einer integrierten Planungsrechnung 2017 bis 2046 für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie Darstellung der wesentlichen Ergebnisse in Präsentationsform.
Anlage 5	Vermerk „Umsatzsteuerbefreiung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Satz 1 Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MWStSystRL)“
Anlage 6	Vermerk „Möglichkeit der Befreiung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von der Körperschaftsteuer durch Aufnahme in den Katalog des § 5 Abs. 1 KStG und von der Gewerbesteuer durch Aufnahme in den Katalog des § 3 GewStG“
Anlage 7	Vermerk „Einräumung von Rechten an dem Aufkommen aus der Lkw-Maut zugunsten einer ‚Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mbH‘ für die Bundesautobahnen“
Anlage 8	Kurzvermerk zur Frage der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums durch Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und dem Bund im Zusammenhang mit der Einräumung eines Nießbrauchs
Anlage 9	Vermerk „Institutionelle Einheit GmbH ESVG 2010“

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Erläuterung
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. A.	andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ABMG	Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
Art.	Artikel
ASFINAG	Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft
Az.	Aktenzeichen
BAB	Bundesautobahn
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BerlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
BFH	Bundesfinanzhof
BFStrAbG	Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen (Fernstraßenausbaugesetz)
BFStrMG	Bundesfernstraßenmautgesetz
BFStrVermG	Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BimSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BkartA	Bundeskartellamt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
Bund	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem und wirtschaftlichem Interesse
d. h.	das heißt
DEGES	Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EBITDA	engl. earnings before interest, taxes, depreciation and amortization (Gewinn vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände)
Erg.-Lfg.	Ergänzungs-Lieferung
ESVG	Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen
EuGH	Europäischer Gerichtshof

FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FstrAbG	Fernstraßenausbaugesetz
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
FStrPrivFinG	Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz
FStrVermG	Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs
gem.	gemäß
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrESt	Grunderwerbsteuer
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GrSt	Grundsteuer
GrStG	Grundsteuergesetz
GvW	Graf von Westphalen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HKR	Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen des Bundes
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
InfrAG	Infrastrukturabgabengesetz
IT	Informationstechnik
jPdöR	juristische Person des öffentlichen Rechts
KSt	Körperschaftsteuer

KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
lit.	lat. littera (Buchstabe)
Lkw	Lastkraftwagen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
MwStR	Mehrwertsteuerrecht
MwStSystRL	Mehrwertsteuersystemrichtlinie
Nds. StGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich Rechtliche Partnerschaften
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCGK	Public Corporate Governance Kodex des Bundes
PwC	PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
rd.	rund
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s. o.	siehe oben
SEK	Sondereinzelkosten
SektVO	Sektorenverordnung
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
Slg.	Sammlung (Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz, herausgegeben vom Europäischen Gerichtshof)
sog.	sogenannt

SPV	Special Purpose Vehicle
StVO	Straßenverkehrsordnung
TC	Toll Collect GmbH
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKSiV	Telekommunikations-Sicherstellungs-Verordnung
TVöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst
Tz.	Textziffer
Tzn.	Textziffern
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
UstG	Umsatzsteuergesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersR	Versicherungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VIFG	Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft mbH
VIG	Verkehrsinfrastrukturgesellschaft
VK	Vergabekammer
VV	Verwaltungsvorschrift
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwV-StVO	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung
VVO	Beihilfenverfahrensordnung
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZTV	Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen

Vorbemerkung

Die gutachtlichen Erwägungen befassen sich mit einer möglichen Reform der künftigen Verwaltung der Bundesautobahnen und dienen der gutachterlichen Beratung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) bei der Gestaltung des Reformvorhabens. Die gutachtlichen Ausführungen würden im Fall der Umsetzung des hier vorgeschlagenen Reformmodells Gesetzesänderungen erfordern. Den politischen und parlamentarischen Entscheidungen soll und kann die „Gutachtliche Stellungnahme" selbstverständlich nicht vorgreifen. Die Stellungnahme zeigt indes einen möglichen Lösungsweg zur Erreichung der mit der Reform der Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen verbundenen Ziele auf.

Zusammenfassung

A. Kurzzusammenfassung

Anlass

Bund und Länder planen eine Reform der Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen. Diese soll in der Weise erfolgen, dass die bisherige Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder durch eine Bundesverwaltung abgelöst wird. Dabei soll sich der Bund zur Ausführung seiner neuen Verwaltungsaufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts in der Rechtsform der GmbH bedienen können. Zur Umsetzung des Reformvorhabens sind Änderungen des Grundgesetzes sowie einfachgesetzlicher Regelungen notwendig. Die nachstehenden Erläuterungen befassen sich mit einem möglichen Weg für eine Umsetzung des Reformvorhabens. Wir wurden vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) im September 2015 gebeten, das Ministerium bei der Vorbereitung des Reformvorhabens rechtlich und, unter Einschaltung der PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (PwC) als Nachunternehmerin, betriebswirtschaftlich und steuerlich zu begleiten.

Reformziele, Reformvorgaben

Der Bund wird absehbar erhebliche Mittel in seine Bundesfernstraßen investieren. Die bereitgestellten Mittel sollen nach Möglichkeit ohne Zeitverzug in Maßnahmen des Neubaus, des Ausbaus, der Erhaltung und der Unterhaltung fließen und die Verfügbarkeit der Strecken im *Gesamtnetz* sicherstellen. Wegen der Bedeutung des überregionalen Verkehrsnetzes für die Wirtschaftskraft des Standortes Deutschland soll insbesondere die gegenwärtig von den Ländern wahrgenommene Verwaltung der Bundesautobahnen organisatorisch vereinheitlicht und dadurch effizienter gemacht werden. Die auf die Bereitstellung der Bundesautobahnen gerichteten Planungs-, Investitions-, Controlling- und Finanzierungsprozesse sollen unter Stärkung der Bauherrenfunktion des Bundes als Straßenbaulastträger *netzweit* in einer Hand verantwortet werden. Dabei soll der Bund dauerhaft Eigentümer der Bundesautobahnen bleiben, und der Bundesgesetzgeber soll im Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen weiterhin bestimmen, für welche Neu- und Ausbaumaßnahmen im Gesamtnetz Bedarf besteht und wie das Netz dadurch fortentwickelt wird. Perspektivisch soll die Finanzierung der Bundesautobahnen auf Basis unmittelbar vom Nutzer bereitgestellter Finanzierungsbeträge vollständig außerhalb des Bundeshaushalts sichergestellt und abgewickelt werden können („Straße finanziert Straße“).

Lösungsansatz

Mit der im Koalitionsvertrag in Aussicht genommenen Reform der Auftragsverwaltung für die Straße können diese Ziele unter dauerhafter Beibehaltung der Eigentümerstellung des Bundes an den Bundesautobahnen erreicht werden. Statt der Länder verwaltet künftig der Bund die Autobahnen. Mit einer als GmbH verfassten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann der Bund sich ein Instrument schaffen, das für ihn die Aufgaben aus der künftig allein dem Bund obliegenden Straßenbaulast für die Bundesautobahnen erledigt. Die Gesellschaft sollte Planung, Neu- und Ausbau, Erhaltung und Unterhaltung, Betrieb, vermögensmäßige Verwaltung und Finanzierung der Bundesautobahnen unter einheitlicher Leitung und unter Anwendung betriebswirtschaftlicher Methoden organisieren. Dadurch entsteht erstmals Transparenz über die mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Kosten und Leistungen. Diese werden sich künftig im Grundsatz unmittelbar im Rechnungswesen einer zu gründenden Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abbilden. Damit würde der Bund die notwendigen Kosten von Ausbau, Erhaltung und Betrieb seines Autobahnnetzes erstmals auf der Basis eines integrierten Rechnungswesens sachlich abgrenzen, verursachungsgerecht zuordnen und beziffern können, wobei die handelsrechtlichen Abschreibungen auf die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen nur dann im Rechnungswesen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abzubilden wären, wenn der Gesellschaft das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen eingeräumt würde.

Die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu gewährleistende Kostentransparenz bietet die Grundlage für die Darlegung der mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Infrastrukturkosten gegenüber dem Parlament und gegenüber dem Nutzer. Zugleich bildet sie die Grundlage für politische Entscheidungen über die Anlastung aller nachgewiesenen Infrastrukturkosten beim Nutzer, über die Fortentwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Infrastrukturbetreiberin für die Autobahnen und zur Mautgläubigerin sowie perspektivisch für politische Entscheidungen über die Etablierung eines haushaltsexternen Finanzierungskreislaufs für die Bundesautobahnen.

Umsetzungsschritte

Zur Abbildung der mit dem Reformvorhaben verbundenen Strukturveränderungen für die Verwaltung der Bundesautobahnen dient ein Phasenmodell. Mit seiner Umsetzung würden zunächst die Voraussetzungen geschaffen, um unter Einsatz der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes Effizienzgewinne durch die Verwaltung des Autobahnnetzes unter *einheitlicher* Leitung zu er-

zielen. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Geschäftsanteile der Gesellschaft dauerhaft beim Bund verbleiben. Auf eine materielle Privatisierung von Straßenbaulast und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sind die vorgeschlagenen Organisationsstrukturen für die Gesellschaft und ihr Geschäftsmodell auftragsgemäß zunächst nicht ausgerichtet. Allerdings bietet das vorgeschlagene Reformkonzept die Perspektive zum Ausbau der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Infrastrukturbetreiberin, welche die ihr entstehenden Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen als Gläubigerin von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe vollständig außerhalb des Haushalts durch Nutzerentgelte refinanziert. In den gutachtlichen Erwägungen wird eine solche Konstellation auch als Zielstruktur bezeichnet, die gewissermaßen den Endpunkt der gutachtlichen Erwägungen markiert, ihrerseits aber weitere Entscheidungen des Gesetzgebers erforderte.

Sofern der Bundesgesetzgeber die Weichen entsprechend stellt, wären in der vorgeschlagenen Zielstruktur Beteiligungen Privater am Stammkapital der Gesellschaft und ggf. auch deren Umwandlung in eine Aktiengesellschaft denkbar. Überdies erbrächte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der vorgeschlagenen Zielstruktur gegenüber den entgeltpflichtigen Nutzern der Bundesautobahnen sowie gegenüber dem Bund umsatzsteuerbare Leistungen. *Vor* Erreichen der vorgeschlagenen, *möglichen* Zielstruktur erbrächte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenüber den entgeltpflichtigen Nutzern der Bundesautobahnen hingegen *keine* umsatzsteuerbaren Leistungen, und aufgrund ihrer Eingliederung in den Bund bei entsprechender Gestaltung auch nicht gegenüber diesem.

Die Kompetenzen des Bundes zur Verwaltung der Bundesautobahnen und seine Befugnis zum Einsatz einer Gesellschaft privaten Rechts sind auf Verfassungsebene zu schaffen. Vergaberechtliche, beihilfenrechtliche, arbeits- und beamtenrechtliche Vorgaben würden einer Umsetzung des Reformvorhabens bei entsprechender Gestaltung nicht entgegenstehen. Soweit für die Umsetzung erforderlich und zweckmäßig, können die rechtlichen Strukturen des einschlägigen Fachrechts durch den einfachen Gesetzgeber angepasst werden (zum Beispiel im Bundesfernstraßengesetz, im Bundesfernstraßenmautgesetz, im Fernstraßenausbaugesetz und im Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs). Die Wirtschaftlichkeit einer Verwaltung der Bundesautobahnen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann durch gezielte Gestaltung der für sie geltenden steuerlichen Rahmenbedingungen gefördert werden.

B. Ziele des Reformvorhabens

1. Die Reform der Bundesfernstraßenverwaltung weist starke gesamtstaatliche Bezüge auf. Sie dient insbesondere den folgenden Zielen:

- Die Verwaltung des Bundesautobahnnetzes soll zusammengefasst und unter einheitliche Leitung des Bundes gestellt werden. Dadurch soll ein funktionierendes und zusammenhängendes Fernstraßennetz im Bund unabhängig von der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit der einzelnen Landesstraßenbauverwaltungen gewährleistet werden.

- Damit verbunden ist eine Entflechtung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen. Es sollen klare und abgegrenzte Sach- und Finanzierungszuständigkeiten für das Bundesautobahnnetz geschaffen werden.

- Die Effizienz bei der Umsetzung von nach dem Fernstraßenausbaugesetz des Bundes geplanten und sonstigen priorisierten Vorhaben (auch der Erhaltung) soll erhöht werden: Prioritäten, die der Bundesgesetzgeber im Bedarfsplan formuliert hat, sollen künftig von der Bundesverwaltung und einer von dieser eingesetzten Organisationseinheit zielgerichtet und effizient aufgegriffen und umgesetzt werden. Perspektivisch sollen die Ausführung der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen und die Finanzierungslast für die Bundesautobahnen in einer Hand liegen.

- Investitionsprozesse (kurz-, mittel-, langfristige Erhaltung, Neu- und Ausbau), Finanzierungsprozesse (Mittelverfügbarkeit) und Planungsprozesse (rechtzeitige Verfügbarkeit von Baurecht) sollen synchronisiert werden, um die bedarfsangemessene Verfügbarkeit des Bundesfernstraßennetzes zu gewährleisten (z. B. Vermeidung von Verzögerungen von Vorhaben). Dadurch soll die Steuerung der genannten Betriebsprozesse verbessert und die Planungssicherheit insgesamt erhöht werden.

- Durch die Synchronisierung von Investition, Planung und Finanzierung soll der Investitionsprozess in die Bundesautobahnen insgesamt beschleunigt, effizienter und transparenter gemacht werden. Dabei sollen Synergien bei der Beschaffung durch ein bundesweit koordiniertes und konsequent gestrafftes Beschaffungswesen gehoben werden.

- Der mit Einführung der Lkw-Maut vollzogene Einstieg in die Nutzerfinanzierung könnte durch Finanzierungsbeiträge der übrigen Nutzer der Bundesautobahnen vervollständigt werden.

- Es sollen bei Bedarf haushaltsexterne Mittel erschlossen werden können, etwa durch die Möglichkeit zur Fremdkapitalaufnahme sowie die Öffnung für privates Beteiligungskapital auf Projektebene, sofern dies wirtschaftlich ist.

- Aufbauend auf der Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen und der sonstigen Bundesfernstraßen soll perspektivisch ein haushaltsexterner Finanzierungskreislauf für Bundesautobahnen/Bundesfernstraßen geschaffen werden können, der vom Bundeshaushalt entkoppelt ist.

- Anreize zur effizienten Organisation und Durchführung des Leistungserstellungsprozesses sollen im künftigen System der Bereitstellung von Bundesfernstraßen möglichen Fehlentwicklungen entgegenwirken. Ineffiziente oder gar monopolartige bzw. zentralistische Strukturen sollen von Anfang an vermieden werden, zum Beispiel durch internen Wettbewerb und regionale Geschäftsstellen. Angestrebt werden ein hohes Maß an Transparenz, eine einheitliche Willensbildung über die zweckmäßigerweise zu treffenden (operativen) Maßnahmen im Bereich der Planung, des Baus, der Erhaltung und Unterhaltung sowie des Betriebs von Bundesautobahnen, die einem einheitlichen Willen unterliegende Maßnahmenumsetzung sowie eine strikte Ziel-, Effizienz-, Kosten-, Erfolgs- und Finanzkontrolle.

C. Verfassungsrechtliche Bezüge des Reformvorhabens

2. Für die Neuordnung der Verwaltungszuständigkeiten für die Bundesfernstraßen verfügt der verfassungsändernde Gesetzgeber über eine im Prinzip unbegrenzte **Zwecksetzungskompetenz**. Unter Inanspruchnahme seiner Zwecksetzungskompetenz kann er die Verwaltungszuständigkeit für die Bundesfernstraßen durch Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG ganz oder teilweise dem Bund zuweisen und für die Bundesfernstraßen dadurch einen anderen Verwaltungs*typus* anordnen. Er kann ferner Vorgaben für den in der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen vorzusehenden Verwaltungs*modus* machen.

3. Bezogen auf die eingangs erwähnten Ziele ist zweckentsprechender Verwaltungstypus für die Bundesfernstraßen deren Verwaltung durch den Bund. Das Reformvorhaben zielt wesentlich auf eine Entflechtung der Verwaltungs- und Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern ab. Die Finanzierungskompetenz des Bundes für die Bundesfernstraßen soll ergänzt wer-

den durch eine **Verwaltungskompetenz**, welche unter anderem das Recht zur Einrichtung und Ausgestaltung der mit der Verwaltung der Bundesfernstraßen betrauten Behörden sowie deren Leitung umfasst. Ein umfassendes Behördenbestimmungsrecht steht dem Bund als Finanzier der Bundesfernstraßen nur zu, wenn er die im Grundgesetz regelmäßig vorgesehene Auftragsverwaltung durch die Länder (Art. 85) durch Bundesverwaltung ersetzt.

4. Der verfassungsändernde Gesetzgeber kann die bisherige Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen ganz oder teilweise (zum Beispiel nur für die Bundesautobahnen) durch Bundesverwaltung ersetzen. Anzuordnen wäre der neue Verwaltungstypus für die Bundesautobahnen bzw. Bundesfernstraßen in einem weitgehend neu zu fassenden **Art. 90 Abs. 2 GG**. In dieser Norm ordnet das Grundgesetz bisher die Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs durch die Länder an.

5. Die Bundesverwaltung muss sich rechtlich nicht zwingend auf alle Bundesfernstraßen erstrecken. Gesichtspunkte wie die Relevanz von Strecken für den überörtlichen Verkehr („Hauptverkehrsachsen“), die Bedeutung von Strecken im Gesamtnetz oder die technischen Anforderungen an Unterhaltung und Betrieb von Strecken können sachlich eine Beschränkung der Bundesverwaltung der Bundesfernstraßen auf die **Bundesautobahnen** tragen. Entsprechendes gilt für den Gesichtspunkt der Finanzierung der Bundesfernstraßen. Für die Bundesautobahnen zieht der Bund die Nutzer zur Deckung der mit der Bereitstellung der Infrastruktur verbundenen Kosten heran (Lkw-Maut, Infrastrukturabgabe). Die Beschränkung der Bundesverwaltung auf Bundesautobahnen wäre auch folgerichtig, namentlich mit Blick auf eine mögliche Entkopplung ihrer Finanzierung von Haushalt und Gemeinlast.

6. Der mit einer Beschränkung des Reformvorhabens auf Bundesautobahnen möglicherweise verbundene Koordinationsbedarf zu den in der Auftragsverwaltung der Länder verbleibenden sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs ist zu identifizieren. Der Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Umstellung der bisherigen Länderverwaltung der Bundesautobahnen auf deren künftige Verwaltung durch den Bund dient eine mehrjährige sog. **Transformationsphase**. Diese Phase bietet unter anderem die Gelegenheit zur Prüfung, ob und inwieweit Koordinationsbedarf zu den in der Verwaltung der Länder verbleibenden Straßenkategorien entsteht.

7. Neben einem anderen Verwaltungstypus für die Bundesautobahnen kann der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 90 Abs. 2 GG auch Maßgaben für den künftigen Verwaltungs*modus* bestimmen. Dem politischen Reformziel einer Stärkung privatwirtschaftlicher Elemente in der Verwaltung der Bundesfernstraßen kann Rechnung getragen werden durch ein dem Bund einzuräumendes Recht, zur Verwaltung der Bundesautobahnen künftig eine **Gesellschaft privaten Rechts** einzusetzen. Vorzusehen wäre dieses Recht in dem neu zu fassenden Art. 90 Abs. 2 GG.

8. Der Modus einer **„privatwirtschaftlich ausgerichteten“** Verwaltung der Bundesautobahnen ist konkretisierungsfähig und vor dem Hintergrund der politischen Vorgaben und Ziele des Reformvorhabens auch konkretisierungsbedürftig. So soll das rechtliche Eigentum an den Bundesautobahnen (Bundesfernstraßen) beim Bund verbleiben, dem nach Art. 90 Abs. 1 GG das Eigentum an den bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen zusteht. Nach der gegenwärtigen Ausgestaltung im Fernstraßengesetz des Bundes ist der Eigentümer der Bundesfernstraßen zugleich Träger der Straßenbaulast (vgl. § 6 Abs. 1 FStrG). Das Rechtsinstitut der Straßenbaulast ist aus Anlass des Reformvorhabens indes nicht notwendigerweise „aufzuschnüren“. Privatwirtschaftliche Elemente können in die Verwaltung der Bundesautobahn durch eine Gesellschaft privaten Rechts auch dann Einzug halten, wenn der Gesellschaft die Aufgaben des Bundes aus dessen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen nicht als solche, sondern „lediglich“ zur Ausführung übertragen werden. Aus der Grundentscheidung für den Verbleib der Straßenbaulast beim Bund als gesetzlichem Straßenbaulastträger und Eigentümer der Bundesautobahnen folgt für den *Modus* der Verwaltung der Bundesautobahnen durch eine Gesellschaft privaten Rechts, dass diese *für den Bund* dessen Aufgaben aus der Straßenbaulast ausführt. Als „Agentin“ des Bundes würde die Gesellschaft insoweit auch seiner Steuerung unterliegen.

9. Der verfassungsändernde Gesetzgeber sollte in den parlamentarischen Beratungen über die Änderungen von Art. 90 Abs. 2 GG und die Ausgestaltung des Transformationsregimes (Art. 143e GG) die Eckpunkte eines Errichtungs- bzw. Neuordnungsgesetzes bereits im Blick haben, um die Spielräume des einfachen Gesetzgebers hinsichtlich des künftigen Modus der (privatwirtschaftlichen) Verwaltung der Bundesautobahnen materiell einzugrenzen. Dem kann zum Beispiel eine Formulierung in Art. 90 Abs. 2 GG dienen, nach der sich der Bund zur Erledigung *seiner* Aufgaben als Stra-

ßenbaulastträger einer Gesellschaft privaten Rechts des Bundes bedienen kann. Damit wäre vorherbestimmt, dass weder die Straßenbaulast für die Bundesautobahnen noch einzelne Teilaufgaben daraus der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als eigene Aufgaben übertragen werden. Der Bund hätte als Inhaber der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen die Aufgabenerfüllung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mithin zu steuern und zu überwachen. Damit würde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Bereitstellung der Bundesautobahnen zum sog. Gemeingebrauch Teil der **Daseinsvorsorge** bleibt.

10. Die Überführung der bisherigen Auftragsverwaltungen der Bundesautobahnen in eine bundesmittelbare Verwaltung unter Einsetzung einer Gesellschaft privaten Rechts bedarf der praktischen Vorbereitung. Ein einheitlicher, personell und sachlich abgegrenzter **Organisationsbestand „Bundesautobahn“** existiert gegenwärtig nicht. Anders als in den Reformfeldern Bundesbahn und Bundespost ist ein personell (hinsichtlich der zugehörigen Beschäftigten) und sachlich (hinsichtlich der eingesetzten Sachmittel und sonstigen Ressourcen) abgegrenztes Sondervermögen des Bundes für die Bundesautobahnen derzeit nicht vorhanden. Der Organisationsbestand „Bundesautobahnverwaltung“ ist demnach eigens aus zahlreichen Herkunftsorganisationen (Landesstraßenbauverwaltungen, Landesbetriebe) zusammenzutragen. Hierzu müssen die Länder die für die Bundesautobahnen tätigen Beschäftigten identifizieren und benennen, damit diese der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft des Bundes oder einem etwa zu gründenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur zugeordnet werden können, welche den Organisationsbestand „Bundesautobahnverwaltung“ künftig repräsentieren.

11. Die Zuordnung der im Bereich der Bundesautobahnen tätigen Beamten und Angestellten zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann im Wege der Versetzung zum Bund und der anschließenden Zuweisung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft **(Beamte)** beziehungsweise durch einen gesetzlichen Betriebsübergang auf die Gesellschaft **(Angestellte)** erfolgen (siehe dazu auch unter Tz. 53 f.). Für die rechtliche Ausgestaltung von Zuweisung und Betriebsübergang kann auf Strukturen und Rechtsinstitute zurückgegriffen werden, die sich bei der Bahn- und der Postreform herausgebildet haben. Der Transformation der bisherigen Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung kann dabei ein verfassungsrechtlich abgesi-

chertes (Art. 143e GG, Tz. 52) und vom einfachen Gesetzgeber auszugestaltendes Transformationsregime dienen.

D. Struktur und Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

12. Aus dem dem Bund im Wege einer Grundgesetzänderung zuzubilligenden Recht, sich zur Erledigung *seiner* Aufgaben als Straßenbaulastträger einer Gesellschaft privaten Rechts zu bedienen, leiten sich die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu erfüllenden **Funktionen und Aufgaben** sowie die Grundzüge ihrer Aufbauorganisation ab:

a) Mit Beendigung der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen werden die Aufgaben, welche in Bezug auf die Bundesautobahnen bisher von den Ländern erfüllt werden, auf den Bund übergehen. Betroffen sind die Aufgaben der sogenannten *externen* Straßenbaulast, mithin die Aufgaben Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und Unterhaltung. Für diese Verwaltungsaufgaben sind bisher die Länder wahrnehmungskompetent. Künftig fallen die Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung und der Unterhaltung der Bundesautobahnen indes in die Verwaltungskompetenz des Bundes. Bereits gegenwärtig verfügt der Bund für die Bundesfernstraßen aufgrund des Typus der Auftragsverwaltung über eine jederzeit aktualisierbare Sachkompetenz und trägt die Finanzierungsverantwortung für die Zweckausgaben (Art. 104a Abs. 2 GG), welche er gegenüber den Ländern bisher im Rahmen der sogenannten *internen* Straßenbaulast wahrnimmt. Mit Übernahme der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung werden externe und interne Straßenbaulast in der Person des Bundes vereint. In der Folge hat der Bund für die Bundesautobahnen **Planung, Neu- und Ausbau, Betrieb, Erhaltung, Unterhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung** künftig „aus einer Hand“ zu organisieren (*„integrierte“* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen).

b) Die genannten Aufgaben bilden den Rahmen für eine Zuweisung von betrieblichen Funktionen an eine Gesellschaft privaten Rechts. Diese sollte als **GmbH** verfasst sein, deren Anteile – dauerhaft oder nur zunächst – vollständig beim Bund verbleiben. Die Rechtsform der GmbH erfüllt die haushaltsrechtliche Vorgabe einer begrenzten Einzahlungsverpflichtung des Bundes auf einen bestimmten Betrag (§ 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO). In der Steuerung und Kontrolle von Beteiligungen in der Rechtsform einer GmbH bestehen in der Bundesverwaltung jahrzehntelange, belastbare Erfahrun-

gen. Die GmbH ist **eine geeignete Rechtsform** zur Sicherung des Bundesinteresses, indem der Geschäftsführung durch den Gesellschafter Bund Weisungen erteilt werden können. In einer als GmbH verfassten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann der Bund die Anforderungen an eine hinreichende Kontrolle über die Gesellschaft zur Erteilung von Aufträgen außerhalb des Kartell-Vergaberechts erfüllen (§ 108 Abs. 1 und 2 GWB). Als eigenständiger, vom Bund verschiedener Rechtsträger erfüllt die als GmbH verfasste Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die formale Voraussetzung für eine Abbildung ihres Ein- und Ausgabeverhaltens außerhalb von Bundeshaushalt und Staatsschuld, die allerdings zusätzlich auf materielle Rechtfertigungsgründe sollte gestützt werden können (siehe dazu unter „Geschäftsmodell"). Sofern der Bund Anteile an der Gesellschaft in Zukunft sollte veräußern wollen und hierfür die notwendigen politischen bzw. parlamentarischen Entscheidungen getroffen werden, würde das GmbH-Recht privaten Investoren einen rechtssicheren Rahmen im Hinblick auf den Schutz und die Durchsetzung von Mitgliedschaftsrechten bieten. Zu gegebener Zeit ist die Umwandlung der Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft möglich, die freilich zuvor politisch zu erwägen und ggf. parlamentsgesetzlich zu entscheiden wäre.

c) Von dem ihm durch Art. 90 Abs. 2 GG n. F. eingeräumten Recht, sich zur Erfüllung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts zu bedienen, macht der Bund als Träger einer nunmehr *integrierten* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen Gebrauch. Das ihm für die Bundesautobahnen damit obliegende Aufgabenspektrum (Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung und Unterhaltung, Finanzierung, vermögensmäßige Verwaltung) kann der Bund von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vollständig oder auch nur zu Teilen erledigen lassen. Mit Blick auf die angestrebten Reformziele (Entflechtung Bund/Länder, „Synchronisierung" von Investition, Planung und Finanzierung unter bundesweit einheitlicher Leitung) ist es dabei zum einen konsequent, die für die Bundesautobahnen vorzuhaltenden Funktionen (Planung, Bau, Erhaltung, Unterhaltung, Betrieb und Verkehr, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung) in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zusammenzufassen und die Bereitstellung der Bundesautobahnen einem einheitlichen Leitungszusammenhang zu unterstellen **(Funktionenbündelung)**. Zur Wahrnehmung ihrer Funktionen sollte die Gesellschaft zum anderen auf (konzern)eigene Ressourcen zurückgreifen können **(Entflechtung)**. Die konsequente Umsetzung der Reformziele mündet damit in dem Leitbild einer **vollintegrierten Gesellschaft**, welche die

Bereitstellung der Bundesautobahnen im eigenen Leitungsbereich organisiert. Die sachliche Legitimation des Gesellschaftshandelns leitet sich dabei zu weiten Teilen aus parlamentsgesetzlichen Vorgaben, insbesondere aus dem Bedarfsplan, dem Bundesfernstraßengesetz und speziell aus einem möglichen Errichtungsgesetz für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab. Durch eine voraussichtlich eher hohe Normierungsdichte des Errichtungsgesetzes in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann das Parlament sein Zugriffsrecht auf die wesentlichen Eckpunkte der künftigen Gesellschaftstätigkeit verwirklichen und ihr damit zugleich sachliche Legitimation vermitteln.

13. Die **Aufbauorganisation** einer vollintegrierten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollte einen lenkenden Arm („Managementaufgaben") und einen ausführenden Arm („Operatives Geschäft") vorsehen. Aus den Zielen des Reformvorhabens leiten sich für die Strukturierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bestimmte Organisationsprinzipien ab:

- **Einheitlichkeit der Leitung:** Bereitstellung der Bundesautobahnen innerhalb eines Verantwortungsbereiches unter Minimierung (Optimierung) von Schnittstellen zu anderen Verwaltungs- bzw. Funktionsträgern, gezielte Ausstattung der Gesellschaft mit hoheitlichen Befugnissen (Beleihung).

- **Zentralität:** Netzweit koordinierte Wahrnehmung der Managementfunktionen durch den lenkenden Arm der Gesellschaft (Beschaffung und Management der betriebsnotwendigen Produktionsfaktoren [Arbeit, Kapital, Boden/Baurecht, Informationen/IT] und Querschnittsfunktionen [Rechnungswesen, Controlling, Revision, Compliance, Vertragsmanagement]).

- **Regionalkompetenz und Vor-Ort-Präsenz:** Erhaltung und ggf. Ausbau regionaler Kompetenz insbesondere für operative Funktionen (z. B. betriebliche Unterhaltung, Bau und Erhaltung, Bauaufsicht, Streckenplanung), organisatorisch abgegrenzt in nach verkehrlichen Gesichtspunkten im Netz angesiedelten regionalen Geschäftsstellen (im Folgenden auch „Autobahndirektionen").

- **(Interner) Wettbewerb:** Steuerung des in den „Autobahndirektionen" wahrgenommenen Geschäfts auf der Grundlage sich herausbildender Standards und Benchmarks (Betriebsvergleich).

- **Effizienz:** Systematische Erschließung von Beschaffungskostenvorteilen durch konsequente Straffung und Konzentration der Beschaffungsprozesse sowie Erschließung von Lernkurvengewinnen durch Standardisierung und kontinuierliche Optimierung der (administrativen) Abläufe in den Querschnittsfunktionen (Finanzierung, IT, Rechnungswesen/Controlling, Personal, Planung, Vertragswesen etc.).

- **Aggregation:** Darstellung der mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen IST-Kosten (Vollkosten) in einem einheitlichen Rechnungswesen als Grundlage der Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen.

Eine zweckmäßige Aufbau- und Ablauforganisation zur Gewährleistung eines aufgabenkonformen und wirtschaftlichen Leistungserstellungsprozesses würde nach Verabschiedung des Errichtungsgesetzes durch die Gesellschaft selbst zu definieren sein. Die Geschäftsleitung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde auch sicherzustellen haben, dass die in der Gesellschaft operierenden Funktions- und Betriebseinheiten miteinander reibungslos agieren. Unter dieser Voraussetzung ermöglicht die Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben des Bundes unter einheitlicher Leitung erhebliche Effizienzgewinne allein schon bei den künftigen Beschaffungskosten der Gesellschaft.

E. Steuerung und Kontrolle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

14. Die Leitungsmacht über die in der Gesellschaft gebündelten Funktionsbereiche wird die Geschäftsführung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übernehmen **(Leitungsorgan)**. Die nach dem Leitbild einer vollintegrierten Gesellschaft aufgestellte Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mbH wird dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen und über einen obligatorischen, mitbestimmten Aufsichtsrat verfügen **(Kontrollorgan)**. Die **Gesellschafterversammlung** nimmt die Rechte des Bundes als Eigentümer der Gesellschaft wahr. Sie kann der Geschäftsführung Einzelweisungen erteilen. Für die Gesellschaft liegt ein Satzungsentwurf vor, der sich an den Grundsätzen des Bundes für eine gute Beteiligungsführung bei Bundesunternehmen orientiert. Dieser definiert unter anderem einen Katalog an zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften, die dem (mitbestimmten) Aufsichtsrat der Gesellschaft vorzulegen sind. Bestimmte Geschäfte, insonderheit der von der Gesellschaft aufzustellende Investitions- und Realisierungsplan

über von ihr umzusetzende Maßnahmen des Neu- und Ausbaus sowie der Erhaltung, werden allerdings der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung vorbehalten, die eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates zu bestimmten Geschäften im Übrigen auch ersetzen kann.

15. Die genannten Organe stellen die **interne Kontrolle** der Gesellschaft und die Bindung des Gesellschaftshandelns an den Willen des Gesellschafters (Bund) sicher. Die Geschäftsführung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unterliegt der **Legalitätspflicht**. Sie hat durch die Wahrnehmung ihrer Organisations- und Überwachungspflicht dafür Sorge zu tragen, dass die Gesellschaft sich rechtmäßig verhält und dabei die Grenzen des Errichtungsgesetzes, ihres Unternehmensgegenstandes und der weiteren Satzungsbestimmungen sowie die Gremienbeschlüsse einhält. Die Geschäftsführung wird sich eines Controllings und einer internen Revision bedienen. Durch die Wahrnehmung seiner Rechte aus § 53 HGrG kann der Bund die **Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung** im Rahmen der Jahresabschlussprüfung überprüfen lassen.

16. Außer durch ein mögliches Errichtungsgesetz, in dem die wesentlichen Aufgaben und Strukturen der Gesellschaft festgelegt werden, steuert der Gesetzgeber das Gesellschaftshandeln (mittelbar) durch den **Bedarfsplan**. Mit ihm bestimmt weiterhin das Parlament den langfristigen Rahmen über die netzweit umzusetzenden Neu- und Ausbaumaßnahmen. Auf der Grundlage des Bedarfsplans wird die Gesellschaft einen mehrjährigen **Finanzierungs- und Realisierungsplan** erstellen, in welchem die Investitionstätigkeit der Gesellschaft festgelegt wird. Über den Bedarfsplan wird die **Investitionstätigkeit** der Gesellschaft mithin zu weiten Teilen (Neubau, Ausbau) unmittelbar demokratisch legitimiert sein. In einem möglichst jährlichen Bericht an den Deutschen Bundestag sollte die Gesellschaft über den Sach- und Kostenstand der Vorhaben und über den Zustand der von ihr betreuten Straßen unterrichten.

17. Unabhängig von gesetzlichen Investitionsmaßgaben sollte die Gesellschaft die im Netz notwendigen Erhaltungsmaßnahmen nach Verfügbarkeits- und Bedarfskriterien planen und in diesem Sinne eine **strategische Erhaltungsplanung** durchführen können. Auch diese bildet sich im Finanzierungs- und Realisierungsplan der Gesellschaft ab. Dieser könnte den vom Haushaltsgesetzgeber als Anlage zum Bundeshaushaltsplan verabschiedeten Straßenbauplan für die Bundesautobahnen perspektivisch vollständig ersetzen. Mit dem **Straßenbauplan** legt gegenwärtig das Parlament die

Verwendung der Straßenbaumittel für die gesamten Bundesfernstraßen fest. Soweit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Umsetzung des Reformvorhabens Mautmittel in der Weise zugewiesen werden, dass diese nicht mehr haushaltswirksam werden, werden diese Mittel dem **parlamentarischen Budgetrecht** künftig entzogen (siehe hierzu unter Tz. 28 f. zur Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft). Sachlich betrifft das die Entscheidung über die Zuführung der Mautmittel in Maßnahmen des Neu- und Ausbaus sowie der Erhaltung *pp*. der Bundesautobahnen. Diese Maßnahmen würden künftig von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in dem von ihr nach Maßgabe von Errichtungsgesetz und Satzung aufzustellenden Finanzierungs- und Realisierungsplan geplant, welcher je nach Ausgestaltung der für die Gesellschaft zu erlassenden Satzung einer Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung unterworfen werden kann (vgl. insoweit bereits unter Tz. 14).

18. Neben die Kontrolle der Gesellschaft durch deren Leitungs- und Kontrollorgane tritt die **Rechts- und Fachaufsicht** über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Tätigkeitsbereichen, in denen die Gesellschaft aufgrund einer entsprechenden Beleihung hoheitliche Befugnisse ausüben wird (z. B. Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung von Bauten an den Bundesautobahnen gemäß § 4 FStrG, Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen gemäß § 8 FStrG). Wahrgenommen werden kann die Rechts- und Fachaufsicht durch das BMVI oder durch ein in seinem Geschäftsbereich zu errichtendes **Bundesamt für Straßeninfrastruktur**.

F. Geschäftsmodell und Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

19. Das Geschäftsmodell der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft beschreibt, für wen die Gesellschaft welche Leistungen erbringt und aus welchen Quellen sie finanziert wird bzw. Erlöse erzielt. Das Geschäftsmodell der Gesellschaft kann sich über mehrere Phasen entwickeln. Die ersten beiden Phasen dienen der Schaffung der notwendigen Organisationsstrukturen für eine künftige Verwaltung der Autobahnen durch die vom Bund zu gründende Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Die anschließenden Phasen erlangen Bedeutung, sofern über die Verwaltungsreform für die Bundesautobahnen hinaus deren Finanzierung künftig vollständig vom Nutzer getragen werden soll.

I. Überblick

20. In einer der eigentlichen Geschäftstätigkeit vorgelagerten Phase wird die Gesellschaft aus den vorhandenen Ressourcen der Landesverwaltungen aufgebaut. In dieser sog. Transformationsphase wird die Gesellschaft im Wesentlichen durch Einlagen des Bundes, ggf. bereits auf Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages finanziert.

21. Mit Aufnahme des Geschäftsbetriebs („Phase 1“) erbringt die Gesellschaft für den Bund Leistungen aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages gegen Aufwendungsersatz. Es handelt sich um die Leistungen, welche die Länder mit Blick auf die Bundesautobahnen derzeit in eigener Wahrnehmungskompetenz erbringen. Die Gesellschaft wird im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung tätig. Das zivilrechtliche und das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen verbleiben beim Bund. Der Aufwendungsersatz kann „anreizreguliert“ werden, etwa indem für bestimmte Kostenarten quantitative Ziele (Benchmarks) vorgegeben werden (z. B. Winterdienst, bestimmte sonstige Betriebsdienstleistungen), oder indem der Gesellschaft qualitative Vorgaben im Hinblick auf die Verfügbarkeit des Autobahnnetzes oder sonstige wesentliche Parameter gemacht werden. Der Entgeltmechanismus unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag für Phase 1 kann abhängig von anzustrebenden Optimierungen für die Organisation und den Leistungserstellungsprozess der Gesellschaft Gegenstand turnusmäßiger Anpassungsentscheidungen sein.

22. Die in der Transformationsphase vorbereiteten und in Phase 1 etablierten Organisationsstrukturen sind teilweise fortzuentwickeln, sofern im Anschluss an die Verwaltungsstrukturen auch die Finanzierung der Bundesautobahnen neu ausgerichtet werden soll. Anlass wäre eine künftige politische Entscheidung, die Bundesautobahnen unter Inanspruchnahme ihrer Nutzer, ggf. ergänzt um erforderliche Kreditmittel Dritter, *vollständig*, insbesondere auch einschließlich der kalkulatorischen Abschreibungen auf den nutzungsbedingten Werteverzehr der Bundesautobahnen, außerhalb des Staatshaushalts finanzieren zu lassen, verbunden mit der Maßgabe, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft selbst Gläubigerin der auf Autobahnen erhobenen Nutzungsabgaben wird. Für eine solche Struktur wäre der Gesellschaft das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen einzuräumen. Der Bund bliebe auch in dieser Struktur zivilrechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen.

23. In einem ersten Schritt würde die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf die Gesellschaft vorbereitet. Hierzu diente die Bestellung eines sogenannten öffentlich-rechtlichen „Nießbrauchs“ zugunsten der Gesellschaft („Phase 2“). Die Bundesautobahnen würden von der Gesellschaft gegen Aufwendungsersatz auf vertraglicher Grundlage dem Bund betriebsbereit zur Nutzungsüberlassung im Rahmen des Gemeingebrauchs zur Verfügung gestellt. Der Geschäftsbesorgungsvertrag aus Phase 1 wäre entsprechend fortzuschreiben. Empfänger von Leistungen der Gesellschaft wäre weiterhin ausschließlich der Bund. Umsatzsteuer hätte der Bund auf von der Gesellschaft in Anspruch genommene Leistungen nicht zu entrichten, wenn und soweit die Gesellschaft als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Umsatzsteuerrechts eingeordnet und damit umsatzsteuerlich in den Bund eingegliedert wird (dazu unter Tz. 63).

24. Sobald die der Gesellschaft entstehenden Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen vollständig durch vom Bund zugewiesene Nutzerentgelte gedeckt werden können, würde die durch Einräumung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Bundesautobahnen eingeleitete Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums vervollständigt. Hierzu hätte sich der Bund zu verpflichten, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Wertersatz für den Fall einer Beendigung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs zu leisten. Durch diese Maßnahme ginge das *wirtschaftliche* Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft über. Mit Vollzug dieser Schritte, für die dem Bund eine gesetzliche Ermächtigung einzuräumen wäre, stellte die Gesellschaft die Bundesautobahnen den Nutzern selbst gegen Entgelt zur Verfügung (Phase 3). Sie agierte nicht mehr als „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“, sondern als Infrastrukturbetreiberin und Mautgläubigerin. Rechtsgrundlagen für die Erhebung der Nutzungsentgelte wären weiterhin das BFStrMG bzw. das Infrastrukturabgabengesetz. Daneben bestünde ein gegenüber Phase 2 modifizierter Vertrag mit dem Bund für Leistungen, welche die Gesellschaft weiterhin nur für den Bund erbringt. Sowohl gegenüber dem Bund als auch gegenüber den entgeltpflichtigen Nutzern erbrächte die Gesellschaft nunmehr (ab Phase 3) umsatzsteuerbare Leistungen (siehe im Weiteren unter Tz. 63 f).

II. Die Phasen im Einzelnen

1. „Transformationsphase“ – Vorbereitung der Geschäftstätigkeit

25. Nach Inkrafttreten eines möglichen Errichtungsgesetzes wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegründet. Die Gesellschaft trifft zunächst nur Vorbereitungshandlungen zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs und ist noch nicht aktiv. Sie wird ihren Geschäftsbetrieb erst dann aufnehmen, wenn sie über die erforderlichen Ressourcen verfügt, mithin über Personal und Sachmittel. Diese sind gegenwärtig noch in den Ländern gebunden, welche daher übergangsweise (bis zum Abschluss der Transformationsphase) auch noch den „Betrieb“ der Bundesautobahnen sicherstellen. Gleichzeitig wird bereits die Transformation der bisherigen Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung unter Einschaltung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorbereitet. Hierzu nehmen die Länder das **Personal** und die **Sachmittel** sowie ggf. die Verträge und Rechtsverhältnisse auf, welche der Verwaltung der Bundesautobahnen derzeit dienen. Unter Anleitung des Bundes – und ggf. mit Unterstützung der Gesellschaft – werden diese Sachverhalte nach einheitlichen Maßgaben erfasst, strukturiert, bewertet, zu Betriebseinheiten zusammengefasst und dem Bund bzw. der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit dem Ziel zugeordnet oder übertragen, dass diese selbst ab einem noch zu bestimmenden Zeitpunkt betriebsfähig sein wird. Parallel zur Vorbereitung der Transformation durch die Länder wird die bereits gegründete Gesellschaft die organisatorischen und **betriebswirtschaftlichen Strukturen** schaffen sowie die Sachmittel beschaffen, welche die Übernahme des Personals sowie der sächlichen und sonstigen Betriebsmittel aus den Auftragsverwaltungen der Länder und den Aufbau betriebswirtschaftlich zweckmäßiger Abläufe vorbereiten bzw. ermöglichen sollen. Wesentliche Aufgaben in der Transformationsphase sind die Erarbeitung einer **IT-Strategie** für die Gesellschaft, die konkrete Konzeption der **Aufbau- und Ablauforganisation** sowie ein Umsetzungskonzept zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit und der Aufbau von geeigneten IT-Strukturen.

26. Für die Vorbereitung der Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollte ein Zeitraum von mindestens drei Jahren veranschlagt werden (vgl. auch unter Tz. 45 f.)

2. „Phase 1“ – Aufnahme des Geschäftsbetriebs und betriebswirtschaftliche Ausrichtung

27. Sofern der verfassungsändernde Gesetzgeber durch eine Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG diese Möglichkeit eröffnet, bedient sich der Bund auf dieser Rechtsgrundlage der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Erfüllung *seiner* Aufgaben aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen. Die Gesellschaft erbringt Leistungen der Planung, des Neu- und Ausbaus, der Erhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen mithin für den Bund. Dieser vergütet der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die von ihr erbrachten Leistungen. Es wird empfohlen, den Leistungsaustausch zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in einem **Geschäftsbesorgungsvertrag** zu regeln.

28. Die Vergütung **(Finanzierung)** der Gesellschaft durch den Bund fußt auf **zwei Säulen**.

a) Zum einen wird der Bund seine Vergütungspflicht unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag dadurch erfüllen, dass er der Gesellschaft die **Mittel aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe** zuweist. Die Erhebung der Lkw-Maut selbst soll nach den gegenwärtigen Planungen des BMVI nicht Gegenstand der Gesellschaftstätigkeit sein. Durch die Vereinnahmung der ihr zugewiesenen Mautmittel erzielt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Erlöse.

b) Soweit die Erlöse der Gesellschaft nicht zur Deckung der ihr entstehenden Kosten ausreichen, gewährt der Bund jährlich – durch Haushaltsgesetz bereitzustellende – **zusätzliche Haushaltsmittel**, die der Gesellschaft als weitere Erlöse zufließen. Der Unterdeckungsausgleich ist neben der Zuweisung des Aufkommens aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe in Phase 1 die zweite Finanzierungssäule der Gesellschaft.

c) Die Gesellschaft sollte – zusätzlich zu den unter a) und b) genannten Finanzierungsquellen – ferner das Recht erhalten, bei Bedarf **Kredite** aufnehmen zu können. In der Frühphase der Geschäftstätigkeit ist die Aufnahme von Fremdkapital durch die Gesellschaft indes allenfalls zur vorübergehenden Abdeckung von Liquiditätslücken geplant (vgl. zur Kreditfähigkeit daher auch unter Tzn. 32 und 42).

29. In seiner Grundstruktur sollte das Geschäftsmodell für die Gesellschaft von Anfang an auf eine klare **Trennung der Verantwortlichkeiten** gerichtet sein. Wesentliche Voraussetzung hierfür ist eine in sich schlüssige Ab-

grenzung von Aufgabe, Befugnis und Verantwortung. In dem vorgeschlagenen Modell geschieht das nicht allein durch die vom Gesetzgeber ggf. beschlossene Zuweisung von Straßenbaulastaufgaben des Bundes auf die Gesellschaft zur Ausführung (Errichtungsgesetz), sondern ergänzend anhand des unter Tz. 21 angesprochenen Geschäftsbesorgungsvertrages. Mit ihm konkretisiert der Bund als Träger der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen die Erwartungen, die er mit der künftigen Ausführung seiner Aufgaben durch die Gesellschaft verknüpft. Durch den Geschäftsbesorgungsvertrag spezifiziert der Bund die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihm gegenüber zu übernehmende Verantwortung für eine wirtschaftliche und ordnungsgemäße Ausführung seiner Straßenbaulastaufgaben. Mit Hilfe des Geschäftsbesorgungsvertrages kann der Bund mithin einerseits den von der Gesellschaft zu verantwortenden „Output" steuern (Qualitäten, Kosten, Verfügbarkeiten, Zeiten; vgl. bereits Tz. 21). Neben der Zuweisung von Aufgabe und Verantwortung muss der Geschäftsbesorgungsvertrag der Gesellschaft andererseits aber auch aufgaben- und verantwortungsadäquate Befugnisse zuweisen. Dazu gehören ganz wesentlich die Bereitstellung der zur Aufgabenerledigung erforderlichen Finanzmittel sowie darüber hinaus die Vermeidung einer Rückverlagerung von Verantwortung auf den Bund, die zum Beispiel entstehen könnte, wenn sich die Gesellschaft – über die Festlegung des weiterhin vom Gesetzgeber zu beschließenden Bedarfsplans hinaus – vom Bund für jedes Geschäftsjahr ein konkretes Arbeitsprogramm und aus ihm folgend für jedes Jahr ein durch den Haushaltsgesetzgeber erneut festzustellendes Jahresbudget genehmigen lassen müsste. Eine solche Steuerung der Gesellschaft „auf Sicht" vermittelte ihr keine angemessene Befugnis zur Einteilung und Planung der für die langfristige Verantwortungsübernahme notwendigen Finanzmittel und Ressourcen. **Planungssicherheit** und **finanzielle Handlungsfähigkeit** werden der Gesellschaft am ehesten zuteil, wenn sie vom Bund unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag – anstelle von diesem bemessener und haushaltsjährlich zugewiesener „Verwaltungskosten" – verlässliche Vertragsentgelte beanspruchen kann. Zur Herstellung der finanziellen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft (Befugnis) ist es angesichts der von der Gesellschaft zu erfüllenden Aufgaben (Verantwortung) zusammenfassend konsequent, ihr gleich von Beginn ihrer Geschäftstätigkeit an das Mautaufkommen so zuzuweisen, dass die **Mautmittel nicht mehr haushaltswirksam** werden, sondern der Gesellschaft als Zahlung auf das Geschäftsbesorgungsentgelt direkt zufließen. Mit dieser Gestaltung würde zudem dem Reformziel Rechnung getragen, die Bundesautobahnen unter Erhebung kostendeckender Nutzerentgelte künf-

tig außerhalb des Bundeshaushalts finanzieren zu können (**„Finanzierungskreislauf Straße“**).

30. In rechtlicher Hinsicht stehen für eine Zuweisung der Mautmittel unterschiedliche Wege zur Verfügung. In der Frühphase der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, in welcher die Gesellschaft noch für den Bund als dessen Geschäftsbesorgerin tätig ist, empfiehlt es sich, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hinsichtlich des Aufkommens aus der **Lkw-Maut** einen (zivilrechtlichen) Nießbrauch an den Forderungen zu bestellen, die dem Bund nach dem BFStrMG zustehen. Bei dieser Gestaltung räumt der Bund der Gesellschaft nicht sogleich Fruchtnutzungsrechte an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen ein, sondern „lediglich“ an den Erlösen, welche der Bund aus der Erhebung der Lkw-Maut erzielt. Konkret sollte die Gesellschaft gemäß §§ 1068, 1074 BGB ein Einziehungsrecht an den Forderungen erhalten, die der Bund gegenüber dem Betreiber des Mautsystems im Sinne von § 4 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. BFStrMG (derzeit Toll Collect) hat. Sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Fremdmittel aufnehmen und künftige Erlöse aus der Einziehung der Bundesforderungen gegenüber dem Betreiber als Kreditunterlage einsetzen wollen, so bedürfte sie einer ergänzenden Belastungsvollmacht des Bundes, welcher der Gesellschaft mit diesem Schritt einen sog. Dispositionsnießbrauch an den Forderungen einräumte. Die Beschränkung des Nießbrauchs auf die dem Bund zustehenden Forderungen ist in der Frühphase der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft unter anderem deshalb empfehlenswert, weil sie unterstreicht, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu Beginn ihrer Geschäftstätigkeit eher noch „Hilfsbetrieb“ des Staates (Bundes) bzw. in diesen eingegliedert ist. Die anfängliche Einordnung der Gesellschaft als „Hilfsbetrieb“ bzw. als „sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts“ ist aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht geboten (siehe zur Steuerbarkeit der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen im Weiteren auch unter Tz. 41 und 62 f). Dem Bund sollte im BFStrMG eine gesetzliche Befugnis dafür eingeräumt werden, an seinen Forderungen gegenüber dem Betreiber des Mautsystems Rechte zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu begründen.

31. Die rechtliche Ausgestaltung der Zuweisung des Aufkommens aus der **Infrastrukturabgabe** hängt von der künftigen Ausgestaltung des Erhebungssystems für diese Abgabe ab. Auch das Infrastrukturabgabengesetz ermöglicht es, die Erhebung der Abgabe auf einen privaten Dritten („Betreiber“) zu übertragen. Anders als bei der Lkw-Maut ist für die Erhebung

der Infrastrukturabgabe ein Betreiber gegenwärtig noch nicht eingesetzt. Von der Strukturierung des Erhebungsverfahrens wird abhängen, ob der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft am Netto-Aufkommen aus der Abgabe eigens noch Rechte eingeräumt werden müssen, damit diese das Netto-Aufkommen unmittelbar vereinnahmen kann. Für diesen Fall wäre eine entsprechende Befugnis des Bundes im Infrastrukturabgabengesetz vorzusehen.

3. „Phase 2" – Vollständige Nutzerfinanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie Vorbereitung einer etwaigen Phase 3

32. Haushalts- und infrastrukturpolitisch weist das Reformvorhaben enge Bezüge zu Überlegungen auf, die Bundesautobahnen künftig ausschließlich durch ihre Nutzer zu finanzieren. Indem die Straßenbaulastaufgaben des Bundes für die Bundesautobahnen weitestgehend „aus einer Hand" wahrgenommen werden, werden bereits in Phase 1 die Kosten der Bereitstellung eines bundesweit leistungsfähigen Autobahnnetzes in Gestalt des Aufwendungsersatzanspruchs der Gesellschaft aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrages sichtbar. Sofern und sobald die Bereitstellungskosten für die Infrastruktur (nahezu) vollständig aus erhobenen Straßenbenutzungsentgelten finanziert werden können, sollten der Gesellschaft nur noch die Einnahmen aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe zugewiesen werden, Haushaltsmittel im Übrigen aber nicht mehr. Ggf. wären vorübergehende Finanzierungslücken durch kurzfristig aufgenommenes Fremdkapital zu ergänzen (siehe bereits unter Tz. 28). Sobald die Gesellschaft Chancen und Risiken der Bereitstellung der Bundesautobahnen *wirtschaftlich* ohne Zuführung von konventionellen Haushaltsmitteln tragen kann, ist sie wirtschaftlich in der Lage, im Hinblick auf die Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung die Rolle des „Straßenbaulast-Dienstleisters" (Geschäftsbesorgers) zu verlassen und stattdessen in die Rolle einer Infrastrukturbetreiberin vorzurücken. Sofern dieser Schritt vollzogen werden soll, was zu gegebener Zeit politisch zu entscheiden wäre, hätten die *vorbereitenden* Schritte für diesen Systemwechsel zum Ende von Phase 2 zu erfolgen.

4. „Phase 3" – Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als *wirtschaftliche* Eigentümerin der Bundesautobahnen und als Gläubigerin von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe

33. Um den Systemwechsel herbeizuführen, wird der Gesellschaft das **wirtschaftliche Eigentum** an den Bundesautobahnen eingeräumt. Dieses ge-

schieht, sobald die Chancen und Risiken der Bundesautobahnen von der Gesellschaft getragen werden können. Nur durch Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Infrastrukturkosten in ihrem Rechnungswesen unmittelbar und vollständig abbilden können. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen vermittelt der Gestaltung überdies einen deutlichen Zugewinn an Rechtssicherheit hinsichtlich der staatsschuldenrechtlichen Rechtfertigungsfähigkeit einer nicht nur formellen Trennung der Finanzierungslasten für die Bundesautobahnen von Bundeshaushalt und staatlichem Sektor. Das **rechtliche Eigentum** an den Bundesautobahnen verbleibt in dem hier vorgeschlagenen Modell dauerhaft beim Bund.

34. Das *wirtschaftliche* Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen kann der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nur unter bestimmten, qualifizierten Voraussetzungen rechtssicher zugerechnet werden. Im Kern muss die Gesellschaft die Chancen und Risiken der Bundesautobahnen *unabhängig vom Bund* tragen. Dieser Bedingung wird die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft am ehesten gerecht, wenn die Gesellschaft *eigene Rechte* an den Nutzungen der Bundesautobahnen (Mautaufkommen) erhält, zusätzlich aber auch *eigene Pflichten* hinsichtlich der Erhaltung und Unterhaltung der Bundesautobahnen trägt, ohne dadurch jeweils rechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen bzw. Träger der gesetzlichen Straßenbaulast zu werden. Hierzu soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft so gestellt werden, als wäre sie Nießbraucherin der Bundesautobahnen. Dem Nießbraucher einer Sache stehen typischerweise auf der einen Seite die Nutzungen aus der Sache zu. Auf der anderen Sache hat der Nießbraucher die Sache ordnungsgemäß zu erhalten.

35. Wegen der sog. Widmung der Bundesautobahnen als Bundesfernstraße (§ 2 Abs. 1 FStrG) kann an den Grundstücken der Bundesautobahnen ein Nießbrauch nach den zivilrechtlichen Vorschriften allerdings nicht bestellt werden. Durch die Zugehörigkeit einer Grundfläche zu einer öffentlichen Straße wird das zivilrechtliche Eigentum an der betreffenden Grundfläche durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts überlagert. Um die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft so zu stellen wie einen zivilrechtlichen Nießbraucher, bedarf es daher einer besonderen öffentlich-rechtlichen Gestal-

tung, welche die zivilrechtlichen Wirkungen des Nießbrauchs auf andere Weise begründet. Die vorliegende Begutachtung spricht insoweit von einem **„öffentlich-rechtlichen Nießbrauch“** an den Bundesautobahnen. Das der Gesellschaft einzuräumende öffentlich-rechtliche „Nießbrauchsrecht“ sollte dabei nicht nur die privatrechtlichen Befugnisse des Eigentümers der Bundesautobahnen umfassen, sondern insbesondere auch die öffentlich-rechtlichen Befugnisse, welche durch die straßenrechtliche Widmung begründet werden und welche die privatrechtliche Sachherrschaft des Eigentümers überlagern. In der Folge würden der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten (also Chancen und Risiken) an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen umfassend zustehen. Dem Bund sollte im Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs die gesetzliche Befugnis eingeräumt werden, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine entsprechende Rechtsposition einzuräumen.

36. Allein durch die Begründung einer Rechtsposition zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach dem Leitbild des genannten öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs kann das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen der Gesellschaft allerdings noch nicht rechtssicher zugeordnet werden. Wenn die Gesellschaft die mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Infrastrukturkosten unmittelbar und vollständig in ihrem Rechnungswesen abbilden und den Vermögenswert der Bundesautobahnen in der Folge auch in ihrer Handelsbilanz ausweisen können soll, dann muss der Bund der Gesellschaft über den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch hinaus weitere Rechte einräumen. Konkret sollte die dem Bund vom einfachen Gesetzgeber einzuräumende Befugnis, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Bezug auf die Bundesautobahnen so zu stellen wie einen Nießbraucher, zusätzlich die Berechtigung des Bundes umfassen, sich gegenüber der Gesellschaft für den Fall der Beendigung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs zum **Wertersatz bis zur Höhe des Verkehrswertes** der Vermögensgegenstände zu verpflichten. Nach den insoweit einschlägigen Maßstäben schüfe der Bund *erst hierdurch* die Voraussetzungen für eine dauerhafte Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, nicht aber bereits durch Einräumung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs.

37. Die näheren Bedingungen der vorstehend beschriebenen Rechtseinräumung waren im Rahmen unserer Begutachtung nicht herauszuarbeiten. Grundsätzlich kann der Bund der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch an den Bundesautobahnen und den vorgenannten Wertersatzanspruch unentgeltlich oder (teilweise) entgeltlich einräumen. Im Falle der unentgeltlichen Übertragung würde die Einlage des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf der Passivseite der Kapitalrücklage der Gesellschaft zugeführt. Soweit die Rechtseinräumung entgeltlich erfolgen sollte, würden anstelle der **Kapitalrücklage** Gesellschafterdarlehen und/oder langfristige Verbindlichkeiten zu passivieren sein.

38. Als wirtschaftliche Eigentümerin der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen im Sinne von § 1 Abs. 4 FStrG hätte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft diese in den **Sachanlagen** ihrer Bilanz als Aktiva auszuweisen. Auf die Wertminderung der Bundesautobahnen wären jährliche Abschreibungen zu bilden und in der Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft als Aufwand auszuweisen. Im Jahresabschluss der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würden auf diese Weise die Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Gemeingebrauchsnutzung nahezu vollständig sichtbar. Lediglich soweit die Bereitstellung der Bundesautobahnen im BMVI, einem etwa zu gründenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur oder an dritter Stelle sonstige unmittelbar zurechenbare „Systemkosten“ verursacht, wären diese im Rechnungswesen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht erfasst.

39. Bei Ausweis des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen in der Bilanz der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde eine detaillierte und belastbare Zahlengrundlage sowohl im Hinblick auf die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen als auch im Hinblick auf die künftige Ausgestaltung der Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen zur Verfügung stehen **(transparente Vollkostenanlastung)**. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erscheint überdies im Hinblick auf eine künftige Abbildung der Gesellschaft außerhalb des Staatssektors als konsequent. Sollte die Gesellschaft zur Finanzierung der von ihr zu realisierenden Neubau-, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen künftig Fremdmittel aufnehmen können oder wollen, so wäre durch eine vom Bund abgegrenzte Konzentration der Chancen und Risiken der Bereitstellung der

Bundesautobahnen in der Gesellschaft eine Struktur gegeben, aufgrund derer sich nach den Regeln des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen **(ESVG 2010)** die Klassifizierung der Gesellschaft als für den Markt produzierende öffentliche Kapitalgesellschaft rechtfertigen ließe, verbunden mit der Einordnung der Gesellschaft als Einheit, die in der volkswirtschaftlichen Statistik außerhalb des Staatssektors zu führen wäre. Notwendig wäre insoweit allerdings auch, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mehr als die Hälfte der ihr entstehenden Kosten für die Bereitstellung der Bundesautobahnen durch Vereinnahmung sog. signifikanter Preise von Autobahnnutzern deckt. Hierbei handelt es nicht um eine Vorgabe für die auch weiterhin vom Gesetzgeber festzulegende Höhe von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe, sondern um einen fachlichen Maßstab im Zusammenhang mit der Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Bezug auf die sog. Maastricht-Kriterien[1]. Sobald das Geschäftsmodell für die Gesellschaft und die wesentlichen rechtlichen Grundlagen ihrer Geschäftstätigkeit definiert sind (Errichtungsgesetz, Satzung, Geschäftsbesorgungsvertrag, Geschäftsplanung), empfiehlt sich zur Einordnung der Gesellschaft die Einholung eines sog. ***ex ante advice*** bei **Eurostat**. Für die nach ESVG gebotene Einordnung der Gesellschaft als „Marktproduzent" wird Eurostat allerdings ggf. auch das Belastungskonzept der künftig erhobenen Infrastrukturabgabe anhand der Kriterien für das Vorliegen „signifikanter Preise" zu würdigen haben.

---

[1] **Hinweis:** Die Anforderung „signifikanter Preis" ergibt sich, wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Zusammenhang mit der nach Art. 126 Abs. 2 AEUV zu gewährleistenden Überwachung von Schuldenstand und Defizitquote für die Bundesrepublik Deutschland („Maastricht-Kriterien") nicht dem Sektor „Staat" zugerechnet werden soll, sondern den öffentlichen Unternehmen. Hauptfunktion von öffentlichen Unternehmen ist die Herstellung von Marktgütern unter anderem in der Weise, dass die Kosten für die Herstellung der Marktgüter mindestens zu 50% durch Verkäufe dieser Güter gedeckt werden. Ist diese Voraussetzung gegeben und beeinflusst das für Marktgüter geforderte Entgelt die Nachfrage nach diesen Gütern, spricht das insoweit einschlägige ESVG (Europäisches System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen) von einem „signifikanten Preis". Das Vorliegen oder Nichtvorliegen von signifikanten Preisen entscheidet dabei im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft allerdings lediglich darüber, ob die Gesellschaft zu den öffentlichen Unternehmen gezählt werden kann oder nicht. Die Anforderung „signifikanter Preis" bedeutet darüber hinaus aber nicht, dass der nationale Gesetzgeber von ihm vorgesehene Zahlungspflichten für bestimmte Leistungen – hier: die Bereitstellung von Bundesautobahnen zur Nutzung – zwingend in die Form eines privatrechtlichen Entgeltes kleiden muss. Ebenso wenig präjudiziert der Maßstab des „signifkanten Preises" den nationalen Gesetzgeber dahingehend, dass die Höhe von Straßenbenutzungsabgaben künftig unmittelbar von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft festgelegt werden müsse. Signifikanter Preis im vorstehenden Sinne können also grundsätzlich auch die Lkw-Maut und die künftige Infrastrukturabgabe sein, wenn sie wie bisher vom Staat (Bund) festgesetzt werden. Ihr Erhebungsmodus muss aber – anders als typischerweise (nichtlenkende) Steuern – grundsätzlich auch die Nachfrage nach Autobahnnutzungen beeinflussen können. Für die gegenwärtig erhobene Lkw-Maut erscheint diese Voraussetzung als erfüllbar. Dafür, dass die Lkw-Maut „signifikant" ist, spricht bereits, dass sie das Nutzerverhalten beeinflusst (Ausweichverkehre).

40. Alternativ zu den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen könnte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach Maßgabe der ihr konkret eingeräumten Rechte den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch als immateriellen Vermögensgegenstand aktivieren. Entsprechend verfährt die österreichische Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft **(ASFINAG)**. Dieser wurde durch die Republik Österreich ein Recht zur Fruchtnießung am hochrangigen Straßennetz eingeräumt. Abschreibungen setzt die ASFINAG auf das Fruchtgenussrecht nicht an. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist im Vergleich zum ASFINAG-Modell konsequenter und erscheint daher als vorzugswürdig. Sie erhöht die Rechtfertigungsfähigkeit einer haushaltsextern, außerhalb des Staatssektors organisierten Finanzierung der Bundesautobahnen sowohl im Hinblick auf die nationalen Regelungen des Staatsschuldenrechts als auch – wie unter Tz. 39 dargelegt – im Hinblick auf die Regelungen nach dem ESVG.

41. Sofern die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein öffentliches Nießbrauchsrecht mit den zuvor beschriebenen Merkmalen (Wertersatzanspruch) eingeräumt erhielte, würde der Bund – obgleich weiterhin rechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen – von der Nutzung derselben verdrängt. Die Gesellschaft hingegen hätte nicht nur das Recht zum Besitz an den Bundesautobahnen, sondern trüge überdies die Verpflichtung, die Bundesautobahnen bedarfsgerecht zu erhalten und dem Verkehr bereitzustellen. In dieser Konstellation spricht vieles dafür, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Leistungserbringerin gegenüber den Nutzern anzusehen **(„Infrastrukturbetreiberin“)**. Jedenfalls soweit für die Benutzung von Bundesautobahnen Gegenleistungsabgaben (Vorzugslasten) erhoben werden, welche einen individuell-zurechenbaren Vorteil der Autobahnnutzer dafür abgelten sollen, dass diesen die Bundesautobahnen zur Nutzung bereitgestellt werden, wäre künftig die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als diejenige Einheit zu betrachten, welche die Bundesautobahnen im Rahmen etwa eines Gebühren- oder Beitragsschuldverhältnisses faktisch und rechtlich zur Nutzung bereitstellt. Da die mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Kosten von ihr, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, veranlasst würden, könnte der Gesellschaft nach allgemeinen abgabenrechtlichen Grundsätzen auch der Ertrag einer von den Nutzern erhobenen Abgabe zum sog. Kosten- oder auch Vorteilsausgleich zustehen; die Höhe der Abgaben würde indes weiterhin vom Gesetzgeber nach Maßgabe der einschlägigen gesetzlichen Maßstäbe festgesetzt. Ungeachtet dessen

würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unmittelbar als Gläubigerin der betreffenden Abgabe auftreten können, insbesondere auch als Gläubigerin der Lkw-Maut. Als Unternehmerin im Sinne des Umsatzsteuerrechts erbrächte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in dieser Konstellation für die entgeltpflichtigen Nutzer der Bundesautobahnen umsatzsteuerbare Leistungen. Damit würde die Gesellschaft nicht mehr im Wesentlichen für den Bund tätig. In der Folge wäre die Gesellschaft umsatzsteuerlich auch nicht mehr in den Bund eingegliedert, so dass sie nicht mehr als sonstige Einrichtung öffentlichen Rechts angesehen werden könnte. Im Ergebnis hätten die Nutzer auf die bei ihnen erhobenen Abgaben (Lkw-Maut, Infrastrukturabgabe) den jeweils gültigen Mehrwertsteuersatz zu entrichten.

42. Wie auch in § 3 des österreichischen Bundesstraßen-Mautgesetzes 2002 für die ASFINAG geregelt, könnte der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch eine entsprechende Änderung des BFStrMG sowie des InfrAG ebenfalls die Rechtsstellung als Gläubigerin von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe eingeräumt werden. Mit diesem Schritt wäre das Geschäftsmodell für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vollständig entwickelt. Stellte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Bundesautobahnen ihren Nutzern in dieser Zielstruktur im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vollständig unabhängig von Haushaltsmitteln zur Verfügung, so könnte in dieser Phase, sofern wirtschaftlich, auch die Aufnahme und planmäßige Rückführung von Fremdkapital Bestandteil der regelmäßigen Investitions- und Finanzierungsplanung der Gesellschaft sein.

43. Ergänzend könnte zu entscheiden sein, ob die Gesellschaft nach Erreichen der möglichen **Zielstruktur** auch die *Erhebung* von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe verantworten soll. Die Verlagerung auch der Abgabenerhebung auf die Gesellschaft würde eine weitere Phase *jenseits* von Phase 3 markieren, für die ihrerseits dieser Schritt jedoch nicht notwendig ist.

G. Planungsrechnung

44. Um die wirtschaftlichen Dimensionen der geplanten Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu erfassen und deren Auswirkungen für den Bund darzustellen, wurde eine **Planungsrechnung** für die Gesellschaft aufgestellt. Die Planungsrechnung umfasst einen Betrachtungszeitraum von **2017 bis 2046**. Sie bildet unter Berücksichtigung der unter Tz. 19 ff. beschriebenen Phasen und nach Maßgabe der für die Phasen je-

weils angenommenen handels- und steuerrechtlichen Verhältnisse ab, wie sich Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft ab ihrer Gründung im Jahr 2017 und ab Betriebsbeginn der Gesellschaft im Jahre 2020 entwickeln. Die in der Planungsrechnung verarbeiteten Eingangsdaten zu Mittelherkunft und Mittelverwendung beruhen unter anderem auf den Haushaltszahlen des Bundes auf den 31. Dezember 2013. Die Ansätze wurden anhand ausgewählter Sekundärdaten plausibilisiert, auf den aktuellen Kenntnisstand fortgeschrieben und für die Abbildung der künftigen Kostenverläufe planmäßig indexiert. Bei der Mittelherkunft wurden die in der Haushaltsrechnung 2013 des Bundes ausgewiesenen Einnahmen aus der Lkw-Maut zugrunde gelegt. Diese wurden unter im Einzelnen getroffenen Annahmen auf den Beginn der Planungsrechnung per 1. Januar 2020 fortgeschrieben und um der Gesellschaft nicht zur Verfügung stehende Einnahmeanteile bereinigt. Für das Aufkommen aus der Infrastrukturabgabe wurde für die Zwecke der Planungsrechnung ein Plansatz vom BMVI vorgegeben. Bei der Mittelverwendung geht die Planungsrechnung dauerhaft von Investitionen in Neubau, Ausbau und Erhaltung der Bundesautobahnen auf dem Niveau der aktuellen Investitionsplanung des BMVI aus (**Investitionshochlauf**), der jährlich fortlaufend preisangepasst wird.

45. Die **Personalkosten** wurden basierend auf der Annahme geplant, dass die in den Auftragsverwaltungen der Länder gegenwärtig mit der Verwaltung der Bundesautobahnen befassten Beschäftigten in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vollständig weiterbeschäftigt werden. Die IST-Zahlen der in den Ländern gegenwärtig im Teilbetrieb Bundesautobahnen tätigen Beschäftigten wurden nicht erhoben. Gespräche mit Auftragsverwaltungen haben gezeigt, dass die Länder unterschiedliche Verwaltungsstrukturen aufweisen und für die Wahrnehmung einzelner Straßenbaulastaufgaben dabei teilweise auch Organisationseinheiten mit Zuständigkeiten für mehrere Straßenkategorien vorhalten (zum Beispiel gemeinsame Planung für Bundesautobahnen, sonstige Bundesstraßen und Landesstraßen). Sofern hierdurch gegenwärtig Synergien realisiert werden, würden diese mit Umsetzung des Reformvorhabens aufgehoben. Den Betriebsdienst für die Bundesautobahnen haben die Länder überwiegend eigenständig organisiert (Ausnahme vereinzelte Mischmeistereien).

46. Die (mitarbeiterbezogene) Abgrenzung der allein für die Bundesautobahnen einzusetzenden Personalkapazitäten soll in der **Transformationsphase** erfolgen. Es empfiehlt sich, in einem etwaigen Errichtungsgesetz für

die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Einzelheiten zur Erfassung und Abgrenzung der in den Ländern vorhandenen „Betriebsteile Bundesautobahn“ zu regeln. Die personelle und sachliche Abgrenzung der „Betriebsteile Bundesautobahn“ zum Zwecke ihrer Zuordnung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bildet das Kernstück der Transformationsphase. Für sie ist gegenwärtig in der Planungsrechnung ein Zeitraum von drei Kalenderjahren angesetzt, der je nach Gründungsdatum für die Gesellschaft und den dann bestehenden Erkenntnissen ggf. aber auch weiträumiger geplant werden sollte.

47. Eine IST-Aufnahme der der Bereitstellung der Bundesautobahnen zurechenbaren Kosten der Länder wurde nicht durchgeführt. Es konnten jedoch von den Ländern bzw. von Landesbetrieben bereitgestellte Zahlenangaben zur Plausibilisierung der Planungsrechnung verwendet werden. Sobald und soweit im Zuge der Transformationsphase Plan-Daten durch Ist-Daten ersetzt werden können, sollte die für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgestellte Planungsrechnung fortgeschrieben werden. Auf diese Weise sollte die Sicherheit bezüglich der angenommenen Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bereits in der Transformationsphase systematisch erhöht werden.

48. Konkret geht die Planungsrechnung derzeit davon aus, dass mit der Ausführung der Straßenbaulastaufgaben für die Bundesautobahnen ca. 11.200 Personen befasst sein werden. Dieser Ansatz wurde aus einer Hochrechnung auf das Gesamtnetz abgeleitet. Mangels konkreter Daten über das in den Ländern derzeit mit den Bundesautobahnen beschäftigte Personal wurde hilfsweise auf Angaben aus der Auftragsverwaltung des Freistaates Bayern zurückgegriffen. Diese Angaben wurden auf der Grundlage der Länge des von der Autobahndirektion Nordbayern betreuten Streckennetzes auf den Bund hochgerechnet.

49. Der für die Planungsrechnung gewählte Ansatz selbst (Tz. 48) sowie Aspekte der Zuordnung von Beschäftigten zum BMVI bzw. zum Bundesamt für Straßeninfrastruktur sollten während der Transformationsphase validiert und fortgeschrieben werden. Zum jetzigen Zeitpunkt ist eine „bessere Zahl“ für das künftige Personalgerüst der Bundesautobahnverwaltung indes nicht verfügbar. Auf dieser Grundlage wurde daher auch der **Erfüllungsaufwand** des Bundes für die Umsetzung des Reformvorhabens ermittelt. Übernehmen der Bund selbst bzw. die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die hochgerechneten 11.200 Beschäftigten von den Ländern, so bedeutet das

für den Bund (die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft) im Jahr 2020 einen Personalaufwand in Höhe von rd. 385,0 Mio. EUR und einen Aufwand für die Ausstattung des übernommenen Personals mit Sachmitteln in Höhe von rd. 106 Mio. EUR. Entsprechendes gilt für die Folgejahre.

H. Gestaltungsfragen

50. Die Transformation der bisherigen Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung birgt angesichts der Komplexität des Reformvorhabens auch **Risiken**. Zum Beispiel können die Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen für den Bund höher ausfallen als geplant. Ursache könnte zum Beispiel ein unerwartet hoher Faktoreinsatz (Arbeit, Kapital – und mithin „Zeit") für die Transformation selbst sowie in der Folge ein verzögerter Betriebsbeginn der Gesellschaft sein. Kostenerhöhungs- bzw. Verzögerungsrisiken können sich in Form von zusätzlichen Nutzeneinbußen und/oder Kostenerhöhungen für die Gesamtwirtschaft sowie für den einzelnen Nutzer niederschlagen, wenn die Umstellung auf den neuen Verwaltungstypus umstellungsbedingte Reibungsverluste hervorruft und damit zusätzliche Verfügbarkeitsengpässe (Stauzeiten) oder Projektverzögerungen verursacht.

51. Zur Vermeidung bzw. Minimierung von **Transaktionskosten** (zum Beispiel ungeplante oder unnötige Zusatzkosten, Zeitverzögerungen) hat auch eine zweckmäßige Strukturierung sowohl des Transformationsprozesses als auch der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft beizutragen. Anzusprechen ist auch in diesem Zusammenhang erstens das Transformationsregime (nachfolgend unter Tz. 52 ff.). Zweitens sollte die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft von Anfang an so ausgerichtet werden, dass keine Rechtspositionen Dritter berührt werden, welche eine durch die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ausgelöste Verletzung ihrer Rechte gerichtlich überprüfen lassen könnten. In Rede stehen insoweit vor allem Rechte privater Marktteilnehmer auf den diskriminierungsfreien Zugang zu öffentlichen Aufträgen sowie auf die Unterlassung wettbewerbsverzerrender Begünstigungen einzelner Marktakteure (dazu Tz. 55 ff.). Drittens sollte die Strukturierung der künftigen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft die wirtschaftlichen, insbesondere die haushaltspolitischen Ziele des Bundes fördern können. Insoweit ist namentlich die umsatzsteuerliche Behandlung der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „Straßenbaulast-Dienstleister" für den Bund zu erbringenden Leistungen in den Blick zu nehmen (dazu Tz. 62).

52. Die möglichst reibungslose Verfügbarkeit der Bundesautobahnen auch in der **Transformationsphase** sollte zum einen dadurch gefördert werden, dass die Länder die Bundesautobahnen in dieser Phase noch in Auftragsverwaltung führen. In Anlehnung an die Übergangsvorschriften für Bahn und Post könnte das übergangsweise Fortbestehen der Auftragsverwaltung in einem neuen **Art. 143e GG** angeordnet werden. Um dem Bund im Hinblick auf die während der Transformationsphase zu erledigenden Neuordnungsaufgaben gegenüber den Ländern eine hinreichende **Direktions- und Anordnungsbefugnis** zu sichern, sollten die in der Auftragsverwaltung bereits angelegten Ingerenzrechte des Bundes (Art. 85 GG) in dem neuen Art. 143e GG mit Blick auf eine rechtssichere Gestaltung des Übergangs eigens noch gestärkt werden. Zusätzlich sollte dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für Angelegenheiten eingeräumt werden, die sich aus der Umwandlung der Auftragsverwaltung in eine Bundesverwaltung der Bundesautobahnen ergeben.

53. Erfolgskritisch ist für das Gelingen des Übergangs nicht nur eine konstruktive Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern, sondern auch ein reibungslos verlaufender **Personalübergang**. Dazu trägt im Hinblick auf den bereits unter Tz. 11 angesprochenen Betriebsübergang von Beschäftigungsverhältnissen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kraft Gesetzes bei, wenn die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer so gestellt werden wie bei einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang. In einem möglichen Errichtungsgesetz, das den gesetzlichen Betriebsübergang näher auszugestalten hat, sollte daher ein entsprechendes Widerspruchsrecht der Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer und Auszubildenden verankert werden. Als zweckmäßig erscheint in diesem Zusammenhang ferner eine gesetzliche Regelung, dass die Länder die Arbeitnehmer frühzeitig über ihr Widerspruchsrecht zu unterrichten haben. Geregelt werden sollte des Weiteren die Anwendung der für Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer und Auszubildende jeweils geltenden Tarifverträge des Bundes sowie die übergangsweise Fortgeltung bestehender Dienst- als Betriebsvereinbarungen. Rechtlich sollte der Übergang der Arbeitsverhältnisse von den Ländern auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf der Grundlage eines gesetzlichen (= durch Errichtungsgesetz angeordneten) Betriebsübergangs organisiert werden. Bei zweckentsprechender Gestaltung kann die Zusatzversorgung für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen, über die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder („VBL“) fortgeführt werden. Dazu muss die Verkehrsinfrastruktur-

gesellschaft an der VBL beteiligt sein können und mit dieser eine Beteiligungsvereinbarung abschließen. Die nach der Satzung der VBL erforderlichen Voraussetzungen einer Beteiligung sind für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft grundsätzlich erfüllbar. Im praktischen Ergebnis ist die Beteiligung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an der VBL zur Vermeidung von Transaktionskosten zwingend sicherzustellen, da andernfalls erhebliche Ausgleichszahlungen an die VBL zu leisten wären.

54. Rechtssicherheit sollte ein Errichtungsgesetz auch hinsichtlich der Rechtsstellung der von der Umstellung betroffenen **Beamtinnen und Beamten** gewährleisten. Als empfehlenswert erscheint insoweit eine Versetzung zum BMVI bzw. zu einem ggf. zu errichtenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur. Soweit Beamtinnen und Beamte von dort der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen werden, sollte ihnen unter Wahrung ihrer beamtenrechtlichen Stellung eine ihrem Amt entsprechende Tätigkeit zugewiesen werden. Hierzu und zu den Befugnissen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenüber den ihr zugewiesenen Beamtinnen und Beamten sollten in einem möglichen Errichtungsgesetz entsprechende Regelungen vorgesehen werden. Unter Rückgriff auf die im Zuge von Bahn- und Postreform entwickelten Strukturen sollten Landesbeamte zunächst zum Bund versetzt und sodann der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Diensterbringung zugewiesen werden, wobei die Gesellschaft ggf. auch mit Dienstherrenbefugnissen beliehen werden könnte. Die Verteilung der Versorgungslasten zwischen den Ländern und dem Bund könnte sich nach dem Versorgungslastenverteilungs-Staatsvertrag richten, der seit dem 1. Januar 2011 grundsätzlich auf bund- und länderübergreifende Dienstherrenwechsel anzuwenden ist. Danach hätten die Länder an den Bund einen einmaligen pauschalisierten Abfindungsbetrag zur Abgeltung ihres in der Vergangenheit entstandenen Versorgungslastanteils zu entrichten. Die Höhe des Abfindungsbetrages wird – für alle abgebenden Länder gemeinsam und unter bestimmten Annahmen über Anzahl, Besoldung und Altersstruktur der Beamten – auf ca. 371 Mio. EUR geschätzt, wenn die Überleitung zum 1. Januar 2020 erfolgen würde.

55. Für den **diskriminierungsfreien Zugang privater Marktteilnehmer zu öffentlichen Aufträgen** besteht wirksamer Rechtsschutz. Auch unter Verstoß gegen vergaberechtliche Regelungen bereits erteilte oder realisierte öffentliche Aufträge unterliegen der Vergabenachprüfung (§ 135 GWB). Sofern ein Vertragsschluss (Zuschlag) erst noch bevorsteht, kann das Verga-

beverfahren durch einen rechtzeitig erhobenen Nachprüfungsantrag ausgesetzt werden (Primärrechtsschutz). Bereits geschlossene öffentliche Aufträge können von Anfang an unwirksam und Anknüpfungspunkt für Schadenersatzforderungen (Sekundärrechtsschutz) oder für Rückabwicklungsansprüche sein. Auch der zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgesehene Geschäftsbesorgungsvertrag (siehe unter Tz. 26 ff.) kann insofern Gegenstand vergaberechtlicher Auseinandersetzungen werden. Die künftige Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist von vergaberechtlichen Risiken insofern strikt freizuhalten.

56. Der Abschirmung vergaberechtlicher Nachprüfungsrisiken würde zunächst die vollständige Vermeidung vergaberechtsrelevanter Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dienen. Statt die von der Gesellschaft für den Bund zu erfüllenden Leistungen in einem entgeltlichen Vertrag, dem Geschäftsbesorgungsvertrag, zu regeln, könnte eine ausschließlich gesetzliche Einsetzung der Gesellschaft in ihre künftigen Pflichten erwogen werden. Ergänzend zu den Regelungen in einem möglichen Errichtungsgesetz könnten der Gesellschaft Detailaspekte ihrer Tätigkeit durch Verordnung, Verwaltungsakt oder Erlass aufgegeben werden. Realistischerweise jedoch wird bei dem heutigen Kenntnisstand über die notwendigen und zweckmäßigen Regelungsgegenstände für die künftige Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht ausgeschlossen werden können, dass in der Praxis **unvorhergesehener, ergänzender Regelungsbedarf** auftreten wird. Unter anderem die Einzelheiten der Bereitstellung von Haushaltsmitteln des Bundes in Phase 1 (gleichbleibender oder nach bestimmten Kriterien betragsmäßig variabler Mittelfluss? Einbeziehung der Gesellschaft in das Abruf- oder HKR-Verfahren? Fälligkeiten?), aber auch die Einzelheiten betreffend die Erstellung des Investitions- und Finanzierungsplans seitens der Gesellschaft und ihre Steuerung durch quantitative und qualitative Vorgaben des Bundes (dazu bereits Tz. 29) dürften einen Regelungsbedarf erzeugen, der den Rahmen gesetzlicher Festlegungen verlässt und überdies in angemessener Weise dem Bedürfnis nach Anpassungsentscheidungen bzw. nach Korrekturen früherer Festlegungen Rechnung trägt. Wenngleich aus vergaberechtlicher Sicht die Einsetzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in die Aufgabenausführung allein durch Gesetz vorzugswürdig sein mag, um dadurch von vornherein jeglichen Anknüpfungspunkt für beschaffungsrelevantes Handeln des Bundes („öffentlicher Auftrag“) zu vermeiden, so erschiene eine allein vergaberechtlich motivierte Vorfestlegung auf die

praktische Machbarkeit einer Einsetzung und Steuerung der Gesellschaft ausschließlich durch gesetzliche bzw. untergesetzliche Normen unter praktischen Gesichtspunkten als problematisch. Für eine wirtschaftlich bzw. „unternehmerisch“ handelnde Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der Rechtsform der GmbH erscheint die Annahme einer konsensualen Begründung und ggf. auch Anpassung ihrer wesentlichen Leistungspflichten im Übrigen auch als systemkonform. Der hier empfohlene Geschäftsbesorgungsvertrag schafft der Gesellschaft insoweit auch die notwendige **Rechtsicherheit**, indem sie vertragliche Konsultationsrechte wahrnehmen und/oder Vertragsanpassungsverlangen geltend machen kann, um *eigeninitiativ* auf eine Balance zwischen ihren Rechten und ihren Pflichten hinwirken zu können. Eine ähnliche Konstruktion wurde auch bei der Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft des Bundes (VIFG) realisiert und hat sich dort – wenngleich in kleinerem Rahmen – der Sache nach bewährt.

57. Solange die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine kostendeckenden Entgelte von den Nutzern der Bundesautobahnen vereinnahmt und vom Bund daher zusätzliche Haushaltsmittel erhält [siehe zu dieser „zweiten Säule“ auch unter Tz. 28], lässt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und der Gesellschaft mit den vorstehenden Erwägungen in den Phasen 1 und 2 mithin nicht rechtssicher von einer Einordnung als entgeltlicher Vertrag abschirmen. Insofern empfiehlt es sich, die künftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft so zu strukturieren, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag in statthafter Weise außerhalb des Vergaberechts geschlossen und – den praktischen Erfordernissen folgend – angepasst werden kann. In Ermangelung rechtssicherer Alternativen, die namentlich nicht bedenkenfrei in den Vorschriften des Art. 51 AEUV oder des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB gefunden werden können, wird insoweit die Schaffung und Erhaltung der Voraussetzungen für eine **zulässige *inhouse*-Vergabe** des Geschäftsbesorgungsvertrages empfohlen (§ 108 Abs. 1 GWB). Diese Empfehlung bedingt unter anderem, dass die **Gesellschaft als GmbH** und **ohne private Kapitalbeteiligung** gegründet wird. Für eine als Aktiengesellschaft gegründete Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ließe sich das für eine zulässige *inhouse*-Vergabe des Geschäftsbesorgungsvertrages notwendige Kontrollkriterium demgegenüber nicht rechtssicher darstellen. Die Schaffung und Erhaltung *inhouse*-fähiger Beauftragungsstrukturen ist dessen ungeachtet auch aus umsatzsteuerlicher Sicht zielkonform, indem sie das Eingegliedertsein der Gesellschaft in den Staat (Bund) unterstreicht (dazu unter Tz. 62). Sie hin-

dert eine spätere Umwandlung der Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft überdies nicht. Diese sollte allerdings erst dann erfolgen, wenn die Gesellschaft nicht mehr als „Straßenbaulast-Dienstleister“ für den Bund, sondern als Infrastrukturbetreiberin tätig ist (vgl. Tzn. 19 und 41).

58. Auch das **Beihilfenrecht** begründet neben besonderen Verfahrensrechten subjektive Rechte Dritter und garantiert Rechtsschutz. Gewährte die Bundesrepublik Deutschland der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für ihre Geschäftstätigkeit eine Beihilfe, so würde die betreffende Maßnahme dem sog. **Durchführungsverbot** unterliegen. Dieses wird als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB angesehen. Wettbewerber können gegen unzulässige Beihilfen zivilrechtliche und wettbewerbsrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche geltend machen. Die Kommission kann die Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen zuzüglich Zinsen anordnen.

59. In praktischer Hinsicht empfiehlt sich daher, hinsichtlich der Qualifizierung einer Maßnahme als Beihilfe frühzeitig **Rechtssicherheit anzustreben**. Im Vordergrund sollte dabei zunächst die Frage stehen, ob die Errichtung und die „Ingangsetzung“ der Gesellschaft sowie deren Finanzierung seitens des Bundes überhaupt Maßnahmen umfassen, die tatbestandlich eine Beihilfe darstellen. Ist das nicht der Fall, so besteht auch keine Notifizierungspflicht gegenüber der Kommission, und so eröffnet die Kommission auch das Hauptprüfverfahren nicht, um darin die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Beihilfenrecht des AEUV zu prüfen. Soweit aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland bei der Feststellung, dass eine von ihr intendierte Maßnahme gerade keine Beihilfe darstellt, Zweifelsfragen bestehen, können diese mit der Kommission vor einer ggf. notwendigen Anmeldung der Maßnahme informell erläutert werden.

60. Die Aufnahme **informeller Vorab-Kontakte** mit der Kommission empfiehlt sich namentlich auch mit Blick auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Ggf. lassen sich gezielte Hinweise der Kommission auch noch im Gesetzgebungsverfahren für ein zu beschließendes Errichtungsgesetz aufgreifen.

61. Als **begünstigungsrelevante Maßnahmen** könnten insbesondere der unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu regelnde Aufwandsausgleich sowie die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen in Betracht kommen.

a) Solange die Gesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag im Wesentlichen noch als „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ für den Bund agiert und noch nicht als Infrastrukturbetreiberin gegenüber den Nutzern auftritt, kann gegenüber der Kommission mit guten Gründen argumentiert werden, dass die Gesellschaft **keine wirtschaftliche Tätigkeit** ausführt und es ihr insoweit an der für Art. 107 Abs. 1 AEUV notwendigen Unternehmenseigenschaft fehlt. Denn die Einsetzung der Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erledigung von dessen Aufgaben aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen eröffnete keinen Markt, wenn der Bund Aufgaben aus seiner Straßenbaulast für die Bundesautobahnen ausschließlich der Gesellschaft zur Ausführung übertrüge, ein Errichtungsgesetz Dritten aber insoweit keine subjektiven Rechte vermittelte. Der insoweit anzustellende hypothetische Wettbewerbstest fiele bei diesem Befund negativ aus: Der Bund übertrüge mit einem so gestalteten Errichtungsgesetz allein der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Aufgaben aus seiner Straßenbaulast für die Bundesautobahnen zur Ausführung. Mit dieser Wirkrichtung bliebe das Errichtungsgesetz eine rein innerstaatliche Organisationsmaßnahme. Es eröffnete für die Wahrnehmung der Aufgaben aus der Straßenbaulast des Bundes keinen Wettbewerbsmarkt, sondern würde lediglich bewirken, dass die in den Autobahnverwaltungen (der bisher schon nicht „wirtschaftlich“ handelnden Länder) gebundenen Ressourcen gemeinsam mit dem Zuständigkeitswechsel zum neuen Verwaltungsträger gelangen. Als Geschäftsbesorgerin für den Bund speziell zur Erledigung von Aufgaben aus der Straßenbaulast würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft somit nicht in einem Marktumfeld tätig werden. Sie würde als unternehmerisch agierende Einheit gleichwohl einen „strategischen Einkauf“ aufbauen und gezielt auf die Beschaffungsmärkte zugehen können, indem sie Lieferungen und Leistungen von Dritten bezieht, um die gegenüber dem Bund bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Nicht wirtschaftlich (unternehmerisch) würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Übrigen auch in solchen Tätigkeitsfeldern agieren, in denen sie aufgrund einer entsprechenden Beleihung Aufgaben wahrnimmt, die nach der in Deutschland gegebenen Zuständigkeitsordnung dem Staat vorbehalten sind **(Ausübung hoheitlicher Befugnisse** z. B. bei der Erteilung von Sondernutzungsgenehmigungen, vgl. dazu unter Tz. 18).

Im Zuge der empfohlenen Vorab-Kontakte sollte der Entwurf eines möglichen Errichtungsgesetzes darauf hin erörtert werden, ob die Kommission die Einordnung des Errichtungsgesetzes als nicht marktöffnende, wohl aber

innerstaatliche Organisationsmaßnahme teilt. In der Folge würde die unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag geregelte Finanzierung der Gesellschaft durch Bereitstellung von Haushaltsmitteln keine Beihilfe darstellen („*no aid*“). Der der Gesellschaft vom Bund gewährte Ausgleich wäre durch die Bundesrepublik Deutschland demnach auch nicht als Beihilfe anzumelden.

b) Als begünstigende Maßnahme des Staates zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kommt des Weiteren die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen in Betracht. Ihr geht die Einräumung des „öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs“ zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraus (siehe Tz. 34). Nach dem bisherigen Kenntnisstand geht der Gesetzentwurf der Bundesregierung davon aus, dass der Bund dieses Recht aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung im FStrVermG ausschließlich der Gesellschaft einräumt. Zu dem Zeitpunkt, in dem die Rechtseinräumung in Betracht kommt, wird die Gesellschaft noch als „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ agieren und damit eine Tätigkeit ausüben, die mit guten Gründen als nichtwirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Beihilfenrechts angesehen werden kann [siehe soeben unter lit. a)]. In der Folge wird die Bestellung des öffentlich-rechtlichen „Nießbrauchs“ zugunsten der Gesellschaft sowie in deren Folge die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zur Gesellschaft den Beihilfentatbestand bereits deshalb nicht erfüllen, weil die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht als „Unternehmen“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist.

c) Die der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eingeräumten Rechtspositionen wirken indessen auch in die spätere Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Infrastrukturbetreiberin hinein. Sofern die Gesellschaft dann eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und als Unternehmen im Sinne des Unions-Beihilfenrechts zu gelten hat, kann die Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs mithin auch noch in dieser Phase als Begünstigung in Betracht kommen. Nach den von der Kommission vertretenen Maßstäben muss der bloße Umstand der entgeltlichen Bereitstellung von Infrastruktur zwar noch nicht für eine wirtschaftliche Tätigkeit sprechen, wenn die Höhe des Nutzungsentgelts (weiterhin) vom Staat festgesetzt wird. Auch ist nicht absehbar, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Zukunft tatsächlich selbst die Lkw-Maut und die Infrastrukturabgabe erheben wird. Dennoch erscheint die Einordnung der künftigen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als unternehmerisch bzw. wirtschaftlich im Sinne des Beihilfenrechts

durchaus als möglich. Sollte das so sein, so könnte gegen das Vorliegen einer Beihilfe gleichwohl sprechen, dass sich der Bund mit der planmäßigen Verwirklichung des Phasenmodells im Prinzip nicht anders verhält als ein **privater Investor**. Die Erwägung, Investition und Betrieb von Anlagekomplexen (z. B. von Immobilien) nach außerhalb der Bilanz zu verlagern, findet sich auch in der Privatwirtschaft. Der Einsatz von Special Purpose Vehicles (SPV) bzw. von Zweckgesellschaften (Objektgesellschaften) verfolgt unter anderem das Ziel der Konzentration von Haftungsrisiken in der betreffenden Objektgesellschaft. Die Schaffung eines haushaltsunabhängigen Nutzerfinanzierungskreislaufs für die Bundesautobahnen unter dauerhafter Verschonung des Bundeshaushalts folgt einer vergleichbaren Transaktionslogik. Mit ihr verbunden ist die vorherige Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit den für eine Haftungsabschirmung notwendigen Rechten („Stand-Alone-Finanzierung"; hier durch Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen). Ob das im Phasenmodell angelegte Transaktionskalkül den **Privatinvestortest** „besteht", sollte rechtzeitig vor dem Auslösen von Phase 3 unter Berücksichtigung der dann bekannten Einzelheiten geprüft werden, insonderheit in Bezug auf die dann feststehenden ökonomischen Bedingungen der Rechtseinräumung. Bei dem genannten Privatinvestortest handelt es sich um einen im europäischen Beihilfenrecht verankerten Maßstab zur beihilfenrechtlichen Würdigung von staatlichen Maßnahmen. Nach diesem Maßstab ist eine Maßnahme nicht als beihilfenrelevante Begünstigung anzusehen, wenn sie in vergleichbarer Situation auch von einem unter normalen Marktbedingungen handelnden privaten Marktakteur vorgenommen worden wäre.

d) Als Beihilfen zu wertende Interventionen des Bundes zur Reduzierung der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu tragenden Versorgungslasten sind auf Grundlage der für die Planungsrechnung und den beamten- und arbeitsrechtlichen Transformationsprozess getroffenen Annahmen gegenwärtig nicht absehbar.

62. Nach der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgestellten Planungsrechnung werden in der Gesellschaft für die aus den Auftragsverwaltungen zu übernehmenden Beschäftigten jährliche Personalaufwendungen in der Größenordnung von rd. 685 Mio. EUR [= 385 Mio. EUR zusätzliche Personalkosten + 300 Mio. EUR Betriebsdienst] sowie ein Aufwand für die Ausstattung des übernommenen Personals mit Sachmitteln in Höhe von weite-

ren rd. 106 Mio. EUR (jeweils Preisstand 2020) anfallen (vgl. zu den zusätzlichen Personalaufwendungen aus der Übernahme von Landesbeschäftigten bereits Tz. 48). Mit den Beschäftigten wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab Beginn ihrer Geschäftstätigkeit Leistungen für den Bund erbringen. Auf die von der Gesellschaft für den Bund erbrachten Leistungen wird der Bund Umsatzsteuer zu entrichten haben, wenn die Gesellschaft **umsatzsteuerlich als Unternehmer** einzuordnen ist und demnach umsatzsteuerbare Tätigkeiten erbringt. Die Höhe der in der Gesellschaft künftig anfallenden Personalkosten deutet an, dass die **Umsatzsteuerbarkeit der von der Gesellschaft erbrachten Leistungen** für die Wirtschaftlichkeit der vorgeschlagenen Leistungsbeziehungen erheblich ist. Denn sofern die Gesellschaft mit dem ihr zugeordneten Personal für den Bund umsatzsteuerbare Leistungen erbringt und für die Leistungen Vertragsentgelte erhält, würde der Bund auf nach den Grundsätzen der Kostenerstattung kalkulierte Vertragsentgelte zusätzlich Umsatzsteuer zu entrichten haben.

63. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erbringt *gegenüber dem Bund* keine umsatzsteuerbaren Leistungen, wenn und soweit die Finanzverwaltung die Gesellschaft in den frühen Phasen ihrer Geschäftstätigkeit steuerlich als **sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts** einordnet. Hierbei handelt es sich um einen Tatbestand des Unionsrechts (Mehrwertsteuersystemrichtlinie), der erfüllt sein kann, wenn eine Einheit Tätigkeiten ausübt, die ihr „im Rahmen der öffentlichen Gewalt“ obliegen. Soweit das der Fall ist, gilt eine solche Einheit nicht als Steuerpflichtige, wobei der Europäische Gerichtshof im Oktober 2015 entschieden hat, dass das auch für eine Einheit in der Rechtsform einer (portugiesischen) Aktiengesellschaft der Fall sein kann. Die nach dem Europäischen Gerichtshofs in der betreffenden Rechtssache („Saudacor“) insoweit zu beachtenden Anforderungen sind auch für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft darstellbar. Anknüpfungspunkt ist auch hier der Umstand, dass die Gesellschaft ihre Leistungen für den Bund als dessen „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ öffentlichrechtlich nicht als eigene Aufgabe erbringt, sondern als Bestandteil der vom Bund als Straßenbaulastträger für die Bundesautobahnen vorgesehenen Bereitstellungsorganisation des Bundes (Tz. 8). Um Rechtssicherheit zu erlangen, bedarf es für die künftige umsatzsteuerliche Behandlung der Gesellschaft indessen einer **verbindlichen Auskunft** beim zuständigen Sitzfinanzamt der Gesellschaft. *Gegenüber den (entgeltpflichtigen) Nutzern* der Bundesautobahnen erbringt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (umsatz-)steuerbare Leistungen, sofern sie als Mautgläubigerin Lkw-Maut und Inf-

rastrukturabgabe im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vereinnahmt (vgl. insoweit bereits unter Tz. 41). Vorgesehen ist das für Phase 3. Mit Erreichen von Phase 3 würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aller Voraussicht nach auch nicht mehr als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Umsatzsteuerrechts eingeordnet werden können. In der Folge hätte der Bund auf weiterhin von der Gesellschaft empfangene Leistungen voraussichtlich Umsatzsteuer zu entrichten. Der Umfang der vom Bund bei der Gesellschaft abzurufenden Leistungen würde sich ab Phase 3 allerdings signifikant reduzieren, da die Gesellschaft die betriebsbereiten Bundesautobahnen nunmehr unmittelbar den (engeltpflichtigen) Nutzern gegen Entgelt zur Verfügung und diesen auch in Rechnung stellt.

64. Neben der Einordnung der Gesellschaft als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Umsatzsteuerrechts lassen sich aus der „Staatsnähe“ der Gesellschaft in den Frühphasen ihrer Geschäftstätigkeit auch Rechtfertigungsgründe für eine **ertragsteuerliche Privilegierung** ableiten. Dem Gesetzgeber steht grundsätzlich die Befugnis zu, bestimmte Tätigkeiten und Steuerpflichtige von der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer zu befreien. Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 GG) und des Gebots, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, bedarf es jedoch einer sachlichen Rechtfertigung der Privilegierung durch die Steuerbefreiung.

65. Sachlicher Anknüpfungspunkt für eine **Befreiung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von den Ertragsteuern** sind die Übernahme staatlicher Aufgaben und Pflichten (des Bundes) im Rahmen der Bundesautobahnverwaltung und die Wahrnehmung der damit verbundenen Gemeinwohlinteressen. Wird die Ertragsteuerbefreiung vom Gesetzgeber angeordnet, so zahlt die Gesellschaft auf etwa entstehende Gewinne weder Körperschaft- noch Gewerbesteuer. In der Satzung der Gesellschaft kann bestimmt werden, dass Gewinne nicht ausgeschüttet werden und vollen Umfangs für Gesellschaftszwecke, mithin für die Verkehrsinfrastruktur einzusetzen sind. Da nicht auszuschließen ist, dass ein etwaiger Erwerb wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine Grunderwerbsteuerpflicht auslösen könnte, wird vorsorglich angeregt, diesen Erwerb von der **Grunderwerbsteuer** auszunehmen.

I. Resümee

66. Die **Herausforderungen für die Umsetzung des Reformvorhabens** bestehen **zusammenfassend** darin, politische Vorgaben („Ziele“) und rechtliche Rahmenbedingungen so in Einklang zu bringen, dass der Reformprozess geordnet durchlaufen werden kann. Der Reformprozess selbst zeichnet sich durch eine außerordentliche Komplexität aus, weil ein integrierter „Bundesautobahnbetrieb“ des Bundes derzeit noch gar nicht besteht. Demnach ist auch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eigens noch aus zahlreichen Herkunftsorganisationen (Auftragsverwaltungen, Landesbetrieben) zusammenzutragen. Um die damit verbundenen Durchführungsrisiken beherrschbar zu machen, empfiehlt sich die Umsetzung des Reformvorhabens in den beschriebenen Phasen.

67. Die politischen Ziele für das Reformvorhaben und die Anforderungen an seine rechtssichere Umsetzung spiegeln sich in der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wider, welche sich mit den einzelnen Phasen wandelt. Zunächst bleibt die Gesellschaft ein Instrument des Bundes, indem sie dessen Aufgaben aus dem Eigentum an den Bundesautobahnen sowie aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen ausführt. Bereits zu diesem Zeitpunkt kann sich die Gesellschaft allerdings betriebswirtschaftlich ausrichten und organisieren (Tz. 12 f.) und auch unternehmerisch handeln („strategische Erhaltungsplanung“ [Tz. 17]; „strategischer Einkauf“ [Tz. 61 lit. a]). Obgleich die Gesellschaft ihre Wertschöpfung bereits an privatwirtschaftlichen Kriterien orientiert und damit einem weiteren Reformziel Rechnung trägt, bleibt sie noch „Dienststelle“ des Bundes, um die Umsetzung des Reformvorhabens vor vergaberechtlichen Risiken abzuschirmen (Tz. 57). Sie kann darüber hinaus „sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts“ sein, um zusätzliche Umsatzsteuerlasten des Bundes zu vermeiden (Tz. 63). Die politische Vorgabe aufgreifend, dass der Bund rechtlicher Eigentümer an den Bundesautobahnen und Inhaber der gesetzlichen Straßenbaulast bleibt, kann die für das Errichtungsgesetz erwogene Einsetzung der Gesellschaft als (insoweit exklusive) Agentin des Bundes zur Erledigung von dessen Straßenbaulastaufgaben (dazu Tz. 8) des Weiteren als organisationsinterne Maßnahme des Staates angesehen werden. Mit dieser Argumentation kann die Tätigkeit der Gesellschaft für den Bund beihilfenrechtlich als nicht wirtschaftliche Tätigkeit eingeordnet werden, was mit der Kommission allerdings vorsorglich noch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu erörtern ist (Tz. 60 f.).

68. Solange die Bundesautobahnen nicht vollständig durch Nutzerentgelte und ergänzend aufgenommene Fremdmittel finanziert werden können, ist die anfängliche Ausrichtung der Gesellschaft als „Hilfsbetrieb“ des Staates bzw. als dessen Geschäftsbesorgerin sachdienlich und konsequent. Die bewusste Inkaufnahme einer anfänglichen Verfehlung der Zielvorgabe „Maastricht-Neutralität“ zu Beginn der Geschäftstätigkeit bleibt zunächst folgenlos, da die vorgeschlagene Finanzierung der Gesellschaft in ihren Anfangsjahren ohnehin nicht auf einer systematischen Kreditaufnahme fußt. Eine solche muss auch nicht notwendigerweise die spätere Geschäftstätigkeit der Gesellschaft prägen. Denn sofern die Gesellschaft aufgrund weiterer politischer Entscheidungen (nahezu) vollständig aus erhobenen Nutzungsentgelten finanziert werden kann, tritt die Bedeutung kommerzieller Kreditaufnahmen für die Sicherstellung einer den Aufgaben angemessenen Mittelausstattung zurück. Sollten später zur Überbrückung zwischenzeitiger Liquiditätsengpässe oder für die Realisierung einzelner Vorhaben gleichwohl Fremdmittel in Anspruch genommen werden, so würde die Gesellschaft nach ihrer planmäßig erfolgenden Ausstattung mit Rechten Chancen und Risiken der Bundesautobahnen möglicherweise bereits in einer Weise tragen, welche sie aus Sicht des ESVG als Einheit außerhalb des Sektors Staat qualifizierbar macht. Die vorgeschlagene Rechtsform (GmbH) hindert diese Einordnung nicht. Die Fortentwicklung der Gesellschaft von der Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erfüllung von dessen Straßenbaulastaufgaben hin zum Infrastrukturbetreiberunternehmen sollte in der hier angesprochenen Phase 3 vergaberechtlich unschädlich sein, weil die Gesellschaft ihre Leistungen nicht mehr im Wesentlichen für den Bund, sondern für die Nutzer erbringt, so dass es des Geschäftsbesorgungsvertrages in seinem zunächst empfohlenen Zuschnitt insoweit nicht mehr bedarf. In der Zielstruktur würde die Gesellschaft Leistungen der Planung, des Baus, des Betriebs sowie der Erhaltung und Unterhaltung der Bundesautobahnen nicht mehr als Geschäftsbesorgerin gegenüber dem Bund, sondern – als wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen – nunmehr in der Rolle als Infrastrukturbetreiberin und Mautgläubigerin für die (entgeltpflichtigen) Nutzer erbringen.

69. Die Auswirkungen einer Fortentwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach dem vorgeschlagenen Phasenmodell auf die künftigen rechtlichen Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft (z. B. in handels- und steuerrechtlicher Hinsicht) und auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zum Bund und zu Dritten (z. B. in staatsschuldenrechtlicher, vergaberechtlicher

oder beihilfenrechtlicher Hinsicht) sind bei der Umsetzung des Reformvorhabens fortlaufend im Blick zu behalten. Rechtzeitig *vor* einem anstehenden Phasenwechsel sollten dessen rechtliche Auswirkungen auf Grundlage des dann bekannten Sachstandes überdies jeweils neu bewertet werden.

70. In komprimierter Form ergibt sich das vorgeschlagene Reformkonzept aus der nachstehenden Abbildung 1.

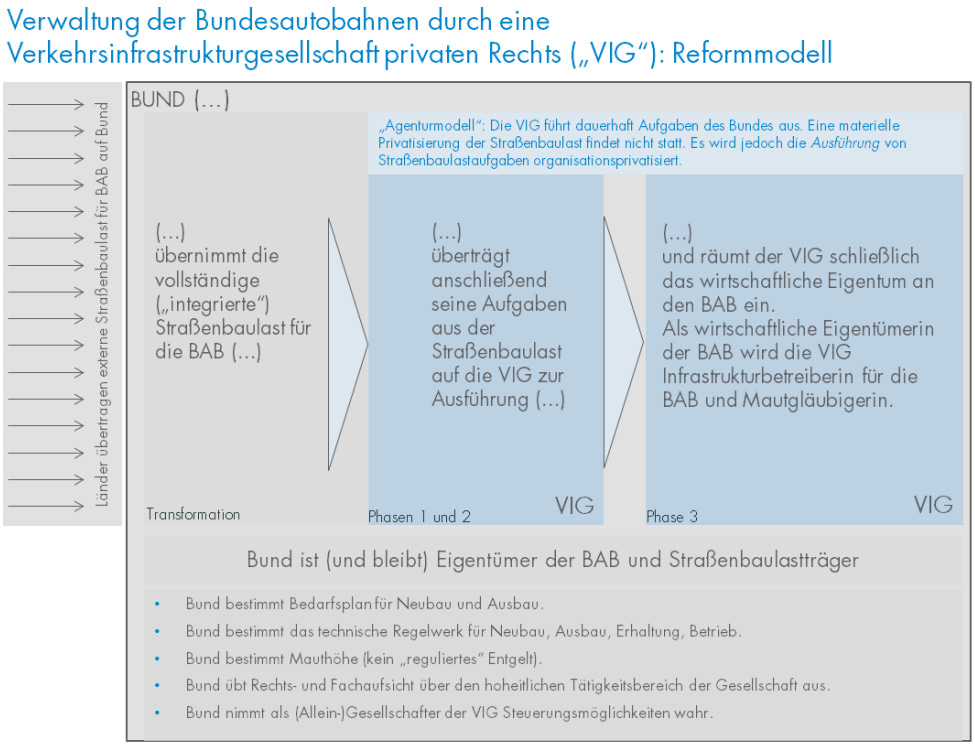

Abbildung 1: Reformmodell

Gutachtliche Erwägungen

A. Anlass, Auftrag und Auftragsdurchführung

Im Zuge der von der Politik ins Auge gefassten und auch im Koalitionsvertrag vorgesehenen[2] Reform der bisherigen Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder bereitet das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) unter Einbeziehung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWI) und des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) einen Vorschlag zur Schaffung der Voraussetzungen für eine privatwirtschaftlich organisierte Bereitstellung der Bundesautobahnen vor. Im Zentrum der Überlegungen steht die Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, die anstelle der Auftragsverwaltungen der Länder künftig Aufgaben des Bundes aus dessen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen, ggf. auch der sonstigen Bundesfernstraßen ausführen soll. Nach den gutachtlichen Empfehlungen zur möglichen Rechtsform dieser Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, welche in der sog. Vorbereitungsphase des Reformvorhabens erarbeitet worden sind[3], soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegründet werden, deren alleiniger Anteilseigner der Bund sein soll. Dieser soll Eigentümer der Bundesautobahnen bleiben und auch weiterhin Träger der gesetzlichen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen sein. Zahlreiche „operative“ Aufgaben von Planung, Bau und Erhaltung, Unterhaltung und Betrieb sowie im Weiteren der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung von Bundesautobahnen sollen künftig jedoch von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übernommen werden.

Der Zuschnitt der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu erfüllenden Aufgaben, ihre Einbettung in das zur Verwaltung der Bundesautobahnen ansonsten bestehende bzw. entstehende *neue* Organisationsgefüge, ihre innere rechtliche Struktur sowie ihre Kontrolle, Einzelheiten ihres Geschäftsmodells, die Schritte einer Transformation der jetzigen Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen in die neue Zielstruktur sowie mögliche Entwicklungsphasen der Gesellschaft werden im Rahmen dieser gutachtlichen Stellungnahme erörtert.

---

[2] Seite 39 des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Wahlperiode, Ziffer 1.3, erster Unterabsatz. Vgl. im Übrigen auch Seite 43 des Koalitionsvertrages: „Zudem werden wir gemeinsam mit den Ländern Vorschläge für eine Reform der Auftragsverwaltung Straße etablieren und umsetzen.“

[3] Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“.

Unsere Arbeiten haben wir auf der Grundlage von Beauftragungen durch das BMVI aus Juli und September 2015 erbracht. Zunächst hat das BMVI uns in einem Ausschreibungsverfahren betreffend die Erbringung von Beratungsleistungen zur „Rechtlichen Beratung bei Grundsatzfragen der Reform der Auftragsverwaltung" (Az. Z30/SeV/288.3/1559/StB15) auf unser Angebot vom 25. Juni 2015 den Auftrag erteilt, die ausgeschriebenen Beratungsleistungen für das BMVI zu erbringen. Unter Az. Z30/SeV/288.3/1572/StB15 sind wir auf unser Angebot vom 3. September 2015 des Weiteren beauftragt worden, Beratungsleistungen bei der Planung und Vorbereitung der Gestaltung des Veränderungsprozesses im Rahmen der Reform der Auftragsverwaltung, Bereich Organisation, zu erbringen. Soweit zur Auftragsausführung notwendig, ist uns unter diesem Auftrag gestattet worden, zur Erbringung einzelner Teilleistungen Nachunternehmer einzusetzen. Von dieser Möglichkeit haben wir durch Einschaltung der PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Gebrauch gemacht, die zwischenzeitlich in die PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft umgewandelt ist. PwC hat in unserem Auftrag betriebswirtschaftliche und steuerliche Fragen bearbeitet.

Im Zuge der Auftragsdurchführung haben wir unter dem 16. September 2015 den ersten Entwurf eines Berichts über die rechtlichen Grundlagen des Reformvorhabens vorgelegt. Den Entwurf haben wir in Abstimmung mit dem BMVI im Februar 2017 als „Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der ‚Vorbereitungsphase'" ausgefertigt. In diesem Bericht haben wir unter Würdigung der gegenwärtigen rechtlichen Grundstrukturen der Bundesfernstraßenverwaltung Möglichkeiten zur rechtlichen Strukturierung des Reformvorhabens aufgezeigt. Für eine vom Bund ggf. neu zu gründende Organisationeinheit zur Ausführung seiner Straßenbaulastaufgaben wurden darüber hinaus mögliche Rechtsformen (Anstalt öffentlichen Rechts, Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) erörtert und einer vergleichenden Betrachtung unterzogen.

Nach Vorlage des genannten Berichtsentwurfs im September 2015 haben wir in enger Abstimmung mit dem Referat StB 15 des BMVI die konzeptionellen Möglichkeiten zur Umsetzung des Reformvorhabens Schritt für Schritt konkretisiert. Über den Erkenntnisfortschritt haben wir zwischen September 2015 und Juni 2016 regelmäßig Vertretern des BMVI, des BMF und des BMWi berichtet und dabei auch einzelne Gesichtspunkte betreffend die Ausgestaltung des Reformvorhabens zur Erörterung gestellt. Am 15. April 2016 haben wir dem BMVI einen ersten Berichtsentwurf zur organisationsrechtlichen Ausrichtung des Reformvorhabens übergeben, in dessen Zentrum Überlegungen und Vorschläge zur organisatorischen und betriebswirtschaftlichen Ausgestaltung einer vom Bund ggf. zu gründenden Verkehrsinfrastruk-

turgesellschaft standen. Auf die Abstimmung des Entwurfs mit dem BMVI haben wir unter dem 30. Juni 2016 einen weiteren Entwurf vorgelegt, der im August und September 2016 abschnittsweise mit Vertretern des BMVI, des BMF und des BMWi erörtert wurde. Als Ergebnis dieser Erörterungstermine entstand unter anderem eine Liste mit Anmerkungen, Anregungen und ergänzenden Prüfungshinweisen, die wir in Vorbereitung dieses Schlussberichts bearbeitet haben. Der Schlussbericht repräsentiert den Stand 30. November 2016. Im Nachgang haben wir in Abstimmung mit dem BMVI vereinzelt redaktionelle Anpassungen vorgenommen und unter dem 24. Februar 2017 eine vorläufige Schlussfassung vorgelegt, aus deren Erörterung mit dem BMVI der vorgelegte Bericht hervorgeht. Im Zuge der Schlussbearbeitung wurde auch der Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“ redaktionell finalisiert und ausgefertigt. Beide Berichte gehen nicht auf die zwischenzeitlich zum Reformvorhaben veröffentlichten Bundesratsdrucksachen 769/16 sowie 814/16 und auch nicht auf die zum Reformvorhaben vorliegenden Bundestagsdrucksachen 18/11131 und 18/11135 ein. Als Gutachter des BMVI hatten wir auftragsgemäß Hinweise auf Rechtsänderungen zu geben, die für die Umsetzung des Reformvorhabens ggf. erforderlich sein würden. In diesem Zusammenhang hat uns das BMVI in die Erörterung von Regelungsentwürfen für den vom BMVI im September 2016 vorgelegten Referentenentwurf einbezogen. Eine Vorlage für einen Gesetzentwurf haben wir auftragsgemäß nicht erstellt.

Für unsere Darlegungen im Rahmen dieses Schlussberichts und seinen Anlagen sowie im Rahmen von Arbeitspapieren und Vermerken, die wir für das BMVI im Zuge der Auftragsdurchführung zu verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten des Reformvorhabens erstellt haben, sowie für unsere Darlegungen im Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“ haften wir ausschließlich dem BMVI und dieses ausschließlich nach Maßgabe der mit uns abgeschlossenen Beratungsverträge. Dritten gegenüber übernehmen wir für die Inhalte dieses Schlussberichts und seiner Anlagen keinerlei Haftung.

B. Ziele der Organisationsreform

Die Reform der bisherigen Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen dient neben gesamtwirtschaftlichen Zielen der Schaffung eines an betriebswirtschaftlichen Kriterien orientierten Leistungs- und Bereitstellungsprozesses für die Bundesautobahnen.

Gesamtwirtschaftliche Ziele

- Die Verwaltung des Bundesautobahnnetzes soll vor allem gesamtwirtschaftlichen Interessen dienen und in erster Linie auf ein funktionierendes und zusammenhängendes *Fern*straßen*netz* gerichtet sein. Reformansätze in der Bundesauftragsverwaltung für die Bundesfernstraßen sollen darauf hinwirken, dass die Verwaltung des Streckennetzes noch konsequenter an *gesamtstaatlichen* bzw. bundesstaatlichen Interessen und weniger stark an regionalen Interessen ausgerichtet wird. Insbesondere soll die Realisierung geplanter Neubau-, Ausbau- und/oder Erhaltungsmaßnahmen – soweit wie möglich und sachlich geboten – von landes- und kommunalpolitischen Präferenzen entkoppelt werden.

- Damit verbunden ist die angestrebte Entflechtung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, gerichtet auf die Entstehung klarer und abgegrenzter Sach- und Finanzierungszuständigkeiten.

- Es soll die Durchschlagskraft bei der Umsetzung von nach dem Fernstraßenausbaugesetz des Bundes geplanten und sonstigen priorisierten Vorhaben (auch der Erhaltung) erhöht werden: Prioritäten, die der Bundesgesetzgeber im Bedarfsplan bzw. mit dem Straßenbauplan formuliert hat, sollen künftig von der Bundesverwaltung und einer von dieser eingesetzten Organisationseinheit zielgerichtet und effizient aufgegriffen und umgesetzt werden. Die vorhandenen Verwaltungskapazitäten des Bundes und der Länder im Bereich der Bundesautobahnen sollen insbesondere im Sinne der Ausbau- und Erhaltungsziele des Bundes eingesetzt werden.

- Die Investitionsseite (kurz-, mittel-, langfristiger Erhaltungs-, Neu- und Ausbaubedarf), die Finanzierungsseite (Mittelverfügbarkeit) und die Planungsseite (rechtzeitige Verfügbarkeit von Baurecht) sollen synchronisiert werden, um die bedarfsangemessene Verfügbarkeit des Bundesfernstraßennetzes zu gewährleisten (Vermeidung von Verzögerungen,

unter anderem durch den sog. „Abfinanzierungs-“ bzw. Realisierungsstau). Dadurch soll die Planungssicherheit insgesamt erhöht werden.

- Durch die Synchronisierung von Investitions-, Planungs- und Finanzierungsseite soll der Investitionsprozess in die Bundesautobahnen insgesamt beschleunigt, effizienter und transparenter gemacht werden.

- Der mit Einführung der Lkw-Maut vollzogene Einstieg in die Nutzerfinanzierung soll vervollständigt werden.

- Es sollen bei Bedarf haushaltsexterne Mittel erschlossen werden können, etwa durch Öffnung der zu schaffenden neuen Einheit für privates Beteiligungskapital und/oder Fremdkapital oder durch Schaffung von Beteiligungsmöglichkeiten auf der sog. Projektebene.

- Aufbauend auf der Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen und der sonstigen Bundesfernstraßen soll perspektivisch ein haushaltsexterner Finanzierungskreislauf für Bundesautobahnen/Bundesfernstraßen möglich werden, unter der Voraussetzung, dass etwaige Kreditaufnahmen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft außerhalb der staatlichen Kreditaufnahmeregelungen des Grundgesetzes nach Art. 115 GG und außerhalb des Staatssektors im Sinne des ESVG vollzogen werden können.

- Anreize zur effizienten Organisation und Durchführung des Leistungserstellungsprozesses sollen im künftigen System der Bereitstellung von Bundesfernstraßen möglichen Fehlentwicklungen hin zu eher ineffizienten oder gar monopolartigen bzw. zentralistischen Strukturen von Anfang an entgegenwirken.

Betriebliche Ziele

Auf betrieblicher Ebene werden für die zu schaffende Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

- ein hohes Maß an Transparenz,

- eine *einheitliche* Willensbildung über die zweckmäßigerweise zu treffenden (operativen) Maßnahmen im Bereich der Planung, des Baus, der Erhaltung und Unterhaltung sowie des Betriebs von Bundesautobahnen,

- die einem *einheitlichen* Willen unterliegende Maßnahmenumsetzung sowie

- eine strikte Ziel-, Effizienz-, Kosten-, Erfolgs- und Finanzkontrolle

angestrebt. Im Kern soll eine „privatwirtschaftlich organisierte Leistungserbringung“ ermöglicht werden, die neben privatem Know-How auch privates Kapital zu erschließen hilft[4]. Mit dem Bereitstellungsmodus „privatwirtschaftlich organisiert“ wird für das Wirtschaftsgut Bundesautobahn in der Sache der bundesweit einheitliche Einsatz von Planungs- und Entscheidungsinstrumenten mit folgenden Merkmalen angestrebt:

- Die Bundesautobahnen werden – ggf. in der begrifflichen Abgrenzung nach § 1 Abs. 4 FStrG – auf der Basis eines entsprechenden Bundesfernstraßen- und Anlagenverzeichnisses („Inventar“) als eigenständiger Vermögensgegenstand in einem entsprechenden Rechnungswesen erfasst und bewertet (Zustandsfeststellung).

- Der Wert des erfassten Bundesautobahnvermögens wird unter Berücksichtigung von Zu- und Abgängen sowie von Werteverzehr (Abschreibungen) periodisch fortgeschrieben.

- Es sind netzweit konsistente und valide Informationen verfügbar zu den Qualitäten der inventarisierten Bundesautobahnen und Anlagen, zur Verfügbarkeit und zur Leistungsfähigkeit der Strecken sowie zu deren kurz-, mittel- und langfristigem Erhaltungs- und Ausbaubedarf.

- Die verfügbaren Zustandsinformationen ermöglichen der Gesellschaft eine vorausschauende, strategische Erhaltungsplanung.

- Für das Bundesautobahnvermögen existiert das Instrument einer Kosten- und Leistungsrechnung.

- Auf Grundlage des Bedarfs an Neubau-, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen sind Informationen verfügbar über den kurz-, mittel- und langfristigen Mittelbedarf.

- Im betrieblichen Investitionsprozess sind die Investitionsseite (kurz-, mittel-, langfristiger Erhaltungs-, Neu- und Ausbaubedarf), die Finanzie-

---

[4] Im Frühjahr 2015 hatte auch eine Expertenkommission „Stärkung von Investitionen in Deutschland“ neue institutionelle Lösungen zur Bereitstellung öffentlicher Infrastruktur, namentlich zur Sicherung der Investitionen in die Bundesfernstraßen empfohlen, darunter die Prüfung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für die Bundesfernstraßen, vgl. Bericht der Expertenkommission, Zusammenfassung, Stand April 2015, Seite 7 f.

rungsseite (Mittelverfügbarkeit) und die Planungsseite (rechtzeitige Verfügbarkeit von Baurecht) synchronisiert.

- Der Leistungserstellungsprozess für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung Unterhaltung und Finanzierung der Bundesautobahnen wird unter Optimierung der Schnittstellen zu hoheitlichen Tätigkeiten im „Wertschöpfungsprozess“ der Bereitstellung von Bundesautobahnen für Nutzer durch eine (integrierte) Zentralinstanz gesteuert bzw. koordiniert, welcher jederzeit valide Informationen über Netz- und Streckenzustand, verrichtete und geplante Leistungen und damit verbundene Kosten *entscheidungsorientiert* vorliegen.

Notwendige Bedingung für die Erreichung der genannten Ziele, insbesondere für eine strikte Ziel-, Effizienz-, Kosten-, Erfolgs- und Finanzkontrolle, sind dabei mittel- bis langfristig vollständige Informationen über das Bundesautobahnnetz und den Netzzustand, über vorhandene Nebenanlagen und sonstige Betriebseinrichtungen, über verfügbare (gebundene) Ressourcen, Sachmittel und Systeme, und zwar in einer für alle Strecken (Netzabschnitte) vergleichbaren Datenqualität, ferner die zentrale Steuerung des Leistungserstellungsprozesses einschließlich einer zentralen Ressourcenstrategie zum Abbau bzw. zur Vermeidung sachlich nicht gerechtfertigter Doppelstrukturen, die vollständige Erfassung der mit der Leistungserstellung und Kapazitätsvorhaltung verursachten (pagatorischen und kalkulatorischen) Kosten und schließlich auch die Kenntnis von Zeitpunkt und Umfang der bereitzustellenden Finanzmittel.

Die Grundentscheidung zur Herstellung eines **einheitlichen Leitungszusammenhangs** für *sämtliche* Verwaltungsaufgaben der Bereitstellung von Bundesautobahnen dient dabei namentlich der Überwindung zersplitterter Zuständigkeiten. Als Alternative zu einer grundlegenden Reform der Verwaltungsstrukturen für die Bundesautobahnen hätte es sich ggf. auch angeboten, die Verwaltungszuständigkeit der Länder ganz oder beschränkt auf einzelne Funktionen (zum Beispiel hinsichtlich der Planung oder des Betriebsdienstes) aufrecht zu erhalten, das System der Auftragsverwaltung aber dadurch zu modifizieren, dass dem Bund über die Stärkung seiner Aufsichts- und Einflussnahmerechte („Ingerenzrechte“) deutlich mehr Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Landesverwaltung eingeräumt werden. Auf diese Weise hätte die Ausführung der mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Tätigkeiten nach den Vorgaben des Bundes im konzeptionellen Ansatz ggf. auch über eine Stärkung der Direktionsmacht des Bundes gegenüber den Ländern angestrebt werden können. Vor dem Hintergrund bestehender Grenzen der Durchsetzbarkeit von Bundesvorgaben gegenüber den eigenstaatlich verfassten

Ländern erscheint die Überführung der Bundesautobahnverwaltung in den alleinigen Verantwortungsbereich des Bundes – auch mit Blick auf die Notwendigkeit eines *bundesweit* leistungsfähigen Streckennetzes und, damit verbunden, mit Blick auf den bestehenden Bedarf nach einer *netzweit* leistungsfähigen Bundesautobahnverwaltung – indes als sachgerecht und im Hinblick auf die Erreichung der mit dem Reformvorhaben angestrebten Ziele auch konsequent. Dementsprechend wurden Überlegungen zur Stärkung der Ingerenzrechte des Bundes bei einer im Übrigen beizubehaltenden Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen hier nicht aufgegriffen. Hierfür sprach auch das zentrale Reformanliegen, die Finanzierungs- und Ausführungsfunktion zur Vermeidung von Fehlanreizen zusammenzuführen. Dem Konzept von einer Bundesautobahnverwaltung unter einheitlicher Leitung[5] des Bundes entsprechend, gehen die nachfolgenden Überlegungen mithin von einer *vollintegrierten* Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus, welche Aufgaben des Bundes in den Bereichen der Planung, des Baus und der Erhaltung, des Betriebs und der Unterhaltung sowie der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen gleichermaßen umfasst und sich dabei sachlich am Lebenszyklus-Konzept orientiert.

Dem Bund vorbehaltene Leitungs- und Steuerungsbefugnisse müssen dabei auch nicht notwendigerweise Spielräume der Gesellschaft für eigenständiges ***unternehmerisches Handeln*** verstellen. Auch wenn es nach dem gegenwärtigen Bereitstellungsregime für den Verkehrsträger Straße „der Staat“ wäre, welcher als Inhaber von Gesellschafterrechten neben der gesetzlichen Determinierung der von der Gesellschaft umzusetzenden Aus- und Neubauvorhaben (dazu Fn. 5) den Unternehmensgegenstand der Gesellschaft bestimmte und darüber hinaus auch seine Einhaltung überwachte, so könnte sich die Gesellschaft bei der *Umsetzung* ihrer

---

[5] Gemeint ist die auf den Bund als einzigen Verantwortungsträger rückführbare Willensbildung über sämtliche Fragen der Bundesautobahnverwaltung. Soweit die Frage betroffen ist, welche Maßnahmen des Neu- und Ausbaus sowie der Erhaltung der Bundesautobahnen konkret umgesetzt werden sollen, liegt die ungeteilte Verantwortung bisher schon beim Bund, der nach dem Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen (Fernstraßenausbaugesetz – FStrAbG) den Bedarfsplan als Gesetz feststellt und auf Basis des Straßenbaufinanzierungsgesetzes den Straßenbauplan erlässt. Über die Feststellung von Bedarfsplan und Straßenbauplan hinaus soll die Verantwortung des Bundes künftig auch deren Umsetzung sowie alle sonstigen Aspekte der sog. externen Straßenbaulast umfassen, mithin u. a. auch die Planung, den Bau, die Erhaltung und den Betrieb der Bundesautobahnen (siehe dazu im Einzelnen Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“, Seite 10 ff.). Dass die Verwaltungsaufgaben des Bundes in Bezug auf die Bundesautobahnen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Sinne des Bundes, d. h. nach dessen grundsätzlichen Vorgaben erledigt werden, ist im Verhältnis zwischen dem Bund und der Gesellschaft durch ein entsprechendes Kontrollkonzept sicherzustellen (vgl. dazu unter Abschnitt C.VI dieses Berichts). Dass die vom Bund gegenüber der Gesellschaft adressierten Handlungsvorgaben von dieser auch zweckentsprechend umgesetzt werden, ist im Weiteren durch eine entsprechende Aufbauorganisation sicherzustellen, die sich an dem aus der betriebswirtschaftlichen Organisationslehre bekannten Grundsatz der Einheitlichkeit der Leitung orientiert.

Aufgaben in vielfältiger Weise an betriebswirtschaftlichen Kriterien orientieren und die von ihr zu treffenden Entscheidungen an Kosten-, Nutzen- und Knappheitskriterien ausrichten. In ihrer Abhängigkeit von einem Gesellschafter als *dem* zweckbestimmendem „Unternehmer“ ginge es der Gesellschaft nicht anders als von *privaten* Inhabern („Unternehmern“) beherrschten Gesellschaften. Ein durch den Gesetzgeber nicht mehr disponibler Kernbereich des „Unternehmerischen“ einer Gesellschaft privaten Rechts lässt sich in der Rechtsordnung ohnehin nicht nachweisen, und so verbleibt es in der Befugnis des Gesetzgebers, einer konkret zur Bereitstellung von Bundesautobahnen dienenden Gesellschaft das aus seiner Sicht angemessene Maß an „unternehmerischen Freiheitsgraden“ zu vermitteln. Wenn für die Bereitstellung der Bundesautobahnen dabei der Aspekt der Daseinsvorsorge betont wird und die Entscheidung über die zu realisierenden Neu- und Ausbaumaßnahmen wie bisher dem Staat vorbehalten bliebe, so wäre der daraus folgende Bereitstellungsmodus nicht *per se* „nicht-unternehmerisch“, solange bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nur hinsichtlich des „Wie“ ihrer Aufgabenerfüllung entsprechende Freiheitsgrade verblieben.

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der für die Gesellschaft verbleibenden Freiheitsgrade wird dabei allerdings in den Blick zu nehmen sein, welche rechtlichen Folgerungen aus den der Gesellschaft konkret gewährten Freiheiten abgeleitet werden. Angesprochen sind hier unter anderem die Verortung des Gesellschaftshandelns aus vergabe- und aus beihilfenrechtlicher Sicht, aber auch im Hinblick ihre Einordnung nach den Regeln des nationalen oder unionsrechtlichen Staatsschuldenrechts („Maastricht“). Mit diesen Fragestellungen beschäftigen sich die Abschnitte C.VI.1.a) (ab Seite 106) und D (ab Seite 183) dieses Berichts.

Von der rechtlichen Organisation der Zielstruktur für die Bereitstellung der Bundesautobahnen zu unterscheiden ist schließlich die **Organisation der Transformationsphase**, welche erforderlich ist, um die Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überhaupt erst herzustellen. Die Herstellung dieser Voraussetzungen dürfte mehrere Jahre in Anspruch nehmen und wird in einer eigens vorzusehenden Transformationsphase zunächst noch zu organisieren sein. Diese Transformationsphase wird dadurch gekennzeichnet sein, dass die in den Auftragsverwaltungen der Länder tätigen Beschäftigten und vorhandenen Betriebsmittel in einer neuen Einheit zusammenzufassen bzw. auf diese in geeigneter Weise zu überführen sind. Für die Durchführung dieser Transformationsphase, welche ausführlich unter Abschnitt E (ab Seite 458). dieses Berichts erörtert wird, sollten dem Bund gegenüber den Ländern Einflussnahmerechte eingeräumt werden, die über die sog. Ingerenzrechte der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG hinausgehen.

C. Der Organisationsrahmen

Nach den Ausführungen im Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“ soll die Straßenbaulast für die Bundesautobahnen nach Vereinigung der *externen* und der *internen* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen in der Person des Bundes nicht als solche auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen werden, sondern beim Bund verbleiben[6]. Demnach soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die mit der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen verbundenen Funktionen der Finanzierung, der Planung, des Baus und der Erhaltung sowie des Betriebs der Bundesautobahnen nicht als eigene Aufgaben wahrnehmen, sondern als Aufgaben des Bundes,

> *sog. Agenturmodell, vgl. Seite 20 ff. des Berichts über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“.*

Wesentliche Erwägung war insoweit, dass der Bund in jedem Fall rechtlicher Eigentümer des Bundesautobahnnetzes bleiben soll, und dass die Eigentümerstellung konstitutiv mit der Stellung als gesetzlichem Straßenbaulastträger verbunden ist, Lasten und Vorteile aus dem Eigentum an den Bundesautobahnen untrennbar miteinander verbunden sind. Dieser Konnex, der u. a. auch in § 6 BFStrVermG zum Ausdruck kommt, war bei den anzustellenden Überlegungen für eine Neuordnung der Bundesautobahnverwaltung beizubehalten. Er schließt allerdings nicht aus, dass einer etwa zu gründenden Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Mittel aus der Lkw-Maut und ggf. weiterer Infrastrukturabgaben zur Finanzierung ihrer Aufgaben zugewiesen werden und in einer späteren Entwicklungsphase ggf. auch das *wirtschaftliche* Eigentum an den Bundesautobahnen eingeräumt wird (vgl. dazu im Einzelnen unter Abschnitt D [ab Seite 183]) Der Terminus **„Infrastrukturabgabe“** wird hier durchgängig neutral verwendet – die im Gesetz zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgabengesetz – InfrAG) vom 8. Juni 2015, BGBl. I, Seite 904 ff., geregelte Abgabe muss hinsichtlich ihrer Ausgestaltung, insbesondere hinsichtlich ihrer Erhebung nicht notwendigerweise identisch mit der hier bezeichneten Abgabe sein. Soweit im Text von der künftigen Erhebung „*einer* Infrastrukturabgabe“ oder von einer Mehrzahl künftiger „Infrastruktur*abgaben*“ die Rede ist, wird mithin lediglich der Umstand angesprochen, dass der Gesetzgeber im Zuge der Ausweitung der Nutzerfinanzierung für die Bundesfernstraßen die sog. Mautbasis auch außerhalb der gegenwärtigen Lkw-Maut erweitert. Ein konkretes Belastungskonzept für die Erhebung zusätzlicher Ab-

---

6 Zu den Begrifflichkeiten siehe Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“, Seite 17 ff.

gaben für die Benutzung von Bundesfernstraßen ist der Begutachtung nicht zugrunde gelegt worden.

Die genannten Strukturvorgaben bedingen auf Seiten des Bundes die Einordnung der organisationsprivatisierten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in ein mehrstufiges Organisationsgefüge. Dieses besteht neben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus Stellen des Bundes, der als gesetzlicher Träger der Straßenbaulast für die Wahrnehmung der daraus folgenden Aufgaben weiterhin zuständig und verpflichtet bleibt und diese Verpflichtung auch wie bisher organisatorisch abbilden muss. In dem Organisationsgefüge zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sind dementsprechend auch die Funktionen zu verorten, welche die Bereitstellung von Bundesautobahnen in der Praxis mit sich bringt. Angesprochen sind die Funktionen Planung, Neubau, Ausbau und Erhaltung, Unterhaltung, Betrieb, vermögensmäßige Verwaltung und Finanzierung. Eine aus Sicht der Gutachter zweckmäßige Funktionsverteilung zwischen Stellen des Bundes und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erläutern wir nachfolgend getrennt für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (Abschnitt C.II. [ab Seite 60]) und die bundesunmittelbare Verwaltung (C.III. [ab Seite 64]). Die Umsetzung der der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugedachten Funktionen in eine Aufbauorganisation für die Gesellschaft wird in Abschnitt C.V. (ab Seite 73) erörtert.

Bevor diese Einzelheiten dargestellt werden können, ist zunächst allerdings noch einmal die organisationsrechtliche Ausgangsposition zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen der Bund das Recht zur Bestimmung des Organisationsgefüges für die Bundesautobahnen überhaupt in Anspruch nehmen kann. Angesprochen sind insoweit Fragen des künftigen Verwaltungstypus für die Bundesautobahnen (dazu nachfolgend I.)

I. Behördenbestimmungsrecht des Bundes

Bisher werden die Bundesautobahnen von den Ländern in Auftragsverwaltung geführt (Art. 90 Abs. 2 GG). Nach Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG bleibt bei der Auftragsverwaltung die Einrichtung der Behörden zur Wahrnehmung der Aufgaben aus der Auftragsverwaltung Angelegenheit der Länder, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen.

> *Der Begriff „Einrichtung der Behörden“ in Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG ist weit zu verstehen und umfasst neben der Bildung und Errichtung von Behörden auch die Aufgabenzuweisung, siehe Trute, in: von Man-*

goldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 85 Rn. 9 i. V. m. Art. 84 Rn. 9. § 22 Abs. 4 FStrG hat angesichts dessen deklaratorischen Charakter, siehe Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 22 Rn. 7. Zum Behördenaufbau im Verwaltungstypus der Bundesauftragsverwaltung auch Witting, a. a. O., vor § 1 Rn. 7 ff.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass das FStrG des Bundes im Zusammenhang mit der Einräumung von Verwaltungsbefugnissen für Bundesfernstraßen in zahlreichen Vorschriften von (obersten) *Landes*straßenbaubehörden spricht (vgl. zum Beispiel § 2 Abs. 6 Satz 1 FStrG). Welche Stelle die Befugnis der obersten Landesstraßenbaubehörde im Sinne des FStrG konkret wahrnimmt, unterliegt im System der Auftragsverwaltung dem eingangs erwähnten Behördenbestimmungsrecht der Länder.

Dass die Länder die Bundesautobahnen nach einem entsprechenden Beschluss von Bundestag und Bundesrat künftig nicht mehr im Typus der Auftragsverwaltung verwalten, heißt aber noch nicht, dass sie mit Abschaffung der Auftragsverwaltung zwingend auch das Behördenbestimmungsrecht verlören. Sie verlieren dadurch zunächst einmal nur das Behördenbestimmungsrecht des Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG.

Der Verlust des Behördenbestimmungsrechts der Länder nach Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG bedeutet aber unter Umständen nicht zwingend, dass der Bund allein schon dadurch das Behördenbestimmungsrecht erhält. Dies gilt es vielmehr im Folgenden zu prüfen. An die Stelle des Behördenbestimmungsrechts der Länder nach Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG könnte sich deren Bestimmungsrecht künftig aus Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG ergeben, wenn nämlich die Verwaltung der Bundesautobahnen künftig dem Typus der Landeseigenverwaltung unterfiele.

Nach Art. 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt. Mit dieser Anordnung legt Art. 30 GG ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten einer Verwaltungskompetenz der Länder fest: Der Bund besitzt nur die ihm zugewiesenen Kompetenzen, der unbenannte Rest – die sog. Residualkompetenz – liegt bei den Ländern,

Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 30 Rn. 1.

Die Regelvermutung zugunsten einer Verwaltungszuständigkeit der Länder bezieht sich dabei sowohl auf die sog. gesetzesfreie als auch auf die sog. gesetzesakzessorische Verwaltung,

> *Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 30 Rn. 3.*

Die grundsätzliche Kompetenzverteilungsaussage des Art. 30 GG konkretisierend, regelt Art. 83 GG, dass Bundesgesetze von den Ländern als eigene Angelegenheiten ausgeführt werden, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Die damit angesprochene Landeseigenverwaltung wird von Art. 84 GG ausgeformt und geht nach Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG insbesondere mit der Zuständigkeit der Länder einher, die Behördeneinrichtung zu regeln.

> *Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 83 Rn. 12, 21 f.*

Zwar darf nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG im Bereich der Landeseigenverwaltung der Bund ebenfalls die Behördeneinrichtung regeln, doch kann jedes Land nach Halbsatz 2 von solchen Organisationsvorschriften wiederum abweichende Regelungen treffen, die dann nach Art. 84 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG vorrangig sind. Abweichungsfeste bundesgesetzliche Regelungen sind insofern – anders als für das Verwaltungsverfahren (Art. 84 Abs. 1 Sätze 5 und 6 GG) – nicht möglich.

> *Siehe Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 84 Rn. 19 f., 27, 29, 36.*

Die Wahrnehmung von Befugnissen zur Verwaltung der Bundesautobahnen nach dem FStrG kann insoweit grundsätzlich auch außerhalb der Auftragsverwaltung unter die Verwaltungskompetenz der Länder fallen, wenn nicht im Grundgesetz eine andere Regelung getroffen wird. Insoweit ist im Zusammenhang mit der angestrebten Organisationsreform auch eine entsprechende Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG in den Blick zu nehmen. Statt der darin angeordneten Verwaltung der Bundesfernstraßen durch die Länder im Auftrag des Bundes müsste künftig die Verwaltung der Bundesautobahnen durch den Bund angeordnet werden. Durch eine entsprechende Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG müsste dem Bund für die Bundesautobahnen die Verwaltungskompetenz als eigene Verbandskompetenz im Sinne des Art. 86 GG zugewiesen werden mit der Folge, dass für die Bundesautobahnen künftig der Verwaltungstypus der Bundesverwaltung besteht und die

Landesverwaltung nicht nur in der Form der Auftragsverwaltung (Art. 85 GG), sondern auch in der Form der Landeseigenverwaltung (Art. 84 GG) verdrängt wird.

Wiese das Grundgesetz in einem neuen Art. 90 Abs. 2 GG dem Bund künftig die Verwaltungskompetenz für die Bundesautobahnen zu, so würde statt der Länder der Bund insoweit auch Inhaber des Behördenbestimmungsrechts bzw. des Rechts zur Einrichtung der Behörden (vgl. Art. 86 Satz 2 GG). Unter dieser Voraussetzung wird der Bund auch das Organisationsgefüge für die Erledigung der Aufgaben der in seiner Baulast stehenden Bundesautobahnen bestimmen und regeln dürfen. Insoweit ist grundsätzlich auch die Nutzung privatrechtlicher Organisationsformen zulässig

> *vgl. Ibler, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: Juli 2016, Art. 86 Rn. 80 ff.; Suerbaum, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: September 2016, Art. 86 Rn. 22.*

Dies gilt erst recht dann, wenn im Grundgesetz selbst eine verfassungsrechtliche Basis für die Einbeziehung von Organisationsformen des Privatrechts geschaffen werden sollte.

Einfachgesetzlich ist ein Behördenbestimmungsrecht des Bundes für den Sachbereich der Bundesfernstraßen bereits unter den engen tatbestandlichen Grenzen des § 22 FStrG gegeben. Durch diese Norm wird dem Bund das Recht zur Bestimmung der Behörden in Fällen eingeräumt, in denen er auf der Grundlage des entsprechenden Antrages eines Landes nach Art. 90 Abs. 3 GG die Verwaltung der in dem betreffenden Landesgebiet gelegenen Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen in bundeseigene Verwaltung übernimmt. Für diesen Fall bestimmt § 22 Abs. 2 Satz 1 FStrG, dass an die Stelle der im FStrG genannten Straßenbaubehörden der Länder die vom BMVI bestimmten Bundesbehörden treten. Das dem Bund mit § 22 Abs. 2 Satz 1 FStrG eingeräumte Behördenbestimmungsrecht führt in der Sache zu einer Substitution der Aufgaben der „obersten Landesstraßenbaubehörden", der „höheren Verwaltungsbehörde" und der „Straßenbaubehörden" im Sinne des FStrG durch eine vom Bund bestimmte Behörde,

> *vgl. dazu Witting, in: Müller/Schulz, FStrG, 2. Auflage 2013, § 22 Rn. 5.*

Ein in der Sache vergleichbares Substitutionsrecht, wenngleich außerhalb des Tatbestands von § 22 Abs. 2 FStrG, würde der Bund für sich auch in

Anspruch nehmen, wenn er anlässlich der Wahrnehmung der externen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen eine Bundesbehörde an die Stelle der in den Fachgesetzen vorgesehenen Landesbehörden setzt. Indem die Auftragsverwaltung der Länder für die Bundesautobahnen durch Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG beendet wird, tritt in der Sache eine mit der Situation von § 22 Abs. 2 FStrG vergleichbare Situation ein. Allerdings beschränkt sich dessen Tatbestand auf Fälle des Art. 90 Abs. 3 GG, weshalb durch eine entsprechende Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG sicherzustellen ist, dass die Verwaltung der Bundesautobahnen schon von Verfassungs wegen Bundeskompetenz wird. In Wahrnehmung der ihm künftig zustehenden Verwaltungskompetenz für die Bundesautobahnen wird der Bund sodann auch die Behörden bestimmen und in diesem Rahmen das Organisationsgefüge für die Wahrnehmung der Straßenbaulastaufgaben für die Bundesautobahnen definieren können.

Die Begründung der Verwaltungskompetenz des Bundes für die Bundesautobahnen durch eine entsprechende Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG eröffnete dem Bund im Übrigen nicht zugleich die Verwaltungskompetenz für das Straßen*verkehrs*recht (für Bundesautobahnen). Im Zuge der Reform der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen ist auch diskutiert worden, ob der Bund die Zuständigkeit der „Straßenverkehrsbehörde“ im Bereich der Bundesautobahnen an sich ziehen sollte. Eine grundsätzliche Modifikation der Verwaltungskompetenz im Bereich des Straßenverkehrsrechts erscheint aus rein rechtlicher Sicht nicht notwendigerweise angezeigt. Beim Straßenverkehrsrecht handelt es sich um eine gegenüber dem Straßenrecht eigenständige Materie (vgl. auf Ebene der Gesetzgebungskompetenzen die eigenständige Aufführung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG). Die Verwaltungskompetenzaussage des Art. 90 Abs. 2 GG ist inhaltlich auf die *straßen*rechtliche Materie des Art. 74 Abs. 1 *Nr. 22 GG* bezogen,

> *vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2000, Az.: 2 BvR 1/96, BVerfGE 102, 167 (173),*

so dass für eine Teilüberführung der Verwaltungskompetenz für das Straßenverkehrsrecht (nämlich bezogen auf Bundesautobahnen) – je nach Ausgestaltung – eine weitere verfassungsrechtliche Systemveränderung auf der Ebene des Art. 90 Abs. 2 GG notwendig sein könnte. Für die Sachgerechtigkeit der Unterscheidung Fernstraßen- und Straßenverkehrsrecht auch in der Organisation des Vollzugs und das einheitliche Belassen des Straßenverkehrsrechts bei den Ländern könnte zudem sprechen, dass das Straßen-

verkehrsrecht eine besondere Nähe zu Fragen der Gefahrenabwehr aufweist. Im Interesse eines optimierten Verkehrsablaufes auf den Bundesautobahnen allerdings ist ein enges Zusammenwirken der zuständigen Stellen für Straßenverkehrs- und Straßenbauaufgaben von Vorteil, denn die Straßenverkehrsplanung (z. B. Baustellenverkehrsführung) hat enge Bezüge zum Baugeschehen an sich. Unabhängig von Fragen der rechtlichen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Straßenbaubehörde und Verkehrsbehörde ist jedenfalls sicherzustellen, dass die Wahrnehmung der jeweiligen Zuständigkeiten nicht zu Einschränkungen der Verfügbarkeiten der Bundesautobahnen führt. In der Praxis wird es daher erforderlich sein, die jeweiligen Aufgaben sowie die Sach- und Finanzierungszuständigkeiten zu identifizieren, um hierauf aufbauend im Bedarfsfall einzelfallbezogene Lösungen zu ermöglichen (zum Beispiel in städtischen Ballungsgebieten). Diese Frage stellt sich im Übrigen nicht erst aus Anlass des Reformvorhabens. Um die Komplexität des Reformvorhabens nicht weiter zu erhöhen, sollten die Zuständigkeiten der Länder im Bereich des Straßenverkehrsrechts durch den Gutachter anlässlich des Reformanliegens indes vorerst nicht thematisiert werden.

II. Funktionen und Aufgaben Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Die Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft könnten in die folgenden fünf Funktionsbereiche untergliedert werden:

- Planung,
- Bau, Erhaltung, Unterhaltung,
- Betrieb,
- Verkehr[7],
- Zentrale Dienste/Querschnittsfunktionen einschließlich Finanzierung.

Die Funktion **Planung** umfasst die Wahrnehmung von Planungsaufgaben im Bereich des Neu-, Um- und Ausbaus sowie der Erhaltung der Bundesautobahnen und der dazugehörigen Anlagen einschließlich Ingenieurbauwerke (Tunnel, Brücken). Dabei soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Funktion des Aufgaben- bzw. Vorhabenträgers übernehmen und für plan-

[7] „Verkehr“ im Sinne dieser Funktion meint die Wahrnehmung verkehrlicher Belange, etwa betreffend die Ausstattung der Bundesautobahnen, nicht aber straßenverkehrsrechtlicher Belange im engeren Sinne. Vgl. hierzu unter Abschnitt C.V.2.b)ee).

feststellungsbedürftige bzw. der Plangenehmigung unterliegende Vorhaben die Bautätigkeiten im Autobahnnetz im weitesten Sinne planerisch vorbereiten. Unter anderem ist von der Funktion Planung damit die Vorkalkulation von (Bau-) Maßnahmen und die Erstellung derjenigen Dokumente umfasst, die heute im Rahmen der hierfür etablierten Prozesse zur Sicherstellung der sog. Veranschlagungsreife von Straßenbaumaßnahmen im Sinne von § 24 BHO zu erstellen sind (Ermittlung von Massen und Mengen, Kostenschätzungen und Kostenberechnungen, Kostenvergleichsberechnungen usw.). Vorbereitende Tätigkeiten können neben den Planungsaufgaben zum Beispiel auch Tätigkeiten im Bereich des Grunderwerbs der erforderlichen Grundstücke sowie des Umweltschutzes und der Landschaftspflege sein.

Die Funktion **Bau** (Neubau, Ausbau, Erhaltung, Unterhaltung) dient u. a. der Vorbereitung, der Steuerung und der Durchführung von Bau- und Erhaltungsmaßnahmen (einschließlich Bauüberwachung und Streitvermeidung), dem Vergabe- und Vertragsmanagement für Bauverträge, der Straßenbautechnik einschließlich des Entsorgungsmanagements im Hinblick auf (Alt-) Baustoffe sowie dem strategischen Erhaltungsmanagement (Zustandsprüfung Ingenieurbauwerke [DIN 1076], Zustandskontrollen Strecke).

Die Funktion **Betrieb** dient der Steuerung des Betriebsdienstes, welcher operativ durch Autobahnmeistereien, Fernmeldemeistereien sowie dazugehörige Hilfsdienste (zum Beispiel Betriebsdienstlogistik, Material- und Geräteverwaltung) versehen wird. Die Steuerung und die Koordination der regionalen Betriebsstellen „in der Fläche“ bzw. der Autobahnmeistereien machen kapazitätsmäßig einen nicht unerheblichen Anteil der Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus.

Aufgaben der Verkehrssicherheit und -technik sowie der Verkehrssteuerung und des Verkehrsmanagements für Straßen und Ingenieurbauwerke sowie einzelne Aufgaben im Zusammenhang mit Groß- und Schwertransporten fallen unter die Funktion **Verkehr**.

Die **Querschnittsfunktionen** umfassen Funktionen und Dienste, welche die genannten Fachfunktionen unterstützen. In den Querschnittsfunktionen wird u. a. die Bereitstellung der klassischen Produktionsfaktoren Arbeit, Kapital, Boden sowie Information organisiert. Konkret ist unter anderem an die Bereiche Personal, Finanzierung, Recht und Grunderwerb, Rechnungswesen und Controlling sowie IT/Datenverarbeitung zu denken.

In der **Finanzierungsfunktion** wäre dabei vor allem die Bereitstellung von Kapital zur Finanzierung des von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu realisierenden Ausbau-, Neubau- und Erhaltungsprogramms zu organisieren.

Sofern die Gesellschaft kreditfähig sein und im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit zur Organisation eines haushaltsexternen Nutzerfinanzierungskreislaufs perspektivisch auch über die dem Bund zufließenden Mittel aus der Lkw-Maut verfügen können soll (s. o., Abschnitt B [ab Seite 48]), wären im Bereich Finanzierung unter anderem die Aufnahme von Fremdmitteln am Kapitalmarkt sowie das Schuldendienstmanagement zu organisieren. Inwieweit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft darüber hinaus weitere Aufgaben des Bundes der Finanzierung von Bundesautobahnen übernimmt, hängt davon ab, ob der Gesetzgeber der Gesellschaft künftig auch solche Aufgaben zur Erledigung überträgt, welche bisher von der Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft mbH (VIFG) erbracht werden. Die VIFG betreibt seit dem Jahre 2004 ein Finanzmanagementsystem, über das ab dem 1. Januar 2016 sämtliche Ausgaben des Bundes für die Bundesfernstraßen (Bundesautobahnen und sonstige Bundesfernstraßen) transferiert und gebucht werden,

> *vgl. insoweit das Erste Gesetz zur Änderung des Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaftsgesetzes vom 21. Dezember 2015, BGBl. I 2015, Seite 2464.*

Die nicht kreditfähige VIFG betreibt das Finanzmanagementsystem für den Bund als eigenständiges Zahlungsverkehrssystem für den Verkehrsträger Straße und stellt die erforderliche Synchronisation dieses Systems mit dem Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen des Bundes (HKR) sicher.

Falls die gegenwärtig von der VIFG wahrgenommenen Aufgaben des Bundes der *Finanzierung* von Neubau, Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung von Bundesfernstraßen künftig – ab deren Betriebsbeginn – von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erbracht würden, würde deren „Zuständigkeit“ allerdings teilweise über den Sachbereich Bundesautobahnen hinausgehen. Sofern dabei Mitteldispositionen für Maßnahmen im Autobahnnetz in den Blick genommen werden, würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei Übernahme der Finanzierungsaufgaben der VIFG Zahlungsverkehr bzw. Projektabrechnung zunächst für solche Neubau-, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen organisieren, die sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Bundesautobahnen selbst veranlasst und überwacht hat.

Sofern demgegenüber Maßnahmen auf den sonstigen Bundesfernstraßen betroffen sind, würden diese im Falle einer Beschränkung der Ausführungsaufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf die Bundesautobahnen weiterhin von den Auftragsverwaltungen der Länder betreut. Die Länder würden entsprechende Zahlungsaufforderungen in das Zahlungsverkehrssystem der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einstellen, welche die Zahlungsaufträge ihrerseits – gewissermaßen außerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit für die Bundesautobahnen – im Auftrag des Bundes durchführen und sich beim Bund aus den konventionellen Straßenbaumitteln die notwendige Liquidität verschaffen würde. Die „Zuständigkeit" der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für das Finanzmanagement betreffend die von ihr nicht selbst „verwalteten" Straßen wäre im Errichtungsgesetz allerdings klarzustellen.

Sofern hingegen die der VIFG übertragenen Finanzierungsfunktionen *nicht* auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen werden, sind die sich ergebenden Schnittstellen zu definieren. Geht man davon aus, dass der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Mittel aus der Lkw-Maut so zugewiesen werden, dass diese nicht mehr haushaltswirksam sind, dann müsste sich die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft *diese* Mittel nicht eigens noch von der Bundeskasse besorgen, etwa um Ausgaben für den Neubau oder den Ausbau von Bundesautobahnen zu tätigen. Die Mittel aus der Lkw-Maut stünden der Gesellschaft im Rahmen gesetzlicher oder satzungsmäßiger Vorgaben bereits unmittelbar zur Verfügung. Allerdings würden die Mittel in diesem Fall von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft außerhalb des von der VIFG betriebenen Finanzmanagementsystems disponiert. Dementsprechend würde die mit der Änderung des VIFGG zum 1. Januar 2016 unter anderem bezweckte Bündelungsfunktion hinsichtlich der Abbildung sämtlicher Ausgaben des Bundes für die Bundesfernstraßen in einem gesonderten Zahlungsverkehrssystem unterlaufen. Sofern die gebündelte Darstellung sämtlicher Ausgaben für die Bundesfernstraßen über das von der VIFG betriebene Finanzmanagementsystem beibehalten werden soll, müssten die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft getätigten Ausgaben für die Bundesautobahnen mithin in einem Vorsystem des Finanzmanagementsystems abgebildet bzw. in diesem konsolidiert werden.

Soweit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben neben dem Aufkommen aus der Lkw-Maut konventionelle Haushaltsmittel erhält, wäre der Liquiditätsfluss im Einzelnen zu gestalten.

In Betracht käme in einer eher frühen Entwicklungsphase der Gesellschaft grundsätzlich auch ihre Einbindung in das Abrufverfahren des Bundes. Auch insoweit wären die Schnittstellen zur VIFG zu gestalten.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann im Rahmen der von ihr zu erfüllenden Funktionen neben nicht hoheitlichen Aufgaben im Übrigen teilweise auch **hoheitliche Aufgaben** erfüllen, soweit dieses praktisch geboten ist. Innerhalb der Funktion Betrieb kommen als hoheitliche Tätigkeit Aufgaben des Straßenbaulastträgers nach § 3 Abs. 2 und § 4 FStrG in Betracht. In der Funktion Verkehr könnten zu den hoheitlichen Aufgaben unter anderem die Beschränkung des Gemeingebrauchs gemäß § 7 Abs. 2a FStrG sowie die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für Bundesautobahnen nach § 8 FStrG gehören. Die Darstellung der Kriterien, nach denen sich der hoheitliche bzw. nicht-hoheitliche Charakter dieser und weiterer Aufgaben beurteilt, sowie die Erläuterung von Beispielen bleiben dem Abschnitt C.VI.1.b)bb) (ab Seite 152) vorbehalten.

III. In der Hoheitsverwaltung verbleibende Funktionen und Aufgaben

Dem Wesen des „Agenturmodells“ entspricht es, dass der Bund gesetzlicher Träger der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen bleibt und für die Erledigung der hiermit verbundenen Aufgaben somit auch weiterhin eine *eigene* Organisationspflicht trägt. Sofern der Bund Aufgaben der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen künftig durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausführen lässt, hat er diese zu kontrollieren und zu überwachen. Unabhängig hiervon fallen bei der Planung, dem Neu- und Ausbau, der Erhaltung und der Unterhaltung sowie beim Betrieb der Bundesautobahnen hoheitliche Aufgaben an, die der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht zur Erledigung übertragen werden sollen.

Die Kontrolle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund sowie die Erledigung der der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht zugewiesenen Hoheitsaufgaben obliegen grundsätzlich dem nach dem Ressortprinzip zuständigen BMVI. Dieses kann die nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragenen Aufgaben selbst wahrnehmen oder zu deren Wahrnehmung grundsätzlich auch eine selbstständige Bundesoberbehörde errichten. Zu denken ist zum Beispiel an die Errichtung eines Bundesamtes für Straßeninfrastruktur. Bei diesem könnten grundsätzlich Aufgaben ange-

siedelt werden, die nach dem FStrG den „Straßenbaubehörden“ sowie den „obersten Straßenbaubehörden“ zugewiesen sind, soweit sich deren Aufgaben sachlich auf die Bundesautobahnen beziehen (s. o.).

Das in der Einleitung zu Abschnitt C (ab Seite 54) erwähnte Organisationsgefüge für die Bundesautobahnen könnte somit im Wesentlichen aus drei Einheiten bestehen: dem BMVI, einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur sowie der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Vom BMVI wären u. a. übergeordnete hoheitliche Aufgaben sowie strategische Belange der Bundesfernstraßenverwaltung, das Beteiligungscontrolling über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie die Aufsicht über das Bundesamt für Straßeninfrastruktur wahrzunehmen. Das Bundesamt für Straßeninfrastruktur wiederum könnte die nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragenen Hoheitsaufgaben der „Straßenbaubehörden“ bzw. der „obersten Straßenbaubehörden“ im Sinne des FStrG bezogen auf die Bundesautobahnen erledigen und die Rechts- und Fachaufsicht über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft führen, soweit diese für die Bundes-autobahnen hoheitliche Tätigkeiten nach dem FStrG übernimmt. Im Einzelnen:

1. Ausübung von Straßenbaulastaufgaben durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI)

Im BMVI wären nach den bisherigen Strukturüberlegungen übergeordnete hoheitliche Aufgaben anzusiedeln. Das BMVI stellt die zweckmäßige und ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgaben des Bundes aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen sicher, nachdem der Bund auf der Grundlage einer entsprechenden Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG neben der internen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen auch die externe Straßenbaulast übernommen haben wird. Sachlich erstreckt sich die Straßenbaulast auf die Funktionen Planung, Neubau und Ausbau, Erhaltung und Unterhaltung, Betrieb und Verkehr sowie Vermögens- bzw. Bestandsverwaltung. Innerhalb des genannten Organisationsgefüges könnten vom BMVI dabei neben den von ihm wahrzunehmenden Rechtsetzungstätigkeiten tendenziell vor allem Aufgaben von strategischer Bedeutung wahrgenommen werden. Hierzu gehören beispielsweise die Straßennetzplanung, die Mitarbeit bei der Aufstellung des Bundesverkehrswegeplans und die Fortschreibung des Bedarfsplans, aber auch die Konzeption von Grundsätzen zur Entwicklung, Koordinierung und Umsetzung von ÖPP-Modellen. Daneben werden auch verkehrs*politische* Aufgaben vom BMVI im Zusam-

menhang mit Bundesfernstraßenprojekten wahrzunehmen sein, wie zum Beispiel die Beantwortung von Anfragen des Parlaments oder des Bundesrechnungshofes.

Im Hinblick auf die Finanzierung der Bundesautobahnen fallen Aufgaben an, welche auch künftig vom BMVI wahrzunehmen sind. Zum Beispiel sind die rechtlichen und technischen Voraussetzungen zur Erhebung der Lkw-Maut nach dem BFStrMG und künftig ggf. einer Infrastrukturabgabe für Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von weniger als 7,5 t zu schaffen bzw. als wirtschaftliche Grundlage der Nutzerfinanzierung und als Ausdruck einer umfassenden „Systemkompetenz" des BMVI für die Aufrechterhaltung und Fortentwicklung der Nutzerfinanzierung zu erhalten. Ferner ist das vorhandene System der Nutzermaut für Sonderbauwerke nach dem FStrPrivFinG durch Wahrnehmung der dort begründeten Zuständigkeiten des BMVI zum Erlass der projektweise zu erlassenden Streckenverordnungen nach § 3 Abs. 1 Satz 2 FStrPrivFinG bzw. einer etwa zu erlassenden Rahmenmautverordnung nach § 4 FStrPrivFinG zu betreuen und ggf. fortzuentwickeln.

Überdies nimmt das BMVI eine Finanzierungsfunktion für die Bundesfernstraßen wahr, indem es in die Ausführung des Bundeshaushalts eingebunden ist. Derzeit werden der im Geschäftsbereich des BMVI angesiedelten VIFG von den Bundeskassen die für den Zahlungsverkehr zur Finanzierung von Bau, Erhaltung und Betrieb von Bundesfernstraßen erforderlichen Mittel nach Maßgabe der jährlichen Haushaltsgesetze und nach den Vorgaben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zur Bewirtschaftung zur Verfügung gestellt. Dieses betrifft gegenwärtig[8] nicht nur die Mittel aus dem Gebührenaufkommen nach dem BFStrMG, sondern auch al-

---

[8] Der von den jährlichen Bundeshaushaltgesetzen, vom BFStrMG und vom VIFGG derzeit vorausgesetzte Liquiditätsfluss betreffend die Lkw-Maut (Vereinnahmung der Bruttomaut im Bundeshaushalt - Weiterleitung der Nettomaut an die VIFG - Begleichung von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen für Bau- und Erhaltungsmaßnahmen im Bundesfernstraßennetz über das Finanzmanagementsystem der VIFG) wird künftig ggf. zu modifizieren sein, wenn das Aufkommen aus der Lkw-Maut direkt bei der Infrastrukturgesellschaft eingeht und dieser – ggf. „verlängert" um an den Kapitalmärkten aufgenommenes Fremdkapital – unmittelbar (ohne den „Umweg" über den Bundeshaushalt) für Zwecke der Projektabrechnung zr Vergügung steht. Sofern das künftig der Fall ist (Mautmittel), wäre der „Zahlungsverkehr" für die Bundesautobahnen ggf. nicht mehr über das Finanzmanagementsystem der VIFG abzuwickeln, sondern über ein von der Infrastrukturgesellschaft zu betreuendes Subsystem („Mautmitteleinsatz") zum Finanzmanagementsystem. Für den Fall einer unveränderten Beibehaltung der VIFG wären die Schnittstellen zwischen dem Finanzmanagementsystem nach dem VIFGG und dem Abrechnungssystem der Infrastrukturgesellschaft für die Bundesautobahnen im Einzelnen zu definieren, um sicherzustellen, dass der mit Änderung des VIFGG zum 1. Januar 2016 angestrebte Überblick über den *gesamten* Mitteleinsatz für die Bundesfernstraßen (Mautmittel plus konventionelle Haushaltsmittel) uneingeschränkt erhalten bleibt.

le übrigen im Bundeshaushalt veranschlagten Haushaltsmittel für die in der Baulast des Bundes stehenden Bundesfernstraßen. Die Abläufe zur Bereitstellung der konventionellen Haushaltsmittel für die Bundesfernstraßen können sich allerdings ändern, wenn der Bund Neubau-, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen im Bundesautobahnnetz sowie die Unterhaltung und den Betrieb der Bundesautobahnen künftig über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft finanziert, indem der Gesellschaft für die Durchführung dieser Maßnahmen eine entsprechende Vergütung gezahlt wird,

dazu im Einzelnen Abschnitt D.I.1.c) (ab Seite 188).

Vorgaben für die Anwendung des bestehenden und vom Gesetzgeber ggf. fortentwickelten Finanzierungsinstrumentariums für die Bundesfernstraßen einschließlich der Bundesautobahnen sind auch künftig in erster Linie vom BMVI zu formulieren.

In den übrigen Funktionen könnte eine Aufgabenerledigung unmittelbar durch das BMVI nur für Vorgänge vorzusehen sein, für die eine Beteiligung des BMVI gesetzlich vorgeschrieben ist oder für die dem BMVI bestimmte Befugnisse eingeräumt werden (zum Beispiel betreffend die Festsetzung der Konzessionsabgabe und die Regelung des Verfahrens ihrer Erhebung durch Verordnung nach § 15 Abs. 3 Satz 2 FStrG oder die Linienbestimmung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 FStrG). Teilweise könnten die nach dem FStrG dem BMVI oder der „obersten Landesstraßenbaubehörde“ zugewiesenen Aufgaben alternativ auch von einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur oder durch die Gesellschaft wahrgenommen werden.

2. Ausübung von Straßenbaulastaufgaben durch eine (nachgelagerte) Behörde im Geschäftsbereich des BMVI (zum Beispiel eines „Bundesamtes für Straßeninfrastruktur“)

Das FStrG weist konkrete Befugnisse u. a. auch den „obersten Landesstraßenbaubehörden“ und den „Straßenbaubehörden“ der Länder zu. Wenn der Bund die Bundesautobahnen mit der angestrebten Reform der Auftragsverwaltung in Zukunft selbst verwalten will, sind die Bundesautobahnen einerseits aus dem Verwaltungstypus der Auftragsverwaltung herauszulösen, andererseits aber auch dem Regelfall der Landeseigenverwaltung vorzuenthalten. Demnach wird der Bund durch eine entsprechende Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG dafür Sorge zu tragen haben, dass für die Bundesautobahnen künftig der Verwaltungstypus der Bundesverwaltung (Art. 86 GG)

angeordnet wird und dem Bund außer der *integrierten* (externen und internen) Straßenbaulast für die Bundesautobahnen in der Folge auch das Recht zur Einrichtung der Behörden zur Verwaltung der Bundesautobahnen zusteht,

> *vgl. hierzu im Einzelnen unter Abschnitt C. .I. (ab Seite 55).*

Eine Legaldefinition von „Straßenbaubehörde“ und „Oberste Straßenbaubehörde“ findet sich im FStrG nicht. Unter „Straßenbaubehörden“ und „oberste Landesstraßenbaubehörden“ im Sinne des FStrG dürften in der Sache indes diejenigen Behörden zu verstehen sein, welche der Träger der Straßenbaulast der Bundesfernstraßen zur Wahrnehmung der Aufgaben eines Straßenbaulastträgers, mithin zur Erledigung etwa von Aufgaben der Planung, des Baus und der Erhaltung von Straßen einsetzt.

Das vorgenannte Begriffsverständnis findet Bestätigung in § 45 Abs. 2 Satz 1 StVO. Nach dieser Vorschrift können

> *„… die nach Landesrecht für den Straßenbau bestimmten Behörden (Straßenbaubehörden) …“*

zur Durchführung von Straßenbauarbeiten und zur Verhütung von außerordentlichen Schäden an der Straße, die durch deren baulichen Zustand bedingt sind, vorbehaltlich anderer Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörden Verkehrsverbote und -beschränkungen anordnen, den Verkehr umleiten und ihn durch Markierungen und Leiteinrichtungen lenken. Aus der Verwaltungsvorschrift zu § 45 Abs. 2 Satz 1 StVO wird deutlich, dass die Aufgabe der Straßenbaubehörden dabei vornehmlich im Schutz von Straßen vor bestandsbedrohenden Einwirkungen gesehen wird. Um die Sachsubstanz von Straßen zu erhalten, dürfen Straßenbaubehörden, grundsätzlich in Abstimmung mit den Straßenverkehrsbehörden, Verkehrsbeschränkungen und Verkehrsverbote erlassen,

> *vgl. Tz. 47 ff. der Verwaltungsvorschrift zu § 45 StVO.*

Diese Abgrenzung zwischen Straßenbaubehörde und Straßenverkehrsbehörde dürfte auch für das FStrG gelten,

> *vgl. insoweit Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 3 Rn. 77.*

Mit der Überführung der Bundesautobahnen vom Verwaltungstypus Auftragsverwaltung in den Verwaltungstypus Bundesverwaltung dürften mithin grundsätzlich alle Aufgaben, die das FStrG gegenwärtig den „Straßenbaubehörden“ bzw. den „obersten Straßenbaubehörden“ zuweist, künftig einer (obersten) Bundesbehörde oder eben auch der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zuzuweisen sein. Soweit die betreffenden Aufgaben nicht der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Erledigung zugewiesen werden oder dem BMVI vorbehalten bleiben, könnte an die Stelle der „Straßenbaubehörden“ und der „obersten Straßenbaubehörden“ im Sinne des FStrG nach den gegenwärtigen Überlegungen des BMVI ein Bundesamt für Straßeninfrastruktur treten. Auch dieses hätte Funktionen von Finanzierung, Planung, Bau und Erhaltung, Betrieb sowie Verkehr zu übernehmen.

Gegenwärtig erwähnt das FStrG in zahlreichen Vorschriften die „Straßenbaubehörde“ (zum Beispiel § 3 Abs. 2 Satz 2, § 4 Satz 2, § 5 Abs. 3a Satz 1, § 7 Abs. 2a und Abs. 3 Halbsatz 2 FStrG) und die „Oberste Landesstraßenbaubehörde“ (§ 2 Abs. 6 Sätze 1 und 3, § 5 Abs. 3a Satz 2, § 5 Abs. 4 Sätze 4 und 6, § 9 Abs. 2 Satz 1 FStrG). Auch das FStrPrivFinG weist der „obersten Landesstraßenbaubehörde“ (§ 2 Abs. 2 und Abs. 3, § 5 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 2 Satz 3, § 6 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4) Befugnisse zu.

Soweit sachlich die Bundesautobahnen betroffen sind, könnten diese gesetzlich kodifizierten, aber auch mögliche weitere (ungeschriebene) Aufgaben von „Straßenbaubehörden“ und „obersten Landesstraßenbaubehörden“ künftig von einer entsprechenden Bundesbehörde wahrgenommen werden, wobei nach den bisherigen Überlegungen, wie dargelegt, an die Errichtung eines Bundesamtes für Straßeninfrastruktur gedacht wird. Von der Reorganisation der Aufgaben grundsätzlich nicht umfasst wären dabei allerdings die Aufgaben, welche das FStrG und das FStrPrivFinG den „Straßenverkehrsbehörden“ zuweist (zum Beispiel in § 3 Abs. 2 Satz 2, § 14 Abs. 2 FStrG und in § 2 Abs. 4 Sätze 2 und 4 sowie in § 2 Abs. 6 FStrPrivFinG). Konzeptionelle Leitlinie des BMVI zur Schaffung schnittstellenarmer Verwaltungsabläufe für die Bundesautobahnen könnte im Übrigen sein, dass dem Bundesamt für Straßeninfrastruktur von den generell infrage kommenden Aufgaben nur solche zugewiesen werden, die einerseits wegen ihres speziellen (hoheitlichen) Charakters innerhalb der Bundesverwaltung, andererseits aber auch nicht zwingend in einer obersten Bundesbehörde (BMVI) anzusiedeln sind. Zu solchen dem Bundesamt für Straßeninfrastruktur zuzuweisenden Aufgaben könnten in der Funktion

Planung neben der Übernahme der Aufgaben der Anhörungsbehörde *und* der Planfeststellungsbehörde[9] sowohl allgemeine Planungs- und Koordinierungsfunktionen (zum Beispiel die Entscheidung über die Linienbestimmung) als auch Kontroll- und Überwachungsaufgaben gehören. In der **Finanzierungsfunktion** könnte dem Bundesamt für Straßeninfrastruktur zum Beispiel die operative Betreuung und Steuerung der Mauterhebungssysteme zugewiesen werden (zum Beispiel Fortschreibung der Wegekostenrechnung zur Ermittlung und zum Nachweis derjenigen Infrastrukturkosten, die schweren Lkw nach dem BFStrMG anzulasten sind; Erhaltung der sonstigen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für eine unionsrechtskonforme Wegekostenanlastung; Wahrnehmung der Befugnisse der „obersten Landesstraßenbaubehörde“ nach § 2 Abs. 1 und nach § 5 Abs. 1 FStrPrivFinG). Für die Funktion **Bau** könnte das „Bundesamt für Straßeninfrastruktur“ zum Beispiel das technische Regelwerk für die durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auszuführenden Baumaßnahmen vorhalten bzw. zu aktualisieren haben und Grundsatzfragen der Straßenbautechnik und der Ingenieurbauwerke betreuen.

Zu den Aufgaben des „Bundesamtes für Straßeninfrastruktur“ könnte im Übrigen auch die Wahrnehmung der **Rechts- und Fachaufsicht** über die Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gehören, soweit diese mit hoheitlichen Befugnissen beliehen wird. Das „Bundesamt für Straßeninfrastruktur“ würde insoweit ggf. auch Widerspruchsbehörde gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 1 VwGO für die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf der Grundlage einer entsprechenden Beleihung ggf. zu erlassende Verwaltungsakte. Wegen der Einzelheiten verweisen wir insoweit auf die späteren Ausführungen zur externen Kontrolle des Gesellschaftshandelns (Abschnitt C.VI.1.b)bb) (ab Seite 152).

Das hier in seinen Aufgaben beschriebene „Bundesamt für Straßeninfrastruktur“ wird in organisationsrechtlicher Hinsicht naheliegend als selbstständige Verwaltungseinheit mit bundesweiter Zuständigkeit im Geschäftsbereich des BMVI errichtet werden, wobei das BMVI als oberste Bundesbehörde die Rechts- und Fachaufsicht über die Tätigkeiten des Bundesamtes ausüben würde.

---

[9] Zur (Zweckmäßigkeits-)Frage getrennter oder einheitlicher Zuständigkeiten für das Anhörungs- und das Planfeststellungsbehörde nach § 17a FStrG siehe Schmidt/Kromer, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 17a, Rn. 3 ff.

Bei einem solcherart eingerichteten Bundesamt wird es sich in organisationsrechtlicher Terminologie um eine „obere Bundesbehörde“ in Gestalt entweder einer „selbstständigen Bundesoberbehörde“ oder – bei entsprechendem Bedarf – in Gestalt einer sog. „schlichten Bundesoberbehörde“ handeln. Unter dem Begriff der selbständigen Bundesoberbehörde versteht man in sich geschlossene Organisationseinheiten ohne eigenen Verwaltungsunterbau mit örtlicher Zuständigkeit für das gesamte Bundesgebiet, die einem Ministerium unmittelbar nachfolgen und seiner Dienst- und Fachaufsicht unterliegen. Das Attribut „selbständig“ bezieht sich dabei nicht etwa auf eine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern auf das organisatorische Erscheinungsbild, d. h. das Fehlen eines eigenen Verwaltungsunterbaus. Verfügen obere Bundesbehörden über einen eigenen Verwaltungsunterbau, so werden sie zum Teil als „schlichte Bundesoberbehörden“ bezeichnet,

> *Burgi, in: von Mangoldt/Kein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 87 Rn. 97, 114 m. w. N. sowie Art. 86 Rn. 47.*

Damit ist aber nur eine begriffliche Klassifikation vorgenommen. Hat der Bund über eine Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG die Verwaltungskompetenz über die Bundesautobahnen inne, so ist er nicht dahingehend limitiert, auf einen Verwaltungsunterbau für seine Bundesoberbehörde zu verzichten.

> *Anders liegt es, wenn der Bund seine Kompetenz zur Einrichtung einer selbständigen oberen Bundesbehörde aus der beschränkten Ermächtigung des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG ableitet; siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 3. März 2004, Az.: 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (49) sowie Burgi, in: von Mangoldt/Kein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 87 Rn. 90, 98 m. w. N.*

Zu entscheiden wäre, ob das „Bundesamt für Straßeninfrastruktur“ über die bereits erwähnte Rechts- und Fachaufsicht hinaus auch im Rahmen der sich aus der Gesellschafterstellung des Bundes ergebenden Aufgaben tätig werden und in welchem Umfang dies ggf. erfolgen soll. Zu diesen Tätigkeiten könnten etwa das Vorbereiten von Gesellschafterversammlungen oder Gesellschafterbeschlüssen zur Ausübung von Aufsichts- und Kontrollrechten über die Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts zählen.

Wir gehen indes einstweilen davon aus, dass die Gesellschafterrechte unmittelbar durch das BMVI wahrgenommen werden sollen. Dafür spricht

auch, dass die dem Bundesamt für Straßeninfrastruktur ggf. zuzuweisende Rolle als Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde litte, wenn die Behörde gegenüber dem Vorhabenträger Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht nur als Sachwalter des allgemeinen Interesses auftreten würde, sondern aufgrund einer organähnlichen Verantwortung gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Aufgabenträger zugleich auch partikulär andere, „eigene" Interessen zu verfolgen hätte,

> *vgl. zu diesem Aspekt Schmidt/Kromer, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 17a Rn. 5 a. E.*

IV. Allgemeine Anforderungen an eine Leistungserbringung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Wie dargelegt, könnte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vom Bund mit der Erbringung von hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Aufgaben im Bereich der Verwaltung der Bundesautobahnen betraut werden (s. o.). Dabei soll die Gesellschaft ihr übertragene Aufgaben nicht als „eigene Aufgaben" wahrnehmen, sondern „im Auftrag" des Bundes tätig werden. Auch soweit die Gesellschaft nicht-hoheitliche Aufgaben des Bundes wahrnimmt, bedarf ihr Handeln dabei einer ausreichenden demokratischen Legitimation. Die Aufgabenwahrnehmung der Bundesautobahnverwaltung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft muss dabei sowohl sachlich nach ihrer Art und ihrem Umfang als auch in Bezug auf die für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft handelnden Personen ausreichend demokratisch legitimiert werden. Eine solche Legitimation erfolgte über ein Errichtungsgesetz für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, das als förmliches Gesetz von den Mitgliedern des Deutschen Bundestages verabschiedet würde und so eine hinreichende demokratische Legitimation der Gesellschaft sicherstellte. Neben der Schaffung einer Legitimationsgrundlage für ein Handeln durch eine privatrechtliche Organisationsform müsste der Bund als verantwortlicher Verwaltungsträger für die Bereitstellung der Bundesautobahnen die Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch einer ausreichenden Kontrolle und Aufsicht unterwerfen.

Im Rahmen des vorliegenden Berichts werden die diesbezüglichen Anforderungen an ein Tätigwerden der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Einzelnen im Abschnitt C.VI. (ab Seite 103) erörtert. Da der Umfang der notwendigen öffentlich-rechtlichen Legitimation der Tätigkeiten der Verkehrs-

infrastrukturgesellschaft in hohem Maße auch von den Aufgaben bestimmt wird, welche die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei der Verwaltung der Bundesautobahnen verrichten soll, erörtern wir zunächst eine mögliche Aufbauorganisation für die Gesellschaft.

V. Aufbauorganisation

Mit der Aufbauorganisation wird ein konkreter Organisationszusammenhang von personellen und sachlichen Ressourcen geschaffen, in welchem die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, aber auch das BMVI und ein mögliches Bundesamt für Straßeninfrastruktur die ihnen jeweils zugedachten Funktionen erledigen sollen. Die Definition des organisatorischen Zusammenhangs zwischen einzelnen Stellen innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft folgt dabei bestimmten Strukturprinzipien, die wir vorab wie folgt skizzieren:

1. Strukturprinzipien

Wie bereits in dem im Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“ dargelegt, wird mit der Reform der Auftragsverwaltung eine ganze Reihe von strategischen Zielen verfolgt,

> *vgl. oben Abschnitt B. (ab Seite 48) sowie Abschnitt A. II. (ab Seite 5) des Berichts über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“.*

Die Reformziele schlagen sich unmittelbar in bestimmten Organisationsprinzipien für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nieder:

- **Einheitlichkeit der Leitung:** Für die Verwaltung der Bundesautobahnen sollen Schnittstellen zwischen den Verantwortungsbereichen einzelner Verwaltungs- bzw. Funktionsträger weitestgehend vermieden werden. Im Vergleich zu den bisherigen Verwaltungsstrukturen erfährt das Prinzip der „Koordination“ eine gewisse Relativierung durch eine verstärkte Umsetzung des Prinzips „Hierarchie“. Der gesamte Leistungserstellungsprozess innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird unter einheitlicher Leitung der Geschäftsführung der Gesellschaft stehen[10].

[10] Vgl. insoweit bereits Fußnote 5.

- **Zentralität:** Soweit und sofern fachlich und betriebswirtschaftlich sinnvoll, werden Funktionen innerhalb der Gesellschaft zentralisiert wahrgenommen.

- **Erhaltung regionaler Kompetenz:** Für einzelne von ihr zu übernehmende operative Funktionen (zum Beispiel betriebliche Unterhaltung, Bau und Erhaltung einschließlich Vergabe, Bauaufsicht, Streckenplanung) bedarf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft regionaler Kompetenz. Aus diesem Grund sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft über eine ausreichende Anzahl von sog. „Autobahndirektionen" in den Regionen verfügen, welchen ihrerseits sog. „Autobahnmeistereien" zugeordnet sind. In rechtlicher Hinsicht könnten diese „Autobahndirektionen" entweder als selbstständige Tochtergesellschaften oder als unselbstständige Niederlassungen organisiert werden.

- **Wettbewerb:** Die Aufgabenerledigung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollte einer wettbewerblichen Steuerung bei Vermeidung „monolithischer" Strukturen zugänglich sein. Diesem Ziel könnte unter anderem die Erledigung von eher *operativen* Aufgaben der Planung, des Baus, der Erhaltung, des Betriebs und des Verkehrs in den „Autobahndirektionen" und „Autobahnmeistereien" dienen, welche in miteinander abgestimmter Art und Weise die Sicherstellung netzweit geltender Bereitstellungs- und Verfügbarkeitsziele verfolgen und dabei einem zweckentsprechenden Betriebsvergleich unterzogen werden können.

- **Effizienz:** Die Aufbauorganisation sollte die permanente Realisierung von Lernkurvengewinnen ermöglichen und zur Professionalisierung, Standardisierung und kontinuierlichen Optimierung der (administrativen) Abläufe beitragen. Sog. Querschnittsfunktionen (Finanzierung, IT, Rechnungswesen/Controlling, Personal, Planung, Vertragswesen, etc.) sollten daher in Fachbereichen zusammengefasst werden, wobei das Fachprinzip nicht nur in der „Zentrale", sondern auch auf Ebene der genannten Autobahndirektionen zur Anwendung kommen kann, sofern die Gesellschaft auch hier die Verfügbarkeit entsprechenden Know-Hows für zweckmäßig hält.

- **Schnittstellenoptimierung zum BMVI und zum Bundesamt für Straßeninfrastruktur:** Die Arbeitsabläufe und Zuständigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollten sich an sachlichen

Kriterien orientieren. Wo es sachlich und aus Gründen der Optimierung von Arbeitsabläufen geboten ist, sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft daher mit dem Recht zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse beliehen werden, um Sachverhaltsnähe und Entscheidungsbefugnis nach Möglichkeit in einer Stelle zu vereinen.

Hinzuweisen ist darauf, dass die DEGES und die VIFG auftragsgemäß *nicht* in die Überlegungen zur Ableitung einer möglichen Aufbauorganisation für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einbezogen worden sind. Entsprechendes gilt für die derzeit von Toll Collect verrichteten Aufgaben. Mit Blick auf die VIFG und die DEGES ergeben sich aus ihren gegenwärtigen Strukturen (Aufgabenzuschnitt, Gesellschafterkreis) natürliche Empfehlungen zur Integration bzw. zum Erhalt der jeweiligen Gesellschaft, die in unserer Begutachtung aber nicht aufzugreifen waren. Die organisatorischen Schnittstellen zur Erhebung der Lkw-Maut und zum sogenannten Enforcement waren im Rahmen der Begutachtung ebenfalls nicht zu definieren.

2. Mögliches Organigramm für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Zur Vorbereitung des Reformvorhabens hat das BMVI Fachgespräche mit Vertretern der Auftragsverwaltungen geführt. Diese dienten unter anderem dazu, die gegenwärtigen Verwaltungs- und Betriebsstrukturen der Bundesautobahnverwaltung in den Ländern zu verstehen[11]. Die in den Gesprächen

[11] Am 27. Oktober, am 17. November und am 11. Dezember 2015 wurden Gespräche mit Vertretern des Landesbetriebs Mobilität Rheinland-Pfalz, mit Vertretern des Ministeriums für Wirtschaft und Energie des Landes Brandenburg und des Landesbetriebs Straßenwesen des Landes Brandenburg sowie mit Vertretern des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung und Vertretern von Hessen Mobil zur Klärung von Einzelheiten der bisherigen Organisation der Verwaltung der Bundesautobahnen geführt. Mit einem Vertreter der Freien und Hansestadt Hamburg wurden Fragen der Verwaltung der Bundesautobahnen am 28. September 2015 erörtert. Am 7. Dezember und am 18. Dezember 2015 fanden weitere Gespräche des BMVI mit Vertretern des Freistaats Bayern, mit Vertretern Baden-Württembergs sowie von „Straßen NRW“ statt. Am 6. November waren die Überlegungen zur Reform der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen bereits anlässlich einer Sonder-Leiterbesprechung Straßenbau im BMVI den Ländern vorgetragen worden. im Januar 2016 sodann Erörterungsgegenstand der regelmäßigen Leiterbesprechung Straßenbau. Anschließend fand eine Erörterung der Thematik in der Länderfachgruppe Straßenrecht statt. Gemeinsam mit Vertretern von BMVI und BMF wurde das Reformvorhaben am 30. November 2015 überdies mit Vertretern des Statistischen Bundesamtes und der Deutschen Bundesbank erörtert, bevor Vertreter des BMVI am 22. und 23. Dezember 2015 Informationsgespräche mit der österreichischen Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) sowie dem BMVIT der Republik Österreich führen konnten. Im Februar 2016 wurden Fragen der gegenwärtigen und künftigen Bundesautobahnverwaltung seitens des BMVI mit Vertretern des Freistaates Sachsen, im März 2016 mit Vertretern der Autobahndirektion Nordbayern, und im Juni 2016 mit Vertretern der Auftragsverwaltungen der Freien Hansestadt Bremen, der

gewonnenen Erkenntnisse sind unmittelbar für die nachfolgend dargestellte Konzeption einer möglichen Aufbauorganisation der künftigen Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie darüber hinaus für die Gestaltung der in Abschnitt E (ab Seite 458) dargestellten Transformationsphase berücksichtigt worden.

a) Überblick

Eine *mögliche* Aufbauorganisation für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist in nachstehender Abbildung 2 dargestellt.

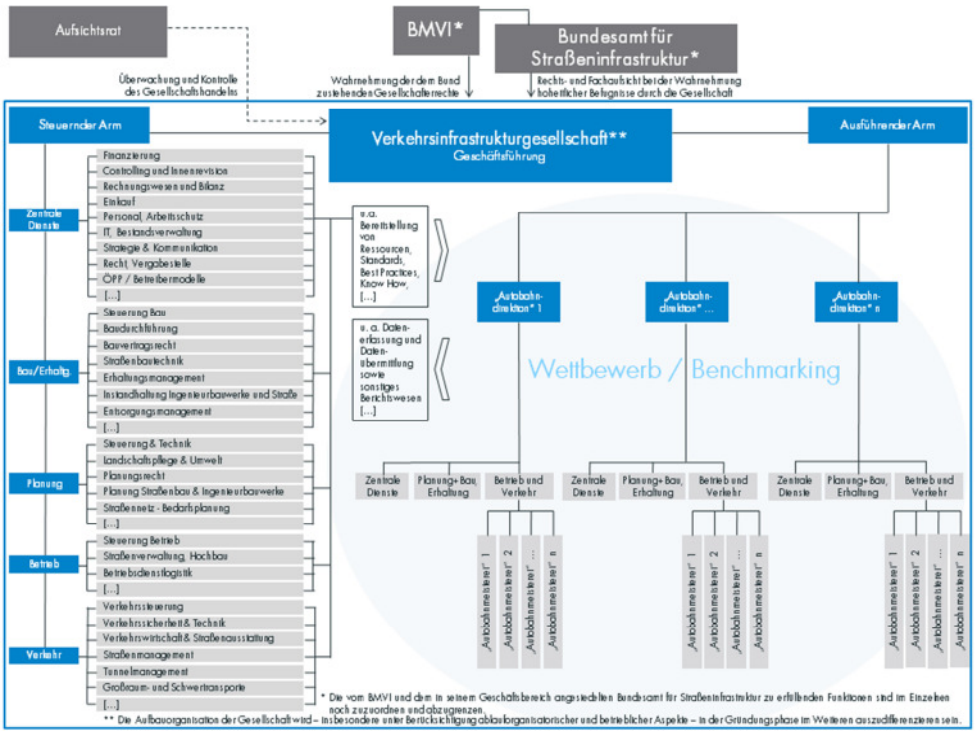

Abbildung 2: Mögliche Aufbauorganisation für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Das Organigramm zeigt, dass die Aufbauorganisation für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft grundsätzlich zwei Bereiche umfassen könnte: der linke Teil des Organigramms umfasst den „steuernden Arm“ der Gesellschaft, der vor allem der Koordinierung, Steuerung und Unterstützung des gesamten betrieblichen Leistungserstellungsprozesses dient. Der rechte Teil des Organigramms umfasst als „ausführender Arm“ der Gesellschaft im We-

---

Freien und Hansestadt Hamburg und des Landes Baden-Württemberg erörtert. In einigen Auftragsverwaltungen wurden die Gespräche wunschgemäß nicht auf Arbeitsebene geführt, teilweise sind Gespräche mit Auftragsverwaltungen seitens des BMVI auch noch geplant.

sentlichen operative Funktionen, welche mit den hier vorgeschlagenen „Autobahndirektionen“ und den „Autobahnmeistereien“ vor allem durch entsprechende Organisationseinheiten in der Fläche bzw. in Regionen dezentral auszuführen sind. Diese Einheiten sind teils bereits vorhanden, teils aber auch erst neu zu schaffen bzw. zu reorganisieren, was vor allem für die im Bundesautobahnnetz noch nicht flächendeckend vorhandenen, vorgeschlagenen „Autobahndirektionen“ gilt; auch die Landesbetriebe sind hier zu integrieren. Diesen könnten als „Mittelinstanz“ für die Durchführung von Planungs-, Bau-, Erhaltungs-, Betriebs- und Managementaufgaben (Verkehr) in nach **netzbezogenen** sowie **verkehrlichen** Aspekten abzugrenzenden Regionen dienen,

> *vgl. zur möglichen Rolle von „Autobahndirektionen“ auch unter Abschnitt C.V.2.c) (ab Seite 97).*

Konzeptionell lehnt sich die Aufbauorganisation für den ausführenden Betriebsteil an der Organisationsstruktur der Straßenbauverwaltung im Freistaat Bayern an. Bayern ist das einzige Flächenland, das in seiner Verwaltung gegenwärtig *durchgängig* eine abgegrenzte Zuständigkeit von Organisationseinheiten allein für die Bundesautobahnen abbildet; auf den unteren Ebenen sehen auch weitere Bundesländer eine Trennung der Verwaltungsstrukturen für Bundesautobahnen vor. Die Auftragsverwaltung des Freistaats Bayern betreut rd. 19% des gegenwärtigen Bundesautobahnnetzes und macht rd. 20% der Gesamtfläche Deutschlands aus. In Ansehung des bayerischen Beispiels kann davon ausgegangen werden, dass eine konsequente Trennung der Verwaltung von Bundesautobahnen einerseits und von sonstigen Bundesfernstraßen und Landesstraßen andererseits grundsätzlich funktionieren kann. Dies gilt umso mehr, als auch in anderen Bundesländern spezielle Autobahnmeistereien eingerichtet sind. Die bundesweite Implementierung dieser Strukturen – orientiert jedoch an einer gesamtnetzbezogenen Betrachtung – schließt etwaige Modifikationen im Detail, seien diese auch nur partiell oder übergangsweise, zur Verbesserung ihrer Effizienz und Wirtschaftlichkeit nicht aus. In der Transformationsphase zur Herstellung der neuen Verwaltungsstrukturen für die Bundesautobahnen und/oder in der anschließenden Phase der betriebswirtschaftlichen Ausrichtung und Optimierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollten bestehende Verbesserungsspielräume ggf. gezielt untersucht und erschlossen werden,

zu den einzelnen Phasen der Entwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft siehe ausführlich unter Abschnitt D.I.4. (ab Seite 190).

In der Sache bildet das Organigramm die klassischen Zentralaufgaben einer Straßenbauverwaltung als Serviceeinheiten für die in ihrem regionalen Zuständigkeitsbereich für Planung, Bau, Betrieb und Verkehr von bzw. auf Bundesautobahnen verantwortlichen „Autobahndirektionen“ ab. Aufgegriffen wird damit der Grundgedanke der sog. Matrixorganisation. Allen „Autobahndirektionen“ sind zudem „Autobahnmeistereien“ zugeordnet. Die Flächenzuständigkeiten der „Autobahndirektionen“ würden sich künftig in der Sache an verkehrlichen und fachlichen Kriterien, nicht hingegen primär an den Landesgrenzen orientieren. Wird die gegenwärtige Organisation der bayerischen Straßenbauverwaltung zugrunde gelegt und auf das Gesamtnetz übertragen, so würde daraus die Einrichtung von etwa zehn „Autobahndirektionen“ folgen, denen je nach Zuschnitt ihrer Netzzuständigkeit bis zu zehn, in Einzelfällen ggf. auch bis zu fünfzehn „Autobahnmeistereien“ zugeordnet sein können.

Der Personalbedarf für die Erledigung der Aufgaben ist von unserem Nachunternehmer PwC für eine betriebswirtschaftlich ausgerichtete Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vorläufig auf etwa 11.200 Mitarbeiter geschätzt worden (ohne VIFG, DEGES, Toll Collect). Etwa 5.700 Mitarbeiter würden nach dieser ersten Schätzung im Betriebsdienst inklusive „Overhead“ benötigt werden, etwa 5.500 Mitarbeiter würden in den Bereichen Planung und Bau, Verkehr, Querschnittsfunktionen, Auszubildende sowie Leitung inklusive Stäbe tätig sein. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf Seiten 14 ff. der als **Anlage 1** beigefügten Wirtschaftlichkeits- und Effizienzanalyse von PwC vom 10. März 2017 sowie auf die Ausführungen unter Abschnitt D.II verwiesen.

b) Fachbereiche

Die Geschäfte der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft werden durch die **Geschäftsführung** geleitet. Der Geschäftsführung direkt unterstellt sind die fünf Fachabteilungen des steuernden Arms,

- Zentrale Dienste/Querschnittsfunktionen,
- Planung,
- Bau, Erhaltung, Unterhaltung,
- Betrieb und

- Verkehr,

aber auch die „Autobahndirektionen“ selbst, welche „das Geschäft in der Fläche“ zu betreiben und zu einem wesentlichen Teil die Verfügbarkeit der Bundesautobahnen vor Ort sicherzustellen haben (siehe dazu auch unter Abschnitt C.V.2.c) (ab Seite 97). In den genannten Fachabteilungen werden die entsprechenden Fachaufgaben wahrgenommen.

Als **Stabsstellen** könnten der Geschäftsführung eine Stabsstelle für Sonderprojekte und eine Stabsstelle für das Änderungsmanagement zur Seite gestellt werden. Stabsstellen sind außerhalb der sog. Linie (Fachabteilungen) angesiedelt und berichten in der Regel unmittelbar der Geschäftsleitung. Die Begleitung und der ordnungsgemäße Abschluss von in der Transformationsphase zu erledigenden Aufgaben in einer Stabsstelle kann aus heutiger Sicht zweckmäßig sein. Die zu bestellenden Beauftragten (zum Beispiel Datenschutz, Gleichstellung) sowie die Funktion eines Compliance-Officers haben wir in Abbildung 2 nicht gesondert dargestellt.

aa) Zentrale Dienste/Querschnittsfunktionen

Innerhalb der Funktion **Zentrale Dienste/Querschnittsfunktionen** werden übergeordnete Aufgaben zur Bereitstellung der betriebsnotwendigen Ressourcen zusammengefasst (Personal, Liquidität, IT, entscheidungsorientierte Informationen, Sach- und Betriebsmittel). Folgende Sachbereiche sind darzustellen:

- Finanzierung,
- Rechnungswesen/Controlling inklusive IT-gestützte Bestandsverwaltung des Netzes,
- Innenrevision und Compliance,
- Personal, Aus- und Weiterbildung, Arbeitsschutz und innere Organisation,
- IT, Datenverarbeitung,
- Recht und Grundsatz einschließlich Vergabestelle und Einkauf, Grunderwerb,
- Strategie- und Kommunikation.

Die Organisationseinheit **Finanzierung** beschafft bzw. verwaltet die für die Aufgabenerledigung der Gesellschaft notwendige Liquidität, plant und deckt dementsprechend den Finanzierungsbedarf und versieht das Schul-

denmanagement, soweit die Gesellschaft Fremdmittel am Kapitalmarkt besorgt. Je nachdem, wie die Finanzierung der Gesellschaftsaufgaben im Einzelnen gestaltet werden wird, kann zu den Aufgaben der Organisationseinheit auch die Veranlassung von Auszahlungen auf dem Bund von privaten Auftragnehmern in Rechnung gestellte Leistungen für den Bau, die Erhaltung oder den Betrieb gehören, sofern diese Leistungen für die sonstigen Bundesfernstraßen erbracht wurden. Die Schnittstellen zum Finanzmanagementsystem der VIFG und zu den für die Abnahme von Leistungen zuständigen Stellen innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wären im Einzelnen zu definieren (s. o.). Schnittstellenfragen ergeben sich des Weiteren hinsichtlich der Vorhaltung eines **Investitionsplans** für die Gesellschaft. Dieser ist auf Basis der Daten aus der IT-gestützten Bestandsverwaltung und in Abstimmung mit den Fachabteilungen Planung sowie Bau und Erhaltung zu erstellen, permanent fortzuschreiben und mit einer kurz-, mittel- und langfristigen **Finanz- und Realisierungsplanung** zu unterlegen.

Der **Investitions- und Finanzierungsprozess** zur Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen des Baus und der Erhaltung im Bundesautobahnnetz wird zu den betrieblichen Kernfunktionen der Gesellschaft gehören. Als solcher wird er nicht nur aufgrund der Größenordnungen des Mitteleinsatzes Gegenstand gesonderter Strukturierungs- und Optimierungsüberlegungen sein müssen, die letztlich auch von der Gründungsgeschäftsführung der Gesellschaft mit anzustellen sind. Schon zum Erlass des Errichtungsgesetzes für die Gesellschaft sollten allerdings die Grundstrukturen der Finanzierung der Gesellschaft durch den Bund definiert sein.

Der **Aufgabenbereich Rechnungswesen/Controlling** erfüllt die Aufgaben Bilanz- und Finanzbuchhaltung und (strategisches) Controlling, wozu zum Beispiel auch die Bereitstellung von Daten für einen internen und externen Betriebsvergleich zur Leistungs- und Produktivitätsmessung der „Autobahndirektionen“ und „Autobahnmeistereien“ untereinander sowie im Drittvergleich gehören kann.

Dem Bereich Rechnungswesen/Controlling kann auch die **IT-gestützte Bestandsverwaltung** des Bundesautobahnnetzes zugeordnet werden. Sie dient der buchmäßigen Erfassung des vollständigen Bundesautobahnnetzes im Sinne der begrifflichen Abgrenzung im Sinne von § 1 Abs. 4 FStrG,

also bezogen auf sog. benannte und sog. nichtbenannte Teile des Straßenkörpers sowie ferner bezogen auf Zubehör, Nebenanlagen und Nebenbetriebe,

der Dokumentation von dessen baulichem Zustand sowie den Zugängen und ggf. auch von Abgängen. Das Bestandsverwaltungssystem liefert die Daten für einen in regelmäßigen Abständen, zum Beispiel jährlich, zu erstellenden **Infrastrukturzustandsbericht** sowie für den Anlagenspiegel im Rahmen der Bilanzierung des Bundesautobahnvermögens im Sachanlagevermögen der Gesellschaft. Hintergrund ist die Möglichkeit, dass der Bund zu einem späteren Zeitpunkt das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überträgt. Indem der Gesellschaft zugleich Rechte an der Lkw-Maut und ggf. an weiteren Infrastrukturabgaben eingeräumt werden,

vgl. dazu unter Abschnitt D.I. (ab Seite 184),

trägt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in einem entwickelten Zustand bei wirtschaftlicher Betrachtung sowohl die Chancen als auch die Risiken der Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs und nach Maßgabe der weiteren Vorgaben des FStrG. Aus den Daten der Bestandsverwaltung leitet die Gesellschaft dementsprechend auch ihre strategische Erhaltungsplanung für notwendige Unterhaltungs- und Erneuerungsmaßnahmen im Gesamtnetz einschließlich einer Finanzierungsplanung ab. Neben dem Investitions- und Finanzierungsprozess wird auch der Aufbau des Bestandsverwaltungssystems Gegenstand eigener Betrachtungen sein müssen, in die neben IT-technischem Sachverstand unter anderem auch systematische Erkenntnisse zur Einwertung von Streckenabschnitten, deren Ober- und Unterbau, von Sonderbauwerken, von Zubehör sowie von Nebenanlagen und Nebenbetrieben in Zustandsklassen einzugehen haben. Dabei empfiehlt sich, das System der Bestandserfassung konzeptionell und IT-technisch frühzeitig zu definieren. Auch hier handelt es sich um einen betrieblichen Kernprozess, der die Ressourcenausstattung der Gesellschaft in weiten Teilen beeinflussen wird und bei der Planung von technischen Systemen und Kapazitäten mithin frühzeitig zu berücksichtigen ist.

Im **Aufgabenbereich IT/Datenverarbeitung** werden alle Aufgaben im Zusammenhang mit der Bereitstellung, Wartung und Pflege der Informations- und Kommunikationstechnologie wahrgenommen. Er sichert ebenfalls einen betrieblichen Kernprozess der Gesellschaft ab und sollte in zeitli-

cher und fachlicher Abstimmung mit der Konzeptionierung des vorgenannten Bestandserfassungssystems strukturiert werden. Ausgangspunkt sollte eine frühzeitig definierte **IT-Strategie** für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sein. Von dieser umfasst sein sollten eine IST-Aufnahme der in den Auftragsverwaltungen der Länder vorhandenen IT-Systeme, eine Bewertung von deren Leistungsfähigkeit und Integrationsfähigkeit in ein ganzheitliches System der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie eine Empfehlung über die künftigen Hardware-, Software-, Hosting- und Providerstrukturen innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einschließlich der damit verbundenen datenschutzrechtlichen Fragen sowie von Fragen der IT-Sicherheit.

Die Organisationseinheit **Innenrevision und Compliance** dient für sämtliche Abteilungen und Fachbereiche der Gesellschaft der Einhaltung gesetzlicher, untergesetzlicher und sonstiger einschlägiger Verhaltens-, Entscheidungs- und Dokumentationsstandards, darunter auch des vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) bereitgestellten und regelmäßig fortgeschriebenen **Public Corporate Governance Kodex des Bundes**. An welcher Stelle die Organisationseinheit Innenrevision und Compliance sachlich und disziplinarisch angegliedert werden soll, werden die Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gesellschaft nach der Gründung der Gesellschaft unter Umständen zum Gegenstand eigener Zweckmäßigkeitsüberlegungen machen. Wesentlich ist einerseits das „Bekenntnis“ der Geschäftsführung zur organisatorischen Umsetzung des Legalitätsprinzips, andererseits die Sicherstellung einer allein sachorientierten Ausrichtung sowohl der einzurichtenden internen Kontroll- und Schulungssysteme als auch der jährlichen Compliance-Berichte und sog. Entsprechenserklärungen an die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat bzw. an den Gesellschafter und die Öffentlichkeit. Aus solcherlei Erwägungen sieht das Organigramm gemäß Abbildung 2 eine tendenziell „leitungsferne“ Lokalisierung der Einheit Innenrevision und Compliance vor. Außerdem bietet es sich an, erhebliche Veränderungen des Risikomanagements der Gesellschaft und ihrer Compliance-Organisation der Zustimmung des Aufsichtsrates zu unterwerfen,

> *vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 16 des als Anlage 2 beigefügten Satzungsentwurfs.*

Dem **Aufgabenbereich Personal, Aus- und Weiterbildung, Arbeitsschutz und innere Organisation** obliegen u. a. die allgemeinen Personalangelegenheiten sowie die Planung und Betreuung der Ausbil-

dungsberufe. Ferner soll dieser Aufgabenbereich die Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen organisieren und durchführen. Zu den Angelegenheiten der inneren Organisation gehören insbesondere die Erstellung und die Pflege von Organisationsplänen bzw. des Stellenplans, aber auch die Personalstatistik und Bedarfsermittlungen. Ferner sind die Aufgaben des Arbeitsschutzes und des Gesundheitsmanagements für die Belegschaft diesem Aufgabenbereich zugeordnet.

Dem **Bereich Recht und Grundsatz** ist die Betreuung sämtlicher rechtlicher Angelegenheiten zugeordnet. Ob in diesem Rahmen perspektivisch auch das Spezial-Know How etwa im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechtes aufzubauen ist, um etwaige Anleihebegebungen oder sonstige Kreditaufnahmen der Gesellschaft fachkundig zu begleiten, ist zu gegebener Zeit zu entscheiden. Aus Haftungs- und Qualitätssicherungsgründen mag punktuell die Einschaltung externen Sachverstands vorzugswürdig sein. Gleichwohl ist innerhalb der Gesellschaft ein entsprechender Know How-Aufbau sicherzustellen. Über eigenes und dabei auch anwendungsorientiertes Know How sollte der Bereich Recht hingegen zur Betreuung des gesamten Vergabe-, Vertrags- und Grundstückswesens sowie zur Betreuung der Planungs- und Bauaktivitäten der Gesellschaft einschließlich ihrer Rolle als Vorhabenträger verfügen. Das kann perspektivisch auch für die Anwendung von Alternativen zu konventionellen Beschaffungsformen gelten.

Für alle vom Bereich Recht und Grundsatz abzudeckenden Materien ist überdies sicherzustellen, dass das Know How der Fachabteilung Recht auch in der Fläche, mithin in den „Autobahndirektionen“ verfügbar ist. Insbesondere ist der **Vergabe- und Beschaffungsprozess** für dem Vergaberecht unterliegende Leistungen regional, d. h. unter Einschaltung der „Autobahndirektionen“ als Vergabestellen zu organisieren, wobei den „Autobahndirektionen“ und „Autobahnmeistereien“ in einzelnen Beschaffungsbereichen (zum Beispiel Geräte, Fuhrpark) allerdings auch Abrufberechtigungen unter zentral ausgeschriebenen und verwalteten Rahmenvereinbarungen eingeräumt werden könnten,

> *zur Einordnung der Gesellschaft als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB siehe im Einzelnen unter Abschnitt D.III.6. (ab Seite 289).*

Für welche Beschaffungsvorhaben die „Autobahndirektionen“ als Vergabestelle fungieren sollen und welche Beschaffungsvorhaben aus der Fachabteilung zu betreuen oder von dieser zentral vorzuhalten sind (Rahmenver-

einbarungen), ist im Einzelnen ebenso zu definieren wie etwaige Standard-Vergabeunterlagen zur routinemäßigen Wiederverwendung durch die „Autobahndirektionen“. Dabei wird auf ein umfangreiches und bereits erwähntes Vertragswesen der Auftragsverwaltungen zurückgegriffen werden können. Bei den „Autobahndirektionen“ könnte überdies jeweils eine VOB-Schiedsstelle eingerichtet werden. Die fachliche und disziplinarische Steuerung der „Autobahndirektionen“ durch deren Einbindung in die Linienorganisation der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist dabei sicherzustellen (zum Beispiel auch durch entsprechende Vorlage- und Freigabeverfahren).

Dem **Aufgabenbereich Grunderwerb** ist insbesondere die Aufgabe des freihändigen Grunderwerbs zugewiesen. Ferner zählt zu den von diesem Aufgabenbereich wahrzunehmenden Aufgaben die Stellung eines Antrags auf Enteignung bzw. vorzeitige Besitzeinweisung, die Vornahme von Anregungen im Rahmen einer Unternehmensflurbereinigung und die Zahlung von Aufwendungs- und Schadenersatz für Eigentümer nach § 11 Abs. 5 FStrG. Des Weiteren werden von diesem Aufgabenbereich die Aufgabe der Vornahme bzw. Veranlassung von Umweltverträglichkeitsstudien bzw. Prüfungen sowie die Veranlassung von Lärmschutzmaßnahmen wahrgenommen.

Der **Aufgabenbereich Strategie und Kommunikation** unterstützt die Kommunikationspolitik der Gesellschaft im Allgemeinen sowie ggf. auch vorhabenbezogen, letzteres etwa betreffend die Einbindung der Öffentlichkeit bei der Vorbereitung von planfeststellungsrelevanten Vorhaben, welche über die verfahrensmäßige Beteiligung von Betroffenen im Sinne des Planfeststellungsrechts hinausgeht.

Eine gezielte **Personalbeschaffungsstrategie** wurde im Hinblick auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausdrücklich noch nicht definiert. Insoweit wird davon ausgegangen, dass in den Auftragsverwaltungen der Länder Mitarbeiter in der notwendigen Anzahl und mit der notwendigen Befähigung und Eignung vorhanden sind, um den Personalbedarf in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zweckentsprechend zu decken (vgl. dazu unter Abschnitt E.II. [ab Seite 494]) Das schließt ein gezieltes Tätigwerden der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft am originären Arbeitsmarkt zur Auffüllung sich etwa ergebender Kompetenzlücken allerdings nicht aus (zum Beispiel nach der Definition einer ersten IT-Strategie für die Gesellschaft; s. o.).

Im Übrigen ist nach ersten Überlegungen zu den Auswirkungen einer entsprechenden Reorganisation der Bundesautobahnverwaltung auf die **Wirtschaftlichkeit** der Erbringung der Querschnittsfunktionen davon auszugehen, dass die Zentralisierung der angesprochenen Funktionen innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowohl zu Effizienzvorteilen führen kann als auch Qualitätspotenziale zu erschließen hilft. Qualitätsverbesserungen werden allein schon durch eine für das Gesamtnetz erstmals vereinheitlichte und in diesem Rahmen mitunter auch angepasste IT-Ausstattung möglich sein, mit der netzweit einheitlich definierte Anforderungen umgesetzt werden können (zum Beispiel Einführung einer IT-gestützten Bestandsverwaltung mit Straßenzustandsinformationssystem). Auch könnten durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus Budgetgründen eingetretene Fehlentwicklungen in den Landesverwaltungen korrigiert werden. Einige Landesstraßenbaubehörden leiden massiv unter dem Sparzwang und haben durch Stellenabbau in den Bereichen Planung und Bau Kernkompetenzen eingebüßt. Durch die Reorganisation der Querschnittsaufgaben in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde ein bundesweit einheitliches Niveau geschaffen. Soweit durch die Zentralisierung Effizienzvorteile erschlossen werden, könnten bestehende Personalkapazitäten bei den Ländern ggf. verbleiben und dort in anderen Bereichen eingesetzt werden. Dies würde jedoch im Einzelnen zu prüfen sein.

Gegen die mit der Reorganisation von Querschnittsaufgaben verbundenen Vorteile ist der Umstellungsaufwand zur Etablierung der neuen Strukturen einschließlich entstehender Anschaffungs- und Übernahmekosten für IT-Systeme zu rechnen. In den Auftragsverwaltungen könnten überdies möglicherweise Synergien aufgehoben werden, soweit Mitarbeiter derzeit außer für Bundesautobahnen auch für weitere Straßenkategorien tätig sind. Eine Quantifizierung von Effizienzpotentialen einerseits und Umstellungsaufwand andererseits ist bisher nicht erfolgt.

Wegen zu erwartender Wirtschaftlichkeitseffekte einer Verwaltung der Bundesautobahnen durch eine Verkehrsinfrastrukturgesellschaft des Bundes wird – auch wegen der weiteren Aufgaben der Gesellschaft – ergänzend auf die Wirtschaftlichkeits- und Effizienzanalyse von PwC vom 10. März 2017 (**Anlage 1)** sowie auf die in **Anlagenkonvolut 4** dargestellten Ergebnisse der für die Gesellschaft aufgestellten integrierten Planungsrechnung verwiesen.

bb) Planung

Nach den mit den Auftragsverwaltungen der Länder geführten Gesprächen

dazu vor Abschnitt C.V.2. (ab Seite 75).

werden Planungsaufgaben von den Auftragsverwaltungen angabegemäß teilweise unabhängig von der Straßenkategorie und überdies auch mit Bezug auf andere Verkehrsträger bzw. Verkehrssysteme verrichtet (zum Beispiel für Vorhaben im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs). Eine Ausnahme besteht insoweit allerdings für die Auftragsverwaltung des Freistaats Bayern. Hier wird die Planung für die Bundesautobahnen in gesonderten Einheiten in Gestalt der eingerichteten Autobahndirektionen wahrgenommen. Im Übrigen ist in den Landesstraßenbauverwaltungen jeweils planungsrelevantes Spezialwissen gebündelt, das sich auf die Bereiche Planungsrecht, Landespflege und Naturschutz, Vertrags- und Vergaberecht, Ingenieurbau und Technik bezieht.

Im Organisationsbereich Planung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft werden künftig allein die Bundesautobahnen betreut, während die sonstigen Bundesfernstraßen sowie Landesstraßen in der Bearbeitung der Länder verbleiben. Die betreffende Organisationseinheit innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird das fachlich notwendige Spezialwissen in ähnlicher Form gebündelt zur Verfügung stellen, wie dies heute in den Ländern bereits zum Teil geschieht. Dabei soll innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dafür Sorge getragen werden, dass einerseits die im Bereich Planung notwendigen Kenntnisse in koordinierter Form bereitgehalten und fortentwickelt werden können, was Aufgabe der Fachabteilung ist. Andererseits sollen die „Autobahndirektionen“ als ausführende Einheiten konkrete Planungs-, Bau- und Erhaltungsprojekte betreuen. Die regionale Verteilung der „Autobahndirektionen“ hätte anhand von netzbezogenen und verkehrlichen Kriterien zu erfolgen.

Inhaltlich werden der Fachabteilung **Planung** die folgenden Aufgabenbereiche zugeordnet:

- Planung Straßenbau und Ingenieurbauwerke,
- Erhaltungsmanagement und Erhaltungsplanung,
- Planungsrecht,
- Umweltschutz und Landschaftspflege,
- Steuerung & Technik sowie

- Steuerung Betrieb.

Für planfeststellungsbedürftige Vorhaben agiert die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Vorhabenträger, hat also die Planung einschließlich der Planfeststellungsunterlagen vorzubereiten. Der Aufgabenbereich **Planung Straßenbau und Ingenieurbauwerke** umfasst dabei unter anderem die *Vorbereitung* der Linienbestimmung und hierbei unter anderem die Benehmensherstellung mit Landesplanungsbehörden. Im Rahmen der Vorbereitung von Raumordnungsverfahren sollen die erforderlichen Unterlagen erarbeitet und die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Verfahren durch den Bereich Planung vertreten werden. Weiter soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Fachbereich Planung vorbereitende Tätigkeiten nach § 16a Abs. 1 FStrG (zum Beispiel Vermessungen, Grundwasseruntersuchungen) sowie die Zahlung von Entschädigungen für das Entstehen unmittelbarer Vermögensnachteile durch Vorarbeiten veranlassen bzw. Anträge auf Feststellung einer solchen Entschädigung als „Straßenbaubehörde“ nach § 16a Abs. 3 FStrG stellen. Weiterhin sollen im Rahmen der Bauvorbereitung Planungs- und Entwurfsunterlagen nach den Richtlinien für die Gestaltung von einheitlichen Entwurfsunterlagen im Straßenbau (RE 2012) erstellt und auch „aufgestellt“, d. h. verantwortlich gezeichnet werden für Ordnungsmäßigkeit, Vollständigkeit und Richtigkeit. Zu den weiteren Tätigkeiten dieses Aufgabenbereichs zählen Maßnahmen des Grunderwerbs, aber auch die Wahrnehmung einzelner Befugnisse, die das FStrG der Straßenbaubehörde bzw. dem Straßenbaulastträger zuweist. Im Einzelnen sollen das nach den heutigen Überlegungen die Abwicklung von Entschädigungsvorgängen nach § 9 Abs. 9 FStrG (Kompensationszahlungen für Nutzungseinschränkungen an Grundstücken) oder die Mitwirkung im Entschädigungsverfahren nach § 19a FStrG sein.

Mit umfasst von den Aufgaben der Planungsabteilung sind jeweils auch bauvorbereitende Tätigkeiten für **Erhaltungsmaßnahmen** im Bundesautobahnnetz einschließlich von Ingenieurbauwerken.

Sowohl in der Bauplanung als auch in der Erhaltungsplanung sind neben Aufgaben der Fachplanung und der Bauwerksplanung zur Beschaffung von Baurecht **Kostenplanungen** vorzunehmen. Zwar wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als juristische Person des privaten Rechts voraussichtlich nicht der Anwendung von § 24 BHO unterliegen, da § 105 Abs. 1 Nr. 2 BHO die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 1 bis 87 BHO nur für bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts vor-

schreibt und sich aus § 112 Abs. 2 Satz 2 BHO hinsichtlich der Anwendbarkeit des Bundeshaushaltsrechts auf juristische Personen des privaten Rechts nichts anderes ergibt. Gleichwohl dürfte Teil des in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu organisierenden Investitions- und Finanzierungsprozesses auch eine maßnahmenbezogene Kostenplanung und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu sein haben, welche sich an den materiellen Maßgaben von § 24 BHO orientieren kann. Nach dessen Absatz 2 dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für größere Beschaffungen und größere Entwicklungsmaßnahmen erst veranschlagt werden, wenn Planungen und Schätzungen der Kosten und Kostenbeteiligungen vorliegen; Näheres regelt insoweit eine Verwaltungsvorschrift (VV). Der in VV Nr. 2.1 und 2.2 genannte Grenzwert von EUR 500.000 könnte für den internen Planungsprozess der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft grundsätzlich als Orientierungsgröße dienen, materiell dürften die Anforderungen der VV an entscheidungsreife Kostenplanungen aber auch im Übrigen als Orientierungspunkt für den Aufbau eines entsprechenden Planungs- und Investitionsfreigabeprozesses innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dienen können. Nach VV Nr. 2.4 ist eine Beschreibung des Investitionsgegenstandes oder eine Erläuterung des Vorhabens (ggf. mit Plänen und Skizzen), ein Zeitplan, eine Darlegung der Notwendigkeit der Beschaffung oder Entwicklung, eine Schätzung der Kosten und Folgekosten und eine Darlegung der Finanzierung erforderlich. Nach VV Nr. 3 sind die Unterlagen rechtzeitig zur Aufstellung des Entwurfs des Haushaltsplans dem Bundesministerium der Finanzen vorzulegen, woraus sich für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ggf. die Aufstellung zeitlicher Regeln zur Berücksichtigung von Vorhaben in dem jeweils nächsten Investitions- und Finanzierungsplan der Gesellschaft ableiten ließe. Bei der Definition eines zweckentsprechenden Kostenplanungsprozesses für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft muss die Bundesfernstraßenverwaltung im Übrigen nicht „bei Null“ anfangen, sondern kann sich an den Abläufen orientieren, die sich insoweit speziell für die Bundesfernstraßen innerhalb der DEGES oder für den Verkehrsträger Schiene in der Bundeseisenbahnverwaltung etabliert haben. Sachlich zu verknüpfen wäre der Kostenplanungsprozess für Bau- und Erhaltungsmaßnahmen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit dem Bestandserfassungs- und Bestandsbewertungssystem für das Gesamtnetz (zum Beispiel Fortschreibung Anlagespiegel Plan/Ist), der Anlagenbuchhaltung (Meldung der zu aktivierenden Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie der Anschaffungsnebenkosten für Maßnahmen Plan/Ist) sowie mit der Finanzierungsplanung.

Der **Aufgabenbereich Umweltschutz und Landschaftspflege** dient in erster Linie der Vornahme bzw. Veranlassung von Maßnahmen für Bundesautobahnen zum Natur- und Artenschutz (zum Beispiel naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen) sowie der Vornahme bzw. Veranlassung von Maßnahmen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG).

Sonstige Tätigkeiten in diesem Bereich sind zum Beispiel die Vermessung oder die Durchführung von Verkehrsuntersuchungen. Ob und inwieweit in der Fachabteilung bereits Organisationseinheiten für regionale Belange zu schaffen sind (zum Beispiel „Gebietsreferate" für einzelne Regionen bzw. für die Zuständigkeitsbereiche der „Autobahndirektionen"), ist zu gegebener Zeit zu entscheiden. Sachlich sollten entsprechende Überlegungen dem Zweck dienen, die Planungskompetenz der Fachabteilung zielgerichtet für Einzelvorhaben im Zuständigkeitsbereich der „Autobahndirektionen" einsetzen zu können.

Bereits in der **Transformationsphase** (dazu im Einzelnen unter Abschnitt E. [ab Seite 458]) sollten die Auftragsverwaltungen im Übrigen rein vorsorglich angehalten werden, von ihnen aktuell betriebene Planungsvorhaben für Bundesautobahnen unter Angabe des aktuellen Sachstands und der weiteren Schritte bis zum Erhalt des Baurechts zu benennen (Zeitplanung). Die Dokumentation aktueller Planungsvorhaben erscheint zweckmäßig, um einen geordneten Übergang in die neue Zuständigkeit zu gewährleisten.

In strategischer Hinsicht dient die Reorganisation im Bereich der Planungsfunktion zusammenfassend einer Stärkung der **Bauherrenfunktion** innerhalb der Bundesautobahnverwaltung, verbunden mit dem Ziel einer besseren Steuerung von Kosten, Qualitäten, Verfügbarkeiten und Zeiten. Sicherzustellen sind Fachkompetenzen und Steuerungsmöglichkeiten der Straßenbauverwaltung sowohl für die Strecke als auch für Sonderbauwerke (Brücken, Tunnel). Die künftige Vorhaltung des relevanten Know How in einer Fachabteilung soll die Stärkung der Bauherrenfunktion für das Gesamtnetz, also für alle Regionen bewirken.

cc) Bau und Erhaltung

Auch die Reorganisation der in der Funktion **Bau und Erhaltung** zu versehenden Aufgaben dient einer Stärkung der Bauherrenfunktion, gerichtet

auf das Ziel einer möglichst weitgehenden Realisierung vertraglich vereinbarter Kosten, Zeiten und Qualitäten. Der Fachabteilung Bau in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sind die folgenden Aufgabenbereiche zugeordnet:

- Steuerung Bau und Baudurchführung,
- Bauvertragsrecht,
- Straßenbautechnik,
- Erhaltungsmanagement,
- Instandhaltung Ingenieurbauwerke und Straße,
- Entsorgungsmanagement und Baustoffprüfstelle.

Im Aufgabenbereich **Steuerung Bau und Baudurchführung** werden konkrete Baumaßnahmen vorbereitet, koordiniert und überwacht. Dabei ist davon auszugehen, dass die Steuerung von Baumaßnahmen weitgehend den ausführenden Einheiten der Gesellschaft, mithin den regional verorteten „Autobahndirektionen“ bzw. „Autobahnmeistereien“ vorzubehalten sein wird. Von der Fachabteilung werden insoweit allerdings koordinierende Tätigkeiten wahrzunehmen sowie fachliche Kompetenzen in Spezialdisziplinen bereitzustellen sein. Die dazu notwendigen personellen Ressourcen können den „Autobahndirektionen“ seitens der Fachabteilung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig unabhängig von den finanziellen Spielräumen eines Landes bereitgestellt und fachlich weiterentwickelt werden.

Der Aufgabenbereich **Bauvertragsrecht** dient dem Vertragsmanagement der Bauverträge sowie der Überwachung bauvertraglicher Rechte und Pflichten. Die Schnittstellen zum Bereich „Recht“ sind zu definieren.

Der Bereich **Straßenbautechnik** überwacht die Einhaltung des technischen Regelwerks im Hinblick auf die im Straßenbau verwendeten Baustoffe und Bauverfahren. Dieser Sachbereich wird ergänzend bei der Planung von Baumaßnahmen tätig. Er dient unter anderem der Sicherstellung bzw. Umsetzung der Verkehrssicherungspflichten.

Der Aufgabenbereich **Erhaltungsmanagement** soll Erhaltungsmaßnahmen steuern, koordinieren und durchführen. Dazu gehört die regelmäßige Zustandsüberwachung, auch von Ingenieurbauwerken. Insoweit werden in der Abteilung Bau und Erhaltung Zuarbeiten für den Bereich Planung, aber auch für die Bereiche Betrieb und Verkehr geleistet.

Die Organisation und Überwachung der sach- und fachgerechten Entsorgung von Baustoffen und Abbruchmaterial obliegt dem Aufgabenbereich **Entsorgungsmanagement**.

Der **Baustoffprüfstelle** obliegt die Prüfung von im Straßenbau verwendeten Baustoffen. Zu den Aufgaben zählen insbesondere Eignungsprüfungen von Baustoffen, Eignungsüberwachungs- und Kontrollprüfungen sowie die Überprüfung und Messung von fertigen Leistungen.

dd) Betrieb

Der Funktion **Betrieb** sind folgenden Aufgabenbereiche zugeordnet:

- Steuerung Betriebsdienst,
- Betriebsdienstlogistik,
- Bundesautobahnenmeistereien bzw. Straßen- und Autobahnmeistereien, Fernmeldemeistereien,
- Nebenbetriebe,
- StVO, VwV-StVO sowie
- Geoinformationen/Vermessung.

Dem Aufgabenbereich **Steuerung Betriebsdienst** obliegt die Sicherstellung der technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine uneingeschränkte Bereitstellung der Bundsautobahnen zur Nutzung. Dieser Aufgabenbereich ist weitestgehend auf den ausführenden Arm der Gesellschaft verlagert, mithin auf die „Autobahndirektionen“ und vor allem auf die „Autobahnmeistereien“, deren Tätigkeiten allerdings von der Fachabteilung koordiniert und gesteuert werden sollten (Controlling). Die Schnittstellen sind im Einzelnen zu definieren, dieses auch im Hinblick auf die **Betriebsdienstlogistik**, mithin das (*zentrale*) Fuhrpark- und IT-Management und die (*dezentrale*) Bereitstellung und Entsorgung des sonstigen betriebsnotwendigen Anlage- und Umlaufvermögens (zum Beispiel Vorräte, Hilfs- und Betriebsstoffe) einschließlich der von den „Autobahnmeistereien“ selbst zu organisierenden Material- und Geräteverwaltung.

Die genauen Schnittstellen zwischen den Fachabteilungen, den „Autobahndirektionen“ und den „**Autobahnmeistereien“ bzw. den „Fernmeldemeistereien“** werden zu bestimmen sein. Neben den bereits genannten logistischen Funktionen besorgen die „Autobahnmeistereien“ Maßnahmen der baulichen Erhaltung und der betrieblichen Unterhaltung, wozu im Ein-

zelnen ganz unterschiedliche Verrichtungen gehören, zum Beispiel das Anbringen von Verkehrsschildern, auch soweit diese notwendig sind, um im Rahmen von § 3 Abs. 2 FStrG auf einen nicht verkehrssicheren Zustand von Strecken hinzuweisen, die Vornahme von Sofortmaßnahmen am Straßenkörper, die Absicherung von Gefahrenstellen, das Anbringen von Gefahrenzeichen nach § 45 Abs. 3 Satz 3 StVO sowie die Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung der Bauten nach § 4 FStrG einschließlich der laufenden Zustandskontrolle der Straßen und Bauwerke. Auch die Grünpflege sowie die Wartung und Instandhaltung von Straßenausstattungen (Verkehrszeichen und Schilder, Leit- und Schutzeinrichtungen, Rast- und Parkplätze, elektrotechnische Anlagen, weitere Straßenausstattung), die Reinigung der Entwässerungsanlagen, Bauwerke und Straßenausstattung sowie die Abfallbeseitigung, die Koordination des Winterdienstes (Streuen und Räumen von Straßen sowie sonstige Winterdienstleistungen, zum Beispiel Anbringen von Schneezäunen und Gefahrenzeichen), die Beseitigung von Unfallschäden sowie die allgemeinen Wartungstätigkeiten und das Vornehmen verkehrsregelnder Maßnahmen in Katastrophenfällen gehören zu den Aufgaben der „Autobahnmeistereien".

Im Einzelnen sind die Tätigkeiten des Straßenbetriebsdienstes gegenwärtig in einem detaillierten **Leistungsheft** dokumentiert, das die Leistungen und die Qualitätserwartungen festlegt (zum Beispiel Umlaufzeiten im Winterdienst). Für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft können die entsprechenden Dokumentationen nutzbar gemacht und fortgeschrieben werden. Der Betrieb der „Autobahnmeistereien" selbst dürfte weitestgehend unberührt bleiben, sieht man von möglichen Veränderungen im Zuschnitt von Zuständigkeitsbereichen an den Landesgrenzen sowie von der Reorganisation bestehender Straßen- und Autobahnmeistereien (Mischmeistereien) ab[12]. Von der Reorganisation weitgehend unberührt bleiben dürfte dabei die innere Mitarbeiterstruktur der „Autobahnmeistereien", welche neben Beschäftigten des Innendienstes (Dienststellenleiter, Verwaltungsangestellte) sog. technische Mitarbeiter (Gerätewart, Betriebselektriker, Kfz-Mechaniker) sowie Außendienstmitarbeiter umfasst (Kolonnenführer, Streckenwarte, Straßenwärter, Straßenwärterauszubildende).

---

[12] Soweit ersichtlich, existieren im Netz gegenwärtig 26 Mischmeistereien, davon zwei auf Liegenschaften der betreffenden Länder, die übrigen auf Liegenschaften des Bundes. Die Möglichkeiten zur Aufgliederung der Betriebsbereiche „Bundesautobahn" und „sonstige Straßen", insbesondere Landesstraßen, in voneinander unabhängige Einheiten werden im Fall der Mischmeistereien gesondert zu analysieren sein. Vorgesehen sind entsprechende Analysen für die Transformationsphase (dazu unter Abschnitt E).

Nicht zwingend in den „Autobahnmeistereien“, sondern ggf. auch in der Fachabteilung wäre die Betreuung der **Nebenbetriebe** anzusiedeln, soweit der Gesellschaft auch insoweit Aufgaben übertragen werden sollen. Hierzu könnten die Pflege und Fortschreibung des Musterkonzessionsvertrages für die Nebenbetriebe sowie der Vergabeunterlagen für die Vergabe von standortbezogenen Dienstleistungskonzessionen (*zentral*) ebenso gehören wie die Durchführung von Ausschreibungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, welche auf die Übertragung von Bau und/oder Betrieb von Nebenbetrieben auf Dritte nach § 15 Abs. 2 FStrG gerichtet sind (*dezentral*), aber auch das Baufreigabeverfahren für Nebentriebe nach § 15 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 4 FStrG (*dezentral*) sowie unterstützende Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Einziehung der in § 15 Abs. 3 FStrG geregelten und aufgrund einer gesonderten Konzessionsabgabenverordnung festgesetzten Konzessionsabgaben (*zentral*). Diese sind von Inhabern von Nebenbetriebskonzessionen an das Bundesamt für Güterverkehr zu entrichten.

Betriebliche Bezüge haben schließlich auch Fragen der Einbindung des **Bundesautobahnfernmeldewesens** in das betriebs- und verkehrstechnische Konzept der Bundesautobahnen. Entlang der Bundesautobahnen hat der Bund ein Fernmeldenetz errichtet, das unmittelbar dem Betrieb und der Erhaltung der Bundesautobahnen zugeordnet wird. Dazu gehören Kabelnetze, angeschaltete Übertragungs- und Vermittlungstechnik, Betriebsfunk-, Notruf- und Störmeldeanlagen einschließlich Notrufsäulen, Antennenträger und Antennen sowie weitere elektrische Betriebsmittel wie zum Beispiel Strom- und Notstromversorgungsanlagen. Weitere Bestandteile des Bundesautobahn-Fernmeldenetzes sind Fernmeldemeistereien, technische Betriebsräume in Autobahnmeistereien und diverse technische Anlagen. Das Fernmeldenetz dient der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, über das gesamte Netz werden bestimmte fernmelde- und signaltechnische Leistungen für die betriebs- und verkehrstechnischen Belange der Bundesautobahnen erbracht. Soweit dem Fernmeldenetz der Bundesautobahnen auch strategische Bedeutung beigemessen wird, etwa im Hinblick auf die künftige Modernisierung und Digitalisierung von Verkehrslenkungssystemen, werden strategische Entscheidungen über den Zuschnitt und die Fortentwicklung des Netzes nicht der Gesellschaft, sondern vor allem dem Bund bzw. einem etwa zu gründenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur vorzubehalten sein.

Dem **Aufgabenbereich StVO, VwV-StVO** obliegt die Anordnung von Verkehrsverboten- und -beschränkungen zur Durchführung von Straßenbauarbeiten und zur Verhütung von außerordentlichen Schäden an der Straße, die durch deren baulichen Zustand bedingt sind – vorbehaltlich anderer Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörden. Darüber hinaus fällt in dieses Tätigkeitsspektrum das Anbringen von touristischen Hinweisschildern nach § 45 StVO i. V. m. Nr. 11a VwV-StVO zu § 45 StVO sowie von Hinweisbeschilderungen für Nebenbetriebe und Autohöfe nach §§ 33 Abs. 3 StVO i. V. m. Nr. 6 VwV-StVO zu § 45 StVO.

Die Vermessung von Liegenschaften, die Kartographie und die Reprotechnik sowie die Unterhaltung und Pflege einer entsprechenden Straßeninformationsdatenbank obliegen dem **Aufgabenbereich Geoinformation/Vermessung**. Die zweckmäßige Integration dieser Datenbank in die in Abschnitt C.V.2.b)aa) (ab Seite 79) erörterte Bestandsverwaltung ist sicherzustellen.

Zusammenfassend bietet die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch hinsichtlich des Betriebes die Chance, sowohl Effizienzpotentiale als auch Qualitätspotenziale zu erschließen und damit die **Wirtschaftlichkeit der Leistungserstellung** zu fördern. **Effizienzpotentiale** ergeben sich zunächst für die Geräteanschaffung und -wartung, etwa indem künftig durch Abschluss zentral organisierter Rahmenvereinbarungen für alle „Autobahnmeistereien“ gemeinsam beschafft werden könnte. Eine an verkehrlichen Kriterien orientierte Einteilung der Zuständigkeiten an den Landesgrenzen könnte darüber hinaus perspektivisch zu einer Optimierung der Meistereistandorte führen, was durch die Gesellschaft nach vollständiger Übernahme der Bestandsstandorte zu Beginn ihrer Betriebstätigkeit im Einzelnen aber zu prüfen sein wird. Im Übrigen kann der Betriebsdienst durch die Fachabteilung strategisch unter Berücksichtigung bundesweit einheitlicher Vorgaben gesteuert werden und auf einheitlicher Datenbasis Gegenstand von Betriebsvergleichen (Benchmarking) und gezielten Prozessoptimierungen sein. Ein transparentes System für regelmäßige Betriebsvergleiche im Betriebsdienst, aber auch in anderen Leistungsbereichen wäre durch die Gesellschaft im Detail zu entwerfen und umzusetzen. **Qualitätspotenziale** ergeben sich im Betrieb zum Beispiel aus dem Einsatz von bundesweit einheitlichem Material und – soweit sachgerecht – einheitlicher Technik (Fahrzeuge) sowie ferner aus der dann gegebenen Möglichkeit einheitlicher Qualitäts- und Leistungsstandards, die unmittel-

bar „in der Linie“, also unter Inanspruchnahme von Weisungsbefugnissen, gemessen und durchgesetzt werden können.

ee) Verkehr

Für die Fachabteilung **Verkehr** sind die folgenden Aufgabenbereiche vorgesehen:

- Verkehrssicherheit und Technik,
- Verkehrssteuerung und -management,
- Straßen-, Brücken- und Tunnelverwaltung sowie
- Großraum- und Schwertransporte.

Der **Aufgabenbereich Verkehrssicherheit und Technik** plant die Straßenausstattung (Beschilderungsplanung, Fahrbahnmarkierungen, Absperrgeräte, Leitpfosten, Fahrzeug-Rückhaltesysteme) sowie die Festlegung der Art der Anbringung und der Ausgestaltung von Verkehrszeichen durch die Straßenbaubehörde nach § 45 Abs. 3 Satz 3 StVO, auch im Rahmen von § 7 Abs. 2 FStrG (Einschränkung des Gemeingebrauchs wegen des baulichen Zustands von Streckenabschnitten). Auch der vor Durchführung von Straßenbauarbeiten zu erstellende Verkehrszeichenplan und die Beschilderung bei Frostgefahr nach § 45 Abs. 2 StVO i. V. m. Nr. 50 VwV-StVO zu § 45 Abs. 2 StVO sind hier zu betreuen. Wenn Straßenbauarbeiten vorgenommen werden, obliegt es der Abteilung Verkehrssicherheit und Technik, den Verkehrszeichenplan nach § 45 Abs. 6 StVO i. V. m. Nr. 63 ff. VwV-StVO zu § 45 StVO zu prüfen. Ebenfalls zum Verantwortungsbereich der Abteilung gehören die Tunnelsicherheit, der Einsatz und die Erprobung neuer Technologien, die Sicherung von Arbeitsstellen, das Führen einer Unfallstatistik einschließlich Unfallanalysen sowie die Empfehlung von Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit.

Im Aufgabenbereich **Verkehrssteuerung und -management** werden u. a. die Entwicklung, der Einsatz und der Betrieb von dynamischen Verkehrssteuerungs- und Informationssystemen (Verkehrstelematik) fachlich betreut.

Vom Aufgabenbereich **Straßen-, Brücken- und Tunnelverwaltung** werden klassischerweise z. B. Widmungs-, Umstufungs- und Einziehungsverfahren betreut. Auch die Überwachung von Maßnahmen der Straßenbaulast zählt zu den Aufgaben dieses Bereichs. Ferner werden hier bislang

die Straßenverzeichnisse und eine Straßeninformationsdatenbank geführt, wobei es allerdings zweckmäßig erscheint, künftig sämtliche bestandsverwaltenden Systeme und Funktionen in zweckmäßigerweise zu integrieren (s. o.).

Die Zusammenarbeit mit dem Katastrophenschutz und der zivilen Verteidigung wird ebenfalls vom Aufgabenbereich Verkehr koordiniert. Dasselbe gilt für das Rast- und Parkplatzmanagement auf bewirtschafteten und unbewirtschafteten Rastanlagen.

Der Aufgabenbereich **Großraum- und Schwertransporte** wirkt bei der Genehmigung der Transporte nach § 8 Abs. 1 Satz 2 FStrG bzw. nach § 29 Abs. 2 und 3 StVO i. V. m. Nr. 122 VwV-StVO zu § 29 StVO sowie bei der Koordinierung und Überwachung dieser Transporte mit. Da die straßenverkehrsrechtliche Genehmigung von Großraum- und Schwertransporten von diesen verwirklichten Sondernutzungstatbeständen im Sinne des Straßenrechts in der Regel mit legitimieren wird,

> *vgl. insoweit Stahlhut, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 27, Rn. 46 und 48.2,*

dürften sich die Aufgaben in der Praxis auf etwa erforderliche Anordnungen nach § 7 Abs. 3 FStrG und auf die Erhebung und Festsetzung von Sondernutzungsgebühren nach § 8 Abs. 3 FStrG auf der Grundlage bestehender bzw. noch zu erlassender Gebührenordnungen konzentrieren. Soweit das für Bundesautobahnen praktisch relevant werden kann, soll von der Fachabteilung Verkehr schließlich auch ein etwaiger Erstattungsanspruch wegen aufwendiger Herstellung oder dem Ausbau einer Bundesfernstraße nach § 7a Abs. 1 FStrG geltend gemacht und eine etwa notwendige Zustimmung zu Arbeiten an der Straße im Zuge von Sondernutzungen nach § 8 Abs. 2a Sätze 2 und 3 FStrG erteilt werden.

Aussagen zu möglichen **Effizienzgewinnen** durch eine koordinierte Wahrnehmung der betrieblichen Funktion Verkehr der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sind „von außen“ im Übrigen nur mit gewisser Zurückhaltung zu treffen. Für die Bereiche Straßenausstattung und Baustellenmanagement verspricht eine bundeseinheitliche Koordination Vorteile. Im Baustellenmanagement wird dabei allerdings die bereits jetzt schon – im Verhältnis von Bundes- zu Landesstraßen – bestehende Schnittstelle zu den Ländern verschoben, wenn es darum geht, das nachgeordnete Straßennetz für verkehrlich sinnvolle Umgehungsrouten zu nutzen, um Verkehrsfluss

und individuelle Mobilität zu erhalten. Ob und inwieweit die bisherigen Verkehrsleitzentralen der Länder in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgehen könnten, wäre durch die Bundesfernstraßenverwaltung durch eine gesonderte Analyse zu klären.

c) Zur Organisation des „ausführenden Arms“ innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Wie bereits dargelegt, hat der ausführende Arm der Gesellschaft sicherzustellen, dass die Funktionen Planung, Bau und Erhaltung, Betrieb und Verkehr in der Fläche mit hoher Effizienz und Qualität wahrgenommen und die Bundesautobahnen betriebsbereit zur Nutzung bereitgestellt werden. In diesem Sinne sieht das Organigramm vor, dass grundsätzlich auch noch in den „Autobahndirektionen“ Querschnittsfunktionen abgebildet werden, allerdings in reduziertem Umfang und beschränkt auf Kernaufgaben, welche der Aufgabenerledigung durch die „Autobahnmeistereien“ unmittelbar vorgelagert werden sollten. Im Übrigen können die „Autobahndirektionen“ gegenüber dem „steuernden Arm“ der Gesellschaft, wie in Abbildung 2 abgebildet, gestrafft werden, indem die Funktionen „Planung und Bau/Erhaltung“ und „Betrieb und Verkehr“ zusammengefasst werden. Auch der ausführende Arm untersteht unmittelbar der Geschäftsführung.

Im Einzelnen ist die Zuweisung von Aufgaben zum steuernden Arm einerseits und zum ausführenden Arm andererseits für bestimmte Betriebsprozesse im Rahmen der Ablauforganisation noch zu spezifizieren. Gelegentlich wurden solche Schnittstellenfragen bereits in den vorstehenden Ausführungen angesprochen. Die Gestaltung und Optimierung der betrieblichen Prozesse entlang der „Organisationskette“ Fachabteilung – „Autobahndirektion“ – „Autobahnmeisterei“ dürfte indes ein gewichtiges Betätigungsfeld für eine weitergehende Organisationsanalyse nach Aufnahme der Betriebstätigkeit der Gesellschaft sein, auf deren Grundlage die Kernprozesse der Bereitstellung der Bundesautobahnen namentlich in der Funktion Betrieb aufgenommen und ggf. angepasst werden sollten.

Konzeptionell dient der Ausführungsarm der Gesellschaft der Umsetzung der Strukturprinzipien Effizienz, Regionalität und Wettbewerb (vgl. dazu unter Abschnitt C.V.1. [ab Seite 73]). Die Einteilung des Gesamtnetzes in „Autobahndirektionen“ sollte dabei nicht notwendigerweise an Landesgrenzen orientiert sein, sondern sich vielmehr nach Netzzusammenhängen und nach sonstigen Sachkriterien richten. Die „Autobahnmeistereien“ si-

chern die Einbindung regionaler Kompetenzen und Kenntnisse über Zustand und Rahmenbedingungen der jeweils betreuten Strecken. Sowohl auf Ebene der „Autobahndirektionen“ als auch auf Ebene der „Autobahnmeistereien“ werden systematische Betriebs- und Kennzahlenvergleiche sowie Prozessoptimierungen möglich, die künftig unter einheitlicher Leitung aufgesetzt, analysiert und einheitlich zur Ableitung und Umsetzung von Verbesserungsempfehlungen genutzt werden können.

Eine rechtliche Selbstständigkeit der „Autobahndirektionen“ als sog. „Regionalgesellschaften“ erscheint zur Umsetzung der genannten Organisationsziele sachlich nicht zwingend geboten. Die betriebswirtschaftlichen Daten, welche Grundlage von Betriebsvergleichen sind, könnten in einer internen Kosten- und Leistungsrechnung abgebildet und ermittelt werden, ohne dass es dazu eines eigenständigen Rechtsträgers „Autobahndirektion“ bedürfte. Rechtsformkosten für eigenständige Gesellschaften könnten somit eingespart werden. Die für den Leistungserstellungsprozess erforderlichen und zweckmäßigen Entscheidungsbefugnisse gegenüber den „Autobahnmeistereien“ könnten den „Autobahndirektionen“ grundsätzlich auch aufgrund internen Organisationsrechts zugewiesen werden. Sofern der Gesetzgeber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Befugnis zur bedarfsgerechten Gründung von Tochtergesellschaften einräumt, wären die für oder gegen eine rechtliche Verselbständigung von Funtionen oder Regionalzuständigkeiten sprechenden Gesichtspunkte in jedem Einzelfall dazulegen und zu bewerten. Der für die Gesellschaft unter **Anlage 2** vorgelegte Satzungsentwurf sieht hierzu vor, dass unter anderem Entscheidungen über Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, aber auch über die Gründung und Auflösung von Tochtergesellschaften jeweils der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen (vgl. § 7 Abs. 2 des Satzungsentwurfs). Im Übrigen verweisen wir wegen der Aufgabeninhalte in den Funktionen Planung, Bau und Erhaltung sowie Betrieb und Verkehr ergänzend auf die vorstehenden Ausführungen.

3. Aufgabenwahrnehmung durch „bundeseigene“ und „bundesunmittelbare“ Verwaltung

In dem neuen Organisationsgefüge zur Verwaltung der Bundesautobahnen werden nicht alle zur Bereitstellung der Bundesautobahnen notwendigen Aufgaben durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erledigt. Wie in Abschnitt C.III. (ab Seite 64) bereits dargelegt, sollen bestimmte Verwaltungs-

aufgaben weiterhin im BMVI und somit in sog. bundeseigener Verwaltung, teilweise aber auch durch das geplante Bundesamt für Straßeninfrastruktur in bundesunmittelbarer Verwaltung erledigt werden. Anders als für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft war im Rahmen dieser gutachterlichen Stellungnahme für die Aufgabenwahrnehmung durch das BMVI eine gesonderte Aufbauorganisation dabei nicht vorzuschlagen. Die dem BMVI vorbehaltenen Aufgaben der Bundesautobahnverwaltung dürften vielmehr auch weiterhin im Rahmen von Abteilungs-, Unterabteilungs- und Referatsstrukturen abzubilden sein. Diese wird der Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur durch entsprechende Organisationsverfügung einrichten bzw. abändern, sobald klar ist, welche Gestalt die Abteilung „StB“ nach Umsetzung der Reform der Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen künftig vernünftigerweise einnehmen wird. Entsprechendes gilt für den Behördenaufbau im Bundesamt für Straßeninfrastruktur.

a) Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur

Die im Organisationsplan des BMVI zur Verwaltung der Bundesautobahnen künftig vorzusehenden Referate und Unterabteilungen dürften sich voraussichtlich an konkreten Aufgaben- und Sachbereichen orientieren. Nimmt man an dieser Stelle erneut die in Abschnitt C.III. (ab Seite 64) eingenommene Funktionenbetrachtung auf, dürften im BMVI (weiterhin) Referate für die Planung, den Bau und die Erhaltung, den Betrieb und den Verkehr von Bundesfernstraßen einzurichten sein, in denen neben dem Geschäft für die Bundesautobahnen auch das Geschäft für die sonstigen Bundesfernstraßen wahrgenommen wird. Dabei dürften vom BMVI tendenziell eher übergeordnete, im Kern ministerielle Fragestellungen zu betreuen sein, während das „laufende Geschäft“ vom Bundesamt für Straßeninfrastruktur wahrzunehmen wäre. Anknüpfend an die in Abschnitt C.III.1. (ab Seite 65) angestellten Überlegungen zur Wahrnehmung einer Finanzierungsfunktion durch das BMVI dürfte zudem ein Referat „Finanzierung der Bundesautobahnen“ einzurichten sein, sofern nicht Einzelaspekte betreffend die Finanzierung der Bundesfernstraßen bereits in Fachabteilungs- oder Grundsatzreferaten bzw. in Fachreferaten angesiedelt sind. Ob innerhalb der Fachreferate des BMVI zugleich die Rechts- und Fachaufsicht über das Bundesamt für Straßeninfrastruktur wahrgenommen wird oder ob für diese Aufgabe ein Sonderreferat „Aufsicht Bundesautobahnverwaltung“ einzurichten ist, bliebe zu prüfen und zu entscheiden. Dieses gilt auch für das Beteiligungscontrolling hinsichtlich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, welche von

der bestehenden Beteiligungsverwaltung, wegen der Größe der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und wegen der Bedeutung der auf die Gesellschaft gerichteten Kontrolltätigkeit alternativ aber auch von einem gesonderten Referat wahrgenommen werden könnte. Die Implikationen einer weitgehenden Konzentration des *technischen* Know How zur Bereitstellung von Bundesautobahnen einschließlich Sonderbauwerken in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für die technischen Referate des BMVI wären zu prüfen. Entsprechendes gilt für die künftige Rolle der „Gebietsreferate" sowie für Fachreferate mit sachlichem Bezug zu den Querschnittsfunktionen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft.

Wie in Abschnitt C.III.1. (ab Seite 65) bereits dargelegt, ist eine Aufgabenerledigung unmittelbar durch das BMVI nur für Fälle vorgesehen, in denen eine Beteiligung des BMVI gesetzlich vorgeschrieben ist oder dem BMVI bestimmte Befugnisse eingeräumt werden. Das betrifft beispielweise die Linienbestimmung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 FStrG oder die Festsetzung der Konzessionsabgabe und die Regelung des Verfahrens ihrer Erhebung durch Verordnung nach § 15 Abs. 3 Satz 2 FStrG.

b) „Bundesamt für Straßeninfrastruktur"

Auch für die künftige Organisation eines Bundesamtes für Straßeninfrastruktur dürfte sich eine Orientierung an Fachaufgaben und an entsprechenden Fachzuständigkeiten einzurichtender Abteilungen und Referate anbieten. Einen Organisationsplan für das künftige Bundesamt für Straßeninfrastruktur hatten wir im Rahmen dieser Begutachtung nicht zu entwerfen. Als Grundlage für eine an Fachzuständigkeiten orientierte Aufbauorganisation des künftigen Bundesamtes stellen wir nachfolgend jedoch die Fachaufgaben dar, für welche im künftigen Bundesamt entsprechende Zuständigkeiten zu bilden wären.

aa) Aufgabenbereich Planung

Im Aufgabenbereich Planung soll das Bundesamt den Straßenbau und den Bau von Ingenieurbauwerken, die Erteilung von Baurecht, das Fachgebiet Anbauverbot und Anbaubeschränkung sowie die Materien Immissionsschutz sowie Landschaftspflege und Umweltschutz betreuen.

Im Aufgabenbereich **Planung Straßenbau und Ingenieurbauwerke** werden die Entscheidungen über die Linienbestimmung nach § 16

Abs. 1 FStrG und Entscheidungen über Ausnahmen von der Veränderungssperre gemäß § 9a Abs. 5 FStrG getroffen.

Der Bereich **Erteilung Baurecht** versieht die Aufgaben, die mit der Übernahme der Funktionen als Anhörungs- *und* als Planfeststellungsbehörde für von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Vorhabenträger beantragte Planfeststellungen verbunden sind (vgl. insoweit bereits unter Abschnitt C.III.2. (ab Seite 67). Das Bundesamt wird mithin Anhörungsverfahren nach § 73 VwVfG i. V. m. § 17a FStrG durchzuführen und Planfeststellungsbeschlüsse bzw. Plangenehmigungen nach § 74 VwVfG i. V. m. § 17b FStrG zu erlassen und die Bundesrepublik Deutschland insoweit dann ggf. auch vor dem Bundesverwaltungsgericht zu vertreten haben. Auch über die Verlängerung der Geltungsdauer eines Planfeststellungsbeschlusses nach § 75 VwVfG i. V. m. § 17 c FStrG wird von diesem Aufgabenbereich entschieden. Ferner wird in dem Aufgabenbereich Planung die Entscheidung getroffen, wegen unwesentlicher Bedeutung einer konkreten Baumaßnahme auf ein Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungsverfahren nach § 74 Abs. 2 VwVfG i. V. m. § 17b Nr. 4 FStrG ggf. zu verzichten.

Für Bundesautobahnen übernimmt das Bundesamt im Weiteren die Befugnisse der obersten Landesstraßenbaubehörde gemäß § 9 FStrG und erteilt oder versagt insoweit seine **Zustimmung zur Genehmigung von Hochbauten oder sonstigen Bauten** in der Anbaubeschränkungszone gemäß § 9 Abs. 2, 3, 5 und 6 FStrG. Auch die Entscheidung über das Zulassen von Ausnahmen nach § 9 Abs. 8 FStrG soll vom Bundesamt wahrgenommen werden. Ferner werden Aufgaben zur Mitwirkung an einem Bebauungsplan nach §§ 9 Abs. 7 FStrG, 4 BauGB wahrgenommen.

Die Erteilung des Einvernehmens zu Maßnahmen im Straßenverkehr, die in Luftreinhalteplänen enthalten sind, gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 BImSchG ist für einen **Aufgabenbereich BImSchG** im Bundesamt vorgesehen. In einem **Aufgabenbereich Landschaftspflege und Umweltschutz** werden Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen über den entsprechenden Aufgabenbereich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wahrgenommen.

bb) Aufgabenbereich Bau

Dem **Aufgabenbereich Bau** sollen in erster Linie Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen im Bereich der Baumaßnahmen (Neu-, Um- und Ausbau sowie Erhaltungsmaßnahmen) zugeordnet werden. Dazu soll auch die Frei-

gabe von Hochbauten auf bewirtschafteten Rastanlagen gehören (§ 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 FStrG).

Der **Aufgabenbereich Verkehrswege** ist zuständig für die Widmung und Umstufung von Bundesautobahnen einschließlich etwaiger Einziehungsentscheidungen nach § 2 Abs. 6 FStrG, wobei das Bundesamt insoweit (gegenständlich bezogen auf die Bundesautobahnen) an die Stelle der „obersten Landesstraßenbaubehörde“ i. S. d. § 2 Abs. 6 Satz 1 FStrG tritt. Auch Fragen rund um Straßenanlieger, das EKrG und das StVG werden in diesem Aufgabenbereich wahrgenommen.

cc) Aufgabenbereich Betrieb

Dem Aufgabenbereich **Betrieb** sind vorwiegend übergeordnete Maßnahmen der Straßenverwaltung zugedacht. Dazu zählt das Führen der Straßenverzeichnisse gem. § 1 Abs. 5 FStrG als Maßnahme der Bestandsverwaltung (Spiegelfunktion des rechtlichen Eigentümers Bund zur Bestandsverwaltung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft). Auch übernimmt das Bundesamt für Straßeninfrastruktur grundsätzlich die dem Träger der Straßenbaulast zugewiesenen Aufgaben, soweit diese nicht konkret der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugeordnet sind. Im Aufgabenbereich Betrieb könnten auch die Aufsichtsmaßnahmen nach § 4 FStrG wahrgenommen werden.

Der Aufgabenbereich **Steuerung Nebenbetriebe** schreibt das Gesamtkonzept für die Standortplanung der Nebenbetriebe fort und trifft Standortentscheidungen. Er wirkt im Planfeststellungsverfahren für den Bau bzw. Ausbau von Nebenbetrieben nach § 15 Abs. 2 Satz 6 Halbsatz 2 i. V. m. § 17 FStrG mit und betreibt darüber hinaus ggf. auch die Vergabe von Konzessionsverträgen für die Nebenbetriebe.

dd) Aufgabenbereich Verkehr

Der Bereich Verkehr nimmt übergeordnete Maßnahmen der Verkehrssteuerung wahr. Dazu zählen die Straßenaufsicht (Anordnung von Maßnahmen und ggf. Ersatzvornahme nach § 20 Abs. 2 FStrG, Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 23 FStrG sowie Maßnahmen nach der StVO bzw. VwV-StVO [Anordnung von Verkehrsverboten, -beschränkungen oder -lenkung] zur Durchführung von Straßenbauarbeiten und zur Verhütung von außerordentlichen Schäden an der Straße nach § 45 Abs. 2 StVO).

Der **Aufgabenbereich Gemeingebrauch/Sondernutzung** dient ebenfalls der Wahrnehmung von Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen über die Tätigkeiten dieses spiegelbildlichen Aufgabenbereichs der Infrastrukturgesellschaft. Zu den vom Bundesamt für Straßeninfrastruktur wahrgenommenen Aufgaben würde hier insbesondere die Einschränkung des Gemeingebrauchs nach § 7 Abs. 2 FStrG gehören, ferner die Rechts- und Fachaufsicht über die Infrastrukturgesellschaft, wobei dieser die Beschränkungsbefugnis nach § 7 Abs. 2 FStrG im Wege der Beleihung eingeräumt werden soll. Zu den Aufgaben dieses Aufgabenbereichs zählten ferner die Zustimmung zur Verlegung neuer oder zur Änderung von vorhandenen Telekommunikationslinien nach § 68 Abs. 3 TKG sowie die Duldung der Mitbenutzung anderer für die Aufnahme von Telekommunikationskabeln vorgesehener Einrichtungen nach § 70 Satz 1 TKG. Auch die Zustimmung zur Mitbenutzung/Abänderung von Teilen einer Bundesfernstraße, die zum Auf- und Ausbau von sog. Netzen der nächsten Generation genutzt werden können (§ 77c Abs. 1 Satz 3 TKG), unterfiele diesem Aufgabenbereich.

ee) Aufgabenbereich Finanzierung

Im sachlichen Kontext mit der Finanzierung von Bundesautobahnen könnte dem Bundesamt die Wahrnehmung der Befugnisse nach § 2 Abs. 1 und nach §§ 5 Abs. 1, 6 FStrPrivFinG übertragen werden, mithin neben der Beleihung von Privaten mit dem Recht zur Mauterhebung vor allem die Festsetzung von Mautgebühren oder privatrechtlichen Entgelten für als F-Modell realisierte Sonderbauwerke im Zuge von Bundesautobahnen. Ob im Bundesamt ansonsten bestimmte Themen der Nutzerfinanzierung erledigt werden sollen (zum Beispiel die Aufstellung bzw. Fortschreibung der Wegekostenrechnung für die Erhebung der Lkw-Maut), wäre zu entscheiden.

VI. Leitungszusammenhang, Leitungsstruktur und demokratische Legitimation

Während bisher beschrieben worden ist, *welche* Funktionen vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, von einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur und von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig erledigt werden könnten, richtet sich der Blick im Folgenden auf die Frage, *wie* die Verwaltung der Bundesautobahnen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus Sicht des Bundes zu steuern wäre. Unter dem

Stichwort „Leitungszusammenhang“ werden die Maßgaben zu erörtern sein, denen die Aufgabenwahrnehmung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von Seiten des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu unterwerfen ist. Hierzu werden die Instrumente beschrieben, die dafür sorgen, dass die zu erledigenden Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unter einheitlicher Leitung, d. h. nach einheitlichen Maßstäben und unter Beachtung einheitlicher Vorgaben wahrgenommen werden. Dabei wird zwischen Instrumenten der internen Kontrolle und Instrumenten der externen Kontrolle zu unterscheiden sein.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll Aufgaben des Bundes als Träger der gesetzlichen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen wahrnehmen. Die Bereitstellung der Bundesautobahnen bleibt demnach öffentliche Aufgabe und repräsentiert die Ausübung von Staatsgewalt, auch wenn der Staat die Handlungsform (Rechtsform) wechselt und seine Bundesautobahnen künftig in weiten Teilen durch eine Gesellschaft privaten Rechts verwalten lässt.

Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes geht Staatsgewalt allein vom Volk aus. Das Volk übt Staatsgewalt in Wahlen sowie durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus. Nach diesem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG muss sich auch das Handeln der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf einen entsprechenden Willen des Volkes stützen bzw. „legitimieren“ lassen,

> *zur Ableitung des Erfordernisses einer demokratischen Legitimation von Staatshandeln im Allgemeinen und von Staatshandeln in Gestalt von privatrechtlich organisierten Unternehmen siehe Mann, Die öffentliche Gesellschaft, 2002, Seite 55 ff. und 253 ff.*

Im Folgenden wird dabei zwischen sachlicher (nachfolgend 1.) und personeller (nachfolgend 2.) Legitimation zu unterscheiden sein. Für die Frage, ob jeweils eine hinreichende demokratische Legitimation erreicht wird, haben die verschiedenen Formen der demokratischen Legitimation vor allem in ihrem Zusammenwirken Bedeutung,

> *vgl. BVerfG, Urteil vom 31. Oktober 1990, Az.: 2 BvF 3/89, BeckRS 9998, 165482; Grzeszick in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: Mai 2015, Art. 20 II Rn. 127.*

Dieser Grundsatz gilt gleichfalls für Privatisierungsvorgänge, bei denen öffentliche Aufgaben der Wahrnehmung durch Private überlassen bzw. auf diese übertragen werden,

> *Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: Mai 2015, Art. 20 II Rn. 232; Wolfers/Kaufmann, Private als Anstaltsträger, DVBl. 2002, Seite 507 (510 ff.).*

Bei der Bestimmung des geforderten Legitimationsniveaus ist die unterschiedliche Bedeutung der Tätigkeiten des Unternehmens zu berücksichtigen,

> *Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: Mai 2015, Art. 20 II Rn. 229.*

Sofern die Tätigkeiten des Unternehmens nur eine untergeordnete bzw. unerhebliche Bedeutung für die Erfüllung von Amtsaufgaben haben, sinkt das erforderliche Legitimationsniveau unter das Regellegitimationsniveau der Ministerialverwaltung. Bei der Frage der Erreichung des erforderlichen Legitimationsniveaus sind die verschiedenen präventiven und repressiven Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand auf das Unternehmen zu berücksichtigen. Daher ist im Ergebnis die öffentliche Hand bei Beteiligungen an privatrechtlichen Organisationen nicht zu einer Mehrheitsbeteiligung verpflichtet, und auch ein Verzicht auf ein staatliches Letztentscheidungsrecht kann ggf. zulässig sein, solange die Tätigkeiten des Unternehmens für die Erfüllung von Amtsaufträgen nur eine untergeordnete bzw. unerhebliche Bedeutung haben. Im umgekehrten Fall, in dem die Tätigkeiten des Unternehmens eine erhebliche Bedeutung für die Erfüllung von Amtsaufgaben haben, steigt das erforderliche Legitimationsniveau.

Bei Beurteilung der Frage nach dem erforderlichen demokratischen Legitimationsniveau dürfte im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zwischen den einzelnen Entwicklungsphasen zu unterscheiden sein, welche die Gesellschaft künftig durchlaufen wird (vgl. dazu Abschnitt D.I. [ab Seite 184]). Aber bereits die Grundausrichtung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft deutet grundsätzlich auf einen eher hohen Legitimationsbedarf hin, an dem sich die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft messen lassen muss. Hierfür sprechen Art und Umfang der von ihr wahrzunehmenden Aufgaben des Bundes bei der Planung, des Neu- und Ausbaus, der Erhaltung und Unterhaltung sowie des Betriebs der Bundesautobahnen, allesamt Aufgaben, die der Daseinsvorsorge zugeordnet werden können,

vgl. Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 3 Rn. 25.

1. Sachliche Legitimation des Gesellschaftshandelns

Die sachliche demokratische Legitimation erfordert im Allgemeinen, dass das Volk als Inhaber von Staatsgewalt hinreichenden Einfluss auf den Inhalt von Staatshandeln hat. Dieser Einfluss wird zum einen durch Gesetzgebungsakte des vom Volk gewählten Parlaments, mit denen das Parlament das Verhalten der handelnden Organe mittelbar oder unmittelbar inhaltlich bestimmt, zum anderen durch parlamentarische Kontrollrechte sichergestellt. Die sachliche Legitimation von Staatshandeln durch die Exekutive wird dabei vorrangig durch Gesetzesbindung sowie demokratisch verantwortete Aufsicht über die Einhaltung dieser Bindung vermittelt,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 1997, Az.: 6 C 2.97, BVerwGE 106, 64 (73 ff.).

Im Falle der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch unternehmerische Tätigkeit ist der öffentlichen Hand dabei die Verantwortlichkeit für das Staatshandeln durch Einräumung entsprechender Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten zu sichern,

vgl. Mann, Die öffentliche Gesellschaft, 2002, Seite 253 f.

Deren Art und Umfang sollten dem Grunde nach im Errichtungsgesetz angelegt und durch konkrete Regelungen in den Gesellschaftsstatuten ausgestaltet werden (zu den Kontrollbefugnissen im Einzelnen siehe unter b)).

Darüber hinaus wird das Handlungsprogramm der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch eine Vielzahl gesetzgeberischer Leitentscheidungen, die von dem Reformvorhaben für die Verwaltung der Bundesautobahnen teilweise bereits vorgefunden werden, gesteuert (dazu nun a)).

a) Parlamentsgesetzliche Determinanten

In der Sache sind dauerhaft geltende Strukturvorgaben des Parlaments und periodisch wiederkehrende Rahmenvorgaben zu unterscheiden.

aa) Errichtungsgesetz zur Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und Neufassung von Art. 90 Abs. 2 GG als dauerhafte Strukturvorgabe des Parlaments

Im Falle der Umsetzung des Reformvorhabens würde das **Errichtungsgesetz** zur Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die dauerhafte Basis für die Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bilden. Es bestimmte durch die Festlegung des Unternehmensgegenstandes den zulässigen Umfang der durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wahrzunehmenden Aufgaben. Der im Errichtungsgesetz festgelegte **Unternehmensgegenstand** hat weitreichenden Einfluss auf die spätere tatsächliche Geschäftstätigkeit der Infrastrukturgesellschaft. Der Unternehmensgegenstand ist absolute Grenze für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, die selbst mit Zustimmung des Gesellschafters der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht verschoben werden dürfte, es sei denn, dieser führte einen ordnungsgemäßen satzungsdurchbrechenden Beschluss bzw. eine entsprechende Satzungsänderung herbei,

> *vgl. Stephan/Tieves, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 131; zu den Anforderungen an satzungsdurchbrechende Beschlüsse siehe ebd., § 53 Rn. 48.*

Aber auch in diesem Falle hätte sich der vom Gesellschafter der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Anspruch genommene Spielraum für satzungserweiternde Beschlüsse an die parlamentarischen Vorgaben des Errichtungsgesetzes zu halten. Eine Erweiterung des Unternehmensgegenstandes der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf Bereiche, die den im Errichtungsgesetz gesteckten Rahmen materiell verlassen, wäre mithin nur durch eine Änderung des Errichtungsgesetzes, also erneut nur durch eine entsprechende Willensbildung des Parlaments möglich.

Der Verwirklichung des Unternehmensgegenstandes müssen die Geschäftstätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Übrigen auch *dienen*. Der Unternehmensgegenstand legitimiert als Grenze der zulässigen Geschäftstätigkeit mithin auch die konkreten Rechtsgeschäfte der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft.

Über das Errichtungsgesetz hinaus ist es grundsätzlich auch denkbar, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber zusätzliche demokratische Legitimation dadurch herbeiführt, dass bereits in Art. 90 Abs. 2 GG – und mithin

dem Errichtungsgesetz vorgreifend – ein bestimmter *Modus* für die Verwaltung der Bundesautobahnen festgelegt wird, etwa indem – über die Anordnung einer künftigen Bundesverwaltung für die Bundesautobahnen als Verwaltungs*typus* hinaus – die Verwaltung der Autobahnen durch ein **Wirtschaftsunternehmen** angeordnet wird, ergänzt um etwaige Leitplanken hinsichtlich der Steuerung („Regulierung") dieser Einheit. Eine solche Regelung orientierte sich an Art. 87e Abs. 3 GG, wonach die Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden. Der verfassungsrechtliche Begriff des Wirtschaftsunternehmens, der lediglich in Art. 87e Abs. 3 GG verwendet wird, ist allerdings weitgehend unbestimmt. Die mit seiner Verwendung verbundenen materiell-rechtlichen Implikationen und Voraussetzungen für die künftige Verwaltung der Bundesautobahnen – etwa die Teilnahme am Wettbewerb, das gewinnorientierte Handeln oder allgemein das Agieren an Märkten – wären in der Folge verfassungsrechtlich mithin wohl nicht schon so weit verdichtet, dass durch die Verwendung des Begriffs „Wirtschaftsunternehmen" die Leitlinien der künftigen Bundesautobahnverwaltung im einzelnen determiniert würden.

Im konkreten Fall des Art. 87e Abs. 3 GG wird der Begriff des Führens der Eisenbahnen des Bundes „als Wirtschaftsunternehmen" von der staatsrechtlichen Literatur als verfassungsrechtliche Festschreibung einer an kaufmännischen Leitprinzipien orientierten Unternehmenspolitik verstanden. Die von den einzelnen Unternehmen zu erbringenden (Dienst-)Leistungen würden damit als Wirtschaftsgut verstanden, was nach außen eine Orientierung am Wettbewerb und nach innen eine Ausrichtung der Unternehmensziele auf eine Optimierung des Unternehmensgewinns bedeute.

> *Vgl. Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 87e Rn. 47 m. w. N.; ähnlich Möstl, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: September 2015, Art. 87e Rn. 80: Erbringung von Eisenbahndiensten aufgrund des Attributs „als Wirtschaftsunternehmen" als privatwirtschaftliche, d. h. nach Marktgesetzen, ohne besondere Gemeinwohlbindung und mit dem Ziel der Gewinnerzielung betriebene Aufgabe privatrechtlicher Unternehmen.*

Freilich sind die für diese Interpretation herangezogenen Argumente auch durch den spezifischen Kontext der Vorschrift, namentlich ihre Entstehungsgeschichte geprägt.

Vgl. Möstl, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: September 2015, Art. 87e Rn. 81.

Sollte daher eine verfassungsrechtliche Festlegung der Aufgabenerfüllung durch ein Wirtschaftsunternehmen aus Gründen der Steigerung des demokratischen Legitimationsniveaus erwogen werden, so wäre sicherzustellen, dass der um die Präzisierung des künftigen Verwaltungs*modus* bemühte Verfassungsgeber der Gesellschaft neben den Eckpunkten für ihre künftige Steuerung (Regulierung) zugleich einen hinreichend entwicklungsoffenen Rahmen in dem Sinne zur Verfügung stellt, dass diese die ihr zugedachte Rolle und Funktion auch *schrittweise* erschließen kann. Angesprochen ist damit erneut der Umstand, dass die Gesellschaft auf dem Weg zur vollständigen Umsetzung der ihr strategisch zugedachten Ziele

unter anderem die Organisation eines „haushaltsexternen Finanzierungskreislaufs" für die Bundesautobahnen, vgl. dazu Abschnitt B. (ab Seite 48),

vermutlich mehrere Phasen wird durchlaufen müssen, zu deren Beginn sie aus sachlichen Gegebenheiten heraus in bestimmtem Umfang noch in die staatliche Verwaltung eingegliedert bleiben sollte,

vgl. dazu Abschnitt D.I.4. (ab Seite 190).

Eine verfassungsrechtliche Vorfestlegung etwa in Bezug auf die Einordnung der Gesellschaft in das Marktordnungsrecht, zum Beispiel als „wirtschaftliches Unternehmen" im Sinne des Beihilfenrechts, würde den praktischen Entwicklungsnotwendigkeiten für die Gesellschaft mithin möglicherweise zuwiderlaufen. In der Frühphase ihrer Entwicklung wird die Gesellschaft einer wirtschaftlichen Tätigkeit etwa im Sinne des Beihilfenrechts möglicherweise gerade (noch) nicht nachgehen,

siehe dazu unter Abschnitt D.III.7. (ab Seite 365).

Unabhängig hiervon würde die rechtliche Verfasstheit der Gesellschaft als „Wirtschaftsunternehmen" im Übrigen auch nicht ohne Weiteres den Charakter einer Bundesautobahnverwaltung auf der Grundlage des sog. Agenturmodells abbilden können[13], nach welchem die Gesellschaft zwar privatwirtschaftliche Strukturen aufweist und ihre Aufgaben somit unter Einsatz der in Abschnitt B. (ab Seite 48) ausgeführten privatwirtschaftlichen In-

[13] Vgl. hierzu den Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase", Seite 20 ff.

strumente erfüllen kann oder gar soll, ungeachtet dessen aber weiterhin „Aufgaben des Bundes“ aus der Straßenbaulast ausführt. Denn jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Abgrenzung von Finanzierungszuständigkeiten von Bund und Ländern begründenden „Aufgaben“ im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG gibt Anlass zu der Frage, ob durch „Wirtschaftsunternehmen“ ausgeführte Aufgaben überhaupt noch in die Verbandskompetenz von Bund oder Ländern fallen und daher die Finanzierungszuständigkeiten des Art. 104a Abs. 1 GG eröffnen. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zur Finanzierung des Projekts Stuttgart 21 festgestellt, dass das Führen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes

> *„als (und nicht nur wie) ein Wirtschaftsunternehmen“*

bedeute,

> *„dass sie [die Eisenbahninfrastrukturunternehmen] ihre Aufgabe nicht nur nach wirtschaftlichen Kriterien, sondern auch in unternehmerischer Handlungsfreiheit erfüllen sollen“; so BVerwG, Urteil vom 14. Juni 2016, Az.: 10 C 7/15, juris Rn. 24; Klammerzusatz durch Verfasser. Anders im Übrigen noch die Vorinstanz, die von einer „fortbestehenden Gemeinwohlverpflichtung“ der privatisierten Eisenbahninfrastrukturunternehmen gesprochen und die als „Wirtschaftsunternehmen“ ausgestaltete DB Netz AG – wohlgemerkt anders als das Bundesverwaltungsgericht in seiner vorzitierten Entscheidung – als „verlängerten Arm des Staates“ eingestuft hat (vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 21. April 2015, Az.: 1 S 1949/13, juris Rn. 91, 93).*

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts steht eine solche unternehmerische Handlungsfreiheit der Annahme einer Aufgabe im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG entgegen. Das Urteil zeigt, dass mit dem Tatbestandsmerkmal des „Wirtschaftsunternehmens“ mitunter Implikationen im Hinblick auf dessen Handlungsfreiheiten verbunden werden, die mit der Rolle, welche die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Einheit für die Wahrnehmung der Straßenbaulastaufgaben *des Bundes* erfüllen soll, nicht notwendigerweise vereinbar sein müssen. Denn nach dem Agenturmodell verbleibt die zentrale Steuerungsmöglichkeit über Inhalt und Zuschnitt der auszuführenden Aufgaben beim Bund. Daher empfiehlt sich die verfassungsrechtliche Kodifikation der Gesellschaft als „Wirtschaftsunternehmen“ gerade nicht. Der Verzicht auf den Begriff des „Wirtschaftsunternehmens“ bedeutete dabei freilich nicht, dass auf Seiten der Gesellschaft keine wirt-

schaftlich-unternehmerischen Spielräume bestehen (vgl. schon oben auf Seite 42 f., Tz. 67 f.).

bb) Weitere Rahmenvorgaben des Parlaments speziell für den Bau und die Finanzierung von Bundesautobahnen

Die Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Bereich der Aufgaben der Finanzierung, der Planung, des Baus und der Erhaltung sowie des Betriebs von Bundesautobahnen werden parlamentarische Legitimation nicht nur durch das Errichtungsgesetz für die Gesellschaft erhalten. Die Tätigkeit der Gesellschaft wird sich im Weiteren in einem Rahmen vollziehen, der bereits zu weiten Teilen parlamentsgesetzlich definiert ist und durch das Parlament auch weiterhin vorgegeben werden wird.

(1) Bundesfernstraßengesetz

Dieser Rahmen wird zunächst durch das Bundesfernstraßengesetz sowie durch weitere einschlägige Fachgesetze gekennzeichnet, die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft anlässlich ihrer Geschäftstätigkeit nicht weniger zu befolgen sind, als sie vom Bund zu befolgen wären, wenn er sich statt der „unternehmerischen“ Handlungsform einer öffentlich-rechtlichen Handlungsform bediente.

Insbesondere das Bundesfernstraßengesetz gibt Handlungsmaßstäbe vor, die die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einzuhalten hat. Hier werden der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die gesetzlich festgelegten Tatbestände vorgegeben, nach denen sie beispielsweise eine Sondernutzungserlaubnis für den Schwertransport zu erteilen hat (§ 8 Abs. 1 Satz 2 FStrG), Verkehrszeichen bei einem nicht verkehrssicheren Zustand der Straße aufzustellen hat (§ 3 Abs. 2 FStrG) oder eine Beschränkung des Gemeingebrauchs vorzunehmen ist (§ 7 Abs. 2 FStrG). Bei all diesen und weiteren Befugnissen wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft somit nicht frei handeln können, sondern ist an gesetzlich festgelegte Tatbestände gebunden.

Darüber hinaus – und im Hinblick auf die parlamentarische Legitimation des Gesellschaftshandelns von zentraler Bedeutung – wird der Deutsche Bundestag auch wesentliche Rahmenbedingungen für die Investitionstätigkeit der Gesellschaft vorgeben.

(2) Bedarfsplan

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Fernstraßenausbaugesetzes (FStrAbG) sind Bau und Ausbau von Bundesfernstraßen Hoheitsaufgaben des Bundes. Das Netz der Bundesfernstraßen wird nach dem Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen ausgebaut, der dem FStrAbG als Anlage beigefügt ist.

Der Bedarfsplan stellt den Gesamtrahmen für das künftige Bundesfernstraßennetz dar. Auf Grundlage des Bundesverkehrswegeplans weist er aus, in welchem Umfang und in welcher Dringlichkeitsreihung einzelne Bundesfernstraßen erweitert oder neu gebaut werden sollen. Der Bedarfsplan kodifiziert insoweit die rechtlich verbindliche Festlegung des verkehrlichen Bedarfs für den Neu- und Ausbau der Bundesfernstraßen und verkörpert für die in ihm enthaltenen Vorhaben mithin zugleich die sog. Planrechtfertigung,

> *zum Ganzen Leue, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 34, Rn. 2.2.*

Der Bedarfsplan gilt unbefristet, wird aber in regelmäßigen Abständen (in der Regel alle zehn bis fünfzehn Jahre) durch Änderungsgesetze, zuletzt 2004, neu gefasst,

> *ebd.*

Es ist weder ersichtlich noch sachlich geboten, dass das Instrumentarium des Bedarfsplans aus Anlass der Reform der Auftragsverwaltung dem Grunde nach infrage gestellt wird. Eine „unternehmerisch“ handelnde Gesellschaft, welche im Rahmen der ihr gewährten Handlungsspielräume Entscheidungen über den Neu- und Ausbau von Streckenabschnitten von betriebswirtschaftlichen Kriterien etwa der Auslastung, der Cash-Relevanz und/oder der Streckenrentabilität abhängig machen könnte, würde dem Charakter der Bereitstellung von Bundesfernstraßen als Bestandteil der Daseinsvorsorge nicht gerecht werden. Wenn die Verfügbarkeit von Bundesautobahnen also nicht nachfrage- bzw. marktorientiert gesteuert werden soll, sondern weiterhin aufgrund von an gesamtwirtschaftlichen Kosten- und Nutzenerwägungen orientierten Entscheidungen des Staates, dann dürften die Festlegungen des Bedarfsplans bei der Planung von Neu-, Ausbau- und Erhaltungsvorhaben von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu beachten sein und demnach eine nur begrenzt veränderbare Grundlage für einen von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu erstellenden Finanzie-

rungs- und Realisierungsplan bilden. Insoweit wird der Bedarfsplan einen langfristigen Rahmen für das Handeln der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft darstellen, wenn es um die Vorbereitung und Umsetzung von Maßnahmen des Baus und Ausbaus von Bundesautobahnen geht. Das Investitionsprogramm der Gesellschaft wird insoweit bereits aus dem Bedarfsplan zu weiten Teilen (Neubau, Ausbau) unmittelbar demokratisch legitimiert sein.

In dem durch den Bedarfsplan gesetzten Rahmen werden sich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aber auch Spielräume für unternehmerische Entscheidungen eröffnen, etwa betreffend den Beginn oder die zeitliche Priorisierung von baureifen Maßnahmen. So mögen die Streckenverfügbarkeiten im Gesamtnetz aus Sicht der Gesellschaft durch das Vorziehen von einzelnen Maßnahmen möglicherweise optimiert werden können. Anlass könnten zum Beispiel neuere Erkenntnisse über das Kosten-Nutzen-Verhältnis von Ausbaumaßnahmen oder deren Verkehrswirksamkeit sein. Innerhalb sachlich zu definierender Grenzen (etwa der relativen Vorzugswürdigkeit von Vorhaben nach deren Netzrelevanz, Verkehrswirksamkeit, Wirtschaftlichkeit oder Baufortschritt) könnten durchaus gewisse Entscheidungsspielräume der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der Verfolgung bzw. auch Priorisierung von Vorhaben unter Beachtung gesetzlicher Maßstäbe angezeigt und möglich sein. Die zielgerichtete Wahrnehmung von Entscheidungsbefugnissen zur Lenkung der gesellschaftsinternen Ressourcen in das durch den Bedarfsplan vorbestimmte Portfolio an Vorhaben kann anlässlich einer künftigen Verortung der Gesellschaft als Akteur der europäischen volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung Indiz für das Vorhandensein von Entscheidungsbefugnissen einer sog. institutionellen Einheit sein.

Das notwendige Maß an demokratischer Legitimation des im Bedarfsplan festgelegten Aus- und Neubauprogramms würde durch solche Spielräume nicht zerstört werden. Dieses gilt jedenfalls, soweit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine Umklassifizierung zwischen Maßnahmen des vordringlichen Bedarfs und Maßnahmen des weiteren Bedarfs vornehmen würde.

In welchem Umfang das Statistische Bundesamt (Destatis) und Eurostat für die Klassifizierung der Gesellschaft als öffentliche Kapitalgesellschaft im Sinne des ESVG Spielräume der Gesellschaft für notwendig erachten werden, erscheint aus heutiger Sicht nicht in rechtssicherer Weise einschätz-

bar. Eine sachliche Trennlinie könnte sich aus der Kontrollfrage ergeben, ob sich das Parlament im Bereich des Neu- und Ausbaus von Bundesfernstraßen noch auf die Setzung eines Gesamtrahmens für die Planungs- und Bautätigkeit im Fernstraßennetz beschränkt, oder ob der Gesellschaft seitens der Politik außerhalb der gesetzlichen Bedarfsplanung Direktiven zur Realisierung bestimmter Vorhaben im Einzelfall aufgegeben werden. Im Ergebnis mag es für die Klassifizierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als öffentliche Kapitalgesellschaft und institutionelle Einheit letztlich auch ausreichen können, wenn sich die Spielräume der Gesellschaft, etwa hinsichtlich der Umsetzung des Bedarfsplans in konkrete Bauvorhaben und deren Zusammenfassung zu Ausbauprogrammen, künftig in dem Rahmen bewegen, der schon nach heutiger Rechtslage der Administration eröffnet ist,

> *dazu Leue, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 34, Rn. 19.12.*

Der sachliche Zusammenhang zwischen dem Maß an demokratischer Determinierung des Gesellschaftshandelns *auf Ebene des Einzelvorhabens* und der Beurteilung der Gesellschaft nach den Maßstäben zur Sektorenzuordnung nach ESVG,

> *dazu Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“, Seite 58 ff., sowie hier unter AbschnittD.III.8. (ab Seite 449),*

sollte dessen ungeachtet gesehen werden.

(3) Straßenbauplan

Auf Grundlage der gesetzlichen langfristigen Bedarfsplanung stellt das BMVI einen Investitionsrahmenplan (sog. Fünfjahresplan gem. § 5 Abs. 1 FStrAbG) auf. Er steckt den Planungsrahmen für die Investitionen nicht nur in die Bundesfernstraßen, sondern auch in die Schienenwege des Bundes und in die Bundeswasserstraßen ab. Mit ihm werden Investitionsmittel für die Bundesfernstraßen bei mittelfristigem Planungshorizont (fünf Jahre) auf einzelne Vorhaben verteilt. Über die Verwendung der Straßenbaumittel im jeweiligen Haushaltsjahr ist sodann gemäß Art. 3 Abs. 1 Straßenbaufinanzierungsgesetz ein Straßenbauplan als Anlage zum jeweiligen Bundeshaushaltsplan aufzustellen. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Straßenbaufinanzierungsgesetz umfasst der Straßenbauplan unter anderem die Mittel für

Unterhaltung, Erweiterung, Ausbau und Neubau der Bundesfernstraßen sowie erforderliche Angaben über die Verwendung von Straßenbaumitteln. Die jährlichen Ausgaben für die Bundesfernstraßen werden somit durch die Bundeshaushaltsgesetze festgelegt. Über die Festlegungen der entsprechenden Ausgaben-Titelgruppen in Kapitel 1201 (Bundesfernstraßen) des Bundeshaushaltsplans 2016 übt das Parlament im Bereich von Bau, Erhaltung und Betrieb der Bundesfernstraßen seine Budgethoheit aus.

Mit seinem Gegenstandsbereich umfasst der Straßenbauplan ein künftiges „Kerngeschäft" der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. In der Konsequenz des mit der Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft verfolgten Zieles, eine auf der Nutzerfinanzierung beruhende Finanzierung der Bundesautobahnen außerhalb des Bundeshaushalts, nämlich bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu etablieren, wird diese künftig einen Investitions- und Finanzierungsplan über die von ihr zu realisierenden Maßnahmen des Neubaus, des Ausbaus und der Erhaltung von Bundesautobahnen aufzustellen haben. Angelehnt an die Praxis bei der ASFINAG könnte dieser Plan regelmäßig einen fünf- oder sechsjährigen Planungshorizont abdecken. Was zunächst die sachliche Legitimation des Gesellschaftshandelns betrifft, deckte ein von der Gesellschaft aufzustellender Investitions- und Finanzierungsplan sachlich im Prinzip dieselben Gegenstände ab wie der Straßenbauplan, der neben Neu- und Ausbau- unter anderem auch Erhaltungsmaßnahmen umfasst. Dieser wird der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig aber nur dann sachliche Legitimation verleihen können, wenn er vom Deutschen Bundestag nach Umsetzung des Reformvorhabens noch in der bisherigen Form verabschiedet wird.

Nach den hier für die künftige Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft angedachten Strukturen würde das parlamentarische Budgetrecht allerdings verkürzt, wenngleich durch anderweitige Kontrollmechanismen ersetzt werden. Sobald der Bund nämlich seine Forderungen gegenüber den mautpflichtigen Nutzern bzw. die Forderung gegenüber Toll Collect auf Auskehrung der vereinnahmten Mautzahlungen nach dem BFStrMG an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abträte, oder soweit der Bund der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an diesen Forderungen ein Nießbrauchsrecht einräumte, würde das Aufkommen aus der Lkw-Maut nicht mehr im Bundeshaushalt kassenwirksam, weil Toll Collect die (Brutto-) Maut unmittelbar an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu leisten hätte,

vgl. hierzu im Einzelnen unter Abschnitt D.III.5. (ab Seite 276).

In der Folge würde ein (wesentlicher) Teil der Straßenbaumittel dem parlamentarischen Budgetrecht des Haushaltsgesetzgebers entzogen, und es würde sich auch der Straßenbauplan auf die mit konventionellen Haushaltsmitteln realisierten Vorhaben verkürzen.

Soweit also Mautmittel künftig nicht mehr durch das Parlament – über den Straßenbauplan – bestimmten Maßnahmen des Ausbaus, des Neubaus und/oder der Erhaltung der Bundesautobahnen zugeführt würden, sondern durch eine Entscheidung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, welche ihrerseits einen zu genehmigenden Investitions- und Finanzierungsplan aufstellt und umsetzt, wäre eine unmittelbare parlamentarische Legitimation des Investitionsprogramms der Gesellschaft nur noch insoweit gegeben, wie die im Investitionsplan der Gesellschaft aufgeführten Maßnahmen im Bedarfsplan enthalten sind (Neubau- und Ausbauvorhaben). Für die Planung und Umsetzung von Maßnahmen der Erhaltung würde sich insoweit ein Feld für nicht unmittelbar gesetzlich determinierte, mithin „unternehmerisch“ zu treffende Entscheidungen der Gesellschaft auftun, dessen praktische Bedeutung angesichts der zunehmenden Verschiebung der Investitionsfähigkeit hin zu Erhaltungsmaßnahmen durchaus von Relevanz ist. Ein rechtlich beachtliches Legitimationsdefizit muss damit aber nicht einhergehen. Denn an die Stelle einer unmittelbaren parlamentarischen Legitimation kann eine mittelbare Legitimation treten. Diese kann dadurch erreicht werden, dass der Bund über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kraft seiner Gesellschafterstellung eine entsprechende Kontrolle sicherstellt und auch praktiziert, etwa indem der Geschäftsbesorgungsvertrag für die Erhaltungsplanung der Gesellschaft gewisse „Leitplanken“ vorgibt. Ferner ist der Investitions- und Realisierungsplan der Gesellschaft dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorzulegen, der dann allerdings über das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden zwingend eine dem Bund zurechenbare Zustimmungsentscheidung treffen können muss,

vgl. insoweit unter Abschnitt C.VI.1.b)aa)(1)(c) (ab Seite 133).

Der als **Anlage 2** beigefügte Satzungsentwurf geht über die Zustimmungsbedürftigkeit des Investitions- und Realisierungsplans von Seiten des Aufsichtsrats noch hinaus, indem der Plan zur Sicherstellung eines angemesse-

nen demokratischen Legitimationsniveaus der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung unterworfen wird (vgl. § 7 Abs. 2 Satzungsentwurf).

(4) „Mautbasis“

Auf parlamentarische Entscheidungen wird auch weiterhin die Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen zurückgehen. Über Art und Ausmaß der Belastung von Autobahnnutzungen mit Abgaben wird auch in der reformierten Verwaltung der Bundesautobahnen allein der Bundesgesetzgeber entscheiden, sei es hinsichtlich der Lkw-Maut nach dem BFStrMG oder sei es hinsichtlich einer Infrastrukturabgabe für Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von weniger als 7,5 t. Mithin entscheidet das Parlament auch künftig über das „Preisgerüst“ des sich je nach Nutzungsanfall („Mengengerüst“) jährlich ergebenden Abgabenaufkommens sowie über das Fortbestehen der Nutzerfinanzierung als solcher, die ihrerseits einen wesentlichen Teil des Geschäftsmodells für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausmachen wird. Auch aus der Beibehaltung und ggf. dem Ausbau der Nutzerfinanzierung durch den Gesetzgeber wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, die sich ihrerseits auf die Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen stützt, demokratische Legitimation für ihr Gesellschaftshandeln ableiten können. Deutlich wird das vor allem ab dem Zeitpunkt, ab dem die Gesellschaft einerseits die Lkw-Maut vereinnahmt, ohne dass die Mautmittel noch über den Bundeshaushalt fließen, und ab dem der Gesetzgeber andererseits die rechtlichen Voraussetzungen zur Erhebung der Maut beibehält bzw. durch gesetzgeberische Maßnahmen gezielt fortentwickelt, etwa indem er das BFStrMG einem sich fortentwickelnden unionsrechtlichen Rahmen anpasst (zum Beispiel anlässlich der Umsetzung von Unionszielen zur stärkeren zur Abbildung externer Kosten in der Mautbemessung).

Von der Legitimationswirkung der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen der Nutzerfinanzierung für das Geschäftsmodell der Gesellschaft unabhängig dürfte der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig im Übrigen auch eine zentrale Rolle beim Nachweis der jeweils zu entgeltenden Infrastrukturkosten zukommen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll selbst nicht gesetzliche Trägerin der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen werden. Es wird nicht Aufgabe der Gesellschaft sein, die Höhe etwa zu entrichtender Mautgebühren oder sonstiger Abgaben selbst zu bestimmen. Sie wird die anfallenden bzw. ansatzfähigen Infrastrukturkosten jedoch weitgehend selbst veranlassen und damit teilweise auch steuern. Der

Gesetzgeber wird sich für seine Entscheidung über die Anlastung von Wegekosten (Infrastrukturkosten) beim Nutzer künftig mithin auf ein ordnungsgemäßes und transparentes Rechnungswesen der Gesellschaft stützen können, das von dieser allerdings auch durchgängig und unter Einhaltung der für sie geltenden Rechnungslegungsstandards zu gewährleisten ist.

b) Kontrolle des Gesellschaftshandelns

Eine ausreichende demokratische Legitimation der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hat sich aber nicht nur auf eine ununterbrochene Ableitung ihres Handlungsprogramms aus Sachentscheidungen des Gesetzgebers zu stützen. Eine ausreichende demokratische Legitimation der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bedarf zusätzlich einer ausreichenden Kontrolle ihrer Tätigkeiten durch den Bund. Im Folgenden werden daher die Instrumente dargestellt, die dafür Sorge tragen, dass die zu erledigenden Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unter einheitlicher Leitung, d. h. nach einheitlichen Maßstäben und unter Beachtung einheitlicher Vorgaben sowie unter Einhaltung des Legalitätsprinzips wahrgenommen werden. Hierbei ist zwischen einer auf gesellschaftsrechtliche Instrumente gestützten **internen Kontrolle** des allgemeinen Gesellschaftshandelns (nachfolgend aa)) und einer **externen Kontrolle** im Wege der Rechts- und Fachaufsicht zu unterscheiden (hierzu bb)).

aa) Interne Kontrolle: Gesellschaftsrechtlicher Leitungszusammenhang innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Interne Kontrolle im Sinne der nachfolgenden Ausführungen meint alle Maßnahmen, welche innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft veranlasst werden, um eine Bindung des Handelns der Gesellschaft an die gesetzlichen Vorgaben und den Willen des Gesellschafters sicherzustellen. Die Kontrollmaßnahmen sind in einen einheitlichen, vollständigen Leitungszusammenhang zu stellen, den die Leitungsorgane der Gesellschaft herzustellen haben.

(1) Leitungsorgane

Leitungsorgane, die einer internen gesellschaftsrechtlichen Kontrolle unterliegen bzw. die eine interne Kontrolle ausüben, sind die Geschäftsführung, der (bei einer mitbestimmten Gesellschaft obligatorische) Aufsichtsrat in-

klusive etwaiger Arbeitsausschüsse sowie die Gesellschafterversammlung. Von der Möglichkeit zur Etablierung eines Beirates, der grundsätzlich (bei entsprechender Aufgabenübertragung) als weiteres Leitungsorgan in Betracht kommt, soll für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenwärtig kein Gebrauch gemacht werden.

(a) Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind das oberste Willensbildungsorgan der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird Gesellschafter ausschließlich der Bund sein.

Die für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft entworfene Satzung ist vor diesem Hintergrund für eine sog. Ein-Personen-GmbH konzipiert (vgl. **Anlage 2** zu diesem Bericht). Sie orientiert sich an der Mustersatzung, die als Anlage 2 zu den „Grundsätzen guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“ veröffentlicht ist (Stand: 30. Juni 2009).

Sofern Geschäftsanteile des Bundes an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft veräußert werden sollten, müssten weitere Regelungen in die Satzung aufgenommen werden, insonderheit zum Schutz, aber auch zur Begrenzung der Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter. Bevor die Gesellschaft indes mit den Rechten ausgestattet ist, welche der Gesellschaft die Realisierung und Finanzierung ihrer Aufgaben unabhängig von Haushaltsmitteln ermöglichen, dürften Vor- und Nachteile einer Öffnung der Gesellschaft für Beteiligungen Dritter zu identifizieren und abzuwägen sein,

> *vgl. zu den Phasen der Entwicklung der Gesellschaft und zur Ausstattung mit Rechten im Einzelnen unter Abschnitt D.I.4 (ab Seite 190).*

Innerhalb der Gesellschafterversammlung sollen die Gesellschafterrechte des Bundes vom BMVI ausgeübt werden, das nach den gegenwärtigen Überlegungen den Bund in der Gesellschafterversammlung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vertreten soll. Die Ausübung der Rechte der Gesellschaftergesamtheit erfolgt durch Beschluss im Rahmen der Gesellschafterversammlung.

(aa) Satzungsänderungskompetenz und Vorrang des (Errichtungs-) Gesetzes

Grundsätzlich bleibt den Gesellschaftern einer GmbH das Recht zur Satzungsänderung („Satzungsautonomie“) und damit auch zur Ausweitung der eigenen Befugnisse im Sinne einer Kompetenz-Kompetenz vorbehalten,

> *vgl. Liebscher, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2015, § 45 Rn. 81 a. E.; Roth, in: Roth/Altmeppen (Hrsg.), GmbHG, 8. Auflage 2015, § 45 Rn. 2.*

Eine gewisse Grenze erfährt die grundsätzlich gegebene Satzungskompetenz des Bundes im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch das Errichtungsgesetz. Nach den gegenwärtigen Überlegungen für das Aufgabenspektrum der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollen dieser Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen übertragen werden. Sofern das Errichtungsgesetz ein inhaltlich bestimmtes Aufgabenspektrum für die Gesellschaft vorsieht, wäre der Gesellschafter Bund bzw. das für diesen handelnde BMVI nur in dem durch das Errichtungsgesetz bestimmten Rahmen satzungskompetent. Durch eine inhaltlich bestimmte Regelung zum Aufgabenspektrum der Gesellschaft könnte der Gesetzgeber mithin eine materielle Grenze für die Satzungskompetenz des Gesellschafters statuieren.

Der gegenwärtig vorgehende Satzungsentwurf greift einem möglichen Errichtungsgesetz für die Gesellschaft vor. Er orientiert sich einstweilen allein an der im Zuge der Reformüberlegungen angestellten Zweckmäßigkeitserwägungen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 des Satzungsentwurfs sind

> *„[…] Gegenstand des Unternehmens (…) die Planung, der Bau, der Betrieb, die Erhaltung, die Unterhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen, soweit es sich bei den genannten Gegenständen um Aufgaben des Bundes handelt.“*

In dem durch diesen Unternehmensgegenstand bestimmten Rahmen ist die Gesellschaft nur zu Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die gesetzlich zulässig und nicht nach der Satzung untersagt sind (vgl. § 2 Abs. 3 des Satzungsentwurfs). Sollte das Errichtungsgesetz für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft der Gesellschaft nach Abschluss der parlamentarischen Bera-

tungen einen anderen Aufgabenkanon zuweisen, wäre § 2 Abs. 1 des Satzungsentwurfs entsprechend anzupassen.

Des Weiteren wird in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Satzungsentwurfs unter Bezugnahme auf den Unternehmensgegenstand festgeschrieben:

> *„In diesem Rahmen berücksichtigt die Gesellschaft das öffentliche Interesse an der Bereitstellung der Bundesautobahn für den Gemeingebrauch durch Nutzer."*

Die Aufnahme des „öffentlichen Interesses" in § 2 Abs. 1 Satz 2 Satzungsentwurf dient zunächst der Sicherstellung der notwendigen Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes (oben C.VI.1.). Satz 2 ist zudem deshalb notwendig, weil sich in Kapitalgesellschaften, die einer Gebietskörperschaft gehören, erfahrungsgemäß die Notwendigkeit ergeben kann, eine Maßnahme umzusetzen, die zwar wirtschaftlich wenig vorteilhaft, aber aufgrund des zu beachtenden öffentlichen Zwecks der Gesellschaft geboten ist. Auch vorliegend sind Zielkonflikte zwischen öffentlichem Interesse und einer rein betriebswirtschaftlichen Sichtweise nicht von vornherein auszuschließen.

Im Hinblick auf diese beiden Aspekte wird in der Literatur die Aufnahme des öffentlichen Zwecks in die Satzung gefordert:

> *„Will eine Gebietskörperschaft ihre Beteiligungsgesellschaft nicht oder nicht allein auf Gewinnerzielung, sondern auf einen davon abweichenden gemeinnützigen oder öffentlichen Zweck ausrichten, so muss dieser Zweck in der Satzung mit hinreichender Deutlichkeit festgelegt sein (...). Eine Verpflichtung dazu folgt regelmäßig schon aus der verfassungsrechtlich abzuleitenden Ingerenzpflicht...";* so Schürnbrand, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage 2011, vor § 394 Rn. 88.

Zudem soll durch diese Regelung eine Absicherung der Organe der Gesellschaft erreicht werden. Ohne die Aufnahme des Zwecks „öffentliches Interesse" müssten Geschäftsführer und Aufsichtsrat bei ihrer Tätigkeit diesen Zweck bei ihren Entscheidungen unberücksichtigt lassen; die Berücksichtigung dieses Zweckes zu Lasten betriebswirtschaftlicher Vorteile würde das Risiko einer Pflichtwidrigkeit begründen. Im Falle der hier vorgeschlagenen Satzungsregelung wäre ein solches Risiko nicht gegeben. Das öffentliche Interesse dürfte (und müsste) bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden. Die Festlegung des öffentlichen Interesses unterliegt freilich nicht der Kompetenz der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und ihrer Organe.

Das öffentliche Interesse wird vielmehr durch Gesetze und dem Gesetzgeber zurechenbare Maßgaben definiert.

(bb) Möglichkeit zur Verlagerung von Gesellschafterrechten

Gesellschafter können durch Satzungsbestimmung ihre Befugnisse erweitern, insbesondere die Geschäftsführung weitergehenden Beschränkungen im Innenverhältnis unterwerfen, ihre Befugnisse aber auch auf andere Organe (Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Beirat oder Gesellschafterausschuss) übertragen,

> *vgl. Liebscher, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2015, § 45 Rn. 81, 85 ff.; Roth, in: Roth/Altmeppen (Hrsg.), GmbHG, 8. Auflage 2015, § 45 Rn. 2.*

Es gibt wahlweise konkurrierende oder verdrängende Zuständigkeitsregelungen der Gesellschaftergesamtheit, wobei in der verdrängenden Variante die Gesellschafterversammlung nach herrschender Meinung eine Rückholkompetenz jedenfalls dann innehat, wenn ein satzungsmäßig bestelltes Entscheidungsorgan rechtlich oder tatsächlich funktionsunfähig wird,

> *vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1954, Az.: II ZR 88/53, NJW 1954, 799; Liebscher, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 45 Rn. 112.*

Praktische Relevanz können Fragen der Übertragung von Gesellschafterrechten auf andere Stellen als die gesetzmäßig zu bestellenden Organe im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erlangen, wenn und soweit sich Zweifel ergeben sollten, ob die Gesellschaft sich für die Durchführung der ihr übertragenen Aufgaben auf ein hinreichendes Legitimationsniveau stützen kann. Die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen der Gesellschafterversammlung auf „Dritte“, etwa einen satzungsmäßig zu bestellenden Beirat,

> *dazu im Einzelnen unter Abschnitt C.VI.1.b)aa)(1)(e) (ab Seite 143),*

kann sich für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft umgekehrt aber auch dann anbieten, wenn bestimmte Maßnahmen der Gesellschaft – gewissermaßen proaktiv – zusätzlich dadurch „legitimiert“ werden sollen, dass an ihrem Zustandekommen Personen mitwirken, die selbst unmittelbar demokratisch legitimiert sind.

In diesem Sinne wäre etwa zu denken an die Einbindung von Mitgliedern des Haushalts- und/oder des Verkehrsausschusses des Deutschen Bundestages zunächst in die Vorbereitung von Entscheidungen der Gesellschaft über den Einsatz von Mitteln aus der Lkw-Maut. Anlass für eine teilweise Zuständigkeitsverlagerung von der Gesellschafterversammlung auf einen Beirat könnte zum Beispiel die Aufnahme von Krediten am Kapitalmarkt unter Verwertung künftiger Mautforderungen als Sicherheit sein, eine außergewöhnliche Investitionsentscheidung oder auch nur die Aufstellung des Finanzierungs- und Realisierungsplans für von der Gesellschaft zu realisierende Maßnahmen des Neubaus, des Ausbaus und der Unterhaltung von Bundesautobahnen. Indem solche Vorgänge möglicherweise sogar in die Entscheidungskompetenz eines Beirates verwiesen würden, und wenn in den Beirat (unter anderem) Mitglieder des Haushalts- und/oder des Verkehrsausschusses des Deutschen Bundestages zu berufen wären, könnte die Wahrnehmung der Gesellschafter- und Entscheidungsrechte durch den Gesellschafter ein insgesamt höheres Legitimationsniveau erfahren.

Nach gegenwärtigem Stand des vorgeschlagenen Satzungsentwurfs werden die rechtlich bestehenden Spielräume für Zuständigkeitsverlagerungen für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte hinsichtlich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht wahrgenommen. Zentrales Kontroll- und Überwachungsorgan soll vielmehr der bei Bundesgesellschaften regelmäßig satzungsmäßig zu bestimmende und aufgrund der voraussichtlichen Arbeitnehmerzahl nach den Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes vorliegend obligatorische Aufsichtsrat sein, dem die Geschäftsführung beispielsweise nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 des Satzungsentwurfs unter anderem auch den Finanzierungs- und Realisierungsplan für die von der Gesellschaft umzusetzenden Maßnahmen (unter anderem des Neubaus, des Ausbaus und der Erhaltung von Bundesautobahnen) zur Zustimmung vorzulegen hat. Einen Katalog von Maßnahmen, die über die gesetzlichen Regelungen hinausgehend der Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind, sieht der Satzungsentwurf demgegenüber nur im begrenzten Umfang vor, trotz des Umstandes, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraussichtlich einen mitbestimmten Aufsichtsrat haben wird, und dass Beschlüsse des Aufsichtsrates in der Folge nicht zwingend die spezifische Sichtweise der Bundesrepublik Deutschland als Gesellschafter der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft repräsentieren müssen. Gemäß § 14 des Satzungsentwurfs soll aber unter anderem die Investitionsplanung einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen, ebenso Veränderungen der IT-

Organisation, des Risiko-Managements und Compliance-Organisation, vgl. § 7 Abs. 2 Ziffer 13 des Satzungsentwurfs.

Dabei verbleibt auch in der mitbestimmten GmbH der Gesellschafterversammlung eine umfassende Weisungskompetenz gegenüber der Geschäftsführung in Geschäftsführungsfragen, soweit in der Satzung nichts anderes vorgesehen ist. Die damit kraft Gesetzes bestehende Letztentscheidungskompetenz des Gesellschafters Bund wird im Satzungsentwurf dadurch unterstrichen, dass die Gesellschafterversammlung die verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates zu bestimmten Geschäften, etwa dem Finanzierungs- und Realisierungsplan, durch einen zustimmenden Beschluss ersetzen kann. Erteilt die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung eine Weisung zur Durchführung einer vom Zustimmungskatalog umfassten Maßnahme, so muss die Geschäftsführung die betreffende Maßnahme dem (mitbestimmten) Aufsichtsrat nicht mehr zur Zustimmung vorlegen. Sie muss den Aufsichtsrat nur noch informieren,

vgl. § 7 Abs. 6 des Satzungsentwurfs.

Sofern der Bund zu einem späteren Zeitpunkt Geschäftsanteile an der Gesellschaft veräußert, sind im Hinblick auf die Ausgestaltung der Leitungsmacht des Bundes ergänzende Satzungsregelungen in Erwägung zu ziehen. In der Mehrpersonen-GmbH sind besondere Maßgaben zur Herstellung des Gesellschafterwillens üblich, ohne Weiteres zulässig und regelmäßig notwendig. Zu denken ist in diesem Fall zudem an Konsortialvereinbarungen unter mehreren Gesellschaftern oder an Stimmrechtsbindungsverträge. Für beide Instrumente ist freilich typisch, dass die Beteiligten zugleich Inhaber von Mitgliedschaftsrechten an der Gesellschaft sind.

Im Übrigen unterliegen auch gesellschaftsvertragliche Regelungen über die Befugnisse der Gesellschafter und ihre Übertragung bzw. Verlagerung Grenzen. Zum einen müssen der Gesamtheit der Gesellschafter das Recht zur Satzungsänderung und die übrigen Grundlagenentscheidungen verbleiben. Zum anderen ist die Vertretung der Gesellschaft nach außen zwingend eine Angelegenheit der Geschäftsführer. Unabdingbar sind ferner die - in § 14 Abs. 1 des Satzungsentwurfs teilweise genannten - gesetzlichen Kompetenzzuweisungen an die Gesellschafterversammlung zur Einforderung von Nachschüssen, die Entscheidung über Auflösung, Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, über Unternehmensverträge sowie die Bestellung von (gekorenen) Liquidatoren und deren Abberufung,

vgl. Liebscher, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2015, § 45 Rn. 85 ff.; Römermann, in: Michalski (Hrsg.), GmbHG, 2. Auflage 2010, § 45 Rn. 43 ff.

Letztlich darf die Übertragung von Zuständigkeiten der Gesellschaftergesamtheit nicht dazu führen, die Stellung derselben als oberstes Gesellschaftsorgan in ihrem Kern oder auf Dauer in Frage zu stellen,

vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4 Auflage 2012, § 49, Rn. 17; Liebscher, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2015, § 45 Rn. 43.

Die Einbindung von Mitgliedern etwa des Haushalts- bzw. des Verkehrsausschusses des Deutschen Bundestages in das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen für bestimmte Materien, für welche Entscheidungen der Gesellschaft *qua* Satzung zuvor an die ausdrückliche Zustimmung des Gesellschafters gebunden worden sind, dürfte, sollte sie in einer späteren Phase in Erwägung gezogen werden, in dem aufgezeigten Rahmen verbleiben können und in zulässiger Weise gestaltbar sein. Für den zu entwickelnden Entwurf eines Errichtungsgesetzes ist darauf zu achten, dass die gesellschaftsrechtlichen Spielräume zur teilweisen Verlagerung von Gesellschafterrechten nicht verstellt werden.

(cc) Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Bildung des Gesellschafterwillens

Wie bereits deutlich wurde, bestehen für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als mitbestimmte Gesellschaft gesetzliche Einschränkungen ihrer Satzungsfreiheit insbesondere hinsichtlich der Existenz des obligatorischen Aufsichtsrats und des Schutzes der diesem gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen sowie hinsichtlich des zwingend zu bestellenden Arbeitsdirektors: Beiden darf der Kern der ihnen gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen auch von den Gesellschaftern nicht entzogen werden. Insbesondere dürfte in der mitbestimmten GmbH durch die Übertragung von Überwachungs- und Kontrollbefugnissen auf einen Beirat die Mitbestimmung im obligatorischen Aufsichtsrat nicht ausgehöhlt werden,

vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 49, Rn. 19; Spindler in: MüKoGmbHG/Spindler GmbHG, 2. Auflage 2016 § 52 Rn. 264; Ulmer/Habersack, in: Ul-

mer/Habersack/Henssler, MitbestG, 3. Auflage 2012, § 25, Rn. 140 a. E.

Aus diesem Grunde wären die Kompetenzen beispielsweise eines Beirats derart zu beschränken, dass die zwingenden Mitbestimmungsrechte des Aufsichtsrats nicht verkürzt werden.

vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 49, Rn. 19; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Auflage 2015, § 52 Rn. 69, 75; Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, § 25 Rn. 125 f.

Es ist daher umstritten, ob der Gesellschafter seine Weisungsbefugnisse auf einen Beirat übertragen könnte,

bejahend Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, § 25 Rn. 125 f. mwN zur Gegenansicht.

Die Übertragung von Zustimmungsvorbehalten auf einen Beirat in späteren Entwicklungsphasen der Gesellschaft wäre dagegen wohl insoweit nicht zulässig, weil sonst die Kontrollfunktion des obligatorischen Aufsichtsrats gegenüber dem Gesellschafter leer laufen würde,

vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 49, Rn. 19; Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, § 25 Rn. 126, mit dem Hinweis, dass ein Beirat eigene Zustimmungserfordernisse aufstellen könnte; differenzierter Giedinghagen in: Michalski, GmbHG, 2. Auflage 2010, § 52 Rn. 420.

Für den „Einbehalt“ von bestimmten Weisungsbefugnissen beim Gesellschafter gelten diese Einschränkungen allerdings nicht. Auch in der mitbestimmten GmbH verfügt der Gesellschafter über eine umfassende Weisungskompetenz gegenüber dem Geschäftsführer. Der vorgesehene Satzungsentwurf stellt dementsprechend die starke Stellung der Gesellschafterversammlung gerade auch im Verhältnis zum Aufsichtsrat klar, indem der Gesellschafter die verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates zu zustimmungsbedürftigen Geschäften entsprechend der Rechtslage

vgl. Stephan/Tieves, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 40.

nach § 7 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages ersetzen kann,

(b) Geschäftsführung

Dem GmbH-Recht entsprechend obliegt den Geschäftsführern als Pflichtorgan der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Führung der Geschäfte und die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis.

(aa) Bindung an den Gesellschaftszweck

Die Geschäftsführung bezieht sich auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks und hängt in ihrer konkreten Ausprägung von Größe und Struktur der Gesellschaft ab. Mit zunehmender Größe des Unternehmens wird die Geschäftsführung vor allem Leitungsaufgaben umfassen, während deren tatsächliche Umsetzung regelmäßig an gesellschaftsinterne Stellen delegiert wird.

Da sich die Geschäftsführung auf den Gesellschaftszweck bezieht, findet diese grundsätzlich ihre Schranke in dem in der Satzung festgelegten Gegenstand des Unternehmens,

> *vgl. vgl. Stephan/Tieves, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 131; Oetker, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 35 GmbHG Rn. 13,*

so dass dem in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand insoweit eine Steuerungs- und Begrenzungsfunktion zukommt.

(bb) Anzahl der Geschäftsführer, Arbeitsdirektor nach MitbestG

Die Satzung kann eine beliebige Zahl an Geschäftsführern oder auch eine Höchst- bzw. Mindestzahl an Geschäftsführern vorschreiben oder diese Entscheidung auf ein anderes Gesellschaftsorgan übertragen. Gegenwärtig sieht § 5 Abs. 1 Satz 1 des Satzungsentwurfs vor, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mindestens zwei Geschäftsführer hat. Mindestens zwei Geschäftsführer sind deshalb erforderlich, weil das MitbestG neben dem Arbeitsdirektor einen weiteren Geschäftsführer fordert, siehe § 33 MitbestG,

> *vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 41 Rn. 22; Heidenhain, in: Heidenhain/Meister (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, 7. Auflage 2011, IV. 25, Rn. 12.*

Dem mitbestimmungsrechtlich zwingend zu bestellenden Arbeitsdirektor obliegt die Geschäftsführung in Personal- und Sozialfragen. Diese Zuständigkeit ist als zwingende Mindestkompetenz auf den Kernbereich beschränkt, dem Arbeitsdirektor können daneben jedoch auch noch weitere Zuständigkeiten übertragen werden,

> *vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 41 Rn. 23; Gach in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2014, MitbestG § 33 Rn. 30, 31.*

In den Grenzen des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) kann die Satzung persönliche und sachliche Eignungsvoraussetzungen für die zu bestellenden Geschäftsführer definieren, wobei das konkrete Gesellschaftsinteresse Differenzierungskriterien legitimieren kann. Hier liegt daher ebenfalls eine Möglichkeit, bei Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf die Besetzung der Geschäftsführerpositionen Einfluss zu nehmen.

Bestimmte Staatsämter schließen jedoch die Bestellung zum Geschäftsführer aus (vgl. zum Beispiel Art. 66 GG). Geschäftsführer können zudem nicht zugleich Mitglieder des Aufsichtsrats oder Prokurist der Gesellschaft sein,

> *vgl. Heidenhain, in: Heidenhain/Meister (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, 7. Auflage 2011, IV. 25, Rn. 14.*

Die Bestellung der Geschäftsführer und des Arbeitsdirektors erfolgt in der mitbestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zwingend durch deren obligatorischen Aufsichtsrat, wobei die §§ 31, 27, 29 MitbestG letztlich sicherstellen, dass sich die Anteilseigner, Einigkeit derselben vorausgesetzt, bei der Bestellung der Geschäftsführer durchsetzen können,

> *vgl. C. Jaeger, in: BeckOK, GmbHG, Stand: 15.01.2016, § 52 Rn. 41; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 20. Auflage 2013, § 52, Rn. 302; Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 38 Rn. 34 m. w. N.*

(cc) Gesellschafterweisungen, Kompetenzverlagerungen, Geschäftsführungsbefugnis

Auch in der mitbestimmten GmbH kann die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung im Rahmen der Gesetze gemäß § 37 GmbHG verbindliche Weisungen erteilen (s. o.). Den Gesellschaftern der Verkehrsinf-

rastrukturgesellschaft obliegt daher grundsätzlich die Letztentscheidungskompetenz in Fragen der Geschäftsführung,

> *vgl. Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 46, m. w. N.; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Auflage 2015, GmbHG § 37 Rn. 30.*

Auch könnten durch Satzungsbestimmung Teile der Geschäftsführungsbefugnis auf gesellschaftsinterne Stellen übertragen werden, beispielsweise auf einen Beirat oder auch auf nachgeordnete Mitarbeiter. Lediglich ein Kernbereich an Geschäftsführungskompetenzen kann der Geschäftsführung nicht entzogen werden. Dies betrifft insbesondere die Vertretung der Gesellschaft nach außen (soweit nicht der obligatorische Aufsichtsrat, wie bei Geschäften mit Geschäftsführern, zuständig ist), solche Kompetenzen, welcher die Geschäftsführung zur Wahrung ihrer Pflichten im Hinblick auf die Erhaltung des Stammkapitals bedarf (beispielsweise § 43 Abs. 3 mit den §§ 30, 31, 33, 49 Abs. 3 GmbHG) sowie die Pflicht zur Vertretung der Gesellschaft in sonstigen gesetzlich zwingend zugewiesenen Aufgaben, wie beispielsweise die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) oder die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 264 Abs. 1 HGB),

> *vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 44 Rn. 63; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017, GmbHG § 37 Rn. 18.*

Angesichts der Größe und Aufgabenvielfalt der „eingeschwungenen" Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird es erforderlich sein, den Geschäftsführern zu gegebener Zeit (wenn nicht von Anfang an) einzelne Ressorts dergestalt zuzuweisen, dass diese innerhalb ihres Bereiches einzelgeschäftsführungsbefugt sind. Dies wäre möglich durch Satzungsregelung, Gesellschafterbeschluss oder als Bestandteil einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer und betrifft Aufgabenbereiche, die nicht durch Gesetz zwingend der Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit zugewiesen sind, wie zum Beispiel die Vornahme von Handelsregisteranmeldungen oder die Beschlussfassung in Angelegenheiten, die für die Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind, wie etwa die Gestaltung der Geschäftspolitik oder der Organisationsstruktur,

> *vgl. Leuering/Dornhegge, Geschäftsverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern, NZG 2010, Seite 13 ff.*

Der Satzungsentwurf selbst sieht eine Delegation bereichsspezifischer Einzelgeschäftsführungsbefugnisse gegenwärtig nicht vor. Nach § 5 Abs. 4 Satz 2 des Satzungsentwurfs kann die Gesellschafterversammlung für die Geschäftsführung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft jedoch eine Geschäftsordnung erlassen, in der auch die Geschäftsverteilung und ggf. eine Einzelgeschäftsführung geregelt wird, was im Hinblick auf das Gebot einer effizienten Geschäftsführung jedenfalls in einem bestimmten Umfang erforderlich erscheint. Die nach herrschender Meinung mögliche Delegation der Zuständigkeit für den Erlass einer Geschäftsordnung auf den Aufsichtsrat sieht der Satzungsentwurf nicht vor.

Zusammenfassend sichert der Satzungsentwurf tendenziell die bereits kraft Gesetzes bestehenden starken Einflussnahmerechte des Gesellschafters Bund auf die Geschäftsführung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab. Das zeigt sich besonders deutlich an der in § 5 Abs. 5 Satz 2 vorgesehenen Regelung, dass die Geschäftsführung der Gesellschaft für alle Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, für jeden Einzelfall eines Gesellschafterbeschlusses bedarf. Die Klausel ist wesentlicher Bestandteil des gesellschaftsrechtlichen Kontrollregimes, das im Falle der Erledigung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtlich organisierte Einheiten die Rechts- und Fachaufsicht ersetzt, soweit die betreffende Einheit nicht hoheitliche Befugnisse ausübt. Die Klausel ist in der Mustersatzung zum Public Corporate Governance Kodex nicht vorgesehen.

(dd) Insbesondere: Zur Legalitätsverpflichtung der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung einer GmbH hat die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns anzuwenden. Eine Verletzung dieser Pflicht kann einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen den bzw. die Geschäftsführer begründen.

Eine der zentralen Verpflichtung der Geschäftsführung ist es dabei, dafür Sorge zu tragen, dass sich die GmbH rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (Legalitätspflicht). Ein Geschäftsführer darf danach keine Handlungen vornehmen oder an diesen mitwirken, die der Herbeiführung oder Durchsetzung rechtswidriger Maßnahmen dienen. Im Rahmen der ihm obliegenden Organisations- und Überwachungspflicht ist er auch dafür verantwortlich, dass sich andere Angehörige der juristi-

schen Person sowie deren Organe und Mitarbeiter rechtmäßig verhalten („Absicherung der Rechtstreue durch spezielle Organisationsmaßnahmen“),

> *vgl. Fleischer, in: Müko, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 43 Rn. 21 ff.; Wiesner, in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 4. Auflage 2015, § 25 Rn. 23; vgl. auch LG Kaiserslautern, Urteil vom 11. Mai 2005, Az.: 3 O 662/03, VersR 2005, 1090 unter Gliederungspunkt II. 1 a) zur Haftung des Vorstands eines Vereins gegenüber dem Verein; Zöllner/Noak, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 20. Auflage 2013, § 43 Rn. 17.*

Zu den Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH gehört es dementsprechend, Beschlüsse der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung vor ihrer Ausführung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen („Rechtsvergewisserungspflicht“) und dafür zu sorgen, dass rechtswidrige Beschlüsse nicht ausgeführt werden. Diese Pflicht stellt einen Teilausschnitt aus der allgemeinen Geschäftsleiterpflicht dar, die Gesetzes- und Satzungsmäßigkeit der Entscheidungsprozesse innerhalb der juristischen Person zu gewährleisten,

> *vgl. Fleischer, Vorstandspflichten bei rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen, BB 2005, S. 2025 zum Vorstand der Aktiengesellschaft; ders., in: MüKo, GmbHG, 2. Auflage, § 43 Rn. 36.*

Um den Organisationspflichten nachkommen zu können, obliegt einem Geschäftsführer einer derart komplexen GmbH des Weiteren regelmäßig die Verpflichtung, zum einen Maßnahmen zur Gewährleistung rechtmäßigen Verhaltens im Unternehmen, zum anderen Maßnahmen zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung zu treffen („Corporate-Compliance“). Fehlen diese Organisationsmaßnahmen, obwohl erforderlich (was vom Geschäftsführer zu prüfen ist), verhält sich der Geschäftsführer pflichtwidrig und kann sich schadensersatzpflichtig machen,

> *vgl. Zöllner/Noak, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 21. Auflage 2017, § 35 Rn. 66, 67 u. § 43 Rn. 17; Fleischer in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, GmbHG § 43 Rn. 61; instruktiv Koch in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 12. Auflage 2016, Rn. 13 ff.; Pelz in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Auflage 2016, § 5 Rn. 40 u. 45 f.*

Angesichts des Umfangs der Tätigkeit und des bestehenden Risikopotentials innerhalb der für die Gesellschaft vorgesehenen Aufgaben dürfte eine

entsprechende Verpflichtung der Geschäftsführer der künftigen Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Etablierung von entsprechenden Kontrollmechanismen zu bejahen sein. Im praktischen Ergebnis dürfte der einem Geschäftsführer ansonsten grundsätzlich zustehende Ermessensspielraum bezüglich des „Ob“ solcher organisatorischer Maßnahmen daher weitgehend reduziert sein.

In Betracht kommt hier zunächst die Schaffung eines eigenständigen Verantwortungsbereichs „Compliance“ durch Zuweisung (innerhalb der Geschäftsordnung/-verteilung) an einen von mehreren Geschäftsführern. Art und Umfang der Compliance-Maßnahmen richten sich nach Größe, Branche und den Umständen des Unternehmens. Dem Geschäftsführer ist insofern ein gewisser Beurteilungs- bzw. Ermessenspielraum zuzubilligen, wie er die Compliance-Organisation konkret ausgestaltet,

> *vgl. umfassend Zöllner/Noak, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 21. Auflage 2017, § 43 Rn. 17, § 35 Rn. 66, 67 m. w. N.; Pelz in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Auflage 2016, § 5 Strafrechtliche und zivilrechtliche Aufsichtspflicht, Rn. 40 u. 45 f.*

Zusammenfassend wird in der als GmbH verfassten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein internes Kontrollsystem zu etablieren und vorzuhalten sein, welches die Bindung des Gesellschaftshandelns an die von der Gesellschaft zu beachtenden gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen sicherstellt. Elemente dieses Kontrollsystem können eine zweckmäßige Leitungsorganisation, das Vorhandensein und die Ausübung von Weisungsrechten innerhalb der Fachabteilungen, ein zweckentsprechend gestaltetes Dokumentenmanagementsystem unter Verwendung von Mustervorlagen, die regelmäßige Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Anordnung von Mitzeichnungs- und Mitentscheidungsverpflichtungen für bestimmte Angelegenheiten sowie zahlreiche weitere Abstimmungs- und Kontrollvorgaben sein („Vieraugenprinzip“). Für einzelne Abteilungen mag dabei auch die Anwendung eines bestimmten technischen Regelwerks durch allgemeine Organisationsanweisung vorgegeben werden (zum Beispiel die diversen „ZTV“ und das sonstige technische Regelwerk für den Straßenbau für die Planungs- und Bauabteilung der Gesellschaft). Nach dem für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erarbeiteten Satzungsentwurf sind gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 13 wesentliche Maßnahmen der Geschäftsführung betreffend die IT-Organisation, das Risiko-Management und die Compliance-Organisation der Gesellschaft (einschließlich deren konzeptioneller Aus-

richtung) überdies dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorzulegen; zudem bedarf es gemäß § 7 Abs. 2 des Satzungsentwurfs zusätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Sofern das interne Kontrollsystem der Gesellschaft etabliert ist und praktiziert wird, was unter anderem Gegenstand von Jahresabschlussprüfungen sein kann, werden die – gesetzlich vorgeschriebenen – internen Kontrollmechanismen der Gesellschaft eine zusätzliche externe Kontrolle im Sinne einer Rechts- und Fachaufsicht ersetzen können, soweit nicht die Gesellschaft aufgrund einer entsprechenden Beleihung hoheitliche Rechte ausübt.

In der Praxis wird angesichts der internen Kontrollen innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft beispielsweise ein sog. Gesehenvermerk des BMVI oder eines Bundesamtes für Straßeninfrastruktur für von der Gesellschaft vorbereitete Planungen nicht eigens noch einzuholen sein. Mit dem Gesehenvermerk bestätigt das BMVI gegenüber den Auftragsverwaltungen die Übereinstimmung ihrer Planungen mit dem einschlägigen Regelwerk und die Einhaltung haushaltsrechtlicher Vorgaben; die Entwurfsunterlagen werden als Teil der Haushaltsunterlage im Sinne von § 24 BHO anerkannt. Im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft haben die Geschäftsführer infolge ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Legalität dafür Sorge zu tragen, dass der zuständigen Planfeststellungsbehörde seitens der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nur solche Planungen vorgelegt werden, die sich in Übereinstimmung mit dem von der Gesellschaft anzuwendenden technischen und rechtlichen Regelwerk befinden. Dessen Umfang kann notfalls durch (rechtmäßige) Weisung des Gesellschafters modifiziert werden.

(c) Obligatorischer (mitbestimmter) Aufsichtsrat

Es ist davon auszugehen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wegen der Anzahl ihrer Arbeitnehmer mitbestimmt ist und daher zwingend einen Aufsichtsrat haben muss. Würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft weniger als 2.000, aber in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern beschäftigen, würde sich eine Mitbestimmungspflicht nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) ergeben, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Anzunehmen ist indes, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gemäß §§ 1 Abs. 1 des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) mitbestimmt ist, da sie in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen wird. Folge ist, dass bei der Gesellschaft zwingend einen Aufsichtsrat gem. § 6 MitbestG einzurichten ist.

Verfügt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft regelmäßig über mehr als 10.000, aber nicht mehr als 20.000 Arbeitnehmer, besteht der Aufsichtsrat gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer (Gesamtzahl: sechzehn). Allerdings kann qua Satzungsbestimmung auch eine Zahl von jeweils zehn Aufsichtsratsmitgliedern (Gesamtzahl: zwanzig) festgelegt werden, § 7 Abs. 1 Satz 3 MitbestG.

(aa) Wahl der Anteilseignervertreter

Die Wahl der Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat erfolgt gemäß § 8 Abs. 1 MitbestG i. V. m. § 101 Abs. 1 AktG regelmäßig durch Beschluss der Hauptversammlung, die in ihrer Entscheidung frei und unabhängig ist. Im Falle der als GmbH verfassten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird an die Stelle der Hauptversammlung die Gesellschafterversammlung treten, soweit nicht im gesetzlich zulässigen Rahmen ein anderes Wahlorgan in der Satzung hiermit betraut ist, was, anders als bei einer Aktiengesellschaft, grundsätzlich möglich ist,

> *Vgl. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, MitbestG § 8, Rn. 3; Spindler in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 166; Giedinghagen in: Michalski, GmbHG, 2. Auflage 2010, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 97; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 8, Rn. 1.*

Der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgesehene Satzungsentwurf sieht hinsichtlich der Bestellung der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat eine Zuständigkeitsverlagerung nicht vor. Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs werden die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilsvertreter von der Gesellschafterversammlung gewählt und abberufen.

Sofern zu einem späteren Zeitpunkt außer dem Bund weitere Gesellschafter vorhanden sein sollten, wären Wahlabreden zwischen Gesellschaftern betreffend die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder gesellschaftsrechtlich zulässig. Dies gilt sowohl für die Verpflichtung zur Abstimmung nach Weisung eines Mitgesellschafters als auch für Mehrheitsentscheidungen eines Stimmrechtskonsortiums,

> *vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2008, Az.: II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 (18 f.); Henssler,*

in: Henssler/Strohn (Hrs.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 101 AktG Rn. 3.

Gegenwärtig kommt eine Stimmbindungsvereinbarung im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht in Betracht, da deren alleiniger Gesellschafter der Bund ist und eine Stimmbindungsabrede des Bundes mit sich selbst nicht vorstellbar ist. Sofern der Bund die Gesellschaft für weitere Gesellschafter öffnet, können Abstimmungen oder auch Vorgaben unter den Anteilseignern betreffend die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern jedoch von praktischem Belang sein und ggf. auch entsprechenden Regelungsbedarf hervorrufen.

Unabhängig von Stimmrechtsbindungsvereinbarungen kann in der Satzung im Übrigen ein Entsenderecht der Anteilseigner begründet werden. Aus den §§ 6 und 8 Abs. 2 MitbestG i. V. m. § 101 Abs. 2 S. 2 AktG ergibt sich, dass auch bei der mitbestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit obligatorischem Aufsichtsrat Entsenderechte der Anteilseignervertreter durch die Satzung festgeschrieben werden können, wobei anders als gemäß § 101 Abs. 2 AktG eine Begrenzung auf ein Drittel der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner unter der Geltung des Mitbestimmungsrechts für die GmbH wohl nicht zwingend ist, da diese Norm von der Verweisung in § 6 Abs. 2 S 1 MitbestG nicht erfasst wird,

vgl. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, MitbestG § 8, Rn. 6; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 8, Rn. 7, 8; a. A. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 177.

Das Entsendungsrecht kann auch unter Geltung des Mitbestimmungsgesetzes bei der GmbH an bestimmte persönliche Voraussetzungen für das entsandte Mitglied geknüpft werden, zum Beispiel an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe,

vgl. Spindler, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), AktG, 3. Auflage 2015, § 101 Rn. 51; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 8, Rn. 5, 7, 8; Henssler in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 31.

Umstritten ist, ob Entsenderechte nur für Gesellschafter oder auch für Dritte festgelegt werden können, etwa für Mitglieder des Deutschen Bundestages oder seiner Ausschüsse,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 167: auch für Dritte; a. A.: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 21. Auflage 2017, § 52 Rn. 177.*

Der Satzungsentwurf sieht Entsenderechte gegenwärtig nicht vor, da diese in einer Ein-Personen-Gesellschaft keinen Sinn machen.

(bb) Wahl der Arbeitnehmervertreter

Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat regelt sich zwingend nach den entsprechenden Vorschriften des MitbestG.

Die zwingend vorzunehmende Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters bestimmt sich nach den Regelungen des gesetzlich zwingenden § 27 Abs. 1 und 2 MitbestG,

> *vgl. Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 27, Rn. 1 u. 14.*

Kommt die zunächst erforderliche Mehrheit von zwei Dritteln nicht zustande, geht nach § 27 Abs. 2 MitbestG das Wahlrecht auf die beiden Bänke über (Anteilseigner/Arbeitnehmervertreter), wobei jeweils die einfache Mehrheit genügt. Dabei ist mit Rücksicht auf das in § 29 Abs. 2 MitbestG vorgesehene Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden dessen Wahl den Anteilseignervertretern vorbehalten, während die Arbeitnehmervertreter den Stellvertreter wählen,

> *vgl. Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 27, Rn. 13, 14; Habersack, in: MüKo, AktG, 4. Auflage 2014, § 107 Rn. 39 m. w. N.*

(cc) Aufgaben und Zuständigkeiten des Aufsichtsrates

Gemäß § 31 MitbestG, § 84 AktG hat der obligatorische Aufsichtsrat zwingend die Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen. Durch das in den §§ 31, 27, 29 MitbestG vorgegebene Verfahren ist, auch hinsichtlich des Arbeitsdirektors, sichergestellt, dass sich bei der Bestellung und Abberufung

die Anteilseigner, Einigkeit derselben vorausgesetzt, mit ihrem Kandidaten durchsetzen können,

> *vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 48 Rn. 153; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 27, Rn. 13 ff.*

Zu den Aufgaben des Organs Aufsichtsrats gehört im Weiteren insbesondere die Überwachung der Geschäftsführung (vgl. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG, § 111 Abs. 1 AktG). Die Überwachung bezieht sich auf die Tätigkeit der Geschäftsführer. Dabei ist die Rechtsmäßigkeit, die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu überprüfen. Zur effektiven Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe gewährt der über § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG anwendbare § 90 Abs. 3 AktG dem Aufsichtsrat als Gesamtorgan weitgehende Informationsrechte und § 111 Abs. 2 S. 1 AktG dem Aufsichtsrat weitreichende Einsichts- und Prüfungsrechte, die zugleich eine Verpflichtung des Aufsichtsrats statuieren, sich die erforderlichen Informationen zu beschaffen („Pflichtrechte“),

> *vgl. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, MitbestG § 25, Rn. 49 ff.; Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 111 AktG Rn. 10.*

Diesen Ansatz verstärkend, begründet der aktuelle Satzungsentwurf in § 6 für die paritätisch mitbestimmte GmbH eine über die Verweisung des § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG, welcher sich lediglich auf § 90 Abs. 3, 4 und 5 Satz 1 und 2 AktG bezieht, hinausgehende Berichtspflicht der Geschäftsführung sowie korrespondierend hierzu Informationsrechte des Aufsichtsrats im Sinne des § 90 Abs. 1 AktG, um eine effiziente und vor allem vorbeugende Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat zu sichern.

Zu den Pflichten des Aufsichtsrats gehört des Weiteren die Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Vorschlags für die Gewinnverwendung sowie die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert. Geschäftsführungsaufgaben kann der obligatorische Aufsichtsrat nach MitbestG nicht übernehmen (§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 111 Abs. 4 S. 1 AktG), da seine zentrale Pflicht in der Überwachung der Geschäftsführung besteht.

Gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG i. V. m. § 111 Abs. 4 AktG haben die Satzung oder der Aufsichtsrat die Vornahme bestimmter Arten von Geschäften

mit grundlegender Bedeutung von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Dies impliziert entsprechende Informationsrechte des Aufsichtsrats. Allerdings kann die Gesellschafterversammlung dem zugrunde liegenden Vorhaben als Ausfluss ihrer originären Zuständigkeit in allen Fragen der Geschäftsführung trotz einer Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrates mit einfacher Mehrheit zustimmen,

> *vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017, Rn. 124; Spindler in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, GmbHG § 52 Rn. 381; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Auflage 2015, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 64; Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 48 Rn. 152.*

Auf die entsprechende Satzungsregelung des § 7 Abs. 6 wurde insoweit bereits hingewiesen (s. o.).

(dd) Keine Weisungsgebundenheit des Aufsichtsrates

Eine Weisungsgebundenheit des Aufsichtsratsmitglieds besteht nach höchster zivilrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls bei einem mitbestimmenden Aufsichtsrat nicht. Eine solche Weisungsgebundenheit besteht auch nicht für das entsandte Aufsichtsratsmitglied gegenüber dem Entsendeberechtigten. Danach hat das Aufsichtsratsmitglied als Angehöriger eines Gesellschaftsorgans allein den Belangen der Gesellschaft den Vorzug zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen gebunden zu sein,

> *vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2006, Az.: II ZR 137/05, BGHZ 169, 98 (106); BGH, Urteil vom 22. Januar 1962, Az.: II ZR 11/61, BGHZ 36, 292 (306).*

In der gesellschaftsrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Literatur ist dies nicht unumstritten, wird jedoch zumeist im Zusammenhang mit kommunalen Gesellschaften und fakultativen Aufsichtsräten thematisiert. Das BVerwG ging in einer Entscheidung aus dem Jahre 2011 davon aus, dass sich die Weisungsgebundenheit aus der Satzung ergeben könne,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 2011, Az.: 8 C 16.10, BeckRS 2011, 55139,*

jedoch handelte es sich in dem entschiedenen Fall ebenfalls um einen fakultativen Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH. Überwiegend wird daher davon ausgegangen, dass eine Weisungsbefugnis nur beim fakultativen Aufsichtsrat bestehen kann.

(d) Arbeitsausschüsse des Aufsichtsrats

Der obligatorische Aufsichtsrat der mitbestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kennt einen gesetzlichen Pflichtausschuss, den Vermittlungsausschuss, und kann aus eigenem Recht weitere Ausschüsse bilden.

(aa) „Vermittlungsausschuss“

Zwingend hat der Aufsichtsrat der mitbestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unmittelbar nach der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und des Stellvertreters einen „Vermittlungsausschuss“ gemäß § 27 Abs. 3 MitbestG zu bilden. Er besteht aus den beiden genannten Personen und je einem von den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer und der Anteilseigner gewählten Mitglied. Er kommt zum Einsatz im Rahmen der Bestellung der Geschäftsführer, falls bei deren Wahl keine zunächst erforderliche Zweidrittelmehrheit zustande kommt (§ 31 Abs. 3 MitbestG).

(bb) Weitere Ausschüsse

Der Aufsichtsrat der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann zudem nach pflichtgemäßen Ermessen entscheiden, ob, wie lange und für welche Aufgaben er weitere Ausschüsse einrichtet (§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG i. V. m. § 107 Abs. 3 AktG). Der Satzungsentwurf für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft stellt die Befugnis des Aufsichtsrats zur Einrichtung von Ausschüssen in § 12 Abs. 5 klar.

Beispielhaft nennt § 107 Abs. 3 S. 2 AktG insbesondere einen Prüfungsausschuss, der sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen, befasst. Die dem Aufsichtsrat zugestandene Befugnis, Ausschüsse zu bilden, ist satzungsfest. Aufgrund der im mitbestimmten Aufsichtsrat ausgeprägten Organisationsautonomie kann der Aufsichtsrat weder von der Satzung noch durch Beschluss der Ge-

sellschafterversammlung zur Bildung von Ausschüssen verpflichtet, noch daran gehindert werden,

> *vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az.: II ZR 123/81, NJW 1982, 1525; Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 497.*

Demgegenüber kann die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats vorsehen, dass bestimmte Ausschüsse eingerichtet werden und Festlegungen hinsichtlich der Mitgliederzahl und des Vorsitzes treffen, einschließlich der Mitgliedschaft des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters. Da der Aufsichtsrat die Geschäftsordnung jederzeit durch einfachen Mehrheitsbeschluss ändern kann, bleibt er insoweit Herr des Verfahrens,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 497 u. 26; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 241.*

In der Mehrzahl der Fälle werden Aufsichtsratsausschüsse als ständige Ausschüsse mit fest definiertem Zuständigkeitsbereich durch Beschluss eingesetzt. Für den Aufsichtsrat der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft könnte sich insbesondere die Errichtung eines „Finanzausschusses“ zur Kontrolle der wesentlichen Kreditaufnahmen sowie die Einrichtung eines „Investitionsausschusses“ zur Beratung über den Finanzierungs- und Realisierungsplan der Gesellschaft empfehlen.

Dem Aufsichtsrat steht es ebenso frei, bei unerwartet auftauchenden Sachverhalten, wie zum Beispiel großen Investitionsvorhaben oder behördlichen Untersuchungen, Ad-hoc- bzw. Sonderausschüsse einzusetzen,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 498 m. w. N.; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 25, Rn. 50*

Von ihrem Aufgabenzuschnitt her können Ausschüsse des Aufsichtsrats sowohl rein vorbereitende und überwachende Tätigkeiten ausüben als auch anstelle des Plenums Beschlüsse fassen. § 107 Abs. 3 S. 3 AktG bezeichnet aber abschließend – und satzungsfest – diejenigen Beschlüsse, die zwingend dem Plenum verbleiben. Darüber hinaus darf der Aufsichtsrat nicht insgesamt seine Kernaufgabe, die Überwachung nach § 111 Abs. 1 AktG, einem Ausschuss überantworten. Auch ist die Festlegung der Zustimmungsvorbehalte nach § 111 Abs. 4 AktG nicht auf einen Ausschuss dele-

gierbar, wohl aber die Erteilung der Zustimmung selbst. Wenn der jeweilige Ausschuss seine Zustimmung verweigert, kann diese jedoch durch (einfachen) Gesellschafterbeschluss ersetzt werden.

Selbst bei delegationsfesten Aufgaben können die Entscheidungen unproblematisch einem *vorbereitenden Ausschuss* übertragen werden, der auch nicht auf das reine Sammeln von Informationen beschränkt ist. Er darf die Beschlüsse des Plenums dabei allerdings nicht faktisch präjudizieren, insbesondere nicht bei einem Personalausschuss durch Vorentscheidungen beim Anstellungsvertrag eines potentiellen Geschäftsführers,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 500 m. w. N.; BGH Urt. v. 24.11.1980 – II ZR 182/79.*

Auch bei Delegation seiner Aufgaben auf einen Ausschuss bleibt der Aufsichtsrat jederzeit Herr des Verfahrens und kann die Themen wieder an sich ziehen. Dies gilt auch bei beschließenden Ausschüssen, deren Beschlüsse auch nachträglich vom Plenum abgeändert werden können, soweit es sich nicht um Beschlüsse mit Wirkung gegenüber anderen Organen handelt,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 501 m. w. N.; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 25, Rn. 64; Habersack in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2014, AktG § 107 Innere Ordnung des Aufsichtsrats, Rn. 94.*

(cc) Besetzung der Ausschüsse

Auch für Aufsichtsräte nach dem MitbestG besteht kein Gebot der paritätischen oder proportionalen Besetzung der Ausschüsse. Die gänzliche Nichtberücksichtigung einer Gruppe bei der Besetzung eines wichtigen Ausschusses (insbesondere eines Personalausschusses) kann jedoch nur durch erhebliche sachliche Gründe getragen werden,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 503 m. w. N.; Raiser in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, 6. Auflage 2014, § 25, Rn. 56.*

Für den zwingenden Aufsichtsrat kann die Satzung keine Kriterien für die Besetzung der Ausschüsse aufstellen, ebenso wenig besondere Mehrheiten vorsehen. Besetzungsregeln können aber in der Geschäftsordnung festge-

legt werden, auch bei mitbestimmten Gesellschaften, da stets der Gesamtaufsichtsrat entscheiden muss und so die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter bei der Entscheidung sichergestellt ist,

> *vgl. Spindler, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 52 Rn. 506 m. w. N.; Koch in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 12. Auflage 2016, AktG § 107 Rn. 31.*

(dd) Ausschuss-Vorsitz

Dem jeweiligen Ausschussvorsitzenden kann nach ganz h. M. ein Zweitstimmrecht für Beschlüsse des Ausschusses zustehen. Das gilt auch dann, wenn er nicht zugleich Aufsichtsratsvorsitzender ist,

> *vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az.: II ZR 123/81, BGHZ 83, 106 (117); BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az.: II ZR 102/81, BGHZ 83, 144 (147 ff.).*

Das Zweitstimmrecht des Ausschussvorsitzenden kann nicht nur durch den Aufsichtsrat selbst im Wege der Geschäftsordnung, sondern auch durch die Gesellschafterversammlung im Wege der §§ 179 ff. AktG in die Satzung eingeführt werden. Nach h. M. steht die Autonomie des Aufsichtsrats dem nicht entgegen,

> *vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az.: II ZR 123/81, BGHZ 83, 106 (118 f.)*

(ee) Haftung und Haftungsfreistellungsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder

Verletzen die Mitglieder des Aufsichtsrates die ihnen obliegenden Pflichten und entsteht der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dadurch ein Schaden, so kann dies zu einer persönlichen Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft führen (Innenhaftung), vgl. § 25 MitBestG i. V. m. §§ 116, 93 AktG.

Soweit es sich bei den Mitgliedern des Aufsichtsrates um Bundesbeamte handelt, begründet allerdings § 102 BBG einen Regressanspruch des Bundesbeamten gegenüber dem Dienstherrn, sofern der Bundesbeamte die Tätigkeit im Aufsichtsrat auf Veranlassung des Dienstvorgesetzten ausübt und die Pflichtwidrigkeit nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig erfolgte (§ 102 BBG enthält damit eine ähnliche Regelung, wie man sie im Kommunalrecht

der Länder für die Mitglieder des Aufsichtsrates findet, die von der Kommune in den Aufsichtsrat eines kommunales Unternehmen entsandt wurden). Folge ist, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates, die Bundesbeamten sind, bei einer fahrlässigen Pflichtverletzung keine negativen Folgen für ihr Privatvermögen befürchten müssen. Sollten Angestellte des öffentlichen Dienstes von ihrem Arbeitgeber Bund als Vertreter der Anteilseignerseite in den Aufsichtsrat entsandt werden, gilt wegen der Verweisung in § 3 Abs. 7 TVöD auf § 102 BBG Entsprechendes.

Für die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrates auf der Seite der Anteilseigner besteht dagegen kein Regressanspruch gegen den Dienstherrn. Für die von der Arbeitnehmerseite entsandten Mitglieder besteht ebenfalls keine entsprechende Regelung. Für diese Mitglieder des Aufsichtsrates besteht damit keine Haftungsprivilegierung, sie haften mit ihrem gesamten Privatvermögen. Es stellt sich daher die Frage, ob in das Errichtungsgesetz eine Regelung aufgenommen wird, die für sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrates zu einer einheitlichen Haftungsprivilegierung führt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich die Verweisung des MitBestG auch auf § 93 Abs. 4 AktG beziehen soll,

> *vgl. Ulmer/Habersack, in: Henssler/Ulmer/Habersack (Hrsg.), Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2012, § 25 Rn. 121.*

Nach § 93 Abs. 4 AktG kann erst drei Jahre nach Entstehung auf den Anspruch verzichtet werden. Eine von Anfang an bestehende Haftungsprivilegierung im Errichtungsgesetz wäre daher möglicherweise rechtssystematisch nicht unproblematisch. Eine Regelung im Errichtungsgesetz wäre aber wohl ebenso zulässig wie die in § 102 BBG enthaltene Regelung.

(e) Fakultativer Beirat, Gesellschafterausschuss

Neben den gesetzlich vorgeschriebenen Organen der Gesellschaft (Geschäftsführer inklusive Arbeitsdirektor, Aufsichtsrat) könnte für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Zuge der weiteren Entwicklung der Gesellschaft ggf. die Einrichtung eines fachlich orientierten Beirats als Beratungsgremium sinnvoll werden. Wie bereits dargelegt, ist ein Beirat im gegenwärtigen Satzungsentwurf für die Gründungs- und Konsolidierungsphase der Gesellschaft nicht vorgesehen (s. o.), da dieser bei einer zweckentsprechenden Besetzung des Aufsichtsrates in der Anfangsphase nicht erforderlich erscheint. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Funktion eines

Beirates in künftigen Entwicklungsphasen der Gesellschaft zweckmäßig sein kann, etwa wenn sie in einem Zustand vollständiger Unabhängigkeit von Haushaltszahlungen vom Bund auch das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen erhält oder am Kapitalmarkt zur Begebung von Anleihen tätig wird. Aus diesem Grunde werden die Gestaltungsmöglichkeiten für einen fakultativen Beirat an dieser Stelle ergänzend dargestellt.

Ein freiwillig einzurichtender, lediglich auf schuldrechtlicher Basis begründeter und rein beratender Beirat, der in diesem Fall keine Organqualität besitzt und keine eigenen Beschlüsse fasst,

> *vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 49 Rn. 3,*

könnte beispielsweise die Geschäftsführung mit fachlicher Expertise bei der Führung der Gesellschaft unterstützen. Mitglieder des Beirats könnten zum einen Fachleute für die in den unterschiedlichen Geschäftsbereichen wahrgenommenen Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sein, zum anderen politische Entscheidungsträger. So wäre für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine erhöhte fachliche Qualität, aber auch ein höheres Legitimationsniveau der an wesentlichen („gemeinwohlrelevanten") Entscheidungen mitwirkenden Personen sichergestellt.

Die Mitglieder eines lediglich beratenden Beirats müssten selbst nicht zwingend unmittelbar demokratisch legitimiert werden, auch ist eine staatliche Aufsicht über die Tätigkeiten des Beirats nicht erforderlich, da er nur beratend tätig würde und keine hoheitlichen Tätigkeiten ausüben würde. Für beratende und informierende Tätigkeiten kann das Erfordernis einer demokratischen Legitimation durchbrochen werden, soweit keine Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Gegen beratende Gremien, Beiräte, Kommissionen oder Ausschüsse ist deswegen von Verfassungs wegen nichts einzuwenden. Sie fördern Fachkunde und Sachverstand der entscheidenden öffentlichen Stellen. Sofern sie hingegen Entscheidungsbefugnisse erhalten, muss auch ihre demokratische Legitimation gegeben sein,

> *vgl. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 83 Rn. 25.*

Sofern über einen Beirat nur Beratungsaufgaben wahrgenommen werden, läge die Letztentscheidung bei den Gesellschaftsorganen (bzw. wegen deren Weisungsrechts bei der Gesellschaftergesamtheit) und damit bei den de-

mokratisch legitimierten sowie durch Mittel des Gesellschaftsrechts staatlich beaufsichtigten Organen. Daneben kann rein gesellschaftsrechtlich durch die Satzung auch ein Beirat mit Entscheidungsbefugnissen begründet und können zugleich aufgrund einstimmigen Gesellschafterbeschlusses einzelnen Gesellschaftern Sonderrechte in Bezug auf dessen Besetzung eingeräumt werden. Dies ist auch im Fall der gesetzlich mitgestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft möglich, welche über einen obligatorischen Aufsichtsrat verfügt. Da gesetzliche Vorschriften zur inneren Ordnung eines Beirats fehlen, könnten in der Satzung selbst die Aufgaben und die Zusammensetzung des Beirats festgelegt werden. Die Satzung könnte jedoch auch die Gesellschafterversammlung zur Bildung eines Beirats ermächtigen und ihr Einzelfragen einer Geschäftsordnung überlassen, welche von der Gesellschafterversammlung selbst oder dem Beirat erlassen werden könnte,

> *vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 49 Rn. 4, 19; hierzu auch Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Auflage 2015, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 71 .*

Wie in Abschnitt C.VI.1.b)aa)(1)(a)(cc) (ab Seite 125) bereits dargelegt, dürfte dem obligatorischen Aufsichtsrat der Kern seiner ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben dabei allerdings nicht entzogen werden. Insbesondere dürfte in der mitbestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch die Übertragung von Überwachungs- und Weisungsbefugnissen auf einen Beirat die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht ausgehöhlt werden. Die Kompetenzen des Beirats wären daher so zu begrenzen, dass zwingende Mitbestimmungsrechte des Aufsichtsrats nicht verkürzt werden (s. o.).

In Betracht käme für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft weiter die Errichtung eines Gesellschafterausschusses, welcher sich beispielsweise in einen „Investitionsausschuss“ zur Vorbereitung von wesentlichen Maßnahmen des Neubaus, des Ausbaus und der Erhaltung der Bundesautobahnen, einen „Arbeits- und Personalausschuss“ zur Vorbereitung und Vorberatung im weitesten Sinne arbeitsrechtlicher Belange und weitere „Unterausschüsse“ gliedern könnte. Bis zur Grenze des Kompetenzkerns des obligatorischen Aufsichtsrats (der u. a. zwingend für die Bestellung der Geschäftsführer zuständig ist; s. o.) und der Geschäftsführer könnten auf diesen Ausschuss Kompetenzen der Gesellschafter und der beiden genannten Pflichtorgane übertragen werden.

(2) Leitungsvorgaben

Die interne Kontrolle über die Aufgabenwahrnehmung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird nicht nur über die geschilderten Leitungsorgane wahrgenommen, sondern auch über bestimmte Leitungsinstrumente oder auch Leitungsmaßnahmen, die Bestandteil eines ganzheitlichen Kontrollkonzeptes für die Gesellschaft sind. Zu diesen Leitungsmaßnahmen gehören Vorgaben des Gesetzgebers hinsichtlich möglicher Grenzen der Übertragung von Bundesaufgaben auf die Gesellschaft, die Wahrnehmung von Prüfungsrechten des Rechnungshofes, die Verabschiedung zweckentsprechender Geschäftsordnungen für Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Arbeitsausschüsse oder die Auferlegung von bestimmten Controlling-Instrumenten (zum Beispiel Aufbau einer zweckentsprechenden Compliance-Organisation; s. o.). Einzelne dieser Leitungsinstrumente werden im Folgenden kurz erläutert.

(a) Errichtungsgesetz

Als primäres Leitungsinstrument ist dabei das Errichtungsgesetz zu nennen. In den Grenzen der Vorgaben des Gesetzesvorbehalts und des Wesentlichkeitsgrundsatzes, wonach Wesentliches vom Gesetzgeber selbst zu regeln ist,

> *dazu BVerfGE 116, 24 (58); zur möglichen Regelungstiefe eines Errichtungsgesetzes für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft siehe im Übrigen unter Abschnitt C.VI.3. (ab Seite 178),*

besteht Freiheit bei der Entscheidung, wie fein der Gesetzgeber selbst die Maßgaben für die Aufgabenerfüllung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und deren Organisation ausdifferenziert.

(b) Satzung

Die Satzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft konkretisiert aufbauend auf dem Errichtungsgesetz den Rahmen für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft. Auf einen gesetzlichen Aufgabenbestand für die Gesellschaft können wir uns einstweilen zwar noch nicht berufen. Gleichwohl haben wir auftragsgemäß einen ersten Satzungsentwurf erstellt, der dieser gutachtlichen Stellungnahme als **Anlage 2** beigefügt ist (s. o.).

Wie dargelegt, orientiert sich der Entwurf an der Mustersatzung, die als Anlage 2 zu den „Grundsätzen guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“ veröffentlicht wird. Er entspricht insoweit den Vorgaben des § 65 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BHO und weist dem Bundesrechnungshof für seine Prüfung nach § 44 BHO die Einsichtsrechte des § 54 HGrG zu.

Wegen der Einzelheiten verweisen wir auf die diesem Bericht beigefügte Anlage. Der in dem Entwurf vorgesehene Katalog zustimmungsbedürftiger Rechtsgeschäfte kann im Einzelnen erweitert und/oder modifiziert werden. Auch können in der Satzung grundsätzlich weitere Kontrollinstrumente geregelt werden (zum Beispiel eine bestimmte Form von Investitionsfreigabeverfahren für wesentliche Maßnahmen). Der gegenwärtig vorgesehene Satzungsentwurf dürfte unter dem Blickwinkel verbleibender Entscheidungsbefugnisse für die Gesellschaft noch den Voraussetzungen entsprechen, welche das ESVG 2010 an das Vorliegen einer institutionellen Einheit knüpft. Insbesondere stehen das Weisungsrecht des Gesellschafters nach deutschem GmbH-Recht und die starke Stellung des Bundes einer Einordnung der Gesellschaft als institutionelle Einheit nicht entgegen,

vgl. dazu auch unter Abschnitt 0. (ab Seite 449).

Auf die Notwendigkeit einer Zusammenschau des für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft schließlich etablierten Kontroll- und Entscheidungssystems weisen wir unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen zu etwaigen Spielräumen der Gesellschaft hinsichtlich des von ihr aufzustellenden Investitions- und Finanzierungsplans hin,

siehe dazu bereits am Ende von Abschnitt C.VI.1.a)bb)(2) (ab Seite 112).

Der als **Anlage 2** beigefügte Satzungsentwurf sieht die Einbindung des Parlaments bzw. einzelner seiner Ausschüsse einstweilen nicht vor. Ein informatorischer Überblick über verschiedene Möglichkeiten der Bindung des Gesellschaftshandelns an den Willen des Gesellschafters Bund ist dem Schlussbericht als **Anlage 3** beigefügt.

(c) Geschäftsordnung Geschäftsführung

Eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung besteht derzeit noch nicht. Der Satzungsentwurf sieht vor, dass die Gesellschafterversammlung eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung erlassen kann,

vgl. § 5 Abs. 4 Satz 2 Satzungsentwurf.

Für den Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung gibt es in der mitbestimmten GmbH keine besonderen Regeln. Insbesondere besteht nicht, wie bei einer Aktiengesellschaft, eine Prärogative des Aufsichtsrats. Eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung kann somit durch die Gesellschafter oder, solange das nicht geschehen ist, durch die Geschäftsführer selbst erlassen werden,

vgl. Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, Bd. 2, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 51; vgl. Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Auflage 2012, § 44, Rn. 86 .

Auch die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung eröffnet dem Bund somit grundsätzlich die Möglichkeit zur Steuerung und Kontrolle der Gesellschaft.

(d) Geschäftsordnung Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat selbst ist befugt, sich eine Geschäftsordnung zu geben, ohne dass es hierfür einer Ermächtigung durch die Satzung bedürfte. Der Satzungsentwurf sieht dementsprechend klarstellend vor, dass sich der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung gibt,

vgl. § 12 Abs.1 Satzungsentwurf.

Die Satzung kann Fragen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats nur insoweit regeln, als nicht damit in die gesetzlich zwingende Organisationsautonomie des Aufsichtsrats, zum Beispiel hinsichtlich der Be- und Abbestellung der Geschäftsführer oder der Einsetzung der Aufsichtsratsausschüsse, eingegriffen wird. Die Regelung einer vollständigen Geschäftsordnung innerhalb der Satzung ist daher ausgeschlossen. Soweit jedoch eine Satzungsregelung zulässig ist, verdrängt sie die Geschäftsordnung oder einen entsprechenden Beschluss des Aufsichtsrats,

vgl. Spindler, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), AktG, 3. Auflage 2015, § 107 Rn. 11; Giedinghagen in: Michalski, GmbHG, 2. Auflage 2010, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 322 f. Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 107 AktG Rn. 36.

Die Zuständigkeit des Satzungsgebers beschränkt sich damit auf die Statuierung organisatorischer Grundsätze und Verfahrensmodalitäten der Ausschussarbeit,

> *vgl. Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 107 AktG Rn. 37; Spindler, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), AktG, 3. Auflage 2015, § 107 Rn. 13;* Giedinghagen in: Michalski, GmbHG, 2. Auflage 2010, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 322 f.

Allerdings kann auch hierdurch das Kontrollkonzept für die Gesellschaft (mit-)beeinflusst werden.

(e) Geschäftsordnungen Arbeitsausschüsse

Die Ausschüsse des Aufsichtsrats besitzen eine eigene, vom Gesamtaufsichtsrat abgeleitete Organisationsautonomie. So kann sich der Ausschuss – wenn Satzung oder Aufsichtsrat keine Regelungen getroffen haben – selbst eine Geschäftsordnung geben. Generell lassen sich die die Arbeitsweise des Aufsichtsrats betreffenden Vorschriften auf dessen Ausschüsse entsprechend anwenden,

> *vgl. Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, § 107 AktG Rn. 3;* Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017, GmbHG § 52 Aufsichtsrat, Rn. 241.

(f) Wahrnehmung von besonderen Prüfungsrechten

Ein besonderes Kontrollrecht gewährt dem Bund auch die Wahrnehmung der gesetzlichen Prüfungsrechte im Hinblick auf Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts, wenn ihm – wie im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgesehen – die Mehrheit der Anteile gehört. Nach § 53 HGrG kann der Bund verlangen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Rahmen der Jahresabschlussprüfung die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen lässt. Da die handelsrechtliche Abschlussprüfung grundsätzlich keine Prüfung der Geschäftsführung beinhaltet, führt eine Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG im Prinzip zu einer nicht unwesentlichen Erweiterung des Prüfungsumfangs gegenüber § 317 HGB,

vgl. insoweit Abschnitt II der Grundsätze für die Prüfung von Unternehmen nach § 53 Haushaltsgrundsätzegesetz, Anlage zur VV Nr. 2 zu § 68 BHO.

Zu den Prüfungsgegenständen der Ordnungsmäßigkeitsprüfung können unter anderem gehören

- Ungewöhnliche, risikoreiche, nicht ordnungsgemäß abgewickelte Geschäftsvorfälle,
- Fehldispositionen; Befolgung gesellschaftsfremder Interessen,
- nicht von der Satzung gedeckte Geschäftsvorfälle,
- Fehlen von Zustimmungserfordernissen,
- bei größeren Investitionsvorhaben das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen (zum Beispiel einer zweckentsprechenden Wirtschaftlichkeitsberechnung) einschließlich Abwicklung und Vergabe.

Außerdem kann der Abschlussprüfer beauftragt werden, in seinem Abschlussbericht bestimmte Sachverhalte (zum Beispiel verlustbringende Geschäfte) darzustellen, wenn diese Geschäfte und die Ursachen für die Vermögens- und Ertragslage von Bedeutung waren.

(g) Anwendung der BHO

Zusätzliche Vorgaben für die Aufgabenwahrnehmung der Gesellschaft könnten sich schließlich aus der BHO ergeben, soweit diese auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überhaupt unmittelbar Anwendung findet. Falls dies nicht der Fall sein sollte, wäre zu überlegen, ob eine gesetzlich angeordnete Anwendung der BHO zweckmäßig wäre.

Unmittelbarer Adressat der BHO ist der Bund mit seinen sämtlichen Behörden (unmittelbare Bundesverwaltung). Im Hinblick auf Rechtsträger jenseits des Bundes enthält die BHO ein differenziertes System der Zuordnung von Rechtsfolgen zu verschiedenen Rechtsträgern.

So erklärt § 105 Abs. 1 BHO für bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts die §§ 106 bis 110 BHO für unmittelbar und die §§ 1 bis 87 für entsprechend anwendbar. Die Regelung des § 105 Abs. 1

BHO gilt mithin für Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, nicht aber für juristische Personen in Privatrechtsform.

§ 26 Abs. 1 BHO richtet sich an sog. Bundesbetriebe, bei den es sich nach Ziff. 1.1 der VV-BHO zu § 26 um rechtlich unselbständige abgesonderte Teile der Bundesverwaltung handelt, deren Tätigkeit erwerbswirtschaftlich ausgerichtet ist. Das Tatbestandsmerkmal der rechtlichen Unselbständigkeit verdeutlicht, dass auch § 26 BHO sich nicht an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft richtet.

Schließlich zielt § 112 Abs. 2 BHO auf Unternehmen in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Person des öffentlichen Rechts, für die Satz 1 der Vorschrift bestimmte Regelungen der BHO zur Anwendung bringt. Nach § 112 Abs. 2 Satz 2 BHO sind die §§ 65 bis 69 BHO auch für juristische Personen des privaten Rechts entsprechend anzuwenden, allerdings nur dann, wenn Unternehmen in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts (also Unternehmen nach § 112 Abs. 2 Satz 1 BHO) an ihnen unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die in § 112 Abs. 2 Satz 2 BHO genannten Regelungen zunächst einmal auf die Beteiligungsverwaltung und das öffentlich-rechtliche Unternehmen richten,

> *vgl. Nebel, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, Stand: 49. Erg.-Lfg. März 2015, § 112 Rn. 5.*

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass § 112 Abs. 2 Satz 2 BHO im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch insoweit keine Anwendung findet, weil an ihr gerade kein Unternehmen in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts – also eines nach § 112 Abs. 2 Satz 1 BHO – beteiligt ist.

Weitere für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vermeintlich einschlägige Vorschriften sind nicht ersichtlich, so dass festgehalten werden kann, dass auf das Tätigwerden der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit beschränkter Haftung als juristische Person des Privatrechts die BHO nicht anwendbar ist. Ungeachtet dieses Befunds bleibt freilich der Bund hinsichtlich der Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an die Vorgaben des § 65 BHO gebunden, welcher einen angemessenen Einfluss des Bundes in den Organen eines privatrechtlichen Unternehmens, an denen der Bund beteiligt ist, sicherstellt.

Nachdem dargelegt werden konnte, dass die BHO auf das Tätigwerden der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht aus sich heraus anwendbar ist, bliebe die Möglichkeit, die Anwendung der BHO für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Wege einer gesetzlichen Anordnung zu statuieren. Gegen eine gesetzlich angeordnete Bindung des Handelns der Gesellschaft an die BHO spricht indes, dass haushaltsrechtliche Vorgaben die Flexibilität der Gesellschaft nicht unerheblich einschränken würden, insbesondere wenn man die haushaltsrechtliche Verpflichtung zur Ausschreibung bei der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen gem. § 55 BHO in Betracht nimmt. Allein dadurch gingen mit der Bindung an die Vorgaben der BHO erhebliche bürokratische sowie finanzielle Belastungen einher, so dass auch vor diesem Hintergrund eine gesetzlich angeordnete Bindung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an die BHO als nicht empfehlenswert erscheint. Bei fehlender unmittelbarer Geltung der BHO für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hat diese auch keinen Wirtschaftsplan gem. § 110 BHO aufzustellen. Dieser ist von bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufzustellen, bei denen ein Wirtschaften nach Einnahmen und Ausgaben nicht zweckmäßig ist. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gehört nicht zum Adressatenkreis dieser Vorschrift. Bei der für die Gesellschaft vorgesehenen Finanzierung über Vertragsentgelte des Bundes (Phase 1) bzw. über Entgelte der Nutzer von entgeltlich bereitgestellten Bundesautobahnen (Phase 3) wird die Gesellschaft auch nicht als Zuweisungsempfängerin (§ 26 BHO) einen Wirtschaftsplan aufstellen müssen. Sie wird stattdessen eine für Kapitalgesellschaften ihrer Bedeutung und Größenordnung angemessene Budget- und Finanzplanung vorzuhalten haben, deren Ausrichtung und Funktionsweise anlässlich der Wahrnehmung der Rechte des Bundes nach § 53 HGrG überprüft werden kann.

bb) Zusätzliche externe Kontrolle über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im hoheitlichen Leistungsbereich

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll für den Bund im Rahmen der Bundesautobahnverwaltung unter anderem auch hoheitliche Aufgaben wahrnehmen. Dies setzt nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen eine Beleihung der privaten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraus, welche bestimmten rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen unterliegt (zu den Rahmenbedingungen einer Beleihung (3)). Hierbei wird insbesondere zu untersuchen sein, ob und im welchem Umfang im hoheitlichen Leistungsbereich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft neben der soeben

beschriebenen internen Kontrolle zusätzlich eine externe Kontrolle über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erforderlich sein wird (dazu (4)).

Zunächst stellt sich aber die Frage der Abgrenzung des hoheitlichen vom nicht-hoheitlichen Aufgabenbereich, um überhaupt ermitteln zu können, welche der der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugedachten Tätigkeiten einen hoheitlichen Charakter haben. Hierzu werden zunächst die Kriterien dargestellt, nach denen sich bestimmt, ob die Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben hoheitlichen Charakter besitzt (sogleich (1)), und an Beispielen erläutert (sodann (2)).

(1) Kriterien zur Einordnung des hoheitlichen Charakters der übertragenen Aufgabenwahrnehmung

Bei der Abgrenzung des hoheitlichen Bereichs vom nicht-hoheitlichen Bereich ist zunächst zu berücksichtigen, dass insbesondere aus der öffentlichen Zielsetzung einer Aufgabe nicht ohne weiteres auf den hoheitlichen Charakter der Mittel zur Erreichung des Ziels geschlossen werden darf. Mit anderen Worten darf vom Aufgabenbereich nicht auf die damit verbundenen Befugnisse geschlossen werden. Denn soweit Privaten, denen die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben übertragen wurde, nicht auch zweifelsfrei öffentliche Gewalt verliehen wird, besteht eine Vermutung dafür, dass sie bei Erfüllung der Aufgaben in privatrechtlicher Form handeln,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 13. März 1970, Az.: VII C 80.67, BVerwGE 35, 103 (105); BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 1980, Az.: 3 C 130.79, BVerwGE 61, 222 (225); Stadler, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, 2002, Seite 26.*

Gegenstand von Beleihungen können alle Formen hoheitlichen Handelns sein. Umfasst sind obrigkeitliche Befugnisse ebenso wie die Befugnis zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sowie die Befugnis zu schlicht-hoheitlichem Handeln. Eine Zuordnung zum beleihungsbedürftigen hoheitlichen Bereich kann insbesondere bei Handeln, das auf einen einfachen Erfolg und keine Regelung gerichtet ist (Realakt), im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.

Bei hoheitlichen Aufgaben handelt es sich um Tätigkeiten, die ein öffentliches Gemeinwesen (Staat, Gemeinde oder sonstige Körperschaft) kraft öffentlichen Rechts zu erfüllen hat. Hoheitlich ist eine Tätigkeit dann, wenn

sie aus der Staatsgewalt abgeleitet ist. Das ist der Fall, wenn eine Tätigkeit durch Gesetz oder ähnliche Rechtsnorm (zum Beispiel Satzung oder Verordnung) einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zugewiesen wurde oder ihr nach der geschichtlichen Entwicklung vorbehalten ist.

Eine feststehende und umfängliche Definition des Kerns, der den hoheitlichen Charakter einer Aufgabenwahrnehmung ausmacht, gibt es weder in der Rechtsprechung noch in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Zur Eingrenzung dieses Kerns kann in gewisser Hinsicht aber auf Art. 33 Abs. 4 GG zurückgegriffen werden. Im Zusammenhang mit dem sog. Funktionenvorbehalt – siehe ausführlich unten, C.VI.1.b)bb)(3)(b) (ab Seite 166)– spricht Art. 33 Abs. 4 GG von „hoheitsrechtlichen Befugnissen", die dem Beamtenapparat grundsätzlich vorzubehalten sind. Ein Rückgriff auf die Diskussion über die Reichweite der in Art. 33 Abs. 4 GG genannten „hoheitsrechtlichen Befugnisse" drängt sich daher auf, wobei solche Anleihen unter zweifachem Vorbehalt stehen. Zum einen besteht über den Begriff der „hoheitsrechtlichen Befugnisse" im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG keine Einigkeit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, und auch das Bundesverfassungsgericht hat an dieser Stelle keine abschließende Klärung herbeigeführt,

> *vgl. BVerfG, Urteil vom 18. Januar 2012, Az.: 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (113); zum Befund des „Streits" im Schrifttum siehe nur Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Auflage 2012, Art. 33 Rn. 47.*

Zum anderen ist die Auslegung des in Art. 33 Abs. 4 GG statuierten Begriffs der „hoheitsrechtlichen Befugnisse" geprägt vom Telos des Funktionenvorbehalts, der sich aus den Zielen der Sicherung von Neutralität, Zuverlässigkeit, effektiver Kontrollierbarkeit und wesensmäßiger Gemeinwohlorientiertheit zusammensetzt,

> *vgl. Burgi, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Arndt/Gleis/Lorenzen (Hrsg.), FS Maurer, 2001, Seite 581 (590),*

die ihrerseits durch die Besonderheiten des Beamtenverhältnisses hinreichend gewährleistet werden sollen,

> *Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Auflage 2012, Art. 33 Rn. 49.*

Darüber hinaus gibt es jenseits der Diskussion um die Bestimmung „hoheitlicher Befugnisse“ im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zur Organisationsprivatisierung und Beleihung einige Hinweise darauf, welche Tätigkeiten als im eigentlichen Sinne „hoheitlich“ zu betrachten sind und anhand welcher Merkmale eine Abgrenzung zum nicht-hoheitlichen Bereich erfolgen kann,

> *vgl. Wahl, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, Seite 517 ff.*

Vor diesem Hintergrund können die folgenden Kriterien bei der Einordnung des hoheitlichen Charakters dienen:

- **Handeln im Subordinationsverhältnis**

Ein wohl sicheres Kriterium bei der Einordnung zum hoheitlichen Tätigwerden stellt das Einräumen obrigkeitlicher Befugnisse dar,

> *vgl. Benndorf, Zur Bestimmung der „hoheitlichen Befugnisse“ gemäß Art. 33 Abs. 4 GG, DVBl. 1981, Seite 23 (24).*

Obrigkeitliche Handlungsformen sind geprägt von einem einseitigen Handeln im sog. Über-Unterordnungsverhältnis, denen ein bindendes Duldungs-, Beachtungs- oder Befolgungsgebot innewohnt. Damit unterfallen Handlungen aus dem klassischen Subordinationsverhältnis dem hoheitlichen Bereich.

- **Grundrechtsrelevanz der Tätigkeit**

Ein weiteres Kriterium zur Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln kann aus der Grundrechtsrelevanz der Tätigkeit des Privaten hergeleitet werden. Um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse dürfte es sich dann handeln, wenn Befugnisse zum intensiven Grundrechtseingriff ausgeübt werden können, die übertragene Tätigkeit also beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt,

> *vgl. Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Auflage 2010, Art. 33 Rn. 33 f.*

Je grundrechtsrelevanter die Auswirkungen der Tätigkeit des in Ausübung öffentlicher Aufgaben handelnden Privaten sind, desto eher dürfte sein Handeln dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen sein.

- **Bedeutung der Aufgabe/entscheidungsprägende Tätigkeit**

Ein weiteres Einordnungskriterium kann aus dem Umstand hergeleitet werden, ob die übertragene Aufgabe geprägt ist von Elementen relevanter Entscheidungsbefugnis oder lediglich vorbereitenden oder ausführenden Charakter hat. Hier werden Tätigkeiten, die einen bestimmenden Einfluss auf die Art der Aufgabenerfüllung haben, abgegrenzt von beispielsweise lediglich manuell ausgeübten Tätigkeiten oder bloßen Hilfstätigkeiten. Dem hoheitlichen Bereich der Aufgabenwahrnehmung sollen vor allem Vorgänge der letztverbindlichen und bedeutenden Entscheidung zugeordnet werden,

> *vgl. Wahl, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, Seite 517 (521 f.); Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Auflage 2010, Art. 33 Rn. 36.*

Eine solche Einordnung korrespondiert im Übrigen mit der allgemeinen Abgrenzung des Beliehenen vom bloßen Verwaltungshelfer, welcher gerade nicht hoheitlich tätig wird und dessen Tätigwerden sich in Erfüllung einer Hilfsfunktion erschöpft, wohingegen der Beliehene die intendierte Verwaltungstätigkeit selbständig und aus einer Hand erbringt,

> *vgl. Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2010, § 10 Rn. 25.*

- **Wirksamwerden der Aufgabenwahrnehmung nach außen**

Kennzeichnend für ein eher nicht-hoheitliches Handeln kann es schließlich sein, wenn der Private in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vor allem verwaltungsintern und nicht nach außen auftritt,

> *vgl. Wahl, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, Seite 517 (522).*

Hierbei dürfte es sich aber ausdrücklich nur um ein hilfsweise heranzuziehendes Kriterium handeln, denn vielfach wird betont, dass durchaus auch intern erfolgende Entscheidungsvorbereitungen mit bestimmendem Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung vom Bereich des Hoheitlichen umfasst sein können,

> *vgl. Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Auflage 2010, Art. 33 Rn. 36.*

Von den genannten Kriterien dürften für die weitere Untersuchung insoweit Fragen der Grundrechtsrelevanz und des entscheidungsprägenden Charakters der Tätigkeit maßgeblich zu berücksichtigen sein.

(2) Beispiele hoheitlicher Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

An drei ausgewählten Beispielen aus dem möglichen Leistungsbereich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach dem Bundesfernstraßengesetz soll exemplarisch dargelegt werden, wie eine Einordnung des hoheitlichen Charakters der fernstraßengesetzlichen Aufgaben mittels der aufgestellten Kriterien erfolgen kann:

(a) Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung der Bauten, § 4 FStrG

(aa) Beschreibung der Tätigkeit

Nach § 4 Satz 1 FStrG haben die Träger der Straßenbaulast dafür einzustehen, dass ihre Bauten allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen. „Bauten“ im Sinne dieser Vorschrift kann weder mit dem Begriff der baulichen Anlage im bauordnungsrechtlichen Sinne noch mit dem Begriff des Vorhabens im Sinne des Bauplanungsrechts gleichgesetzt werden. Vielmehr muss sich der Inhalt dieser Vorschrift nach der Aufgabe der Straßenbaulast richten,

> *vgl. Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 4 Rn. 8.*

Ausgangspunkt ist dabei die Straße, die als bauliche Anlage in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 1973, Az.: IV C 33.71, BeckRS 1973, 30441760.*

Bepflanzungen sind nur Bauten im Sinne dieser Vorschrift, wenn sie eine bautechnische Funktion erfüllen,

> *vgl. Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 4 Rn. 11.*

Nicht nur der Bau als Ergebnis, sondern auch die Baumaßnahme selbst unterliegt dem Sonderordnungsrecht des Fernstraßenbaus nach § 4 FStrG. Die baulichen Anlagen müssen in einer Verbindung zur Straßenbaulast stehen. Damit gilt § 4 FStrG für alle Bauten, die zur Bundesfernstraße gehören und die der Erfüllung der Straßenbaulast dienen. Dies sind alle Bestandteile des Straßenkörpers, das Zubehör im Sinne des § 1 Abs. 4 Nr. 3 FStrG sowie Einrichtungen zur Erhebung der Maut und zur Kontrolle der Einhaltung der Mautpflicht nach § 1 Abs. 4 Nr. 3a FStrG; Nebenanlagen nach § 1 Abs. 4 Nr. 4 FStrG aber nur, soweit sie für die Aufgabe des Straßenbaulastträgers maßgeblich sind. Findet für Anlagen im Sinne von § 1 Abs. 4 Nr. 5 FStrG (Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen) eine Übertragung des Baus auf Dritte statt, so muss der Straßenbaulastträger nach § 15 Abs. 2 Satz 6 FStrG dafür Sorge tragen, dass die Anforderungen des § 4 FStrG eingehalten werden,

> *vgl. Müller, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 15 Rn. 23.*

Bei dem Bau der Nebenanlage durch den Straßenbaulastträger gilt § 4 FStrG unmittelbar, auch wenn die Nebenanlage von Privaten finanziert wird. Zu den Bauten des § 4 FStrG gehören auch Anlagen, die dem Straßenbaulastträger durch die konkrete Planfeststellung auferlegt worden sind. Dies sind beispielsweise Regenrückhaltungen, Ölabscheidungsanlagen oder Anlagen für Ausgleichsmaßnahmen nach dem Naturschutzrecht.

Die Anforderungen an die Sicherheit und Ordnung, denen die Bauten der Straßenbaulastträger gemäß § 4 Satz 1 FStrG genügen müssen, richten sich weitgehend nach den anerkannten Regeln der Technik sowie den bautechnischen Bestimmungen, die in zahlreichen Regelwerken normiert sind und steter Anpassung unterliegen. Obwohl § 4 Satz 1 FStrG in vollem Umfang die bauordnungsrechtlichen Vorschriften der Länder verdrängt, können auch die materiellen Regelungen der Landesbauordnungen bei der Konkretisierung der Anforderungen aus § 4 Satz 1 FStrG Bedeutung erlangen, als sie Ausdruck dieser anerkannten Regel der Technik sind,

> *vgl. Dünchheim, in: Marschall (Hrsg.), FStrG, 6. Auflage 2012, § 4 Rn. 10; als fachlich richtig, aber rechtlich unklar kritisiert dies Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 4 Rn. 28.*

Gerade für Bundesfernstraßen sind zahlreiche eigene technische Bestimmungen eingeführt worden, etwa durch allgemeine Verwaltungsvorschriften und die „Allgemeinen Rundschreiben Straßenbau“ (ARS) des BMVI.

Nach § 4 FStrG steht dem Straßenbaulastträger die Befugnis zu, eigenverantwortlich zu bestimmen, welcher Sicherheitsstandard angemessen ist, um im Einzelfall Sicherheitsrisiken auszuschließen,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 9. November 2000, Az.: 4 A 51.98, NVwZ 2001, 682 (684).*

Zu dieser eigenverantwortlichen Bestimmung gehört auch die Befugnis zur Gefahrenprognose,

> *vgl. Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 4 Rn. 42.*

§ 4 Satz 1 FStrG beinhaltet keinesfalls eine Verminderung der Anforderungen an Straßenbauten gegenüber anderen Bauten und stellt den Träger der Straßenbaulast ebenfalls nicht von der Beachtung des materiellen Regelungsgehalts der Gesetze frei, selbst wenn diese für andere als die jeweils von ihm betreuten Lebens- oder Rechtsgebiete erlassen wurden. Es wird dem Träger der Straßenbaulast lediglich überlassen, diese materiellen Anforderungen selbst zu konkretisieren und eigenverantwortlich auszugestalten,

> *vgl. Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 4 Rn. 42 f.; Dünchheim, in: Marschall (Hrsg.), FStrG, 6. Auflage 2012, § 4 Rn. 8.*

Die Verpflichtung des Straßenbaulastträgers, dafür Sorge zu tragen, dass seine Bauten den allgemeinen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen, bedeutet, dass dieser nicht nur die fachspezifischen Gesetze und Bestimmungen zu beachten hat, sondern ebenfalls sicherstellen muss, dass seine Bauten mit den materiellen Inhalten fachfremder Gesetze vereinbar sind,

> *vgl. Dünchheim, in: Marschall (Hrsg.), FStrG, 6. Auflage 2012, § 4 Rn. 12.*

Er ist dabei davon freigestellt, das formelle Bauordnungsrecht einhalten zu müssen. In Fällen, in denen es nach dem Bauordnungsrecht an sich einer Baugenehmigung bedürfte, weil Bauten nicht bereits durch einen Planfeststellungsbeschluss genehmigt sind, entfällt nach § 4 Satz 2 FStrG ein sol-

ches Genehmigungserfordernis. Soweit der Bauaufsichtsbehörde (Ermessens-) Spielräume bei der Genehmigungserteilung zukämen, gehen diese nach § 4 Satz 2 FStrG auf den Straßenbaulastträger über.

Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, § 4 Rn. 64, 66.

Im Rahmen der Neustrukturierung der Reform der Bundesautobahnverwaltung soll der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Befugnis übertragen werden, einzelne Maßnahmen auszuführen, die zur Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung der Bauten nach § 4 FStrG erforderlich sind (zum Beispiel Bauaufsicht für Bauvorhaben von Inhabern von Nebenbetriebskonzessionen oder die eigenverantwortliche Abnahme von Baumaßnahmen am Straßenkörper, an Brücken, Tunnel und an Nebenbetrieben). Die Gesellschaft hat im Hinblick auf solche und vergleichbare Befugnisse zu entscheiden, ob diese eher zentral (durch den „steuernden Arm“) oder dezentral (durch die „Autobahndirektionen“) wahrgenommen werden.

(bb) Einordnung der Tätigkeit nach ihrem hoheitlichen Charakter

Die Gewährträgerschaft der Straßenbaulastträger für die Einhaltung der Anforderungen von Sicherheit und Ordnung nach § 4 Satz 1 FStrG beinhaltet nach § 4 Satz 2 FStrG die Freistellung von Genehmigungen, Erlaubnissen und Abnahmen durch andere Behörden. Sofern die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dieses Ausschließlichkeits- und Konzentrationsrecht der Straßenbauverwaltung ausüben soll, würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hoheitlich tätig, da sie alle sonst erforderlichen Genehmigungen oder Erlaubnisse ersetzt, die die öffentlich-rechtliche Gestattung zur Errichtung und dem Betrieb von Anlagen der Bundesfernstraßen enthalten würden. Hiermit verbunden sind wiederum ganz wesentliche Entscheidungsbefugnisse im klassischerweise dem hoheitlichen Bereich zuzuordnenden Gefahrenabwehrrecht für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Tätigkeiten im Anwendungsfeld des § 4 FStrG sind folglich als hoheitlich einzuordnen.

(b) Beschränkung des Gemeingebrauchs, § 7 Abs. 2 FStrG

(aa) Beschreibung der Tätigkeit

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FStrG steht der Gebrauch der Bundesfernstraßen jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vor-

schriften zum Verkehr zur Verfügung (Gemeingebrauch). Der Gemeingebrauch kann nach § 7 Abs. 2 Satz 1 FStrG beschränkt werden, wenn dies wegen des baulichen Zustandes zur Vermeidung außerordentlicher Schäden an der Straße oder für die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs notwendig ist. Außerordentliche Schäden sind solche, die über den normalen Verschleiß bei Ausübung des Gemeingebrauchs hinausgehen. Für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs wird eine Beschränkung notwendig, wenn anders der Verkehr mehr als durch den Gemeingebrauch sonst gefährdet wird,

> *vgl. Sauthoff, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage, § 7 Rn. 43.*

Auf Grundlage von § 7 Abs. 2 FStrG können vorübergehende Verkehrsverbote, die der Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen dienen, beispielsweise für den Schwerverkehr, angeordnet werden,

> *Grupp, in: Marschall (Hrsg.), FStrG, 6. Auflage, § 7 Rn. 20.*

Die Beschränkungen sind nach § 7 Abs. 2 Satz 2 FStrG durch Verkehrszeichen kenntlich zu machen. Die Entscheidung über das Vornehmen solcher Beschränkungen steht beim Vorliegen der Voraussetzungen im pflichtgemäßen Ermessen der Straßenbaubehörde. Die Anordnung nach § 7 Abs. 2 FStrG wird grundsätzlich erst mit ihrer Bekanntgabe nach Satz 2 durch Aufstellung der entsprechenden Verkehrszeichen wirksam,

> *vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 14. August 2002, Az.: 5 S 1608/02, BeckRS 9998, 31850.*

Zur Vermeidung von Schäden an der Straße soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft den Gemeingebrauch durch Verkehrszeichen beschränken können, beispielsweise durch Anordnung einer vorübergehenden Geschwindigkeitsreduktion. Sowohl die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen („zu vermeidende außerordentliche Schäden“ bzw. „Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs“) als auch die Auswahl der Beschränkungsmaßnahme sollen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft obliegen.

(bb) Einordnung der Tätigkeit nach ihrem hoheitlichen Charakter

Die Beschränkung des Gemeingebrauchs und das damit einhergehende Aufstellen und Beseitigen von Verkehrsschildern nach § 7 Abs. 2 FStrG stellt eine hoheitliche Aufgabe dar.

Die Anordnung bzw. die Aufhebung von Verhaltenspflichten in Form von Verkehrsschildern gegenüber den Benutzern der Bundesautobahnen stellt eine konkrete Regelung eines bestimmten Verhaltens gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis dar. Verkehrsschilder, die ein Ge- oder Verbot enthalten, sind Allgemeinverfügungen i. S. d. § 35 Satz 2 VwVfG. Da Geschwindigkeitsbegrenzungen und beschränkte Verkehrsverbote als Regelmaßnahmen Ge- bzw. Verbote enthalten, sind diese somit als Allgemeinverfügung einzuordnen. Die Allgemeinverfügung ist rechtlich wiederum als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG zu qualifizieren. Mit dem Erlass von Verwaltungsakten ist die Ausübung von Hoheitsgewalt gegenüber deren Adressaten verbunden, weil der Verwaltungsakt die klassische Handlungsform innerhalb des Subordinationsverhältnisses darstellt. Das Aufstellen von Verkehrsschildern nach § 7 Abs. 2 Satz 2 FStrG – soweit diese ein Ge- oder Verbot enthalten – stellt somit die Ausübung von Hoheitsgewalt dar.

Für eine hoheitliche Qualifikation des Handelns nach § 7 Abs. 2 FStrG spricht im Übrigen auch die weitgehende Entscheidungsbefugnis der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, welche die tatbestandliche Voraussetzung der außerordentlichen Schäden bzw. der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 FStrG festzustellen hat.

(c) Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis

(aa) Beschreibung der Tätigkeit

Die Benutzung der Bundesfernstraßen über den Gemeingebrauch hinaus ist nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Sondernutzung. Diese ist gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 FStrG erlaubnispflichtig. Nach den derzeitigen Planungen zur Reform der Bundesautobahnverwaltung soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Erlaubnis bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erteilen dürfen, andernfalls hätte sie eine Sondernutzungserlaubnis zu versagen.

(bb) Einordnung der Tätigkeit nach ihrem hoheitlichen Charakter

Die Genehmigung einer Sondernutzung erfolgt mittels Verwaltungsakt im klassischen Subordinationsverhältnis. Insbesondere die verwehrte Erlaubnis stellt eine Grundrechtsbeeinträchtigung von zumindest Art. 2 Abs. 1 GG dar. Die Aufgabe der Genehmigung von Sondernutzungen ist daher eindeutig als hoheitlich einzustufen.

(3) Rahmenbedingungen einer Beleihung

Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse erfolgt weder voraussetzungs- noch schrankenlos. Wesentliche Anforderungen ergeben sich aus dem Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (hierzu (a)) und aus dem Funktionenvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG (hierzu (b)).

(a) Inhaltliches Bestimmtheitserfordernis

Die Übertragung der Zuständigkeit auf natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, bestimmte einzelne hoheitliche Kompetenzen im eigenen Namen in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts wahrzunehmen (Beleihung), bedarf einer gesetzlichen Grundlage (institutioneller Gesetzesvorbehalt),

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 26. August 2010, Az.: 3 C 35.09, BVerwGE 137, 377 (382 ff.); BremStGH, Urteil vom 15. Januar 2002, Az.: St 1/01, NVwZ 2003, 81.*

Art und Umfang der übertragenen Befugnisse sind gesetzlich festzulegen. Solange solche gesetzlichen Grundlagen nicht vorliegen, handelt es sich um eine faktische, rechtswidrige Beleihung,

> *Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2010, § 10, Rn. 27.*

Zum Wesentlichkeitsgrundsatz bei Beleihungen und damit zur gebotenen Regelungstiefe auf Gesetzesebene hat das Bundesverwaltungsgericht unlängst ausgeführt:

> *„Gegenstand der [...] Entscheidung des Gesetzgebers ist jedenfalls die Abweichung vom Regelbild der Verfassungsordnung als solche; der Gesetzgeber muss beurteilen, ob für eine Indienstnahme Privater Gründe sprechen, die gewichtiger sind als der Eintrag, den die Rechtsgüter des Art. 33 Abs. 4 GG, das Rechtsstaats-*

> *oder das Demokratiegebot erleiden [...]. Das betrifft zunächst nur das „Ob" einer Beleihung. Darin erschöpft es sich jedoch nicht. Vielmehr können auch einzelne Modalitäten der Beleihung derart wesentlich sein, dass sie der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten sind. Was in diesem Sinne wesentlich ist, lässt sich nicht allgemein feststellen. Maßgeblich ist jeweils, ob und in welchem Maße die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Staatsorganisationsrechts oder andere Verfassungssätze betroffen sind. Das wurde in Rechtsprechung und Lehre bislang vornehmlich mit Blick auf das Demokratieprinzip entwickelt. So lässt eine eher punktuelle, auf seltene Sonderfälle beschränkte Beleihung wie etwa diejenige eines Schiffskapitäns zur Vornahme bestimmter standesamtlicher Hoheitsakte auf hoher See insofern keinen besonderen gesetzgeberischen Entscheidungsbedarf erkennen. Umgekehrt riefe die Substitution einer gesamten Behörde durch eine größere Gesellschaft des Privatrechts einen erheblichen Klärungsbedarf im Hinblick auf eine hinlängliche demokratische Legitimation des hoheitlichen Handelns dieser Gesellschaft und der für sie Handelnden hervor, einschließlich der gebotenen Aufsicht (vgl. Nds. StGH, Urteil vom 5. Dezember 2008 a. a. O. [zur Teilprivatisierung des Maßregelvollzugs, Anm. d. Verf.] und dazu Thiele, Der Staat 49, 2010, S. 274 ff.)." BVerwGE 137, 377, 383 (Hervorhebungen hinzugefügt).*

Mit Blick auf eine gefestigte Praxis in der Gesetzgebung dürfte es unproblematisch sein, wenn dem Beliehenen bei der Ausübung seiner Hoheitsgewalt ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Eine sachgerechte Amtsausübung wird in vielen Fällen erst durch Einräumung gewisser Spielräume für den grundsätzlich selbstständig nach außen auftretenden Beliehenen gewährleistet werden können. Selbst im Bereich der Eingriffsverwaltung - die Vorschrift des § 12 Luftsicherheitsgesetz (Flugzeugführer in Notsituationen) verdeutlicht – werden dem Beliehenen sicherheitsrelevante hoheitliche Aufgaben unter Einräumung von Spielräumen übertragen.

Sofern eine Beleihung aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift erfolgen soll, die ihrerseits das BMVI ermächtigt, Regelungen zur **Beleihung in Form einer Rechtsverordnung** zu treffen, muss sich eine solche Delegation am speziellen **Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG** messen lassen. Danach müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer solchen Verordnungsermächtigung zur Beleihung im Gesetz bestimmt sein („Bestimmtheits-Trias"). Die hinreichende Bestimmtheit bemisst das Bundesverfassungsgericht unter Zuhilfenahme verschiedener Formeln. So muss der Gesetzgeber beispielsweise nach der „Selbstentscheidungsformel" selbst

die Entscheidung treffen, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen, und er muss die Grenzen und das Ziel der Regelung festlegen,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 1953, Az.: 1 BvF 1/53, BVerfGE 2, 307 (334); zu weiteren Formeln im Rahmen der Prüfung der Bestimmtheit siehe Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 80, Rn. 11.*

Für die Ermittlung der Bestimmtheits-Trias des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, deren maßgeblichste Kategorie die des Zwecks der Ermächtigung darstellt, finden die allgemeinen Auslegungsgrundsätze Anwendung, so dass eine ausdrückliche Festlegung im Gesetzestext nicht notwendig ist,

> *vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 80, Rn. 11 f.*

Sofern dem BMVI auf gesetzlicher Grundlage die Befugnis eingeräumt wird, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch Rechtsverordnung Befugnisse im Zusammenhang mit ihrem Aufgabenbereich zu übertragen, würde der Zweck der Ermächtigung nach hiesiger Ansicht hinreichend bestimmt. Denn es könnte bereits durch den Wortlaut, der ausdrücklich von „Beleihung“ sprechen könnte, unmissverständlich klargestellt werden, dass hoheitliche Aufgaben zur eigenständigen Wahrnehmung übertragen werden sollen. Durch die Beschreibung des Tätigkeitsspektrums dürfte der Aufgabenbereich, auf den sich eine solche Beleihungsermächtigung qua Rechtsverordnung bezieht, mittels Auslegung ebenfalls hinreichend zu bestimmen sein. Schließlich dürfte durch die Konkretisierung sogar des Beleihungsadressaten - der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - dem Bestimmtheitserfordernis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genüge getan sein.

Darüber hinaus verdeutlicht eine gefestigte Gesetzgebungspraxis im Bereich der Beleihung durch Rechtsverordnung, dass ein solches Vorgehen grundsätzlich nicht unüblich ist,

> *vgl. nur die das BMVI ermächtigenden Beispiele aus dem Luftverkehrsgesetz mit § 31a, § 31b Abs. 1 Satz 2 und § 31c LuftVG.*

Für besonders eingriffsintensive Befugnisse indes dürfte ungeachtet der gegebenen Möglichkeiten zur Beleihung der Gesellschaft auf der Grundlage einer Rechtsverordnung eine unmittelbare Entscheidung des Gesetzgebers

angezeigt sein. Dieses gilt namentlich für die Möglichkeit, die Gesellschaft perspektivisch unmittelbar als Gläubigerin der auf Bundesautobahnen erhobenen Entgelte auftreten zu lassen,

> *dazu im Einzelnen unter Abschnitt D.III.5.d) (ab Seite 282).*

(b) Funktionenvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG

Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die

> *„Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse [...] als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes [...], die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“,*

zu erfolgen hat, ist als verfassungsrechtlicher Maßstab anwendbar für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform und bei der Beleihung einer Kapitalgesellschaft,

> *vgl. BVerfG, Urteil vom 18. Januar 2012, Az.: 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (111 f.).*

Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf ein Privatrechtssubjekt ist demnach nur zulässig, solange das in Art. 33 Abs. 4 GG statuierte **Regel-Ausnahme-Verhältnis** gewahrt bleibt.

Das Vorliegen einer Ausnahme wird sowohl nach quantitativen als auch nach qualitativen Gesichtspunkten bestimmt. Eine **quantitative Betrachtung** konzentriert sich auf einen zahlenmäßigen Vergleich des beamteten und nicht beamteten Personalkörpers. Für die erste Phase nach ihrer Gründung wird der Personalbestand der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch aus zugewiesenen Beamten bestehen. Diese im Verhältnis zum nichtverbeamteten Personal kleinere Gruppe dürfte sich im Verlauf des Bestehens der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft weiter verkleinern, weil die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft neues Personal zunehmend in Form von Arbeitnehmern rekrutieren wird. Eine quantitative Betrachtung dürfte daher zumindest mittelfristig für eine Ausnahme vom Funktionenvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG sprechen.

Allerdings wird in der Literatur die Angemessenheit einer solchen quantitativen Betrachtung kritisch diskutiert. Und auch die verfassungsrechtliche

Rechtsprechung erachtet die Übertragung der ständigen Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse auch in größerem Umfang grundsätzlich als zulässig,

> *vgl. Burgi, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Arndt/Gleis/Lorenzen (Hrsg.), FS Maurer, 2001, Seite 581 (590 f.); Hippeli, Bestimmung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Art. 33 Abs. 4 GG bei Beleihungsfällen, DVBl. 2014, Seite 1281 (1284); BVerfG, Urteil vom 18. Januar 2012, Az.: 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76.*

Eine deswegen vorzugswürdigere **qualitative Betrachtung** stellt hingegen darauf ab, ob der Schwerpunkt der Befugnisausübung bei einer Übertragung hoheitlicher Aufgaben weiterhin bei den Beamten liegt. Dabei ist eine solche qualitative Betrachtung bereichsspezifisch vorzunehmen, d. h. es werden thematisch zusammenhängende Aufgaben einer einheitlichen Prüfung unterzogen. Um zu ermitteln, ob ein Schwergewicht hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung dem Beamtenapparat noch unterliegt, kann unter anderem auf die Intensität der eingesetzten Hoheitsmittel sowie auf das mögliche Vorliegen eines Sanktionscharakters abgestellt werden,

> *vgl. Burgi, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Arndt/Gleis/Lorenzen (Hrsg.), FS Maurer, 2001, Seite 581 (591).*

In den Grenzen dieses von Art. 33 Abs. 4 GG vorgegebenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses würde sich eine Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bewegen, soweit die Kernkompetenzen hoheitlicher Tätigkeiten beim Aufgabenspektrum der Planung, des Baus, der Erhaltung, des Betriebs sowie der Finanzierung weiterhin beim Beamtenapparat des BMVI bzw. des Bundesamtes für Straßeninfrastruktur verblieben. Die Aufgabenwahrnehmung innerhalb des Aufgabenspektrums wäre insbesondere dann weiterhin vom Beamtenapparat geprägt, wenn wichtige Entscheidungsbefugnisse (wie zum Beispiel die Linienbestimmung oder die Entscheidung über das für die Planung von Bundesautobahnen maßgebliche Regelwerk) dem BMVI bzw. dem Bundesamt für Straßeninfrastruktur vorbehalten wären. Des Weiteren spräche auch eine dem Beamtenapparat des BMVI bzw. des Bundesamtes für Straßeninfrastruktur eingeräumte Kontrollbefugnis in Form der Rechts- und Fachaufsicht über hoheitliche Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dafür, dass in das in Art. 33 Abs. 4 GG statuierte Regel-Ausnahme-Verhältnis bei qualitativer Betrachtung nicht eingegriffen wird.

Im Übrigen können Abweichungen vom Grundsatz des Funktionenvorbehalts durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein. Als solcher kommt aber nur

> *„ein spezifischer, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechender – auf Erfahrungen mit gewachsenen Strukturen oder im Hinblick auf den Zweck des Funktionenvorbehalts relevante Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit Bezug nehmender – Ausnahmegrund in Betracht [...]. Gründe, die sich in gleicher Weise wie für die ins Auge gefasste Ausnahme auch für beliebige andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten anführen ließen, der Sache nach also nicht nur Ausnahmen betreffen, scheiden damit als mögliche Rechtfertigungsgründe [...] aus"; BVerfG, Urteil vom 18. Januar 2012, Az.: 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (115 f.); Hervorhebungen diesseits.*

Die Zulässigkeit von Ausnahmen hängt daher ganz entscheidend im Einzelfall von den in die Gesetzesbegründung aufzunehmenden Sachgründen für eine Änderung der Aufgabenwahrnehmung, weg von der Beamtenschaft, hin zum Privaten ab.

(4) Notwendigkeit zusätzlicher externer Kontrolle

Im Rahmen der Beleihung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit hoheitlichen Aufgaben ist ferner erforderlich, dass dem Bund als Hoheitsträger **Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten** über die Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eingeräumt werden. Sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch aus dem Demokratieprinzip ergibt sich die Verpflichtung des Bundes als leihendem Verwaltungsträger, die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Beliehene regelmäßig zu überprüfen und ggf. durch weitere Maßnahmen sicherzustellen,

> *vgl. Schmidt am Busch, Die Beleihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, DÖV 2007, Seite 533 (Seite 539).*

Im hoheitlichen Bereich stellt sich insbesondere die Frage, ob hier die Kontrolle des Handelns der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine Rechts- und Fachaufsicht durch ein Bundesamt für Straßeninfrastruktur erfordert oder ob sie ausreichend intern durch die Mittel des Gesellschaftsrechts sichergestellt werden kann.

(a) Instrumente der Rechts- und Fachaufsicht

Rechts- und Fachaufsicht kann dabei durch verschiedene Instrumente wahrgenommen werden.

(aa) Rechtsaufsicht

Eine Rechtsaufsicht der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wäre beschränkt auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit ihres Handelns,

> *vgl. Mayer, Amtspflichten der Rechtsaufsichtsbehörde – Staatliche Fürsorge statt Selbstverantwortung?, NVwZ 2003, Seite 818 ff.*

Die Rechtsaufsicht könnte entweder vom BMVI oder vom Bundesamt für Straßeninfrastruktur als Aufsichtsbehörde gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausgeübt werden. Korrekturen wären hier nur im Falle von Gesetzesverstößen und nur innerhalb der gesetzlich geregelten Verfahren in Gestalt bestimmter, gesetzlich abschließend festgelegter Maßnahmen hinzunehmen. Dabei kann die Rechtsaufsicht präventiv oder repressiv wahrgenommen werden.

Als Maßnahmen **präventiver Aufsicht** kämen unter anderem die Beratung mit der Aufsichtsbehörde oder die Festlegung eines Genehmigungsvorbehaltes in Betracht:

- **Beratung mit der Aufsichtsbehörde**
  Es könnte in den einschlägigen Rechtsgrundlagen festgelegt werden, dass in den dort genannten bestimmten Fällen eine Beratung mit der Aufsichtsbehörde zu erfolgen hat. Dies hat im Allgemeinen zur Folge, dass hiermit das Zusammenwirken der Beteiligten mit dem Ziel einer effizienten, gesetzestreuen Verwaltung gefördert wird. So wird verhindert, dass unter Umständen förmliche (repressive) Mittel der Aufsicht zum Einsatz kommen müssen.

- **Genehmigungsvorbehalte**
  In der rechtlichen Grundlage (beispielsweise im Errichtungsgesetz und/oder in der Satzung) könnte auch festgelegt werden, vor der Ausführung bestimmter Maßnahmen die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde einzuholen. In der Praxis beschränkt sich die Mehrzahl dieser staatlichen Genehmigungsvorbehalte auf eine Rechtskontrolle des zu beaufsichtigenden Rechtsaktes. Die Genehmigung kann in diesen Fällen als rechtliche Unbedenklichkeitserklärung bezeichnet werden,

  vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Auflage 2010, § 96 Rn. 138 f.

  Ein Genehmigungsvorbehalt ist dort sinnvoll, wo der in Rede stehende staatliche Rechtsakt typischerweise mit besonderen rechtlichen Risiken verbunden ist oder weitreichende rechtliche Folgen hat.

Im Rahmen der **repressiven Aufsicht** innerhalb der unmittelbaren Verwaltung wird mit belastenden Aufsichtsmaßnahmen auf vorangegangenes Verwaltungshandeln reagiert. Da hiermit Eingriffe in die Rechte des Verwaltungsträgers verbunden sind, bedürfen diese Maßnahmen einer gesetzlichen Regelung,

vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Auflage 2010, § 96 Rn. 141:

- **Informations- bzw. Unterrichtungsrecht**
  Ein Informations- bzw. Unterrichtungsrecht gestattet der Rechtsaufsichtsbehörde, sich in geeigneter Weise über einzelne Angelegenheiten zu unterrichten, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben, also zur sachgerechten Wahrnehmung der Aufsicht, erforderlich ist. Das Informationsrecht besteht dabei nur bezüglich einzelner Angelegenheiten. Die zu wählenden Informationsmittel stehen dabei im Ermessen der Aufsichtsbehörde. In Betracht kommen etwa schriftliche Anfragen, die Gewährung von Akteneinsicht, die Aufforderung zu dienstlichen Äußerungen nebst Übersendung von Beschlüssen oder die Einberufung von Organen des Verwaltungsträgers,

  vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Auflage 2010, § 96 Rn. 142.

- **Beanstandungs- und Aufhebungsrecht**
  Die Rechtsaufsichtsbehörde kann Beschlüsse, Anordnungen oder sonstige Maßnahmen des Verwaltungsträgers beanstanden und verlangen, dass diese binnen einer angemessenen Frist aufgehoben bzw. geändert werden. Beanstandung bedeutet in diesem Sinne die Rüge der Gesetzeswidrigkeit der genannten Handlung,

  vgl. OVG Münster, Urteil vom 28. Januar 1992, Az.: 15 A 2219/89, NVwZ-RR 1992, 449.

  Die Aufsichtsbehörde kann als Annex zu der Beanstandung weiterhin verlangen, dass Maßnahmen, die aufgrund der beanstandeten Handlung getroffen worden sind, rückgängig gemacht werden.

- **Anordnung und Ersatzvornahme**
  Schließlich besteht noch die Möglichkeit einer Anordnung oder einer Ersatzvornahme einer bestimmten Handlung als Maßnahmen der repressiven Aufsicht, wie sie etwa im Bereich gemeindlicher Selbstverwaltungsangelegenheiten vorkommen.

(bb) Fachaufsicht

Der Umfang der Fachaufsicht geht über die auf eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln beschränkte Rechtsaufsicht hinaus, indem sie den Maßstab der Kontrolle und Steuerung auf Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit ausdehnt. Gegenstand der Fachaufsicht ist neben dem fachlichen Weisungsrecht ein umfassendes Informationsrecht.

Auch bei der Fachaufsicht sind präventive und repressive Aufsichtsmaßnahmen zu unterscheiden. Im Rahmen **präventiver Fachaufsicht** sind die folgenden Maßnahmen üblich:

- **Verwaltungsvorschriften**
  Unter Verwaltungsvorschriften sind Regelungen zu verstehen, die für eine abstrakte Vielzahl von Sachverhalten des Verwaltungsgeschehens verbindliche Aussagen treffen, ohne auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet zu sein. Sie sind von einer vorgesetzten Behörde an nachgeordnete Behörden bzw. von einem Dienstvorgesetzten an die ihm unterstellten Verwaltungsbediensteten gerichtet,

vgl. Suerbaum, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: Juni 2015, Art. 84 Rn. 49.

Verwaltungsvorschriften dürfen nicht nur materielle Fragen zum Gegenstand haben, sondern auch Organisations- und Verfahrensregelungen treffen, soweit nicht das Eingreifen des Gesetzesvorbehalts entgegensteht,

vgl. Suerbaum, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: Juni 2015, Art. 84 Rn. 52.

- **Einzelweisungen**
  Neben abstrakt generellen Regelungen durch Verwaltungsvorschriften können in besonderen Fällen auch Einzelweisungen erfolgen. In Abgrenzung zu den Verwaltungsvorschriften sind Einzelweisungen verbindliche Anordnungen, wie in einem konkreten Sachverhalt zu verfahren ist.

- **Anhörungs-, Einvernehmens- oder Zustimmungsvorbehalte, Vorlagepflichten**
  A maiore ad minus können gesetzlich statt Einzelweisungsbefugnissen mildere Mittel wie Anhörungs-, Einvernehmens- oder Zustimmungsvorbehalte ebenso wie Vorlagepflichten statuiert werden,

vgl. Dittmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Auflage 2014, Art. 84 Rn. 34.

(b) Notwendiges Maß an Kontrolle

Der konkrete Umfang staatlicher Aufsicht über die Tätigkeit des Beliehenen lässt sich nicht starr aus den Grundsätzen demokratischer Legitimation, Verantwortlichkeit und Kontrolle ableiten. Ob im Einzelfall eine Rechtmäßigkeitskontrolle zusätzlich um eine Zweckmäßigkeitskontrolle für die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft getroffenen Entscheidungen im Bereich hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung mittels der Instrumente der Rechtsaufsicht und Fachaufsicht notwendigerweise ergänzt werden muss, hängt im Wesentlichen davon ab, ob und inwieweit dem Beliehenen Entscheidungsspielräume eingeräumt werden oder ob staatlicher Einfluss mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts effektiv gewährleistet werden kann,

vgl. Schmidt am Busch, Die Beleihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, DÖV 2007, Seite 533 (540).

Wenn beispielsweise die Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben in nur geringem Maße inhaltlich gesetzlich gesteuert wird, spricht vieles für eine effektive Fachaufsicht als notwendiges Element der sachlichen demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns des Beliehenen,

> *vgl. BremStGH, Urteil vom 15. Januar 2002, Az.: St 1/01, NVwZ 2003, 81.*

Anhand der oben ausgewählten drei Beispiele aus dem hoheitlichen Leistungsbereich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll exemplarisch dargelegt werden, dass eine zusätzliche externe Kontrolle des Gesellschaftshandelns mit den Mitteln der Rechts- und Fachaufsicht notwendig sein dürfte.

- So dürfte beispielsweise für eine rechtssichere Beleihung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit **Aufgaben im Bereich des § 4 FStrG** eine Unterwerfung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft lediglich unter eine Rechtsaufsicht in diesem Tätigkeitfeld nicht ausreichend sein. Diese wäre vielmehr notwendigerweise durch eine Fachaufsicht zu ergänzen, die durch das BMVI oder ein Bundesamt für Straßeninfrastruktur vorgenommen werden könnte. Denn schließlich geht es im Rahmen des § 4 FStrG um den Kernbestand gefahrenabwehrrechtlicher Verantwortung, der in Teilen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen wird. Zudem ist mit der Gefahrenprognose ein weiter Einschätzungsspielraum der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Bereich des § 4 FStrG verbunden. Auch aus diesem Grund bedarf es einer effektiven Fachaufsicht über die einzelnen Maßnahmen im Tätigkeitsspektrum, die im Zusammenhang mit § 4 FStrG stehen, um den Anforderungen demokratischer Legitimation und Kontrolle zu genügen.

- Gleiches dürfte auch hinsichtlich der Aufgabe der **Beschränkung des Gemeingebrauchs** gem. **§ 7 Abs. 2 FStrG** gelten. Eine rechtssichere Beleihung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in diesem Tätigkeitsbereich dürfte ihre Unterwerfung unter die Rechts- und Fachaufsicht durch das BMVI oder das Bundesamt für Straßeninfrastruktur voraussetzen. Im Rahmen der Maßnahmen nach § 7 Abs. 2 FStrG bedarf es einer intensiven Aufsicht und Kontrolle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, weil ihr durch die Tatbestandsvoraussetzung der „außerordentlichen Schäden“ sowie der „Sicherheit

und Leichtigkeit des Verkehrs“ i. S. d. § 7 Abs. 2 Satz 1 FStrG ein weiter Spielraum eröffnet wird. Die aus diesen unbestimmten Rechtsbegriffen resultierende mangelnde gesetzliche Steuerung ist von einigem Gewicht. Um die Anforderungen demokratischer Legitimation zu erfüllen, muss sie daher nach hiesiger Ansicht sowohl durch Instrumente der Rechts- als auch der Fachaufsicht kompensiert werden.

- Schließlich dürfte auch die Entscheidung über die **Erlaubnis einer Sondernutzung** einer umfangreichen externen Kontrolle unterliegen. Schließlich bestimmt **§ 8 Abs. 1 Satz 2 FStrG** lediglich, dass für eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung eine Erlaubnis erforderlich ist. Nähere Vorgaben, aus welchen Gründen die Erlaubnis ganz oder teilweise versagt werden kann oder muss, enthält der gesetzliche Tatbestand nicht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit jeder ablehnenden Entscheidung einen belastenden Verwaltungsakt hervorruft, der unmittelbar nach Außen in die Rechtssphäre des Betroffenen – zumindest in Gestalt einer Grundrechtsbeeinträchtigung von Art. 2 Abs. 1 GG – eingreift. Diese Umstände sprechen dafür, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch im Bereich der Erteilung von Sondernutzungsgenehmigungen sowohl unter Rechts- als auch Fachaufsicht zu stellen.

Bereits diese exemplarisch ausgewählten Beispiele zeigen, dass im Grundsatz nicht auf eine Rechts- und Fachaufsicht im hoheitlichen Bereich zu verzichten sein wird, um eine rechtssichere Beleihung zu gewährleisten und den Anforderungen an eine ausreichende demokratische Legitimation durch eine umfangreiche und intensive Kontrolle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nachzukommen. Darüber hinaus dürfte eine Rechts- und Fachaufsicht im hoheitlichen Bereich wirksam dazu beitragen, dass eine hoheitliche Aufgabenübertragung (zur Ausführung) nicht am Funktionenvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG scheitert (s. o.).

2. Personelle demokratische Legitimation

Neben der sachlichen demokratischen Legitimation der Geschäftstätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist es erforderlich, dass die für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft handelnden Personen demokratisch legitimiert werden („personelle demokratische Legitimation“).

Der personellen demokratischen Legitimation wird genügt, wenn diejenige Person, die Staatsgewalt ausübt, ihre Bestellung zur Ausübung von Staatsgewalt und ihren eigenständigen Beitrag bei der Ausübung von Staatsgewalt auf das Volk als Legitimationssubjekt – unmittelbar oder mittelbar – zurückführen kann (sog. „ununterbrochene Legitimationskette“),

> *vgl. BVerfG, Urteil vom 24. Juli 1979, Az.: 2 BvK 1/78, BeckRS 1979, 00810, Rn. 122; BVerfG, Urteil vom 31. Oktober 1990, Az.: 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60; Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Stand: Mai 2015, Art. 20 II Rn. 121; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, Seite 56 f.*

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bedürfen alle Organe und Vertretungen, die Staatsgewalt ausüben, einer personellen Legitimation, die sich (mittelbar) auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Februar 1978, Az.: 2 BvR 134, 268/76, BVerfGE 47, 253; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, Seite 56 f.*

Auch bei privatrechtlich organisierten Unternehmen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen und damit in Ausübung von Staatsgewalt tätig werden, besteht das Erfordernis, dass die für dieses Unternehmen handelnden Personen personell demokratisch legitimiert werden,

> *vgl. Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, Seite 59.*

Im Hinblick auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bedeuten diese Maßstäbe, dass die Bestellung der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft handelnden Organe und Personen wenigstens mittelbar auf den Willen des Volkes zurückzuführen sein muss.

Die ununterbrochene Legitimationskette im Hinblick auf die für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft handelnden Personen ist durch das förmliche Errichtungsgesetz sowie die Gesellschaftssatzung und die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte sicherzustellen.

Durch die Verabschiedung des Errichtungsgesetzes werden je nachdem, wie detailliert der Gesetzgeber den zulässigen Handlungsrahmen für die Gesellschaft vorprägt, ggf. auch Vorgaben für die Gesellschaftssatzung und auf diese Weise auch für die Besetzung der Gesellschaftsorgane getroffen. Im

Errichtungsgesetz könnte zum Beispiel vorgegeben werden, dass dem BMVI die Errichtungs- bzw. Gründungskompetenz für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugewiesen wird. Hierdurch würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dem Geschäftsbereich (Ressort) des BMVI zugeordnet, dem das Errichtungsgesetz dann auch die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte des Bundes zuweisen könnte. Die Bestellung der Geschäftsführer indes obliegt für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dem Aufsichtsrat, weshalb im Zweifel sicherzustellen ist, dass dessen Vorsitzender die Anteilseignerseite repräsentiert und sich auf die demokratische Legitimation der Bundesregierung stützen kann.

Die für das BMVI handelnden Personen müssen ebenfalls ausreichend persönlich legitimiert sein. Die personelle Legitimation der handelnden Ministeriumsmitglieder wird dabei durch das „Ressortprinzip" der Bundesregierung sichergestellt. Die Bundesminister werden durch den vom Parlament gewählten Bundeskanzler ernannt und können sich insoweit auf eine mittelbare demokratische Legitimation berufen. Nach Art. 65 Satz 2 GG leiten Bundesminister ihren Geschäftsbereich innerhalb der durch den Bundeskanzler vorgegebenen „Richtlinien der Politik" selbstständig und unter eigener Verantwortung. Kraft der ihnen zustehenden Personal- und Organisationsgewalt in ihrem Geschäftsbereich können die Minister die handelnden Personen bestimmen,

> *vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 65, Rn. 5.*

Besetzungs- und Personalentscheidungen von Bundesministern sind damit (mittelbar) auf den Willen des Volkes zurückzuführen, auch soweit die handelnden Personen in Ausübung von Gesellschafterrechten als Organe bestellt werden. Über die Bestellung der Organe, insbesondere die Geschäftsführung, welche die Gesellschaft leitet und ihrerseits eine entsprechende Organisationskompetenz innehat, wird eine ausreichende personelle demokratische Legitimation von leitenden Angestellten bis zur Bürokraft oder den Mitarbeitern der „Autobahnmeistereien" sichergestellt.

Für Kollegialorgane wie den Aufsichtsrat der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bedeutet das Erfordernis der hinreichenden demokratischen Legitimation darüber hinaus, dass die Mehrheitserfordernisse für grundlegende Entscheidungen so ausgestaltet sein müssen, dass diese von der Mehrheit der demokratisch legitimierten Mitglieder getragen wird. In der Satzung

der Gesellschaft ist mithin sicherzustellen, dass Beschlüsse auf einer Mehrheit der Stimmen der demokratisch legitimierten Vertreter beruhen. Dabei wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gefordert, dass alle an der Entscheidung Beteiligten über eine eigene individuelle demokratische Legitimation verfügen müssen. Es genügt, dass die Mehrheit der Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung darüber hinaus von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird („Prinzip der doppelten Mehrheit“),

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1995, Az.: 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37; BerlVerfGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Az.: VerfGH 42/99, BeckRS 9998, 41563; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, Seite 62 ff.*

Die Satzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft müsste es ermöglichen, dass die Beschlüsse des Aufsichtsrates diesen Anforderungen genügen. Auch wenn der Aufsichtsrat der *mitbestimmten* Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nur zur Hälfte durch den Bund als Anteilseigner bestimmt wird, weil die andere Hälfte von den Arbeitnehmern zu bestimmen ist, so verfügt der Bund als Anteilseigner gleichwohl aufgrund des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden dann über die demokratisch erforderliche Mehrheit, soweit aus seinen Reihen der Vorsitzende hervorgeht. Dies lässt sich nach § 27 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) grundsätzlich gewährleisten. Denn sollte in einem ersten Wahlgang kein Vorsitzender des Aufsichtsrats mit der zunächst notwendigen Zweidrittelmehrheit nach § 27 Abs. 1 MitbestG gewählt worden sein, findet nach § 27 Abs. 2 MitbestG ein zweiter Wahlgang statt. In diesem Wahlgang wählen die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner den Aufsichtsratsvorsitzenden und die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer den Stellvertreter jeweils mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Durch diese Regelung kann der Bund als Anteilseigner sicherstellen, dass er grundsätzlich den Vorsitz des Aufsichtsrates stellt, mithilfe dessen Doppelstimmrechts die demokratische Legitimation gewährleistet werden kann. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass über die strukturelle Beherrschung des Aufsichtsrates durch die demokratisch legitimierte Anteilseignerseite hinaus auch jeder einzelne Beschluss des Aufsichtsrates mehrheitlich auf die Stimmen der demokratisch legitimierten Aufsichtsräte zurückgehen muss. Diese Bedingung dürfte indes vor allem durch eine entsprechende Sitzungs- und Beschlusspraxis herzustellen sein und sich insoweit einer gesetzlichen oder statuarischen Regelung entziehen.

3. Institutioneller Gesetzesvorbehalt bei Privatisierungen

Nachdem auf den Beitrag des Errichtungsgesetzes für die demokratische Legitimation bereits eingegangen wurde (siehe Abschnitt C.VI.1.a)aa) (ab Seite 107), ist das Errichtungsgesetz noch einmal unter dem Blickwinkel des institutionellen Gesetzesvorbehalts anzusprechen. Denn das Errichtungsgesetz ist derjenige Rechtsakt, mit dem etwaige Anforderungen aus dem institutionellen Gesetzesvorbehalt erfüllt werden können und müssen.

Es ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bereits umstritten, ob ein institutioneller Gesetzesvorbehalt für formelle Privatisierungen überhaupt Geltung beansprucht. Mit anderen Worten ist nicht abschließend geklärt, ob formelle Privatisierungen einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen und in welcher Tiefe das danach ggf. erforderliche Gesetz Regelungen treffen müsste,

> *vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Auflage 2010, § 92 Rn. 77 f. m. w. N. aus der Literatur.*

Die insoweit strengste Ansicht fordert ein förmliches Organisationsgesetz, das den Aufgabenkreis, die Verwaltungskontrolle, die Finanzierung sowie die Geschäftsführung umreißt,

> *Ossenbühl, VVDStRL 29 [1971], S. 167 (172); Boergen, DVBl. 1971, 877, jew. zit. nach Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Auflage 2010, § 92 Rn. 77; vgl. auch Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, Seite 275 f., 279, der auch für die personelle Besetzung von Aufsichtsgremien in staatlich beherrschten privatrechtlichen Organisationen eine gesetzliche Regelung fordert.*

Anerkannt in Rechtsprechung und Schrifttum hingegen ist – wie bereits dargelegt wurde (siehe Abschnitt C.VI.1.b)bb)(3)(a) [ab Seite 163]) – ein institutioneller Gesetzesvorbehalt für Beleihungen, welche nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen dürfen.

> *BVerwG, Urteil vom 26. August 2010, Az.: 3 C 35.09, BVerwGE 137, 377 (382 ff.); BremStGH, Urteil vom 15. Januar 2002, Az.: St 1/01, NVwZ 2003, 81.*

Parameter zur Bestimmung der notwendigen Regelungstiefe auf gesetzlicher Ebene ergeben sich aus der (auch auf den institutionellen Gesetzes-

vorbehalt) anwendbaren Wesentlichkeitstheorie, nach welcher der parlamentarische Gesetzgeber alle „wesentlichen“ Fragen regeln muss,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 26. August 2010, Az.: 3 C 35.09, BVerwGE 137, 377 (383) (zum institutionellen Gesetzesvorbehalt bei der Beleihung); krit. zur Wesentlichkeitstheorie zumal beim institutionellen Gesetzesvorbehalt Teile der Literatur, siehe Reimer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Auflage 2012, § 9 Rn. 37.*

Die Regelungstiefe ist umso größer, je stärker Grundsätze des Staatsorganisationsrechts oder sonstige Grundsätze des Verfassungsrechts betroffen sind,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 26. August 2010, Az.: 3 C 35.09, BVerwGE 137, 377 (382).*

Resümierend lässt sich festhalten, dass besonders bei den zu übertragenden hoheitlichen Aufgaben ein Augenmerk auf eine ausreichende gesetzliche Normierungsdichte zu richten ist.

Die Frage der parlamentsgesetzlichen Normierungsdichte lässt sich freilich nicht nur aus der Perspektive verfassungsrechtlicher Gebotenheit, sondern ebenfalls aus der politischen Perspektive eines parlamentarischen Gestaltungswunsches betrachten. Mit dem Errichtungsgesetz verfügt das Parlament über ein starkes Instrument zur Bindung des Gesellschaftshandelns an den parlamentarischen Willen. Sollte ein weitreichender parlamentarischer Zugriff gewollt sein, so *könnte* sich das Regelungsprogramm zum Beispiel auf die folgenden Regelungsmaterien erstrecken:

- Ermächtigung des Bundes zur Errichtung der Gesellschaft und zur Übertragung von bestimmten Aufgaben des Bundes auf die Gesellschaft,
- Modus der Aufgabenübertragung,
- Aufgaben der Gesellschaft,
- Beleihung der Gesellschaft mit hoheitlichen Befugnissen,
- Organe der Gesellschaft (Geschäftsführung, Aufsichtsrat, ggf. Beirat, ggf. Ausschüsse),
- Entsenderechte des Bundes in die Organe der Gesellschaft,

- Formelle und materielle Vorgaben für den Gesellschaftsvertrag (Satzung), zum Beispiel Zuständigkeit eines Bundesministeriums für den Satzungserlass, Benennung bestimmter genehmigungsbedürftiger Geschäfte, Vorgaben hinsichtlich der Befugnisse des Bundesrechnungshofes gemäß § 54 HGrG,
- Ausstattung der Gesellschaft mit Vermögenswerten und Sachmitteln,
- Finanzierung der Geschäftstätigkeit,
- Rechts- und Fachaufsicht über die Gesellschaft,
- Personalüberleitungsregeln,
- Berichts- und Informationspflichten der Gesellschaft gegenüber dem Parlament.

Im Zusammenhang mit einer möglichen weitreichenden parlamentsgesetzlichen Regelung ist auf Folgendes hinzuweisen: Das verfassungsrechtliche Risiko, dass der Gesetzgeber „zu viel" bzw. „zu detailliert" regelt, dürfte gering sein. Denn grundsätzlich besteht auch organisationsrechtlich ein umfassendes parlamentarisches Zugriffsrecht. Grenzen des parlamentarischen Zugriffs auf die Verwaltungsorganisation ergeben sich primär aus dem Schutz der exekutiven Arbeitsfähigkeit der Regierung,

> *vgl. Wißmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Auflage 2012, § 15 Rn. 36.*

Vor dem Hintergrund, dass hier ohnehin eine Ausgliederung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus dem Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung und eine Verselbstständigung als juristische Person des Privatrechts angestrebt ist, dürfte eine hohe gesetzliche Normierungstiefe somit grundsätzlich zulässig sein.

Bei der Neuordnung des Postwesens hat der parlamentarische Gesetzgeber sogar die ursprüngliche Satzung der Deutschen Bundespost AG (sowie die Satzung der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation) als Anlage zum jeweiligen Errichtungsgesetz erlassen,

> *vgl. für die AG: Art. 3 (PostumwandlungsG) § 11 Abs. 2 i. V. m. der Anlage zu Art. 3; für die Bundesanstalt: Art. 1 (Bundesanstalt Post-G) § 8 Satz 1 i. V. m. der Anlage.*

Vor dem Hintergrund des institutionellen Gesetzesvorbehalts ist dabei von Interesse, dass dieses Vorgehen im Gesetzentwurf (der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P.) allerdings nicht mit einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit, sondern mit Beschleunigungsgesichtspunkten begründet wurde,

> *vgl. BT-Drs. 12/6718, S. 89 (zur AG); vgl. Seite 79 zur Bundesanstalt.*

Die Bestimmung zur ungeschmälerten Satzungsänderungskompetenz der Organe der AG in § 11 Abs. 4 PostumwG und deren Erläuterung in der Gesetzesbegründung bekräftigen den Befund, dass sich der damalige Gesetzgeber nicht verfassungsrechtlich zu einer parlamentsgesetzlichen Satzungsregelung verpflichtet sah,

> *vgl. BT-Drs. 12/6718, Seite 89.*

VII. Ergebnis

Mit Blick auf die mit dem Reformvorhaben verbundenen Ziele empfiehlt sich die Entwicklung einer vollintegrierten Gesellschaft. Diese organisiert die Bereitstellung der Bundesautobahnen grundsätzlich im eigenen Leistungsbereich. Zu diesem Zweck sind die im Zusammenhang mit der Verwaltung der Bundesautobahnen stehenden Funktionen Planung, Bau, Erhaltung, Unterhaltung, Betrieb und Verkehr, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu bündeln. In organisatorischer Hinsicht bietet sich die Aufteilung in einen lenkenden Arm für Managementaufgaben sowie in einen ausführenden Arm für das operative Geschäft an. Durch die Bündelung von Managementaufgaben unter einheitlicher Leitung werden eine Beschleunigung der Planungs- und Investitionsprozesse sowie eine Stärkung der Bauherrenkompetenz angestrebt. Gleichzeitig soll regionale Kompetenz gewahrt werden.

Die Betrachtung der Steuerung und demokratischen Kontrolle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hat gezeigt, dass der Gesetzgeber das Gesellschaftshandeln in weiten Teilen vorbestimmen wird. Nicht nur aus dem von einer Verfassungsänderung flankierten Errichtungsgesetz ergeben sich legislative Determinanten, sondern ebenfalls aus dem Bedarfsplan sowie der gesetzlichen Festlegung und Weiterentwicklung etwa von Regelungen zur Bestimmung etwa von Abgabentatbestand und Abgabenhöhe. Im Falle einer Zuweisung der Lkw-Maut unmittelbar zur Verkehrsinfrastruktur-

gesellschaft würde statt des Straßenbauplans allerdings ein von der Gesellschaft zu erstellender mehrjähriger Investitions- und Finanzierungsplan, abgeleitet aus dem Bedarfsplan, den Rahmen für die Investitions- und Finanzierungstätigkeit der Gesellschaft festlegen. Seine Mehrjährigkeit soll vor allem Planungssicherheit gewährleisten und dadurch die Reformziele stützen. Zur Gewährleistung eines angemessenen Legitimationsniveaus sollte der Investitions- und Finanzierungsplan nach den hiesigen Empfehlungen der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung unterworfen werden (vgl. bereits oben auf Seite 13, Tz. 14 sowie **Anlage 2**).

Die Gesellschaft und ihr geschäftliches Handeln unterliegen einer internen Kontrolle durch die für die Gesellschaft zu bestellenden Überwachungsorgane, namentlich den (mitbestimmten) Aufsichtsrat. Als GmbH verfasst, unterliegt die Geschäftsführung der Gesellschaft im Weiteren Einzelweisungen des Gesellschafters, der einzelne Materien gegebenenfalls auch der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung zuweisen kann.

Ferner basiert die Kontrolle der Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf unterschiedlichen Pfeilern. Im Rahmen der internen Kontrolle wird das Handeln der Gesellschaft durch gesellschaftsrechtliche Instrumente gesteuert. So nimmt die Gesellschafterversammlung die Rechte des Bundes als Eigentümer der Gesellschaft wahr und kann insbesondere durch das Instrument der Einzelweisung gewährleisten, dass das Gesellschaftshandeln dem Willen des Gesellschafters (Bund) folgt. Des Weiteren unterliegt die Geschäftsführung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft der Legalitätspflicht und hat durch die Wahrnehmung ihrer Organisations- und Überwachungspflicht dafür Sorge zu tragen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und dabei die Grenzen des Errichtungsgesetzes und des satzungsmäßig festgelegten Unternehmensgegenstandes einhält. Neben dieser internen Kontrolle der Gesellschaft durch deren Leitungs- und Kontrollorgane tritt eine Rechts- und Fachaufsicht über die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in ihrem hoheitlichen Tätigkeitsbereich. Wahrgenommen werden kann die Rechts- und Fachaufsicht durch das BMVI oder ein in seinem Geschäftsbereich zu errichtenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur.

D. Geschäftsmodell der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll nach dem Agenturmodell Aufgaben *des Bundes* der Planung, des Neu- und Ausbaus, der Erhaltung, des Betriebs, der Unterhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung sowie der Finanzierung von Bundesautobahnen erbringen. Mit dieser rechtlichen Aufgabenzuweisung ist noch nicht festgelegt, *für wen* die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Leistungen erbringen soll und auf welcher finanziellen Grundlage das geschieht. Die entsprechenden Festlegungen bestimmen das Geschäftsmodell der Gesellschaft.

Perspektivisch soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dabei über ein sich selbst tragendes Geschäftsmodell verfügen können, d. h. nicht (mehr) aus Haushaltsmitteln finanziert werden müssen. Strategisches Ziel wäre insoweit der Aufbau einer tragfähigen und nachhaltigen Nutzerfinanzierung für die Bundesautobahnen, welche bei Bedarf eine gezielte Kreditaufnahme am Kapitalmarkt einbeziehen kann. Ob sich der Bund dieses Ziel zueigen macht, entscheiden ggf. auch künftige Parlamente.

Auf dem Weg zur Erreichung eines „geschlossenen“, d. h. von Haushaltszahlungen unabhängigen Geschäftsmodells wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im praktischen Ergebnis mehrere Phasen durchlaufen müssen. Ursächlich hierfür ist der tatsächliche Umstand, dass die derzeit verfügbaren Nutzerentgelte (Aufkommen aus der Lkw-Maut) für die Finanzierung der von der Gesellschaft zu erbringenden Aufgaben nicht auskömmlich sind, und dass die Gesellschaft aus Sicht des Kapitalmarktes insoweit auch noch nicht über ein tragfähiges Geschäftsmodell verfügt, das unabhängig von vertraglichen Zahlungsverpflichtungen oder sonstigen Einstandspflichten des Bundes ist. Je mehr die Finanzierung der Gesellschaft allerdings aus der Bereitstellung von Nutzerentgelten dargestellt wird und je unabhängiger die Gesellschaft dadurch von zusätzlichen Haushaltszahlungen des Bundes ist, desto mehr werden sich ihr Möglichkeiten zur Aufnahme von Fremdmitteln am Kapitalmarkt bzw. bei Banken zu wirtschaftlichen Konditionen bzw. unabhängig von Garantiezusagen des Bundes erschließen.

Nachfolgend werden die wesentlichen Zwischenschritte zur Erreichung einer möglichen vollständigen Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen zunächst der Sache nach und in einem eher groben Überblick skizziert (nachfolgende Abschnitte I.1. und I.2.). Anschließend werden die Überlegungen zur Umsetzung der Schritte in einem Phasenmodell erläutert (nachfolgend Abschnitt I.4.).

I. Leistungsbeziehungen

In Betracht kommt für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine Leistungserbringung gegenüber dem Bund und/oder gegenüber den Nutzern der Bundesautobahnen. Während die Gesellschaft Leistungen für den Bund sofort mit der Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit erbringen wird, steht eine Leistungserbringung der Gesellschaft gegenüber den Nutzern von Bundesautobahnen nach dem hier vorgeschlagenen Geschäftsmodell unter der Voraussetzung, dass ihr an den Bundesautobahnen schrittweise deutlich mehr Rechte und speziell das *wirtschaftliche* Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen eingeräumt werden.

1. Leistungsverhältnis zum Bund

a) Rechtliche Grundlagen

Die bisher von den Auftragsverwaltungen der Länder erbrachten Leistungen der Planung, des Baus, der Erhaltung und des Betriebs der Bundesautobahnen wird der Bund nach Übernahme der externen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen selbst organisieren müssen. Hierfür bedient er sich der noch zu gründenden Verkehrsinfrastrukturgesellschaft.

Rechtliche Grundlage für eine Aufgabenerledigung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird zum einen das Errichtungsgesetz sein, welches die Zuweisung von Aufgaben des Bundes auf die Gesellschaft überhaupt erst ermöglicht. Allein aufgrund des Errichtungsgesetzes wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aber voraussichtlich noch nicht tätig werden können. Die gesetzliche Aufgabenübertragung dürfte vielmehr eigens durch eine Vereinbarung zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft über die Einzelheiten der Aufgabenerfüllung und deren Finanzierung zu vollziehen bzw. umzusetzen sein. Unter anderem die Einzelheiten der Bereitstellung von Finanzmitteln durch den Bund (gleichbleibender oder nach bestimmten Kriterien betragsmäßig variabler Mittelfluss? Einbeziehung der Gesellschaft in das Abruf- oder HKR-Verfahren? Fälligkeiten?), aber auch die vom Bund zu spezifizierenden Anforderungen an die Erbringung etwa von Planungs-, Bau- und Betriebsdienstleistungen durch die Gesellschaft (zum Beispiel durch Vorgabe von Kosten und/oder Qualitäten) oder die Einzelheiten betreffend die Erstellung des Investitions- und Finanzierungsplans seitens der Gesellschaft dürften einen Regelungsbedarf er-

zeugen, der den Rahmen gesetzlicher Festlegungen verlässt und überdies in angemessener Weise dem Bedürfnis nach Anpassungsentscheidungen während der Vertragslaufzeit Rechnung trägt. Wenngleich aus vergaberechtlicher Sicht die Einsetzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in die Aufgabenausführung allein durch Gesetz vorzugswürdig sein mag, um dadurch von vornherein jeglichen Anknüpfungspunkt für beschaffungsrelevantes Handeln des Bundes („öffentlicher Auftrag") zu vermeiden,

dazu unter Abschnitt D.III.6. (ab Seite 265),

so erschiene eine allein vergaberechtlich motivierte Vorfestlegung auf die praktische Machbarkeit einer Einsetzung und Steuerung der Gesellschaft ausschließlich durch gesetzliche bzw. untergesetzliche Normen unter praktischen Gesichtspunkten als problematisch. Insofern gehen wir in Bezug auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bund und der Gesellschaft davon aus, dass zusätzlich zum Errichtungsgesetz vertragliche Regelungen bestehen werden, welche das Gesellschaftshandeln konkretisieren.

Zivilrechtlich stellt die Erbringung von Leistungen der Planung, des Baus und Ausbaus, der Erhaltung, des Betriebs, der Unterhaltung und der vermögensmäßigen Verwaltung sowie der Finanzierung eine *Geschäftsbesorgung* für den Bund dar. Der Bund bedient sich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft insoweit auf privatrechtlicher Basis. Soweit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Beliehene tätig wird, erfolgt dieses auf *öffentlich-rechtlicher* Grundlage. Solange und soweit die Finanzierung der Aufgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund erfolgt, wird ein (entgeltliches) Leistungsverhältnis zwischen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und dem Bund begründet.

Im Rahmen des Geschäftsbesorgungsverhältnisses konkretisiert der Bund als Träger der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen die Erwartungen, die er mit der künftigen Ausführung seiner Aufgaben durch die Gesellschaft verknüpft. In einem entsprechenden Geschäftsbesorgungsvertrag spezifiziert der Bund die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihm gegenüber zu übernehmende Verantwortung für eine wirtschaftliche und ordnungsgemäße Ausführung seiner Straßenbaulastaufgaben. Mit Hilfe des Vertrages steuert der Bund einerseits den von der Gesellschaft zu verantwortenden „Output" (Qualitäten, Kosten, Verfügbarkeiten, Zeiten; s. o.). Neben der Zuweisung von Aufgabe und Verantwortung muss der Geschäftsbesorgungsvertrag der Gesellschaft andererseits aber auch aufgaben- und ver-

antwortungsadäquate Befugnisse zuweisen. Dazu gehören ganz wesentlich eine aus Sicht der Gesellschaft verlässliche und einschätzbare Bereitstellung der zur Aufgabenerledigung erforderlichen Finanzmittel sowie darüber hinaus die Vermeidung einer Rückverlagerung von Verantwortung auf den Bund, die zum Beispiel entstehen könnte, wenn sich die Gesellschaft – über die Festlegung des weiterhin vom Gesetzgeber zu beschließenden Bedarfsplans hinaus – vom Bund für jedes Geschäftsjahr ein konkretes Arbeitsprogramm und aus ihm folgend für jedes Jahr ein durch den Haushaltsgesetzgeber erneut festzustellenden Jahresbudget genehmigen lassen müsste. Eine solche Steuerung der Gesellschaft „auf Sicht" vermittelte ihr keine angemessene Befugnis zur Einteilung und Planung der für die langfristige Verantwortungsübernahme notwendigen Finanzmittel und Ressourcen. Planungssicherheit und finanzielle Handlungsfähigkeit werden der Gesellschaft am ehesten zuteil, wenn sie vom Bund unter einem Geschäftsbesorgungsvertrag – anstelle von diesem bemessener und haushaltsjährlich zugewiesener „Verwaltungskosten" – verlässliche Vertragsentgelte beanspruchen kann.

b) Erlösströme

Die aufgrund eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses zum Bund erzielbaren Erlöse können auf unterschiedlichen Grundlagen beruhen. Der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann zum einen ein Erstattungsanspruch zum Ausgleich der Aufwendungen gewährt werden, welche der Gesellschaft bei der Leistungserbringung entstehen. Ein im Einzelnen auszugestaltendes Vergütungsmodell „Aufwendungsersatz" bietet sich dabei vor allem in einer Frühphase der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft an. Denn die mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen insgesamt einhergehenden (Voll-)Kosten sind heute aufgrund der dezentralen Leistungserbringung durch die Länder noch nicht hinreichend bekannt. Aus Sicht des Bundes transparent sind zwar die Zweckausgaben der Länder für die Bundesautobahnen, die der Bund im System der Auftragsverwaltung seit jeher trägt (Art. 104a Abs. 2 GG) und mithin haushaltsmäßig veranschlagt und verausgabt. Betragsmäßig planbar ist auf Seiten des Bundes auch die Höhe der sog. UA3-Pauschale, welche der Bund den Ländern nach der gesetzlichen Festlegung gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 BFStrVermG in Höhe eines Pauschalbetrages entsprechend 3% der von den Ländern veranlassten Baukosten dafür gewährt, dass die Länder bei der Erstellung von Planungen und der Übernahme der Bauaufsicht Zweckaufgaben des Bundes erledigen. Soweit die Bereitstellung

der Bundesautobahnen aber über die Zweckausgaben des Bundes hinaus weitere Kosten verursacht, was namentlich in Gestalt der von den Ländern zu tragenden Verwaltungskosten der Fall ist, so werden die Ist-Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen erst mit der Zusammenfassung der derzeit bei den Ländern gebundenen personellen und sächlichen Betriebsmittel in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sichtbar werden. Solange keine Kostentransparenz herrscht, fehlen die tatsächlichen Voraussetzungen für die verlässliche (Vorab-)Kalkulation kostendeckender Vertragsentgelte.

Vor dem geschilderten Hintergrund sollte die Gesellschaft in einer frühen Phase ihrer Geschäftstätigkeit für die für den Bund zu erbringenden Leistungen ein Geschäftsbesorgungsentgelt in Form eines Aufwendungsersatzes erhalten. Dieser ist speziellen vertraglichen Regelungen zugänglich und erlaubt, soweit für bestimmte Kostenarten zweckmäßig, zum Beispiel auch die Vereinbarung einer (vertraglichen) Anreizregulierung.

In einem fortgeschrittenen Zustand der Geschäftstätigkeit werden die von der Gesellschaft zu übernehmenden personellen und sächlichen Ressourcen bekannt und in einen effizienten Organisationszusammenhang gebracht worden sein. In dieser Phase wird die Gesellschaft in der Lage sein, bedarfsdeckende Vertragsentgelte für die von ihr zu erbringenden Leistungen zu kalkulieren. Soweit das der Fall ist, sollte an die Stelle eines vertraglichen Aufwendungsersatzanspruchs gegen den Bund ein Tätigwerden auf Grundlage kostendeckender Entgelte treten. In einem vergleichsweise frühen Stadium könnten nach hiesiger Einschätzung zum Beispiel die Kosten für den Betriebsdienst kalkuliert und auf diese Weise spezielle Zielentgelte auf Basis von Selbstkostenfestpreisen vereinbart werden. Damit einher ginge bereits eine zumindest teilweise Verlagerung jedenfalls des Kostenrisikos auf die Gesellschaft, je nach Gestaltung ferner des indirekten Verkehrsrisikos.

In einem späteren Stadium der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft bietet es sich nach der Verbreiterung der Mautbasis, etwa durch die Erhebung einer Infrastrukturabgabe, an, das vom Bund zu entrichtende Entgelt der Gesellschaft an die Höhe der vom Bund erhobenen Maut zu knüpfen, die Gesellschaft mithin vollständig aus erhobenen Straßenbenutzungsabgaben zu finanzieren. Dadurch trüge die Gesellschaft insbesondere auch das direkte Verkehrsrisiko, soweit Nutzungsabgaben wie gegenwärtig die Lkw-Maut streckenbezogen erhoben werden. Hinzu käme unter anderem ein Rechts-

änderungsrisiko hinsichtlich der Bemessungsgrundlagen für die vom Bund erhobenen Entgelte. Hinzuweisen ist ferner auf den Umstand, dass die Gesellschaft bei Vereinbarung einer solchen Vergütungsstruktur zusätzlich das Risiko trüge, vom Bund mit zusätzlichen Leistungsanforderungen konfrontiert zu werden, indem dieser zum Beispiel ein neues technisches Regelwerk vorgibt. Soweit das der Fall ist und etwaige Zusatzkosten nicht aus den vereinbarten Entgelten gedeckt werden können, müssten angemessene Regelungen über die Vergütung von zusätzlichen Leistungen getroffen werden.

c) Finanzierung des Entgelts der Gesellschaft durch den Bund

Aus Sicht des Bundes stellt sich die Frage, wie die der Gesellschaft zu leistenden Entgelte dargestellt bzw. aufgebracht werden. In Betracht kommen die Zuweisung von Haushaltsmitteln, ggf. unter Einbindung der Gesellschaft in das Abrufverfahren des Bundes, sowie die Zuweisung von Rechten, vom Bund erhobene Entgelte für die Nutzung der Bundesautobahnen zu vereinnahmen.

Entgelte für die Nutzung der Bundesautobahnen realisiert der Bund derzeit ganz überwiegend durch die Erhebung der Lkw-Maut nach dem BFStrMG. Es bietet sich an, das Aufkommen aus der Lkw-Maut gewissermaßen als einen ersten Schritt zur Schaffung eines haushaltsexternen Nutzerfinanzierungskreislaufs der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zuzuweisen. Näheres zur rechtlichen Umsetzung einer solchen „Zuweisung“ wird in Abschnitt D.III.5. (ab Seite 276) ausgeführt. Soweit das Aufkommen aus der Lkw-Maut nicht ausreicht, die Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu decken, was gegenwärtig der Fall ist, sind weitere Mittel aufzubringen. Nach heutigen Erkenntnissen über die mit der Vorhaltung der Bundesautobahnen insgesamt verursachten Kosten einerseits und über die Höhe des Abgabeaufkommens aus der Lkw-Maut andererseits wird für die Gesellschaft aus Sicht des Bundes somit zunächst ein „duales Finanzierungssystem“ einzurichten sein, bestehend aus der Zuweisung des Aufkommens aus der Lkw-Maut und aus Zuzahlungen aus dem Haushalt. Über die Finanzierung der Gesellschaft stellt der Bund somit zugleich die Mittel für bestimmte Maßnahmen zur Verfügung. Sobald und soweit der Gesellschaft weitere Infrastrukturabgaben von Nutzern und/oder von ihr am Kapitalmarkt aufgenommene Fremdmittel zufließen und sich der „Finanzierungskreislauf Straße“ dadurch vervollständigt, wird der Bund zur Finanzierung der Gesellschaft keine weiteren Mittel mehr aufzubringen haben. Wegen der Ver-

wendung des Terminus „Infrastrukturabgabe(n)“ verweisen wir im Übrigen auf die Ausführungen zu Beginn von Abschnitt C (ab Seite 54) dieses Berichts. Sofern nachfolgend von „Infrastrukturabgabe(n)“ die Rede ist, ist damit nicht zwingend von der zwischenzeitlich zum Gesetz gewordenen „Infrastrukturabgabe“ die Rede, sondern ganz generell von der Belastung auch der Fahrzeuge mit einem zGG von weniger als 7,5 t mit Straßenbenutzungsabgaben.

2. Leistungen gegenüber den Nutzern

a) Rechtliche Grundlagen

In einem vollentwickelten System der Nutzerfinanzierung würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Erträge durch die Bereitstellung der Bundesautobahnen als Gläubigerin der erhobenen Entgelte gegenüber den Nutzern der Bundesautobahnen realisieren. Die Gesellschaft würde im Hinblick auf die Bereitstellung der Bundesautobahnen für entgeltpflichtige Nutzungen keine bloße Vorleistung mehr gegenüber dem Bund erbringen, sondern die Bundesautobahnen den Nutzern selbst gegen Entgelt zur Verfügung stellen. Dieses kann auf öffentlich-rechtlicher oder auf privatrechtlicher Basis erfolgen. Inwieweit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig in die Erhebung der Lkw-Maut sowie ggf. auch einer Infrastrukturabgabe einbezogen sein wird und welche Rolle ihr im Rahmen von Erhebung, Kontrolle und Beitreibung (*Enforcement*) dieser Benutzungsentgelte konkret zukommen soll, steht unterdessen noch nicht fest und soll im Rahmen dieser Begutachtung auftragsgemäß gegenwärtig noch offengelassen werden. Die noch zu treffenden Festlegungen können dabei allerdings auch umsatzsteuerliche Implikationen haben.

b) Erlösströme

Die in einem vollentwickelten System der Nutzerfinanzierung erhobenen Entgelte würden der Gesellschaft unmittelbar als Erlöse zufließen. Die Gesellschaft trüge unter anderem das Kostenrisiko und ein Verkehrsmengenrisiko, weil der Gesellschaft nach der Konzeption dieses fortentwickelten Geschäftsmodells über die von ihr selbst erhobenen Entgelte hinaus keine weiteren Erlöse zuflössen, und der Bund ihr nach Einräumung der Gläubigerstellung für erhobene Entgelte keine weiteren Mittel zur Verfügung stellte. Hinzu kommt, dass die Vorschriften zur Bemessung der Mautbasis bzw.

der Entgelte für die Benutzung der Bundesautobahnen nach der politischen Konzeption weiterhin vom Deutschen Bundestag festgesetzt werden sollen.

Auch für dieses Geschäftsmodell ist im Übrigen hinzuweisen auf den Umstand, dass die Gesellschaft das Risiko trägt, mit zusätzlichen Anforderungen an die Durchführung ihrer Leistungen konfrontiert zu werden. Auch hier lässt sich wieder das Beispiel eines neuen technischen Regelwerkes bilden, welches sich aus Sicht der Gesellschaft als Gesetzesänderungsrisiko verwirklichen würde. Entsprechendes würde gelten, wenn der Bund aufgrund seiner Gesellschafterstellung Vorgaben für den Neu- und/oder Ausbau von Strecken geben würde, deren Kosten auch langfristig nicht durch die zu erwartenden Nutzerentgelte gedeckt wären. Soweit sich solche Risiken realisierten und etwaige Zusatzkosten nicht oder nicht phasengleich aus den erhobenen Entgelten gedeckt werden könnten, müssten angemessene Regelungen über die Vergütung getroffen werden, wenn nicht die Kostenerhöhungen ohnehin zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Entgelte führten.

3. Ziel-Szenario

In einem voll ausgereiften Geschäftsmodell einer tragfähigen Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen sind sonstige Zuweisungen des Bundes für den Regelfall nicht mehr vorzusehen. Die von der Gesellschaft vereinnahmte Mautbasis ist dann groß genug, um die von ihr zu erbringenden Leistungen – ggf. unter Inanspruchnahme von Fremdmittelaufnahmen am Kapitalmarkt – darzustellen. Dabei sollte im Interesse eines geschlossenen Finanzierungskreislaufs vorgesehen werden, dass die Fremdmittelaufnahmen durch künftige Einnahmen planmäßig zurückgeführt werden können.

4. Erreichung des Ziel-Szenarios über ein mehrstufiges Phasenmodell

Nach den soeben angestellten Überlegungen bietet es sich zusammenfassend an, das Geschäftsmodell für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in einem Phasenmodell zu entwickeln. Das Phasenmodell soll die Rahmenbedingungen schaffen, unter denen die kurz-, mittel- und langfristig angestrebten Reformziele (u. a. die Schaffung der Voraussetzungen für eine Maastricht-neutrale Finanzierung der Bundesautobahnen außerhalb des Bundeshaushalts) *wirtschaftlich* und unter Aufrechterhaltung der *ständi-*

gen Betriebsfähigkeit der Bundesautobahnverwaltung erreicht werden können. Beginnend mit der Vorbereitung der Gesellschaftsstrukturen während der sog. Transformationsphase erscheinen die nachfolgend skizzierten **vier Entwicklungsstufen** als zweckmäßig. Zu deren Einteilung ist vorab darauf hinzuweisen, dass inhaltlich-gestalterische Sachzwänge zur Verteilung der im Einzelnen vorgesehenen Schritte auf insgesamt vier Phasen nicht gegeben sind. Die Schritte könnten somit grundsätzlich auch in weniger Phasen erledigt werden. Einer überblickartigen Veranschaulichung der Phasen dient zunächst nachstehende Abbildung 3, die im Anschluss näher erläutert wird.

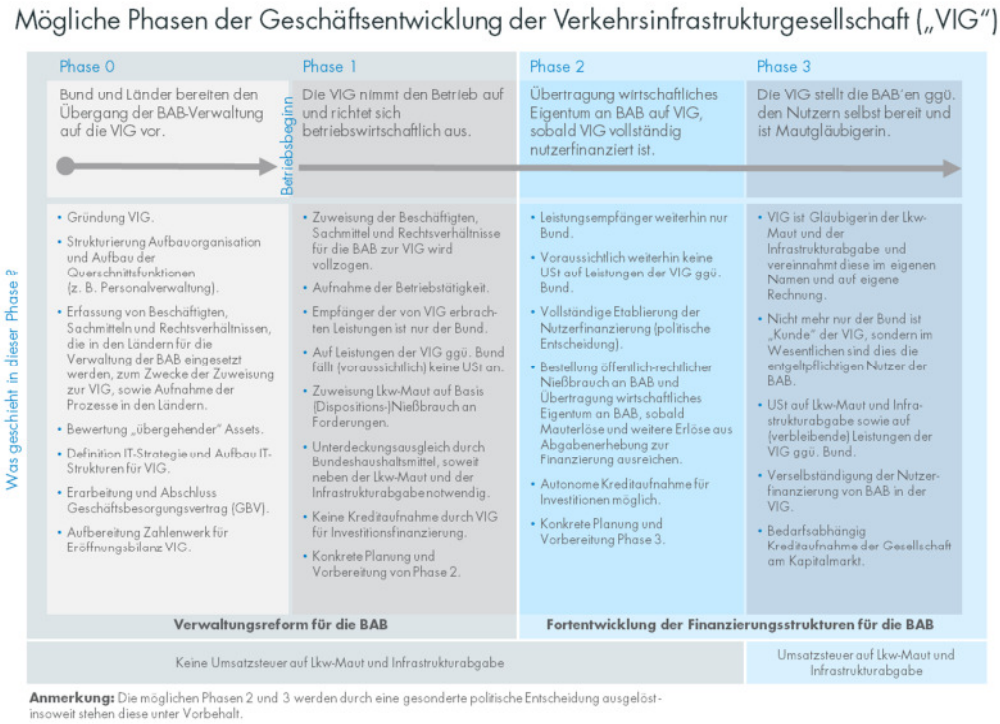

Abbildung 3: Mögliche Phasen der Geschäftsentwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

a) Transformationsphase: Bund und Länder bereiten den Übergang der Bundesautobahnverwaltung auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vor

Die sog. Transformationsphase ist der eigentlichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vorgelagert. Sie dient der Gründung und Ingangsetzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. In der Transformationsphase werden seitens der Länder das Personal und die Sachmittel sowie ggf. die Verträge und Rechtsverhältnisse aufgenommen, welche derzeit der Verwaltung der

Bundesautobahnen dienen. Unter Anleitung des Bundes und mit Unterstützung der Gesellschaft werden diese Sachverhalte nach einheitlichen Maßgaben erfasst, strukturiert, bewertet, zu Betriebseinheiten zusammengefasst und dem Bund bzw. der Gesellschaft mit dem Ziel zugeordnet oder übertragen, dass diese ab einem noch zu bestimmenden Zeitpunkt betriebsfähig wird. Grundlage für die Aufstellung einer Planungsrechnung für die Gesellschaft ist einstweilen seitens des Gutachters die Annahme eines Betriebsbeginns zum 1. Januar 2020. Die Einzelheiten zur Transformationsphase, namentlich zum Übergang des Personals, werden in Abschnitt E.II. (ab Seite 494) erläutert.

Parallel zur Vorbereitung der Transformation durch die Länder wird die bereits gegründete Gesellschaft die organisatorischen und betriebswirtschaftlichen Strukturen schaffen, welche die Übernahme des Personals sowie der sächlichen und sonstigen Betriebsmittel aus den Auftragsverwaltungen der Länder und den Aufbau betriebswirtschaftlich zweckmäßiger Abläufe vorbereiten bzw. ermöglichen sollen. Wesentliche Aufgaben in der Transformationsphase sind die Erarbeitung einer IT-Strategie für die Gesellschaft, die konkrete Konzeption der Aufbau- und Ablauforganisation sowie ein Umsetzungskonzept zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit und der Aufbau von geeigneten IT-Strukturen. Die der Gesellschaft zuzuordnenden Vermögensgegenstände und Rechtsverhältnisse (zum Beispiel wesentliche Verträge) sind aufzunehmen, zu dokumentieren und zu bewerten, die „Eröffnungsbilanz“ für das Geschäftsjahr der Betriebsaufnahme (Phase 1) ist vorzubereiten. Dieses gilt auch für die wesentlichen Verträge der Gesellschaft, insbesondere den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Bund. Die Finanzierung der Gesellschaft bzw. die Aufbringung der Gründungs- und Ingangsetzungskosten erfolgt aus dem Bundeshaushalt (zum Beispiel durch entsprechende Einlagen des Bundes in die Gesellschaft oder in der späten Transformationsphase bereits durch Geschäftsbesorgungsentgelte) bzw. aus den Länderhaushalten, soweit die Länder im Rahmen der Transformation selbst Aufgaben zu erledigen haben.

b) Phase 1: Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nimmt den Betrieb auf und richtet sich betriebswirtschaftlich aus

In der ersten Phase nach Aufnahme ihrer Betriebstätigkeit wird die Gesellschaft vor allem dafür Sorge zu tragen haben, dass die Integration der von den Ländern übernommenen Organisationseinheiten und die Umstellung

von der Auftragsverwaltung auf die Bundesverwaltung gelingen. Die Aufbau- und die Ablauforganisation der Gesellschaft sind auszudifferenzieren, es sind betriebswirtschaftliche Funktionen und Kernprozesse zu etablieren bzw. zu integrieren (zum Beispiel IT-gestütztes Bestandsverwaltungssystem für die Bundesautobahnen als Grundlage für ein aktives „Asset-Management“ und für eine strategische Erhaltungs- und Finanzierungsplanung [„integriertes Rechnungswesen BAB“], vgl. hierzu bereits unter Abschnitt C.V.2.b)aa) [ab Seite 79]). Einhergehend mit dem Aufbau einer Kosten- und Leistungsrechnung können unter gezielter Fortentwicklung des Vergütungsmodells für den Aufwandsausgleich stufenweise mehr Chancen und Risiken übertragen werden. Ausgehend von einem (ggf. anreizregulierten) Aufwendungsersatz in der Frühphase ihrer Betriebstätigkeit kann die Gesellschaft bei fortschreitender Transparenz über die Kosten ihrer Leistungen zunehmend Kostenrisiken tragen.

Im Einzelnen wird sich Phase 1 durch folgende Merkmale auszeichnen:

- Die Mitarbeiter der Auftragsverwaltungen bzw. Landesbetriebe sind vollständig der Gesellschaft bzw. einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur zugeordnet.

- Die im Zuge der Transformationsphase definierten Betriebseinheiten führen ihre Tätigkeit unter einheitlicher Leitung fort und finden im reformierten System ihren neuen Platz.

- Die Funktionen des Asset Managements, des integrierten Rechnungswesens für die Bundesautobahnen (einschließlich einer Kosten- und Leistungsrechnung) sowie weitere Kernprozesse der Leistungserstellung in den Bereichen Planung, Ausbau, Neubau, Erhaltung, Betrieb, Unterhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung werden etabliert und betriebswirtschaftlich ausgerichtet.

- Die Gesellschaft erbringt für den Bund Leistungen der Planung, des Baus und Ausbaus, der Erhaltung und Unterhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen auf der Grundlage des unter Abschnitt D.I.1.a) (ab te 184) erwähnten **Geschäftsbesorgungsvertrages**; sie agiert als „Geschäftsbesorgerin“ des Bundes. Andere „Kunden“ als den Bund hat die Gesellschaft nicht. Neben der Satzung und den weiteren Gesellschaftsstatuten gehört der in der Transformationsphase vorzube-

reitende Geschäftsbesorgungsvertrag zu den wesentlichen Handlungsgrundlagen der Gesellschaft.

- Die Gesellschaft erstellt einen ersten Realisierungs- und Finanzierungsplan über die bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben entstehenden Ausgaben (zum Beispiel mit einem Planungshorizont von sechs Jahren).

- Der Bund **vergütet** die unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag erbrachten Leistungen der Gesellschaft auf zweifache Weise:

  - Der Gesellschaft wird das Aufkommen aus der Lkw-Maut in der Weise „zugewiesen", dass die Mautmittel nicht mehr haushaltswirksam werden, sondern von Toll Collect (in Gestalt der sog. Ersatzforderung) bzw. von den Mautschuldnern auf der Grundlage eines zugunsten der Gesellschaft bestellten (Dispositions-)Nießbrauchs an der Ersatzforderung bzw. an den Grundforderungen schuldbefreiend als Zahlung auf das Geschäftsbesorgungsentgelt unmittelbar an die Gesellschaft geleistet werden (dazu im Einzelnen Abschnitt D.III.5.a) [ab Seite 278]).

  - Soweit die Mautmittel nicht ausreichen, stellt der Bund (als Haushaltsgesetzgeber) zusätzlich Haushaltsmittel bereit, um den Aufwendungsersatzanspruch der Gesellschaft zu erfüllen (siehe dazu bereits Abschnitt D.I.1.c) [ab Seite 188]).

  - Der Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages am Ende der Transformationsphase erfolgt **vergaberechtlich** unter Inanspruchnahme einer sog. *inhouse*-Vergabe. Deren Voraussetzungen (seit dem 18. April 2016 normiert in § 108 Abs. 1 GWB) sind erfüllbar, aber auch einzuhalten (Kontrollkriterium, Wesentlichkeitskriterium, vgl. dazu Abschnitt D.III.6. [ab Seite 289]).

  - Als **Beihilfe** ist die Finanzierung der Gesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag nach unserer Einschätzung nicht einzuordnen, weil die Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes (noch) keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Die beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit der Finanzierung der Gesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag ist durch eine

rechtzeitige Konsultation des Vorhabens bei der EU-Kommission bzw. durch entsprechende Vorabkontakte in der Voranmeldephase sicherzustellen (dazu im Einzelnen Abschnitt D.III.7 [ab Seite 365]).

- Bei der für Phase 1 vorgesehenen Finanzierung und strukturellen Ausrichtung erfüllt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Merkmale einer sog. Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Unionsrechts. Als Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten Einheiten, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, zu deren Erfüllung sie geschaffen oder mit deren Erfüllung sie beauftragt worden sind, in der Weise verrichten, dass sie die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehenden Verluste nicht selbst tragen,

  vgl. zu diesem Begriffsverständnis u. a. Erwägungsgrund Nr. 10 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014. Die Richtlinie selbst führt in ihrer Definition der Einrichtung öffentlichen Rechts in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 das Merkmal des Verlustausgleichs im Übrigen nicht eigens aus, sondern stellt schlicht auf die „Finanzierung" der betreffenden Einrichtung durch den Staat ab.

- Die Gesellschaft erbringt als Beliehene auch **hoheitliche Aufgaben** des Bundes. Für die Umsatzbesteuerung folgt aus der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch die Gesellschaft, aber auch aus weiteren Umständen, dass die von der Gesellschaft ausschließlich oder ganz wesentlich dem Bund gegenüber erbrachten Leistungen (in den Phasen 1 und 2) als Leistungen einer „sonstigen Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (Richtlinie 2006/112/EG des Rates – ABl. EU Nr. L 347) angesehen werden können. Auf der Grundlage der teilweisen Haushaltsfinanzierung der Gesellschaft, ihrer *qua* Errichtungsgesetz erfolgenden Integration in die staatliche Bereitstellungsorganisation für die Bundesautobahnen, die sie als Beliehene zum Teil selbst verkörpert, aber auch angesichts des Umstandes, dass Toll Collect in dieser Phase mit der Zahlung der Lkw-Maut an die Gesellschaft noch immer eine Verbindlichkeit gegenüber dem Bund erfüllt (siehe dazu im Einzelnen die im Rahmen von Abschnitt D.III.5 sowie die beigefügte **Anlage 7**), ist die Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erfüllung von dessen Straßenbaulastaufgaben für die Bundesautobahnen „von außen betrachtet" tendenziell noch Hilfsbe-

trieb des Staates. Aus einer entsprechenden Einordnung der Gesellschaft als „sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie

vgl. insoweit Urteil des EuGH vom 29. Oktober 2015, Rs. C-174/14 „Saudacor“

würde sich aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht eine umsatzsteuerneutrale Gestaltung der Leistungserbringung für den Bund ergeben können (dazu im Einzelnen Abschnitt D.III.1. [ab Seite 266]).

- Aufgrund des vertraglichen Unterdeckungsausgleichs verfügt die Gesellschaft zwar bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits in Phase 1 über ein tragfähiges Geschäftsmodell. Dieses taugt aber nicht für eine vom Bund *unabhängige* (und mithin haushaltspolitisch und haushaltswirtschaftlich zweckmäßige) Aufnahme von Krediten zur Finanzierung von Investitionen in das Bundesautobahnnetz, da für die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft in dieser Phase noch auf den Bund abgestellt würde. Dieses ändert sich in Phase 3, sofern die Gesellschaft auf der Grundlage künftiger politischer Entscheidungen hinsichtlich eine *vollständigen* Bereitstellung der vom Bund erhobenen Straßenbenutzungsabgaben für die Finanzierung der Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit als Gläubigerin von Straßenbenutzungsabgaben über vom Bund (weithin) unabhängige „Dritterlöse“ finanzieren kann.

- Die Möglichkeit einer Einordnung der Gesellschaft als öffentliche Kapitalgesellschaft mit Markttätigkeit im Sinne von Ziffer 2.40 ESVG 2010 (Sektor 11, Teilsektor 11001),

  hierzu im Einzelnen unter Abschnitt 0, ab Seite 449,

  ist für Phase 1 noch kein notwendigerweise zu erreichendes Gestaltungsziel. Sofern die Gesellschaft aufgrund von Haftungszusagen des Bundes Kredite aufnimmt, um die bedarfsgerechte Leistungserstellung sicherzustellen und zu diesem Zweck etwaige Liquiditätsengpässe zu überbrücken, wären diese Kredite in Phase 1 dementsprechend ggf. *„on-balance“* zu verbuchen.

- Die Gesellschaft hat (noch) kein wirtschaftliches Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen. In Phase 1 wird das

Betriebsergebnis der Gesellschaft insoweit auch noch nicht mit Abschreibungen auf die Bundesautobahnen belastet.

- Die von der Gesellschaft im Zuge der Transformation übernommene und/oder zusätzlich erworbene Betriebs- und Geschäftsausstattung wird bei derselben aktiviert.

- Von Steuern auf das Einkommen (KSt) und auf den Ertrag (GewSt) ist die Gesellschaft aufgrund einer neuen Regelung ggf. befreit (vgl. dazu unter Abschnitt D.III.2, ab Seite 270).

c) Phase 2: Vollständige Nutzerfinanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie Vorbereitung einer etwaigen Phase 3

Die für diese Phase vorgesehenen Schritte können grundsätzlich auch in Phase 1 erledigt werden. Ein zwingender gestalterischer Sachgrund für die Verortung dieser Schritte in einer gesonderten Phase 2 ist nicht gegeben. Die Berücksichtigung einer gesonderten Phase 2 folgt insoweit lediglich dem Zweck einer übersichtlichen Darstellung.

Für die Phase 2 ist die Vorbereitung einer veränderten Rolle der Gesellschaft prägend. Während die Gesellschaft in Phase 1 als Geschäftsbesorgerin des Bundes startet und von diesem einen Aufwendungsersatz erhält, soll sie in Phase 3 die Risiken der Bereitstellung der Bundesautobahnen als Infrastrukturbetreiberin selbst tragen und diese den Nutzern selbst gegen Entgelt bereitstellen („Zielstruktur“). Phase 2 dient der Vorbereitung dieses Rollenwechsels.

Notwendig ist dazu die Veränderung der vermögensrechtlichen Verhältnisse an den Bundesautobahnen hin zu einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als künftige Infrastrukturbetreiberin. Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums wird nach dem Modell ab dem Zeitpunkt für sinnvoll erachtet, ab dem die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit mit den aus den Bundesautobahnen gezogenen Nutzungen vollständig finanzieren kann. Bevor diese Voraussetzung gegeben ist, kann die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen bereits vorbereitet werden.

Im Einzelnen:

- Zu Beginn von Phase 2 ist Empfänger der von der Gesellschaft erbrachten Leistungen weiterhin der Bund.

- Neben die Lkw-Maut tritt eine Abgabe auf bisher noch nicht abgabepflichtige Autobahnnutzungen (zum Beispiel eine Infrastrukturabgabe, vgl. insoweit die Erläuterung in Abschnitt D.I.1.b) [ab Seite 186]). Die materiellen Belastungsgründe beider Abgaben sind so aufeinander abgestimmt, dass die Anlastung von Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen bei den unterschiedlichen Nutzergruppen in Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) erfolgt. Die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen hierfür sind im Rahmen von Phase 2 sicherzustellen.

- *Idealerweise* wird eine Infrastrukturabgabe so konzipiert, dass sie aus Sicht des ESVG nicht als Steuer, sondern als Preis für eine Infrastruktur (Gegenleistungsabgabe) anzusehen ist. Die Abgabe wird (gebührenähnlich) für die Benutzung bzw. (beitragsähnlich) für die Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung erhoben. Ihr Belastungskonzept erlaubt es, dass die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgewandten (Infrastruktur-)Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen zusammen mit der Lkw-Maut vollständig auf Nutzer umgelegt werden können,

  vgl. zum Ganzen auch AbschnittD.III.9, ab Seite 449, zum Aspekt der Bereitstellung der Bundesautobahnen zu einem sog. signifikanten Preis.

- Das Erhebungssystem für die weitere(n) Abgabe(n) erlaubt eine direkte Zuweisung des Abgabenaufkommens des Bundes an die Gesellschaft. Das Abgabenaufkommen wird nicht haushaltswirksam vereinnahmt.

- Der aktuell geltende Finanzierungs- und Realisierungsplan der Gesellschaft (aus Phase 1) wird fortgeschrieben.

- Der Nutzerfinanzierungskreislauf wird dem Grunde nach vervollständigt, d. h. die zugewiesenen Entgelte sollen *der Idee nach* die nach dem Realisierungs- und Finanzierungsplan jährlich anstehen-

den Ausgaben decken. Die sog. Mautbasis[14] wird allerdings weiterhin vom Bund festgesetzt, der in dieser Phase weiterhin Gläubiger der öffentlich-rechtlichen Maut- bzw. Abgabenforderungen ist.

- Die Zuweisung der Lkw-Maut und des Aufkommens weiterer Abgaben für die Benutzung oder die Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Gesellschaft wird, auf der Grundlage einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung des Bundes, in ihrer rechtlichen Ausgestaltung um die Einräumung eines **öffentlich-rechtlichen Nutzungsrechts an den Bundesautobahnen** ergänzt. Diese Rechtseinräumung entspricht insgesamt ihrem Wesen nach einem dinglichen Nießbrauchsrecht an den Bundesautobahnen zugunsten der Gesellschaft (verkürzt: **„öffentlich-rechtlicher Nießbrauch“** – dazu im Einzelnen Abschnitt D.III.5.b) [ab Seite 279]).

- Der öffentlich-rechtliche Nießbrauch orientiert sich im Hinblick auf seine Rechtsfolgen grundsätzlich am (privat-rechtlichen) dinglichen Nießbrauch. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erhält als Nießbrauchsnehmerin unter anderem das Recht zum Besitz an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen. Mit Blick auf den angestrebten Übergang des wirtschaftlichen Eigentums wird der öffentlich-rechtliche Nießbrauch entweder unmittelbar bei seiner Bestellung oder wahlweise zu einem späteren Zeitpunkt, jedenfalls aber als Abschluss von Phase 2 dahingehend modifiziert, dass für den Fall seiner Beendigung ein Entschädigungsanspruch der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Nießbrauchnehmerin in Höhe des ge-

[14] In der Praxis wird unter dem Begriff „Mautbasis“ generell die Schaffung und Erhaltung der gesetzlichen und technischen Voraussetzungen zur Erhebung von Abgaben für die Benutzung von Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen verstanden, und zwar unabhängig davon, durch welchen Abgabetypus (zum Beispiel Mautgebühr oder Benutzungsgebühr) die Zahlungspflicht des Nutzers konkret begründet wird. Würde eine Infrastrukturabgabe künftig als Zahlung für einen bestimmten *Zeitraum* der Nutzung von Bundesautobahnen (Bundesfernstraßen) mit Pkw erhoben, so würde sie unter Berücksichtigung der mit der Wegekostenrichtlinie (Richtlinie 2011/76/EU vom 27. September 2011 zur Änderung der Richtlinie 1999/62/EG über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge) für den Güterkraftverkehr eingeführten Diktion nicht als Mautgebühr, sondern als Benutzungsgebühr erhoben (vgl. Art. 2 lit. c) der Richtlinie). Da die Erhebung von Abgaben auf die Nutzung von Autobahnen mit Fahrzeugen mit einem zGG von weniger 3,5 t jedoch vom Anwendungsbereich der Wegekostenrichtlinie ausgenommen ist, unterläge die Klassifizierung der Infrastrukturabgabe den von der Wegekostenrichtlinie bereitgestellten Kategorien gleichwohl nicht. Aus diesem Grunde wird im Rahmen der vorliegenden Begutachtung neben der Lkw-Maut auch eine Infrastrukturabgabe für die Nutzung der Autobahnen mit Pkw als Teil der „Mautbasis“ angesehen. Mit diesem Begriffsverständnis umfasst die „Mautbasis“ unter dem Blickwinkel der Finanzierung der Bundesautobahnen die zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügbare Summe aus dem Aufkommen von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe in ihrer jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung betreffend den Abgabentatbestand und die Abgabenhöhe.

meinen Wertes (Verkehrswerts) aller zurückzugewährenden Vermögensgegenstände begründet wird. Der Entschädigungsanspruch wird sowohl für Vermögensgegenstände gewährt, die der Bund dem Nießbraucher überlassen hat, als auch für Vermögensgegenstände, auf die der Nießbraucher Verwendungen – insbesondere in Form von Herstellungs- und Anschaffungskosten – gemacht hat. Mit dieser im Einzelnen noch zu konkretisierenden und auszuarbeitenden Gestaltung soll sichergestellt werden, dass die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen als wirtschaftliches Eigentum in die Gesellschaft eingebracht werden können (dazu im Einzelnen Abschnitt D.III.5.c) [ab Seite 281]). Die Gesellschaft wird nunmehr Mautgläubigerin (dazu unter Abschnitt D.III.5.d), ab Seite 282).

- Der Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen richtet sich nach der Verfügbarkeit von zur Deckung der Kosten der Gesellschaft auskömmlichen Mautzuweisungen. Sobald diese Voraussetzung gegeben ist, sollte nicht mehr der Bund im Wege des Aufwendungsersatzes das Risiko eines Zurückbleibens der Mauteinnahmen hinter den Kosten tragen, sondern die Gesellschaft; für den Fall zwischenzeitiger Unterdeckungen könnte die Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit der nach ihrer Geschäftsplanung notwendigen Liquidität durch Kreditaufnahmen dargestellt werden. Haushaltsmittel des Bundes sind zur Finanzierung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft nach Zuweisung sämtlicher erhobener Straßenbenutzungsabgaben zur Gesellschaft *der Idee nach* nicht mehr notwendig.

Die Ergänzung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs um den bezeichneten Entschädigungsanspruch zugunsten der Gesellschaft für den Fall einer Beendigung des Nießbrauchs folgt wirtschaftlichen, namentlich bilanziellen und staatsschuldenrechtlichen Überlegungen. Bleibt der Bund im Zuge der planmäßigen Fortentwicklung der Gesellschaft nach Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs stehen und räumt er der Gesellschaft *keinen* ergänzenden Wertersatzanspruch für den Fall der Beendigung des Nießbrauchs ein, so könnte – ähnlich wie das **Fruchtziehungsrecht** der ASFINAG – allenfalls der öffentlich-rechtliche Nießbrauch in der Bilanz der Gesellschaft aktiviert werden, sofern dieser entgeltlich erworben würde,

siehe zur Bilanzierung des Nießbrauchsrechts auch unter Abschnitt D.II.2.a)cc)(3), ab Seite 223.

Die Entstehung von aktivierungsfähigen Rechten an Scheinbestandteilen der Bundesautobahnen wäre hingegen durch eine zielgerichtete Ausgestaltung des künftigen Rechtsverhältnisses zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (Geschäftsbesorgungsvertrag) auszuschließen (vgl. insoweit auch unter Abschnitt D.II.2.b)cc), ab Seite 230).

Für die über den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch hinausgehende Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen spricht zunächst die erhöhte Transparenz, die entsteht, wenn statt eines immateriellen Vermögenswertes (Nießbrauch) die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen im Sachanlagevermögen der Gesellschaft aktiviert und in ihrer Gewinn- und Verlustrechnung abgeschrieben werden. Auf dieser Grundlage kann die vermögensmäßige Verwaltung der Bundesautobahnen perspektivisch im eigenen Namen und auf eigene Rechnung der Gesellschaft erfolgen. Ferner wird die wirtschaftliche Stellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums gestärkt, da die Vermögensgegenstände die Bonität der Gesellschaft auch mit ihrer Substanz stärken. Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen vermittelt im Vergleich zur Einräumung des Nießbrauchs als immaterieller Vermögensgegenstand nicht zuletzt auch eine höhere Rechtfertigungskraft der Gestaltung im Hinblick auf die perspektivische Verortung der Gesellschaft außerhalb von Staatshaushalt und Staatsschuld bzw. außerhalb des Staatssektors (ESVG); vgl. dazu Abschnitte III.8, ab Seite 447, undD.III.9, ab Seite 449).

- Die Gesellschaft soll für die zur Nutzung überlassenen Bundesautobahnen von deren Nutzern „signifikante Preise“ erhalten und als „Marktproduzent“ im Sinne des ESVG agieren können. Die den Nutzern aufzuerlegenden Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen ergeben sich dabei aus dem Rechnungswesen der Gesellschaft.

Die Höhe der für die Autobahnnutzung zu entrichtenden Abgaben wird indes weiterhin vom Gesetzgeber festgesetzt[15].

- Entscheidet sich der Bund für die Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs und ggf. zusätzlich für die Einräumung des bezeichneten Wertersatzanspruchs, so sind auch die Bedingungen festzulegen, unter denen die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die damit verbundenen Rechte erhält. Wir waren nicht beauftragt, hierzu Überlegungen anzustellen, haben insoweit gleichwohl Annahmen getroffen. In der für die Gesellschaft aufgestellten Planungsrechnung (dazu Abschnitt D.II.) wird zum einen davon ausgegangen, dass der *öffentlich-rechtliche Nießbrauch* **nicht** im Rahmen eines **entgeltlichen Erwerbsgeschäfts** eingeräumt wird. Zum anderen wird unterstellt, dass die Gesellschaft das Recht erhält, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Maut und die Infrastrukturabgabe zu vereinnahmen. Ferner übernimmt die Gesellschaft die Verpflichtung, aus der Maut und den weiteren Infrastrukturabgaben alle künftigen im Zusammenhang mit dem Neubau, Ausbau, der Instandhaltung und dem Betrieb aller Bundesautobahnen und deren vermögensmäßiger Verwaltung in Verbindung stehenden Lasten zu tragen. Hinzu käme nach dem Modell bei unveränderter Rechtslage nach § 11 BFStrMG die Verpflichtung, auch künftig Zuschüsse an das Kraftfahrgewerbe sowie die Kosten für Toll Collect auszureichen.

  Weiter wird davon ausgegangen, dass Maut und Infrastrukturabgabe grundsätzlich in kostendeckender Höhe vom Bund festgesetzt und durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vereinnahmt werden. Auf Basis der genannten Annahmen würden die Vermögensgegenstände durch die Einräumung eines *öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs* und infolge der zusätzlichen Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz bei einer bilanziellen Betrachtung unentgeltlich durch den Gesellschafter

[15] Auch die ASFINAG setzt die Höhe der Abgaben für die Benutzung der österreichischen Bundesstraßen nicht selbst fest. Für die fahrleistungsabhängige Maut für Fahrzeuge mit einem zGG von mehr als 3,5 t werden die Grundkilometertarife zur Anlastung der Kosten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen durch Verordnung festgesetzt; vgl. § 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Mauteinhebung auf Bundesstraßen (Bundesstraßen-Mautgesetz [BStMG] 2002). Dasselbe gilt für die zeitabhängige Maut für Fahrzeuge mit einem zGG bis zu 3,5 t. Hier setzt der BMVIT im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen die Vignettenpreise durch Verordnung fest; vgl. § 12 Abs. 1 BStMG). In beiden Fällen hat die ASFINAG dem BMVIT für die Mauthöhebestimmung Vorschläge zu unterbreiten.

im Rahmen einer Einlage eingeräumt werden. Da die gleichzeitig übernommenen Verpflichtungen erst in der Zukunft erfüllt werden müssen, läge insoweit ein schwebendes Geschäft vor. Ein entgeltlicher Erwerb wäre in einer solchen Ausgestaltung nicht gegeben. Daher würde die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums zu einer Sacheinlage des Bundes in seine Eigengesellschaft führen, die höchstens mit dem Verkehrswert zu bewerten wäre,

> *vgl. zur Bewertung von Einlagen: Schmidt/K. Hoffmann (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar, 10. Auflage 2016, § 247 HGB m. w. N.*

Denkbar wäre alternativ auch, dass der *öffentlich-rechtliche Nießbrauch* und/oder das wirtschaftliche Eigentum gegen **Gewährung einer Gegenleistung** eingeräumt werden. So könnte sich die Gesellschaft in Höhe des Verkehrswertes des Nießbrauchs bzw. der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen zu einer Gegenleistung verpflichten. Die Gegenleistung kann durch eine Kaufpreiszahlung erfolgen. Die erforderlichen Mittel könnte sich die Gesellschaft ggf. auf dem Kapitalmarkt beschaffen. Diese Variante setzte allerdings voraus, dass die Maut und weitere Infrastrukturabgaben so bemessen werden, dass nicht nur die künftigen Kosten getragen werden können, sondern auch der Kapitaldienst für den Kaufpreis aufgebracht werden kann. Auch könnten ein entgeltlicher Erwerb und eine Einlage des Bundes kombiniert werden[16]. So liegt es nahe, die Möglichkeit einer (teil-) entgeltlichen Übertragung (Kombination Veräußerungsgeschäft mit Einlage) der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen bei der konkreten Umsetzung der Einräumung des *öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs* bzw. bei der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen mit in die Überlegungen einzubeziehen. Solcherlei Überlegungen müssten zwar nicht zeitnah, aber doch rechtzeitig vor Beendigung von Phase 2 und mithin auch *vor* der Entscheidung zum Abschluss gebracht werden, die Gesellschaft ab Beginn der Phase 3 als Mautgläubigerin auf-

---

[16] Die ASFINAG weist in ihrer Konzernbilanz zum 31. Dezember 2015 immaterielle Vermögenswerte in Höhe von EUR 14,556 Mrd. aus. Laut Konzerngeschäftsbericht handelt es sich im Wesentlichen um das Fruchtziehungsrecht (Neubau) am hochrangigen Straßennetz. Ursprünglich hatte sich die ASFINAG ausweislich ihres Jahresabschlusses zum 31. Dezember 1999 (Seite 42) für die Einräumung des Fruchtziehungsrechts zum 1. Januar 1997 mit Vertrag vom 23. Juni / 25. Juli 1997 zur Zahlung eines Entgelts in Höhe von ATS 77.913.039.159 (rund EUR 5,66 Mrd. bei einem Umrechnungskurs Stand 1. Januar 1999) verpflichtet.

treten zu lassen. Die künftigen Bedingungen der Rechtseinräumung werden sodann Gegenstand der rechtzeitig *vor* Übertragung von öffentlich-rechtlichem Nießbrauch und ggf. wirtschaftlichem Eigentum anzustellenden Prüfung zu sein haben, ob diese Maßnahmen eine staatliche Beihilfe darstellen (siehe dazu unter Abschnitt D.III.7.b)bb), ab Seite 417).

- Die umsatzsteuerliche Behandlung von Leistungen der Gesellschaft ändert sich. Die Gesellschaft ist nach Übernahme des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zum Ende von Phase 2 ggf. nicht mehr als „sonstige öffentliche Einrichtung" im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie einzuordnen. Sobald die Gesellschaft auf der Grundlage ihr zugewiesener Mautmittel, ggf. ergänzt um eine Befugnis zur Aufnahme von Krediten, die mit der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit einhergehenden Verluste selbst trägt, verliert sie insoweit auch ein typisches Merkmal einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Unionsrechts (vgl. dazu bereits unter Abschnitt D.I.4.b), ab Seite 192).

d) Phase 3: Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist *wirtschaftliche* Eigentümerin der Bundesautobahnen, stellt die Bundesautobahnen gegenüber den Nutzern selbst bereit und ist Gläubigerin von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe

Die mit der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen ausgelöste Phase 3 repräsentiert das Zielszenario:

- Als wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen kann die Gesellschaft in die Position des unmittelbaren Anbieters der Bundesautobahnen rücken. Sie rückt von der Rolle der Geschäftsbesorgerin für den Bund in die Rolle der **Infrastrukturbetreiberin** für die Nutzer der Bundesautobahnen vor. Die Gesellschaft erbringt keine Vorleistungen für den Bund mehr, damit dieser die betriebsbereiten Autobahnen den Nutzern zur Verfügung stellen kann, sondern stellt die Bundesautobahnen den Nutzern selbst zur Nutzung bereit.

- Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist nach den Modellannahmen Gläubigerin der Lkw-Maut und der Infrastrukturabgabe und vereinnahmt diese im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Indem die Gesellschaft einerseits die auf die Nutzung von Bundesautobahnen

erhobenen Entgelte vereinnahmt und andererseits das bundesweite Autobahnnetz auszubauen, zu erhalten und betriebsbereit bereitzustellen hat, verwirklicht sich der angestrebte Nutzerfinanzierungskreislauf für die Bundesautobahnen unmittelbar in der Gesellschaft.

- Die Erhebung der Nutzungsabgaben ist weiterhin unabhängig von der Gesellschaft organisiert (im Fall der Lkw-Maut zum Beispiel über die Umsetzung eines der in § 4 Abs. 3 Satz 1 BFStrMG vorgesehenen Betreibermodelle). Die Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung erfolgt im Rahmen eines Leistungsaustausches, wobei die Lkw-Maut und weitere Infrastrukturabgaben als Entgelte die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer darstellen. Die Gesellschaft erhält im Gegenzug auf ihre Eingangsumsätze grundsätzlich den Vorsteuerabzug.

- Mit Übergang von Phase 2 auf Phase 3 werden auch etwaige von der Gesellschaft gegenüber dem Bund noch zu erbringende Leistungen der Umsatzsteuer unterliegen. Mit dem Übergang von Phase 2 auf Phase 3 werden mithin grundsätzlich alle Bezieher von Leistungen der Gesellschaft Umsatzsteuer zu entrichten haben, insbesondere auch die vom Gesetzgeber zur Zahlung von Entgelten herangezogenen Nutzer der Bundesautobahnen.

- Das für die Gesellschaft etablierte Kontrollregime (Satzung, gesellschaftsrechtliche Kontrolle, Rechts- und Fachaufsicht bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse) bleibt unverändert. Indem der Gesellschaft entsprechende Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eingeräumt bleiben, erfüllt sie den Tatbestand einer „institutionellen Einheit“ im Sinne des ESVG.

- Auf der Grundlage des fortgeschriebenen Finanzierungs- und Realisierungsplans könnte eine erste Aufnahme von Fremdmitteln am Kapitalmarkt zur Investitionsfinanzierung stattfinden.

Die nachfolgenden Abbildungen 4 bis 6 fassen die Leistungs- und Rechtsbeziehungen in den beschriebenen Phasen noch einmal verkürzt zusammen.

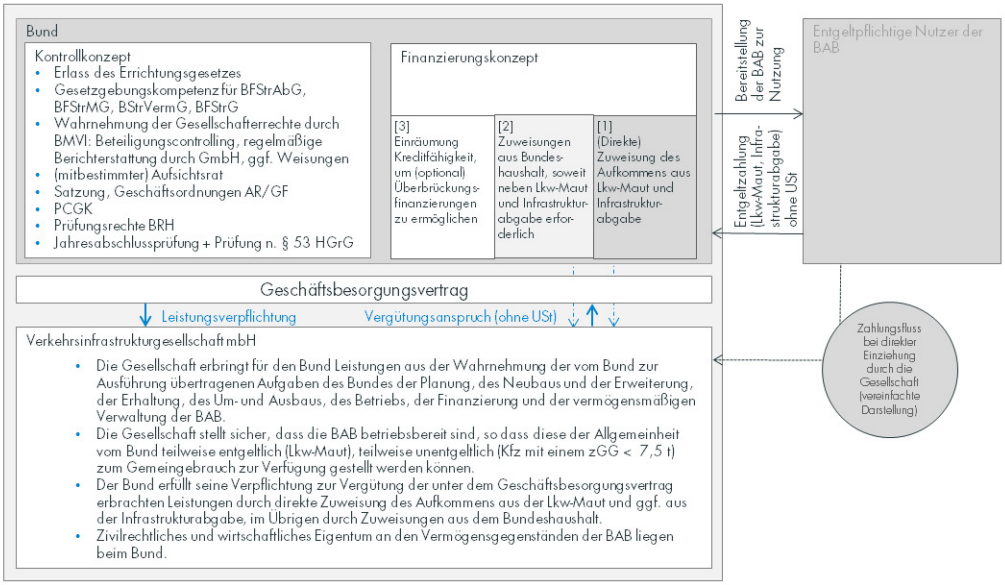

Abbildung 4: Leistungsbeziehungen Phase 1 (betriebswirtschaftliche Ausrichtung)

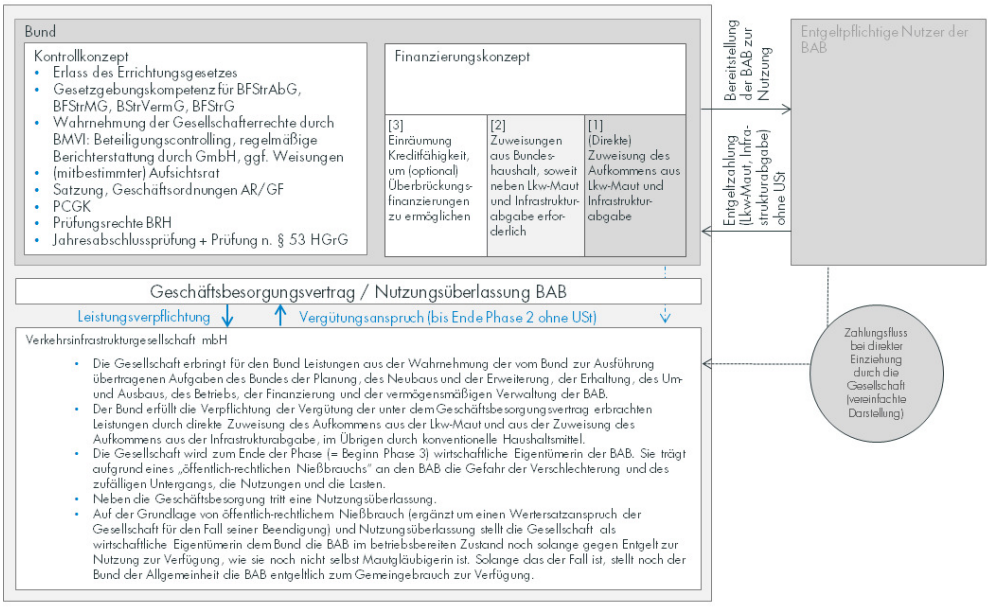

Abbildung 5: Leistungsbeziehungen Phase 2 (Vollfinanzierung durch Nutzungsentgelte und Übertragung wirtschaftliches Eigentum)

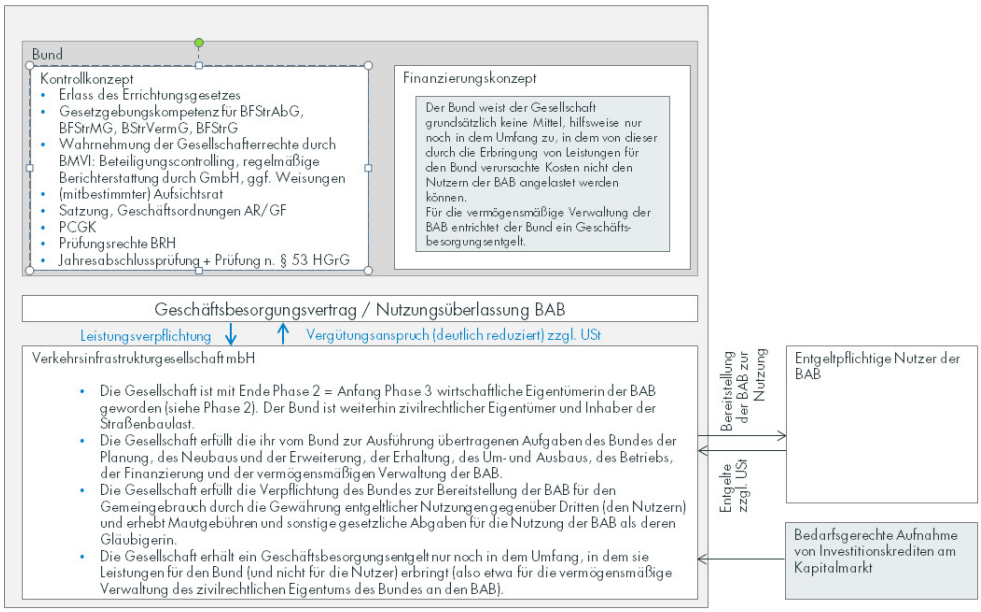

Abbildung 6: Leistungsbeziehungen Phase 3 (Erhebung von Benutzungsentgelten durch die Gesellschaft)

II. Integrierte Planungsrechnung für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft 2017 bis 2046

Ergänzend zu den konzeptionellen Überlegungen einer Entwicklung der Gesellschaftstätigkeit in aufeinanderfolgenden Phasen wurden erste Wirtschaftlichkeitsüberlegungen angestellt. PwC hat eine integrierte Planungsrechnung für die Jahre 2017 bis 2046 aufgestellt, mit der die Entwicklung von Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nebst Finanzströmen (Cash Flow) unter Berücksichtigung der in Abschnitt D.I. (ab Seite 184) dargestellten Phasen über 30 Jahre nachvollzogen werden kann. Mit Hilfe der Planungsrechnung wird deutlich, welche finanziellen Größenordnungen für das Vorhaben relevant sind und welche Kosten bzw. Ausgaben die Bereitstellung der Autobahnen in Bundesverwaltung nach heutigem Erkenntnisstand auslöst. Auch sollen anhand der Planungsrechnung gezielt Szenarien definiert und abgebildet werden können.

Für die hiesigen Zwecke wurden drei Szenarien definiert und modellmäßig abgebildet. Mit diesen soll einerseits aufgezeigt werden, wie sich eine *sofortige* Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen auf die Gesellschaft im Anschluss von Phase 1 von einer *gestuften* Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums unterscheidet. Anderer-

seits zeigen die ausgewählten Szenarien die unterschiedlichen Auswirkungen von Zuweisungen entweder der Brutto-Maut zur Gesellschaft oder der Netto-Maut. Die angestellten Überlegungen für die Transformationsphase sowie die Phasen 1 bis 3 skizzieren wir im Einzelnen in diesem Abschnitt.

1. „Treiber“ von Wirtschaftlichkeit

Wir haben empfohlen, die Ausführung von Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, der Erhaltung, des Betriebs, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen in „eine Hand“ zu legen und mithin unter einheitlicher Leitung erledigen zu lassen. Für die Aufgabenerledigung durch eine privatwirtschaftlich organisierte Eigengesellschaft sprechen insbesondere die folgenden Aspekte:

Eine aufgrund der kaufmännischen Buchführung einheitliche und umfängliche Datenbasis ermöglicht bundesweite Wirtschaftlichkeitsvergleiche, fördert den (internen) Wettbewerb der ausführenden Einheiten der Gesellschaft untereinander und begünstigt Optimierungen insbesondere von Prozessen wie Planung, Beschaffung und Bau. Wird das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen, so werden in Gestalt der Abschreibungen in der Folge auch der Werteverzehr sowie der Reinvestitionsbedarf für die Bundesautobahnen unmittelbar im externen Rechnungswesen der Gesellschaft abgebildet. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben des HGB sowie der obligatorischen jährlichen Prüfung von Jahresabschluss und Rechnungswesen von großen Kapitalgesellschaften durch einen externen Abschlussprüfer werden dadurch die Grundlagen für ein hohes Maß an Kostenwahrheit, Kostenklarheit und Kostentransparenz gewährleistet. Die institutionell gesicherte und geprüfte Qualität des Rechnungswesens ermöglicht einerseits eine gezielte betriebswirtschaftliche Optimierung der Kosten. Anderseits ist sie die Basis für eine umfassende Rechenschaftslegung gegenüber dem Haushaltsgesetzgeber bzw. für eine rechtssichere und transparente Kostenanlastung bei den Nutzern der Bundesautobahnen.

Auch können auf Basis des externen Rechnungswesens interne Benchmarks gezogen und zum Beispiel durch Zielvereinbarungen mit einem effektiven und nachhaltigen Anreizsystem verbunden werden. Die Zielvereinbarungen müssen operationalisierbar sein, wozu in der Praxis mitunter die sog. *smart*-Formel herangezogen wird (**s**pezifisch, **m**essbar, **a**ttraktiv/**a**kzepta-

bel, **r**ealistisch und **t**erminierbar). Es gilt, starke Anreize an den richtigen Stellen zu setzen, ohne dass es zu Fehlallokationen kommt. Nachdem die Bundesfernstraßenverwaltung ihr Beschaffungsinstrumentarium im Bereich der Bundesfernstraßen in den letzten Jahren systematisch fortentwickelt und verschiedene Typen von Betreibermodellen implementiert hat, dürfte inzwischen eine Datenbasis aufgebaut worden sein, aufgrund derer sich für bestimmte Leistungs-, Betriebs- und Zustandsparameter gewisse Benchmarks ermitteln und fortschreiben lassen. Standards mögen auch im Hinblick auf die Etablierung moderner Managementmethoden im Bereich der Planung und des Baus von (Straßen-)Infrastruktur vorgegeben werden können, wie sie zum Beispiel in der sog. Großprojektekommission des BMVI erläutert und in geeigneten Fällen zur Anwendung empfohlen worden sind. Der interne Wettbewerb sowie optimierte und schnittstellenfreie Projektentwicklungsprozesse für Vorhaben versprechen neben Zeitgewinnen und dem früheren Erreichen der Verkehrswirksamkeit von Maßnahmen deutliche Effizienzgewinne. Die voraussichtlich größten Effizienz- und Einsparpotenziale dürften indes im Beschaffungsbereich liegen. Hier empfiehlt sich eine konsequente Bündelung. Unabhängig davon können durch eine konsequente Realisierung von Vorhaben nach dem Lebenszyklusansatz zusätzlich Folgekosten reduziert werden.

Weitere Spielräume zur Effizienzverbesserung werden in einer von politischen (Landes-)Grenzen unabhängigen Strukturierung der Unterhaltungs- und Betriebsdienst-Kapazitäten im Gesamtnetz erwartet. Die räumliche Verteilung der im Netz unabhängig von Ländergrenzen und auf verkehrswirtschaftlicher Basis einzurichtenden „Autobahndirektionen“ verlangt indes sorgfältige Planung. Hier wie auch in der Optimierung des Autobahnmeistereinetzes unabhängig von Ländergrenzen könnte ein nicht unerhebliches Effizienzpotenzial liegen. Fachliche Schwerpunktsetzungen in den „Autobahndirektionen“ können die Effizienz in der Fläche weiter erhöhen.

Zusätzlich sind Qualitäts- und Effizienzvorteile in Bezug auf Finanzierung, Planung, Bau, Betrieb und Verkehr von Bundesautobahnen aufgrund der Bündelung der Kompetenzen zu erwarten. Wegen der wirtschaftlichen Implikationen der Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft verweisen wir im Übrigen auf die Ausführungen zu einer möglichen Aufbauorganisation für die Gesellschaft sowie auf die **Anlage 1** zu diesem Bericht.

2. Planungsrechnung

In welchem Umfang die genannten Ansatzpunkte für Effizienzverbesserungen zu Wirtschaftlichkeitsvorteilen führen können, lässt sich anhand der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft entwickelten Planungsrechnung abschätzen.

a) Grundlagen der Planungsrechnung

Zu den folgenden Ausführungen zur Vermögens-, Finanz- und Ertragslage ist vorausgeschickt zu bemerken, dass diese insbesondere auf **Schätzungen** anhand der Daten aus den Haushalten von Bund und Ländern, der Wegekostenberechnung für das BFStrMG sowie der externen Kosten nach Maßgabe der Richtlinie 1999/62/EG für die Jahre 2013 bis 2017 sowie auf Angaben des BMVI beruhen. Eine umfassende Datenaufnahme der gegebenen Kostenstrukturen in den Ländern war nicht Gegenstand unseres Auftrages. Insofern sind die Zahlengrundlagen naturgemäß **überschlägiger und vorläufiger Natur**.

aa) Herkunft der in der Planungsrechnung verwendeten Zahlen und Daten

Bei den folgenden Aussagen zur integrierten Planungsrechnung beziehen wir uns auf Erkenntnisse, welche PwC erarbeitet hat (vgl. im Einzelnen **Anlagenkonvolut 4**). Es handelt sich dabei um Erkenntnisse, die im Rahmen eines „*top-down*"-Ansatzes ermittelt worden sind. Wesentliche Zahlengrundlagen wurden aus den folgenden Unterlagen bzw. Quellen entnommen:

- Bund: Haushaltsrechnung des Einzelplans 12 des Jahres 2013 (Haushaltsrechnung 2013);
- Berechnung der Wegekosten für das Bundesfernstraßennetz sowie der externen Kosten nach Maßgabe der Richtlinie 1999/62/EG für die Jahre 2013 bis 2017 vom 25. März 2014 (Wegekostenrechnung 2013 bis 2017);
- Bundesländer: Haushalte der Bundesländer / Jahresabschlüsse einzelner Landesbetriebe für das Wirtschaftsjahr 2013 / Kalenderjahr 2013 (Ist-Zahlen 2013 jeweils in späteren Jahren enthalten, zudem

wurde mangels Daten für die Bundesländer Berlin, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz auf die Ist-Zahlen des Jahres 2014 zurückgegriffen); im Detail:

- Baden-Württemberg: Staatshaushaltsplan 2015/2016, Einzelplan 13 für das Ministerium für Verkehr und Infrastruktur;
- Freistaat Bayern: Haushaltsplan 2015/2016, Einzelplan 03 B, Staatsbauverwaltung;
- Hessen: Landeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2015, Einzelplan 07 für den Geschäftsbereich des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung;
- Nordrhein-Westfalen: Haushaltsplan für den Geschäftsbereich des Ministeriums für Bauen, Wohnen Stadtentwicklung und Verkehr für das Haushaltsjahr 2015, Einzelplan 09 nebst Beilage 2 (Wirtschaftsplan des Landesbetriebes Straßenbau NRW);
- Niedersachsen: Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2015, Einzelplan 08 für das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr;
- Mecklenburg-Vorpommern: Haushaltsplan 2016/2017, Einzelplan 15 für den Geschäftsbereich des Ministeriums für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung;
- Sachsen-Anhalt: Haushaltsplan für die Haushaltsjahre 2015 und 2016, Einzelplan 14 für das Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr;
- Brandenburg: Haushaltsplan 2015/2016, Band XI, Einzelplan 11 für das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung;
- Berlin: Haushaltsplan für die Haushaltsjahre 2016/2017, Band 9, Einzelplan 12, Stadtentwicklung und Umwelt
- Freistaat Thüringen: Landeshaushaltsplan 2015, Einzelplan 10 für das Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft;

- Freistaat Sachsen: Haushaltsplan 2015/2016, Einzelplan 07 für das Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr;
- Schleswig-Holstein: Landeshaushaltsplan 2015, Einzelplan 06 für das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie inkl. Wirtschaftsplan des Landesbetriebes Straßenbau und Verkehr;
- Freie und Hansestadt Hamburg: Haushaltsplan 2015/2016, Einzelplan 7 für die Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation nebst Anlage 2.1 (Wirtschaftsplan des Landesbetriebes Straßen, Brücken und Gewässer);
- Freie Hansestadt Bremen: Gesamtplan für das Haushaltsjahr 2014/2015;
- Rheinland-Pfalz: Haushaltsplan 2016, Einzelplan 03 für das Ministerium des Innern, für Sport und Infrastruktur; Geschäftsbericht des Landesbetriebes Mobilität 2013;
- Saarland: Haushaltsplan für das Rechnungsjahr 2015, Einzelplan 08 für den Geschäftsbereich des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr inkl. Wirtschaftsplan Landesbetrieb für Straßenbau;

▪ Allgemeine Kennzahlen aus der Baubranche bzw. dem Verkehrswesen (aus Statista), im Detail:

- Eurostat / Statista 2016: Durchschnittliche jährliche Personalkosten je Beschäftigten in der Bauwirtschaft der Europäischen Union nach Ländern im Jahr 2013 (in 1.000 EUR);
- Eurostat / Statista 2016: Kostenstruktur der Unternehmen des Bauhauptgewerbes in Deutschland im Jahr 2012;
- Pro Mobilität / Statista 2016: Durchschnittskosten je Kilometer Bauleistung bei Bundesautobahnen und Bundesstraßen in Deutschland im Zeitraum von 2001 bis 2009 (in Millionen EUR);
- Statista: Straßen in Deutschland – Statista-Dossier (mit verschiedenen Zahlenangaben 2012 bis 2019);

- Konkretisierte Zahlenangaben der Autobahndirektion Nordbayern, insbesondere:
    - Jahresbericht 2015; Antworten zum standardisierten Fragenkatalog von PwC;
    - 2.1.1 Infrastruktur – Übersicht;
    - 2.1.3 Infrastruktur – Bauwerksbestand;
    - Fahrzeug und Gerätebestand;
    - Verrechnungssätze für Fahrzeuge und Geräte;
    - Haushaltsvolumen (Bund und Länder);
    - Stellenplan Autobahndirektionen Freistaat Bayern;
- Jahresabschlüsse 2013 und 2014 der DEGES (Deges Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Bau-GmbH);
- Konzernabschlüsse der ASFINAG für die Jahre 2014 und 2015 (Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft);
- Bundesverkehrswegeplan 2030 vom 3. August 2016 ;
- BMF vom 11. Mai 2016 (Az. II A3 – H 1012 – 10/07/0001:012): u. a. Personalkosten in der Bundesverwaltung für Kostenberechnungen und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen;
- Statistisches Bundesamt: „Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes 2014“ (Stand: 24. Juli 2015);
- Statistisches Bundesamt: Preise, Verbraucherpreisindizes für Deutschland, Lange Reihe ab 1948 (Stand: 12. April 2016; erscheint monatlich);
- Statistisches Bundesamt: Verdienste und Arbeitskosten, Verdienste im öffentlichen Dienst für Beamte und Tarifbeschäftigte bei Bund, Ländern und Gemeinden, erschienen am 3. August 2015, aktualisiert am 29. März 2016;

- Zwischenbericht der Kommission „Bau und Unterhaltung des Verkehrsnetzes“ vom 8./9. Oktober 2015 („Bodewig II“);
- Neuordnung der Infrastrukturverantwortung für die Bundesfernstraßen, Verfasser: Institut für Verkehrswissenschaft Westfälische Wilhelms-Universität Münster im Auftrag von: Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Autobahn Tank & Rast Holding GmbH, Bundesverband Baustoffe – Steine und Erden e.V., Bundesverband der Deutschen Zementindustrie e.V., Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Pro Mobilität – Initiative für Verkehrsinfrastruktur e.V. (ohne Datumangabe, vermutlich aus 2015);
- Pro Mobilität – Initiative für Verkehrsinfrastruktur e.V.: Diskussionspapier zu den politischen Überlegungen zur Etablierung einer Bundesfernstraßengesellschaft des Bundes;
- Bundesleitung des dbb beamtenbund und tarifunion (Herausgeber): Zahlen, Daten, Fakten 2016 (Ergänzung PwC: für den öffentlichen Dienst);
- Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrag vom 16. Dezember 2009;
- Angaben des BMVI im laufenden Projekt.

bb) Betrachtungsperspektiven der Planungsrechnung 2017 bis 2046 (Szenarien)

Die integrierte Planungsrechnung bildet für den Zeitraum 2017 bis 2046 die künftige Entwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unter Berücksichtigung der in Abschnitt D.I.4. (ab Seite 190) beschriebenen Phasen ab. Den Phasen werden dabei zu Zwecken der Modellrechnung künftige Wirtschaftsjahre wie folgt zugeordnet:

- Transformationsphase: 2017 bis 2019
- Phase 1: ab Phase 2020
- Phase 2: ab 2024
- Phase 3: abhängig von betrachteten Szenarien ab 2024 bzw. 2028

Die Jahreszahlen sind modellhaft und können in der Realität abweichen. In der Praxis wird sich im Übrigen der Beginn der Transformationsphase verschieben. Die Gesellschaft dürfte tatsächlich frühestens im Laufe des Jahres 2017 gegründet werden, während die Planungsrechnung von einem vollständigen Geschäftsjahr ausgeht.

Mit der Planungsrechnung kann dargestellt werden, wie sich das wirtschaftliche Geschehen innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Bezug auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft abhängig von den Phasen ihrer Geschäftstätigkeit unter den gesetzten Annahmen entwickelt. Dabei werden zur Verdeutlichung der Auswirkungen einzelner Entscheidungen zur Ausgestaltung der künftigen Sach- und Rechtslage unterschiedliche *Szenarien* betrachtet. Um die Auswirkungen eines möglichen Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen auf die wirtschaftliche Situation der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, aber auch die Relevanz der einzelnen Phasen für die Erreichung der Reformziele abzubilden, werden innerhalb der Szenarien überdies unterschiedliche Annahmen über den Zeitpunkt gesetzt, ab dem die Gesellschaft vollständig aus vom Bund erhobenen Straßenbenutzungsabgaben finanziert wird. Zu betonen bleibt, dass die angestellten Szenariobetrachtungen das Phasenmodell nicht modifizieren sollen, sondern lediglich dazu dienen, speziell für die Zwecke der Planungsrechnung bestimmte wirtschaftliche Effekte abzubilden. Stark vereinfacht lassen sich die angedachten Entwicklungsstufen **betriebswirtschaftlich** wie folgt skizzieren:

- **Transformationsphase**: Gründung der Gesellschaft und Vorbereitung der Aufnahme der Geschäftstätigkeit;

- **Phase 1**: Übernahme des Personals und der Sachmittel von den Ländern und Verwaltung der Bundesautobahnen als Geschäftsbesorger des Bundes;

- **Phase 2**: Einräumung des Besitzes an den Bundesautobahnen durch einen öffentlich-rechtlichen Nießbrauch und Bereitstellung der Bundesautobahnen an den Bund zur Nutzungsüberlassung im Rahmen des Gemeingebrauchs;

- **Phase 3**: Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums und Bereitstellung der Bundesautobahnen an die Nutzer im eigenen Namen

und auf eigene Rechnung, wobei die Gesellschaft Gläubigerin der Nutzungsentgelte wird.

Mit der planmäßigen Fortentwicklung der Gesellschaft könnte ein zunehmender Risikotransfer vom Bund auf die Gesellschaft einhergehen. Angedacht ist, näheres im Geschäftsbesorgungsvertrag zu regeln. Charakter und Inhalt des „Geschäftsbesorgungsvertrages“ würden sich im Laufe der Entwicklung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ggf. ändern. Da bisher keine Details zum Risikotransfer festgelegt wurden, bildet sich dieser Umstand im Modell der integrierten Planungsrechnung noch nicht in den Ertrags- und Finanzverhältnissen der Gesellschaft ab. Für die Zwecke einer künftigen Geschäftsentwicklungsplanung könnten die wirtschaftlichen Effekte von Risikotransfers auf die Gesellschaft in der integrierten Planungsrechnung indes abgebildet werden.

Die Zuordnung der **Entwicklungsstufen** der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu bestimmten Phasen und damit bestimmten Zeiträumen dient dazu, deren Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft transparent zu machen und zahlenmäßig abzubilden.

In der Praxis können die Entwicklungsstufen und Phasen schneller oder langsamer durchlaufen werden. Auch kann bis auf weiteres auf einer Entwicklungsstufe und damit in einer Phase verharrt werden. Das Erreichen der nächsten Entwicklungsstufe kann je nach Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen von weiteren Parlamentsentscheidungen abhängig gemacht werden. Insoweit wird auch auf die Ausführungen oben zu D.I.4. (ab Seite 190) verwiesen.

Die integrierte Planungsrechnung unterscheidet – im Gegensatz zu den Ausführungen unter D I – drei Szenarien. Die Szenarien lassen sich wie folgt skizzieren:

(1) Szenario 1

Szenario 1 geht von dem derzeitigen Sachverhalt aus (Sachstand November 2016). Der Bund erhebt zurzeit ausschließlich die Lkw-Maut für Lastkraftwagen mit einem zulässigen Gesamtgewicht ab 7,5 Tonnen. Es wird unterstellt, dass die Lkw-Maut der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von Beginn ihrer Betriebstätigkeit an (*Phase 1*) vollständig, d. h. ohne Abzüge, mithin als sog. **Brutto-Maut** in dem Umfang zugewiesen wird, wie die Lkw-Maut

auf den Bundesautobahnen anfällt. Ab diesem Zeitpunkt wird der Gesellschaft das gesamte Mautaufkommen im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 BFStrMG zustehen, soweit es auf die Bundesautobahnen entfällt. Es handelt sich dabei um die sog. Brutto-Maut, die wir im Szenario 1 über den gesamten Betrachtungsraum ansetzen. Schematisch ergibt sich die Brutto-Maut damit wie folgt:

Lkw-Mauteinnahmen gesamt
./. Lkw Mauteinnahmen sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs
./. Personalkosten BMVI für Erhebung Lkw-Maut
„Brutto-Maut“

Soweit in der Brutto-Maut Anteile enthalten sind, die zur Kompensation der Kfz-Steuerausfälle bestimmt sind, werden diese nach den Modellannahmen von der Gesellschaft annahmegemäß wieder an den Bund ausgezahlt. Für den Zeitraum der Planungsrechnung sind insoweit angabegemäß jährliche Zahlungen in Höhe von EUR 150 Mio. anzusetzen. Annahmegemäß trägt die Gesellschaft für den Fall, dass sie die Brutto-Maut vereinnahmt, zusätzlich die weiteren Lasten des Bundes im Sinne von § 11 Abs. 1 Sätze 2 ff. BFStrMG, die aus der Brutto-Maut darzustellen sind. Damit sind in der Gesellschaft neben den Kosten für den Neu- und Ausbau, die Erhaltung, den Unterhalt und den Betrieb der Bundesautobahnen folgende Ausgaben aus der Brutto-Maut zu tragen:

„Brutto-Maut“
./. Kompensation für Kfz-Steuerausfälle
./. Reduktion um System- und Erhebungskosten Toll Collect
./. Reduktion um sonstige Zuschüsse und Ausgaben
Mittel für Neu- und Ausbau, Erhaltung, Unterhalt und Betrieb

Soweit die Mittel aus der Brutto-Maut für Neu- und Ausbau, Erhaltung, Unterhaltung und Betrieb nicht ausreichen, erhält die Gesellschaft in **Phase 1** nach den Modell-Annahmen auf das Geschäftsbesorgungsentgelt einen **Unterdeckungsausgleich** aus dem Haushalt.

Von dem geschilderten Ausgangsszenario „Brutto-Maut“ leiten sich die Annahmen für die modellmäßige Darstellung von *Phase 2* ab. Diese Phase ist annahmegemäß dadurch gekennzeichnet, dass der Gesellschaft ein sog. öffentlich-rechtlicher Nießbrauch eingeräumt wird. Durch den öffentlich-

rechtlichen Nießbrauch wird die Gesellschaft Besitzer der Bundesautobahnen und stellt diese dem Bund gegen Ausgabenersatz betriebsbereit zur Überlassung an die Nutzer zur Verfügung.

In Szenario 1 wird allerdings unterstellt, dass der Gesetzgeber bereits im Jahre 2024 erhobene Straßenbenutzungsabgaben (Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe) der Gesellschaft in einem Umfang zuweist, dass sie schon ab diesem Zeitpunkt vollständige aus Nutzerentgelten finanziert werden kann („**frühe Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte**"). Zahlungen aus dem Haushalt, und damit ein „Unterdeckungsausgleich", werden in der Folge nicht mehr benötigt. Damit kann in diesem Szenario nach den Modellannahmen bereits zu Beginn von Phase 2 das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen an die Gesellschaft übertragen werden, was zu Zwecken der Planungsrechnung entsprechend unterstellt wird. Zugleich wird die Gesellschaft annahmegemäß Gläubigerin der Nutzungsentgelte (Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe); sie stellt damit den Nutzern die Bundesautobahnen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zur Verfügung. Damit fallen im Szenario 1 Phase 2 und Phase 3 annahmegemäß zusammen.

(2) Szenario 2

Szenario 2 geht wie Szenario 1 davon aus, dass die Gesellschaft in Phase 1 eine Vergütung auf Basis der gegenwärtigen **Brutto-Maut** sowie einen **Unterdeckungsausgleich** erhält. Aus der Brutto-Maut sind auch die zu Szenario 1 skizzierten Abzugsbeträge zu finanzieren.

Abweichend von Szenario 1 geht Szenario 2 davon aus, dass in Phase 2 noch keine Finanzierung der Gesellschaft aus Nutzerentgelten erfolgt. Bis Ende 2027 sieht das Modell daher vor, dass der Gesellschaft Einnahmen auf Basis der Lkw-Maut für die Bundesautobahnen zugewiesen werden, im übrigen jedoch zur Deckung der Ausgaben neben der **Brutto-Maut** nach wie vor ein „**Unterdeckungsausgleich**" aus dem Haushalt gezahlt wird.

Für Szenario 2 gehen die Modellannahmen davon aus, dass erst ab dem Jahr 2028 eine vollständige Finanzierung der Gesellschaft aus erhobenen Nutzerentgelten gewollt ist („**späte Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte**"). Szenario 2 dient insoweit auch der Abschätzung der Auswirkungen einer gewissen Konservierung der gegenwärtigen Verhältnisse der Nutzerfinanzierung auf die mit dem Reformvorhaben insgesamt verfolgten

Ziele. Dadurch wird Szenario 2 zeigen, dass wesentliche Reformziele auch bereits ohne den „letzten Schritt“ einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf die Gesellschaft erreicht werden können.

(3) Szenario 3

Dieses Szenario 3 geht von einem Sachverhalt aus, der einnahmeseitig zunächst mit dem geplanten Beginn der Erhebung der Infrastrukturabgabe nach dem InfrAG gegeben sein wird. Annahmegemäß ab 2020 wird der Bund neben der Lkw-Maut auch die Infrastrukturabgabe erheben. Von beiden Abgaben wird unterstellt, dass sie der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von Beginn ihrer Betriebstätigkeit an (*Phase 1*) zunächst als sog. **Netto-Maut** und mithin nur in dem Umfang zugewiesen werden, wie Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe effektiv zur Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur für die Bundesautobahnen zur Verfügung stehen werden. Als Netto-Maut wird damit die Maut bezeichnet, die nach Abzug der im BMVI für die Erhebung Lkw-Maut anfallenden Personalkosten für die Nutzung der Bundesautobahnen (nicht: der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs) vereinnahmt wird, abzüglich aller „direkt“ aus der Maut finanzierten Ausgaben, soweit diese durch den Bund aus Einnahmen darzustellen sind, die auf den Bundesautobahnen anfallen. Bei dem vom Bund in diesem Szenario direkt aus der Lkw-Maut zu tragenden Lasten handelt es sich um die Beträge zur Kompensation der Kfz-Steuerausfälle, die Kosten für den Betreiber (derzeit Toll Collect) bzw. den Betrieb des Mauterhebungssystems und die sonstigen Zuschüsse und Ausgaben, die von den Mauteinnahmen derzeit finanziert werden. „Nettomaut“ im vorstehenden Sinne ist damit dasjenige Mautaufkommen, das der Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur für die Bundesautobahnen nach § 11 BFStrMG zur Verfügung steht. Zusammengefasst ergibt sich damit die **Netto-Maut** schematisch wie folgt:

Lkw-Mauteinnahmen gesamt
./. Lkw Mauteinnahmen sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs
./. Personalkosten BMVI für Erhebung Lkw-Maut
„Brutto-Maut“
./. Kompensation für Kfz-Steuerausfälle
./. Reduktion um System- und Erhebungskosten Toll Collect
./. Reduktion um Sonstige Zuschüsse und Ausgaben
„Netto-Maut“

Eine graphische Gegenüberstellung der Betrachtungen „Brutto-Maut“ und „Netto-Maut“ vermittelt die nachfolgende Abbildung 7.

Abbildung 7: Gegenüberstellung von sog. Brutto- und sog. Netto-Maut

Hinsichtlich der Infrastrukturabgabe nach dem InfrAG wird insoweit fiktiv von einem jährlichen Netto-Erlös in Höhe von EUR 500 Mio. bis einschließlich 2027 ausgegangen.

Die ab dem Jahr 2020 erhobene Infrastrukturabgabe in der angenommenen Höhe von EUR 500 Mio. jährlich wird in diesem Szenario annahmegemäß für einen Zeitraum von acht Jahren in der gegenwärtig geplanten Form erhoben. Neben diesem Aufkommen und dem Aufkommen aus der Lkw-Maut wird weiterhin ein Unterdeckungsausgleich aus dem Haushalt gezahlt. Dies gilt nach den oben genannten Modellannahmen mithin auch für Phase 2. Erst im Anschluss wird die Zuführung aus der vom Bund erhobenen Infrastrukturabgabe annahmegemäß erhöht, so dass mit Beginn von Phase 3 bzw. für die Zeit ab 2028 eine Vollfinanzierung der Gesellschaft aus Nutzerentgelten unterstellt wird. Auch in Szenario 3 zeigt der Zeitraum 2020 bis 2027 (einschließlich) somit auf, welche Effekte sich für die Ziele des Reformvorhabens ergeben können, falls künftige Gesetzgeber ihre Zwecksetzungskompetenz hinsichtlich der Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen anderweitig ausüben und es somit nicht zu einer vollständigen Finanzierung der Gesellschaft aus Nutungsentgelten kommt.

Hinzuweisen ist auf den Umstand, dass die Zuweisung der „Netto-Maut“ in Szenario 3 nach den Modellannahmen nur bis zum Ende von Phase 2 erfolgt. Mit Beginn von Phase 3, das heißt nach den getroffenen Annahmen mit Beginn des Jahres 2028, erhält die Gesellschaft nach den Modellannahmen Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe in kostendeckender Höhe, womit die Voraussetzungen zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen vorliegen, in deren Folge die Gesellschaft annahmegemäß Mautgläubigerin wird. Als solche würde die Gesellschaft dann allerdings die **Brutto-Maut** erhalten, was in der Planungsrechnung zu berücksichtigen ist. Ab Phase 3 unterstellen wir damit auch im Szenario 3, dass die Zahlung der Abzugsbeträge, die bisher nach § 11 Abs. 1 Satz 2 ff. und Abs. 2 BFStrMG vorgesehen sind, von der Gesellschaft veranlasst wird. Wenn es ab Beginn 2028 nicht zu einer parallelen Aufkommenskompetenz zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der Weise kommen soll, dass dem Bund das auf die Bedienung von Zuschüssen und Kompensationszahlungen entfallende Mautaufkommen zustehen soll, und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft das zur Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur für die Bundesautobahnen verbleibende Aufkommen, was wir an dieser Stelle annehmen, dann werden somit die „verteilungsrelevanten“ Mautanteile ab dem Jahr 2028 auch in Szenario 3 von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zunächst zu vereinnahmen und sodann zu verteilen sein.

Alternativ wäre hinsichtlich der Aufkommenskompetenz allerdings auch eine entsprechende „Zuständigkeitsteilung“ zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft denkbar und zahlenmäßig modellierbar, was wir einstweilen jedoch nicht weiter vertieft haben.

Einen zusammenfassenden Überblick über die in den Szenarien gerechneten Erlösstrukturen vermittelt die nachfolgende Abbildung 8.

Zusammenfassung der Szenarien ab Phase 1

Abbildung 8: Zusammenfassung der Szenarien ab Phase 1

cc) Phasenabbildung

Bezogen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Gesellschaft in den einzelnen Phasen ihrer Geschäftsentwicklung ergibt sich aus den genannten Szenarien folgendes:

(1) Transformationsphase

Die *Transformationsphase* (2017 bis 2019) ist szenarioindifferent. Sie dient der Vorbereitung der Geschäftstätigkeit. Wir gehen davon aus, dass der Bund die Gesellschaft aus Haushaltsmitteln finanziert. Die Finanzierung erfolgt anfänglich durch Einlagen und anschließend durch das Geschäftsbesorgungsentgelt. In der Planungsrechnung wird vereinfachend ausschließlich von Geschäftsbesorgungsentgelten im Rahmen des sog. Unterdeckungsausgleiches ausgegangen. Es werden erste Personalausgaben der Gesellschaft sowie Kosten für externe Beratungsleistungen unterstellt. Anlagevermögen wird bis auf die Mittel zur Deckung der Stammeinlage (EUR 25.000) noch nicht ausgewiesen.

(2) Phase 1

Phase 1 (2020 bis 2023) zeichnet sich dadurch aus, dass die Gesellschaft aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrages ihre Ausgaben für wahrgenommene Straßenbaulastaufgaben des Bundes für die Bundesautobahnen erstattet bekommt. Dies gilt sowohl für ihre eigenen Ausgaben als auch für die Ausgaben bei der Beauftragung privater Dritter für den Neu- und Ausbau, die Instandhaltung und den Unterhalt der Bundesautobahnen. Hierbei wird es sich im Wesentlichen um Entgelte für öffentliche Bauaufträge, öffentliche Lieferaufträge und öffentliche Dienstleistungsaufträge handeln. Im Ergebnis werden die von Dritten bezogenen Lieferungen und Dienstleistungen unter den vereinfachenden Annahmen der Planungsrechnung an den Bund zu Selbstkosten „durchgereicht". Hinzu kommt die Erstattung der eigenen Ausgaben der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Die Gesellschaft erhält die Lkw-Maut (in den sachlichen Abgrenzungen von Szenario 1 bzw. 3) aufgrund eines Nießbrauchs an der sog. Ersatzforderung des Bundes gegenüber dem Systembetreiber (derzeit Toll Collect) erfüllungshalber zugewiesen und erhält im Übrigen einen „Unterdeckungsausgleich" aus dem Haushalt zur vollständigen Deckung ihrer Ausgaben. In den Szenarien 1 und 2 wird der Gesellschaft die Brutto-Maut und im Szenario 3 die Netto-Maut zugewiesen.

In Szenario 3 erhält die Gesellschaft die Netto-Maut und zudem jährlich EUR 500 Mio. aufgrund eines entsprechenden Nießbrauchs an den Forderungen des Bundes gegenüber den abgabepflichtigen Kfz-Haltern zugewiesen. Der aus dem Bundeshaushalt bereitzustellende Unterdeckungsausgleich mindert sich entsprechend. Die Zuweisung von Maut bzw. Infrastrukturabgabe erfolgt nur erfüllungshalber als Zahlung auf den Ausgabenerstattungsanspruch aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag.

(3) Phase 2

Zu Beginn von *Phase 2* (2024 bis 2027) wird der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vom Bund unentgeltlich ein nicht übertragbarer „öffentlich-rechtlicher Nießbrauch" an allen Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen bestellt (vgl. zur Unterscheidung des Nießbrauchs an Forderungen des Bundes gegenüber Dritten einerseits [*Phase 1*] vom Nießbrauch an den Bundesautobahnen andererseits [*ab Phase 2*] Abschnitt D.I.4. (ab Seite 190) sowie ausführlich **Anlage 7**). Die Gesellschaft erhält auf öffentlich-rechtlicher Grundlage in Anlehnung an die Vorschriften zum zivilrechtli-

chen Nießbrauch den Besitz an den Bundesautobahnen. Damit werden bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung die beschafften und eigenen Leistungen der Gesellschaft nicht mehr an den Bund „eins zu eins“ durchgereicht. Vielmehr stellt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgrund des Rechts zum Besitz an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen diese dem Bund nunmehr betriebsbereit gegen Erstattung der Ausgaben zur Verfügung, damit dieser die Bundesautobahnen wiederum den Nutzern gegen oder ohne Entgelt zur Verfügung stellen kann.

In Szenario 1 („**frühe Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte**“) wird angenommen, dass eine *vollständige* Finanzierung der in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft anfallenden Wegekosten durch Nutzerentgelte bereits zu Beginn von Phase 2 gegeben ist (s. o.). Sofern diese Prämisse unterstellt wird, könnte die Gesellschaft in Szenario 1 zu Beginn von Phase 2 das Risiko der Bereitstellung der Bundesautobahnen selbst tragen. Sie wäre mithin bereits zu diesem Zeitpunkt zur Übernahme der mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Chancen und Risiken in der Lage („Tragfähigkeit“). In der Folge könnte der Bund bereits zu diesem frühen Zeitpunkt auch die Bedingungen herbeiführen, unter denen die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Mautgläubigerin wird und ihr zu diesem Zwecke das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen übertragen, indem er sich zugleich mit der Einräumung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Bundesautobahnen in der unter Abschnitt D.I.4.c) [ab Seite 197] bzw. in **Anlage 8** beschriebenen Weise zum Wertersatz verpflichtet. Diese Konstellation wurde in Szenario 1 gerechnet. Hier geht das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen bei modellhafter Betrachtung mithin bereits zu *Beginn von Phase 2* vom Bund auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft über. Der Umstand, dass die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen gewidmet und für den Gemeingebrauch bestimmt sind, steht dem nicht entgegen. Wesentlicher wertbildender Faktor ist die Verpflichtung des Bundes, den Verkehrswert der Vermögensgegenstände bei Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen. Damit partizipiert die Gesellschaft an den Chancen und Risiken, die mit der Entwicklung des Verkehrswertes einhergehen.

Im Falle einer „frühen“ Vollfinanzierung der Gesellschaft aus Nutzungsentgelten wird die ursprünglich für Phase 3 angestrebte Zielstruktur bereits zu Beginn der 2. Phase, das heißt nach den getroffenen Modellannahmen

bereits zu Beginn des Jahres 2024 erreicht. Bereits zu diesem Zeitpunkt würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei den getroffenen Annahmen über eine auskömmliche Einnahmenbasis aufgrund von Nutzerentgelten (Lkw-Maut, Infrastrukturabgabe) verfügen, wirtschaftlicher Eigentümer der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen sein und als „Mautgläubigerin“ agieren. Die Gesellschaft würde ihre Umsatzerlöse von den Nutzern der Bundesautobahnen und nicht mehr aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Bund erzielen.

Die Mittelverwendungsrechnung, das Bilanzbild sowie die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft werden für den Fall „frühe Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte“ innerhalb von Szenario 1 nachfolgend in Unterabschnitt c) dargestellt.

In Szenario 2 haben wir unterstellt, dass die Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu Beginn von Phase 2 noch nicht vollständig aus erhobenen Nutzungsabgaben gedeckt werden. Gleichwohl macht die Bestellung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Bundesautobahnen auch in dieser Konstellation bereits Sinn. Denn die Gesellschaft würde bereits durch diesen Schritt *gegenüber dem Bund* eine im Vergleich zu Phase 1 größere Verantwortung für die Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzungsüberlassung an Dritte übernehmen. Dieser Schritt ist im Sinne einer wirtschaftlichen Steuerung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund auch dann zweckmäßig, wenn die Kosten der Bereitstellung der Bundesautobahnen noch nicht gleich zu Beginn von Phase 2 vollständig aus Straßenbenutzungsabgaben gedeckt werden. In diesem Fall würde die Übertragung des *wirtschaftlichen* Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf die Gesellschaft, wenn überhaupt, in einem *gestuften* bzw. *gestreckten* Verfahren erfolgen, nämlich in der Weise, dass zugunsten der Gesellschaft zunächst nur der öffentliche-rechtliche Nießbrauch bestellt wird, während der zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ergänzend notwendige Wertersatzanspruch des Bundes erst später begründet wird.

Auch für den Fall „späte Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte“ innerhalb von Szenario 2 werden die Mittelverwendungsrechnung, das Bilanzbild sowie die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft nachfolgend in Abschnitt c) dargestellt. Im Gegensatz zur Variante „frühe Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte“ wird dabei angenommen, dass die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für von ihr

getätigte Investitionen nicht zu einer Aktivierung in der Bilanz der Gesellschaft führen. Auch eine Bilanzierung als „Bauten auf fremden Grund und Boden“ scheidet aus, da der Bund im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages die Anschaffungs- und Herstellungskosten trägt. Die Gesellschaft wird damit insoweit annahmegemäß im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung tätig (siehe auch nachfolgend unter D.II.2.b)cc) [ab Seite 230]).

Der Nießbrauch selbst wird in der Planungsrechnung nicht aktiviert, da unterstellt wird, dass er unentgeltlich übergeht und so bestellt würde, dass er nicht verkehrsfähig ist. Ferner wird angenommen, dass der Nießbrauch nicht selbständig bewertbar wäre, da der Entgeltanspruch der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegen den Bund in dieser Variante erst zusammen mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag begründet wird, weil die Gesellschaft ohne das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen nach den für die integrierte Planungsrechnung gesetzten Annahmen nämlich noch nicht Mautgläubigerin ist. Dies spricht dafür, dass der Nießbrauch ohne Wertersatzanspruch nur im Zusammenhang mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag und mithin nicht selbstständig bewertbar wäre. Insofern würde der öffentlich-rechtliche Nießbrauch (noch) nicht die Voraussetzungen für die Annahme (Bilanzierung) eines Vermögensgegenstandes erfüllen. Wegen der Einzelheiten verweisen wir insoweit auf **Anlage 8**.

Szenario 2 behält damit die Grundüberlegung bei, der Gesellschaft den Besitz an den Bundesautobahnen einzuräumen und die Brutto-Maut zuzuweisen, verschiebt aber den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen nach Maßgabe der im Modell unterstellten Annahme, dass eine Vollfinanzierung durch Nutzungsentgelte erst ab Phase 3 möglich ist. Damit erhält die Gesellschaft in diesem Szenario in Phase 2 einen Unterdeckungsausgleich aus dem Haushalt.

Für Szenario 3 gelten für Phase 2 im Grundsatz die zu Szenario 2 gemachten Aussagen entsprechend. Allerdings besteht mit der Netto-Maut sowie der unterstellten jährlichen Zuweisung von EUR 500 Mio. eine andere Finanzierungsgrundlage.

(4) Phase 3

Wie oben aufgezeigt, wird Phase 3 für das **Szenario 1** nicht relevant, da hier annahmegemäß bereits in Phase 2 eine vollständige Finanzierung der Gesellschaft aus Nutzungsentgelten und damit die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums sowie der Mautgläubigerstellung vom Bund an die Gesellschaft erfolgen.

In **Szenarien 2** und **3** verpflichtet sich der Bund nach den Modellannahmen erst zu Beginn von **Phase 3**, das heißt zum Stichtag 31. Dezember 2027 / 01. Januar 2028, Wertersatz für den Fall der Beendigung des Nießbrauchs zu bestellen.

Im Falle einer solcherart *gestuften* Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums, welche in der Sache dadurch entsteht, dass die vollständige Finanzierung der Gesellschaft aus erhobenen Straßenbenutzungsabgaben annahmegemäß erst später erfolgt, ist Phase 3 dadurch gekennzeichnet, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Inhaberin des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen nunmehr in die Stellung der Infrastrukturbetreiberin vorgerückt und damit als Mautgläubigerin an die Stelle des Bund getreten sein wird. Damit wird die Gesellschaft unter der Annahme ansonsten unveränderter Aufkommenskompetenzen nach § 11 BFStrMG auch in Szenario 3 Gläubigerin der Brutto-Maut und hat die entsprechenden Ausgaben zu tragen.

Die Nutzungsentgelte werden auch in dieser Zielstruktur weiterhin vom Deutschen Bundestag oder aufgrund eines Beschlusses des Bundestages festgesetzt, sind aber nach dem Modell der integrierten Planungsrechnung auskömmlich, um die Ausgaben bzw. die Kosten, die mit dem „Betrieb“ der Bundesautobahnen verbunden sind, zu tragen. Ein Unterdeckungsausgleich und Zahlungen aus dem Bundeshaushalt entfallen damit. Die Mittelverwendungsrechnung, das Bilanzbild sowie die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft werden für die Szenarien 2 und 3 ebenfalls in Abschnitt c) dargestellt.

Eine zusammenfassende Darstellung der in der integrierten Planungsrechnung abgebildeten Phasen vermittelt nachfolgende Abbildung 9 (vgl. insoweit auch bereits Abbildung 3).

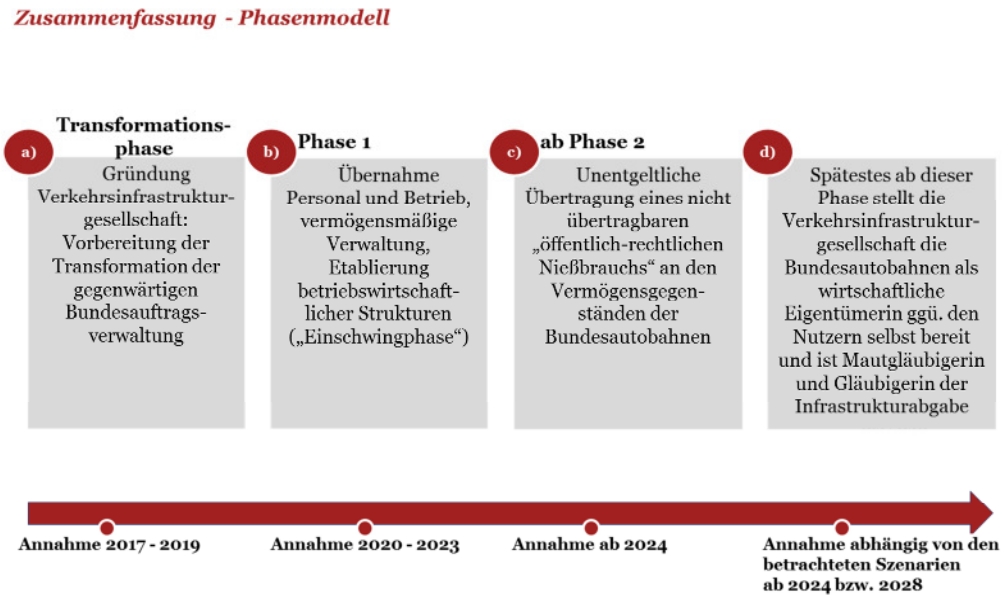

Abbildung 9: Umsetzung des Phasenmodells in Planungsrechnung

b) Annahmen für die Integrierte Planungsrechnung

Für die Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft in den beschriebenen Phasen geht die Planungsrechnung im Übrigen von bestimmten Annahmen und Vereinfachungen aus.

aa) Cash-Neutralität *versus* Ergebnis-Neutralität

Die Gesellschaft wird zunächst auf Basis einer Kostenerstattung durch den Bund tätig sein (in der Transformationsphase, in Phase 1 sowie grundsätzlich in Phase 2 mit Ausnahme von Szenario 1 – „frühe" Vollfinanzierung der Gesellschaft aus Nutzungsentgelten). Mit Erreichen der Zielstruktur (Beginn grundsätzlich in Phase 3 bzw. bereits zu Beginn Phase 2 im Szenario 1) wird die Gesellschaft kostendeckende Entgelte von den Nutzern erhalten (Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe). Die für eine ausgeglichene Liquiditätslage notwendigen Umsatzerlöse bzw. Einnahmen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wurden dabei als „Residualgröße" auf Basis der laufenden Aufwendungen und der aktivierungspflichtigen Kosten bzw. der damit verbundenen Ausgaben kalkuliert. In der Modellrechnung kann anstelle dieser sog. Cash-Neutralität der Erlösplanung, welche einen guten Vergleich mit der kameralistischen Sichtweise ermöglicht, auch eine ergebnisneutrale Erlösplanung vorgenommen werden, welche notwendig wäre, um in der Gewinn- und Verlustrechnung für die Gesellschaft ein ausgegli-

chenes Jahresergebnis zu erzielen. Nachfolgend beziehen sich die Angaben durchweg auf den Zielstatus „Cash-Neutralität“. Gewinnausschüttungen sind in keiner Phase vorgesehen.

In Konsequenz der Betrachtungsweise „Cash-Neutralität“ werden im Folgenden die Auswirkungen dargestellt, die sich ergeben, wenn „lediglich“ die *Ausgaben* erstattet werden. Dieser Ansatz führt dazu, dass nicht ausgabenwirksame Aufwendungen wie insbesondere Abschreibungen nicht erstattet werden. Damit werden zwar die Abschreibungen nach den modellmäßigen Annahmen nicht periodengetreu verdient bzw. wird der Werteverzehr nicht periodengetreu ausgeglichen. Jedoch wird die Gesellschaft nach den Modellannahmen zum Zeitpunkt der (Re-)Investition durch den Bund vollständig finanziert, so dass es der Ansparfunktion der Abschreibung – bei der modellmäßigen Betrachtung – insoweit nicht bedarf. Wenn die Aufwendungen in einzelnen Geschäftsjahren höher als die erstatteten Ausgaben sind, kommt es in der Gesellschaft zu Verlusten, ohne dass diese allerdings liquiditätswirksam werden. Umgekehrt kommt es zu buchmäßigen Überschüssen, wenn – insbesondere aufgrund von Investitionen – die Einnahmen aus der Erstattung von Ausgaben die Aufwendungen übersteigen. Ungeachtet dieser Effekte wird durch die Perspektive „Cash-Neutralität“ sichergestellt, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft idealtypisch stets – aber auch nur – mit der für die Aufgabenwahrnehmung *erforderlichen* Liquidität ausgestattet wird. In Phasen, in denen die Abschreibungen die Investitionen übersteigen, wird so vermieden, dass die Gesellschaft nach den Annahmen der Planungsrechnung Liquidität aufbaut, deren Höhe sich auf zweistellige Milliardenbeträge und mehr erstrecken könnte. Auch wird vermieden, dass die Gesellschaft Fremdmittel aufnehmen muss, wenn die Investitionen die Abschreibungen übersteigen.

bb) Weitere grundsätzliche Annahmen

Grundlagen zu laufenden Aufwendungen, Investitionen und deren Finanzierung werden nachfolgend beschrieben. Dabei gehen wir zunächst von Planwerten aus, ohne diese unter Berücksichtigung etwa anzunehmender Steigerungen der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung im Bereich der bezogenen Leistungen um *ex ante* angesetzte Prozentsätze abzuschmelzen. Die für die Gesellschaft geschätzten Personalkapazitäten (dazu nachfolgend unter Abschnitt dd)) bleiben in den Varianten und Szenarien konstant. Sog. *economies of scale* bleiben im Sinne einer konservativen Be-

trachtung also zunächst außer Betracht, werden aber Gegenstand der am Ende dieses Abschnitts dargestellten Potenziale zur Realisierung von Effizienzgewinnen sein.

Für die langfristige, indikative Planungsrechnung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wurden verschiedene Annahmen zu möglichen Kostenpositionen getroffen, wobei die Aufwandspositionen (Investitionen, sächliche Kosten des Betriebsdienstes, sächliche Kosten Personal, sonstige betriebliche Ausgaben einschließlich Zuschüsse) grundsätzlich mit einer Preissteigerungsrate von 1,6 % *p. a.* fortgeschrieben worden sind. Ein sog. Streckennetzwachstum wurde bei den in der Planungsrechnung angesetzten Positionen durchweg nicht berücksichtigt.

cc) Einzelne Bilanzpositionen

Die Annahmen für **Investitionen** reflektieren den Mittelbedarf für Neubau und Erweiterung, Erhaltung sowie Um- und Ausbau der Bundesautobahnen, für Rastanlagen, Telematik sowie Kfz und für Geräte der Erhaltung. Die realisierten Investitionen in das Bundesautobahnnetz sind buchmäßig – aus Sicht der Gesellschaft – grundsätzlich erst dann zu erfassen bzw. zu aktivieren, wenn die Gesellschaft aufgrund des vom Bund eingeräumten Wertersatzanspruches im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Nießbrauch wirtschaftlicher Eigentümer des Autobahnnetzes ist.

Eine Aktivierung von Investitionen der Gesellschaft als **Bauten auf fremden Grund und Boden** scheidet während des Zeitraums, in dem ein öffentlich-rechtlicher Nießbrauch ohne Wertersatzanspruch bestellt wird, aus. Die Gesellschaft wird in diesem Zeitraum nach den getroffenen Annahmen auf Basis des Geschäftsbesorgungsvertrages im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Bundes tätig. Der Bund trägt bis zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums, also in den Phase 1 und 2, auf der Grundlage des Geschäftsbesorgungsvertrages die Anschaffungs- und Herstellungskosten für von der Gesellschaft vorzunehmende bzw. geplante Investitionen. Die Gesellschaft führt substanzverbessernde Maßnahmen im Netz sowie Neu- und Ausbauvorhaben ihrerseits in Erfüllung ihrer Pflichten unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag, mithin im Hinblick auf einen Rechtsgrund aus. Einen gesetzlichen Wertersatzanspruch nach §§ 951, 812 BGB erlangt die Gesellschaft gegenüber dem Bund gelegentlich ihrer Investiti-

onstätigkeit somit nicht. Ein vertraglicher Wertersatzanspruch unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag wäre ebenfalls nicht vorzusehen, da der Bund der Gesellschaft die Investitionskosten bereits als Teil der Vergütung bereitstellt. In Fällen, in denen die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Nießbrauchers durch den Eigentümer getragen werden, kommt eine Bilanzierung von Bauten auf fremden Grund und Boden nicht in Betracht,

> *(vgl. Schubert/F. Huber, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 10. Auflage 2016, § 266 HGB, Rn. 451, sowie zur bilanzsteuerrechtlichen Beurteilung Leicht, in: Beck´sches Steuer- und Bilanzlexikon, Edition 3/16, Stichwort „Gebäude auf fremden Grund und Boden", Rn. 1, 3 und 5.*

Eine Bilanzierung der Investitionen auf Ebene der Gesellschaft ist vor Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auch nicht dadurch geboten, dass der Gesellschaft voraussichtlich über die gesamte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer eine rechtlich abgesicherte Nutzungsberechtigung aufgrund des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs eingeräumt werden wird. Unter der Voraussetzung der für den Geschäftsbesorgungsvertrag vorgesehenen Kostenerstattung sind insoweit noch dem Bund trotz Bestellung des Nießbrauchs wirtschaftlich Lasten und Nutzen zuzurechnen.

Anstatt über einen – nach der hier vorgeschlagenen Gestaltung *nicht* gegebenen – gesetzlichen Wertersatzanspruch der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach §§ 951, 812 BGB könnte sich die Aktivierbarkeit der von der Gesellschaft in Phase 2 (im Fall der „späten Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte") getätigten Investitionen im Übrigen auch mit der Erwägung ergeben, aufgrund des öffentlichen-rechtlichen Nießbrauchs verfüge die Gesellschaft über ein Recht, dessen Ausübung gelegentlich substanzverbessernder Baumaßnahmen im Bestandsnetz zur Begründung von **Scheinbestandteilen** im Sinne von § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB führe. In der Folge würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ggf. Eigentümerin an den so möglicherweise entstehenden Scheinbestandteilen werden. Scheinbestandteile müssen sich tatbestandlich dabei nicht zwingend nur auf unwesentliche Bestandteile erstrecken, sondern könnten theoretisch zum Beispiel auch ein Brückenbauwerk umfassen, wenn dieses als Ersatzbauwerk für ein abgängiges Bestandsbauwerk errichtet würde.

Es ist evident, dass die Entstehung von Scheinbestandteilen an den Bundesautobahnen in direkter Zielkonkurrenz zu den eigentumsrechtlichen

Vorgaben des Reformvorhabens stünde und schlicht auszuschließen ist. In der weiteren Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Bund und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist insofern darauf zu achten, dass solcherart Rechtsreflexe ausbleiben und im Rechtsverhältnis zwischen Bund und Gesellschaft entsprechend Vorsorge getroffen wird. Hierzu kann aus heutiger Sicht z. B. auch die im Geschäftsbesorgungsvertrag vorzusehende Regelung gehören, dass substanzverbessernde Maßnahmen („Investitionen") durch die Gesellschaft nicht „in Ausübung eines Rechtes" im Sinne von § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeführt werden, wobei im Zusammenhang mit einem solchen Recht an den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch zu denken wäre, sondern in Erfüllung der unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag bestehenden (und zu regelnden) Pflichten, den von der Gesellschaft aufzustellenden und vom Bund als Gesellschafter zu genehmigenden Realisierungs- und Investitionsplan umzusetzen. Mit Blick auf diese Gestaltungsempfehlung wird in der Planungsrechnung auch für die Phase, in welcher die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft noch nicht wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen ist, wohl aber bereits Inhaberin des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs, keine Aktivierung von Investitionen in der Bilanz der Gesellschaft für Bauten auf fremdem Grund und Boden im Sinne von § 266 Abs. 2 HGB (Bilanzposten A. II. 1, letzte Alternative) vorgesehen.

Kfz und Geräte werden stets ab 2020 aktiviert, da zu diesem Zeitpunkt der Übergang des Personals sowie von Vermögensgegenständen angenommen wird, die von der Auftragsverwaltung für die Verwaltung der Bundesautobahnen eingesetzt werden.

Für die Zwecke der Planungsrechnung wird ansonsten davon ausgegangen, dass die Aktivierung der **Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen** grundsätzlich erst ab dem Jahr 2024 (Szenario 1, Phase 2) bzw. ab dem Jahr 2028 (Szenario 2, Phase 3, , sowie Szenario 3) erfolgt. Bis zu diesem Zeitpunkt (in der Modellrechnung für die Jahre 2020 bis 2023) werden von der Gesellschaft Investitionen in das Autobahnnetz für den Bund getätigt, an diesen geliefert und die Kosten durch den Bund über das Geschäftsbesorgungsentgelt ausgeglichen. In dieser Phase bilden sich die Investitionen damit nicht in der Bilanz der Gesellschaft ab.

Der Ansatz für Investitionskosten (d. h. für Neubau und Erweiterung, Erhaltung, Um- und Ausbau, Rastanlagen, Telematik sowie Kfz und Geräte) wurde am 30. Mai 2016 durch das BMVI für das Jahr 2020 wie folgt angegeben:

	TEUR	Anteil
Neubau und Erweiterung	1.100.000	26,19%
Erhaltung	2.550.000	60,71%
Um- und Ausbau, Rastanlagen	400.000	9,52%
Telematik	100.000	2,38%
Kfz und Geräte	50.000	1,19%
	4.200.000	100,00%

Abbildung 10: Annahmen der Investitionskosten für das Basisjahr 2020

Diese Werte wurden – wie bereits oben beschrieben – mit einer Preissteigerungsrate von 1,6 % *p. a.* ab 2021 fortgeführt.

Forderungen und Verbindlichkeiten werden in der Bilanz nicht abgebildet, da unterstellt wurde, dass alle Forderungen und Verbindlichkeiten zum Bilanzstichtag (31. Dezember eines Jahres) stets beglichen sein werden. In der Praxis wird diese idealtypische Annahme wohl nicht einzuhalten sein. Verbindlichkeiten für die Aufnahme von Fremdkapital sind ebenfalls *nicht* vorgesehen.

(Wesentliche) **Kassenbestände** werden bei einem auf Ersatz der Ausgaben basierenden Geschäftsmodell bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht gebildet. In der Praxis ist die Gesellschaft mit einem Liquiditätspuffer auf Eigen- oder Fremdkapitalbasis auszustatten, damit sie in der Transformationsphase sowie den Phasen 1 und 2 den Zeitraum zwischen Fälligkeit der Ausgaben und Eingang des Ausgabenersatzes bzw. in Phase 3 (respektive in Phase 2 im Szenario 1 „frühe“ Vollfinanzierung aus Nutzungsentgelten) den Zeitraum zwischen Fälligkeit der Ausgaben und Eingang der Einnahmen aus Maut und Infrastrukturabgabe überbrücken kann.

Rückstellungen werden grundsätzlich aus dem für die Verbindlichkeiten genannten Grund ebenfalls nicht abgebildet. Rückstellungen für Pensionen bzw. für Betriebsrenten werden nicht gebildet, da von der Annahme ausgegangen wird, dass die Vorsorge für Pensionen der zugewiesenen Beamten vom Dienstherrn (Bund) getroffen werden wird, an den die Gesellschaft entsprechende Erstattungen leistet. Demgegenüber leistet die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Vorsorge für die Altersversorgung ihrer Mitarbeiter selbst, indem sie Zahlungen an die VBL tätigt.

Nicht als Kosten bzw. Investitionen der Gesellschaft angesetzt werden **Rüstkosten** zum Aufbau eines Asset-Management-System für die Bundesautobahnen (ERP-System – Enterprise Ressource Planning). Es wird davon ausgegangen, dass der Bund diese Kosten für die Vermögensverwaltung der Bundesautobahnen ohnehin noch aufbringen wird. Die Ist-Aufnahme des Streckennetzes im Rahmen des Projektes „Staatliche Standards der Doppik“ sowie die damit verbundenen Systemkosten werden auf Ebene der Gesellschaft damit vernachlässigt. In der Praxis wird neben der Auskömmlichkeit der der Gesellschaft zugewiesenen Nutzerentgelte im Übrigen auch der künftige Erkenntnisstand des Bundes über die buchmäßige Erfassung und Bewertung *seiner* Vermögensgegenstände an den Bundesautobahnen einen nicht unerheblichen Einfluss auf den Zeitpunkt haben, ab dem die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zweckmäßig ist.

dd) Einzelne Positionen der Gewinn und Verlustrechnung

- **Abschreibungen**

Das Anlagevermögen wurde pauschal und „synthetisch“ in Anlehnung an die Wegekostenrechnung 2013 bis 2017 abgeschrieben, und zwar bei Investitionen in

- Neubau, Erweiterung, Um- und Ausbau, Rastanlagen und Erhaltung pauschal über 30 Jahre,
- Telematik über 15 Jahre und
- Kfz und Geräte über 6 Jahre.

In der Praxis ist ein differenziertes Vorgehen insbesondere unter Berücksichtigung der Vorgaben des HGB geboten. Naturgemäß wird es dabei zu Abweichungen zur integrierten Planungsrechnung kommen. Gleichwohl halten wir die getroffenen Annahmen für geeignet, einen ersten Überblick über die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vorhabens zu geben.

- **Personalkosten / Ermittlung Personalbestand**

Sowohl für die zugewiesenen Beamten als auch für die Beschäftigten sind die in der Planungsrechnung angesetzten Personalkosten jeweils einschließlich der Personalnebenkosten kalkuliert.

Arbeitshypothese für die aufgestellte Planungsrechnung war weiter, dass grundsätzlich alle Mitarbeiter (Angestellte und Beamte), die bisher im Rahmen der Auftragsverwaltung bei den Ländern für die Bundesautobahnen tätig sind, auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen. Den Umstand, dass im Zuge der Reorganisation voraussichtlich auch Mitarbeiter auf ein neu zu gründendes Bundesamt für Straßeninfrastruktur übergehen, haben wir aus Vereinfachungsgründen nicht gesondert abgebildet. In der Folge geht die Planungsrechnung für die Gesellschaft davon aus, dass die genannten Mitarbeiter (nach einer überschlägigen Hochrechnung rund 11.200 auf Basis von Vollzeitäquivalenten) vollständig in der Gesellschaft tätig sein werden, auch wenn im Einzelfall Mitarbeiter der Länder zum Bundesamt für Straßeninfrastruktur versetzt oder zu diesem abgeordnet werden. Nach der Bildung von Annahmen betreffend die Versetzung von Bediensteten der Auftragsverwaltungen zu einem möglicherweise zu errichtenden Bundesamt müssten die nachfolgenden Ausführungen dementsprechend noch weiter differenziert werden.

Da uns im Rahmen unserer Ermittlung der Personalanzahl keine hinreichend konkretisierten Daten über das in den Ländern derzeit mit den Bundesautobahnen beschäftigte Personal zur Verfügung standen, haben wir hilfsweise auf Angaben aus der Auftragsverwaltung des Freistaates Bayern zurückgegriffen. Aus Bayern liegen uns konkrete Zahlen zum Personaleinsatz im Bereich der Bundesautobahndirektion Nord vor. In Anbetracht dessen, dass Bayern als einziges Bundesland die BAB-Aufgaben in einer eigenen Organisation getrennt erledigt und rd. 19,4 % des bundesweiten Autobahnstreckennetzes betreut, haben wir eine Hochrechnung der Mitarbeiteranzahl anhand des Streckennetzfaktors von 9,84 auf den Bund vorgenommen.

Die Autobahndirektion Nord hat nach den uns vorgelegten Daten folgenden Personalbestand:

- 234 Beamte und 5 Anwärter,
- 1030 Angestellte,
- 23 Auszubildende,
- 26 beurlaubte MA und
- 12 Beschäftigte in Altersteilzeit.

In Summe sind (ohne Anwärter) 1.325 Beschäftigte im Aufgabenbereich der Autobahndirektion Nordbayern tätig. Aus dem Stellenplan Bayerns des Jahres 2015/2016 (Einzelplans 03 75) ergeben sich für die bayerischen Autobahndirektionen und die Landesbaudirektion insgesamt 2.424 Stellen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Mitarbeiterzahl in der Regel auf Grund von Teilzeitkräften über der Anzahl der Stellen liegt, sind die Angaben der Mitarbeiterzahl der Autobahndirektion Nordbayerns und die Stellen im Stellenplan insgesamt plausibel.

Werden die Stellen der Autobahndirektion Nordbayern auf das Bundesgebiet (streckennetzbasiert und linear) hochgerechnet, ergibt sich ein Stellenbedarf von rd. 11.200 Stellen, wovon 5.576 Mitarbeiter auf Beamte und Angestellte außerhalb des Betriebsdienstes entfallen.

Im Detail wurde der Übergang des Personals für die Beamten und Angestellten auf Grundlage der Angaben der Autobahndirektion Nordbayern wie folgt ermittelt.

Ermittlung der Mitarbeiteranzahl	
zusätzliche Mitarbeiter für Planung, Bau etc, Basis AD Nordbayern	569
Hochgerechnet auf den Bund mit Faktor 9,8 (Netz AD NB 1.316 km zu Netz Bund 12.949 km)	5.576
davon Beamte (133), hochgerechnet auf den Bund	1.303
davon Angestellte (436), hochgerechnet auf den Bund	4.273
nachrichtlich: Mitarbeiter gesamt (574 Betriebsdienst + 569 Planen, Bau etc. hochgrechnet mit Faktor 9,8)	**11.201**

Abbildung 11: Vorläufig angenommenes Personalgerüst 2020 bis 2046

Alternativ vorgenommene Schätzungen kamen für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf einen übergehenden Personalbestand zwischen 9.500 und 12.700 Mitarbeitern. Diese Schätzungen beruhten nicht allein auf Hochrechnungen nach Maßgabe der von einzelnen Ländern betreuten Streckennetzanteile, sondern auf einer zusätzlichen Betrachtung der in einzel-

nen Funktionen (Planung, Bau, Betrieb etc.) voraussichtlich notwendigen Kapazitäten. Der Ansatz von 11.200 Mitarbeitern für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erscheint daher auch insoweit als plausibel, als diese Anzahl dem Mittelwert zwischen 9.500 und 12.700 Mitarbeitern [= 11.100 Mitarbeiter] nahe kommt.

Die Personalkosten werden – abweichend von den Sachkosten – mit einer jährlichen Steigerung von 2,5 % fortgeschrieben.

- **Personalsachkosten**

Des Weiteren wurden als sächliche Kosten auf Grundlage des BMF-Schreibens vom 11. Mai 2016 resultierend aus dem angenommenen Personalübergang von 5.576 Beamten und Angestellten zum 1. Januar 2020 pro Mitarbeiter EUR 17.550 (Basisjahr 2015) angesetzt und mit der Preissteigerungsrate in Höhe von 1,6 % *p. a.* ab dem Jahr 2016 fortgeschrieben. Zur Vereinfachung und mangels besserer Erkenntnisse wurde die Anzahl der Vollzeitarbeitsplätze mit der Anzahl der Mitarbeiter gleichgesetzt. Für das Jahr 2020 ergibt sich ein Gesamtbetrag in Höhe von rd. EUR 106 Mio.

- **Aufwand für den Betreiber des Mautsystems / Aufwand für das Mautsystem**

Die Zahlungen für den Betreiber des Mautsystems nach dem BFStrMG (Toll Collect) in Höhe von EUR 500 Mio. brutto – abgeleitet aus Mautnebenrechnungen des BMVI für die Jahre 2013 bis 2015 –wurden in den Szenarien 1 und 2 im Materialaufwand berücksichtigt, nicht aber in Szenario 3 bis einschließlich Phase 2, in welchem die Systemkosten aufgrund der Netto-Maut-Betrachtung außerhalb der Gesellschaft abgebildet sind. Ab Phase 3 trägt auch im Szenario 3 die Gesellschaft diese Ausgaben [vgl. insoweit den Hinweis am Ende von Abschnitt D.II.2.a)bb) (ab Seite 214)]. Eine jährliche Preissteigerungsrate in Höhe von 1,6 % wurde bei den Ausgaben für den Systembetreiber aufgrund der Vorgaben durch unseren Auftraggeber insoweit nicht berücksichtigt. Für den Fall, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft später einmal selbst Betreiber des Mautsystems werden sollte, haben wir unterstellt, dass die eigenen Kosten denen eines externen Systembetreibers entsprechen. Ferner haben wir zu Zwecken der integrierten Planungsrechnung unterstellt, dass keine zusätzlichen Systemkosten durch die Einführung und Erhebung der Infrastrukturabgabe entstehen und die in

der Planungsrechnung angesetzten Netto-Erlöse aus dieser Abgabe in Höhe von EUR 500 Mio. (s. o.) demzufolge dauerhaft zur Verfügung stehen.

- **Zuschüsse**

Zuschüsse der Europäischen Union, die lediglich weitergereicht werden und somit sowohl als Einnahmen als auch als Ausgaben aufzuführen wären, sind nicht angesetzt worden. In der Haushaltsrechnung 2013 noch enthaltene EFRE-Mittel sind Jahr 2013 ausgelaufen. Angabegemäß werden derzeit keine Mittel aus sonstigen Programmen abgerufen.

Sonstige Zuschüsse wie z. B. zur Förderung der Aus- und Weiterbildung sowie zur Förderung von Umwelt und Sicherheit werden in Szenario 1 von der Gesellschaft ausgereicht und somit aufwandswirksam angesetzt. In Szenario 3 werden diese wegen der Netto-Maut-Betrachtung auf Ebene der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bis einschließlich Phase 2 nicht im Aufwand angesetzt.

- **Weitere sonstige betriebliche Aufwendungen**

Sonstige betriebliche Aufwendungen wurden der Haushaltsrechnung 2013 (rd. EUR 52 Mio.) entnommen und beinhalten u. a. Gerichts- und Sachverständigenkosten, sächliche Verwaltungskosten sowie Aufwendungen für Forschung. Inwieweit Aufwendungen dieser Art bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft tatsächlich anfallen werden, hängt insbesondere von den weiteren Entscheidungen des Bundes zur Realisierung einer Aufbauorganisation für die Gesellschaft ab.

- **Gründungs- und Ingangsetzungskosten**

Der Bereich Gründungs- und Ingangsetzungskosten (2017 bis 2019) bzw. Beratungskosten (2020 bis 2023) umfasst nur die Kosten, die als Einmalkosten im Rahmen der Errichtung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als unbedingt notwendig erachtet anfallen können. Die vorgenannten Kosten werden für den Zeitraum von 2017 bis 2019 (Transformationsphase) auf ein als unbedingt notwendiges Maß in Höhe von EUR 35 Mio. und für die Jahre 2020 bis 2023 (Phase 1) insgesamt auf ca. EUR 20 Mio. geschätzt. Die Gründungs- und Ingangsetzungskosten wurden nicht aktiviert und als Betriebsausgaben erfasst.

ee) Steuerliche Annahmen

Bei den erfolgten Ansätzen wurden zur Vereinfachung für den Zeitraum 2017 bis 2046 keinerlei ertragsteuerliche Effekte berücksichtigt. Nach erster Prüfung wäre eine Ertragsteuerbefreiung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Gesetzgeber gestaltbar, soweit diese gewollt ist,

> *siehe Vermerk „Möglichkeit der Befreiung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von der Körperschaftsteuer durch Aufnahme in den Katalog des § 5 Abs. 1 KStG und von der Gewerbesteuer durch Aufnahme in den Katalog des § 3 GewStG – Ansatzpunkte für die Begründung einer Befreiung durch den Gesetzgeber von PwC, beigefügt als* ***Anlage 6.***

Dies gilt gleichermaßen für die Grunderwerbsteuer; auch hier empfiehlt sich auf Grund der Ausführungen von PwC eine klarstellende gesetzliche Regelung, dass bei Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums vom Bund auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine grunderwerbsteuerpflichtigen Tatbestände verwirklicht werden.

Für den Zeitraum von 2017 bis 2023 (für Szenario 1 mit früher Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte) bzw. 2017 bis 2027 (für Szenario 2 mit später Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte und Szenario 3) wurde davon ausgegangen, dass aus den Eingangsumsätzen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine Vorsteuer gezogen wird und bei den Ausgangsumsätzen keine Belastung des Bundes durch Umsatzsteuer erfolgt. Hierbei wurde unterstellt, dass die Gesellschaft für diesen Zeitraum als sog. sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) qualifiziert. Wie die Sachverhalte final zu beurteilen sind, ist derzeit noch nicht zu vorherzusehen, da Abstimmungen mit der Finanzverwaltung insbesondere im Hinblick auf die Anwendung jüngster EuGH-Rechtsprechung auf das beabsichtigte Vorhaben erfolgen müssen.

Für das Szenario 1 wurden ab dem Jahr 2024, für die Szenarien 2 und 3 im Übrigen ab 2028 umsatzsteuerliche Effekte in das Modell aufgenommen. Auslösendes Ereignis für eine Veränderung der noch für Phase 1 geltenden umsatzsteuerlichen Gegebenheiten ist, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Infrastrukturbetreiberin und Mautgläubigerin durch die Vereinnahmung von Entgelten von den Nutzern der Bundesautobahnen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (Lkw-Maut, Infrastrukturabgabe)

als umsatzsteuerliche Unternehmerin im Sinne des § 2 UStG qualifiziert. Durch die Vereinnahmung von (wesentlichen) Entgelten von Dritten wären die Voraussetzungen für die Annahme einer sonstigen Einrichtung des öffentlichen Rechts nicht mehr gegeben.

Zudem wurden lediglich für den Bund isoliert für das Jahr 2028 die umsatzsteuerlichen Auswirkungen dargestellt, um eine überschlägige Größenordnung der umsatzsteuerlichen Wirkungen zu gewinnen, die zu erwarten sind, sobald die Gesellschaft im eigenen Namen und auf eigene Rechnungen gegenüber den Nutzern der Bundesautobahnen abrechnet.

Zu den insoweit angestellten steuerlichen Erwägungen verweisen wir auf die Ausführungen in Abschnitt D.III.1. (ab Seite 266) zur Umsatzsteuer und in Abschnitt D.III.2. (ab Seite 270) zu den Ertragsteuern.

Weitere Einzelheiten zu den Grundlagen und Annahmen der Planungsrechnung sind in einer sog. **Anleitung** zur Erläuterung des Modells zur integrierten Planungsrechnung 2017 bis 2046 dokumentiert, die uns vorliegt und im **Anlagenkonvolut 4** enthalten ist.

c) Simulationsergebnisse

Die sich aus der Planungsrechnung ergebenden wirtschaftlichen Verhältnisse innerhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft werden im Folgenden dargestellt. Am Ende des Abschnitts werden die Auswirkungen möglicher angenommener Effizienzgewinne abgeschätzt.

aa) Mittelverwendung

Die Mittelverwendung zeigt an, in welcher Höhe die der Gesellschaft annahmegemäß zur Verfügung stehenden Mittel in bestimmte Verwendungen fließen. Auf Grundlage der integrierten Planungsrechnung lassen sich für ausgewählte Geschäftsjahre (2017, 2020, 2024 und 2046) die nachfolgenden Aussagen zu den voraussichtlichen künftigen Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft treffen. Bei den folgenden Zahlenangaben ergeben sich darstellungsbedingt teilweise Rundungsdifferenzen. Effizienzgewinne aus der Optimierung des Beschaffungswesens sind in den nachfolgenden Darstellungen (noch) nicht berücksichtigt worden.

(1) Szenario 1, „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte

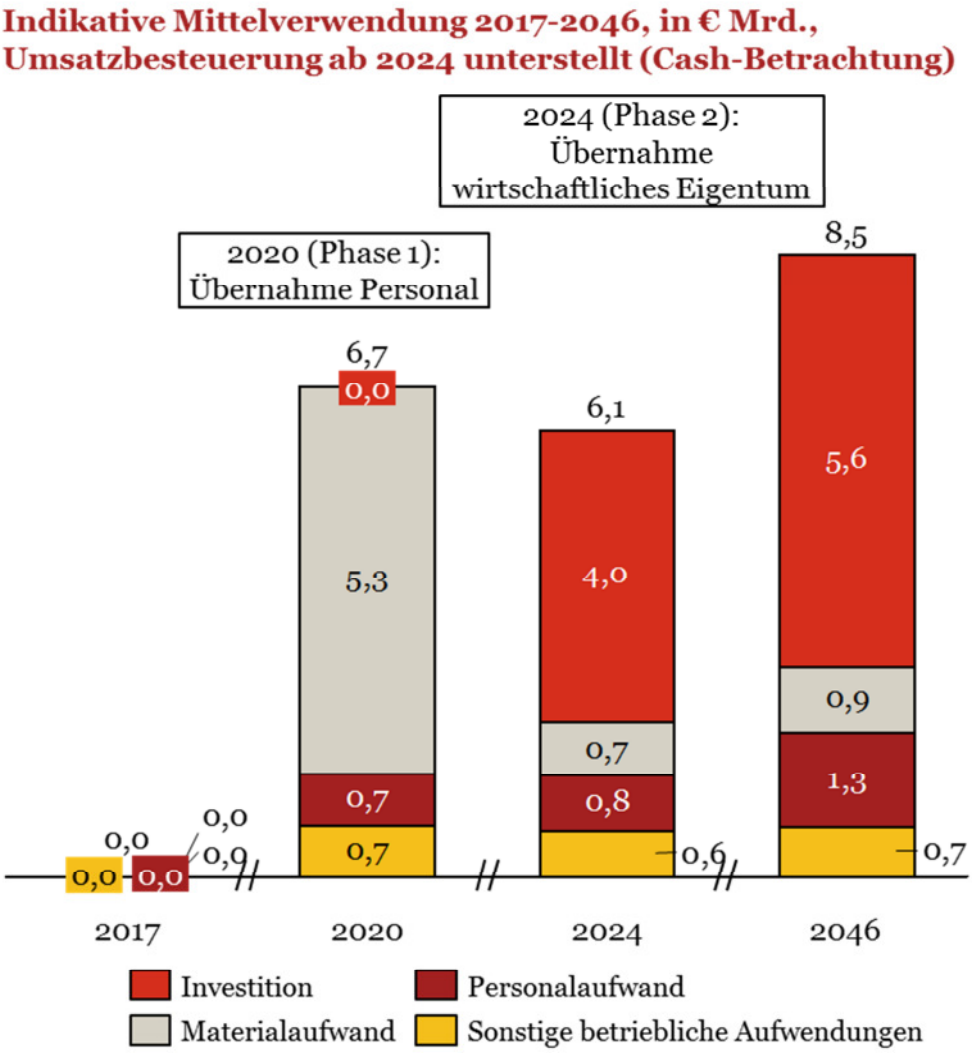

Abbildung 12: Entwicklung wesentlicher Ausgabeposten bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 1)

Die Absenkung der Ausgaben in 2020 zu 2024 ist im Szenario einer „frühen“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte im Wesentlichen durch den Umstand getrieben, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in diesem Szenario bereits ab 2024 selbst Entgelte von den Nutzern der Bundesautobahnen erzielt. Die Gesellschaft erbringt damit Leistungen gegen Entgelt. Diese Leistungen unterliegen der Umsatzbesteuerung, so dass die Gesellschaft im Gegenzug zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Der Vorsteuerabzug senkt die Kosten für bezogene Leistungen. Dies macht sich in erster Linie bei den Investitionskosten bemerkbar. Im Materialaufwand werden auch die Kosten für den Systembetreiber zur Einziehung der Maut ausge-

wiesen. Die sonstigen betrieblichen Aufwendungen werden durch die weiterzuleitenden Mautmittel für die Kompensation von Kfz-Steuerausfällen und die auszureichenden Zuschüsse geprägt.

Der kostensenkende Effekt des Vorsteuerabzuges für die Gesellschaft wird auch aus der Gegenüberstellung mit der Mittelverwendung in der zweiten Alternative („späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte) von Szenario 1 deutlich.

(2) Szenario 2, „späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte

Die indikative Mittelverwendung stellt sich bei einer „späten“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte wie folgt dar:

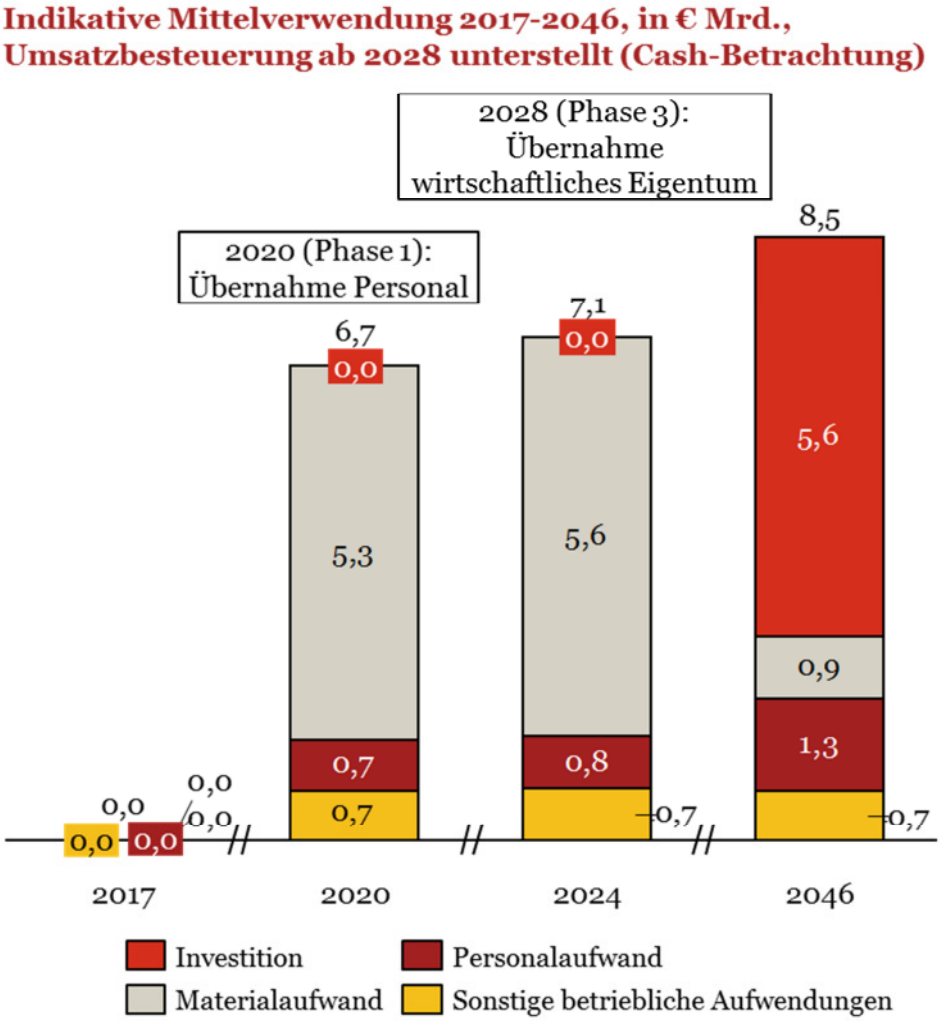

Abbildung 13: Entwicklung wesentlicher Ausgabeposten bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 2: sog. Brutto-Maut-Betrachtung)

Für die (einzelnen) Jahre 2017, 2020 und 2046 ergeben sich für die Szenarien 1 und 2 keine Unterschiede. In 2024 erhöhen sich jedoch die Kosten und damit der Mittelbedarf der Gesellschaft bei einer späten Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte, da aus den Eingangsrechnungen für bezogene Leistungen nach den Modellannahmen noch keine Vorsteuer gezogen werden kann. Dementsprechend fallen für die Abwicklung desselben Investitionsvolumens höhere Investitionskosten, ein höherer Materialaufwand und höhere sonstige betriebliche Aufwendungen an. Die Personalkosten bleiben konstant.

(3) Szenario 3

Für Szenario 3 ergibt sich:

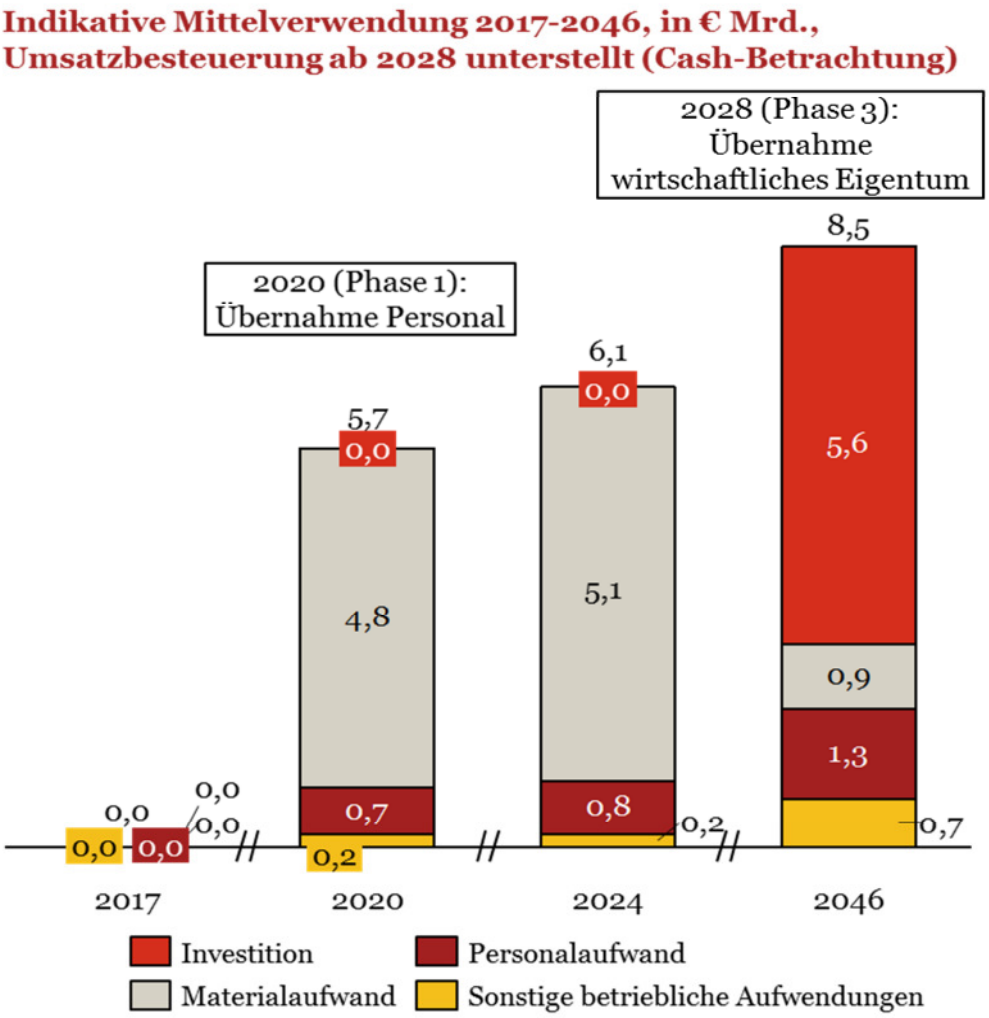

Abbildung 14: Entwicklung wesentlicher Ausgabeposten bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 3: sog. Netto-Maut-Betrachtung)

Im Szenario 3 wird die Gesellschaft wie bei einer späten Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte im Szenario 2 nach den gesetzten Annahmen Anfang 2028 Unternehmer und vorsteuerabzugsberechtigt. Gegenüber Szenario 1 erhält die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bis Ende Phase 2 nur die Netto-Maut. Naturgemäß sind bis dahin „spiegelbildlich“ auch ihre Kosten und Ausgaben geringer. Damit entfallen Ausgaben für den Systembetreiber bzw. den Betrieb der Mauterhebung und für die Ausreichung von Zuschüssen. Ebenso sind im Szenario 3 bis Ende 2027 keine Zahlungen an den Bund zur Kompensation von Kfz-Steuerausfällen zu leisten. Dieser Umstand bildet sich in den Übersichten für 2020 und 2024 ab. Ab Beginn von Phase 3 (2028) erhält die Gesellschaft hingegen auch in Szenario 3 die Brutto-Maut, muss aber die entsprechenden Abzugsbeträge tragen. Entsprechend erhöhen sich der Materialaufwand (aufgrund der Zahlungen für den Systembetreiber) und die sonstigen betrieblichen Aufwendungen (insbesondere Kompensationszahlungen wegen des Ausfalls von Kfz-Steuer und Zuschüsse an das Kraftfahrgewerbe).

Für 2017 ergeben sich keine Unterschiede zwischen allen Szenarien bzw. Alternativen. Wie dargelegt, verhält sich die Transformationsphase unter den getroffenen Annahmen szenarioindifferent.

bb) Bilanzbilder

Das ***Bilanzbild*** der Gesellschaft wird sich Laufe ihrer Entwicklungsphasen ändern. Während sie in der Gründungsphase kaum über Aktiva und Passiva verfügen wird, wird die Gesellschaft nach Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen eine Bilanzsumme im dreistelligen Milliarden-Bereich ausweisen.

Die Investitionen werden bei den Basisannahmen ohne die Auswirkungen der Wirtschaftlichkeitsgewinne dargestellt.

Die indikative Passivseite der Bilanz könnte zuerst das mit der Übertragung des Vermögens verbundene Eigenkapital in Form einer Kapitalrücklage widerspiegeln. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Posten „Bilanzgewinn/-verlust“ im Sinne der nachstehenden Abbildungen zum jeweiligen Bilanzstichtag die kumulierten Jahresergebnisse aus den Gewinn- und Verlustrechnungen (d. h. Jahresüberschüsse bzw. -fehlbeträge) der Vorjahre sowie

des betreffenden Jahres beinhaltet. Insoweit ist das im jeweiligen Jahr in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesene Jahresergebnis nicht direkt in der jeweiligen Jahresbilanz ablesbar.

Überschlägig und grob geschätzt kann sich das Bilanzbild in etwa wie folgt entwickeln:

(1) Ausgangsbilanz

Grundlage der Überlegungen ist die komprimierte Darstellung der *hypothetischen* Bilanz der Gesellschaft per 31. Dezember 2013. Als hypothetisch wird die Bilanz bezeichnet, da die Gesellschaft zum 31. Dezember 2013 nicht bestand und ihr auf diesen Zeitpunkt daher auch keine Vermögensgegenstände und Schulden zugeordnet werden konnten. Hypothetisch ist die Ausgangsbilanz des Weiteren insoweit, als sie unterstellt, in den Ländern seien bereits heute die in der Verwaltung der Bundesautobahnen gebundenen Vermögensgegenstände sachlich abgegrenzt. Tatsächlich muss die sachliche Abgrenzung der Betriebsteile „Bundesautobahn" in der Transformationsphase erst noch erfolgen (siehe dazu unter Abschnitt E.I. [ab Seite 458]). Die hypothetische Darstellung der Ausgangsbilanz als „Als-Ob-Bilanz" einer integrierten „Bundesautobahnverwaltung" dient indes methodisch als Grundlage für die rechnerische Herleitung der Bilanzansätze zum unterstellten Zeitpunkt des wirtschaftlichen Vermögensübergangs zum Ende von Phase 2 bzw. zu Beginn von Phase 3.

Im Einzelnen ergibt sich zum 31. Dezember 2013 unter Bezugnahme insbesondere auf die aktuelle Wegekostenrechnung für die Jahre 2013 bis 2017 folgendes (hypothetisches) Bild (Angaben in Mio. EUR):

Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - Bilanz

	2013
Straßen und Brückenbauwerke	108.448
Immaterielle Vermögensgegenstände	17
Technische Anlagen und Maschinen	53
Anlagevermögen	**108.518**
Vorräte	62
Forderungen aus L&L	349
Umlaufvermögen	**411**
Kasse	0
Aktiva	**108.929**
Stammkapital	0
Kapitalrücklage	109.731
Bilanzgewinn/-verlust	-1.383
Eigenkapital	**108.348**
Sonderposten aus Zuweisung Investition	**39**
Verbindlichkeiten aus L&L	542
Fremdkapital	0
Passiva	**108.929**

Abbildung 15: Hypothetische Ausgangsbilanz für eine Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zum 31. Dezember 2013

Für die Jahre 2017 bis 2046 kann unter den gesetzten Annahmen grob überschlägig von folgender Entwicklung (jeweils zum 31. Dezember) ausgegangen werden:

(2) Bilanzbild Szenario 1, „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte

Entwicklung unter Berücksichtigung von Szenario 1, („frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte), Angaben in Mio. EUR:

Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - Bilanz

	2017	2020	2024	2028	2046
Straßen und Brückenbauwerke	0	0	123.426	126.322	123.722
Telematik	0	0	2.564	2.312	2.232
Kfz und Geräte	0	1.014	799	793	831
Anlagevermögen	**0**	**1.014**	**126.789**	**129.427**	**126.785**
Vorräte	0	0	0	0	0
Forderungen aus L&L	0	0	0	0	0
Umlaufvermögen	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**
Kasse	0	0	0	0	0
Aktiva	**0**	**1.014**	**126.789**	**129.427**	**126.785**
Stammkapital	0	0	0	0	0
Kapitalrücklage	0	1.108	126.250	126.250	126.250
Bilanzgewinn/-verlust	0	-94	539	3.177	534
Eigenkapital	**0**	**1.014**	**126.789**	**129.427**	**126.785**
Verbindlichkeiten aus L&L	0	0	0	0	0
Fremdkapital	0	0	0	0	0
Passiva	**0**	**1.014**	**126.789**	**129.427**	**126.785**

Abbildung 16: Bilanzentwicklung bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 1- ab 2024)

Auf die Darstellung der Stammeinlage wird verzichtet, da diese nach den gesetzten Annahmen lediglich EUR 25.000 beträgt.

Für die Transformationsphase wurde zur Vereinfachung auf den Ansatz von Vermögensgegenständen verzichtet. In der Praxis werden unter Umständen Geschäfts- und Betriebsausstattung sowie erworbene Lizenzen (IT) zu bilanzieren sein.

Phase 1 wird geprägt durch den Zugang von Kfz und Geräten zu den Aktiva. Dementsprechend erhöht sich die Kapitalrücklage. Dem entspricht die Annahme, dass die in der Verwaltung der Bundesautobahnen gegenwärtig bereits gebundenen Geräte (Fuhrpark, Betriebs- und Geschäftsausstattung) von den Ländern für Rechnung des Bundes und mit dessen Mitteln erworben worden sind und dass dieser sie in die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unentgeltlich einlegt.

Ab dem Jahr 2024 wird das Anlagevermögen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei einer frühen Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte maßgeblich durch die übertragenen Straßen- und Brückenbauwerke bestimmt. Es

wird von einer Sacheinlage ausgegangen, so dass sich Kapitalrücklage und damit das bilanzielle Eigenkapital entsprechend erhöht.

Bei der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums am Streckennetz auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird von einem Verkehrswert in Höhe von ca. EUR 123 Mrd. (01. Januar 2024) gemäß Fortschreibung der Werte der Wegekostenrechnung 2013 bis 2017 (inklusive ÖPP-Projekte) ausgegangen. Es wird angenommen, dass ein Anteil von 50 % dieses Vermögens abgeschrieben wird, wohingegen es sich bei den verbleibenden 50 % um nicht abzuschreibende Werte wie z. B. Grund und Boden sowie schwere Erdarbeiten handelt. Zusätzliche Vermögenspositionen wären Telematik sowie Kfz und Geräte.

Der der Abschreibung unterliegende Anteil des Bestandsvermögens der Bundesautobahnen wäre über einen durchschnittlichen Zeitraum von 30 Jahren abzuschreiben; Neuinvestitionen würden zu 100 % jeweils über 30 Jahre bzw., soweit für Telematik entfallend, über 15 Jahre abgeschrieben. Kfz werden über 6 Jahre abschrieben. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Abschreibungsdauer als synthetische Zusammenfassung der spezifischen Abschreibungsdauern der unterschiedlichen Anlagen und Komponenten einer Bundesautobahn darstellt und sich an der Wegekostenrechnung orientiert. Schon geringfügige Änderungen dieser Planungsannahme dürften erhebliche Auswirkungen auf das Bilanzbild der Gesellschaft, aber auch auf deren Gewinn- und Verlustrechnung sowie auf ihren externen Finanzierungsbedarf haben. In der betrieblichen Praxis können daher die Bilanzansätze ein anderes Bild ergeben (siehe die Erläuterung zur integrierten Planungsrechnung, beigefügt als **Anlagenkonvolut 4**).

Der ausgewiesene Bilanzverlust für das Jahr 2020 in Höhe von EUR 94 Mio., der in diesem Jahr dem Jahresfehlbetrag entspricht, resultiert daraus, dass die Abschreibungen das EBITDA

> *„Earnings before Interest, Tax, Deprecation and Amortization“ bzw. Gewinn vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände im Sinne von Abbildung 18 ff.*

übersteigen (siehe dazu nachfolgend Abschnitt D.II.2.c)cc) [ab Seite 250]). Dieser Effekt hält bis zum Jahr 2022 an, so dass sich zunächst der im Jahr 2020 ausgewiesene Bilanzverlust erhöht. In den Jahren von 2023 bis 2036

verhält es sich genau umgekehrt, d. h., dass das EBITDA über den Abschreibungen liegt, so dass ab dem Jahr 2024 im Saldo ein Bilanzgewinn ausgewiesen wird, wobei sich dieser ab dem Jahr 2037 durch jährliche Jahresfehlbeträge reduziert. Im Ergebnis besteht demnach per 31. Dezember ein Bilanzgewinn in Höhe von EUR 539 Mio. (2024), EUR 3.177 Mio. (2028) und EUR 534 Mio. (2046).

(3) Bilanzbild für Szenarien 2 und 3

Für Szenario 2 und Szenario 3 ergibt sich ein identisches Bilanzbild. In beiden Fällen findet der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums erst zum Jahr 2028 statt, weshalb die Bilanzstruktur identisch ist. Dieses gilt auch hinsichtlich der bilanziellen Konsequenzen der Einräumung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs, welche in beiden Fällen für das Jahr 2024 angenommen wird. Die Unterschiede im Liquiditätsfluss aus der Lkw-Maut (Brutto-Maut-Betrachtung einerseits, Netto-Maut-Betrachtung andererseits) wirken sich unter den gesetzten Annahmen (insbesondere keine Forderungen und Verbindlichkeiten) ausschließlich in der Gewinn- und Verlustrechnung, nicht hingegen in der Bilanz aus. Im Einzelnen stellt sich die Entwicklung des Bilanzbildes wie folgt dar (alle nachfolgenden Angaben in Mio. EUR):

Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - Bilanz

	2017	2020	2024	2028	2046
Straßen und Brückenbauwerke	0	0	0	128.965	124.571
Telematik	0	0	0	2.369	2.232
Kfz und Geräte	0	1.014	806	807	831
Anlagevermögen	**0**	**1.014**	**806**	**132.141**	**127.634**
Vorräte	0	0	0	0	0
Forderungen aus L&L	0	0	0	0	0
Umlaufvermögen	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**
Kasse	0	0	0	0	0
Aktiva	**0**	**1.014**	**806**	**132.141**	**127.634**
Stammkapital	0	0	0	0	0
Kapitalrücklage	0	1.108	1.108	132.000	132.000
Bilanzgewinn/-verlust	0	-94	-302	141	-4.367
Eigenkapital	**0**	**1.014**	**806**	**132.141**	**127.634**
Verbindlichkeiten aus L&L	0	0	0	0	0
Fremdkapital	0	0	0	0	0
Passiva	**0**	**1.014**	**806**	**132.141**	**127.634**

Abbildung 17: Bilanzentwicklung bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 2 – ab 2028, sowie Szenario 3)

Zum 31. Dezember 2024 weist die Bilanz der Gesellschaft in den Szenarien 2 und 3 als Aktiva nur Kfz und Geräte aus.

Bei der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums am Streckennetz zum 1. Januar 2028 wird von einem Verkehrswert in Höhe von ca. EUR 129 Mrd. (01. Januar 2028) gemäß Fortschreibung der Werte der Wegekostenrechnung 2013 bis 2017 (inklusive ÖPP-Projekte) auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausgegangen. Zusätzliche Vermögenspositionen wären wiederum Telematik sowie Kfz und Geräte. Der ausgewiesene Bilanzverlust für 2020 in Höhe von EUR 94 Mio., der in diesem Jahr dem Jahresfehlbetrag entspricht, resultiert daraus, dass die Abschreibungen das EBITDA übersteigen (s. o.). Dieser Effekt hält bis zum Jahr 2022 an, so dass sich zunächst der im Jahr 2020 ausgewiesene Bilanzverlust erhöht. In den Jahren von 2023 bis 2034 verhält es sich genau umgekehrt, d. h. dass das EBITDA über den Abschreibungen liegt, so dass ab dem Jahr 2028 (also 4 Jahre später als im Fall „frühe" Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte) im Saldo ein Bilanzgewinn ausgewiesen wird, wobei sich dieser ab dem Jahr 2035 durch jährliche Jahresfehlbeträge reduziert (also 2 Jahre früher als im Fall „frühe" Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte) bzw. ab dem Jahr 2041 zum Ausweis eines Bilanzverlustes führt. Im Ergebnis besteht demnach per 31. Dezember ein Bilanzverlust in Höhe von EUR – 302 Mio. (2024) und EUR – 4.367 Mio. (2046) bei einem zwischenzeitlichen Bilanzgewinn in Höhe von EUR 141 Mio. im Jahr 2028.

cc) Gewinn- und Verlustrechnung

(1) Grundlagen

Die indikative **Gewinn- und Verlustrechnung** stellt sich verkürzt wie folgt dar:

Unterstellt, die Einnahmen aus der Lkw-Maut werden der Gesellschaft zugewiesen und die Gesellschaft trägt alle mit den Bundesautobahnen in Verbindung stehenden Aufwendungen, so wird der Bund zusätzlich Mittel zur auskömmlichen Finanzierung der Aufgaben der Gesellschaft zur Verfügung stellen müssen, soweit der Gesellschaft nicht bereits Mautmittel in einem ausreichenden Umfang zur Verfügung stehen. Das Modell orientiert sich dabei an der Deckung der erforderlichen *Finanzmittel*. Für die Bemessung der Mittel wurde von einer strikten Orientierung an den Aufwendungen (inklusive Abschreibungen) abgesehen, um die Ausstattung der Gesellschaft mit Finanzmitteln auf das Notwendige zu beschränken (vgl. Ausführungen zur Cash-Neutralität unter D.II.2.b)aa) [ab Seite 228]).

Für die Ermittlung der **indikativen Gewinn- und Verlustrechnung** ist auf folgendes hinzuweisen:

Die (indikative) Gewinn- und Verlustrechnung ist in den einzelnen Betrachtungszeitpunkten stark vom jeweiligen Stand der Umsetzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft geprägt. So wird in der Transformationsphase (Jahre 2017 bis 2019) davon ausgegangen, dass noch keine Übernahme des gegenwärtigen Personals der Auftragsverwaltungen der Länder erfolgt. Ab dem Jahr 2020 (Start Phase 1) zeigt die Gewinn- und Verlustrechnung die Kosten aus der Übernahme des Personals sowie weiterer Ausgaben u. a. für Betriebsdienst sowie sonstige betriebliche Ausgaben wie Entgelt für den Systembetreiber (im Materialaufwand) und die Zahlungen an den Bund wegen der Kfz-Steuerausfälle. Die in den Abbildungen als Fehlbeträge ausgewiesenen Beträge hätte der Bund als weitere Geschäftsbesorgungsentgelte zu leisten, damit die Gesellschaft insgesamt über ein ausgeglichenes handelsrechtliches Jahresergebnis verfügt. Ab dem Jahr 2024 (Start Phase 2 Szenario 1) bzw. nach dem 31. Dezember 2027 (Ende Phase 2 – Szenario 2 und Szenario 3) trägt die GmbH mit Übernahme des wirtschaftlichen Eigentums die vollen Aufwendungen, d. h. einschließlich Abschreibungen und Erhaltungsmaßnahmen.

Aufwendungen für bezogene Leistungen ergeben sich in der Gesellschaft zur Erfüllung des in Abschnitt D.I. (ab Seite 184) erwähnten Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und dem Bund (2020 – 2023) in Phase 1.

Die angenommenen Umsatzerlöse der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft können sich bis zum Übergang der Gläubigerstellung hinsichtlich der Lkw-Maut und der Infrastrukturabgabe aus den folgenden Positionen zusammensetzen:

- Zugewiesene Lkw-Maut aus Geschäftsbesorgungsvertrag
- Zugewiesene Infrastrukturabgabe aus Geschäftsbesorgungsvertrag
- Weitere Haushaltszahlungen aus Geschäftsbesorgungsvertrag (sog. „Unterdeckungsausgleich“)

Die zugewiesene Infrastrukturabgabe aus Geschäftsbesorgungsvertrag wird nach unseren Vorgaben lediglich in Szenario 3 in den Jahren 2020 bis 2027 (Phasen 1 und 2) in Höhe von jeweils EUR 500 Mio. vereinnahmt. In der

Praxis kann es zu abweichenden Zahlungsströmen kommen. Der sog. „Unterdeckungsausgleich“ ist in unterschiedlicher Höhe lediglich in der Transformationsphase und in der Phase 1 bzw. 2 dargestellt, um die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft „*cash*-neutral“ zu stellen. Die der Sache nach konstant zugewiesene Lkw-Maut aus Geschäftsbesorgungsvertrag ist in Szenario 1 („frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte) bis einschließlich 2023 in Höhe von EUR 4.039 Mio. ausgewiesen, ab 2024 sodann als Nettobetrag wegen der Umsatzsteuerentlastung in Höhe von EUR 3.390 Mio. Die Einnahmen aus der Lkw-Maut stehen über den gesamten Planungszeitraum zur Verfügung. In gleicher Weise wurde die Netto-Maut für Szenario 3 fortgeschrieben, wobei ab 2028 die Brutto-Maut anzusetzen ist, weil die Gesellschaft annahmegemäß zu diesem Zeitpunkt auch in diesem Szenario Mautgläubigerin ist.

Wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft selbst Gläubigerin von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe, so erzielt sie nach den für die integrierte Planungsrechnung gemachten Annahmen ausschließlich Entgelte von den Nutzern der Bundesautobahnen.

Die Abschreibungen nehmen mit zunehmender Investitionstätigkeit ab Übernahme des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen deutlich zu.

Weitere wesentliche Aufwandspositionen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sind Personalkosten, Betriebsdienst und sonstige betriebliche Ausgaben. Der angenommene Aufwand für den Betriebsdienst basiert auf Daten der Haushaltsrechnung 2013, bereinigt um den Personalaufwand, da dieser als separate Position aufgeführt wird.

Dies bedeutet für die Jahre 2017, 2020, 2024 und 2046 folgendes:

Für *2017* (gemäß Annahme Beginn der Transformationsphase) wird davon ausgegangen, dass die Gesellschaft gegründet wird und mit einem kleinen Mitarbeiterstamm die vorbereitenden Tätigkeiten aufnimmt. Soweit notwendig, werden die Mitarbeiter auch von Bund (und Ländern) gestellt, je nach Art der Tätigkeit ggf. gegen Kostenersatz. Planmäßig erzielt die Gesellschaft in 2017 Umsatzerlöse aus Geschäftsbesorgungstätigkeit in Höhe von EUR 12 Mio. (alternativ könnte die Gesellschaft durch Einlagen des Bundes finanziert werden). Diesen Erträgen stehen schätzungsweise Personal- und Rechtsformkosten in Höhe von EUR 2 Mio. sowie Ingangsetzungskosten in

Höhe von EUR 10 Mio. für die ersten Maßnahmen zur Vorbereitung und Optimierung der künftigen Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenüber.

Für *2020* (gemäß Annahme Beginn Phase 1) wird für die Planungen unterstellt, dass die Gesellschaft die Geschäftstätigkeit und das *gesamte* Personal der Bundesautobahnverwaltung der Länder von geschätzt rund 11.200 Mitarbeitern übernimmt.[17] Der Bund erstattet alle Aufwendungen für das Planen, Bauen, Finanzieren, den Betrieb, die vermögensmäßige Verwaltung der Bundesautobahnen sowie den Aufwand zur Ingangsetzung und für die laufende Geschäftstätigkeit aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages.

(2) Szenario 1, „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte

Unter den getroffenen Annahmen ergibt sich für diesen Fall folgendes Bild (alle nachfolgenden Angaben in Mio. EUR):

Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - G&V

	2017	2020	2024	2028	2046
Lkw-Maut aus Geschäftsbesorgungsvertrag	0	4.039	0	0	0
Lkw-Maut (Gläubigerin Verkehrsinfrastrukturgesellschaft)	0	0	3.390	3.385	3.355
Zugewiesene Infrastrukturabgabe*	0	0	0	0	0
Zuschüsse EU	0	0	0	0	0
Sonstige Zuschüsse	0	0	0	0	0
Weitere Haushaltszahlungen (Unterdeckungsausgleich)*	12	2.674	0	0	0
ISA (Gläubigerin Verkehrsinfrastrukturgesellschaft)*	0	0	2.723	3.099	5.164
Summe Betriebserträge	**12**	**6.713**	**6.113**	**6.483**	**8.519**
Materialaufwand	0	5.261	748	770	885
Personalaufwand	2	685	754	832	1.297
Sonstige betriebliche Aufwendungen	10	717	631	641	693
Summe Betriebsaufwendungen	**12**	**6.663**	**2.133**	**2.242**	**2.875**
EBITDA	**0**	**50**	**3.980**	**4.241**	**5.643**
Abschreibungen	0	144	3.137	3.694	6.521
EBIT	**0**	**-94**	**843**	**547**	**-878**
Zinsaufwendungen	0	0	0	0	0
EBT	**0**	**-94**	**843**	**547**	**-878**
Steuern	0	0	0	0	0
Jahresüberschuss/ -fehlbetrag	**0**	**-94**	**843**	**547**	**-878**

Abbildung 18: Entwicklung der Gewinn- und Verlustrechnung für Szenario 1 bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2024)

Es wird in Szenario 1 für 2020 mit Umsatzerlösen in Höhe von TEUR 6.713 gerechnet, davon TEUR 4.039 aus zugewiesener Lkw-Maut aus Geschäftsbesorgungsvertrag und EUR 2.674 Mio. aus Haushaltsmitteln (sog. „Unterdeckungsausgleich“). Die Kosten für das Personal betragen 2020 schät-

[17] In der Praxis wird ein Teil der Mitarbeiter bei einem neu zu errichtenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur beschäftigt werden. Da insoweit noch keine näheren Planungen vorliegen, wird dieser Personalaufwand der Vollständigkeit halber zunächst bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erfasst, s.o.

zungsweise EUR 685 Mio., die sächlichen Kosten für den Betriebsdienst EUR 366 Mio. Der größte Posten mit geschätzt EUR 5.261 Mio. entfällt auf die für Neubau, Ausbau und Erhaltung der Bundesautobahnen im eigenen Namen und auf Rechnung des Bundes bezogenen Fremdleistungen (z. B. Bauleistungen) auf Kosten für Telematik und Kfz sowie für Geräte und auf die Kosten für den Systembetreiber. Für sonstige betriebliche Aufwendungen – insbesondere Sachkosten – sind weitere EUR 717 Mio. veranschlagt. Zu den sonstigen betrieblichen Aufwendungen zählen insbesondere die Zahlungen für die Kompensation von Kfz-Steuerausfällen in Höhe EUR 150 Mio. sowie die Ausreichung von Zuschüssen an das Kraftfahrgewerbe in Höhe von EUR 398 Mio.

Für das Jahr 2024 (gemäß Annahme Beginn *Phase 2*) wird in der Plan-Gewinn- und Verlustrechnung in Szenario 1 davon ausgegangen, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen auf die Gesellschaft übergeht. Der Buchwert der übergehenden Vermögensgegenstände wird auf rd. EUR 123 Mrd. (Straßen- und Brückenbauwerke sowie Telematik) geschätzt, s.o. Die Gesellschaft soll sich nach den Modellannahmen ausschließlich aus Entgelten für die Überlassung der Bundesautobahnen zur Benutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs finanzieren können. Diese Modellannahme setzt voraus, dass bis zum Jahr 2024 neben die Lkw-Maut weitere Infrastrukturabgaben in entsprechender Höhe treten und von der Gesellschaft vereinnahmt werden. Für die Lkw-Maut selbst wird im Jahr 2024 nicht mehr von Erlösen in Höhe von 4.039 Mio. EUR, sondern nur noch von Erlösen in Höhe von 3.390 Mio. EUR ausgegangen. Grund ist die Kosten- und damit Einnahmenreduktion durch die Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs durch die Gesellschaft. Die mit dem Vorsteuerabzug einhergehenden Kostenreduktionen werden bei der Fortschreibung der Mautbemessungsgrundlage den mautpflichtigen Nutzern der Bundesautobahnen im Modell annahmegemäß und im Sinne einer konservativen Betrachtung "gutgeschrieben".

Mit den getroffenen Annahmen ergeben sich nach der integrierten Planungsrechnung Umsatzerlöse für 2024 in Höhe von EUR 6.113 Mio. Für das Jahr 2024 würde sich auf Basis der Annahmen für die Kosten der Gesellschaft ein Jahresüberschuss in Höhe von rd. EUR 843 Mio. ergeben.

Aufgrund der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen an den Bundesautobahnen ändert sich das Geschäftsmodell der Gesellschaft. Diese wird nunmehr im eigenen Namen und auf

eigene Rechnung tätig. Sie aktiviert Neu- und Ausbauten sowie aktivierungspflichtige Instandhaltungsaufwendungen. Ebenso hat die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Abschreibungen für den Werteverzehr der Vermögensgegenstände (EUR 3.137 Mio.) zu tragen. Im Übrigen bleibt es der Struktur nach bei den Aufwendungen wie für das Jahr 2020 beschrieben.

Für 2028 ergeben sich Umsatzerlöse in Höhe von EUR 6.483 Mio., Abschreibungen in Höhe von EUR 3.694 Mio. und ein Jahresüberschuss in Höhe von EUR 547 Mio.

Für 2046 wird mit Umsatzerlösen in Höhe von EUR 8.519 Mio., Abschreibungen in Höhe von EUR 6.521 Mio. und mit einem Jahresfehlbetrag in Höhe von EUR 878 Mio. gerechnet. Insoweit übersteigen die Abschreibungen die aktivierten Eigenleistungen.

(3) Szenario 2, „späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte

In Szenario 2 stellt sich in der Gewinn- und Verlustrechnung wie folgt dar (alle nachfolgenden Angaben in Mio. EUR):

Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - G&V	2017	2020	2024	2028	2046
Lkw-Maut aus Geschäftsbesorgungsvertrag	0	4.039	4.034	0	0
Lkw-Maut (Gläubigerin Verkehrsinfrastrukturgesellschaft)	0	0	0	3.385	3.355
Zugewiesene Infrastrukturabgabe*	0	0	0	0	0
Zuschüsse EU	0	0	0	0	0
Sonstige Zuschüsse	0	0	0	0	0
Weitere Haushaltszahlungen (Unterdeckungsausgleich)*	12	2.674	3.069	0	0
ISA (Gläubigerin Verkehrsinfrastrukturgesellschaft)*	0	0	0	3.099	5.164
Summe Betriebserträge	**12**	**6.713**	**7.103**	**6.483**	**8.519**
Materialaufwand	0	5.261	5.573	770	885
Personalaufwand	2	685	754	832	1.297
Sonstige betriebliche Aufwendungen	10	717	723	641	693
Summe Betriebsaufwendungen	**12**	**6.663**	**7.049**	**2.242**	**2.875**
EBITDA	**0**	**50**	**53**	**4.241**	**5.643**
Abschreibungen	0	144	51	3.804	6.621
EBIT	**0**	**-94**	**2**	**437**	**-977**
Zinsaufwendungen	0	0	0	0	0
EBT	**0**	**-94**	**2**	**437**	**-977**
Steuern	0	0	0	0	0
Jahresüberschuss/ -fehlbetrag	**0**	**-94**	**2**	**437**	**-977**

Abbildung 19: Entwicklung der Gewinn- und Verlustrechnung für Szenario 2 bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2028)

Für die Transformationsphase und Phase 1 (2017 und 2020) ergeben sich keine Unterschiede in der Gewinn- und Verlustrechnung zwischen Szenario 1 und 2.

Anders sieht es zum 31. Dezember 2024 aus. Wird mit Szenario 2 einer „späten“ Vollfinanzierung der Gesellschaft durch erhobene Nutzerentgelte der Vorzug gegeben, so geht das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen erst zu Beginn der Phase 3, mithin nach den Annahmen der integrierten Planungsrechnung zum 1. Januar 2028 über. Vorher erfolgen die Bilanzierung und damit die Abschreibungen für die Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen weiterhin beim Bund. Bei der Gesellschaft würden in Phasen 1 und 2 lediglich Kfz und Geräte abgeschrieben. Erst ab Phase 3 kämen die Abschreibungen auf Straßen und Brückenbauwerke sowie Telematik hinzu.

Im Vergleich zum Szenario 1 werden bei dem Szenario 2 in den Jahren 2024, 2028 und 2046 geringere Jahresüberschüsse bzw. ein höherer Jahresfehlbetrag erzielt. Dies liegt im Wesentlichen in dem Umstand begründet, dass mit der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auch die Mautgläubigerstellung übergeht. Damit wird die Gesellschaft vorsteuerab-

zugsberechtigt und braucht nur die Nettokosten der Investitionen zu tragen. Dies mindert die Investitionskosten und in der Folge die Abschreibungen. Kann die Gesellschaft den Vorsteuerabzug eher in Anspruch nehmen, wird dadurch die Ertragslage gestärkt. Wird der Vorsteuerabzug erst später in Anspruch genommen, sind die vom Bund übernommenen „Altanlagen“ mit den fortgeschriebenen Bruttoanschaffungskosten abzuschreiben.

(4) Szenario 3

Die Gewinn- und Verlustrechnung für dieses Szenario bildet sich wie folgt ab:

Verkehrsinfrastrukturgesellschaft - G&V

	2017	2020	2024	2028	2046
Lkw-Maut aus Geschäftsbesorgungsvertrag	0	2.991	2.986	0	0
Lkw-Maut (Gläubigerin Verkehrsinfrastrukturgesellschaft)	0	0	0	3.385	3.355
Zugewiesene Infrastrukturabgabe*	0	500	500	0	0
Zuschüsse EU	0	0	0	0	0
Sonstige Zuschüsse	0	0	0	0	0
Weitere Haushaltszahlungen (Unterdeckungsausgleich)*	12	2.174	2.569	0	0
ISA (Gläubigerin Verkehrsinfrastrukturgesellschaft)*	0	0	0	3.099	5.164
Summe Betriebserträge	**12**	**5.665**	**6.055**	**6.483**	**8.519**
Materialaufwand	0	4.761	5.073	770	885
Personalaufwand	2	685	754	832	1.297
Sonstige betriebliche Aufwendungen	10	169	175	641	693
Summe Betriebsaufwendungen	**12**	**5.615**	**6.001**	**2.242**	**2.875**
EBITDA	**0**	**50**	**53**	**4.241**	**5.643**
Abschreibungen	0	144	51	3.804	6.621
EBIT	**0**	**-94**	**2**	**437**	**-977**
Zinsaufwendungen	0	0	0	0	0
EBT	**0**	**-94**	**2**	**437**	**-977**
Steuern	0	0	0	0	0
Jahresüberschuss/ -fehlbetrag	**0**	**-94**	**2**	**437**	**-977**

Abbildung 20: Entwicklung der Gewinn- und Verlustrechnung für Szenario 3 und bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2028)

Die Umsatzerlöse („Top Line“) sind, da diese bis zur angenommenen Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums und der Mautgläubigerstellung Ende 2027 / Anfang 2028 auf der Netto-Maut basieren, gegenüber Szenario1, das auf der Brutto-Maut aufbaut, naturgemäß niedriger. Die Ergebnisse („Button Line“) von Szenario 3 sind mit Szenario 2 identisch. Ab 2028 sind für alle Szenarien die geplanten Erträge gleich hoch. Dies ergibt sich daraus, dass die Investitionskosten und weiteren Ausgaben identisch sind, da ab diesem Veranlagungszeitraum bei allen Sachverhaltsannahmen der Vorsteuerabzug vollständig in Anspruch genommen werden kann.

Wegen der Zusammensetzung der Netto-Maut wird auf Abschnitt D.II.2.a)bb) oben (ab Seite 214) verwiesen. Zudem brauchen von der Ver-

kehrsinfrastrukturgesellschaft bis zur Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums und der Maut-Gläubigerstellung die Aufwendungen für den Systembetreiber, die Ausreichung der Zuschüsse und die Zahlungen für die Kompensation der Kfz-Steuerausfälle nicht getragen werden. Im Übrigen ist der Aufwand identisch mit Szenario 2. Im Unterschied zu Szenario 1 erzielt die Gesellschaft in Szenario 3 im Zeitraum 2020 bis 2027 Umsatzerlöse aus „zugewiesener Infrastrukturabgabe" in Höhe von EUR 500 jährlich. Der Unterdeckungsausgleich reduziert sich entsprechend.

In Szenario 3 sind für 2028 nach der integrierten Planungsrechnung ein Ansatz von Einnahmen aus der Lkw-Maut in Höhe von EUR 3.385 Mio. sowie Infrastrukturabgaben in Höhe von ebenfalls schätzungsweise EUR 3.099 Mio. (netto) vorgesehen. Im Jahr 2046 betragen die Einnahmen aus der Lkw-Maut EUR 3.355 Mio., wohingegen sich die Erlöse aus der Infrastrukturabgabe im Jahr 2046 auf EUR 5.164 Mio. erhöhen. Dieser Effekt ist allerdings der Modellannahme geschuldet, dass Erlöse aus der Infrastrukturabgabe in der Planungsrechnung als Residualgröße behandelt und demzufolge so bemessen werden, dass die Gesellschaft bei den ansonsten gegebenen Einnahmen und Ausgaben liquiditätsmäßig neutral gestellt wird. Auf einer konkreten Aufkommensplanung basieren die in der Planungsrechnung ermittelten Erlöse aus der Infrastrukturabgabe demgegenüber nicht.

dd) Effizienzgewinne

Auch bei konstanter Fortschreibung der Kosten und *ohne* Ansatz von Effizienzgewinnen wären nach den Modellannahmen alle finanzwirksamen Aufwendungen gedeckt. Die vorgenannten Beträge sowie das Verhältnis zwischen Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe ergeben sich auf Basis der gemachten Annahmen. Die Praxis kann hiervon insbesondere mit fortschreitendem Zeitverlauf deutlich abweichen.

Durch die Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und das Aufsetzen von betriebswirtschaftlich ausgerichteten Strukturen und Abläufen können Effizienzgewinne insbesondere durch eine konsequent zentralisierte Beschaffung gehoben werden. Dies haben nach der Expertise von PwC Erfahrungen in vielen Branchen gezeigt. Durch eine Planungsrechnung können die Effizienzpotentiale quantifiziert werden. Hierfür wurden die Kostenannahmen für Investitionen (Neubau und Erweiterung, Erhaltung,

Um- und Ausbau, Rastanlagen sowie Betriebsdienst) um 2 %, 5 % bzw. 10 % reduziert. Diese Annahmen beruhen auf Erfahrungswerten von PwC, vgl. **Anlagenkonvolut 4**. Angabegemäß konnten in der Praxis bei einer konsequenten Optimierung und Zentralisierung Beschaffungsvorteile beobachtet werden, die in Einzelfällen den höchsten in der integrierten Planungsrechnung angenommenen Satz von 10 % noch überschreiten. Insofern wird die hiesige Betrachtungsweise als noch konservativ eingeschätzt. Der Hebung von Einsparungen bei der Beschaffung sollte in der Praxis besondere Bedeutung zukommen.

Die Kostenvorteile können unabhängig davon realisiert werden, ob das wirtschaftliche Eigentum übertragen wird bzw. ob es bei einem öffentlich-rechtlichen Nießbrauch ohne Wertersatzanspruch bleibt. Die Einsparungen aus einer konsequent gestrafften und optimierten Beschaffung setzen nicht voraus, dass die beschaffende Stelle auch wirtschaftlicher Eigentümer der bereits vorhandenen Bundesautobahnen bzw. der neu realisierten Maßnahmen wird.

Weiter wird darauf hingewiesen, dass realistischer Weise davon auszugehen ist, dass die Hebung von Wirtschaftlichkeitsvorteilen ein kontinuierlicher Prozess ist. Dieser geht einher mit der Optimierung von Strukturen und Abläufen. Daher wurde für die Reduktion der Kosten bei der Beschaffung eine Anlaufphase von zehn Jahren unterstellt. Die Planungsrechnung setzt für das Jahr 2017 somit jeweils noch Kosten und Finanzbedarf aus den getroffenen Basisannahmen an. Die Kosten für bezogene Leistungen werden im Folgenden aber über einen Zeitraum von zehn Jahren kontinuierlich reduziert, bis im Jahr 2027 in einer entsprechenden Szenario-Betrachtung Kostenreduktionen von insgesamt 2 %, 5 % bzw. 10 % der bezogenen Leistungen erreicht sind.

In der Praxis werden Beschaffungskostenvorteile erst nach einer gewissen Anlaufphase eintreten, können dann aber relativ hoch sein. Maßgeblich ist insoweit auch der Einsatz ausreichend dimensionierter Optimierungsbudgets. Im Zeitablauf wird die Kurve der Effizienzsteigerungen ggf. abflachen. Um keine Scheingenauigkeiten zu rechnen, wurde auf eine diesbezügliche Modulation verzichtet.

Für die Personalkosten wurden einstweilen keine Kostenreduktionen angenommen. Insbesondere ist das Mengengerüst für den Personalbestand konstant.

Ebenfalls nicht verändert wurden für Szenario 1 die Kosten für den Mautbetreiber (zurzeit Toll Collect) bzw. für das etwaige Betreiben des Mauterhebungssystems durch die Gesellschaft selbst. Entsprechendes gilt für sonstige Zuschüsse, da diese durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht beeinflusst werden können.

Insgesamt ergeben sich über die Projektlaufzeit von 30 Jahren mögliche Effizienzgewinne von nominal rd. EUR 2,2 Mrd. bei einer Effizienzsteigerung von 2 % sowie von nominal rd. EUR 5,4 Mrd. bei einer Effizienzsteigerung von 5 % und schließlich von nominal rd. EUR 10,9 Mrd. bei einer Effizienzsteigerung von 10 %. Die Höhe der realisierbaren Einsparungen wird auch vom Umfang der getroffenen Maßnahmen abhängen.

Die unterstellten Reduktionen der Kostenannahmen für Investitionen und Betriebsdienst wirken sich auf die benötigten Entgelte ab 2024 aus. Die Mittelverwendung stellt sich im Szenario 1 bei einer frühen Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte unter Berücksichtigung der gerechneten Einsparpotentiale wie folgt dar:

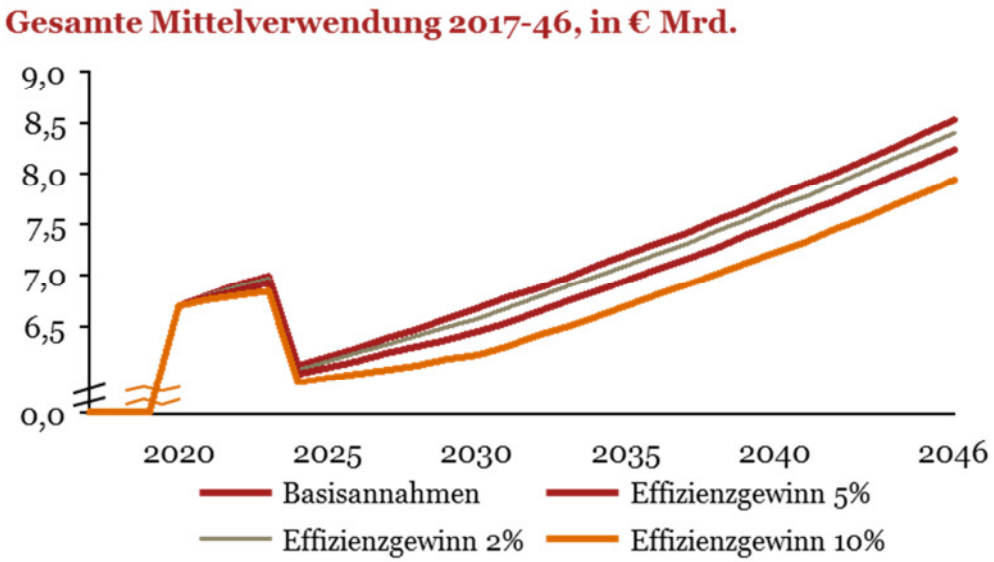

Abbildung 21: Graphische Darstellung von Beschaffungskostenvorteilen in Szenario 1 bei „früher“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2024)

Die sprunghafte Reduktion der Kosten von 2023 zu 2024 ist in der Inanspruchnahme des Vorsteuerabzuges für die Investitionen mit Beginn 2024 begründet.

Der Fall „späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte in Szenario 2 bildet sich wie folgt ab:

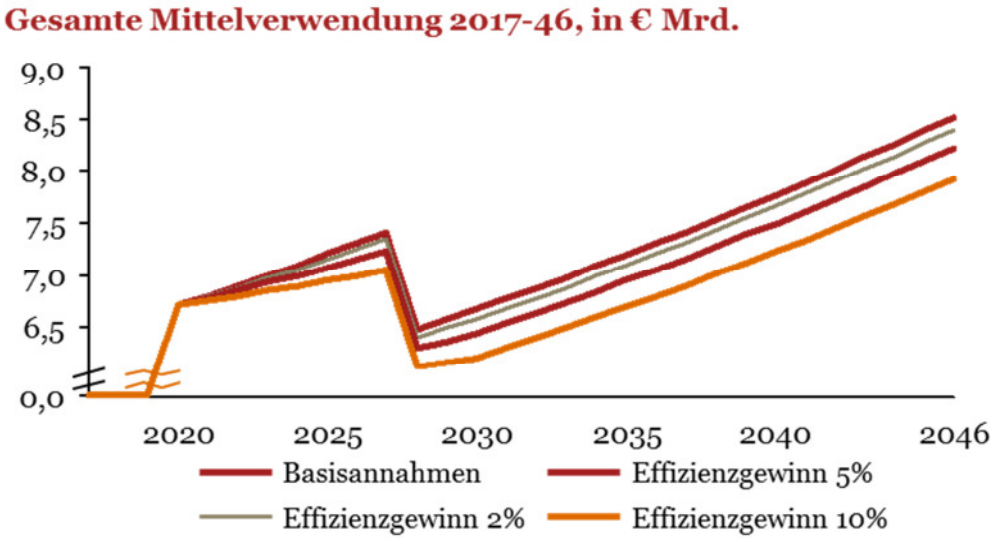

Abbildung 22: Graphische Darstellung von Beschaffungskostenvorteilen in Szenario 2 bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (ab 2028)

Die sprunghafte Reduktion der Kosten erfolgt in diesem Fall nach den gesetzten Annahmen mit dem Übergang der Mautgläubigerstellung von 2028 an. Die Reduktion resultiert ebenfalls aus der Eröffnung des Vorsteuerabzuges im Bereich der Investitionen.

Die Mittelverwendung für Szenario 3 stellt sich wie folgt dar:

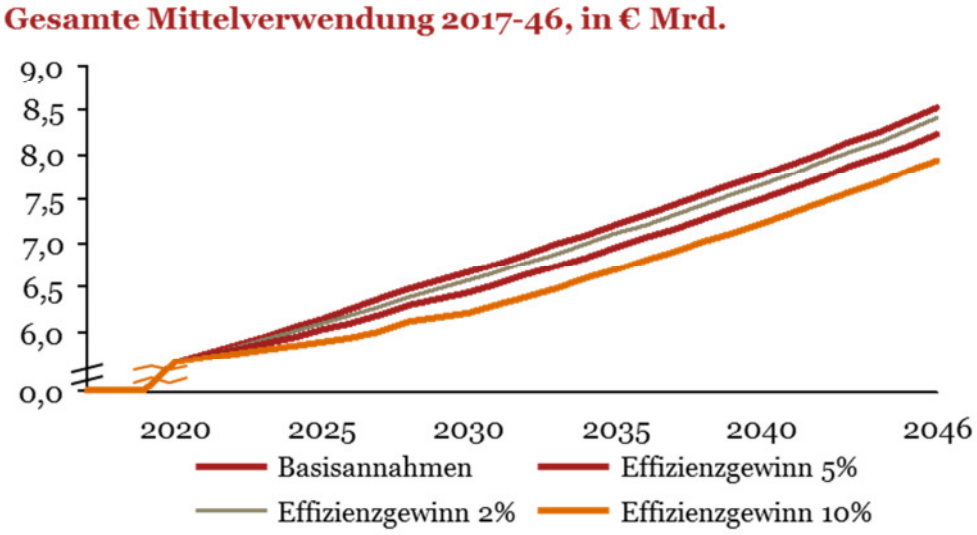

Abbildung 23: Graphische Darstellung von Beschaffungskostenvorteilen in Szenario 3 und „später“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2028)

Der Kurvenverlauf in Szenario 3 wird durch zwei Umstände geprägt. Zum einen vereinnahmt die Gesellschaft ab 2028 annahmegemäß die Brutto-Maut und hat in der Folge auch die damit verbundenen Lasten zu tragen. Zum anderen macht sich der mit der Einräumung der Maut-Gläubigerstellung verbundene Vorsteuerabzug kostensenkend bemerkbar.

Die unterstellten Reduktionen der Kostenannahmen für Investitionen und Betriebsdienst wirken sich auf die Höhe der benötigten Entgelte ab 2024 aus.

Die gesamte Mittelverwendung und die möglichen Effizienzgewinne stellen sich je Szenario und Alternative aufgrund der Effekte aus dem Vorsteuerabzug etwas unterschiedlich dar.

Szenario 1, Fall „frühe“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte:

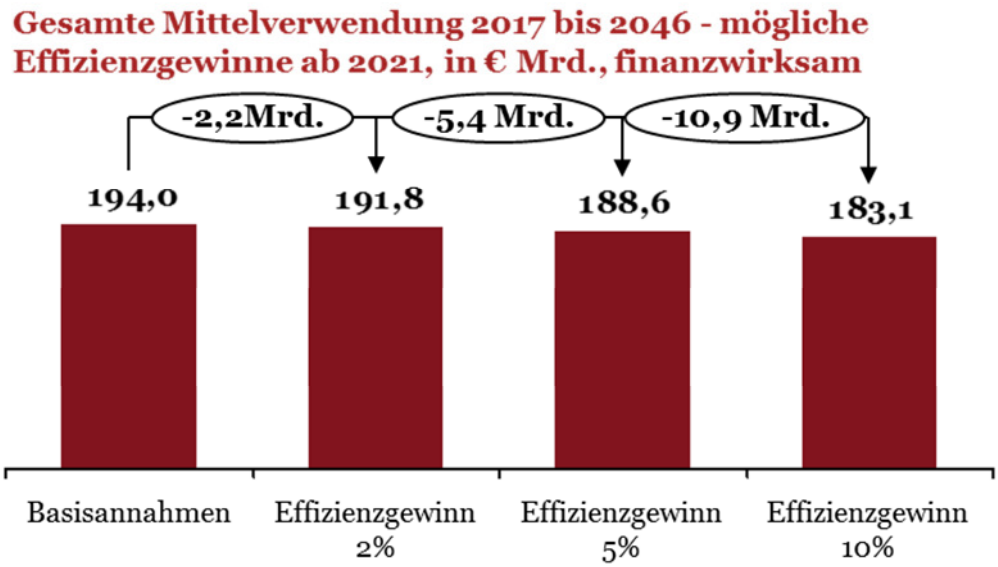

Abbildung 24: Quantitative Abbildung möglicher Effizienzgewinne im Beschaffungsbereich für den Gesamtzeitraum von 2017 bis 2046 in Szenario 1 bei „früher“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2024)

Im Szenario 1 „Effizienzgewinne 2 %“ läge der jährliche Mittelbedarf zwischen ca. EUR 33 Mio. im Jahr 2024 und rd. EUR 118 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario. Bei einer Unterstellung von Effizienzgewinnen i. H. v. 5 % lägen die benötigten jährlichen Mittel zwischen ca. EUR 83 Mio. im Jahr 2024 und EUR 296 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario. Bei einer Unterstellung von Effizienzgewinnen von 10 % wiede-

rum lägen die benötigten jährlichen Mittel zwischen ca. EUR 167 Mio. im Jahr 2024 und EUR 591 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario.

Ein Vergleich der gesamten Mittelverwendung zwischen den verschiedenen Szenarien ergibt, dass die insgesamt aufzuwendenden Finanzmittel in Szenario 1 bei einer frühen Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte insgesamt zurückgehen. Der absolute Betrag der Einsparungen beträgt EUR 10,9 Mrd. bei einer Effizienzsteigerung von 10 % auf die Beschaffungskosten. Diese Kostenreduktion ist durch die gehobenen Effizienzgewinne und durch die frühe Inanspruchnahme des Vorsteuerabzuges, das heißt teilweise auch durch die um die Umsatzsteuer entlasteten Investitionen begründet.

Szenario 2 („späte“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte)

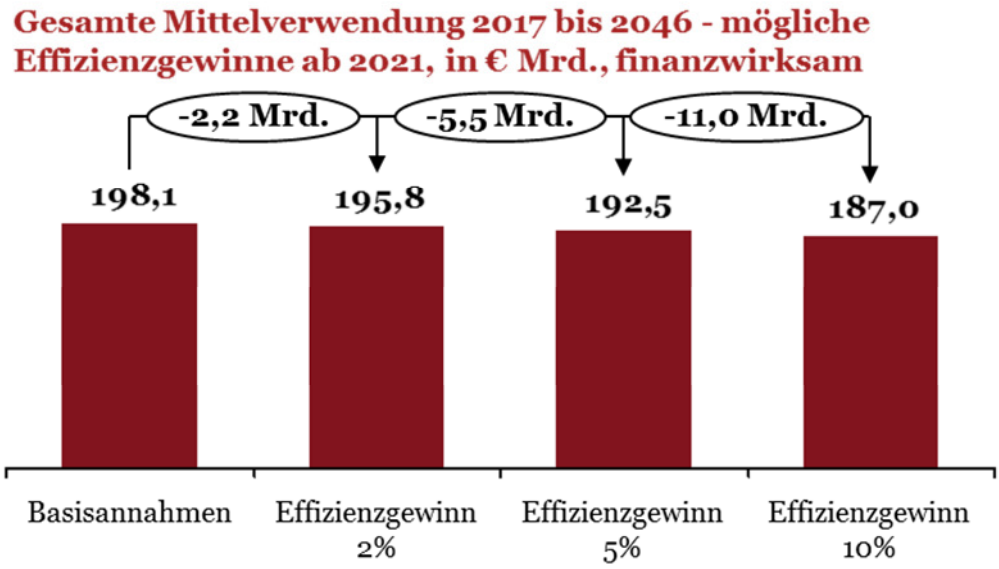

Abbildung 25: Quantitative Abbildung möglicher Effizienzgewinne im Beschaffungsbereich für den Gesamtzeitraum von 2017 bis 2046 in Szenario 2 bei „später“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2028)

Bei „später“ Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte (Szenario 2) läge der jährliche Mittelbedarf bei angenommenen Effizienzgewinnen von 2 % auf die bezogenen Leistungen zwischen ca. EUR 71 Mio. im Jahr 2028 und rd. EUR 118 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario. Bei einer Unterstellung von Effizienzgewinnen i. H. v. 5 % auf die bezogenen Leistungen lägen die benötigten jährlichen Mittel zwischen ca. EUR 178 Mio. im Jahr 2028 und EUR 296 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario. Bei einer Unterstellung von Effizienzgewinnen von 10 % wiederum lägen die

benötigten jährlichen Mittel zwischen ca. EUR 355 Mio. im Jahr 2028 und EUR 591 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario.

Bei einer reinen Betrachtung der für die Deckung der Kosten erforderlichen Gesamtmittel führt eine frühe Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte damit über den Betrachtungszeitraum im Vergleich zu einer späten Umstellung der Finanzierung bei Effizienzsteigerung von 10 % auf die Beschaffungskosten aufgrund des früheren Vorsteuerabzugs zu Einsparungen in Höhe von EUR 3,8 Mrd. Werden nur Effizienzgewinne in Höhe von 5 % gehoben, beträgt der Kostenvorteil einer frühen Vollfinanzierung durch Nutzerentgelte EUR 3,9 Mrd. Diese Größenordnung gilt auch bei einer Effizienzsteigerung von 2 %. Der nominale Anstieg der durch die Optimierung der Beschaffung erreichbaren Effizienzgewinne von Szenario 1 zu Szenario 2 von EUR 10,9 Mrd. auf EUR 11 Mrd. ist rein rechnerischer Art und in der Sache darin begründet, dass in Szenario 2 die Gesamtkosten aufgrund des später in Anspruch genommenen Vorsteuerabzuges höher sind. Sind die Gesamtkosten höher, so steigt bei einer prozentual gleichhohen Einsparung absolut gesehen auch der Betrag der Einsparung.

Szenario 3

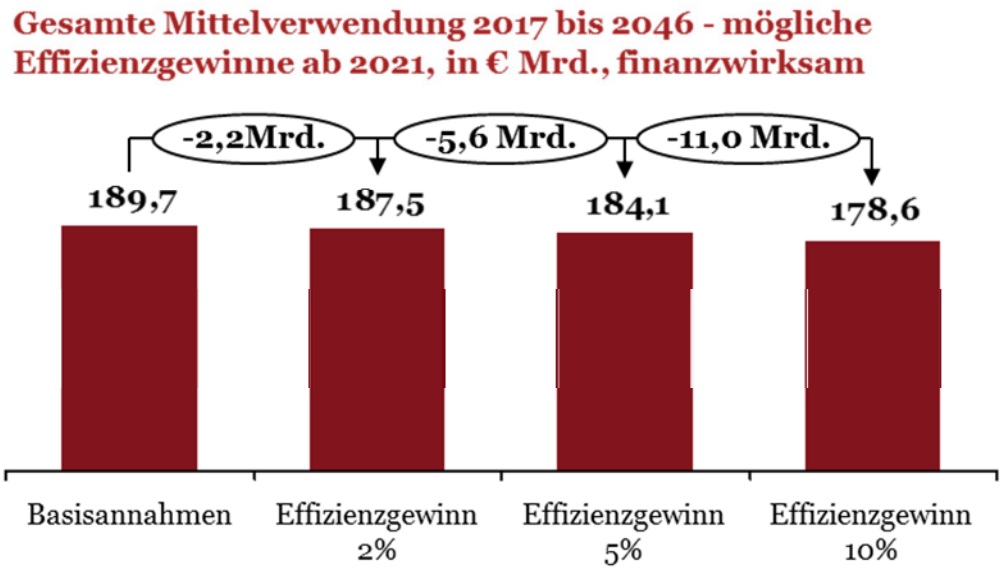

Abbildung 26: Quantitative Abbildung möglicher Effizienzgewinne im Beschaffungsbereich den Gesamtzeitraum von 2017 bis 2046 in Szenario 3 und „später“ Vollfinanzierung der Nutzerentgelte (ab 2028)

Im Szenario 3 läge der jährliche Mittelbedarf bei Realisierung von Effizienzgewinnen in einer Größenordnung von 2 % auf die bezogenen Leistungen zwischen ca. EUR 71 Mio. im Jahr 2028 und rd. EUR 118 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario. Bei einer Unterstellung von Effizienzgewinnen i. H. v. 5 % auf die bezogenen Leistungen lägen die benötigten jährlichen Mittel zwischen ca. EUR 178 Mio. im Jahr 2028 und EUR 296 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario. Bei einer Unterstellung von Effizienzgewinnen von 10 % wiederum lägen die benötigten jährlichen Mittel zwischen ca. EUR 355 Mio. im Jahr 2028 und EUR 591 Mio. im Jahr 2046 niedriger als im Basisszenario.

Im Szenario 3 sind die Kosten und die Einnahmen gegenüber dem Szenario 1 insgesamt geringer. Die ist in dem Umstand begründet, dass die Gesellschaft zunächst nur die Netto-Maut vereinnahmt und damit auch niedrigere Kosten zu tragen hat. Die absolute Höhe der möglichen Effizienzgewinne entspricht jedoch den Ergebnissen für Szenario 1 mit einer späten Vervollständigung der Entgeltbasis. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass für beide Szenarien nach den gesetzten Annahmen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft der Vorsteuerabzug erst 2028 eingeräumt wird.

Die **Fähigkeit der Gesellschaft zur Fremdkapitalaufnahme** besteht unter den in der Planungsrechnung zugrunde gelegten Annahmen von Beginn an. Während die Gesellschaft sich in der Transformationsphase und Phase 1 bzw. 2 ihrer Geschäftstätigkeit allerdings noch auf die Bonität des Bundes stützen muss, wird ihre Finanzierungsfähigkeit mit der Bereitstellung sämtlicher erhobener Benutzungsentgelte zur Gesellschaft einerseits und der Einräumung der Gläubigerstellung für die Lkw-Maut und die Infrastrukturabgabe andererseits je nach Szenario und Alternative 2024 bzw. 2028 deutlich gestärkt werden.

III. Rechtliche Ebenen der Geschäftsmodellentwicklung

Das künftige Geschäftsmodell der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bestimmt nicht nur Leistungsbeziehungen und Erlösströme, sondern ist auch Anknüpfungspunkt für die rechtliche Verortung der Leistungserbringung durch die Gesellschaft etwa aus Sicht des Steuerrechts, des Handelsrechts oder des Vergabe- und Beihilfenrechts. Es bestimmt schließlich auch die Einordnung der Gesellschaft in die rechtlichen Kategorien des ESVG, wenn es darum geht, dass von der Gesellschaft künftig ggf. aufgenommene Kredite nicht dem Staatssektor zugeordnet werden sollen.

Die Würdigung des künftigen Geschäftsmodells der Gesellschaft im Lichte der genannten Rechtsgebiete gestaltet sich dabei insoweit als schwierig, als absehbar und in der Sache auch empfehlenswert ist, dass die Gesellschaft mehrere Entwicklungsstufen durchlaufen wird. Im Zuge der planvollen Entwicklung der Gesellschaft wird sich auch ihre steuerliche, beihilfenrechtliche und ggf. auch vergaberechtliche Verortung ändern. Entsprechendes gilt für die haushaltsrechtliche bzw. die staatsschuldenrechtliche Qualifizierung der Gesellschaft in den jeweiligen Entwicklungsstufen sowie für ihre Einordnung nach ESVG. Dabei wird jeweils auch von Belang sein, ob und zu welchem Zeitpunkt sowie an wen der Gesellschafter Bund ggf. Geschäftsanteile an der Gesellschaft veräußern will. Für die nachfolgende Verortung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in steuerlicher, vergaberechtlicher, beihilfenrechtlicher und finanzverfassungsrechtlicher Hinsicht sowie für die Konkretisierung ihrer Ausstattung mit Rechten am Aufkommen der vom Bund erhobenen Straßenbenutzungsabgaben kehren wir im Übrigen zu der unter Abschnitt D.I.4 erläuterten Phaseneinteilung zurück. Die im vorangehenden Abschnitt angestellten Szenarioüberlegungen werden hingegen nicht fortgeführt. Sie verstehen sich ausschließlich als Mittel zur Abschätzung der monetären Auswirkungen einer Variation einzelner Annahmen der Planungsrechnung.

1. Umsatzsteuer

Wie dargelegt, wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zunächst entgeltliche Leistungen für den Bund erbringen. Nach bisher einhelliger Auffassung zum deutschen Umsatzsteuerrecht sind entgeltliche Tätigkeiten selbständiger juristischer Personen des Privatrechts immer unternehmerisch. Aus diesem Grunde ist anzunehmen, dass der Bund auf von der Gesellschaft unter einem Geschäftsbesorgungsvertrag erbrachte Leistungen grundsätzlich auch Umsatzsteuer zu entrichten haben würde. Angesichts des Umfangs der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen würde die Umsatzsteuerlast des Bundes allerdings erheblich sein und sich auf einen dreistelligen Mio.-EUR-Betrag zubewegen. Insofern ist zu prüfen, ob und auf welcher Grundlage sich in der Frühphase der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft die Umsatzsteuerbarkeit der von der Gesellschaft gegenüber dem Bund erbrachten Leistungen vermeiden lässt. Soweit die Bedingungen für eine Erhebung der Lkw-Maut unmittelbar durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht gleich zu Beginn ihrer Geschäftstätigkeit geschaffen werden sollen und erst mittelfristig anzustreben sind, bedarf es zur

Vermeidung der Umsatzsteuerlast auf von der Gesellschaft für den Bund erbrachte Leistungen mithin einer entsprechenden Gestaltung der Sach- und Rechtslage. Ansatzpunkt ist die Einordnung der Gesellschaft als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Umsatzsteuerrechts.

In der Rechtssache „Saudaçor“ hat der Europäische Gerichtshof

> *Urteil vom 29. Oktober 2015, C 174/14 – Saudaçor, MwStR 2016, 24,*

entschieden, dass eine juristische Person des Privatrechts als Einrichtung des öffentlichen Rechts unter den Anwendungsbereich der Vorschrift des Art. 13 MwStSystRL fallen kann. Ungeachtet einer entgegenstehenden deutschen Regelung ist eine unmittelbare Berufung auf Art. 13 Abs. 1 MwStSystRL für den potentiellen Steuerpflichtigen möglich.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wäre nicht unternehmerisch tätig und damit nicht Steuerpflichtiger im Sinne von Art. 13 Abs. 1 MwStSystRL, wenn sie als „sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts“ Tätigkeiten ausüben würde, die ihr im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen und eine Behandlung als Nichtsteuerpflichtige nicht zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führt. Eine solche Gestaltung und Einordnung der Gesellschaft erscheint in der Frühphase ihrer Geschäftstätigkeit grundsätzlich möglich.

a) Sonstige Einrichtung öffentlichen Rechts im Sinne der Mehrwertsteuersystemrichtlinie

Der Begriff der sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der MwStSystRL bedarf als unbestimmter Rechtsbegriff der Konkretisierung. Dabei ist nicht das unter Abschnitt D.I.4.b) (ab Seite 192) niedergelegte Begriffsverständnis der Vergaberichtlinien heranzuziehen. Vielmehr hat der Europäische Gerichtshof im Saudaçor-Urteil Hinweise für eine eigenständige Auslegung gegeben.

Eine juristische Person des Privatrechts kann als Einrichtung des öffentlichen Rechts unter den Anwendungsbereich der Vorschrift des Art. 13 MwStSystRL fallen, wenn ihr Kapital vollständig von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gehalten wird und die Kapitalgesellschaft in die Organisation der öffentlichen Verwaltung eingegliedert

ist. Ein Indiz für eine solche Eingliederung ist, dass die Gesellschaft im Wesentlichen nur gegenüber dem öffentlichen Anteilseigner tätig wird.

Letztendlich ist ohne einen Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft gem. § 89 Abs. 2 AO, eine Umsatzsteuersonderprüfung mit anschließender verbindlicher Zusage (§§ 204 ff. AO) oder ein entsprechendes Rechtsmittelverfahren nicht mit Sicherheit feststellbar, ob und unter welchen genauen Voraussetzungen die vorgesehene Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der Frühphase ihrer Geschäftstätigkeit nach den vom EuGH in der Rechtssache Saudaçor gegebenen Auslegungshinweisen unternehmerisch ist. Vor Verwirklichung des Sachverhalts ist nur ein Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft geeignet, Rechtssicherheit zu verschaffen. Gleichwohl können auf Basis dieser Entscheidung des EuGH Aussagen darüber getroffen werden, welche Kriterien unbedingt erfüllt sein müssen, damit eine Anerkennung als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts in Betracht kommt.

Deshalb bietet es sich an, die Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft – ähnlich wie im Fall Saudaçor in der „Regionalen Gesetzgebenden Verordnung“ – bereits in einem möglichen Errichtungsgesetz bzw. in einer auf seiner Grundlage ergehenden Beleihungsverordnung detailliert zu regeln. Folgende Punkte erscheinen im Hinblick auf die Saudaçor-Entscheidung wesentlich:

- Beschreibung des öffentlichen Aufgabenbereichs für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, zum Beispiel wie in § 2 Abs. 1 des Satzungsentwurfs vorgesehen: Die Planung, der Bau, der Betrieb, die Erhaltung, die Unterhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen, soweit es sich bei den genannten Gegenständen um Aufgaben des Bundes handelt.

- Einräumung nicht unwesentlicher hoheitlicher Befugnisse.

- Festlegung, dass der Bund zunächst alleiniger Gesellschafter bleibt.

- Festlegung, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bis auf weiteres nur für den Bund tätig wird, der Bund somit einstweilen ihr einziger „Kunde“ ist.

b) Keine Wettbewerbsverzerrung

Würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei entsprechender Gestaltung als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 13 Abs. 1 MwStSystRL angesehen, so wären ihre Leistungen im Weiteren nur dann nicht als nicht unternehmerisch zu behandeln, wenn es durch die Steuerbefreiung zu keiner größeren Wettbewerbsverzerrung kommt.

Bei der Prüfung, ob es zu einer größeren Wettbewerbsverzerrung kommen kann, ist nach gefestigter EuGH-Rechtsprechung auch die Möglichkeit eines potenziellen Wettbewerbs zu berücksichtigen. Die Möglichkeit eines privaten Wirtschaftsteilnehmers, in den relevanten Markt einzutreten oder einen Markt durch sein Interesse an einem Eintritt überhaupt erst zu schaffen, muss allerdings real und nicht rein hypothetisch sein. Wird ein mögliches Errichtungsgesetz so gefasst, dass die dort geregelten öffentlichen Aufgaben des Bundes nur von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wahrgenommen werden dürften, nicht aber von anderen Marktteilnehmern, so ist ein realer Wettbewerb schon kraft Gesetzes ausgeschlossen. Zur Eröffnung eines Wettbewerbs wäre vielmehr eine Gesetzesänderung notwendig. Die (erneute) Inanspruchnahme des Gesetzgebers zu dem Zweck, auch Dritten den Zugang zur Wahrnehmung von Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, der Erhaltung und Unterhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen zu ermöglichen, erscheint uns dabei als rein hypothetische Erwägung, welche bei der Prüfung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen außer Betracht bleiben kann. Wegen der nicht marktöffnenden Wirkung eines am Agenturmodell ausgerichteten Errichtungsgesetzes verweisen wir im Übrigen auf Abschnitt D.III.7.b)aa)(1)(b), ab Seite 376.

Zusammenfassend halten wir es für möglich, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch ein entsprechendes Errichtungsgesetz eine Rechtsstellung zu verschaffen, welche nach den im Urteil Saudaçor des EuGH dargestellten Grundsätzen zu einer Einordnung der Gesellschaft als nicht Steuerpflichtige im Sinne von Art. 13 Abs. 1 MwStSystRL führen kann. Was die mit der Reform der Auftragsverwaltung verbundenen Ziele anbetrifft, dass nämlich ggf. langfristig ein haushaltsexterner Nutzerfinanzierungskreislauf geschaffen wird, und dass ferner die Gesellschaft künftig Fremdmittel *außerhalb* des staatlichen Sektors im Sinne des ESVG soll aufnehmen können, so kann sich die dauerhafte Ausrichtung der Gesellschaft als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts zur Vermeidung von Umsatzsteuer langfristig im

Übrigen als unzweckmäßig erweisen. Solange die Gesellschaft allerdings noch nicht über ein tragfähiges Geschäftsmodell verfügt, weil sie in nennenswertem Umfang von Zahlungen aus dem Haushalt angewiesen bleibt, mag die Einordnung der sich für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ergebenden Strukturen nach ESVG einstweilen noch nicht erheblich für die in der Frühphase der Geschäftstätigkeit zu treffenden Strukturentscheidungen sein. Die sachliche Notwendigkeit einer etwa angestrebten Positionierung der Gesellschaft als sonstige Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der MwStSystRL sollte im Zuge der Weiterentwicklung der Gesellschaft vor diesem Hintergrund zu einem späteren Zeitpunkt erneut überprüft werden. Die Aufrechterhaltung oder ggf. auch Beendigung der Steuerbefreiung in späteren Phasen der Gesellschaftstätigkeit sollte dabei auch mit anderen Gestaltungszielen in Abstimmung gebracht werden (zum Beispiel der Einordnung der Gesellschaft als institutionelle Einheit bzw. als öffentliche Kapitalgesellschaft nach ESVG).

Ergänzend wird wegen der umsatzsteuerlichen Beurteilung der Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf den als **Anlage 5** beigefügten Vermerk von PwC verwiesen.

2. Ertragsteuern

Eine Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, deren Unternehmensgegenstand insbesondere die Planung, den Bau, den Betrieb und die Finanzierung der Bundesautobahnen sowie die Übernahme der damit zusammenhängenden betrieblichen Tätigkeiten und hoheitlichen Aufgaben umfasst und die berechtigt und verpflichtet ist, diese Tätigkeiten und Aufgaben für das gesamte bundesdeutsche Autobahnnetz zu übernehmen, kann u. E. auch von der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer befreit werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn alle Anteile an der Gesellschaft von der öffentlichen Hand gehalten werden; alternativ kann die Steuerbefreiung auch bei privaten Mitgesellschaftern gewährt werden, dann allerdings müssten Gewinnausschüttungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus ihrem steuerbefreiten Tätigkeitsbereich ausgeschlossen sein, um möglicherweise beihilferelevante Begünstigungen und Wettbewerbsverzerrungen auszuschließen. Die Befreiungen von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer sind im Artikelgesetz zur Errichtung der Gesellschaft umzusetzen. Die Kataloge der steuerbefreiten Gesellschaften und Tätigkeiten in § 5 KStG bzw. § 3 GewStG sind entsprechend zu ergänzen.

Dem Gesetzgeber steht grundsätzlich die Befugnis zu, bestimmte Tätigkeiten und Steuerpflichtige von der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer zu befreien. Aufgrund des Gleichheitsgebots (Art. 3 GG) und des Gebots, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, bedarf es jedoch einer sachlichen Rechtfertigung der Privilegierung durch die Steuerbefreiung.

Sachlicher Anknüpfungspunkt für eine Befreiung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft könnte die Übernahme staatlicher Aufgaben und Pflichten (des Bundes) im Rahmen der Bundesautobahnverwaltung und die Wahrnehmung der damit verbundenen Gemeinwohlinteressen sein. Aufgrund des Monopolcharakters der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft – ähnlich wie bei den in § 5 Abs. 1 Nr. 1 KStG genannten Staatsbetrieben – könnte an eine allgemeine, uneingeschränkte Steuerbefreiung gedacht werden. So wurde in einer frühen Fassung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 KStG zum Beispiel auch ein Unternehmen „Reichsautobahnen" erfasst und umfassend von der Körperschaftsteuer befreit,

> *vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Dritten Steuerreformgesetzes – vom 9. Januar 1974 (Drucksache 7/1470). Hier wird zu § 5 – Befreiungen – ausgeführt, dass die Befreiungen des geltenden Rechts überprüft und zum Teil neu abgegrenzt wurden. Zu Absatz 1 Nr. 1 heißt es auszugsweise wie folgt:*
>
> *„Die Vorschrift enthält mit Ausnahme des Unternehmens ‚Reichsautobahnen', das nicht mehr besteht, die gleichen Befreiungen wie § 4 Abs. 1 Ziff. 1 KStG 1968. Nach Ansicht der Bundesregierung ist es erforderlich, die Steuerbefreiung für die in der Vorschrift bezeichneten Unternehmen wegen ihrer besonderen staatswirtschaftlichen Aufgaben im bisherigen Umfang beizubehalten. (...)"*

Zwar könnte argumentiert werden, dass einzelne Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft – wie zum Beispiel der Betriebsdienst – künftig auch von privaten Dritten ausgeübt werden könnten und daher im Wettbewerb stünden. Ungeachtet dessen, ob eine Segmentierung der Tätigkeiten der Gesellschaft für die Subsumtion unter den Tatbestand des Staatsbetriebs rechtlich überhaupt geboten ist, könnte die durch eine Steuerbefreiung eintretende Ungleichbehandlung und Wettbewerbsverzerrung nach unserem Dafürhalten aber mit dem Hinweis auf die besonderen gesetzlichen und satzungsgemäßen Aufgabenstellungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gerechtfertigt werden. Diese ist insbesondere nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Planung, den Bau, die Finanzierung und

den Betrieb der Bundesautobahnen sicherzustellen. Um den Unterschied zu einem privaten Dritten stärker zu verdeutlichen sowie die Befreiung auf das erforderliche Maß zu beschränken und transparenter zu gestalten, könnte es sich aber anbieten, die Steuerbefreiung persönlich auszugestalten und zusätzlich daran zu knüpfen, das Vermögen bzw. etwaige Gewinne der Gesellschaft nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwenden zu dürfen.

Im Falle einer etwaigen Liquidation der Gesellschaft wäre in der Satzung sicherzustellen, dass ein Liquidationserlös ebenfalls zweckentsprechend verwendet wird. Durch die Verknüpfung der Steuerbefreiung mit einer solchen sachlichen Voraussetzung kann eine Einwirkung auf den Wettbewerb ausgeschlossen bzw. auf ein zulässiges Minimum reduziert werden. Eine verbleibende geringfügige Einwirkung auf den Wettbewerb wäre nicht wesentlich und die Steuerbefreiungsregelung würde sich im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens halten.

Um bereits jetzt zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft künftig ggf. auch solche Aufgaben wahrnehmen bzw. ausüben soll, die in Konkurrenz zu privaten Drittanbietern stehen und nicht – so wie nach bisherigem Stand – ausschließlich vom Bund bzw. den Ländern im Rahmen der Auftragsverwaltung wahrgenommen werden (zum Beispiel Winterdienst), könnte die Steuerbefreiung durch eine „soweit-Regelung“ weiter eingeschränkt werden. Dies gilt es im Hinblick auf das künftige Aufgabengebiet der Gesellschaft zu erörtern und bei Bedarf in der konkreten Ausgestaltung einer Befreiungsvorschrift zu berücksichtigen.

Ausschüttungen von Gewinnen aus dem steuerbefreiten Tätigkeitsbereich sollten zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen entweder ganz ausgeschlossen oder aber nur im Falle der Alleingesellschafterstellung des Bundes statthaft sein und anderenfalls zur – rückwirkenden – Versagung der Steuerbefreiung führen. Anderenfalls drohen wiederum Wettbewerbsverzerrungen.

Ob eine statthafte Ausschüttung beim Bund als Dividendenempfänger dann zweckgebunden für die steuerprivilegierten Zwecke eingesetzt werden muss oder zur freien Verwendung steht, wäre zwischen den Ressorts abzustimmen.

§ 16 Abs. 4 des Satzungsentwurfs sieht bereits vor, dass Gewinne für Zwecke der Bundesautobahnen zu verwenden sind und Gewinnausschüttungen nicht erfolgen.

Je nach konkreter Ausgestaltung der gesetzlichen Steuerbefreiung sollten deren Voraussetzungen in der Satzung soweit wie möglich verankert werden.

In gleicher Weise kann u. E. die Befreiung von der Gewerbesteuer gerechtfertigt werden. Die Befreiung wäre durch Aufnahme der Gesellschaft in den Katalog des § 3 GewStG zu regeln. Insoweit gelten die zu der Befreiung von der Körperschaftsteuer gemachten Aussagen entsprechend und wir empfehlen, eine wortgleiche Formulierung zu verwenden.

Die sachliche Rechtfertigung der Befreiung der Gesellschaft von Ertragsteuern sollte im Zuge ihrer Weiterentwicklung der Gesellschaft ggf. erneut überprüft werden. Die Aufrechterhaltung oder ggf. auch Beendigung der Steuerbefreiung in späteren Phasen der Gesellschaftstätigkeit sollte dabei auch mit anderen Gestaltungszielen in Abstimmung gebracht werden (zum Beispiel Veräußerung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft, Einordnung der Gesellschaft als institutionelle Einheit bzw. als öffentliche Kapitalgesellschaft nach ESVG).

Ergänzend verweisen wir auf den Vermerk von PwC zu der Möglichkeit der Befreiung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von der Körperschaftssteuer und der Gewerbesteuer unter **Anlage 6**.

3. Grunderwerbsteuer

Mit Blick auf die künftige Fortentwicklung des Geschäftsmodells für die Gesellschaft erscheint es überdies zweckmäßig, vorsorglich eine Befreiung der Gesellschaft von der Grunderwerbsteuer (GrESt) zu regeln, die sich sachlich auf den möglichen Erwerb von Grundstücken vom Bund oder von Dritten bezieht. Diese Steuerbefreiung wird vorsorglich angeregt, da nicht ausgeschlossen ist, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums als ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 2 GrEStG angesehen wird, welches einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglicht, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten. Die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums der Gesellschaft an den Bundesautobahnen durch den Bund kann zweckmäßig sein, um der Gesellschaft künftig eine Kreditunterlage zur Aufnahme von Fremdmitteln bereitzustellen, aber auch, um die mit dem Anlagegut „Bundesautobahnen“ verbundenen Chancen und Risiken durch Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums sichtbar in die Gesellschaft zu verlagern (ESVG). Um einen Grunderwerbsteuertatbestand

schon dem Grunde nach auszuschließen, könnte etwa in § 1 Abs. 2 GrEStG eine Bestimmung eingefügt werden, wonach Rechtsvorgänge, bei denen Grundstücke für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch im Sinne des § 3 Abs. 2 der Grundsteuergesetzes durch juristischen Personen des öffentlichen Rechts an Körperschaften überlassen werden, die von ihr beherrscht werden, nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen.

Alternativ zur vorsorglichen tatbestandlichen Ausgrenzung der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus dem Kanon der Erwerbsvorgänge i.S. des GrEStG ließe sich rechtstechnisch auch an eine Steuerbefreiung des grds. steuerpflichtigen Rechtsvorgangs denken. Eine bereits jetzt einschlägige Befreiungsvorschrift könnte zunächst § 4 Nr. 5 GrEStG sein. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist zum einen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei 100 % Beteiligung des Bundes als Privater angesehen wird. Zum anderen muss sichergestellt sein, dass das betreffende Grundstück stets für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird. Nach einer einschlägigen Kommentierung setzt die Anwendung der Vorschrift voraus, dass das Grundstück vom Privaten der juristischen Person des öffentlichen Rechts während des Vertragszeitraums zur *Nutzung für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch* i. S. v. § 3 Abs. 2 GrStG überlassen wird,

> *Viskorf, in: Boruttau (Hrsg.), Grunderwerbsteuergesetz, 17. Auflage 2011, § 4 Rn. 44.*

Diese Voraussetzung könnte infrage gestellt sein, wenn die Gesellschaft die Maut bzw. eine Infrastrukturabgabe im eigenen Namen auf eigene Rechnung als privatrechtliches Entgelt erhebt. Zum einen erfolgte keine Nutzungsüberlassung an den Bund (mehr). Zum anderen würden privatrechtliche Entgelte erhoben. Insofern kann es sich anbieten, zur Gewährleistung von Rechtssicherheit neben § 4 Nr. 5 GrEStG einen weiteren Befreiungstatbestand etwa als § 4 Nr. 6 GrEStG einzufügen, dem zufolge Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 2 GrEStG dann von der Besteuerung ausgenommen werden, wenn sie zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer von ihr beherrschten Körperschaft erfolgen, soweit und solange das Grundstück für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch im Sinne von § 3 Abs. 2 des Grundsteuergesetzes erfolgt.

Bei diesen Erwägungen spielt auch der praktische Umstand eine Rolle, dass die Grunderwerbsteuer eine Landessteuer ist mit der Folge, dass eine Abstimmung über die rechtliche Einschlägigkeit von § 1 Abs. 2 bzw. § 4 Nr. 5 GrEStG mit den nach § 17 Abs. 1 GrEStG jeweils örtlich zuständigen Finanzämtern durchzuführen wäre. Zudem wäre eine verbindliche Abstimmung gebührenpflichtig. Insoweit mag sich aus Praktikabilitätsgründen das hier skizzierte Vorgehen in der einen oder anderen Weise empfehlen.

4. Bilanzrechtliche Beurteilung der Gesellschaftstätigkeit

Im Rahmen der planmäßigen Fortentwicklung der Gesellschaft kann ihr auch das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen eingeräumt werden (siehe hierzu bereits unter Abschnitt D.I.4, ab Seite 197). Nach hiesigem Verständnis hätte diesem Schritt voranzugehen, dass die Gesellschaft ihren Finanzbedarf über Mauteinnahmen und unabhängig von Zuzahlungen aus dem Bundeshaushalt decken kann; die vorübergehende Aufnahme von Fremdkapital zur Eindeckung und planmäßigen Rückführung von Finanzbedarfsspitzen mag in diesem Szenario je nach künftigem Umfang von Mautbasis und Investitionslasten inkludiert sein.

In dem oben dargestellten Phasenmodell sind wir davon ausgegangen, dass die Politik die für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zweckmäßigen Rahmenbedingungen in Phase 2 bzw. im Übergang von Phase 2 auf Phase 3 realisieren könnte, sofern ein entsprechender Gestaltungswille besteht. In der Planungsrechnung für die Gesellschaft ist das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen dementsprechend berücksichtigt worden, wobei für den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums unterschiedliche Szenarien in Betracht gezogen wurden; vgl. insoweit unter Abschnitt D.II.2.b)cc), ab Seite 230.

Ab dem Zeitpunkt seiner Berücksichtigung wäre das wirtschaftliche Eigentum im Anlagevermögen der Gesellschaft auszuweisen. Mit der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf die Gesellschaft würde der Nutzerfinanzierungskreislauf vervollständigt, indem die Abschreibungen in der Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft erfasst würden, von der Gesellschaft demzufolge zu erwirtschaften und schließlich auch den Nutzern der Bundesautobahnen als Teil der Infrastrukturkosten anzulasten wären.

Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen ist auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen „Nießbrauchs“ mit zusätzlichen Wertersatzansprüchen der Gesellschaft für den Fall der Nießbrauchsbeendigung möglich; vgl. dazu bereits unter Abschnitt D.I.4.c), ab Seite 197, sowie nachstehend unter Abschnitt D.III.5.c), ab Seite 281. Sie ist für die Frühphase der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft noch nicht vorgesehen. Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums sollte tendenziell auch erst dann erfolgen, wenn gesicherte Erkenntnisse zur Bewertung der Bundesautobahnen und ihrer Anlagen vorliegen. Zuvor – und während die Gesellschaft sich nach Übernahme der Ressourcen aus den Auftragsverwaltungen betriebswirtschaftlich ausrichtet – erscheint es zweckmäßig, zunächst von einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums abzusehen und stattdessen die Lkw-Maut aufgrund eines sog. Dispositionsnießbrauchs bzw. einer Abtretung der Gesellschaft zuzuweisen (dazu nachfolgend Abschnitt D.III.5.a), ab Seite 278). Bevor der Gesellschaft nicht Nutzungsentgelte in einem ausreichenden Umfang zur Verfügung gestellt werden, wird die Gesellschaft Chancen und Risiken der Bundesautobahnen ohnehin nicht selbständig und unabhängig vom Bund tragen können. Wegen ihrer Abhängigkeit vom Bund wird die Gesellschaft vielmehr zunächst noch als „Hilfsbetrieb des Staates“ bzw. als dessen Geschäftsbesorgerin zur Erfüllung der staatlichen Straßenbaulastaufgaben für die Bundesautobahnen wahrgenommen werden. Auf der Grundlage einer entsprechenden Ausgestaltung von Errichtungsgesetz und Satzung sollte damit die Möglichkeit zur Einordnung der Gesellschaft als „sonstige Einrichtung öffentlichen Rechts“ im Sinne der MwStSystRL einhergehen, damit in der Frühphase ihrer Geschäftstätigkeit keine USt-Last auf von der Gesellschaft für den Bund erbrachte Leistungen ausgelöst wird (s. o.).

5. Modalitäten der Zuweisung des Aufkommens aus der Lkw-Maut zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Rechtstechnisch kann der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Lkw-Maut auf verschiedene Weise „zugewiesen“ werden. In der Rezeption des österreichischen Modells wird insoweit gemeinhin auf das der ASFINAG eingeräumte Fruchtziehungsrecht abgestellt und für eine deutsche Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dementsprechend die Bestellung eines „Nießbrauchs“ an den Bundesautobahnen gefordert.

Durch § 2 des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997,

vgl. Bundesgesetz über die Einbringung der Anteilsrechte des Bundes an den Bundesstraßengesellschaften in die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft und der Einräumung eines Rechts der Fruchtnießung zugunsten dieser Gesellschaft, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Teil I 1997, 172 ff. (ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997),

wurde der österreichische Bundesminister für Finanzen verpflichtet, der ASFINAG das Recht der „Fruchtnießung" an den bestehenden und künftig zu errichtenden Bundesfernstraßen zu übertragen. Die Fruchtnießung im Sinne der österreichischen §§ 509 ff. ABGB entspricht in ihrem Grundkonzept dem deutschen Nießbrauchsrecht der §§ 1030 ff. BGB. Bei der Bestellung des „Rechts der Fruchtnießung" zugunsten der ASFINAG ist das Erfordernis der Eintragung in das Grundbuch (§ 481 ABGB) gesetzlich für unanwendbar erklärt worden,

vgl. § 3 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997.

Neben der Regelung zur Einräumung eines Fruchtgenussrechts ist in § 3 des österreichischen Bundesstraßen-Mautgesetzes 2002 zudem die Eigenschaft der ASFINAG als Gläubigerin in dem zu den mautpflichtigen Nutzern zustande kommenden Rechtsverhältnis geregelt worden:

„Mautgläubiger ist der Bund oder, soweit ihr von diesem das Recht der Fruchtnießung eingeräumt wurde, die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft."

Auf dieser Grundlage ist durch einen Fruchtgenussvertrag der ASFINAG das Recht der Fruchtnießung an dem Bundesvermögen gegen ein Entgelt eingeräumt worden. Dies beinhaltet das Recht der ASFINAG, für die Nutzung der Fernstraßen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mauten und Benutzungsgebühren von den Nutzern der Straßen, die Gegenstand des Fruchtgenussrechts sind, zu erheben. Die ASFINAG ist damit unmittelbar Gläubigerin der Forderungen gegen die Nutzer.

Das deutsche Recht erlaubt die „Zuweisung" der Lkw-Maut zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf unterschiedliche Weise. Variieren lässt sich insbesondere die rechtliche Stellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und hierbei das Ausmaß, in dem die Gesellschaft unabhängig vom Bund über die ihr zugewiesenen Mittel verfügen kann. Wegen der Einzelheiten verweisen wir auf die Ausführungen in **Anlage 7** und zeichnen im Folgenden nur die Grundzüge nach.

a) Rechte an den Erlösen

Auf Grundlage der bestehenden Rechtslage und der Beauftragung des derzeitigen privaten Betreibers Toll Collect GmbH zur Mitwirkung an der Erhebung der Maut ist zwischen den der Mauterhebung nach dem BFStrMG zu Grunde liegenden Mautforderungen des Bundesamtes für Güterverkehr (BAG) gegen den jeweiligen Mautschuldner einerseits und der wirtschaftlich an die Stelle dieser Mautforderungen tretenden Forderung des BAG gegen den Betreiber auf Zahlung eines Betrages in Höhe der entstandenen Maut, die sich aus den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Bund und dem Betreiber ergibt, andererseits zu differenzieren.

Für beide Forderungsarten kommen insbesondere eine Abtretung der Forderungen an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft oder die Einräumung von Nießbrauchsrechten an den Forderungen in Betracht.

Die Abtretung öffentlich-rechtlicher Forderungen an einen Privaten ist zulässig, wenn die Forderungen auf Zahlung von Geld gerichtet sind und mit der Abtretung keine Übertragung hoheitlicher Befugnisse ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verbunden ist. Abtretungen sind daher zulässig, wenn der Anspruch entstanden und eine etwaige erforderliche Festsetzung durch die Behörde bereits erfolgt ist.

Da die Abtretung eine Vollrechtsinhaberschaft der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft begründen würde, würde der Gesellschaft damit die gegenüber der Nießbrauchsbestellung stärkere und damit flexiblere Rechtsposition eingeräumt. Die Abtretung würde es der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch gestatten, die ihr abgetretenen Forderungen als Sicherheit im Rahmen der Aufnahme von Fremdkapital einzusetzen, wobei sowohl eine Fremdkapitalaufnahme durch die Gesellschaft selbst als auch etwa durch Projektgesellschaften auf Projektebene möglich wäre.

Die Bestellung von Nießbrauchsrechten an Forderungen setzt deren Abtretbarkeit voraus, so dass die Bestellung unter den soeben genannten Voraussetzungen möglich ist. Bei der Bestellung von Nießbrauchsrechten blieben das BAG bzw. der Bund formal Forderungsinhaber. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wäre jedoch zur Einziehung der Forderungen im eigenen Namen befugt und verpflichtet. Der Einsatz der Forderungen als Kreditsicherheiten für eine Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft selbst oder auf Projektebene wäre insbesondere auf Grundlage einer ent-

sprechenden Verfügungsermächtigung des BAG bzw. des Bundes zu Gunsten der Gesellschaft im Sinne eines schuldrechtlichen Dispositionsnießbrauchs möglich. Für Projektgesellschaften könnte grundsätzlich auch die Überlassung der Ausübungsbefugnis des Nießbrauchsrechts durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Kreditsicherheit dienen, wobei es sich um eine in der bisherigen Praxis nicht gebräuchliche Kreditsicherheit handeln würde.

Im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der betroffenen Forderungen sollte für die Abtretung der Forderungen bzw. die Bestellung von Nießbrauchsrechten an diesen sowie für die weiteren Verfügungen zu Gunsten von Fremdkapitalgebern eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Der Gesellschaft müssten durch Gesetz oder durch Rechtsverordnung aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hinsichtlich des Mautaufkommens insbesondere folgende Rechte zugewiesen werden können:

- Recht zur Einziehung der Mautforderungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 BFStrMG („Grundforderungen“)
- Recht an den Forderungen des Bundes aufgrund des Betreibervertrags gegen die Toll Collect GmbH („Ersatzforderungen“) sowie
- Berechtigung, über die Grund- und Ersatzforderungen zugunsten Dritter als Kreditsicherheit zu verfügen.

b) Nießbrauch an den Bundesautobahnen

Die Bestellung von Nießbrauchsrechten im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches an den Straßengrundstücken durch den Eigentümer zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist möglich. Sie führt unseres Erachtens für sich genommen aber nicht zu den gewünschten Rechtsfolgen.

Nach überwiegend vertretener Auffassung wird das privatrechtliche Eigentum bei öffentlichen Straßen als „öffentlichen Sachen“ nach der *Theorie des modifizierten Privateigentums* durch das „öffentliche Eigentum“ eingeschränkt. Das „öffentliche Eigentum“ an der Straße ist dem Geltungsbereich des BGB entzogen. Unseres Erachtens spricht dies dafür, dass die Nutzung eines Grundstücks als Bundesfernstraße hinsichtlich der die Bundesfernstraße betreffenden Regelungsgegenstände dem öffentlichen Recht vorbehalten ist. Nach unserer Einschätzung führt die bloße zivilrechtliche Bestel-

lung von Nießbrauchsrechten daher nicht dazu, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bereits aufgrund eines zivilrechtlichen Nießbrauchsrechts Rechte hinsichtlich des Mautaufkommens erhielte.

Die Rechte der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an den Autobahnen müssen der Gesellschaft daher durch öffentlich-rechtliche Regelungen zum „öffentlichen Eigentum“ durch oder aufgrund Gesetzes so zugewiesen werden, dass sich aus der Zuweisung der Rechte und Pflichten ein *öffentlich-rechtlich begründeter* „Nießbrauch“ zugunsten der Gesellschaft ergibt. Der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft müssten daher – wie in Österreich durch die gesetzlichen Regelungen zur ASFINAG – durch Gesetz oder etwa durch Rechtsverordnung aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hinsichtlich des Mautaufkommens insbesondere folgende Rechte zugewiesen werden können:

- Recht zur Einziehung der Mautforderungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 BFStrMG („Grundforderungen“)
- Rechte hinsichtlich der Forderungen des Bundes aufgrund des Betreibervertrags gegen die Toll Collect GmbH („Ersatzforderungen“) sowie
- Berechtigung, über die Grund- und Ersatzforderungen zugunsten Dritter als Kreditsicherheit zu verfügen.

Da das Zivilrecht auf das „öffentliche Eigentum“ an den Bundesautobahnen nicht anwendbar ist, können die für den privatrechtlichen Nießbrauch geltenden Regelungen der §§ 1030 ff. BGB jedenfalls nicht automatisch den Inhalt des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs bestimmen. Denkbar ist allerdings, für das Rechtsverhältnis zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Vorschriften des BGB zum Nießbrauch für entsprechend anwendbar zu erklären.

Ein „öffentlich-rechtlicher Nießbrauch“ (als Oberbegriff für die öffentlich-rechtlich begründete Zuweisung von Rechten und Pflichten) könnte – als Abbildung des zivilrechtlichen Eigentums des Bundes – durch die Bestellung eines zivilrechtlichen Nießbrauchs an den Straßengrundstücken *ergänzt* werden, insbesondere um die sonstige Nutzung des Grundstücks, soweit diese nicht von der Widmung als Straße betroffen ist, zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu sichern. Dabei wäre zu berücksich-

tigen, ob die Rechtseinräumung an die entsprechende Widmung des Grundstücks zu knüpfen ist.

Die Bestellung von zivilrechtlichen Rechten an den Straßengrundstücken erfolgte durch den Eigentümer. Dies ist nach unserer Kenntnis in der Regel der Bund. Soweit ein Straßengrundstück im Eigentum eines Dritten steht, muss dieser die Rechte bestellen.

Einen (zivilrechtlichen) „Nießbrauch kraft Gesetzes“ gibt es bisher, soweit ersichtlich, im deutschen Zivilrecht nicht. Sofern die Grundstücke durch eine hoheitliche Maßnahme mit einem Nießbrauch belastet würden, könnte darin zudem eine Enteignung des Eigentümers liegen. Dies wäre ggf. gesondert zu prüfen.

Die Einräumung eines zivilrechtlichen Nießbrauchs bedürfte schließlich grundsätzlich der Eintragung in das Grundbuch.

Bei rechtsgeschäftlicher Bestellung erfolgt die Eintragung auf Antrag und entsprechende Einigung gemäß § 873 BGB. Bei nicht-rechtsgeschäftlicher Bestellung, etwa bei gesetzlicher Einräumung, würde die Eintragung nach unserer Ansicht durch Grundbuchberichtigung vollzogen.

Im Übrigen wäre unseres Erachtens eine gesetzliche Regelung denkbar, nach der die Rechtseinräumung einer Grundbucheintragung nicht bedarf. Eine solche Regelung findet sich etwa im Gesetz über die hypothekarische Belastung von Reichsbahngrundstücken aus dem Jahre 1924. Auch bei der Bestellung des „Rechts der Fruchtnießung“ zugunsten der ASFINAG in Österreich ist das Eintragungserfordernis gesetzlich für unanwendbar erklärt worden.

c) Voraussetzungen zur Einbringung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen

Die Bestellung eines öffentlich-rechtlichen „Nießbrauchs“ an den Bundesautobahnen kann Grundlage des wirtschaftlichen Eigentums der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an den Bundesautobahnen sein,

> *vgl. im Einzelnen den „Kurzvermerk zur Frage der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums durch Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und dem Bund im Zusammenhang*

*mit der Einräumung eines Nießbrauchs“ von PwC vom 30. November 2016, beigefügt als **Anlage 8**.*

Mit der Rechtseinräumung zu verbinden wären die Bestellung eines grundsätzlich zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechts an den Bundesautobahnen sowie die Einräumung eines unbedingten Anspruchs auf Ersatz des Verkehrswertes aller Vermögensgegenstände bzw. Wirtschaftsgüter bei Beendigung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs. Bei einer solchen Gestaltung könnte davon ausgegangen werden, dass der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft **Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten** an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen zustehen. Die Gesellschaft verfügte bei wirtschaftlicher Betrachtung über das Verwertungsrecht (durch Nutzung) und hätte die Chancen und Risiken aus der laufenden Nutzung einschließlich der Gefahr des zufälligen Untergangs zu tragen. Auch würde der Herausgabeanspruch des Bundes aufgrund des Wertersatzanspruchs wirtschaftlich wertlos.

d) Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Mautgläubigerin

Sofern die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein öffentliches Nießbrauchsrecht mit den soeben beschriebenen Merkmalen eingeräumt erhielte, würde der Bund – obgleich weiterhin rechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen – von der Nutzung derselben verdrängt. Die Gesellschaft hingegen hätte nicht nur das Recht zum Besitz an den Bundesautobahnen, sondern trüge überdies die Verpflichtung, die Bundesautobahnen bedarfsgerecht zu erhalten und dem Verkehr bereitzustellen.

Aus unserer Sicht spricht vieles dafür, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei Einräumung einer entsprechenden Rechtsstellung als Leistungserbringerin gegenüber den Nutzern anzusehen. Jedenfalls soweit für die Benutzung von Bundesautobahnen Gegenleistungsabgaben (Vorzugslasten) erhoben werden, welche einen individuell-zurechenbaren Vorteil der Autobahnnutzer dafür abgelten sollen, dass diesen die Bundesautobahnen zur Nutzung bereitgestellt werden, dürfte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unproblematisch als diejenige Einheit betrachtet werden können, welche die Bundesautobahnen im Rahmen etwa eines Gebühren- oder Beitragsschuldverhältnisses faktisch und rechtlich zur Nutzung bereitstellt. Da die mit der Bereitstellung der Bundesautobahnen verbundenen Kosten von ihr, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, veranlasst würden, könnte der Gesellschaft nach allgemeinen abgabenrechtlichen Grundsätzen auch der Er-

trag einer von den Nutzern erhobenen Abgabe zum sog. Kosten- oder auch Vorteilsausgleich zustehen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde insoweit unmittelbar als Gläubigerin der betreffenden Abgabe auftreten können, insbesondere auch als Gläubigerin der Lkw-Maut.

Wie auch in § 3 des österreichischen Bundesstraßen-Mautgesetzes 2002 für die ASFINAG geregelt, könnte der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch eine entsprechende Änderung des BFStrMG ebenfalls die Rechtsstellung als Mautgläubigerin für die Lkw-Maut eingeräumt werden. Ob schon die Einräumung des oben beschriebenen öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Autobahnen diese Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft konstitutiv begründen würde oder „erst" eine entsprechende Klarstellung im BFStrMG, wäre ggf. ergänzend zu prüfen, wobei eine rechtsklare gesetzliche Bestimmung der Gläubigerstellung vorzugswürdig erscheint.

Fraglich ist, ob die Lkw-Maut dann zwingend als privatrechtliches Entgelt auszugestalten wäre oder ob auch eine Beibehaltung der Ausgestaltung als öffentlich-rechtliche Abgabe möglich wäre, hinsichtlich deren die Gläubigerstellung dann einer privatrechtsförmig organisierten Gesellschaft zugewiesen wird. An dieser Stelle sei klargestellt, dass die damit angesprochene Frage, ob auch eine privatrechtsförmig organisierte Gesellschaft die Gläubigerstellung hinsichtlich einer öffentlich-rechtlichen Abgabe einnehmen könnte, (lediglich) die Frage betrifft, wer bei einer öffentlich-rechtlichen Abgabe Inhaber des Zahlungsanspruchs gegenüber den Abgabenschuldnern sein kann. Von der Gebührengläubigerstellung zu trennen ist die Zuständigkeit für die Schaffung der normativen Grundlagen der Abgabe (Regelungen zu Gebührentatbestand und -höhe sowie zum Erhebungsmechanismus). Diese verbleibt beim demokratisch unmittelbar legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber, im Falle zulässiger Delegation bei der Exekutive.

Nach hiesiger Einschätzung lassen sich Einwände gegen eine Abgabengläubigerstellung der privatrechtsförmig organisierten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft jedenfalls unter der Voraussetzung einer gesetzlichen Einräumung der Gläubigerstellung weder aus dem Begriff der Gebühr noch aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen gewinnen. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Lkw-Maut ist eine öffentlich-rechtliche Abgabe in Gestalt einer Gebühr (als Unterfall der Vorzugslast),

> *vgl. zum Charakter der Lkw-Maut als öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühr BVerwGE 137, 325, 330 (zu § 4 Abs. 1, § 1 Abs. 1 ABMG, nunmehr § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 BFStrMG).*

Gebühren sind

> *„öffentlichrechtliche Geldleistungen, die in Anknüpfung an eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung erhoben werden, um deren Kosten ganz oder teilweise zu decken"; so BVerfGE 132, 334, 349 m. w. N.*

Charakterisiert wird die Gebühr nach dieser Begriffsbestimmung durch den Belastungsgrund, namentlich die Erhebung für eine *öffentliche* Leistung. Nicht entscheidend ist hingegen das Kriterium, ob der Gebührengläubiger bzw. der Leistungserbringer eine juristische Person des öffentlichen oder des Privatrechts ist.

Dass eine Organisation des Gebührengläubigers in Privatrechtsform nicht der Charakterisierung als Gebühr entgegensteht und somit nicht „gebührenfeindlich" ist, lässt sich daran ersehen, dass die deutsche Rechtsordnung auch die Gebührengläubigerstellung Privater (und dabei sogar nicht staatlich beherrschter Privater, d. h. sog. materiell Privater) anerkennt. So sieht bundesrechtlich § 5 Nr. 2 BGebG vor, dass ein beliehener Privater Gebührengläubiger sein kann, wenn die individuell zurechenbare öffentliche Leistung von ihm erbracht wird. Konkret für den Sachbereich des Fernstraßenrechts ist zu beachten, dass bereits gegenwärtig nach § 2 Abs. 1 Satz 4 und 5, § 1 Abs. 5 FStrPrivFinG Private Mautgebühren nicht nur in Gestalt eines Entgelts, sondern auch als öffentlich-rechtliche Gebühren erheben können. Auf landesrechtlicher Ebene wäre zur Gebührengläubigerstellung Privater etwa auf § 3 Nr. 5 des schleswig-holsteinischen Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten zu verweisen. Dieser bestimmt als möglichen Gegenstand einer Zusammenarbeit die

> *„Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf einen Privaten zur eigenverantwortlichen Erledigung, verbunden mit der Übertragung oder Einräumung der Befugnis zur Erhebung von zivilrechtlichen Entgelten <u>oder öffentlich-rechtlichen Gebühren</u> (Konzessionsmodell)"; Hervorhebung nur hier.*

Nach alledem ist deutlich, dass eine Akzessorietät der Gebühr zur öffentlich-rechtlichen Organisationsform des Gebührengläubigers nicht besteht,

oder anders: dass der Normappell des Gesetzgebers an den Abgabenschuldner, dieser möge für die Erbringung einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung eine Gegenleistung erbringen, nicht zwingend in der Rechtsform überbracht werden muss, in der die Leistungserbringung organisiert ist. Vielmehr kann sich unabhängig davon die Qualifikation der einen gebührenfähigen Aufwand verursachenden Aufgabe als „öffentlich" aus verschiedenen anderen Gesichtspunkten ergeben, die in einer Gesamtschau zu würdigen sind.

Im vorliegenden Zusammenhang ist namentlich zu beachten, dass das Tätigkeitsspektrum der Gesellschaft, die Bereitstellung der Bundesautobahnen, zur Daseinsvorsorge gehört

> *vgl. Tegtbauer, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 13, Rn. 4; Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), Bundesfernstraßengesetz, 2. Auflage 2013, § 3 Rn. 25 m. w. N.; BGH, Urteil vom 5. Juli 1990, Az.: III ZR 217/89, BGHZ 112, 74 (83 f.).*

Der (nicht notwendig unentgeltliche) Gemeingebrauch an ihnen ist normativ in § 7 Abs. 1 FStrG verankert. Der Bund bleibt – auch im Verlauf der weiteren Entwicklungsstufen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft – rechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen. Die Erfüllung von Aufgaben durch die Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Betrieb, der Planung, dem Bau, der Erhaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen wird vom parlamentarischen Gesetzgeber und die unmittelbare Bundesverwaltung durch materiellrechtliche Maßstäbe und organisationsrechtliche Vorkehrungen determiniert. Zudem wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraussichtlich in vielfältiger Hinsicht mit Befugnissen beliehen werden. Eine Gesamtschau dessen zeigt, dass die Bereitstellung der Bundesautobahnen mit guten Gründen auch weiterhin als *öffentliche* Leistung im Sinne des Gebührenbegriffs eingeordnet werden kann, auch wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Phase 3 wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen wird.

Auch steht nach hiesiger Überzeugung die Einräumung einer Gebührengläubigerstellung an eine juristische Person des Privatrechts nicht im Widerspruch zu finanzverfassungsrechtlichen oder sonstigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Gebühren und Beiträge sind als sog. Sachkompetenzabgaben verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich geregelt. Zur Regelung einer solchen Abgabe bedarf es zunächst eines Gesetzgebungskompe-

tenztitels, wobei für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben die Sachgesetzgebungskompetenztitel der Art. 70 ff. GG gelten. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG räumt dabei dem Bund sogar ausdrücklich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für

> *„Gebühren oder Entgelte für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen“ ein.*

Über die (wie stets) notwendige Gesetzgebungskompetenz hinaus ist in inhaltlicher Hinsicht zur Wahrung der bundesstaatlichen Finanzverfassung, welche wesentlich auf der Erhebung von Steuern und den für Steuern geregelten Aufkommenskompetenzen beruht, der verfassungsfeste Kern von Gebühren, Beiträgen und sonstigen Vorzugslasten, dass sie anders als die voraussetzungslos geschuldete Steuer einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürfen. Diese liegt bei Gebühren, welche paradigmatisch als Gegenleistung für eine individuell zurechenbare „besondere“ Leistung des Staates geschuldet werden, in ihrer Ausgleichsfunktion,

> *vgl. BVerfGE 132, 334, 349 m. w. N.*

Dass der „Staat“ die zu entgeltende Leistung nicht in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform erbringt, sondern durch eine von ihm beherrschte private Gesellschaft, hindert – wie soeben dargelegt – hier weder den Charakter der Bereitstellung von Bundesautobahnen als „öffentliche Leistung“, noch ändert es etwas am *Gegenleistungsbezug* der erhobenen Abgabe. Ebenso wie der Staat grundsätzlich darin frei ist, für welche der von ihm gewährten Leistungen er überhaupt einen Kostenausgleich verlangt, so kann er im Rahmen der allgemeinen Regeln des Organisationsrechts auch über den Modus der Bereitstellung von Leistungen befinden und die Leistungserbringung in bestimmten Bereichen zum Beispiel auch in privatrechtlicher Form organisieren. Auf derjenigen Entwicklungsstufe der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, in welcher sie die Gebührengläubigerstellung einnimmt, wird sie selbst die Leistung gegenüber den Bundesautobahnnutzern bereitstellen, so dass die ertragsbegünstigte Gebührengläubigerin zugleich diejenige juristische Person ist, die dem Nutzer den mit der Gebühr entgoltenen Vorteil verschafft. Insofern bleibt die Gegenleistungsbeziehung „intakt“, so dass es nicht auf die Frage ankommen dürfte, inwiefern auch von anderer Seite (nämlich dem Bund als juristischer Person) eingeräumte Vorteile eine der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Gläubigerin zustehende Gebühr (der Höhe nach) rechtfertigen könnten.

> *Das Bundesverfassungsgericht hat bislang sogar offen gelassen, ob neben Vorteilen, die durch die gebührenpflichtige öffentliche Leistung gewährt werden, auch Vorteile von Leistungen anderer öffentlicher Träger oder privater Dritter eine Gebührenbemessung sachlich rechtfertigen können, vgl. BVerfGE 108, 1, 31.*

Ebenso wenig wären durch eine Mautgläubigerstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenwahrheit und der Normenklarheit betroffen. Der Grundsatz der Normenwahrheit besagt, dass sich der Gesetzgeber an dem für den Bürger ersichtlichen Regelungsgehalt einer Norm festhalten lassen muss,

> *vgl. BVerfGE 107, 218, 256; 108, 1, 20.*

Dieser Grundsatz ist hier nicht betroffen, weil hinter der als öffentlich-rechtliche Gebühr bezeichneten Abgabe auch dem wahren Gehalt nach eine Abgabe für eine öffentliche Leistung steht. Der Grundsatz der Normenklarheit wiederum bezweckt die Verständlichkeit von Normen und die Vorhersehbarkeit ihrer Folgen aus Bürgersicht; dieser Grundsatz könnte nur durch eine konkret unklare Ausgestaltung der Gebührenregelungen betroffen sein. Er wäre nicht schon durch eine gesetzliche Bestimmung als solche berührt, die eine privatrechtlich organisierte juristische Person als Gebührengläubigerin nennt.

Nach diesen Überlegungen ist die Vervollständigung eines Nutzerfinanzierungskreislaufs für die Bundesautobahnen in dem Sinne, dass einem vom Bund verschiedenen (privaten) Rechtsträger Rechte an den Bundesautobahnen mit der Wirkung eingeräumt werden können, dass der Bund einerseits rechtlicher Eigentümer der Bundesfernstraßen bleibt, andererseits aber der für die Bereitstellung der Bundesfernstraßen eingesetzte Rechtsträger Mautgläubiger sein kann, auf der Grundlage der voranstehend skizzierten Rechtseinräumungen (öffentlich-rechtlicher Nießbrauch zuzüglich Wertersatzanspruch bei seiner Beendigung, s. o.) nach unserer Einschätzung gestaltbar.

e) Ergebnis

Die Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird seitens des Bundes in wesentlichem Umfang über die Zuweisung des Aufkommens aus erhobenen Straßenbenutzungsabgaben zu organisieren sein, derzeit also

über die Zuweisung des Aufkommens aus der Lkw-Maut. Hierfür stehen unterschiedliche rechtliche Gestaltungsansätze zur Verfügung.

Im Verhältnis etwa zu einer Abtretung vergleichsweise noch wenig Rechtsmacht am Aufkommen aus der Lkw-Maut räumt der Bund der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein, wenn er zugunsten der Gesellschaft einen (zivilrechtlichen) Nießbrauch an den Forderungen bestellt, die dem Bund nach dem BFStrMG zustehen, also den Forderungen gegenüber Toll Collect auf Grundlage des Betreibervertrages hinsichtlich der Lkw-Maut („Ersatzforderungen") sowie der Forderungen des BAG gegen Nutzer („Grundforderungen"). Diese Form der Zuweisung von Mautaufkommen bietet sich für Phase 1 an; ggf. könnte zusätzlich eine Verfügungsvollmacht erteilt werden („Dispositionsnießbrauch"). Bereits auf der Grundlage des (zivilrechtlichen) Nießbrauchs würde das Mautaufkommen nicht mehr haushaltswirksam werden, sondern der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft direkt zufließen.

Die der Gesellschaft eingeräumte Rechtsmacht am Mautaufkommen des Bundes aus der Lkw-Maut kann sodann auf der Grundlage entsprechender gesetzlicher Regelungen Bestandteil eines öffentlich-rechtlichen „Nießbrauchs" an den Bundesautobahnen werden, welcher in Phase 2 begründet werden könnte. Der öffentlich-rechtliche „Nießbrauch" beinhaltete neben den Rechten am Mautaufkommen Rechte und Pflichten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Bezug auf die Bundesautobahnen.

Mit Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen im Übergang von Phase 2 auf Phase 3 schließlich wäre eine derartige Zuweisung von Mautaufkommen nicht mehr notwendig, da die Gesellschaft in der dann verwirklichten Zielstruktur kraft gesetzlicher Regelung als Mautgläubigerin die Maut im eigenen Namen vereinnahmen würde.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die aufgezeigten Zuweisungsformen sind im Rahmen eines möglichen Errichtungsgesetzes herzustellen. Für die Phasen 1 und 2 dürften in dem zwischen Bund und Gesellschaft vorgesehenen Geschäftsbesorgungsvertrag ergänzende Regelungen zu treffen sein, zum Beispiel hinsichtlich der Fälligkeiten von Zahlungen und den unterjährigen Liquiditätsfluss. In der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgestellten und unter Abschnitt D.II (ab Seite 207) erläuterten Planungsrechnung wird die Möglichkeit einer direkten Zuweisung von Mautaufkommen vorausgesetzt.

6. Vergaberechtliche Verortung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Das Geschäftsmodell der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft liefert im Weiteren die Anknüpfungspunkte für die vergaberechtliche Verortung der Gesellschaft und ihrer Geschäftstätigkeit. Dieses gilt sowohl im Hinblick auf die Frage, ob die Gesellschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinien des Unionsrechts bzw. im Sinne des GWB ist, als auch im Hinblick auf die Frage, ob der Bund der Gesellschaft öffentliche Aufträge außerhalb des Kartell- und des Haushaltsvergaberechts erteilen kann.

a) Prüfungsgrundlagen

aa) Beteiligte

Der Bund beabsichtigt die Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der Rechtsform der GmbH. Die Gesellschaft soll Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, der Erhaltung, der Unterhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen ausführen. Der Bund bleibt Eigentümer der Bundesautobahnen und Träger der Straßenbaulast. Gründungsgesellschafter der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll der Bund sein. Die Gründung der Gesellschaft und die Zuweisung von Aufgaben des Bundes zur Ausführung sollen auf der Grundlage eines Bundesgesetzes erfolgen.

bb) Vertragsrahmen

Auch wenn der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Ausführung der dem Bund obliegenden Aufgaben der Planung, des Baus, der Erhaltung, der Unterhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen unmittelbar durch ein Errichtungsgesetz übertragen wird, werden die praktischen Anforderungen an eine vollständige und hinreichend präzise Dokumentation der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen voraussichtlich zusätzlichen Regelungsbedarf erzeugen, der in einem Errichtungsgesetz nicht sinnvoll abgebildet werden kann. Insofern gehen wir davon aus, dass die Gesellschaft Aufgaben der Straßenbaulast des Bundes auf der Grundlage eines (entgeltlichen) **Geschäftsbesorgungsvertrages** mit dem Bund erbringen wird (vgl. hierzu Abschnitt D.I.1. [ab Seite 184]). Soweit die Gesellschaft von ihr zu erbrin-

gende Leistungen nicht selbst ausführt, wird sie private Dritte mit den entsprechenden Leistungen auf der Grundlage **zivilrechtlicher Dienst- und Werkverträge** beauftragen (zum Beispiel für einzelne Leistungen im Rahmen des Betriebsdienstes). Überdies wird die Gesellschaft im Rahmen von Lieferaufträgen und/oder Rahmenvereinbarungen Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe beschaffen (zum Beispiel Streusalz).

cc) Finanzierung

Wie in Abschnitt D.I.1. (ab Seite 184) dargelegt, dürfte die Gesellschaft ihre Leistungen für den Bund auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages zu erbringen haben. Für die von der Gesellschaft erbrachten Leistungen würde der Bund in den Phasen 1 und 2 dementsprechend Vertragsentgelte zahlen. Konkret soll der Gesellschaft das Aufkommen aus der Lkw-Maut zugewiesen werden, und zwar in den frühen Phasen ihrer Geschäftstätigkeit auf der Grundlage eines Nießbrauchsrechts an den Forderungen, die der Bund gegenüber Toll Collect innehat („Ersatzforderung“ oder „Zahlungsversprechen“ im Sinne der Ausführungen unter Abschnitt D.III.5. [ab Seite 276] und der dort genannten **Anlage 7**). Anlässlich des Entwurfs eines Geschäftsbesorgungsvertrages wird dabei in zivilrechtlicher Hinsicht noch zu klären sein, ob die Zuweisung des Mautaufkommens als Leistung des Bundes an Erfüllung statt oder als Leistung erfüllungshalber ausgestaltet werden wird. Ersterenfalls würde der Vergütungsanspruch unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem „Bewirken“ der Leistung, also mit der Einräumung des Nießbrauchs an den Ersatzforderungen gegenüber Toll Collect nach § 1068 BGB, (teilweise) erlöschen, letzterenfalls erst dann, wenn und soweit die Gesellschaft die Ersatzforderung von Toll Collect effektiv eingezogen (§ 1074 BGB) und sich dadurch aus dem Geleisteten befriedigt hat,

> *vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Auflage 2017, § 364, Rn. 5.*

Soweit die von der Gesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag erbrachten Aufwendungen durch die zugewiesene Lkw-Maut nicht finanziert bzw. entgolten werden, wird der Bund zur Erfüllung seiner Vergütungspflicht unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zusätzlich Haushaltsmittel bereitstellen. Dieser Finanzierungsmodus wird sich ändern, je mehr der Bund die Basis für die Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen durch Einführung weiterer Infrastrukturabgaben und/oder durch Modifikationen

der Lkw-Maut verbreitert und das dadurch realisierte Mautaufkommen in der Folge der Gesellschaft zuweist.

Die geschilderte Finanzierung der Gesellschaft über den Geschäftsbesorgungsvertrag wird ab Betriebsbeginn erfolgen. In der Transformationsphase könnte der Finanzbedarf der Gesellschaft durch entsprechende Gesellschaftereinlagen, ggf. aber auch bereits durch die Entrichtung von Vertragsentgelten gedeckt werden, wenn ein Geschäftsbesorgungsvertrag in dieser Phase bereits vorliegt. In der Transformationsphase tätigt die Gesellschaft Aufwendungen für ihre Ingangsetzung, d. h. für die Schaffung grundlegender Organisations- und IT-Strukturen.

In einer späteren Entwicklungsphase der Gesellschaft (Phase 3) mag deren Finanzierung über den Geschäftsbesorgungsvertrag weitestgehend durch anderweitige Zahlungsströme ersetzt werden, wenn nämlich die Gesellschaft gegenüber den maut- und entgeltpflichtigen Nutzern der Bundesautobahnen selbst als Abgabengläubiger auftritt und von diesen kostendeckende Entgelt vereinnahmt.

dd) Zuordnung von Personal und von sächlichen Betriebsmitteln

Die für die Bundesautobahn-Verwaltung bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erforderlichen **Mitarbeiter** sind derzeit Landesbedienstete bzw. bei Stellen oder Rechtsträgern der Länder beschäftigt. Die Dienst- und Arbeitsverhältnisse betroffener Mitarbeiter sollen voraussichtlich auf einer gesonderten gesetzlichen Grundlage auf den Bund bzw. auf ein ggf. zu errichtendes Bundesamt für Straßeninfrastruktur sowie auf die Gesellschaft übergehen. Für die Zwecke dieser vergaberechtlichen Prüfung wird insoweit unterstellt, dass die Gesellschaft spätestens ab Betriebsbeginn über eigenes Personal verfügen wird und dass sie insbesondere Personalgestellungsleistungen von Seiten Dritter nicht in Anspruch nehmen wird.

Hinsichtlich der **sächlichen Betriebsmittel** geht die vergaberechtliche Prüfung davon aus, dass diese bereits im Eigentum des Bundes stehen, soweit sie von den Auftragsverwaltungen für den Betrieb der Bundesautobahnen eingesetzt werden. Da der Bund neben den Personalkosten für den Betriebsdienst der Bundesautobahnen im System der Auftragsverwaltung auch die sächlichen Kosten des Betriebsdienstes deckt, unterstellen wir insoweit, dass die Länder die betreffenden Betriebsmittel rechtsgeschäftlich unmittelbar für den Bund erworben haben. Rechtsgeschäftlicher oder gar

entgeltlicher Übertragungs- bzw. Erwerbstatbestände bedarf es daher grundsätzlich nicht, jedenfalls soweit für den künftigen Verwender der betreffenden Sachmittel auf den Bund abgestellt wird. Im Verhältnis zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gehen wir davon aus, dass der Bund die Sachmittel in die Gesellschaft im Zuge der Gesellschaftsgründung einlegt, ein rechtsgeschäftlicher bzw. entgeltlicher Erwerb insoweit aber nicht stattfinden wird. Konkret ist der Einbringungsmodus für die dem Bund bereits gehörenden Sachmittel in die Gesellschaft allerdings noch nicht definiert bzw. strukturiert worden.

Soweit sächliche Betriebsmittel der Bundesautobahnverwaltung von den Ländern im Rahmen von deren Verpflichtung zur Tragung der Verwaltungskosten (Art. 104a Abs. 5 Satz 1 GG) erworben worden sind, kann der Fall relevant werden, dass der Bund diese zum Restbuchwert bzw. zum Verkehrswert, d. h. gegen entsprechende Erstattung zu übernehmen hat. Wir gehen im Übrigen aber davon aus, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb insoweit ebenfalls nicht stattfinden wird, sondern dass es zu einem Eigentumsübergang kraft gesetzlicher Anordnung kommen wird.

Die **Übertragung** von personellen und sächlichen Betriebsmitteln von der Auftragsverwaltung auf den Bund bzw. vom Bund auf die Gesellschaft prüfen wir nach alledem im Rahmen dieser vergaberechtlichen Beurteilung nicht weiter. Unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen unterstellen wir insoweit, dass auf der Grundlage eines entsprechend ausgestalteten Errichtungsgesetzes bereits keine öffentlichen (Liefer-)Aufträge im Sinne von § 103 GWB abzuschließen sein werden.

b) Prüfungsumfang

Auf der Grundlage der in Abschnitt a) definierten Annahmen konzentrieren wir die vergaberechtliche Prüfung auf die Frage, ob für die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund auf der Grundlage eines **Geschäftsbesorgungsvertrages** der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet ist. Schwerpunkt der Prüfung ist, ob zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine sog. **Inhouse-Konstellation** vorliegt.

Weiter ist Gegenstand der vergaberechtlichen Prüfung, ob Aufträge an private Dritte auszuschreiben sind, die durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für die Bundesautobahn-Verwaltung ausgelöst werden. Zu prüfen ist

dabei insbesondere, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft **öffentlicher Auftraggeber** im Sinne des GWB ist.

Die in Abschnitt a)dd) beschriebene **Übertragung** bzw. Zuordnung von personellen und sächlichen Ressourcen auf die Gesellschaft ist, wie bereits erwähnt, nicht Gegenstand der Prüfung[18]. Insoweit wird unterstellt, dass der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet ist. Im Hinblick auf die Übertragung von Mitarbeitern oder sächlichen Betriebsmitteln auf die Gesellschaft ist der Vollständigkeit halber allerdings darauf hinzuweisen, dass insoweit grundsätzlich ein **strukturiertes Bieterverfahren** durchzuführen sein könnte, wenn an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft private Dritte beteiligt wären[19]. Dieses ist nach dem gegenwärtigen Planungsstand allerdings nicht bzw. erst zu einem späteren Zeitpunkt der Fall, und unabhängig davon bedürfte es vor einer Beteiligung von Dritten nach unserem Kenntnisstand weiterer politischer Entscheidungen. Insofern gehen wir für die Zwecke der vergaberechtlichen Beurteilung (zumindest) der Phasen 1 und 2 von einer ausschließlich dem Bund gehörenden Gesellschaft aus.

c) Ausschreibungspflicht des Geschäftsbesorgungsvertrages

Zunächst ist zu prüfen, ob die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund, für ihn, den Bund, Aufgaben der Planung, des Baus, der Erhaltung und Unterhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages zu erbringen, ausschreibungspflichtig ist. Der Geschäftsbesorgungsvertrag wäre nur ausschreibungspflichtig, wenn es sich dabei um einen öffentlichen Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers handeln würde. Hierfür ist zu erörtern, ob der Bezug der vertragsgegenständlichen Leistungen den Tatbestand eines öffentlichen Auftrags erfüllt, und wenn ja, ob das Kartellvergaberecht auf die Vergabe dieses Auftrags nach den im GWB vorgesehenen Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge – etwa nach den Vorschriften über die öffent-

---

[18] Die Zuordnung von Personal und Sachmitteln zur Gesellschaft würde in einem Errichtungsgesetz geregelt werden. Bei Beauftragung mittels hoheitlicher Handlungsformen liegt mangels Gleichordnung der Vertragsparteien kein Vertrag vor, vgl. Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 4 Rn. 9.

[19] Ein strukturiertes Bieterverfahren ist beispielsweise bei Verkäufen der öffentlichen Hand durchzuführen, auch wenn das Vergaberecht für Verkäufe nicht einschlägig ist, vgl. Dietlein/Fandrey, in: Gabriel / Krohn / Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 4 Rn. 37.

lich-öffentliche Zusammenarbeit (§ 108 GWB) – ausnahmsweise ohne Anwendung bleiben kann.

aa) Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet

(1) Verdrängung des Kartellvergaberechts durch Art. 51 AEUV?

Die besondere Nähe der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur öffentlichen Aufgabe der Straßenbaulast gibt zunächst Anlass zu der Frage, ob das Kartellvergaberecht für die Einsetzung der Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erledigung von dessen Aufgaben aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen überhaupt anzuwenden ist. Erwägungsgrund Nr. 1 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (nachfolgend auch „Vergaberichtlinien") stellt klar, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen hat, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit. Aus diesem bereits in der Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie 2004 erwähnten Grundsatz

> *siehe dort Erwägungsgrund Nr. 2*

wird im Schrifttum ein Anwendungsvorbehalt zugunsten der Vertragsregelungen abgeleitet, welche für bestimmte Materien die Grundfreiheiten einschränken und in der Folge dann auch die Unanwendbarkeit des auf die Grundeinheiten gestützten Sekundärrechts nach sich ziehen,

> *vgl. Burgi, Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), NVwZ 2007, 383 (385); vgl. auch ders., Vergaberecht, 2016, § 11, Rn. 32.*

Im hiesigen Kontext ist der Blick auf Art. 51 AEUV zu richten. Nach ihm finden die Vorschriften des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit in einem Mitgliedstaat keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in dem betreffenden Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Art. 62 AEUV ordnet unter den in Art. 51 AEUV genannten Voraussetzungen die Nichtgeltung der vertraglichen Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit an, auf die sich – unter anderem – die Vergaberichtlinien stützen. Im Sinne einer primärrechtskonformen Ausle-

gung des nationalen Kartellvergaberechts wird daraus gefolgert, dass dessen Anwendungsbereich nicht eröffnet ist, soweit bestimmte Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV zu qualifizieren sind,

> *Burgi, Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), NVwZ 2007, 383 (385).*

Der Europäische Gerichtshof legt das Tatbestandsmerkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV eng aus. Er subsumiert hierunter Tätigkeiten,

> *„die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind" (EuGH, Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011, I-4355, Rn. 86).*

Diesen Maßstab wird die Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft teilweise dann erfüllen, wenn ihr, wie gegenwärtig vorgesehen, aufgrund einer Beleihung für einzelne Tätigkeiten hoheitliche Befugnisse eingeräumt werden. Zu nennen sind die in Abschnitt C.VI.1.b)bb)(2) aufgeführten Materien, etwa die Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung von Bauten gemäß § 4 FStrG und die Beschränkung des Gemeingebrauchs gemäß § 7 Abs. 2 FStrG. Soweit die Gesellschaft in diesen Tätigkeitsfeldern Verwaltungsakte erließe, wäre das jedenfalls als „Ausübung hoheitlicher Gewalt" einzustufen.

Die Gesellschaft wird mit ihrer Geschäftstätigkeit teilweise aber auch nicht an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der vorstehenden Formel des Europäischen Gerichtshofs beteiligt sein. Sie wird in den von ihr wahrgenommenen Funktionen des Planens, Bauens, Erhaltens, Unterhaltens und Betreibens im Gegenteil auch in erheblichem Umfang ausschließlich privatrechtsförmig tätig werden. So wird die Gesellschaft weder selbst bestimmen, welche Neu- und Ausbauvorhaben im Gesamtnetz notwendig sind, sondern insoweit den Bedarfsplan des Gesetzgebers zugrunde zu legen haben. Die Gesellschaft wird nach dem hier vorgeschlagenen Konzept des Weiteren zwar als Vorhabenträger agieren und beim Bundesamt für Straßeninfrastruktur Planfeststellungen beantragen. Die Durchführung von Anhörungsverfahren sowie der Erlass von Planfeststellungsbeschlüssen bzw. von Plangenehmigungen werden aber dem zu errichtenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur obliegen. Im Bereich der Planung wird mithin

nur das Bundesamt verbindliche Festlegungen in Bezug auf die Rechte betroffenen treffen und mithin „öffentliche Gewalt“ ausüben.

Wie sich auch anlässlich der beihilfenrechtlichen Beurteilung des Reformvorhabens erweisen wird, wird sich die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mithin durch einen durchaus *hybriden* Charakter auszeichnen. In diesem scheinen einerseits eine „privatwirtschaftliche“ oder gar „funktional unternehmerische“ Seite ihres Wesens auf, andererseits aber auch eine „hoheitliche“ oder sogar „staatsnahe“ Seite. Hier schlagen sich die politischen Zielvorgaben nieder, dass einerseits das Eigentum an den Bundesautobahnen und mit ihm die Straßenbaulast für die Bundesautobahn beim Bund verbleiben,

> *vgl. Seite 17 ff. des Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“,*

und in die Erledigung der Straßenbaulastaufgaben des Bundes andererseits privatwirtschaftliche Elemente Einzug halten sollen. Dem „hybriden“ Charakter der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass diese vollständig als Teil „öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 51 AEUV eingeordnet wird, dürfte indes der vom Europäischen Gerichtshof geforderten engen Auslegung dieser Norm entgegenstehen. Sie stünde auch nicht im Einklang mit den Forderungen nach dem möglichst uneingeschränkten *effet utile* der Vergaberichtlinien, denn sie würde entgegen den ansonsten etablierten Maßstäben zum Schutz des Rechts vor Umgehungsmaßnahmen die Schlussfolgerung nahelegen, hier reiche es aus, eine Gesellschaft von der Größe und Komplexität der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft punktuell mit hoheitlichen Befugnissen zu „infizieren“, um dadurch für die gesamte Gesellschaft ein Sonderrechtsregime zu beanspruchen.

Werden zur Ausfüllung des unionsrechtlichen Maßstabs der „Teilnahme an öffentlichen Gewalt“ die im deutschen Recht bekannten Abgrenzungsmaßstäbe herangezogen, so ergibt sich kein anderes Bild. Insoweit wird vorgeschlagen, für die Subsumtion unter Art. 51 AEUV zwischen der Tätigkeit eines Privaten als Beliehenem einerseits und seiner Einbindung als Verwaltungshelfer anderseits zu unterscheiden. Während der Beliehene selbst Staatstätigkeit repräsentiere und öffentliche Gewalt ausübe und damit von Art. 51 AEUV erfasst werde, würde der Verwaltungshelfer lediglich unterstützend für staatliche Stellen bei *deren* Ausübung hoheitlicher Gewalt tätig,

> *Burgi, Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), NVwZ 2007, 383 (384).*

Die Anlegung dieses Abgrenzungsmaßstabs verstärkt die Zweifel an einem Anwendungsvorrang des Art. 51 AEUV für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft noch. Ihr werden die Aufgaben des Bundes aus dessen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen nach einem möglichen Errichtungsgesetz ggf. lediglich „zur Ausführung" übertragen. Die Aufgabenverantwortung selbst verbleibt beim Bund, der die Gesellschaft zunächst als Geschäftsbesorgerin zu Erfüllung seiner Aufgaben einsetzt. Hier zeigt sich eine deutliche Nähe der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Verwaltungshilfe. Eine eindeutige Zuordnung der privatwirtschaftlich tätig werdenden Gesellschaft zur Figur der Beleihung fällt vor diesen Hintergrund schwer. Ohnehin ist der Bundesgerichtshof der Annahme, für Beleihungskonstellationen sei das nationale Kartellvergaberecht gesperrt, entgegengetreten. In seinem Beschluss zu den sächsischen Rettungsdienstleistungen hat er klargestellt, dass gegen eine primärrechtskonforme Auslegung (des Auftragsbegriffs) bereits Wortlaut und Zweck des seinerzeit gültigen § 99 Abs. 1 GWB – heute § 103 Abs. 1 GWB – sprächen,

> *vgl. BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2008, Az.: X ZB 31/08, juris Rn. 21 f.*

Ferner hätte der die Vergaberechtrichtlinien umsetzende deutsche Gesetzgeber explizit zum Ausdruck bringen müssen, wenn er einen Ausnahmetatbestand hätte statuieren wollen. Insoweit führt der Bundesgerichtshof aus:

> *„Im Gesetzgebungsverfahren hätte demgemäß schon hervorgetreten sein müssen, dass vom GWB-Vergaberechtsregime trotz des entgegenstehenden allgemeinen Wortlauts von § 99 Abs. 1 GWB der sogenannten Bereichsausnahme unterfallende Verträge (...) ausgenommen sein sollen (a. A. z. B. Burgi, NVwZ 2007, 383, 385). Hieran fehlt es jedoch" (BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2008, Az.: X ZB 31/08, juris Rn. 24.*

Der deutsche Gesetzgeber indes hat sich auch anlässlich der jüngsten Vergaberechtsreform nicht veranlasst gesehen, für Auftragskonstellationen im Einzugsbereich des Art. 51 AEUV ein Sonderregime zu schaffen. Ein solches sehen auch die Verwaltungsvorschriften des BMF im speziellen Fall des § 44 Abs. 3 BHO weiterhin nicht vor,

> *VV 20.1 zu § 44 Abs. 3 bestimmt: „Voraussetzung für die Beleihung einer juristischen Person des Privatrechts, die nach Nr. 16.1 Bundesmittel verwalten soll, ist der Abschluss eines zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages, dem ein Vergabeverfahren (vgl. VV zu § 55 BHO) vorauszugehen hat, es sei denn, die Geschäftsbesorgung erfolgt unentgeltlich oder es handelt sich um ein so genanntes ‚inhouse' Geschäft. (...)"*

Im Ergebnis kann hier mithin nicht rechtssicher davon ausgegangen werden, dass der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts durch Art. 51 AEUV für den Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen Bund und Gesellschaft gesperrt würde. Demnach ist das rechtmäßige Zustandekommen des Geschäftsbesorgungsvertrages nachfolgend am Maßstab des Kartellvergaberechts zu messen.

(2) Bund als öffentlicher Auftraggeber

Das Kartellvergaberecht ist zunächst nur anzuwenden, wenn die beauftragende Partei ein Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB ist. Hiervon umfasst sind die öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99, die Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 und die Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB.

Der Bund ist als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 GWB,

> *vgl. Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB, Rn. 12.*

(3) Öffentlicher Auftrag

Weitere Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereiches des Kartellvergaberechts ist, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag einen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 GWB darstellt.

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 103 Abs. 1 GWB **entgeltliche** Verträge zwischen **öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern** und Unternehmen über die **Beschaffung von Leistungen**, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von **Bauleistungen** oder die **Erbringung von Dienstleistungen** zum Gegenstand haben. Es müssen somit folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sein:

- Beschaffung von Leistungen,
- entgeltlicher Vertrag und
- öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber.

Zudem hat eine Abgrenzung des öffentlichen Auftrags zu Konzessionen zu erfolgen.

(a) Beschaffung von Leistungen

Voraussetzung für die Anwendung des Kartellvergaberechts ist, dass der öffentliche Auftraggeber Leistungen beschafft.

Dies wird angenommen, wenn der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber „aktiv Güter **am Markt**“ nachfragt,

> *vgl. Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 4 Rn. 35 m. w. N. in Fn. 61.*

Bei Umsetzung des Reformvorhabens würde die Bundesrepublik Deutschland die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach den gegenwärtigen Überlegungen des BMVI auf der Grundlage eines **Geschäftsbesorgungsvertrages** damit beauftragen, für den Bund Leistungen der Planung, des Baus, der Erhaltung und Unterhaltung, des Betriebs, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen zu erbringen. Die durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auszuführenden Leistungen würden dabei in zivilrechtlicher Hinsicht – unbeschadet ihrer vergaberechtlichen Einordnung als (gemischter) Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrag – sowohl Elemente eines Dienstvertrages (§ 611 BGB) als auch eines Werkvertrages (§ 631 BGB) aufweisen.

Fraglich könnte hinsichtlich des Beschaffungsvorgangs sein, ob aufgrund der besonderen Rechtsbeziehung zwischen dem Bund und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft tatsächlich ein relevanter **Markt** im Sinne des Kartellvergaberechts angesprochen wird. Nach dem den Überlegungen zur Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugrunde liegenden Agenturmodell, wonach die Gesellschaft die ihr übertragenen Aufgaben nicht als eigene Aufgaben erledigt, sondern als Aufgaben des Bundes, könnte erwogen werden, die von der Gesellschaft zu erledigenden Aufgaben seien gewissermaßen gar nicht „marktbezogen“, denn die Wahrnehmung der

Aufgaben sei anderen privaten Marktteilnehmern als der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ohnehin von vorneherein entzogen.

Zum Agenturmodell siehe Seite 17 ff. des Berichts über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“.

Die „Exklusivität“ des Rechtsverhältnisses zwischen dem Bund als dem gesetzlichen Straßenbaulastträger und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „seiner“ (einzigen) Agentin zur Ausführung der Straßenbaulastaufgaben für die Bundesautobahnen wird in beihilfenrechtlicher Hinsicht Anlass zur Prüfung geben, ob die Gesellschaft überhaupt in einem Marktumfeld agiert und eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (siehe dazu Abschnitte D.III.7.b)aa)(1)(b) undD.III.7.b)aa)(1)(e)). Sie wird ferner die Prüfung veranlassen, ob das Vergaberecht auf Aufträge, die der Bund der Gesellschaft erteilt, möglicherweise deshalb nicht anzuwenden ist, weil die Gesellschaft über ein ausschließliches Recht zur Erbringung der betreffenden Leistungen verfügt (dazu unter Abschnitt D.III.6.c)bb)). Die Rechtsbeziehung zwischen dem Bund und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist aus Sicht des Kartellvergaberechts im Übrigen aber nicht von einer Qualität, welche die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Leistungsbeziehungen zwischen beiden Einheiten unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Marktbezugs *generell* ausschließt. Tatbestandliche Anknüpfung der genannten Forderung nach einem Marktbezug ist der in § 103 Abs. 1 GWB verwendete Begriff der „Beschaffung“. Dieser entfaltet allerdings in Bezug auf die notwendige Marktbezogenheit vergaberechtsrelevanter Beschaffungsvorgänge keine brauchbare Abgrenzungskraft. Die Vergaberichtlinien definieren den öffentlichen Auftrag in ihrem Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 als schriftlich geschlossenen, entgeltlichen Vertrag über die Ausführung von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen zwischen „Wirtschaftsteilnehmern“ auf der einen Seite und öffentlichen Auftraggebern auf der anderen Seite. Als „Wirtschaftsteilnehmer“ definieren die Vergaberichtlinien in Art. 2 Abs. 2 Nr. 10 natürliche oder juristische Personen oder öffentliche Einrichtungen, die „auf dem Markt“ die Ausführung von Leistungen „anbieten“. Anbieter auf einem Markt kann mithin auch eine öffentliche Stelle sein.

Die Konsequenz aus dieser Systematik ist, dass auch „öffentliche Einrichtungen“ Auftragnehmer sein können. Gerade aus diesem Umstand indes resultiert die „Rechtsunsicherheit“, von der Erwägungsgrund Nr. 31 der Vergaberichtlinien in Bezug auf die Frage spricht, inwieweit Verträge, die zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors geschlossen werden, von

den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge überhaupt erfasst werden sollen. Um die von ihm ausgemachten Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, bemüht sich der Richtliniengeber ausweislich des genannten Erwägungsgrundes um die Präzisierung der Grundsätze, nach denen Verträge zwischen öffentlichen Einrichtungen nicht dem Vergaberecht unterliegen. Das Tatbestandsmerkmal „Markt“ greift der Richtliniengeber für die Abgrenzung des Vergaberechtsregimes dabei ersichtlich nicht entscheidend auf, sondern statt seiner die Grundsätze über die „öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“, welche auf der Grundlage von Artikel 12 der Vergaberichtlinien nunmehr in § 108 GWB geregelt sind. In diesen Tatbeständen taucht ein Tatbestandsmerkmal „Markt“ nicht als bestimmender Maßstab auf, um den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts abzugrenzen. Statt seiner wendet der Richtliniengeber den Maßstab der Kontrolle über einen Auftragnehmer an. Lediglich in Art. 12 Abs. 4 lit. c) der Richtlinie taucht der Begriff „offener Markt“ auf, dieses allerdings lediglich zur Eingrenzung der Voraussetzungen, unter denen die sogenannte interkommunale Kooperation vergaberechtsfrei möglich ist, wobei die beteiligten öffentlichen Auftraggeber nur bis zu 20 % der durch ihre Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten auch „auf dem offenen Markt“ erbringen dürfen,

> *vgl. auch § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB.*

Dem Maßstab „Markt“ kommt vor diesem Hintergrund zusammenfassend keine eigenständige Abgrenzungskraft für die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu. Vielmehr dürften insoweit allein die gesetzlichen Tatbestände maßgeblich sein, nach denen die Richtlinien und ihnen folgend das GWB für bestimmte Konstellationen die Anwendbarkeit des Vergaberechts ausschließen. Da die Vorschriften des Kartellvergaberechts grundsätzlich strikt auszulegen sind,

> *vgl. Weiner, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 1 Rn. 18; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 97 GWB Rn. 14 ff.*

um eine Umgehung der Ausschreibungspflicht zu vermeiden, so dürfte zusammenfassend schon aus Gründen der Rechtssicherheit von einer grundsätzlichen Vergaberechtsrelevanz des Beschaffungsvorgangs auszugehen sein.

(b) Entgeltlicher Vertrag

Voraussetzung für die Anwendung des Kartellvergaberechts ist weiter, dass es sich bei dem Geschäftsbesorgungsvertrag um einen entgeltlichen Vertrag handelt.

(aa) Entgeltlichkeit

Die Funktion der Entgeltlichkeit liegt darin, die wirtschaftliche Ausrichtung der dem Vergaberecht zu unterwerfenden Aufträge in Abgrenzung zu beispielsweise wohltätigen oder rein privaten, außerrechtlichen Leistungsbeziehungen zum Ausdruck zu bringen,

> *vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 5. Auflage 2014, § 99, Rn. 49.*

Vom vergaberechtlichen Entgeltbegriff ist jeder Vertrag umfasst, der eine geldwerte Gegenleistung beinhaltet, der Entgeltbegriff ist dabei aufgrund eines funktionalen Verständnisses weit zu fassen,

> *vgl. Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.) Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 4 Rn. 27; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05. Mai 2004, Az.: VII Verg 78/03; BayObLG, Beschluss vom 27. Februar 2003, Az.: Verg 1/03; Dreher, in: Immenga/Mest-mäcker (Hrsg.), GWB, 5. Auflage 2014, § 99, Rn. 20.*

Erfasst wird grundsätzlich jede geldwerte Leistung,

> *vgl. BGH, Urteil vom 01. Februar 2005, Az.: X ZB 27/04, „Altpapierverkauf"; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Dezember 2014, Az.: Verg 24/14; Beschluss vom 05. Mai 2004, Az.: VII Verg 78/03; Beschluss vom 12. Januar 2004, Az.: VII-Verg 71/03; Beschluss vom 02. August 2000, Az.: Verg 7/00; VK Bund, Beschluss vom 26. Mai 2000, Az.: VK 2 8/00; Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 3. Aufl., 2011, § 99 GWB, Rn. 47f.*

Selbst die Bezeichnung der Vergütung in einem Vertrag als „Selbstkostenerstattung" steht der Einordnung als „Entgelt" nicht entgegen,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, Rs. C-159/11, „Provincia di Lecce"; OLG Frankfurt, Beschluss vom 07. September 2004, Az.: 11 Verg 11/04 und 12/04.*

Entgeltlichkeit liegt immer vor, wenn als Gegenleistung ein Vermögenswert vom Auftraggeber oder auf dessen Veranlassung zum Vertragspartner fließt; kostendeckend oder gar gewinnbringend muss die Gegenleistung nicht sein,

> *vgl. Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 4 Rn. 27.*

Dass der Geschäftsbesorgungsvertrag angesichts der in Abschnitt a)cc) dargelegten Überlegungen zur voraussichtlichen Finanzierung der Gesellschaft entgeltlichen Charakter hat, dürfte eingedenk der voranstehend genannten Maßstäbe insgesamt außer Zweifel stehen. Dieser rechtliche Befund mag sich ggf. ändern, wenn die Gesellschaft in Phase 3 kostendeckende Entgelte unmittelbar von den Nutzern erhebt, nachdem der Bund ihr in Phase 2 das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen übertragen hat. Soweit die Gesellschaft in dieser Phase Leistungen nur für den Bund erbringt (zum Beispiel im Bereich der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen), mag der Geschäftsbesorgungsvertrag allerdings auch noch in Phase 3 als entgeltlicher Vertrag für die Erbringung und Vergütung von Leistungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenüber dem Bund als Eigentümer der Bundesautobahnen fortbestehen (vgl. hierzu nachfolgend unter Abschnitt D.III.6.c)ee), ab Seite 341).

(bb) Ausgehandelter Vertrag

Weiter setzt der Tatbestand des öffentlichen Auftrags nach § 103 Abs. 1 GWB einen *Vertrag* zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer voraus. Es besteht Einigkeit darin, dass der vergaberechtliche Vertragsbegriff unabhängig davon ist, ob der Vertrag dem Privat- oder dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Relevant ist hingegen die Abgrenzung zwischen einseitigem Hoheitsakt und zweiseitigem Vertrag.

Aus seiner Natur heraus setzt ein Vertrag stets die rechtliche Gleichordnung der Parteien voraus. An dieses Verständnis anknüpfend ist es nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs bei der im Einzelfall vorzunehmenden Untersuchung, ob es sich um einen Vertrag oder einen einseitigen Hoheitsakt handelt, entscheidend, ob der Auftragnehmer die Möglichkeit hat, den konkreten Vertragsinhalt auszuhandeln.

Die rechtlichen Maßstäbe ergeben sich diesbezüglich aus der Rechtssache *Correos*, in welcher der Europäische Gerichtshof zur Definition des vergaberechtlichen Vertrages Folgendes ausgeführt hat:

> *„Nur dann, wenn die zwischen Correos und dem Ministerium geschlossene Vereinbarung in Wirklichkeit ein einseitiger Verwaltungsakt wäre, der Verpflichtungen allein für Correos vorsähe und der deutlich von den normalen Bedingungen des kommerziellen Angebots dieser Gesellschaft abwiche, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist, wäre zu schließen, dass kein Vertrag besteht und dass daher die Richtlinie 92/50 keine Anwendung finden kann.*
>
> *Im Rahmen dieser Prüfung wird das vorlegende Gericht insbesondere zu untersuchen haben, ob Correos über die Möglichkeit verfügt, mit dem Ministerium den konkreten Inhalt der zu erbringenden Leistungen und die für diese geltenden Tarife auszuhandeln, und ob diese Gesellschaft in Bezug auf die nicht reservierten Dienste die Möglichkeit hat, sich von den Verpflichtungen aus der Kooperationsvereinbarung unter Einhaltung der darin vorgesehenen Frist zu befreien; so EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Rs. C-220/06, Slg. 2007, I-12175, Rn. 54 f.; Hervorhebungen nur hier.*

Die Möglichkeit des Aushandelns erfordert freilich nicht, dass nur vollständig frei verhandelte Verträge vom vergaberechtlichen Auftrag umfasst sind. Ein Aushandeln im o. g. Sinne wird beispielsweise auch dann angenommen, wenn der Auftragnehmer auf der Grundlage einer zwar starren Leistungsbeschreibung, aber dem Grunde nach frei entscheiden kann, ob und zu welchem Preis er anbietet,

> *vgl. Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Aufl., § 4 Rn. 14.*

Nicht als Vertrag im vergaberechtlichen Sinne zu werten sind demnach *einseitige* Verwaltungsakte, die dem Empfänger allein Verpflichtungen aufgeben. Korrespondierend damit ebenfalls nicht vom auftragsrelevanten Vertrag umfasst sind Gesetze, Verordnungen und Satzungen. In den Erwägungsgründen der ehemaligen Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18. Juni 1992 wurde die Nichtanwendbarkeit der Richtlinie auf Dienstleistungen, deren Grundlage Gesetze oder Verordnungen sind, eigens noch erwähnt. Rechtssicherheit dürfte insoweit allerdings nur unter der Voraussetzung gegeben sein, dass es an einem **Element des Aushandelns**

tatsächlich fehlt. Gehen hingegen dem Erlass eines einseitigen Hoheitsakts vertragsähnliche Verhandlungen voraus und bildet der Erlass gewissermaßen nur ein „vergaberechtliches Feigenblatt“, es kann dies als unzulässige Umgehung eingestuft werden. Diese Wertung deutet der BGH in einer Entscheidung an:

> *„Denn § 99 Abs. 1 GWB unterscheidet nicht nach der Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrags. Er weist Rechtsgeschäfte allein deshalb dem GWB-Vergaberegime zu, weil der öffentliche Auftraggeber Leistungen durch einen Dritten für wünschenswert oder notwendig erachtet und dies zum Anlass nimmt, deren Erbringung auf vertraglichem Weg und nicht in anderer Weise, etwa durch einen Beleihungsakt (vgl. hierzu Burgi NVwZ 2007, 383), sicherzustellen (vgl. BGHZ 148, 55, 61), wobei angesichts des zu beurteilenden Sachverhalts dahinstehen kann, ob fallweise - etwa zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten - auch eine Beauftragung auf vertragsähnlichem Wege ausreichen kann“; so BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2008, Az.: X ZB 31/08, juris Rn. 17; Hervorhebungen nur hier.*

Auf der Grundlage der vorstehenden Maßstäbe hängt es somit maßgeblich davon ab, ob im Falle einer gesetzlichen „Beauftragung“ der Gesellschaft die Konditionen zwischen dem Bund und der Gesellschaft *ausgehandelt* werden. Abzustellen ist dabei nicht nur auf die Begründung der Leistungsbeziehung zwischen dem Bund und der Gesellschaft, sondern auf deren Entwicklung im Zeitablauf. Die äußere Rechtsform des Handelns ist dabei nicht rechtssicher alleiniger Maßstab für ein nicht-vertragliches Handeln,

> *insoweit auch EuGH, Urteil vom 7. September 2016, Rs.C-549/14, zur Frage, ob der zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Auftragnehmer zur Überwindung von Vertragsdurchführungsschwierigkeiten abgeschlossene Vergleich eine wesentliche Vertragsänderung darstellen und mithin auftragsrelevant sein kann. Der EuGH bejahte das und maß dem subjektiven Empfinden des betreffenden Auftraggebers, einen Vergleich abgeschlossen zu haben, keine Bedeutung bei.*

In tatsächlicher Hinsicht ist nach unserer Einschätzung nicht mit Sicherheit auszuschließen, dass im Zuge der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft Anlässe für ein „Aushandeln“ der Einzelheiten der Leistungserbringung entstehen werden. Insoweit verweisen wir zunächst auf die Ausführungen auf Seite 184 f. (Abschnitt D.I.1.a)) Dort wurde dargelegt, dass allein schon die Bereitstellung von Finanzmitteln durch den Bund einen Regelungsbedarf

erzeugen kann, der sich nicht dauerhaft im Rahmen lediglich gesetzlicher Handlungsformen abbilden lässt, selbst wenn das mögliche Errichtungsgesetz dem BMVI die Ermächtigung bietet, Einzelheiten im Wege der Verordnung oder des Erlasses zu bestimmen. Ergänzend wäre darauf hinzuweisen, dass die Geschäftsführung einer GmbH unter Umständen pflichtwidrig handeln könnte, wenn sie im Falle der Unausgewogenheit von Rechten und Pflichten nicht um eine Anpassung der für die Gesellschaft geltenden Vorgaben nachsucht, um dadurch das Vermögen der Gesellschaft oder ihren Fortbestand zu schützen. Soweit durch die Geschäftsführung im wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse entsprechende „Nachbesserungsimpulse" an den Bund zu richten sind, stehen sie in der Gefahr, vergaberechtlich als Auftakt eines Aushandelns gewertet zu werden. Mit Blick auf die im Verwaltungsrecht vorgesehene Möglichkeit, dass Verwaltungsakte mitunter für ihr Wirksamwerden auch des Einverständnisses des Betroffenen bedürfen können (so im Falle des § 44 Abs. 3 Satz 1 BHO), kann der Verwaltungsakt nach den konkreten Einzelfallumständen durchaus ein funktionales Äquivalent zum Vertrag darstellen,

> *Begriff bei Burgi, Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), NVwZ 2007, 383 (385).*

Schon nach den allgemeinen Regeln sind Beteiligte vor dem Erlass von Verwaltungsakten regelmäßig anzuhören (§ 28 Abs. 1 VwVfG), und obliegt der für den Verwaltungsakt zuständigen Behörde eine Beratungs- und Aufklärungspflicht (§ 25 VwVfG). Die beidseitige Wahrnehmung entsprechender Verfahrensrechte dürfte in der Praxis weitere Einfallstore für die Wertung vorgeblich subordinationsrechtlicher Handlungsformen als funktionales Äquivalent zum Vertrag schaffen. Mit diesen Erwägungen halten wir eine ausschließlich mit Mitteln der Subordination erfolgende Einsetzung und Steuerung der Gesellschaft zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zusammenfassend für nicht rechtssicher handhabbar, soweit die Anwendung rein subordinationsrechtlicher Handlungsformen im Wesentlichen nur der Intention folgt, das Entstehen vergaberechtsrelevanter Auftragsbeziehungen zwischen dem Bund und der Gesellschaft zu vermeiden.

Zusammenfassend dürfte der Geschäftsbesorgungsvertrag den Tatbestand eines öffentlichen Auftrags gemäß § 103 Abs. 1 GWB erfüllen. Da Inhalte des Vertrages heute noch nicht bekannt sind, sehen wir von einer weiteren

vergaberechtlichen Einordnung des Vertrages nach seinen künftigen Schwerpunkten nach § 110 GWB an dieser Stelle ab.

(4) Überschreitung der Schwellenwerte

Die hier einschlägigen Schwellenwerte für die Vergabe von Bauaufträgen bzw. Liefer- und Dienstleistungsaufträgen belaufen sich auf EUR 5,225 Millionen bzw. EUR 135.000. Bei Aufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen ist der Auftragswert im Falle unbestimmter Vertragslaufzeiten auf das 48-fache des Monatswertes anzusetzen (§ 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV).

Vor dem Hintergrund der umfangreichen Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Rahmen der Verwaltung der Bundesautobahnen für den Bund ist davon auszugehen, dass sowohl der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen als auch für Bauleistungen bei Weitem überschritten wird. Damit würden auf den Geschäftsbesorgungsvertrag grundsätzlich die Vorschriften des Kartellvergaberechts Anwendung finden.

(5) Insbesondere: Anwendungsbereich SektVO nicht eröffnet

Der Vollständigkeit halber ist zu prüfen, ob ggf. das Vergaberegime der Sektorenverordnung einschlägig ist. Dies wäre der Fall, wenn die zu beschaffenden Leistungen für eine Sektorentätigkeit bestimmt sind. Als Sektorentätigkeit kommen vorliegend Verkehrsleistungen in Betracht. Unter den vergaberechtlichen Tatbestand der Verkehrsleistungen fallen die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn, automatischen Systemen, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Seilbahn,

vgl. Art. 11 der Richtlinie 2014/25/EU.

Die Übernahme von Straßenbaulastaufgaben für den Bund stellt keine Verkehrsleistung im Sinne von Art. 11 der Richtlinie 2014/25/EU dar. Diese Tätigkeit ist auch nicht mittelbar den Verkehrsleistungen zuzuordnen, denn die zu erbringenden Tätigkeiten stehen im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Verkehrsträgers Straße bzw. Bundesautobahn, nicht aber von Verkehrsleistungen auf diesem Verkehrsträger. Die Bereitstellung des Verkehrsträgers ist nicht vom Sektorenbereich umfasst.

Somit ist vorliegend die Sektorenverordnung nicht einschlägig.

(6) Abgrenzung Konzessionsvergabe

Abschließend ist zu prüfen, ob der Umstand, dass die Vergütung für die Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft perspektivisch durch Nutzerentgelte erbracht werden soll, das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession begründet.

Gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen. Dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Voraussetzung für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ist zusätzlich die Übernahme des „**Betriebsrisikos**“ durch den Konzessionär,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007, C-382/05 „Kommission ./. Italien“; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. Oktober 2008, Az.: 15 Verg 9/08; OLG Hamburg, Beschluss vom 07. Dezember 2007, Az.: 1 Verg 4/07; VG Köln, Urteil vom 16. Oktober 2008, Az.: 1 K 4507/08.*

§ 105 Abs. 2 GWB regelt, unter welchen Umständen das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dies ist der Fall, wenn

- unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können und

- der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Unabhängig von der Bewertung des wirtschaftlichen Erfolges der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird diese jedenfalls auf der Grundlage eines Unterdeckungsausgleichs aus sonstigen Bundesmitteln in Phase 1 und ggf. auch noch in Phase 2 nicht „den Unwägbarkeiten des Marktes“ im Sinne von § 105 Abs. 2 GWB ausgesetzt sein. Daher würde es sich bei dem Geschäftsbesorgungsvertrag um einen öffentlichen Auftrag und nicht um eine Dienstleistungskonzession handeln. Die Beurteilung der Risikodisposition der Gesellschaft in Phase 3 mag sich insoweit allerdings ändern.

(7) Zwischenergebnis

Die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages würde einen entgeltlichen Vertrag darstellen. Insoweit und auch im Hinblick auf die übrigen Tatbestandsmerkmale wären die Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts gegeben. An dieser Einschätzung für die Phasen 1 und 2 ändert die perspektivisch für Phase 3 angestrebte volle Nutzerfinanzierung der Gesellschaft nichts.

Die Konzessionsvergaberichtlinie findet jedenfalls für die Leistungserbringung in den Phasen 1 und 2 keine Anwendung. Ob im Falle einer vollständigen Anlastung der relevanten Infrastrukturkosten von Bundesautobahnen bei deren Nutzern , welche der Phase 3 nach hiesigem Verständnis vorauszugehen hätte, die Konzessionsvergaberichtlinie anwendbar sein kann, wird zu gegebener Zeit auf der Grundlage des künftigen Errichtungsgesetzes, der Satzung sowie des noch zu entwerfenden Geschäftsbesorgungsvertrages im Hinblick auf den Umfang eines von der Gesellschaft hiernach ggf. zu tragenden Betriebsrisikos zu beurteilen sein.

bb) „Ausschließliches Recht“ der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Ausführung von Straßenbaulastaufgaben des Bundes als Dienstleistungen im Sinne des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB?

§ 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB regelt eine sog. besondere Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts. Die Norm bestimmt:

> *„(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn diese Aufträge Folgendes zum Gegenstand haben:*
>
> *(...)*
>
> *6. Dienstleistungen, die an einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 vergeben werden, der ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistungen zu erbringen.“*

Zu den tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift gehört *erstens*, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags (hier: des Geschäftsbesorgungsvertrages) eines öffentlichen Auftraggebers (des Bundes) an einen Auftragnehmer (die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft) in Rede steht (§ 116 Abs. 1, erster Halbsatz). Diese Voraussetzungen wären unproblematisch

gegeben. *Zweitens* müsste der Geschäftsbesorgungsvertrag „Dienstleistungen“ regeln, die „*an*“ einen (anderen) öffentlichen Auftraggeber vergeben werden. Von diesen Voraussetzungen mag die Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als öffentlicher Auftraggeber gegeben sein,

> *siehe dazu ausführlich unter Abschnitt D.III.6.d)aa) (ab Seite 346),*

die notwendige Verpflichtung der Gesellschaft allein zur Erbringung von „Dienstleistungen“ indes bietet Anlass zu Zweifeln (nachfolgend [1]). Für den Fall, dass bestehende Zweifel hinsichtlich der Subsumtion der unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu erbringenden Leistungen unter das Tatbestandsmerkmal „Dienstleistungen“ überwunden werden können, müsste die Gesellschaft *drittens* über ein ausschließliches Recht zur Erbringung der vertragsgegenständlichen Leistungen verfügen (nachfolgend [2]).

(1) Keine Beschränkung der auszuführenden Leistungen auf „Dienstleistungen“

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde auf Grundlage des Geschäftsbesorgungsvertrages für den Bund Leistungen der Planung, des Neu- und Ausbaus, der Erhaltung und Unterhaltung, des Betriebs, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen erbringen. In sachlicher Hinsicht betrifft dieses Leistungsspektrum nur zum Teil Dienstleistungen (Planung, vermögensmäßige Verwaltung, Finanzierung), während im Übrigen Bauleistungen in Rede stehen (Neubau, Ausbau, Erhaltung) bzw. in dem jeweiligen Leistungsspektrum zumindest enthalten sein können (Unterhaltung, Betriebsdienst). Soweit das der Fall ist, könnte das unter einem Geschäftsbesorgungsvertrag zu regelnde Leistungsspektrum dem sachlichen Anwendungsbereich von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB („Dienstleistungen“) mithin entzogen sein.

Für eine Subsumtion des gesamten Leistungsspektrums unter den Tatbestand der „Dienstleistungen“ könnte hingegen ins Feld geführt werden, auch bei den baubezogenen Leistungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft handele es sich schon deshalb um Dienstleistungen für den Bund, weil die Gesellschaft selbst gar keine Bauleistungen durchführe, sondern am privaten Markt beschaffe. Soweit die Gesellschaft dem Bund die Bundesautobahnen betriebsbereit zur Verfügung stelle, sei dieses insgesamt eine Dienstleistung, und zwar auch soweit die betriebsbereite Bereitstellung die

Veranlassung von Bauaufträgen umfasse. Sofern die Gesellschaft dem Bund die betriebsbereite Bereitstellung der Bundesautobahnen aufgrund eines ausschließlichen Rechts schulde, so könnte der Gedanke fortgeführt werden, sei der Tatbestand des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB mithin erfüllt.

Dass der tatbestandliche Anwendungsbereich „Dienstleistungen" des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB mit einer derartigen Argumentation für das *gesamte* Leistungsspektrum der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in rechtssicherer Weise erschlossen werden kann, erscheint indessen als fraglich. So liegt gemäß § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB ein Bauauftrag auch dann vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat. Mit dieser Definition des Bauauftrags könnte den aufgezeigten Erwägungen einer *vollständigen* Abbildung des Geschäftsbesorgungsvertrages unter dem Tatbestand der Dienstleistungen ein Riegel vorgeschoben sein.

(a) Bestimmung der tatbestandsrelevanten Ausgangskonstellation

Handelnder Akteur im Sinne des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB ist nach dessen Wortlaut der Bund. Er ist derjenige, der Dienstleistungen an einen *anderen* öffentlichen Auftraggeber ohne Anwendung der Kartellvergaberechts vergeben kann, wenn der andere öffentliche Auftraggeber Inhaber eines ausschließlichen Rechtes ist. Aus Sicht des Bundes stellt sich bei der Subsumtion unter den Tatbestand des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB mithin die Frage, ob in Bezug auf die baunahen Teilleistungen des von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft realisierten Leistungsspektrums bei vergaberechtlicher Betrachtung ausschließlich Dienstleistungen oder – zumindest teilweise – auch Bauleistungen gegeben sind.

Aus der „Brille" des Bundes betrachtet, würde sich die Rollenverteilung im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB bei dieser Ausgangslage im Einzelnen wie folgt darstellen: *Auftraggeber* ist erneut der Bund, denn auf seine Perspektive kommt es an, wenn festzustellen ist, ob das unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu regelnde Leistungsspektrum ausschließlich aus Dienstleistungen besteht oder teilweise auch aus Bauleistungen. *Auftragnehmer* ist die Gesellschaft. Die Gesellschaft indes „erbringt" Bauleistungen in der Regel nicht selbst (bzw. nur in geringfügigem Umfang, etwa als Teil der Unterhaltung), sondern veranlasst die Erbringung von Bauleistungen

durch private Baufirmen ("*Dritte*" im Sinne von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB). In dem Dreiecksverhältnis zwischen dem Bund (Auftraggeber), der Gesellschaft (Auftragnehmer) und Bauunternehmen der Privatwirtschaft (Dritte) bestimmt sich somit, ob die Gesellschaft gegenüber dem Bund bei vergaberechtlicher Betrachtung nicht nur Dienstleistungen, sondern auch Bauleistungen erbringt.

(b) „Erbringt" die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Bauleistungen gegenüber dem Bund?

Soweit die Gesellschaft – was den ganz überwiegenden Teil der Bauleistungen anbetrifft – Bauleistungen durch Dritte ausführen lässt, so „erbrächte" sie diese allerdings nicht selbst, sondern „veranlasste" sie nur, indem sie Vergabeverfahren vorbereitet und durchführt und Bauaufträge auslöst. Nach dem Wortlaut des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB mögen daher Zweifel angebracht sein, ob auch im Verhältnis zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft „Bauaufträge" erteilt würden mit der Folge, dass eine Subsumtion *dieses* Teils des von der Gesellschaft zu erfüllenden Leistungsspektrums unter den Tatbestand der Dienstleistungen als möglich erschiene.

Eine Beurteilung der Reichweite der besonderen Ausnahme des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB allein aufgrund des Gesetzeswortlauts (hier:) von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB könnte aus vergaberechtlicher Sicht allerdings nicht überzeugen. So besteht zunächst Einigkeit darüber, dass die im GWB geregelten Ausnahmen vom Vergaberecht eng auszulegen sind,

> *vgl. bereits Abschnitt D.III.6.c)aa)(3)(a) (ab Seite 299) a. E.*

Dieses wurde überwiegend für die sog. allgemeinen Ausnahmen nach § 100 Abs. 2 GWB a. F.,

> *siehe Weyand, online-Kommentar, § 100 GWB, Rn. 124 m. w. N. aus der Rechtsprechung,*

aber auch für die sog. besonderen Ausnahmen nach § 100a und § 100b GWB a. F. vertreten,

> *vgl. Weyand, online-Kommentar, § 100a GWB, Rn. 6, mit Blick auf § 104a Abs. 4 a. F. GWB (Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze):*

> *„Da die fragliche Vorschrift eine Ausnahme darstellt von dem Hauptzweck der Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, nämlich vom freien Dienstleistungsverkehr und der Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb, ist sie restriktiv auszulegen“.*

Dass für die allgemeinen (§§ 107 ff. GWB) und die besonderen Ausnahmen (§§ 116 ff. GWB) des neuen Vergaberechts ein grundsätzlich liberaleres Anwendungsregime geboten sein könnte, ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass der EuGH speziell für den Tatbestand des „Erbringens“ von Bauleistungen entschieden hat, dass es für den Tatbestand eines öffentlichen Bauauftrags nicht darauf ankommt, dass der Auftragnehmer die Bauleistungen selbst durchführt. Unter bestimmten Voraussetzungen genügt es, dass der Auftragnehmer sich verpflichtet, die Bauleistungen durchführen zu lassen,

> *EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Rs. C-451/08 – „Helmut Müller“.*

In der genannten Entscheidung führte der EuGH u. a. aus, dass es für die Beurteilung eines Vertrages als Bauauftrag unerheblich ist, ob der Auftragnehmer die Leistungen mit eigenen Mitteln oder unter Inanspruchnahme von Subunternehmern erbringt,

> *EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Rs. C-451/08, Rn. 61.*

Erforderlich (und ausreichend) für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages sei allerdings, dass der Auftragnehmer

> *„… direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt(,) und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt“ (EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Rs. C-451/08, Rn. 63).*

Übertragen auf die Konstellation, die sich bei Umsetzung des Reformvorhabens zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig ergeben würde, wären diese Voraussetzungen zu bejahen. Soweit die Gesellschaft Maßnahmen des Neu- und Ausbaus sowie der Erhaltung etc. nicht mit eigenen Mitteln ausführte, würde sie sich privater Bauunternehmen bedienen. Auch wenn diese nicht den Status der vom EuGH ausdrücklich genannten „Subunternehmer“ haben,

vgl. insoweit in Rn. 61 der Entscheidung,

weil sie von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht als solche in einem Vergabeverfahren des Bundes benannt bzw. eingesetzt werden, so wäre das im Lichte des Auftragstatbestands unschädlich. Das nationale Recht bestätigt diesen Befund in § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB, indem dort neutral von „Dritten“ die Rede ist, die nicht notwendigerweise „Subunternehmer“ in einem Vergabeverfahren (gewesen) sein müssen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde sich auf Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages gegenüber dem Bund des Weiteren auch in rechtsverbindlicher Weise dazu verpflichten, zur Realisierung von Neubau-, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen Bauleistungen entweder selbst zu erbringen oder erbringen zu lassen, und es ist ferner davon auszugehen, dass eine solche Verpflichtung durch den Bund einklagbar wäre.

Damit könnte das unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu realisierende Leistungsspektrum der Gesellschaft den Tatbestand des Bauauftrags zu Teilen (Neubau, Ausbau, Erhaltung, Unterhaltung pp.) erfüllen, wenn auch die übrigen Voraussetzungen des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB vorlägen, nämlich dass die Bauleistung (des Dritten) dem Bund unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und der Bund einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat. Beide Voraussetzungen sind gegeben:

Solange und soweit der Bund Eigentümer der Bundesautobahnen ist, werden Maßnahmen des Netzausbaus und der Netzerhaltung das Bundesautobahnvermögen unmittelbar dadurch erhöhen, dass in dem nach den Standards der staatlichen Doppik aufzustellenden Anlagevermögen für die Bundesautobahnen (vgl. §§ 1a, 48 Abs. 1 HGrG) entsprechende Zugänge zu buchen sind. Der Buchwert des Gesamtanlagevermögens für die Bundesautobahnen würde durch solche Zugänge positiv beeinflusst, in einzelnen Jahren ggf. sogar erhöht, wenn nämlich Abgänge und Werteverzehr (Abschreibungen) betragsmäßig geringer ausfallen als Investitionen (Neubau, Ausbau, Erhaltung). Die jedenfalls aber gegebene positive Beeinflussung des Buchwertes dürfte den Tatbestand des „unmittelbar wirtschaftlich Zugutekommens“ im Sinne von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB unproblematisch erfüllen, so dass dieses Tatbestandsmerkmal des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB zumindest in Phase 1 gegeben wäre.

Nichts anderes gilt in den späteren Phasen der Geschäftstätigkeit. Auch wenn sich die Einzelheiten der Phase 2 zum heutigen Zeitpunkt noch nicht

abschließend definieren lassen, spricht die bisherige Rechtsprechung des EuGH dafür, dass Investitionen in das Bundesautobahnnetz dem Bund auch dann noch „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen“, wenn der Gesellschaft in Phase 2 ihrer Geschäftsentwicklung das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen übertragen wird. Jedenfalls hat der EuGH in seiner bereits mehrfach zitierten Entscheidung in der Rechtssache „Helmut Müller“ unter Verweis auf frühere Rechtsprechung klargestellt,

> *„… dass eine Vereinbarung, nach der ein erster öffentlicher Auftraggeber einem zweiten öffentlichen Auftraggeber die Errichtung eines Bauwerks überträgt, einen öffentlichen Bauauftrag darstellen kann, unabhängig davon, ob vorgesehen ist, dass der erste öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird“ (EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Rs. C- 51/08, Rn. 53 – Hervorhebung nur hier).*

Dass investitionsbedingte Zuwächse des Bundesautobahnvermögens ab Phase 2 als Zugänge auf das bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aktivierte Anlagevermögen zu verbuchen wären, muss ein „unmittelbares wirtschaftliches Zugutekommen“ beim Bund danach hiesigen Erachtens nicht automatisch durchbrechen. Bezugspunkt der substanzverbessernden Maßnahmen bliebe weiterhin der *rechtliche* Eigentumsbestand der Bundesautobahnen, welcher auch in den Phasen 2 und 3 dem Bund zugeordnet bliebe. Nach den zivilrechtlichen Vorschriften würde der Bund insbesondere auch weiterhin Eigentümer von neuen bzw. erweiterten Streckenabschnitten werden. Dass der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgrund eines Nießbrauchrechtes an den Bundesautobahnen die Nutzungen zustünden und der Gesellschaft das Bundesautobahnvermögen überdies handelsrechtlich (als sog. wirtschaftliches Eigentum) zugeordnet würde,

siehe dazu unter Abschnitt D.III.5. (ab Seite 276),

würde den zivilrechtlichen Erwerbsvorgang zugunsten des Bundes dabei nicht hindern. In Phase 3 wäre damit eine Situation denkbar, in der Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen aus vergaberechtlicher Sicht sowohl dem Bund als auch der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen“. Mit der zitierten EuGH-Entscheidung stünde eine solche Konstellation im Einklang, auch wenn die Auswirkungen einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen auf die vergaberechtliche Verortung der Gesellschaft zu gegebener Zeit überprüft werden sollten.

Der von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB geforderte Einfluss des Bundes auf Art und Planung der Bauleistung schließlich, nach dessen Erfordernissen Dritte Bauleistungen zu erbringen haben müssten, dürfte sich in der Praxis aus dem Umstand ergeben, dass der Bund das technische Regelwerk bereitstellt und fortentwickelt, nach dem Baumaßnahmen im Straßenbau zu erbringen sind,

> *vgl. dazu die sog Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen [ZTV] im Straßenbau.*

Zusammenfassend sprechen daher insgesamt die besseren Gründe für die Einschätzung, dass das von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unter einem Geschäftsbesorgungsvertrag zu erfüllende Leistungsspektrum im Rechtsverhältnis zum Bund zunächst einmal – und für Feststellungen zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB auf den ersten Blick gar nicht einmal relevant – den Tatbestand eines Bau*auftrages* im Sinne von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB erfüllen kann. Wird dabei in Betracht gezogen, dass mit Maßnahmen des Neu- und Ausbaus sowie der Erhaltung – ggf. ergänzt um Leistungsbestandteile aus den Leistungspaketen „Unterhaltung“ und „Betriebsdienst“ – sogar der überwiegende Teil des unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu erfüllenden Leistungsspektrums den Tatbestand eines Bau*auftrags* erfüllen kann, so erscheint es dann allerdings auch im Lichte des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB als problematisch, die unter dem Vertrag zu erbringenden Leistungen gleichwohl vollen Umfangs als Dienstleistungen zu deklarieren. Auch wenn in Anwendung von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB eigentlich zu fragen ist, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft statt der dort genannten Dienstleistungen Bau*leistungen* und nicht unbedingt Bau*aufträge* erbringt, so erschiene es in der Gesamtschau nicht mehr als gut vertretbar, auf der einen Seite in erheblichem Umfang die Verwirklichung von Bauaufträgen zu konstatieren, auf der anderen Seite die Inanspruchnahme der besonderen Ausnahme des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB aber in der Sache weiter damit zu begründen, dass die Gesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag ausschließlich Dienstleistungen erbringt. Eine solche Argumentation stünde in der Gefahr, die Grenzen einer grundsätzlich engen Auslegung der allgemeinen und besonderen Ausnahmen vom Vergaberecht (s. o.) überschritten zu haben. Nachdem bereits erhebliche Zweifel an der Beauftragung der Gesellschaft ausschließlich mit Dienstleistungen bestehen, kommt es auf das Vorliegen eines ausschließlichen Rechtes der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Durchführung der Leistungen nicht mehr entscheidend an. Gleichwohl sind die rechtlichen

Konturen von Ausschließlichkeitsrechten im Sinne des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB nachfolgend zumindest zu skizzieren, dieses auch, weil das Rechtsverhältnis zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in beihilferechtlicher Hinsicht Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit sein wird.

(2) Ausschließliches Recht gerade der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Erbringung von Leistungen der Straßenbaulast für den Bund?

(a) Maßstäbe

Für die Auslegung des Begriffs eines ausschließlichen Rechtes im Sinne des Kartell-Vergaberechts wird auf Art. 106 Abs. 1 AEUV verwiesen. Bei ausschließlichen Rechten im Sinne von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB handele es sich um Rechte, die von einer Behörde einer oder mehreren privaten Einrichtungen auf dem Gesetzes- oder Verwaltungswege gewährt wurden und diesen die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten, zum Beispiel Wasserrechte, Wegerechte, Benutzungsrechte für Grundstücke oder sonstige Ausschließlichkeitsrechte,

> *Weyand, online-Kommentar, Stand 14. September 2015, zur Vorgängernorm des § 100a Abs. 3 GWB, Rn. 19.*

Wird der Ausnahmetatbestand des § 100a Abs. 3 GWB a. F. bzw. nunmehr des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB im Lichte von Art. 106 Abs. 1 AEUV ausgelegt, so ist das Vorliegen eines Ausschließlichkeitsrechts gleichbedeutend mit der Gewährung einer Monopolstellung. Durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts an ein Unternehmen wird der Wettbewerb auf dem von dem Recht betroffenen Markt ausgeschlossen, weil allein diesem Unternehmen eine bestimmte Tätigkeit unter Ausschluss anderer Marktteilnehmer vorbehalten wird,

> *Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Band 3, Art. 106, Rn. 23.*

Wird einem Unternehmen eine derartige Rechtsstellung eingeräumt, etwa in Form eines Produktions- oder Dienstleistungsmonopols, so ist eine Ausschreibung von vornherein sinnlos, da ohnehin nur der Auftragnehmer als

Monopolist den Zuschlag erhalten könnte. Hierin wird die eigentliche Ratio der besonderen Ausnahme des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB gesehen,

> *Weyand, online-Kommentar, Stand 14. September 2015, zur Vorgängernorm des § 100a Abs. 3 GWB, Rn. 20.*

(b) Zur Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Lichte des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB

Feststellungen zur Qualifizierung der Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Lichte des von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB geforderten Ausschließlichkeitsrechts indes fallen nicht leicht. Auch wenn der aus Art. 106 Abs. 1 AEUV entlehnte Maßstab eines (rechtlichen oder natürlichen) Monopols zur Leistungserbringung auf den ersten Blick einen sicheren Orientierungspunkt zur Verortung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft verspricht, so bereitet die Formulierung eines insgesamt konsistenten Befundes doch Schwierigkeiten.

Zunächst eher vom Tatsächlichen her argumentierend, widerspräche es den Zielen des Reformvorhabens, wenn der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Hinblick auf die Erbringung der von ihr zu verrichtenden Leistungen nunmehr eine monopolartige Stellung zueigen sein soll. Denn zu den Reformzielen gehört unter anderem die Realisierung effizienter Organisationsstrukturen unter Vermeidung monopolartiger bzw. zentralistischer Strukturen,

> *dazu Abschnitt B. (ab Seite 48).*

Unabhängig hiervon würde auch die sachliche Abgrenzung eines der Gesellschaft etwa zu gewährenden Ausschließlichkeitsrechts Schwierigkeiten bereiten, denn in dem von der Gesellschaft zu verantwortenden Leistungsspektrum der Ausführung von Bundesaufgaben der Planung, des Neu- und Ausbaus, der Erhaltung und Unterhaltung sowie des Betriebs von Bundesautobahnen etc. ist „exklusiv“ nur der Umstand, dass nur die Gesellschaft Ansprechpartner des Bundes für die Erfüllung seiner Aufgaben sein soll, während die Gesellschaft die Aufgabenerfüllung im Übrigen in ganz erheblichem Maße durch Inanspruchnahme des Marktes erledigen soll, wie das auch bisher schon der Fall ist. Ebenso wie die Länder wird auch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft praktisch darauf angewiesen sein, Aufgaben nach außen zu vergeben. Ein erheblicher Teil etwa der Planungsleistungen wird von den Auftragsverwaltungen der Länder derzeit an externe Büros

vergeben. Es ist zwar nicht zwingend, dass die jetzige Fremdvergabequote aufrechterhalten wird, weil die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus wirtschaftlichen Erwägungen und zur Stärkung ihrer Bauherrenkompetenz den Aufbau eigener Ressourcen für zweckmäßig halten mag, es ist aber auch nicht absehbar, dass die Gesellschaft im Bereich der Planungsleistungen künftig ausschließlich mit eigenen Mitteln arbeiten wird. In ganz besonderem Ausmaß gilt die Erwartung substantieller Fremdvergaben für Bau- und Unterhaltungsleistungen sowie auch für den Betriebsdienst.

Insgesamt erschiene die Annahme eines „ausschließlichen" Rechts der Gesellschaft zur Erbringung ihrer Leistungen somit zumindest dann als schwierig (und nachgerade als systemfremd), wenn mit der Annahme einer solchen Rechtsstellung zugleich die Vorstellung verbunden wäre, aus dem Ausschließlichkeitsrecht folge notwendigerweise auch ein Ausführungsvorbehalt zugunsten der Gesellschaft in dem Sinne, dass nur sie selbst die erforderlichen Leistungen solle erbringen können. Die Gesellschaft soll privatwirtschaftlich handeln, und hierzu gehört, dass sie ihre Wertschöpfungstiefe nach eigenem, unternehmerischen Ermessen definiert und zur Leistungserstellung notwendige Ressourcen nach von ihr zu definierenden Maßstäben entweder am Markt beschafft oder selbst vorhält. Ein Ausführungsvorbehalt zugunsten der Gesellschaft vertrüge sich mit ihrer unternehmerischen Grundausrichtung somit ersichtlich nicht, und es wäre im Übrigen auch nicht ohne weiteres anzunehmen, dass die Einräumung einer Monopolstellung über das gesamte Leistungsspektrum der Gesellschaft in rechtssicherer Weise gelingen könnte. Denn insbesondere als Ausführungsvorbehalt verstanden, setzte die Begründung eines ausschließlichen Rechts der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraussichtlich Einschränkungen grundrechtlich geschützter Freiheiten privater Wirtschaftsteilnehmer voraus, die rechtmäßig und verhältnismäßig sein müssten. Auch insoweit unterläge die Annahme eines Ausschließlichkeitsrechts der Gesellschaft, zumindest verstanden als Ausführungsvorbehalt, erheblichen Zweifeln.

Auf der anderen Seite darf für die Einordnung der Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aber auch nicht außer Betracht bleiben, dass der Bund die aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen folgenden Aufgaben nur der Gesellschaft, nicht aber weiteren Wirtschaftsteilnehmern zur Ausführung überträgt. Auf der Ebene *„Bund - Geschäftsbesorgerin für die Bundesautobahnen"* ist die Rechtsstellung der Gesellschaft also sehr wohl „exklusiv", denn Übertragungs- und Verpflichtungsadressat der aus

Sicht des Bundes zu erledigenden Aufgaben aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen wird nur die Gesellschaft sein, und auch nur an die Gesellschaft wird sich der Bund voraussichtlich halten, wenn die Bundesautobahnen nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand sein sollten. Ein weiterer Verpflichtungsadressat als die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist in dem Reformvorhaben für die Bundesautobahnen derzeit jedenfalls nicht vorgesehen, wenngleich es letztlich vom Wortlaut eines möglichen Errichtungsgesetzes abhängen wird, ob der Bund seine Aufgaben aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen der Gesellschaft vollständig und rechtlich exklusiv zur Ausführung überträgt, oder ob nach der Konzeption des Errichtungsgesetzes auch die Möglichkeit verbleibt, dass der Bund neben der Gesellschaft auch andere Stellen mit der Ausführung von Aufgaben aus der Straßenbaulast betraut (zum Beispiel weiterhin die VIFG für Aufgaben der Finanzierung des Bundes der Bundesfernstraßen).

Zusammenfassend ergeben sich mithin durchaus Ansatzpunkte dafür, die Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Verhältnis zum Bund als dem Träger der Straßenbaulast als „exklusiv“ oder zumindest „besonders“[20] einzuordnen und in diesem Sinne anzunehmen, die Ausführung von Aufgaben aus der Straßenbaulast des Bundes speziell für den Bund werde durch ein entsprechend ausgestaltetes Errichtungsgesetz „Vorbehaltsaufgabe“ zugunsten der Gesellschaft bzw. dieser durch Errichtungsgesetz „vorbehalten“. Ob die Rechtsstellung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit solchen Erwägungen als „ausschließlich“ im Sinne von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB angesehen werden kann, kann hier im Übrigen aber dahin stehen, nachdem schon das Tatbestandsmerkmal „Dienstleistungen“ dieser Vorschrift nicht überzeugend bejaht werden kann.

Im Übrigen sei in rückblickender Betrachtung auf die besondere Ausnahme des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB noch einmal der Anlass für die Frage in den Blick genommen, warum sich diese Begutachtung überhaupt mit der Möglichkeit einer Einräumung eines ausschließlichen Rechts für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu beschäftigen hat. Ausgangspunkt ist die vergaberechtliche Frage, ob ein zwischen dem Bund und der Gesellschaft abzuschließender Geschäftsbesorgungsvertrag dem Anwendungsbereich des Vergaberechts möglicherweise wird entzogen sein können, weil die Vergabe

[20] „Besondere“ Rechte kennt neben „ausschließlichen“ Rechten die Vorschrift des Art. 106 Abs. 1 AEUV, wohingegen der Tatbestand des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB lediglich von „ausschließlichen“ Rechten spricht.

des im Geschäftsbesorgungsvertrag verkörperten öffentlichen Auftrags auf einem entsprechenden Ausschließlichkeitsrecht der Gesellschaft beruht. Der mit dieser Frage verbundene Gestaltungszweck, die Rechtsbeziehung zwischen Bund und Gesellschaft vor vergaberechtlichen Risiken, etwa der Unwirksamkeit getroffener Vereinbarungen (§ 135 GWB), abzuschirmen, ist sicherlich sachgerecht, wäre aber „zu erkaufen" mit nicht oder nur bedingt zielkonformen Strukturen („Ausführungsmonopol"). Damit besteht Anlass, die Abschirmung des Rechtsverhältnisses zwischen zwischen Bund und Gesellschaft vor vergaberechtlichen Einwänden anderweitig zu verfolgen. In den Blick zu nehmen sind insoweit zunächst die Regelungen über die „öffentlich-öffentliche Kooperation" und sodann über die sog. Inhouse-Vergabe.

cc) Zusammenarbeit zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach Art einer „öffentlich-öffentlichen" Kooperation?

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit als Ausnahme von der Anwendung des Kartellvergaberechts in Form einer horizontalen Zusammenarbeit zweier öffentlicher Auftraggeber zulässig (sog. öffentlich-öffentliche oder interkommunale Kooperation). Vorliegend sollen öffentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge durch eine Tochtergesellschaft des Bundes ausgeführt werden. Es ist, auch wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach dem sog. Agenturmodell beauftragt werden soll, nicht von vorneherein auszuschließen, dass der Bund und die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft über die Beauftragung der Gesellschaft einen gemeinsamen und im öffentlichen Interesse liegenden Zweck verfolgen. Dieser gemeinsame Zweck könnte eine Zusammenarbeit begründen, die sachlich dem vergaberechtlich anerkannten Rechtsinstitut der öffentlich-öffentlichen bzw. interkommunalen Zusammenarbeit entspricht.

Anknüpfungspunkt ist der als **Anlage 2** beigefügte Satzungsentwurf für die Gesellschaft. Dieser bestimmt in § 2 Abs. 1 Satz 2, dass die Gesellschaft bei der Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben das öffentliche Interesse an der Bereitstellung der Bundesautobahnen für den Gemeingebrauch durch Nutzer berücksichtigt. Hier klingt deutlich an, dass sich die von der Gesellschaft zu treffenden Entscheidungen nicht nur an betriebswirtschaftlichen Kriterien etwa der Rendite oder Effizienz zu orientieren haben, sondern in bestimmtem Umfang auch am öffentlichen Interesse der Verfügbarkeit der

Bundesautobahnen für den Gemeingebrauch. Zu prüfen ist insofern, ob die Voraussetzungen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, welche zwischenzeitlich in § 108 Abs. 6 GWB normiert worden sind, auch im Verhältnis zwischen dem Bund und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorliegen könnten.

§ 108 Abs. 6 GWB lautet wie folgt:

> *(6) Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen werden, wenn*
>
> *1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringende öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,*
>
> *2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und*
>
> *3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.*

(1) Öffentliche Auftraggeber

An dem Zusammenschluss mehrerer Auftraggeber zur Durchführung einer interkommunalen Zusammenarbeit dürfen **nur öffentliche Auftraggeber** und **kein privates Kapital** beteiligt sein.

Grundsätzlich wird dabei den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorgeschrieben,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 09. Juni 2009, Rs. C 480/06 – „Stadtreinigung Hamburg“, Rn. 47.*

Diese Auffassung wird auch von der EU-Kommission bestätigt. Die EU-Kommission lässt eine solche horizontale Zusammenarbeit für alle Kategorien von öffentlichen Auftraggebern zu,

vgl. SEK (2011) 1169, „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Falle von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern“ vom 04. Oktober 2011, dort Fußnote 45.

Solange keine private Beteiligung an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft besteht, ist dieses Kriterium als erfüllbar anzusehen.

(2) „Echte“ Zusammenarbeit

Gegenstand der interkommunalen Kooperation muss nach der Rechtsprechung des EuGH eine **„echte“ Zusammenarbeit** sein,

vgl. EuGH, Urteil vom 09. Juni 2009, Rs. C – 480/06 – „Stadtreinigung Hamburg“ Rn. 47; EuGH, Urteil vom 08. Mai 2014, Rs. C – 15/13 – „TU Hamburg Harburg“.

Dazu müssen die Kooperationspartner eine allen obliegende öffentliche Aufgabe gemeinsam wahrnehmen. Vorliegend könnte durchaus vertreten werden, dass der Bund und die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Aufgabe der Verwaltung der Bundesautobahnen gemeinsam im Sinne einer „**echten Zusammenarbeit“** wahrnehmen, wenn die Regelungen der Satzung und des Geschäftsbesorgungsvertrages entsprechend ausgestaltet werden.

(3) Gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe

Die interkommunale Zusammenarbeit hat zum Ziel, eine **allen Kooperationspartnern obliegende öffentliche Aufgabe gemeinsam** wahrzunehmen. Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass jeder der Kooperationspartner gleichermaßen an der tatsächlichen Wahrnehmung der Aufgabe beteiligt sein muss – die Zusammenarbeit kann auf einer Aufgabenverteilung oder einer bestimmten Spezialisierung beruhen. Mit dem Auftrag muss jedoch ein gemeinsames Ziel verfolgt werden, nämlich die gemeinsame Erfüllung derselben Aufgabe,

vgl. SEK (2011) 1169, „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Falle von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern“ vom 04. Oktober 2011, S. 16; EuGH, Urteil vom 08. Mai 2014, Rs. C – 15/13 – „TU Hamburg Harburg“, Rn. 35; Urteil vom 19. Dezember 2012, Rs. C-159/11, – „Università del Salento“, Rn. 34 f.

Das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist im Verhältnis zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft indes fraglich. Der Bund bleibt alleiniger Eigentümer der Bundesautobahnen und deren Straßenbaulastträger. Er setzt die Gesellschaft zur Erfüllung seiner eigenen Aufgaben ein. Zwar werden die Aufgaben der Gesellschaft „zur Ausführung" übertragen, jedoch kann sich die Gesellschaft nicht auf eine originäre öffentlich-rechtliche Zuständigkeit zur Erfüllung von Aufgaben der Straßenbaulast berufen. Der Annahme einer **gemeinsamen Aufgabe** von Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dürften mit Blick auf die im Geschäftsbesorgungsvertrag zu regelnden Leistungen mithin voraussichtlich durchgreifende Bedenken entgegenstehen.

(4) Tatsächliche „Zusammenarbeit"

Über die Anforderung einer beiden Vertragspartnern obliegenden öffentlichen Aufgabe hinaus ist nach Ansicht der EU-Kommission in Abgrenzung zu einem „normalen" öffentlichen Auftrag bei einer öffentlich-öffentlichen Kooperation überdies eine tatsächliche Zusammenarbeit erforderlich.

Eine tatsächliche Zusammenarbeit ist durch Beteiligung und gegenseitige Pflichten der Vertragspartner gekennzeichnet. Eine *einseitige* Übertragung einer Aufgabe von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen könnte nicht als Zusammenarbeit gewertet werden,

> *vgl. SEK (2011) 1169, „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Falle von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern" vom 04. Oktober 2011, Seite 16.*

Die Einsetzung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Geschäftsbesorger des Bundes auf der Grundlage eines Errichtungsgesetzes dürfte dem Merkmal einer Zusammenarbeit im Sinne des § 108 Abs. 6 GWB im Ergebnis entgegenstehen. „Zusammenarbeit" setzt voraus, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragspartnern durch eine wechselseitige Aufgabenverteilung und die Wahrnehmung gegenseitiger Verpflichtungen geprägt ist. Eine einseitige Übertragung einer Aufgabe von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen kann nicht als „tatsächliche" Zusammenarbeit gewertet werden. Die Überlegung, dass der zweiseitig zu unterzeichnende Geschäftsbesorgungsvertrag den einseitigen Errichtungsakt gewissermaßen kompensiert, dürfte die bestehenden Bedenken dabei nicht rechtssicher zerstreuen. In der Sache schlägt hier erneut der Mangel einer

gemeinsamen öffentlichen Aufgabe durch. In der Sache nämlich wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf Grundlage des Agenturmodells in die Organisation eingegliedert, welche der Bund zur Bereitstellung der Bundesautobahnen als *seine* öffentliche Aufgabe vorhält. Das Bild einer Eingliederung der Gesellschaft in die Bereitstellungsorganisation des Bundes vermittelt sich jedenfalls bis zum Ende von Phase 2. Die Gesellschaft löst sich aus der Bereitstellungsorganisation des Bundes erst dann, wenn sie das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen erhält und Nutzungsentgelte anschließend als deren Gläubigerin vereinnahmt (Phase 3).

(5) Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse

Die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern dürfte schließlich auch nur durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein,

> *EuGH, Urteil vom 09. Juni 2009, Rs. C – 480/06 – „Stadtreinigung Hamburg"; SEK (2011) 1169, „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Falle von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern" vom 04. Oktober 2011, Seite 16.*

Nach Ansicht der EU-Kommission spricht die **Entgeltlichkeit** eines Auftrages dabei grundsätzlich für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags und gegen das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses",

> *vgl. SEK (2011) 1169, „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Falle von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern" vom 04. Oktober 2011, Seite 16.*

Wie oben dargestellt, ist der Entgeltbegriff des § 99 Abs. 1 GWB weit auszulegen. Unter Berücksichtigung der unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag voraussichtlich zu regelnden Entgelte wird jedenfalls für die Phasen 1 und 2 keine Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse anzunehmen sein, da zumindest für Teile der Leistung eine Vergütung vorgesehen ist.

Zusammengefasst werden sich die Voraussetzungen einer öffentlich-öffentlichen Kooperation im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB im Verhältnis zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht rechtssicher darlegen und begründen lassen.

dd) „Inhouse-Vergabe“ (§ 108 Abs. 1 GWB)

Zu prüfen ist mithin, ob die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dem Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts nach den Grundsätzen der Inhouse-Vergabe entzogen sein könnte. Unter einer Inhouse-Vergabe wird der vergaberechtsfreie Leistungsaustausch zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern verstanden, ohne dass private Unternehmen beteiligt wären,

> *vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB, 3. Auflage 2014, § 99 Rn. 385.*

Bei einer Inhouse-Vergabe geht es um die Fälle, in welchen sich der Auftraggeber eigener Mittel bedient, um einen bestimmten Zweck zu erreichen. Dies kann durch die Inanspruchnahme einer unselbstständigen Einheit des öffentlichen Auftraggebers oder durch Einbeziehung einer rechtlich verselbstständigten, etwa formell privatisierten Einheit erfolgen, beispielsweise eines als Tochterunternehmen geführten Geschäftsbetriebs einer Kommune,

> *vgl. König, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 6 Rn. 6.*

(1) § 108 Abs. 1 GWB

Die Voraussetzungen der sog. Inhouse-Vergabe wurden im Rahmen der aktuellen Vergaberechtsreform gesetzlich festgelegt. So wurden in der Vergaberichtlinie 2014/24/EU erstmals tatbestandliche Vorgaben für die Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe genannt. Im deutschen Recht wurden diese in § 108 Abs. 1 GWB umgesetzt, welcher wie folgt lautet:

> *„Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 – 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn*
> *1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
> *2. mehr als 80% der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen kontrolliert wird, betraut wurde, und*
> *3. an der juristischen Person keine direkte private Kapi-*

talbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“

Zum sog. Kontrollkriterium des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB enthält § 108 Abs. 2 GWB eine Vermutungsregel:

„Die Ausübung einer Kontrolle im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 wird vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Die Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.“

(2) Rechtsprechung des EuGH

Die Dogmatik der nunmehr erstmals gesetzlich kodifizierten Inhouse-Vergabe wurde ganz maßgeblich durch den Europäischen Gerichtshof entwickelt und ausgeformt. Ausgangspunkt dieser Rechtsentwicklung war die sogenannte Teckal-Entscheidung,

vgl. EuGH, Urteil vom 18. November 1999, Rs. C-107/98.

Bis zum Inkrafttreten des neuen GWB am 18. April 2016 war die Inhouse-Vergabe ein ungeschriebener Ausnahmetatbestand und als solcher im europäischen wie auch im deutschen Vergaberecht anerkannt. Der oben zitierte § 108 Abs. 1 GWB greift mit dem Kontrollkriterium und dem Wesentlichkeitskriterium die hauptsächlichen Begründungstopoi der Rechtsprechung zur Herleitung der Vergabefreiheit von Inhouse-Beauftragungen auf. Die in § 108 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB kodifizierten Voraussetzungen waren zuvor auch als sog. Teckal-Kriterien bezeichnet geworden,

vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB, 3. Auflage 2014, § 99 Rn. 389.

Diese verlangen, dass der öffentliche Auftraggeber über die andere fragliche juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium). Des Weiteren muss die kontrollierte juristische Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentli-

chen Auftraggeber verrichten, der ihre Anteile innehat (Wesentlichkeitskriterium). Daneben hat sich noch ein drittes Kriterium etabliert, welches ebenfalls Eingang in § 108 Abs. 1 GWB gefunden hat, nämlich die Vorgabe, dass an der juristischen Person kein Privater beteiligt sein darf (Ausschluss privater Beteiligung).

Ob die vorgenannten Kriterien vorliegen, muss in jedem Einzelfall anhand einer Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände einschließlich der rechtlichen Rahmenbedingungen geprüft werden,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03 - Parking Brixen; EuGH, Urteil vom 10. September 2009, Rs. C-573/07 - Sea; EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Rs. C-324/07 - Coditel Brabant.*

(3) Ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststelle

Wie zuvor ausgeführt wurde, verlangt das Kontrollkriterium, dass der öffentliche Auftraggeber über diejenige Einheit, an welche er den Auftrag vergibt, eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle. Nach § 108 Abs. 2 GWB wird das vermutet, wenn der Bund als alleiniger Gesellschafter der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft einen ausschlaggebenden Einfluss nehmen kann,

> *vgl. insoweit auch bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Januar 2013, Az.: VII - Verg 56/12.*

Der EuGH sprach in diesem Zusammenhang auch von einer strukturellen und einer funktionellen Kontrolle, welche beide wirksam sein müssten,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, Rs. C-371/05 – Kommission/Italien; EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Rs. C-324/07 - Coditel Brabant; EuGH, Urteil vom 29. November 2012, Rs. C-182/11 - Econord SpA.*

Diese sind zwar weder Normbestandteil von Art. 12 Abs. 1 lit. a) der allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU noch der deutschen Regelung in § 108 Abs. 1 GWB geworden, wurden vom EuGH allerdings als Hilfskriterien zur Feststellung eines ausschlaggebenden Einflusses auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft verwandt,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 29. November 2012, Rs. C-182/11 - Econord SpA.*

Die Vermutungsregel des § 108 Abs. 2 GWB dürfte im Übrigen jedoch belegen, dass auch bezüglich des Kontrollkriteriums eine Gesamtschau der Umstände stattzufinden hat. Die vorzunehmende Gesamtschau kann sich nach der Rechtsprechung dabei an folgenden Kriterien orientieren:

(a) Marktausrichtung und Größe der „Dienststelle“

Gegen eine ausreichende Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber spricht es jeweils, wenn eine zu beauftragende juristische Person eine Marktausrichtung erreicht hat, welche eine wirksame Kontrolle durch den Auftraggeber als schwierig erscheinen lässt,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 10. September 2009, Rs. C-573/07 - Sea.*

Hierbei ist insbesondere der **geografische Tätigkeitsbereich** der beauftragten juristischen Person entscheidend. Sofern sich also die Tätigkeit der beauftragten juristischen Person geografisch auf den Zuständigkeitsbereich des öffentlichen Auftraggebers beschränkt, ist grundsätzlich von einer ausreichenden Kontrolle auszugehen. Geht diese jedoch weit darüber hinaus, wird eine Kontrolle nicht mehr zu bejahen sein.

Der Tätigkeitsbereich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird über das Staatsgebiet Deutschlands nicht hinausgehen. Dass diese geographische Ausrichtung der Gesellschaftstätigkeit einen Mangel an Kontrollmöglichkeiten mit sich bringt, kann unter diesen Bedingungen nicht erkannt werden.

Fraglich kann in diesem Zusammenhang ebenfalls sein, ob die reine **Größe einer beherrschten Einheit** nach dem Sinn und Zweck des Vergaberechts ab einem bestimmten Ausmaß ihre Tauglichkeit zur „Dienststelle“ zerstört.

Die Festlegung einer bestimmten Größenordnung für „Dienststellen“ im Sinne der vorgenannten Teckal-Kriterien ist dem neu geschaffenen Tatbestand des § 108 Abs. 1 GWB allerdings nicht zu entnehmen und aus den Vergaberichtlinien auch im Übrigen nicht ersichtlich. Sollte eine solche Grenze bestehen, so hätte es im Rahmen der Reform des Vergaberechts und der erstmaligen Normierung der Inhouse-Vergabe nahegelegen, dass der Richtliniengeber und der nationale Gesetzgeber sie festlegen, zumal mit § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB für das Wesentlichkeitskriterium nunmehr eben-

falls eine Wertgrenze festgelegt wurde. Des Weiteren ist festzuhalten, dass in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur die Frage nach der zulässigen Größe einer „Dienststelle“ bisher nicht aufgetaucht ist. Insofern kann mit guten Argumenten davon ausgegangen werden, dass auch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit voraussichtlich mehr als 11.000 Mitarbeitern taugliche Dienststelle im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB sein kann.

(b) Rechtsform

Ein weiteres wesentliches Element im Rahmen der Prüfung der ausreichenden Kontrolle ist die Rechtsform der zu beauftragenden juristischen Person.

(aa) GmbH als kontrollierte Einheit

Sofern die kontrollierte Einheit als Untereinheit in öffentlich-rechtlicher Rechtsform errichtet wird, ist grundsätzlich von einer ausreichenden Kontrolle auszugehen,

> *vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juni 2006, VII-Verg 17/06.*

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll indes in der Rechtsform einer GmbH und damit in einer Rechtsform privaten Rechts errichtet werden. Es ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass insbesondere bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung davon ausgegangen werden kann, dass eine hinreichende Kontrolle gewährleistet ist. Grundsätzlich bestehen bereits nach dem GmbHG weitreichende Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter. Insbesondere kann eine GmbH dem Alleingesellschafter Bund aufgrund ihrer rechtlichen Verfasstheit umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten bieten,

> *vgl. zur GmbH auch BGH, Urteil vom 12. Juni 2001, Az.: X ZB 10/01; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2011, Az.: VII-Verg 20/11.*

(bb) „Mitbestimmte“ GmbH mit teilweise hoheitlichem Tätigkeitsbereich als kontrollierte Einheit?

Fraglich kann vorliegend jedoch sein, ob der gemäß §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1, 2 des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) obligatorisch mitbestimmte Aufsichtsrat der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dieses Ergebnis beeinträch-

tigen kann. Hierbei ist zunächst der Frage nachzugehen, ob auch in einem mitbestimmten Aufsichtsrat ein ausschlaggebender Einfluss des Bundes im Sinne des § 108 Abs. 2 GWB gegeben sein kann. Anschließend ist der Frage nachzugehen, ob ein ausschlaggebender Einfluss des Bundes auf die Gesellschaft auch für hoheitliches Tätigwerden der Gesellschaft angenommen werden kann.

(i) Ausschlaggebender Einfluss

Zentrales Kontrollorgan für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist deren Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat einer obligatorisch mitbestimmten GmbH ist grundsätzlich **nicht weisungsgebunden**, sondern hat allein den Belangen der Gesellschaft den Vorzug zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen,

> *vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2006, Az.: II ZR 137/05.*

Die gesellschafts- bzw. mitbestimmungsrechtliche Verortung der Gesellschaft könnte mithin gegen das Vorliegen einer „ähnlichen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ sprechen, wenn in der mitbestimmten GmbH nicht sichergestellt ist, dass die Bundesrepublik Deutschland als Alleingesellschafter einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausüben kann.

Bei der Prüfung, ob eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle vorliegt, sind alle wesentlichen Rechtsvorschriften und maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen. Um das Kontrollkriterium zu bejahen, muss die Prüfung zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschaft einer Kontrolle unterworfen ist, die es der beauftragenden öffentlichen Stelle ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der betreffenden Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Rs. C-324/07 - Coditel Brabant.*

Der EuGH hat in seinen Entscheidungen zur Inhouse-Vergabe keine eindeutigen Vorgaben gemacht, wann von diesem „ausschlaggebenden Einfluss“ auszugehen ist,

so auch Pünder, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 1. Auflage 2010, Rn. 89.

Anhand der vorliegenden Rechtsprechung kann jedoch eine Negativabgrenzung vorgenommen werden, um das Tatbestandsmerkmal näher einzugrenzen.

So führt der Gerichtshof in der Entscheidung „Parking Brixen" aus, dass die dort zu beauftragende Stelle, die Stadtwerke Brixen AG, aus verschiedenen Gründen eine Selbstständigkeit erreicht habe, die einen ausschlaggebenden Einfluss der beauftragenden Stelle ausschließen würde. Hierzu gehören insbesondere:

- die **Rechtsform der Aktiengesellschaft** (Stadtwerke Brixen AG) und die Natur dieser Gesellschaftsform;
- die **Ausweitung des Gesellschaftszwecks**, da die Gesellschaft Arbeiten in bedeutenden neuen Bereichen, insbesondere denen des Personen- und Gütertransports sowie der Informatik und der Telekommunikation, aufgenommen hat;
- die **beträchtlichen dem Verwaltungsrat (Geschäftsführung) übertragenen Vollmachten**, die praktisch ohne Kontrolle durch die Gemeinde ausgeübt werden.

Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, Rn. 67 - Parking Brixen.

Auch in seiner Entscheidung in der Rechtssache „Carbotermo",

EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, Rs. C-340/04,

hat der EuGH das Merkmal des ausschlaggebenden Einflusses verneint, da auch hier die Geschäftsführung mit umfassenden Befugnissen zur ordentlichen und außerordentlichen Leitung der beauftragten Gesellschaft ausgestattet war und die entsprechende Satzung keine Kontrollbefugnis und kein besonderes Stimmrecht der beauftragenden Kommune vorsah, um die der Geschäftsführung eingeräumte Handlungsfreiheit zu begrenzen.

Im vorliegenden Fall soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der **Rechtsform einer GmbH** geführt werden, so dass die rechtsformbedingten Erschwernisse bei der Kontrolle einer Aktiengesellschaft nicht vorliegen werden. Die **Ausweitung des Gesellschaftszwecks** der Verkehrsinfra-

strukturgesellschaft über den benannten Zweck des Baus, der Erhaltung, des Betriebs, der Unterhaltung, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen hinaus ist im Übrigen nicht zu erwarten.

Fraglich könnte jedoch sein, ob vorliegend Umstände vorhanden sind, welche einen ausschlaggebenden Einfluss des Bundes auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausschließen könnten. Eine besonders umfangreiche Übertragung von Vollmachten auf die Geschäftsführung ist auf der Grundlage des Satzungsentwurfs nicht ersichtlich. Die mangelnde Weisungsgebundenheit des Aufsichtsrats und dessen paritätische Besetzung mit Arbeitnehmervertretern könnten jedoch die ebenfalls notwendige Kontrollbefugnis des Bundes in Frage stellen.

Auch bei der mitbestimmten GmbH hat die Bundesrepublik Deutschland indes unabhängig von der fehlenden Weisungsgebundenheit aufgrund der Regelungen der §§ 31, 27, 29 MitbestG sowie des § 25 MitbestG i. V. m. § 111 Abs. 4 AktG die Gewissheit, sich mit den von ihr gestellten Aufsichtsräten bzw. in der Gesellschafterversammlung in jedem Fall durchsetzen zu können. Dem liegen die folgenden Erwägungen zu Grunde:

- So hat der obligatorische Aufsichtsrat gemäß § 31 MitbestG, § 84 AktG zwingend die Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen. Dabei besteht gem. § 29 Abs. 2 MitbestG ein Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden, dessen Wahl gem. § 27 Abs. 2 MitbestG den *Anteilseignervertretern vorbehalten* ist. Gemäß § 29 Abs. 2 Satz 3 MitbestG steht dem Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden die zweite Stimme nicht zu.

- Auch verbleibt selbst in der mitbestimmten GmbH der Gesellschafterversammlung eine *umfassende Weisungskompetenz* gegenüber der Geschäftsführung in Geschäftsführungsfragen, soweit in der Satzung nichts anderes vorgesehen ist.

- Der aktuelle Satzungsentwurf verstärkt diese *Letztentscheidungskompetenz des (Allein-)Gesellschafters* Bundesrepublik Deutschland noch dadurch, dass die Gesellschafterversammlung die verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates zu bestimmten Geschäften, etwa dem Finanzierungs- und Realisierungsplan, durch einen zustimmenden Beschluss ersetzen kann.

- Schließlich bestimmt § 25 Abs. 2 Nr. 1 MitbestG für eine mitbestimmte GmbH die Anwendbarkeit von § 111 AktG. Gemäß § 111 Abs. 4 Seite 2 AktG müssen zwar bestimmte Geschäfte der Gesellschaft unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrates stehen, es ist der Geschäftsführung jedoch bei einer verweigerten Zustimmung möglich, die Gesellschafterversammlung aufzufordern, die Zustimmung zu beschließen (§ 111 Abs. 4 Seite 3 AktG). Insofern begründet der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats für diesen kein unüberwindbares Vetorecht, so dass der Aufsichtsrat der Gesellschafterversammlung im praktischen Ergebnis auch nicht übergeordnet ist.

Die vorstehenden gesetzlichen Vorschriften und Umstände sind für die vom EuGH geforderte Kontrollbefugnis ausreichend, da sie effektiv sicherstellen, dass gegen den Willen der Bundesrepublik Deutschland als Alleingesellschafter keine wesentlichen Entscheidungen in der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft getroffen werden können. Sie sprechen in ihrer Gesamtheit daher dafür, dass die Bundesrepublik Deutschland auch bei einer mitbestimmten Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mbH einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen dieser Gesellschaft im Sinne von § 108 Abs. 2 GWB hat.

(ii) Einflussnahmemöglichkeiten im hoheitlichen Tätigkeitsbereich

Soweit die Gesellschaft hoheitliche Befugnisse ausüben wird, stoßen die genannten gesellschaftsrechtlichen Kontrollmechanismen an Grenzen. An ihre Stelle kann jedoch die Befugnis zur Rechts- und Fachaufsicht über die Gesellschaft treten, wenn sie – ähnlich wie die gesellschaftsrechtlichen Leitungs- und Kontrollbefugnisse – auf eine gesetzliche Grundlage zurückgehen (zum Beispiel das Errichtungsgesetz). Gerade die Fachaufsicht mit den Möglichkeiten der Vorgabe von Verwaltungsvorschriften, der Erteilung von Einzelweisungen oder der Etablierung von Anhörungs-, Einvernehmens- oder Zustimmungsvorbehalten sowie von Vorlagepflichten vermittelt dabei „ausschlaggebenden Einfluss“ im Sinne des hier erörterten Kontrollkriteriums. Dass die Rechts- und Fachaufsicht über die Gesellschaft ggf. durch ein Bundesamt für Straßeninfrastruktur wahrgenommen wird, hindert die Zurechnung der in der Fachaufsicht zutage tretenden Entscheidungskompetenz zum Bund dabei nicht. Jedenfalls ist kein Sachgrund ersichtlich, nach dem die Kontrollkompetenz über eine nachgelagerte Einheit zwingend von ein und derselben Stelle wahrgenommen werden müsste. Im Falle eines für

die Rechts- und Fachaufsicht über die Gesellschaft im hoheitlichen Bereich ggf. zuständigen Bundesamtes für Straßeninfrastruktur kommt insoweit hinzu, dass dieses Amt ebenfalls im Geschäftsbereich des BMVI angesiedelt würde. Im BMVI liefen die Wahrnehmung der gesellschaftsrechtlichen Kontrollbefugnisse und die Kontrolle über die vom Bundesamt wahrgenommene Fachaufsicht über die Gesellschaft mithin zusammen. Für eine nach dem vorliegenden Satzungsentwurf als GmbH ausgestaltete und im hoheitlichen Leistungsbereich einer Rechts- und Fachaufsicht unterworfene Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann somit mit guten Argumenten das Vorliegen einer „ähnlichen Kontrolle" der Bundesrepublik Deutschland wie über eine eigene Dienststelle im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB vertreten werden.

(4) Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber

Die frühere Diskussion zu den Anforderungen an das Wesentlichkeitskriterium,

> *dazu BGH, Urteil vom 3. Juli 2008, Az.: I ZR 145/05 (dort 10 % der Tätigkeiten gegenüber Dritten); OLG Celle, Urteil vom 14. September 2006, Az.: 13 Verg. 2/06 (dort 7,5 % der Tätigkeiten gegenüber Dritten),*

ist durch die Neuregelung in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB aufgelöst worden. Hiernach muss eine juristische Person, um „Dienststelle" sein zu können, mehr als 80% ihrer Tätigkeiten der Ausführung von Aufgaben widmen, mit welchen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder einer anderen von diesem kontrollierten juristischen Person betraut wurde.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll mit der Erbringung von Leistungen für die Erfüllung von Aufgaben des Bundes, namentlich des Baus, der Erhaltung, des Betriebs, der Unterhaltung, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen betraut werden. In Phase 1 ihrer Geschäftstätigkeit wird der Bund einziger „Kunde" der Gesellschaft sein. Das Wesentlichkeitskriterium wird in dieser Phase insoweit ohne weiteres erfüllt werden können.

Sofern die Gesellschaft auch Leistungen gegenüber Dritten erbringen würde, dürfen diese nicht mehr als 20% der Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ausmachen. Drittumsätze sind für den Beginn der Ge-

schäftstätigkeit allerdings nicht und im Übrigen auch nur insoweit vorgesehen, als Leistungen für die Nutzer der Bundesautobahnen erbracht werden.

Abzustellen wäre für die Ermittlung des maximal zulässigen Drittumsatzes auf den durchschnittlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des Geschäftsbesorgungsvertrages oder, wenn Umsatzzahlen nicht vorhanden sein sollten, auf einen anderen geeigneten „tätigkeitsgestützten Wert“ wie etwa die Kosten, die für Leistungen gegenüber Dritten anfallen (vgl. § 108 Abs. 7 GWB). Vereinnahmte die Gesellschaft als Mautgläubigerin ab Phase 3 kostendeckende Entgelte von den Nutzern der Bundesautobahnen, so könnte diese 20%-Grenze tatsächlich überschritten werden und sich der Drittumsatz der Gesellschaft aus der Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung auf nahezu 100% zubewegen.

Eine solche Konstellation könnte für das Wesentlichkeitskriterium schädlich sein, wie die bisherige Rechtsprechung aus der Zeit vor der Kodifizierung des Inhouse-Tatbestandes durch § 108 Abs. 1 GWB in der Sache bereits für Umsätze etwa von kommunalen Energieversorgungsunternehmen mit Endkunden bei der Belieferung mit Strom und Gas entschieden hat,

> *vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, Az.: 1 Verg 5/10.*

Zu der vorstehenden Entscheidung ist jedoch zu bemerken, dass das OLG Hamburg als maßgeblichen Grund für die Berücksichtigung des Umsatzes mit Endkunden als „**Fremdgeschäft**“ den **liberalisierten Energiemarkt** angeführt hat. Dieser sorge dafür, dass die Umsätze mit Endkunden auf deren **freier Auswahlentscheidung** und nicht auf der Beauftragung durch den kommunalen Anteilseigner des Energieversorgers beruhen.

Vorliegend wird sich dementsprechend die Frage stellen, wie zukünftig Umsätze der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu berücksichtigen sind, die aus der Vereinnahmung kostendeckender Entgelte für die Benutzung der Bundesautobahnen herrühren. Hierzu könnte vertreten werden, dass auch diese Umsätze gerade nicht als Fremdgeschäft anzusehen sind, da auch sie auf eine Rechtsbeziehung zwischen Bund und Gesellschaft zurückgehen (Einrichtung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs, Nutzungsüberlassung). Es könnte also argumentiert werden, dass es sich im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB weiterhin um Tätigkeiten handelt, die ausschließlich der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen die Gesellschaft durch den Bund beauftragt wurde. Weiter könnte angeführt werden, dass es die bei

der Entscheidung des OLG Hamburg angesprochene Auswahlentscheidung von Nutzern gerade nicht gäbe, da der Nutzer einer Bundesautobahn auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „Vertragspartner“ angewiesen wäre. Gegen die Zurechnung von Umsätzen zur Rechtsbeziehung mit dem Bund könnte demgegenüber sprechen, dass die Gesellschaft sich hinsichtlich der Nutzungen und Lasten aus den Bundesautobahnen gegenüber dem Bund durch die Übernahme des wirtschaftlichen Eigentums an den Autobahnen gewissermaßen emanzipiert bzw. verselbstständigt habe.

Die Auswirkungen eines Eintritts in Phase 3 auf die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen zur Fortführung und ggf. auch zur bedarfsentsprechenden Änderung des Geschäftsbesorgungsvertrages sind – auch unter Berücksichtigung der Grenzen des § 132 GWB – rechtzeitig vor Eintritt in diese Phase zu würdigen. Unerheblich ist für das Vorliegen des Wesentlichkeitskriteriums im Übrigen, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als beauftragtes Unternehmen die auftragsgegenständlichen Leistungen ausschließlich oder überwiegend selbst oder durch Dritte (Nachunternehmer) erbringt. Irgendwelche Anforderungen an eine „**Eigenleistungsquote**“ sind dem in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB kodifizierten Wesentlichkeitskriterium nicht zu entnehmen. Die Norm verlangt lediglich, dass die Tätigkeiten der juristischen Person zu mindestens 80% der Ausführung von Aufgaben für die beherrschende Einheit „dienen“ müssen, und als „Umsatz“ der juristischen Person würden für die beherrschende Einheit erbrachte Leistungen nach § 108 Abs. 7 GWB auch dann gelten, wenn die juristische Person Vorleistungen von Dritten bezieht, sei es auch in nennenswertem Umfang.

Unabhängig vom jetzigen Normtext hat im Übrigen auch die frühere Rechtsprechung das Wesentlichkeitskriterium unter Hinweis auf eine mangelnde Eigenleistungsquote nur dann verneint, wenn eine unzulässige Umgehung des Vergaberechts zu befürchten stand,

> *vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. März 2011, Az.: VII-Verg 48/10.*

(5) Keine Beteiligung Privater

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist für die Inanspruchnahme des Inhouse-Privilegs ferner erforderlich, dass an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapital-

beteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Nach alter Rechtslage war es zunächst umstritten, ob jede Form der Kapitalbeteiligung Privater am Auftragnehmer dessen Inhouse-Fähigkeit ausschließt, bis der der EuGH schließlich feststellte, dass bereits eine Minderheitsbeteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital der Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es ausschließe, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübe wie über seine eigenen Dienststellen. Denn die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und kann dem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen, was den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung widerspreche,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03, Rn. 49 ff. – Stadt Halle.*

Von diesem strikten Verständnis des Ausschlusses jeglicher privater Kapitalbeteiligung als Teilaspekt des Kontrollkriteriums hat sich die reformierte Rechtslage gelöst und ermöglicht in Ausnahmefällen die direkte private Kapitalbeteiligung, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- es handelt sich um eine nicht beherrschende Form der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität;
- das nationale Recht schreibt die Beteiligung in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht vor;
- der beteiligte Private hat keine Möglichkeit, einen maßgeblichen Einfluss auf das kontrollierte Rechtssubjekt zu vermitteln.

Diese strengen Vorgaben verdeutlichen bereits, dass eine private Kapitalbeteiligung nur in begrenzten Ausnahmefällen *inhouse*-unschädlich ist. Nimmt man zudem die unionsrechtliche Gesetzgebungsgeschichte, denn § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB geht insoweit auf die inhaltsgleiche Regelung des Art. 12 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU zurück, und zieht den daraus abzuleitenden Sinn und Zweck der Regelung in Betracht, so offenbart sich, dass der deutsche Gesetzgeber eine ganz besondere Konstellation bei

der „Lockerung“ des Beteiligungskriteriums im Blick hatte. Nach dem Willen des Richtliniengebers sollte zwar die unmittelbare Kapitalbeteiligung Privater am Auftragnehmer der Freistellung vom Kartell-Vergaberecht im Sinne der Inhouse-Konstellation grundsätzlich entgegenstehen,

> *„[m]it Blick auf die besonderen Merkmale öffentlicher Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft, wie die für Verwaltung oder die Ausführung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen verantwortlichen Organisationen, sollte dies jedoch nicht in Fällen gelten, in denen die Beteiligung bestimmter privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person durch eine nationale gesetzliche Bestimmung im Einklang mit den Verträgen vorgeschrieben ist, sofern es sich nicht um eine beherrschende Form der Beteiligung oder eine Form der Beteiligung mit Sperrminorität handelt und sofern die Beteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt“; so Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2014/24/EU, Hervorhebung nur hier.*

Der vorzitierte Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2014/24/EU verdeutlicht, dass lediglich bestimmte öffentliche Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaften ausgenommen werden sollten. Als mögliche Anwendungsfälle kommen beispielsweise in Deutschland landesrechtlich vorgeschriebene Privatbeteiligungen an Wasserwirtschaftsverbänden in Betracht. Anschauliches Paradebeispiel dürfte insoweit die rechtlich seinerzeit umstrittene Vergabe von Dienstleistungen der Abwasserentsorgung der Stadt Hamm an den Zweckverband „Lippeverband“ sein. Im Jahr 2009 hatte die Kommission eine förmliche Aufforderung an Deutschland gerichtet und im späteren Verlauf ein Vertragsverletzungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof eingeleitet, weil die Stadt Hamm im Jahr 2003 dem Lippeverband, einem Wasserwirtschaftsverband mit öffentlichen und privaten Mitgliedern und durch besonderes Landesgesetz gegründet, ohne Ausschreibung einen Auftrag zur Sammlung und Entsorgung von Abwässern erteilt hatte (vgl. ABl. C 13 vom 15. Januar 2011, Seite 17). Die Klage wurde allerdings von Seiten der Kommission im Jahr 2011 zurückgenommen,

> *vgl. EuGH, Beschluss vom 13. Mai 2011, Rs. C-486/10.*

Im Lichte dieses äußerst begrenzten Anwendungsbereichs der Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Beteiligung privater Dritter, nämlich bezogen wohl lediglich auf juristische Personen des öffentlichen Rechts mit privater Pflichtmitgliedschaft, dürfte sich für die Verkehrsinfrastruktur-

gesellschaft (zum einen als juristische Person des privaten Rechts und zum anderen ohne jeglichen Anhaltspunkt einer gesetzlich zu begründenden Pflichtmitgliedschaft) hieraus keine Möglichkeit ergeben, private Dritte zu beteiligen, ohne die Inanspruchnahme der *Inhouse*-Ausnahme auszuschließen.

Sofern sich also an der Gesellschaft kein privater Dritter beteiligt, wäre eine *Inhouse*-Vergabe des Geschäftsbesorgungsvertrages auch entsprechend der Vorgaben des § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB zulässig.

Dass in einer späteren Phase der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft deren Geschäftsanteile ggf. an Private veräußert werden könnten, hindert die Feststellung der *Inhouse*-Fähigkeit der für die Transformationsphase sowie die Phasen 1 und 2 vorgesehenen Strukturen nicht und macht insbesondere eine Berufung auf § 108 Abs. 1 GWB auch nicht zu einer unzulässigen Umgehung materiellen Vergaberechts. Denn nach der Rechtsprechung kann zwar bereits die Möglichkeit einer erst künftigen Öffnung des Kapitals für private Investoren zu berücksichtigen sein, allerdings nur, soweit zum Zeitpunkt der Vergabe bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige entsprechende Kapitalöffnung bestand,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 10. September 2009. Rs. C-573/07, Rn. 50 – Sea.*

Soweit ersichtlich, ist die politische Willensbildung zum Ob und zum Zeitpunkt einer etwaigen Anteilsveräußerung gegenwärtig indes noch nicht abgeschlossen. Überdies sprechen sachliche Gesichtspunkte dafür, Geschäftsanteile nicht abzugeben, bevor die Gesellschaft nach Abschluss der Transformationsphase betriebswirtschaftlich ausgerichtet ist und „funktioniert“ und bevor ihr im Weiteren das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen zugeordnet ist. Angesichts der Ungewissheit künftiger Kapitalbeteiligungen kann die Abwesenheit einer privaten Beteiligung im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB zum gegenwärtigen Zeitpunkt vergaberechtlich „verwertet“ werden, ohne dass insoweit eine Umgehungsabsicht zu unterstellen oder dem Bund bereits gegenwärtig eine Berufung auf § 108 GWB zu versagen wäre.

(6) Zwischenergebnis

Die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Leistungen der Verwaltung der Bundesautobahnen auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages unterliegt grundsätzlich dem Kartellvergaberecht. Allerdings ist mit guten Argumenten vertretbar, dass der Vierte Teil des GWB gemäß § 108 Abs. 1 GWB auf die Vergabe des Geschäftsbesorgungsvertrages nicht anzuwenden sein wird. Demnach wird der Bund den öffentlichen Auftrag „Geschäftsbesorgung Bundesautobahnen“ an die Gesellschaft direkt „vergeben“ können, ohne sich hierzu auf einen vergaberechtlichen Tatbestand stützen zu müssen, der ihm, dem Bund, in statthafter Weise Verhandlungen allein mit der Gesellschaft ermöglicht. Haushalts- und beihilfenrechtliche Bindungen bleiben für den Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages demgegenüber erhalten.

ee) Vergaberechtliche Beurteilung der Leistungsbeziehungen zum Bund ab Phase 2

Auf dem Weg in die für die Gesellschaft vorgesehene Zielstruktur (Phase 3) verändern sich die Leistungsbeziehungen zum Bund mehrmals.

Erst wenn die Gesellschaft Chancen und Risiken der Bereitstellung der Bundesautobahnen wirtschaftlich ohne Zuführung von konventionellen Haushaltsmitteln wird tragen können, wird sie wirtschaftlich in der Lage sein, im Hinblick auf die Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung die Rolle des „Straßenbaulast-Dienstleisters“ (Geschäftsbesorgerin) zu verlassen und stattdessen in die Rolle einer Infrastrukturbetreiberin vorzurücken. Bis das der Fall ist, können sich auf dem Weg der Gesellschaft von der Geschäftsbesorgerin für den Bund bis zur selbständigen Infrastrukturbetreiberin Zwischenschritte ergeben. Maßgeblich ist, ob und zu welchem Zeitpunkt die Gesellschaft sich vollständig aus ihr zugewiesenen Mautmitteln finanzieren kann bzw. ob und in welchem Umfang die Gesellschaft befugt sein soll, zwischenzeitlich fehlende Mautmittel durch von ihr aufgenommene Kredite zu ersetzen.

Um ihre Rolle als Infrastrukturbetreiberin vorzubereiten, wird der Gesellschaft – zusätzlich zu dem ihr gleich zu Beginn ihrer Geschäftstätigkeit eingeräumten Nießbrauchs *an den Forderungen* des Bundes gegenüber Toll Collect bzw. *an den Mautforderungen* gegenüber den Nutzern – ein öffentlich-rechtlicher „Nießbrauch“ *an den Bundesautobahnen* eingeräumt. Vor-

gesehen ist dieser Vorgang für Phase 2 in Vorbereitung von Phase 3 (siehe oben). Mit ihm werden die Chancen und Risiken der Bundesautobahnen noch nicht vollständig zur Gesellschaft verlagert. Das rechtliche Eigentum an den Bundesautobahnen verbleibt beim Bund. Ebenfalls noch beim Bund verbleibt in diesem Zwischenschritt das wirtschaftliche Eigentum an den Bundesautobahnen.

Als Inhaberin des öffentlich-rechtlichen „Nießbrauchs“ ist die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht mehr nur Geschäftsbesorgerin des Bundes bzw. dessen Straßenbaulast-Dienstleister. Die Bundesautobahnen werden von der Gesellschaft aufgrund eines eigenen Besitzrechtes dem Bund betriebsbereit zur Nutzungsüberlassung an Dritte zur Verfügung gestellt. Der Geschäftsbesorgungsvertrag aus Phase 1 ist entsprechend fortzuschreiben. Empfänger von Leistungen der Gesellschaft ist weiterhin ausschließlich der Bund.

Die Gesellschaft erhält auch unter dem fortgeschriebenen Geschäftsbesorgungsvertrag für die Bereitstellung der Bundesautobahnen an den Bund zunächst noch einen Aufwendungsersatz auf vertraglicher Basis. Idealerweise finanziert der Bund den Aufwendungsersatz ausschließlich durch die zugewiesenen Mittel aus der Lkw-Maut und aus der Infrastrukturabgabe. Ein Restrisiko der Unterdeckung verbleibt zunächst beim Bund. Sobald eine hinreichende Sicherheit im Hinblick auf die Höhe der Kosten der Gesellschaft einerseits und die Höhe der Nutzungsentgelte aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe andererseits besteht, kann der Vergütungsanspruch der Gesellschaft aus dem Vertrag auf die Höhe des vereinnahmten Aufkommens aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe begrenzt werden. Mit diesem Schritt würde zum einen eine abermalige Veränderung des Geschäftsbesorgungsvertrages einhergehen. Zum anderen kann der Gesellschaft das wirtschaftliche Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen eingeräumt werden, da die der Gesellschaft entstehenden Kosten zu deren Bereitstellung nunmehr grundsätzlich vollständig durch Nutzerentgelte gedeckt werden können. Ergänzend zum bereits begründeten öffentlich-rechtlichen Nießbrauch an den Bundesautobahnen zugunsten der Gesellschaft sind zu diesem Zweck weitere Vereinbarungen zwischen Bund und Gesellschaft zu treffen, die darauf abzielen, die Rechtsposition der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Bezug auf die vom „Nießbrauch“ umfassten Vermögensgegenstände gegenüber dem Bund als deren rechtlichem Eigentümer weiter zu stärken (vgl. dazu im Einzelnen **Anla-**

ge 8). Als wirtschaftliche Eigentümerin an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen stellt die Gesellschaft die Bundesautobahnen in der Folge den Nutzern selbst gegen Entgelt zur Verfügung (Phase 3). Sie stellt damit die betriebsbereiten Bundesautobahnen nicht mehr dem Bund zur Nutzungsüberlassung an Dritte zur Verfügung, sondern agiert gegenüber den Nutzern selbst als Infrastrukturbetreiberin. Zugleich wird die Gesellschaft Mautgläubigerin. Rechtsgrundlagen für die Erhebung der Nutzungsentgelte durch die Gesellschaft verbleiben das BFStrMG bzw. das Infrastrukturabgabengesetz.

Der gegenüber Phase 2 erneut anzupassende Geschäftsbesorgungsvertrag deckt in Phase 3 weiterhin die Leistungen ab, welche die Gesellschaft für den Bund erbringt. Da der Bund rechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen und gesetzlicher Straßenbaulastträger bleibt, besteht zwischen ihm und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein Schuldverhältnis fort, zu dessen Inhalt – unter anderem – die ordnungsgemäße Erhaltung der Bundesautobahnen entsprechend § 1041 BGB gehören dürfte, und das grundsätzlich auch weiterhin im Geschäftsbesorgungsvertrag geregelt sein könnte.

Mit Blick auf dieses Schuldverhältnis und die Stellung des Bundes als Straßenbaulastträger (und „Bedarfsträger") erbringt die Gesellschaft in Phase 3 Leistungen des Planens, Bauens, Erhaltens, Unterhaltens und Betreibens *etc.* zwar in gewisser Weise noch für den Bund. Es spricht aber viel dafür, das Rechtsverhältnis zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in dieser Phase mangels Entgeltlichkeit nicht mehr als öffentlichen Auftrag anzusehen, denn jedenfalls würde die Gesellschaft vom Bund nicht mehr vergütet, sondern erhöbe von den Nutzern selbst kostendeckende Entgelte aufgrund eigenen Rechts. Unter dieser Prämisse läge ein entgeltlicher Vertrag zwischen dem Bund und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft insoweit nicht mehr vor, und in der Folge könnten die *inhouse*-Strukturen mit Erreichen von Phase 3 insoweit auch aufgegeben werden, sofern das politisch gewünscht sein wird.

In praktischer Hinsicht dürfte sich aus den hier angestellten Überlegungen zur Vergaberelevanz des künftigen Rechtsverhältnisses zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Frage ergeben, ob die Parteien ihr künftiges Rechtsverhältnis betreffend den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch an den Bundesautobahnen (noch) im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages oder (schon) in einer eigenständigen Rechtsquelle regeln sollten. Denn sofern es zur Einräumung eines öffentlich-rechtlichen Nieß-

brauchs kommt, wird der Geschäftsbesorgungsvertrag von den Parteien voraussichtlich bereits über einen längeren Zeitraum hinweg als öffentlicher Auftrag wahrgenommen und gelebt worden sein. Solange die Gesellschaft noch nicht wirtschaftliche Eigentümerin an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen und Mautgläubigerin ist und vom Bund für ihre Leistungen demzufolge noch durch Zuweisung von Maut- und ggf. Haushaltsmitteln vergütet wird, mag der Geschäftsbesorgungsvertrag auch noch als der „richtige" Regelungsort zur Ausgestaltung des Nießbrauchs angesehen werden können. Sobald die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft allerdings als wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen und Mautgläubigerin aufgrund eigenen Rechts Maut von den Nutzern der Bundesautobahnen erhebt, würde der Geschäftsbesorgungsvertrag einen Regelungskomplex beherbergen, der mit den vorstehenden Überlegungen gerade keinen öffentlichen Auftrag mehr darstellt. Daraus könnte ggf. die Konsequenz zu ziehen sein, die Regelungen betreffend den öffentlich-rechtlichen Nießbrauch später in einem eigenständigen Vertrag zu regeln, um auf diese Weise den Geschäftsbesorgungsvertrag weiterhin auftragsrelevanten Leistungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorzubehalten.

Soweit die Gesellschaft für den Bund auf dessen Wunsch auch ab Phase 3 noch entgeltliche Leistungen erbringt, wäre die vergaberechtliche Statthaftigkeit des Leistungsbezuges nach Wegfall der *inhouse*-Voraussetzungen im Übrigen auf andere Weise abzusichern. In Betracht kommt insoweit der Rechtsgedanke des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV. Hiernach kann der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, oder wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten. Auf diesen Rechtsgedanken hat das BMVI unter Berufung auf das ihm zustehende Bestimmungsrecht über den Auftragsgegenstand seine Entscheidung gestützt, für die Ausweitung der Mauterhebung auf Bundesstraßen das bereits auf den Bundesautobahnen eingesetzte Mautsystem einzusetzen und zu diesem Zwecke ausschließlich mit Toll Collect Verhandlungen aufzunehmen, weil Toll Collect insoweit ausschließliche Rechte zustehen. Die Zweite Vergabekammer des Bundes hat den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag einer Wettbewerberin als unbegründet zurückgewiesen,

BKartA Bonn, Beschluss vom 18. Februar 2016, VK 2 – 137/15 –, juris.

Sie ist unter Würdigung der Fallumstände dabei insbesondere auch dem Vortrag der Antragstellerin entgegen getreten, das BMVI habe die festgestellte Ausschließlichkeitssituation selbst herbeigeführt,

> *BKartA Bonn, Beschluss vom 18. Februar 2016, VK 2 – 137/15 –, juris, Rn. 182.*

Je nachdem, welche Aufgaben die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab Phase 3 außerhalb ihres Leistungsverhältnisses zu den Nutzern weiterhin für den Bund ausführt,

> *zu denken ist zum Beispiel an die Finanzmitteldisposition für die sonstigen Bundesfernstraßen,*

erscheint es zusammenfassend als plausibel, dass auch für solche Leistungen Anknüpfungspunkte für einen vergaberechtlich statthaften Leistungsbezug bei der Gesellschaft vorhanden sein können. Solche Anknüpfungspunkte sind nicht zuletzt in den besonderen Rechten zu sehen, welche der Bund im Falle des planmäßigen Durchschreitens des hier vorgeschlagenen Phasenmodells auf gesetzlicher Grundlage ausschließlich der Gesellschaft eingeräumt haben wird, namentlich im öffentlich-rechtlichen Nießbrauch an den Bundesautobahnen und im wirtschaftlichen Eigentum an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen. Es versteht sich allerdings von selbst, dass die hier angestellte Vorausschau auf künftig entstehende Leistungsbeziehungen eine begleitende vergaberechtliche Kontrolle der entstehenden rechtlichen Verhältnisse nicht ersetzen kann.

Dem Bund ist zusammenfassend zu empfehlen, die Verzichtbarkeit von *inhouse*-Strukturen rechtzeitig zu überprüfen, sollte nach Maßgabe politischer oder gesetzgeberischer Entscheidungen zu einem späteren Zeitpunkt eine Umwandlung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von einer GmbH in eine Aktiengesellschaft oder eine Veräußerung von Geschäftsanteilen an der vollentwickelten Gesellschaft gewollt sein. Dasselbe gilt in Bezug auf künftige Veränderungen in den Leistungsbeziehungen der Gesellschaft zum Bund einerseits und zu den Nutzern oder sonstigen Dritten andererseits. Denn nur solange die Gesellschaft im Wesentlichen für den Bund tätig ist und der Bund die Gesellschaft als Dienststelle im Sinne des § 108 GWB beherrscht, was in ihrer Konstituierung als Aktiengesellschaft bzw. nach einer Beteiligung Dritter nicht mehr rechtssicher möglich wäre, sind die erwähnten Anpassungen und Fortschreibungen des Geschäftsbesorgungsvertrages im Übergang von Phase 1 auf Phase 2 und ggf. auch innerhalb von Phase 2

statthaft, ohne dass sie daran zu messen wären, ob die nunmehr in § 132 GWB normierten Grenzen für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit eingehalten werden.

d) Ausschreibungspflicht von Aufträgen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Als weitere Fragestellung ist zu prüfen, ob die Aufträge, die nach Gründung der Gesellschaft (Transformationsphase), im Wesentlichen dann aber vor allem nach Aufnahme der Betriebstätigkeit durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an private Dritte vergeben werden (ab Phase 1), dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen. Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist eröffnet, wenn durch einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB oberhalb der Schwellenwerte ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 GWB vergeben wird und keine Ausnahmetatbestände im Sinne der §§ 107 ff. GWB vorliegen.

aa) Öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB, wenn sie als juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

- sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 des § 99 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert wird,
- ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 des § 99 GWB bestimmt worden sind.

(1) Juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft soll in der Rechtsform der GmbH und mithin als juristische Person des privaten Rechts gegründet werden.

(2) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben

Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sind anzunehmen, wenn hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staates und damit letztlich Aufgaben betroffen sind, welche der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte,

> *vgl. Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB, Rn. 46 m. w. N.*

Es handelt sich dabei um Aufgaben, die zum einen auf andere Art als durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden, und die der Staat zum anderen aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten soll,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 10. November 1998, C-360/96, Slg. 1998, I-06821, „BFI Holding", Rn. 50 und 51; EuGH, Urteil vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, Slg. 2001, I-03605, „Agorà und Excelsior", Rn. 37.*

Die VK Nordbayern (Beschluss vom 19. Oktober 2015, Az.: 21.VK-3194-38/15) führt hierzu aus:

> *„Bei im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB handelt es sich um Aufgaben, die hoheitliche Befugnisse und damit Aufgaben betreffen, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Dies ist der Fall, wenn diese Aufgaben eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft sind und nach einer Versorgungsgarantie verlangen. Eine Aufgabe liegt im Allgemeininteresse, wenn originär staatliche Hoheitsaufgaben erfüllt werden oder die Vergabestelle im Bereich der Daseinsvorsorge handelt. Aufgaben im Allgemeininteresse liegen vor, wo grundlegende Staatsfunktionen betroffen sind."*

Die Frage, ob im Allgemeininteresse liegende Aufgaben vorliegen, ist objektiv zu beurteilen.

Vorliegend wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft u. a. Aufgaben des Bundes in Zusammenhang mit dem Bau, der Er- und Unterhaltung sowie dem Betrieb der Bundesautobahnen wahrnehmen. Diese Aufgaben dienen der Aufrechterhaltung und dem Ausbau der **öffentlichen Infrastruktur**.

Die Bereitstellung der Bundesautobahnen wird daher regelmäßig der Daseinsvorsorge zugeordnet,

> *vgl. Tegtbauer, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 13, S. 477 Rn. 4; Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), Bundesfernstraßengesetz, 2. Auflage 2013, § 3 Rn. 25 m. w. N.; BGH, Urteil vom 5. Juli 1990, Az.: III ZR 217/89, BGHZ 112, 74 (83 f.).*

Zusammengefasst sprechen alle Umstände dafür, dass die Wahrnehmung der Aufgaben in Zusammenhang mit der Verwaltung der Bundesautobahnen im Allgemeininteresse liegt.

(3) Aufgaben nichtgewerblicher Art

Weitere Voraussetzung dafür, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als öffentlichen Auftraggeber anzusehen, ist, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblich tätig wird.

Als nicht gewerblich wird die Tätigkeit solcher Auftraggeber – gleich welcher Rechtsform – angesehen, die nicht den Kräften des Marktes ausgesetzt sind und die durch diese Kräfte nicht zu einer Beschaffung rein nach Wirtschaftlichkeitskriterien veranlasst sind,

> *vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2007, Az.: VII - Verg 16/07; OLG Hamburg, Beschluss vom 25. Januar 2007, Az.: 1 Verg 5/06; OLG München, Beschluss vom 07. Juni 2005, Az.: Verg 004/05; VG Meiningen, Beschluss vom 16. Januar 2007, Az.: 2 E 613/06 Me; VK Brandenburg, Beschluss vom 22. September 2008, Az.: VK 27/08; VK Bremen, Beschluss vom 23. August 2001, Az.: VK 3/01; 1. VK Bund, Beschluss vom 09. Mai 2007, Az.: VK 1 - 26/07; 3. VK Bund, Beschluss vom 03. Mai 2007, Az.: VK 3 - 31/07; VK Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2013, Az.: VK - 33/2012 - L; VK Hamburg, Beschluss vom 25. Juli 2007, Az.: VK BSU-8/07.*

Für die Bewertung, ob eine Gesellschaft gewerblich handelt, kommt es damit darauf an, ob die Gesellschaft primär mit **Gewinnerzielungsabsicht** tätig wird, ob sie in einem entwickelten **Wettbewerb** tätig wird und insbesondere, ob sie den Marktmechanismen so ausgesetzt ist, dass die Gesellschaft wie jedes private Unternehmen auch das alleinige **Insolvenzrisiko** trägt,

vgl. Krohn/Schneider, in: Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 3 Rn. 38; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB Rn. 56 m. w. N.

(a) Gewinnerzielungsabsicht

Eine Ausschüttung von Gewinnen soll nach der aktuellen Konzeption nicht erfolgen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Vielmehr wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft schon *qua* Rechtsform eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen und nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien handeln. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist somit zunächst zu unterstellen.

Allerdings wird die Gesellschaft ihren Aufgaben nicht mit Gewinnerzielungsabsicht in dem Sinne nachkommen dürfen, welche die Erzielung von Gewinnen zum *primären Hauptzweck* des Gesellschaftshandelns erhebt. Hierfür spricht zum einen der Gemeinwohl- bzw. Daseinsvorsorge-Bezug der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen. Zum anderen bestimmt der Satzungsentwurf für die Gesellschaft in § 2 Abs. 1 Satz 2, dass die Gesellschaft bei der Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben das öffentliche Interesse an der Bereitstellung der Bundesautobahnen für den Gemeingebrauch durch Nutzer berücksichtigt. Hier klingt deutlich an, dass die von der Gesellschaft zu treffenden Entscheidungen sich nicht nur an betriebswirtschaftlichen Kriterien etwa der Rendite oder Effizienz zu orientieren haben, sondern in bestimmtem Umfang auch am öffentlichen Interesse der Verfügbarkeit der Bundesautobahnen für den Gemeingebrauch.

(b) Entwickelter Wettbewerb

Unabhängig von dem voranstehend Gesagten ist die Gewinnerzielungsabsicht solange unbeachtlich, wie sich die betrachtete Einheit nicht strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer verhält, sich also mit der primären Absicht, Gewinne zu erzielen, in einem entwickelten Wettbewerb bewegt,

vgl. Günter, ZfBR 2008, 454 (455) m. w. N.

Besteht ein echter Wettbewerb, bedarf es der Anwendung des Kartellvergaberechts, das entscheidend durch den Wettbewerbsgrundsatz geprägt ist, nicht. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber sich

wegen des wirtschaftlichen Drucks der Marktmechanismen ohnehin wettbewerbskonform verhalten würde,

> *vgl. Krohn/Schneider, in: Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 3 Rn. 37; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB, Rn. 55.*

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird eine exklusive Aufgabe erfüllen. Nur sie allein soll Aufgaben des Bundes im Zusammenhang mit Verwaltung der Bundesautobahnen erfüllen. Zwar gibt es private Unternehmen, die Teile der Leistungen Planung und Bau sowie Betrieb von Bundesautobahnen übernehmen könnten, damit geht jedoch nicht die vollständige Wahrnehmung von Aufgaben einher, die dem Bund als gesetzlichen Straßenbaulastträger der Bundesautobahnen zugewiesen sind. Vor diesem Hintergrund ist in vergaberechtlicher Hinsicht bereits fraglich, ob überhaupt eine **Marktrelevanz** für die vom Bund bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nachgefragten Leistungen besteht (vergleiche hierzu bereits unter Abschnitt D.III.6.c)aa)(3)(a) [ab Seite 299]).

(c) Exkurs: Bisherige Privatisierungsvorgänge

Aus der rechtlichen Betrachtung von Privatisierungsvorgängen in der Vergangenheit haben sich verschiedene Kriterien herausgebildet, die der Abgrenzung dienen, ob die neue Gesellschaft als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 GWB anzusehen ist. Dabei kommt dem Kriterium der **Nichtgewerblichkeit** maßgebliche Bedeutung zu. Denn dort, wo ehemals durch die öffentliche Hand wahrgenommene im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nach der Privatisierung einem reellen Wettbewerb ausgesetzt sind, wird ganz überwiegend die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber verneint.

(aa) DB Netz AG

Die DB Netz AG ist als Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG, welche als Holdinggesellschaft fungiert, für das Betreiben und Unterhalten der Bahninfrastruktur verantwortlich. Hierzu zählen die Schienenwege, die Betriebsanlagen, die Einrichtungen der Betriebsleittechnik, der Kommunikation und der elektrischen Fahrleitungen. Zu den Aufgaben der DB Netz AG zählt ferner die Unterhaltung der für den Bahnverkehr erforderlichen Tunnel und Brücken. Damit dient die DB Netz AG der Erfüllung des dem Bund

obliegenden Gemeinwohlauftrages gemäß Art. 87e Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 GG.

Bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben stehe die DB Netz AG in keinem etablierten Wettbewerb. Denn im Bereich des Ausbaus, der Unterhaltung und des Betriebs des Schienennetzes für Eisenbahnen besteht derzeit keine Bietervielfalt. Auch werden für den Ausbau und den Erhalt des Schienennetzes der DB Netz AG durch den Bund finanzielle Mittel bereitgestellt. Schließlich wird die DB Netz AG auch (mittelbar) vom Bund beherrscht. Daher ist sie als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB (§ 98 Nr. 2 GWB a. F.) anzusehen,

> *vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. November 2009, Az.: VII-Verg 41/09; VK Bund, Beschluss vom 30. November 2009, Az.: VK 2 - 195/09; VK Bund, Beschluss vom 4. Mai 2005, Az.: VK 2 - 27/05; VK Bund, Beschluss vom 21. Januar 2004, Az.: VK 2 - 126/03; Günther, ZfBR 2008, 454; Heiermann, BauR 1996, 443.*

(bb) Deutsche Post AG

Die Deutsche Post AG ist nicht mehr als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB anzusehen. Die Deutsche Post AG wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, mit der Briefbeförderung eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art vorzunehmen,

> *vgl. Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes, Beschluss vom 24. April 1998, Az.: 1 VÜ 15/98.*

Mit dem Ende der bis zum 31. Dezember 2007 bestehenden Exklusivlizenz zur Beförderung bestimmter Briefsendungen steht die Deutsche Post AG nun in einem **etablierten Wettbewerb** mit Dritten. Daher ist die Deutsche Post AG trotz Beherrschung durch den Bund nicht mehr als öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB anzusehen,

> *vgl. Weyand, ibr-online Kommentar, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB Rn. 129.*

(cc) Deutsche Telekom AG

Auch die Deutsche Telekom AG ist nicht als öffentlicher Auftraggeber i. S. d. Vergaberechts anzusehen. Zwar erfüllt die Deutsche Telekom AG ei-

nen Gemeinwohlauftrag zur Sicherstellung eines Mindestangebots von Telekommunikationsdienstleistungen,

> *vgl. § 2 der Verordnung zur Sicherstellung von Telekommunikationsdienstleistungen sowie zur Einräumung von Vorrechten bei deren Inanspruchnahme - Telekommunikations-Sicherstellungs-Verordnung - TKSiV.*

Dabei steht die Deutsche Telekom AG jedoch mit allen Telekommunikationsleistungen in einem **entwickelten Wettbewerb** mit Dritten. Daher übt sie keine nichtgewerbliche Tätigkeit aus und stellt keinen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB dar,

> *vgl. Weyand, ibr-online Kommentar, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB Rn. 132.*

(dd) DFS Deutsche Flugsicherung GmbH

Die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH ist hingegen als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB anzusehen. Im Auftrag des Bundes nimmt die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH Flugsicherungsaufgaben nach § 27c Abs. 2 LuftVG wahr. Diese Leistungen stellen eine **Gemeinwohlaufgabe** dar,

> *OVG Münster, Beschluss vom 26. Februar 2004, Az.: 20 B 2004/03.*

Die Aufwendungen hierfür werden durch die Erhebung von Gebühren, Erstattungen und sonstigen Einnahmen (zum Beispiel § 32 Abs. 4 LuftVG) gedeckt. Damit erfolgt eine Finanzierung ähnlich der Konstellation bei gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen einer gesetzlichen Gestattung zur Gebührenerhebung. Für die Erbringung von Leistungen im Bereich der Flugsicherung besteht auch **kein Markt**, so dass die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH im öffentlichen Interesse liegende Leistungen nichtgewerblicher Art erbringt. Es erfolgt ferner eine Finanzierung ihrer Tätigkeiten aus öffentlichen Mitteln. Damit ist die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB,

> *vgl. VK Bund, Beschluss vom 15. Februar 2005, Az.: VK 2 - 06/05.*

Zusammengefasst ist damit festzuhalten, dass sich die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in den ersten Phasen ihrer Geschäftstätigkeit nach dem gegenwärtigen Stand der Gestaltungsüberlegungen in einer mit der DFS

Deutsche Flugsicherung GmbH und der DB Netz AG vergleichbaren Marktsituation befinden wird. Die Einstufung ihrer Tätigkeiten als **nichtgewerblich** erscheint insoweit als schlüssig.

(d) Tragung des Insolvenzrisikos

Zudem wird eine gewerbliche Tätigkeit abgelehnt, wenn die ausführende Gesellschaft keinem **marktüblichen Verlustrisiko** unterliegt,

> *vgl. Weyand, ibr-online Kommentar, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB Rn. 56.*

Es kommt insoweit nicht mal darauf an, ob es einen offiziellen Mechanismus zum Ausgleich etwaiger Verluste gibt, sondern es genügt, dass der Staat eine etwaige Insolvenz verhindern würde,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2003, C-283/00, Slg. 2003, I-11697 „Kommission / Spanien" Rn. 91.; OLG Hamburg, Beschluss vom 31. März 2014, Az.: 1 Verg 4/13; Beschluss vom 25. Januar 2007, Az.: 1 Verg 5/06.*

Nach den gegenwärtigen Überlegungen zur Finanzierung der Gesellschaft in der Transformationsphase sowie in den Phasen 1 und 2 ihrer Geschäftstätigkeit ist vorgesehen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf Grundlage des mit dem Bund abzuschließenden Geschäftsbesorgungsvertrages Ausgleichszahlungen des Bundes erhält. Die GmbH trägt damit nicht selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit, wobei sich die Ausgleichszahlungen des Bundes aus haushaltsrechtlichen Erwägungen (Wirtschaftlichkeit) und in Abhängigkeit von ihrer beihilfenrechtlichen Verortung in ihrem Umfang ohnehin auf einen Unterdeckungsausgleich werden beschränken müssen, den ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen erzeugt (vgl. hierzu nachfolgend unter Abschnitt D.III.7. [ab Seite 365]). Dies gilt jedenfalls für die Transformationsphase sowie die Phasen 1 und 2 der Geschäftstätigkeit. Erst perspektivisch ist angedacht, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sich zunehmend über Nutzereinnahmen trägt. Solange die Gesellschaft nicht über ein für sich tragfähiges Geschäftsmodell verfügt, ist nicht anzunehmen, dass der für die Verwaltung der Bundesautobahnen zuständige Bund „seine" Gesellschaft in Zeiten angespannter Liquiditätslage bzw. hoher Verschuldung zahlungsunfähig bzw. überschuldet wird werden lassen. Die Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird somit aller Voraussicht nach eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar-

stellen. Die Gesellschaft selbst wird daher aller Voraussicht nach als Einrichtung öffentlichen Rechts im Sinne der Vergaberichtlinien einzuordnen sein.

(4) Besondere Staatsgebundenheit

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal für die Qualifizierung einer juristischen Person als öffentlicher Auftraggeber gem. § 99 Nr. 2 GWB ist, dass diese überwiegend durch den Staat durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert wird, dass die Leitung der Aufsicht des Staates unterliegt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs durch den Staat bestimmt worden sind. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass die Eigenschaft einer Einheit, öffentlicher Auftraggeber zu sein, nur dann angenommen werden kann, wenn eine enge Beziehung der juristischen Person zum Staat vorliegt. Dabei reiche es, wenn die drei Beherrschungsmerkmale alternativ vorliegen,

> *Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 GWB Rn. 48.*

Zu prüfen ist im Folgenden, ob eines dieser Tatbestandsmerkmale vorliegt.

(a) Überwiegende staatliche Finanzierung

Eine überwiegende staatliche Finanzierung im Sinne von § 99 Nr. 2 lit. a) GWB wird angenommen, wenn die öffentliche Finanzierung mehr als die Hälfte der Mittel des Unternehmens ausmacht,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007, C-337/06; VK Südbayern, Beschluss vom 27. März 2014, Az.: Z3-3-3194-1-01-01/14; siehe hierzu auch Erwägungsgrund Nr. 10 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014.*

Abzustellen ist insoweit auf die juristische Person insgesamt und nicht nur auf die einzelne von ihr durchgeführte Aufgabe,

> *vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17. März 2005, Az.: 1 Verg 3/05; VK Brandenburg, Beschluss vom 07. Dezember 2010, Az.: VK 60/10; Beschluss vom 11. März 2009, Az.: VK 7/09; Beschluss vom 07. April 2008, Az.: VK 7/08; VK Düsseldorf, Beschluss vom 18. Juni 2007, Az.: VK - 14/2007 - L; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 08. Mai 2007,*

Az.: 3 VK 04/07; VK Nordbayern, Beschluss vom 31. Juli 2014, Az.: 21.VK - 3194 - 25/14; Beschluss vom 23. Juli 2009, Az.: 21.VK - 3194 - 25/09; VK Südbayern, Beschluss vom 27. März 2014, Az.: Z3-3-3194-1-01-01/14.

Die überwiegende Finanzierung kann zum Beispiel auch darin bestehen, dass einem Unternehmen der ganz überwiegende Teil des Personals und der sachlichen Betriebsgrundlagen zur Verfügung gestellt wird,

vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. April 2003, Az.: VII Verg 67/02, NZBau 2003, 400, 404.

Auch unentgeltlich zur Verfügung gestellte Grundstücke sowie die öffentliche Förderung sind als öffentliche Finanzierung zu bewerten,

vgl. Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., 2009, § 98, Rn. 161.

Die in Abschnitt D.III.6.a)cc) (ab Seite 290) dargestellten Grundstrukturen einer künftigen Finanzierung der Gesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag (Zuweisung Lkw-Maut einerseits, Unterdeckungsausgleich im Übrigen andererseits) dürften die Anforderungen an nach § 99 Nr. 2 GWB einschlägige Finanzierungsformen erfüllen.

Zu prüfen ist jedoch, ob sich an dieser Betrachtung etwas ändert, wenn die Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Wesentlichen oder sogar – wie für Phase 3 angedacht – ausschließlich über die Nutzerfinanzierung der Bundesautobahn erfolgen würde. Hier könnte unter Bezugnahme auf einen Beschluss des BayObLG vertreten werden, dass aufgrund des **Dreiecksverhältnisses** zwischen Bund, Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und Nutzern die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft das Entgelt nicht vom Bund, sondern durch die Nutzer erhält und die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft damit nicht vom Bund finanziert wird,

„Die Finanzierung erfolgt vielmehr durch die Beiträge der Solidargemeinschaft und sonstige Einnahmen (vgl. § 220 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Zwar werden teilweise Beiträge durch den Bund geleistet, welcher für Wehrdienst- oder Zivildienstleistende sowie Bezieher von Arbeitslosenhilfe diese Verpflichtung übernommen hat (§ 251 Abs. 4 SGB V). Diese Zahlungen sind aber keine Finanzierung der Krankenkassen, sondern die den Bund als Arbeitgeber treffende Pflicht zur Beitragszahlung. Soweit der Bund den gesetzlichen Krankenkassen Mittel zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen für versicherungsfremde Leistungen zur Verfügung stellt (§ 221 Abs. 1

SGB V), dient dies gleichfalls nicht der Finanzierung der Krankenkassen als solcher, sondern der Vergütung von Leistungen, welche an sich nicht zu dem Aufgabenfeld der Krankenkassen zählen. Zudem würde die überwiegende Finanzierung einzelner Aufgaben nicht genügen. Abzustellen ist vielmehr auf die Finanzierung der juristischen Person insgesamt (vgl. BayObLG Beschluss vom 10.9.2002, Az.: Verg 23/02, BayObLGZ 2002, 291 = VergabeR 2003, 94; Immenga/Mestmäcker GWB 3. Aufl. § 98 Rn. 45; Boesen § 98 Rn. 65; Dreher DB 1998, 2579/2583; Byok/Jaeger/Werner § 98 Rn. 262 und 263; VK Baden-Württemberg Beschluss vom 10.8.2000, Az.: 1 VK 17/00). Dieses Ergebnis entspricht auch dem Wortlaut des § 98 Nr. 2 GWB. Im Gegensatz zu § 98 Nr. 5 stellt Nr. 2 nicht auf das Aufgabengebiet, sondern auf den Rechtsträger als solchen ab. Die Einnahmen aus dem Finanzausgleich (§ 265 SGB V) und dem Risikostrukturausgleich (§ 266 SGB V), welche eine gleichmäßige Belastung der Krankenkassen zum Ziel haben, stammen nicht von Gebietskörperschaften, sondern letztlich aus dem Beitragsaufkommen der Versicherten"; so BayObLG, Beschluss vom 11. Mai 2004, Az.: Verg 6/04.

Allerdings ist diese Rechtsauffassung überholt. Sowohl für Krankenkassen als auch für Rentenversicherungsträger ist entschieden, dass trotz des sozialversicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnisses zwischen Krankenkassen, Versicherten und Leistungserbringern eine Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber vorliegt,

vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, C-300/07, Slg. 2009, I-04779 ,"Hans & Christophorus Oymanns"; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01. August 2012, Az.: Verg 15/12; BayObLG, Beschluss vom 21. Oktober 2004, Az.: Verg 17/04.

So führt die VK Bund in ihrem Beschluss vom 09. Mai 2007, Az.: VK 1-26/07 aus:

„Unter die Finanzierung im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB fallen nicht nur direkte Zuwendungen des Staates, vielmehr reicht es bereits aus, wenn diese Zahlungen kraft Gesetzes über Beitragszahlungen der Bürger und der Arbeitgeber, die die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung aufbringen, garantiert werden. Letztlich macht es keinen Unterschied, ob die Gebietskörperschaften selbst die Beiträge einziehen und sie danach an die betreffenden Krankenkassen übergeben - in diesem Fall läge eine Finanzierung im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB unzweifelhaft vor - oder ob den Krankenkassen unmittelbar das Recht zur Gebührenerhebung eingeräumt wird. Nach

dem Zweck des § 98 Nr. 2 GWB sollen alle Einrichtungen erfasst werden, die sich aus öffentlichen Mitteln finanzieren und die dabei nicht den Gesetzen des Marktes unterliegen.“

Auch wenn die Entscheidungen zu der Eigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB a. F. in erster Linie die Frage behandeln, in welchem Umfang staatliche Einflussnahmemöglichkeiten bei Krankenkassen und Rentenversicherungsträgern bestehen, wird inzident auch die Finanzierung durch die öffentliche Hand im Rahmen von Dreiecksverhältnissen bejaht.

Zusammengefasst ist es in vergaberechtlicher Hinsicht unerheblich, ob die Finanzmittel den öffentlichen Haushalt durchlaufen haben und der Staat die Gebühr zunächst einzieht und die Einnahmen dann den öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zur Verfügung stellt, oder ob der Staat diesen das Recht einräumt, die Gebühren selbst einzuziehen,

Kulartz/Kus/Portz, a. a. O., § 98 Rn. 158, 161; EuGH, Rundfunkanstalten, Urteil vom 13. Dezember 2007, C 337/06, NZB aus 2008, 130, 133 f; siehe insoweit auch Erwägungsgrund Nr. 10 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014.

Das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage, die private Dritte zur Zahlung von Gebühren oder Beiträgen verpflichtet, ist zur Annahme des Tatbestandsmerkmals der Finanzierung durch den Staat bzw. die Gebietskörperschaften ausreichend,

vgl. Weyand, ibr-online Kommentar, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB Rn. 86.

Es ist ohne Bedeutung, ob die Gebietskörperschaften selbst die Gebühren einziehen und sie danach an die betreffenden Einrichtungen auskehren, oder den Einrichtungen unmittelbar das Recht zur Gebührenerhebung eingeräumt wird,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2006, Az.: VII - Verg 13/06; im Ergebnis ebenso EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, C-300/07, Slg. 2009, I-04779, „Hans & Christophorus Oymanns“.

Auch wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgrund eines ihr etwa eingeräumten Dispositionsnießbrauchs am Aufkommen aus der Lkw-Maut bereits in den Phasen 1 und 2 über ein entsprechendes Einziehungsrecht

und gegenüber der Bundesrepublik Deutschland über einen vertraglichen Anspruch auf ein Geschäftsbesorgungsentgelt verfügt, dürfte die Gesellschaft als überwiegend von der Gebietskörperschaft Bund „finanziert“ anzusehen sein.

Fraglich ist, ob eine andere Bewertung zu erfolgen hat, wenn perspektivisch die **Beteiligung von privatem Kapital** vorgesehen ist. Da es bei dem Tatbestandsmerkmal der Finanzierung auf den jeweils gegenwärtigen Stand ankommt,

> *vgl. Krohn/Schneider, in: Handbuch des Vergaberechts, 1. Auflage 2014, § 3 Rn. 42; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 98 GWB, Rn. 83,*

ist vor dem Hintergrund einer etwaigen Veräußerung von Geschäftsanteilen an Private in der Zukunft derzeit keine andere Beurteilung geboten.

Zusammenfassend besteht kein Zweifel, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in den ersten Phasen ihrer Geschäftstätigkeit öffentlich bzw. durch eine Stelle nach § 99 Nr. 1 GWB, nämlich den Bund, finanziert ist. Sie wird dies bei Anwendung der durch die Rechtsprechung für die gesetzlichen Krankenkassen vertretenen Maßstäbe auch in den späteren Phasen bleiben, wenn die Nutzerfinanzierung vervollständigt ist.

(b) Aufsicht über die Leitung

Gemäß § 99 Nr. 2 lit. b) GWB ist für die Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals der besonderen Staatsgebundenheit alternativ erforderlich und ausreichend, dass die Leitung der Gesellschaft einer staatlichen Aufsicht unterliegt. Dieses Kriterium gilt nach dem Zweck der Richtlinie dann als erfüllt, wenn die öffentliche Hand durch ihre Aufsicht das **Vergabeverhalten** des Unternehmens beeinflussen kann. Ein konkreter Einfluss auf einzelne Beschaffungsverfahren ist hierfür nicht notwendig,

> *EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007, Rs. C-337/06, „Rundfunkanstalten“, NZBau 2008, 130, 133.*

Es reiche aus, wenn strukturell die Möglichkeit bestehe, dass die Gesellschaft sich durch andere als wirtschaftliche Erwägungen leiten lasse,

> *EuGH, „Rundfunkanstalten“, a. a. O.*

Im Einzelnen ist für die Beurteilung, ob die Leitung unter staatlicher Aufsicht steht, eine Beurteilung der **gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse** erforderlich. Grundsätzlich kann von einer staatlichen Aufsicht über die Leitung ausgegangen werden, wenn der öffentliche Sektor mehr als 50% der Gesellschaftsanteile hält,

> *Kulartz/Kus/Portz, a. a. O., § 98 Rn. 166.*

Auch wenn ein Beherrschungsvertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossen ist, wird das Merkmal der Aufsicht als erfüllt anzusehen sein,

> *OLG Hamburg, Messegesellschaft Hamburg, Az.: VergR 2007, 358, 361; Kullarts/Kurs/Ports, a. a. O., § 98 Rn. 170.*

Umfassende Kontrollmaßnahmen im Rahmen der **Fach- und/oder Rechtsaufsicht** können im Einzelfall ausreichen, um eine staatliche Aufsicht über die Leitung der Gesellschaft im Sinne des § 99 Nr. 2 lit. b)GWB zu begründen,

> *vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 98 GWB Rn. 102 m. w. N.*

Vorliegend ist nicht vorgesehen, dass die Geschäftsanteile an der Gesellschaft ausschließlich durch private Dritte gehalten werden. Insoweit kann davon ausgegangen werden, dass die Beteiligung des Bundes an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft so bedeutend bleibt, dass dieser als Gebietskörperschaft im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile hält. Über das ihm zustehende Weisungsrecht kann der Bund im Grundsatz auch das Beschaffungsverhalten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft beeinflussen.

Hieran ändert auch die gemäß §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1, 2 des Mitbestimmungsgesetzes (MitBestG) erforderliche **Mitbestimmung im Aufsichtsrat** der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nichts. Auf die Ausführungen zur mitbestimmten GmbH als kontrollierter Einheit (vgl. dazu unter Abschnitt D.III.6.c)dd)(3)(b)(bb) [ab Seite 330] wird insoweit Bezug genommen.

(c) Bestimmung der Geschäftsführung oder der Aufsicht

Alternativ ist das Kriterium der besonderen Staatsgebundenheit gemäß § 99 Nr. 2 lit. c) GWB erfüllt, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder der Ge-

schäftsführung oder der zur Aufsicht berufenen Organe staatlich bestimmt worden sind.

Umfasst sind die gesetzlichen Vertretungs- und Aufsichtsorgane, bei einer GmbH also zunächst die Geschäftsführung. Auch obligatorisch eingerichtete Aufsichtsgremien fallen unter diese Vorschrift,

Kulartz/Kus/Portz, a. a. O., § 98 Rn. 180.

Für die Erfüllung des Beherrschungskriteriums reicht es aus, wenn die Mehrheit der Mitglieder der Geschäftsführer oder des Aufsichtsorgans von dem öffentlichen Auftraggeber bestellt werden.

(aa) Geschäftsführung

Vorliegend ist erforderlich, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mindestens zwei Geschäftsführer hat. Das Mitbestimmungsgesetz fordert neben dem Arbeitsdirektor einen weiteren Geschäftsführer,

§ 33 MitBestG.

Die Bestellung der Geschäftsführer und des Arbeitsdirektors erfolgt durch den obligatorischen Aufsichtsrat. Dabei ist durch §§ 31, 27, 29 MitBestG sichergestellt, dass sich die Anteilseigner bei der Bestellung des Geschäftsführers durchsetzen können. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass über die staatliche Allein- bzw. Mehrheitsbeteiligung an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mittelbar auch die Bestellung der Geschäftsführer und des Arbeitsdirektors erfolgt. Insoweit ist das Kriterium, dass mehr als die Hälfte der Mitglieder zur Geschäftsführung durch den öffentlichen Auftraggeber bestimmt werden, hiermit erfüllt.

(bb) Aufsichtsrat

Es ist davon auszugehen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wegen der Anzahl ihrer Arbeitnehmer mitbestimmt ist. Insoweit ist obligatorisch ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzusetzen. Dieser besteht regelmäßig aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer.

Die Wahl der Anteilseignervertreter erfolgt regelmäßig durch die Gesellschafterversammlung. Entsprechendes ist auch in dem für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgesehenen Satzungsentwurf festgelegt. Die Wahl

der Arbeitnehmervertreter regelt sich allerdings zwingend nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes. Somit stellt der Staat nicht die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrates. Allerdings besteht über die Anteilseignerschaft seitens des Staates die Möglichkeit, dass sich die Anteilseigner im Aufsichtsrat durchsetzen: Gemäß § 29 Abs. 2 MitBestG besteht ein Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden, dessen Wahl gemäß § 27 Abs. 2 MitBestG den Anteilseignervertretern vorbehalten ist. Im Einzelnen ist auf die entsprechenden Ausführungen oben unter Ziffer D.III.6.c)dd)(3)(b)(bb) (ab Seite 330) zu verweisen.

Da es jedoch um die Frage geht, ob

> *„mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer (...) zur Aufsicht berufenen Organe“*

durch den Bund bzw. durch eine Stelle nach § 99 Nr. 1 GWB bestimmt werden, ist auf die rein zahlenmäßige Besetzung des Gremiums abzustellen. Danach ist das gem. § 99 Nr. 2 lit. c) Alt. 2 GWB geregelte Leitungskriterium hinsichtlich des Aufsichtsrates im Falle der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht gegeben. Da von den in § 99 Nr. 2 lit. a) bis c) GWB geregelten Kriterien überdies nur eines vorliegen muss, um die Eigenschaft der vom Bund finanzierten Gesellschaft als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB zu begründen, ist das allerdings unerheblich.

(d) Zwischenergebnis

Mit weit überwiegenden Argumenten wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf Grundlage der hier getroffenen Annahmen (dazu Abschnitt D.III.6.a) [ab Seite 289] als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB anzusehen sein. Der rechtliche Befund mag sich perspektivisch ändern, sofern im Rahmen der Phase 3 nach Maßgabe entsprechender Weichenstellungen des Bundesgesetzgebers ggf. privates Beteiligungskapitel in die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eingebracht würde.

bb) Öffentlicher Auftrag

Weitere Voraussetzung ist, dass die mit den privaten Dritten zu schließenden Dienstleistungs- und Werkverträge jeweils einen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 GWB darstellen.

Öffentliche Aufträge sind – wie bereits unter c)aa)(3) ausführlich dargestellt – gemäß § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Sofern also die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Aufträge über die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Liefer- und Dienstleistungen an Drittunternehmen vergeben möchte, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass hierin – vorbehaltlich einer abweichenden Gestaltung im Einzelfall – ein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB zu sehen ist.

(1) Beschaffung von Leistungen

Voraussetzung für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist zunächst, dass der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber Leistungen beschafft.

Sofern also aktiv Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen „**am Markt**“ nachfragt werden, liegt ein Beschaffungsvorgang im Sinne des Vergaberechts vor,

> *vgl. Dietlein/Fandrey in: Gabriel / Krohn / Neun (Hrsg.) Handbuch des Vergaberechts, 2014, § 4 Rn. 35 mit weiteren Nachweisen in Fn. 61.*

Eine solche Leistung kann in der Beauftragung von Drittunternehmen mit der Erbringung Bau- oder Planungsleistungen für den Straßenbau liegen. Aber auch die Beauftragung mit Dienstleistungen wie etwa aus dem IT-Bereich, der Erbringung von Verwaltungsaufgaben oder auch Reinigungsleistungen kann einen Beschaffungsvorgang darstellen. Hier ist ebenfalls im konkreten Einzelfall das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu untersuchen. Es ist jedoch von dem Grundsatz auszugehen, dass in der Beauftragung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit der Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen durch Dritte ein Beschaffungsvorgang im Sinne des Vergaberechts liegt.

(2) Entgeltlicher Vertrag

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist, dass es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt. Sofern für die Erbrin-

gung der jeweiligen Leistung ein Entgelt gezahlt oder eine sonstige geldwerte Leistung gewährt wird, ist wegen des weit zu verstehenden Entgeltbegriffs (vgl. hierzu oben unter c)aa)(3)(b)) hierin ein entgeltlicher Vertrag im Sinne des Vergaberechts zu sehen. Es ist davon auszugehen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft private Drittunternehmen marktüblich für die von diesen zu erbringenden Leistungen vergüten wird. Insoweit wäre ein entgeltlicher Vertrag gegeben.

(3) Überschreitung der Schwellenwerte

Wenn und soweit der Auftragswert der einzelnen Beauftragungen die maßgeblichen Schwellenwerte übersteigt, ist das Kartellvergaberecht auf von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vergebene Aufträge anwendbar.

cc) Zwischenergebnis

Im Falle ihrer Gründung ist die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als GmbH eine juristische Personen des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, die Bundesautobahnverwaltung und damit eine im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Die Gesellschaft würde überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert, ihre Leitung würde der Aufsicht durch den Bund unterliegen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wäre damit **öffentlicher Auftraggeber** im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB.

Die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Rahmen der Verwaltung der Bundesautobahnen mit privaten Unternehmen geschlossenen Dienstleistungs- oder Werkverträge stellten regelmäßig einen **öffentlichen Auftrag** gemäß § 103 GWB dar.

Wenn und soweit der Auftragswert der Verträge der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit privaten Dritten die maßgeblichen **Schwellenwerte** überstiege, wäre das Kartellvergaberecht anwendbar. Unterhalb der Schwelle wäre die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht klassischer öffentlicher Auftraggeber. Das Haushaltsvergaberecht wäre von der Gesellschaft mithin nicht anzuwenden (vgl. §§ 112 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 105 Abs. 2 BHO), wenn nicht das Errichtungsgesetz für die Gesellschaft Gegenteiliges vorsieht.

Ausnahmsweise kann die Gesellschaft das Unterschwellenvergaberecht auch als nicht klassischer öffentlicher Auftraggeber anzuwenden haben, wenn sie als Zuwendungsempfänger hierzu entsprechend verpflichtet wird. Ob die unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag vorgesehene (Teil-) Finanzierung aus Haushaltsmitteln einer Zuwendung in der Sache gleichzustellen ist bzw. ob die Gesellschaft durch den Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Bund zur Anwendung des Haushaltsvergaberecht zu verpflichten ist, kann gesondert geprüft werden, sobald der Bund mit der Vorbereitung des Vertrages beginnt. Unabhängig von der Geltung des Haushaltsvergaberechts wird die Gesellschaft auch unterhalb der Schwellenwerte zu prüfen haben, ob und in welchem Umfang die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Öffentlichkeit zu beachten sind, weil die Gesellschaft im Einzelfall Aufträge von grenzüberschreitendem Interesse vergibt. Der EuGH hat in gefestigter Rechtsprechung aus dem **primären Europarecht** (AEUV und EUV) Grundsätze und Mindestanforderungen abgeleitet, die für seitens der öffentlichen Hand durchzuführende Vergabevorgänge aller Art und damit insbesondere auch für die Vergabe von **Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte** Geltung beanspruchen,

> *vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 16. April 2015, Rs. C-278/14.*

e) Ergebnis

Die Wahrnehmung von Aufgaben der Bundesautobahnenverwaltung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Auftrag des Bundes auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages unterliegt grundsätzlich dem Kartellvergaberecht. Allerdings ist mit guten Argumenten vertretbar, dass die Grundsätze der *inhouse*-Vergabe gemäß § 108 Abs. 1 GWB einschlägig sind und insoweit die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts entzogen ist. Die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes steht dem nicht entgegen. Die Zulässigkeit der *inhouse*-Vergabe wäre im Zuge der Phase 3 gefährdet, sofern an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft private Dritte beteiligt werden sollten. Sofern die private Kapitalbeteiligung nicht – etwa im Errichtungsgesetz – im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB gesetzlich vorgeschrieben sein sollte, und die Privaten einen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person erhalten sollten, würde das Inhouse-Privileg entfallen. Soweit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab Phase 3 noch entgeltliche Leistungen für den Bund erbringt, ist die verga-

berechtliche Statthaftigkeit dieses Leistungsbezugs anderweitig abzusichern. In Betracht kommen insoweit Ausschließlichkeitsrechte der Gesellschaft. Rechtzeitig vor einer etwaigen Aufgabe des *inhouse*-Privilegs nach Maßgabe politischer oder gesetzgeberischer Entscheidungen – sei es durch Umwandlung der Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft, oder sei es durch die Veräußerung von Geschäftsanteilen (der GmbH) an private Dritte – empfiehlt sich eine Überprüfung der sich daraus ergebenden vergaberechtlichen Folgen. Der Geschäftsbesorgungsvertrag ist zumindest in den ersten Phasen als öffentlicher Auftrag anzusehen. Sollte das Betriebsrisiko jedoch im Zuge der weiteren Phase in ganz wesentlichen Teilen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen, läge eine Dienstleistungskonzession vor. Art und Umfang der Übertragung des Betriebsrisikos werden sich maßgeblich aus der Ausgestaltung des Geschäftsbesorgungsvertrages ergeben. Die Konzessionsvergabeverordnung findet jedenfalls für die Leistungserbringung in der Transformationsphase sowie den Phasen 1 und 2 keine Anwendung. Ob bei vollständiger Nutzerfinanzierung der Bundesautobahnen, die im Rahmen der Phase 3 angestrebt ist, die Konzessionsvergabeverordnung anwendbar ist, beurteilt sich nach der Ausgestaltung des Errichtungsgesetzes, der Satzung sowie des Geschäftsbesorgungsvertrages im Hinblick auf den Umfang des Übergangs des Betriebsrisikos auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist als öffentlicher Auftraggeber in Sinne des § 99 Nr. 2 GWB anzusehen. Wenn und soweit der Auftragswert der Verträge der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit privaten Dritten die maßgeblichen europäischen Schwellenwerte übersteigt, ist der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet. Perspektivisch könnte die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber entfallen, sollte nach Maßgabe gesetzgeberischer Entscheidungen eine Beteiligung privater Dritter in einem Umfang erfolgen, welcher eine öffentliche Beherrschung bzw. Finanzierung im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB in Frage stellt.

7. Beihilfenrechtliche Verortung der Geschäftstätigkeit

Das für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Raum stehende Geschäftsmodell kann im Verlauf seiner Entwicklung unter verschiedenen Aspekten in das Blickfeld des Beihilfenrechts gelangen. Unter dem Gesichtspunkt in beihilfenrelevanter Weise gewährter *Begünstigungen* in den Blick zu nehmen wäre zum Beispiel der Umstand, dass der Bund seine Straßenbaulastaufgaben auf der Grundlage einer möglicherweise „exklusiven“ ver-

traglichen Rechtsbeziehung nur der Gesellschaft, nicht aber Dritten zur Erledigung überlässt,

> *vgl. zur „Exklusivität" der Rechtsbeziehung zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bereits unter Abschnitt D.III.6.c)bb)(2)(b) (ab Seite 318).*

Ferner würde die Gesellschaft für die Erbringung ihrer Leistungen vergütet werden, und zu diesem Zweck würden der Gesellschaft das Aufkommen aus der Lkw-Maut sowie weitere Haushaltsmittel zugewiesen werden. Auch die konkreten Regelungen zur Abgrenzung und Anlastung der Kosten für zu übernehmendes bzw. einzusetzendes Personal können beihilfenrechtlich relevant sein. Bei diesem Ausgangsbefund durchaus bestehender Anknüpfungspunkte für eine beihilfenrechtliche Würdigung der geplanten Geschäftstätigkeit der Gesellschaft sollen im Folgenden zunächst der Tatbestand der europäischen Beihilfe sowie damit im Zusammenhang stehende verfahrensrechtliche Fragen in den Blick genommen werden [nachfolgend a)]. Die anschließenden Überlegungen dienen einer ersten Einordnung der Gesellschaft aus beihilfenrechtlicher Sicht, soweit eine solche noch vor der Gründung der Gesellschaft und noch vor dem Vorliegen der wesentlichen Gesellschaftsdokumente (zum Beispiel des Geschäftsbesorgungsvertrages) möglich ist [nachfolgend b) und c)]. Das die beihilferechtlichen Überlegungen zusammenfassende Ergebnis umfasst zugleich Anregungen im Hinblick auf die gegenüber der Europäischen Kommission (im Folgenden „Kommission") einzuschlagende Kommunikationsstrategie [nachfolgend d)].

a) Beihilfenrechtlicher Maßstab

aa) Tatbestand der Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV

Art. 107 Abs. 1 AEUV definiert den Tatbestand der staatlichen Beihilfen als

> *„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, (...) soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen".*

Aus dieser im europäischen Primärrecht verankerten Legaldefinition der Beihilfe lassen sich im Einzelnen die folgenden Tatbestandsmerkmale ableiten:

- Vorliegen eines Unternehmens,
- Zurechenbarkeit der begünstigenden Maßnahme zum Staat,
- Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln,
- Gewährung eines Vorteils,
- Selektivität der Maßnahme sowie
- Auswirkungen der Maßnahme auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

Diese Tatbestandsmerkmale sind im Rahmen der Modernisierung des EU-Beihilfenrechts (*State Aid Modernisation*) jüngst durch die **Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe** (im Folgenden „KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff") ausführlich erläutert worden,

vgl. ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, Seite 1.

In der KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff führt die Kommission aus, wie sie ausgehend von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichthofs und des Gerichts der Europäischen Union Art. 107 Abs. 1 AEUV versteht. Bei Fragen, mit denen sich die Unionsgerichte noch nicht befasst haben, legt die Kommission ferner dar, wie der Begriff der staatlichen Beihilfe ihres Erachtens auszulegen ist. Auch wenn das „letzte Wort" bei der Auslegung des objektiven Rechtsbegriffs der Beihilfe bei der Rechtsprechung der Unionsgerichte liegt, sind die Ausführungen der Kommission in der KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff für Einschätzung und Bewertung der Kommissionspraxis von erheblicher Bedeutung. Deswegen wird auf die KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff bei der näheren Auseinandersetzung mit den für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft relevanten Tatbestandsmerkmalen zurückzukommen sein.

bb) Freistellungsbestimmungen

Wenn die genannten Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt sind, dann ist es rechtswidrig, die Beihilfe ohne vorherige Genehmigung durch die Kommission zu gewähren, es sei denn, es gilt eine sog. Freistellung. Im Hinblick auf diese Freistellung hat die Kommission Gruppen

von Beihilfen festgelegt, bei denen das Notifizierungsverfahren (dazu sogleich) vermieden und eine Genehmigung gewissermaßen stillschweigend vorausgesetzt werden kann. Dazu zählen im Bereich der gewerblichen Wirtschaft die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO), die allgemeine De-minimis-Verordnung sowie im Bereich der Dienstleistungen im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine spezielle De-minimis-Verordnung und der sog. DAWI-Freistellungsbeschluss. Diese Verordnungen bzw. dieser Beschluss wurden von der Kommission auf Basis des Art. 107 Abs. 3 AEUV verabschiedet und gestatten die Gewährung bestimmter Formen von mit dem Vertrag zu vereinbarenden Beihilfen ohne vorherige Anmeldung, allerdings vorbehaltlich der Erfüllung detaillierterer Anforderungen. Hierzu zählen etwa Berichtspflichten und die Einhaltung der jeweiligen Beihilfehöchstintensitäten.

cc) Rechtsgrundlagen für die Genehmigung von Beihilfemaßnahmen

Staatliche Beihilfen, die keiner Freistellung unterliegen, können vor allem durch die Regelungen in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie weitere spezielle Rechtsgrundlagen des AEUV genehmigt werden.

Art. 107 Abs. 2 AEUV legt bestimmte Beihilfekategorien fest, die der AEUV automatisch als mit dem Binnenmarkt vereinbar betrachtet. Die Genehmigung dieser Beihilfemaßnahmen steht nicht im Ermessen der Kommission. Allerdings sind Fälle, die die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 2 AEUV erfüllen, in der Praxis ausweislich des Handbuchs über staatliche Beihilfen des BMWi eher selten,

> *vgl. Handbuch über staatliche Beihilfen, Handreichung für die Praxis von BMWi-EA6, Stand: Januar 2016, Seite 13 abrufbar unter http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/beihilfenkontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf; zuletzt abgerufen am 12. Oktober 2016.*

Des Weiteren regelt **Art. 107 Abs. 3 AEUV** Beihilfekategorien, die als zulässig angesehen werden *können*. Unterfällt eine Beihilfemaßnahme einer der in Art. 107 Abs. 3 AEUV niedergelegten Fallgruppen, so kann diese als mit dem Vertrag vereinbar angesehen werden. Die diesbezügliche Bewertung liegt – im Unterschied zu Art. 107 Abs. 2 AEUV – allerdings im Ermessen der Kommission.

Darüber hinaus enthält der AEUV auch außerhalb seines Art. 107 weitere spezifische Rechtsgrundlagen für die Genehmigung von Beihilfemaßnahmen. Vor dem Hintergrund des besonderen Geschäftsmodells der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von Relevanz sein könnten dabei vor allem Art. 93 AEUV (Beihilfen für öffentliche Verkehrsdienste) sowie Art. 106 Abs. 2 AEUV (Beihilfen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse),

> *vgl. näher zu diesen Genehmigungsgrundlagen unter Abschnitt D.III.7.c) (ab Seite 443).*

dd) Beihilfenrechtliches Verfahren

Vor dem Hintergrund des nachfolgend zu skizzierenden beihilferechtlichen Verfahrens und seiner Anforderungen sollte sich die Ausgestaltung des Geschäftsmodells für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft idealerweise an dem Ziel orientieren, den Tatbestand der Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV erst gar nicht zu erfüllen (sog. „*no aid*“),

> *vgl. die diesbezügliche allgemeine Empfehlung des Handbuchs über staatliche Beihilfen des BMWi, Seite 11.*

Denn auch wenn eine tatbestandlich gegebene Beihilfe grundsätzlich mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt – und damit genehmigt – werden kann, werden bereits an das Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe und das Fehlen einer der zuvor genannten Freistellungsmöglichkeiten verfahrensrechtliche Folgerungen geknüpft:

(1) Notifikationspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor und ist keine Freistellung der tatbestandlichen Beihilfe einschlägig, so greift die **Notifikationspflicht** des Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV, d. h. der Mitgliedstaat (hier also die Bundesrepublik Deutschland) ist verpflichtet, die beabsichtigte Maßnahme vorab bei der Europäischen Kommission anzumelden.

Der Kommission obliegt es dann, im sog. Vorprüfverfahren zu klären, ob die Beihilfe – sofern eine solche tatbestandlich tatsächlich vorliegt – im Sinne von Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist oder auf der Grundlage von Art. 93 oder Art. 106 Abs. 2 AEUV ge-

nehmigt werden kann. Das Vorprüfverfahren dauert nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EU) 2015/1589 vom 13. Juli 2015,

> *vgl. ABl. L 248 vom 24. September 2015, Seite 9 – im Folgenden „**Beihilfenverfahrensverordnung**“ oder „**VVO**“,*

zwei Monate (sog. Lorenzfrist), wobei diese Frist allerdings erst zu laufen beginnt, wenn die Kommission die Anmeldung als „vollständig“ erachtet. Die Anmeldung gilt als vollständig, wenn die Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der Anmeldung – oder nach Eingang der von ihr ggf. angeforderten zusätzlichen Informationen – keine weiteren Informationen anfordert. Die Dauer des Prüfverfahrens vor der Kommission ist in der Praxis mithin schwer kalkulierbar. Die Kommission kann die zweimonatige Entscheidungsfrist durch (ggf. mehrere) Informationsanforderungen und Erläuterungsbitten (*letters of request*) gegenüber der Bundesregierung faktisch beliebig verlängern.

Inhaltlich prüft die Kommission, ob die Voraussetzungen der Tatbestandsebene vorliegen, also, ob es sich tatsächlich um eine verbotene Beihilfe handelt. Ist das der Fall, prüft die Kommission auch, ob die Beihilfe ausnahmsweise nach Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV bzw. gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt ist. Hat die Kommission Schwierigkeiten, die Beihilfe zu beurteilen, eröffnet sie das sog. Hauptprüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV. Im Hauptprüfverfahren wird die Prüfung dann durch weitere eingeholte Auskünfte und Stellungnahmen vervollständigt. Eine Beihilfe kann auch in dieser Phase – trotz anfänglicher Zweifel der Kommission – noch genehmigt werden. Hat die Kommission solche ernsthaften Schwierigkeiten nicht (weil sie zu dem Schluss gelangt, dass die angemeldete Maßnahme entweder keine Beihilfe darstellt oder aber keinen Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt), entscheidet sie, das Hauptprüfverfahren nicht zu eröffnen.

(2) Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

Des Weiteren darf der Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission nicht durchführen (sog. **Durchführungsverbot**). Bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV drohen erhebliche Konsequenzen. Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,

vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2003, Az.: V ZR 314/02, juris Rn. 13 ff.; BGH, Urteil vom 20. Januar 2004, Az.: XI ZR 53/03, juris Rn. 17,

wird das Durchführungsverbot als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB angesehen mit der Folge, dass die einer etwaigen Beihilfe unter Umständen zugrunde liegenden Verträge (im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft also ggf. der Geschäftsbesorgungsvertrag) im Zweifel insgesamt nichtig sind und rückabgewickelt werden müssten. Hinzu kommt, dass die Kommission die Rückforderung von etwaigen rechtswidrig gewährten Beihilfen zuzüglich Zinsen anordnen kann,

vgl. Art. 16 und – hinsichtlich der einstweiligen Rückforderung – Art. 13 Abs. 2 VVO.

Die Kommission kann im Hinblick auf vermeintlich rechtswidrige Beihilfen aufgrund einer Beihilfebeschwerde tätig werden, die zum Beispiel ein sich benachteiligt fühlendes Unternehmen eingelegt hat, oder einen Vorgang auch von Amts wegen aufgreifen. Darüber hinaus können sich betroffene Wettbewerber gegen unzulässige Beihilfemaßnahmen auch vor deutschen Gerichten auf zivilrechtliche und wettbewerbsrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche berufen. Das Durchführungsverbot stellt nach herrschender Auffassung eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG dar, weil es zumindest auch die Funktion hat, gleiche Voraussetzungen für die auf dem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen,

vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az.: I ZR 213/08, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az.: I ZR 136/09, juris Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 209/09, juris Rn. 20, 35; vgl. überdies zu beihilfenrechtlichen Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010, Az. 3 C 44/09, juris Rn. 13.

(3) Informelle Vorab-Kontaktaufnahme

Nach unserer Auffassung wird es vermutlich nicht „die eine“ rechtssichere Ausgestaltung des sich im Laufe der Zeit wandelnden Geschäftsmodells der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Abschirmung beihilferechtlicher Risiken geben können. Um etwa die Vergütungszahlungen an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht bei der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV anmelden zu müssen und damit dem Durch-

führungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu unterliegen, sollten die Spielräume ausgelotet werden, die bestehen, um etwa durch eine entsprechende Ausgestaltung der vorgesehenen Ausgleichszahlungen unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag bereits den Tatbestand der Beihilfe auszuschließen bzw. nachteilige Rechtsfolgen einer beihilfenrechtlich unreflektierten Gestaltung zu vermeiden. Da aber derzeit noch nicht absehbar ist, ob und inwieweit die Kommission einer für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Einzelnen darzulegenden Argumentation gegen das Vorliegen einer Beihilfe folgen oder aber ihrerseits die Prüfung der Beihilfeproblematik auf Rechtfertigungsebene vollziehen wird (mit der Folge der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV), empfiehlt sich, die Kommission – dort die Generaldirektion Wettbewerb – zunächst informell zu kontaktieren, bevor die Beihilfe möglicherweise aus Überlegungen der Rechtssicherheit zu einem späteren Zeitpunkt zu notifizieren sein könnte. Diese **informellen „Vorabkontakte“** in der Voranmeldephase sind im

> *Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren (2009/C 136/04; ABl. C 136 vom 16. Juni 2009, Seite 13, Rn. 10 ff.)*

festgelegt. Sie ermöglichen es, die zweifelhaften Punkte vorab mit der Kommission auf vertrauensvoller Grundlage zu erörtern und gemeinsam konstruktive Vorschläge zur Änderung etwaiger problematischer Aspekte der geplanten Maßnahme auszuarbeiten, um so erstens das Risiko einer Eröffnung des Hauptprüfverfahrens bzw. einer negativen Entscheidung der Kommission zu minimieren und zweitens die Dauer des anschließenden formellen Notifikationsverfahrens (das dann regelmäßig tatsächlich nur zwei Monate dauern dürfte) zu verkürzen.

Angesichts der Bedeutung des Gründungsvorhabens erscheint eine entsprechende Konsultation im praktischen Ergebnis als unbedingt empfehlenswert. Des Weiteren bietet eine frühzeitige Befassung der Kommission mit den Planungen für eine Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Möglichkeit, auf etwaige Bedenken noch während des Gesetzgebungsverfahrens reagieren zu können oder etwaige Anregungen der Kommission anschließend in der Transformationsphase zu berücksichtigen, etwa bei der Ausgestaltung des Geschäftsbesorgungsvertrages.

ee) Zwischenergebnis

Sollte die Reform der Auftragsverwaltung zur Umsetzung gelangen, so empfiehlt sich mit Blick auf die Vorbereitung und Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zusammenfassend folgende Vorgehensweise: Idealerweise sollte sich die Ausgestaltung des Geschäftsmodells für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an dem Ziel orientieren, den Tatbestand der Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV erst gar nicht zu erfüllen. Erste Indikationen hinsichtlich notwendiger Eckpunkte einer beihilfeneutralen Ausgestaltung können sich bereits aus einer frühzeitigen informellen Kontaktaufnahme mit der Kommission ergeben. Die informelle Vorab-Kontaktaufnahme dient dabei dem Bedürfnis nach frühzeitiger Rechtssicherheit, indem etwaige sachliche Indikationen der Kommission bereits in das Gesetzgebungsverfahren zur Errichtung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sowie in die Ausgestaltung der wesentlichen Grundlagen des Gesellschaftshandelns, zum Beispiel den Geschäftsbesorgungsvertrag, einfließen können.

b) Mögliche Anknüpfungen für den Beihilfentatbestand

Mögliche Anknüpfungspunkte für das Vorliegen des Beihilfentatbestandes können in mannigfacher Form auftreten und müssen sich nicht unbedingt in der Gewährung einer Vergütung erschöpfen. Beihilfenrelevant kann aus Sicht der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zum Beispiel allein schon die Aussicht wirken, für den Bund auf Dauer tätig werden zu können und mithin zu einer mittel- bis langfristigen Kapazitätsplanung in der Lage zu sein. Dessen ungeachtet nimmt die *Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft* unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag unter den insgesamt möglichen Begünstigungswirkungen sicherlich eine zentrale Rolle ein, weshalb dieser Aspekt im Folgenden einer näheren Untersuchung unterzogen wird.

Im Zusammenhang mit der Finanzierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft stehen die folgenden drei möglichen Anknüpfungspunkte für den Beihilfetatbestand im Vordergrund:

- **Ausgleichszahlungen des Bundes an die Gesellschaft** während der **Phase 1** der Geschäftsentwicklung der Gesellschaft, nämlich

- **Unterdeckungsausgleich durch Bundeshaushaltsmittel**, um die Finanzierungslücke des anfänglichen Geschäftsmodells (Kosten übersteigen das Aufkommen aus der zugewiesenen Lkw-Maut und aus der zugewiesenen Infrastrukturabgabe) zu schließen, sowie

- **Zuweisung des Aufkommens** aus der Lkw-Maut im Wege der Bestellung eines Nießbrauchs an der Ersatzforderung des Bundes gegenüber Toll Collect gem. § 1068 ff. BGB;

- **Zuweisung des Aufkommens** aus der geplanten Infrastrukturabgabe durch Bestellung eines Nießbrauchs an Forderungen des Bundes gegenüber Kfz-Haltern aus festgesetzten Benutzungsgebühren (Vignetten) und (ggf.) an der Abführungsverpflichtung eines Betreibers gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 InfrAG.

- **Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums** an den Bundesautobahnen durch Bestellung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Bundesautobahnen (**Übergang von Phase 2 zu Phase 3**);

- **Befreiung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer** während der gesamten Geschäftstätigkeit der Gesellschaft (**Phasen 1 bis 3**).

Die drei genannten Maßnahmen sollen nachfolgend einer eingehenden beihilferechtlichen Prüfung unterzogen werden. Anschließend betrachten wir die zu Zwecken der Planungsrechnung getroffenen Annahmen über die Abgrenzung und Anlastung der Kosten für von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu übernehmendes bzw. einzusetzendes Personal auf ihre beihilfenrechtliche Relevanz.

aa) Ausgleichszahlungen des Bundes während der Phase 1

Wie unter Abschnitt D.I.1.c) (ab Seite 188) dargelegt, wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft während der Phase 1 auf ein „duales Finanzierungssystem“ angewiesen sein, d. h. ihr Entgelt wird sich zum einen aus der Zuweisung des Aufkommens aus der Lkw-Maut sowie aus der Infrastrukturabgabe und zum anderen aus Bundeshaushaltsmitteln zusammensetzen.

Dieser Finanzierungsstrom vom Bund auf die Gesellschaft ist für die Gesellschaft in tatsächlicher Hinsicht von offensichtlichem Vorteil.

Die Zuzahlungen aus dem Haushalt sowie die Zuweisung von Mautaufkommen im Wege der Bestellung entsprechender Einziehungs- bzw. Erlösrechte der Gesellschaft könnten beihilfenrechtlich allerdings unbeachtlich sein, wenn und soweit die Gesellschaft gar keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt [hierzu nachfolgend (1)]. Das gleiche gilt, wenn die Gesellschaft mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem und wirtschaftlichem Interesse betraut wird [hierzu nachfolgend (2)]. In beiden Fällen würden mögliche Begünstigungen der Gesellschaft durch den Bund nicht den Beihilfentatbestand erfüllen. Im Einzelnen:

(1) Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV?

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV finden die Beihilfevorschriften im Allgemeinen nur Anwendung, wenn es sich beim Empfänger um ein „Unternehmen" handelt. Erst wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als ein solches Unternehmen eingestuft werden kann, kommen die Beihilfevorschriften überhaupt zur Anwendung. Angesichts von Sinn und Zweck des Art. 107 Abs. 1 AEUV, nämlich der Sicherstellung von Wettbewerb, ist die Unternehmenseigenschaft einer Einheit dabei von der Wettbewerbsrelevanz ihrer Tätigkeit her zu konkretisieren. Die herrschende Ansicht im rechtswissenschaftlichen Schrifttum stellt den beihilfenrechtlichen Unternehmensbegriff dabei mit dem Unternehmensbegriff des Kartellrechts gleich,

> *vgl. Bungenberg, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Seite 109, Rn. 25 m. w. N.*

(a) „Unternehmen" und „wirtschaftliche Tätigkeit"

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung,

> *vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 23. April 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2010, Rn. 21 – Höfner und Elser; vgl. auch aus neuerer Zeit: EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Rn. 21 – MOTOE; EuGH, Urteil vom 26. März 2009, Rs. C-113/07, Slg.*

2009, I-2207, Rn. 69 – Selex Sistemi Integrati; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, Rs. C-288/11 P, Rn. 40 – Flughafen Leipzig-Halle.

Die Einstufung einer Einheit als Unternehmen hängt damit vollständig davon ab, ob diese eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgt (**funktionaler Unternehmensbegriff**). Unbeachtlich ist folglich, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat oder ob sie auf die Erzielung von Gewinnen gerichtet ist. Die Einstufung einer Einrichtung oder Einheit als Unternehmen erfolgt zudem immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit. Eine Einrichtung, die sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist nur im Hinblick auf erstere als Unternehmen anzusehen.

In verdichteter Form hat der Europäische Gerichtshof zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit die Faustformel formuliert, dass **jede Tätigkeit, die im Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem Markt besteht**, eine **wirtschaftliche Tätigkeit** darstellt,

vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Rn. 21 – MOTOE.

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Vorhandensein eines Marktes zu. Ob für bestimmte Güter oder Dienstleistungen ein Markt existiert, kann davon abhängen, wie Angebot und Nachfrage für diese Güter oder Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert sind. Sachlich eng verbunden mit der Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von Marktstrukturen [dazu nachfolgend (b)] ist die Einordnung der betroffenen Tätigkeiten nach ihrem Charakter als hoheitlich oder nicht-hoheitlich [dazu nachfolgend (d)].

(b) Bestehendes Marktumfeld miteinander im Wettbewerb stehender Anbieter?

(aa) Maßstäbe

Aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs ist zentrales Element von wirtschaftlicher Tätigkeit, dass die betreffenden Leistungen „auf einem Markt“ erbracht werden. Die EU-Beihilfevorschriften finden demnach nur dann Anwendung, wenn die betreffende Tätigkeit in einem **Marktumfeld** oder

auch „marktförmig“ bzw. „marktmäßig“ ausgeübt wird. Die „Marktförmigkeit“ einer bestimmten Tätigkeit geht dabei regelmäßig mit dem Umstand einher, dass in Bezug auf die Tätigkeit ein Konkurrenzverhältnis zwischen privaten Anbietern besteht,

> *vgl. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts der öffentlichen Dienstleistungen, 2011, Seite 401.*

Ob für bestimmte Dienstleistungen ein Markt existiert, wird in der Regel davon abhängen, wie die Bereitstellung dieser Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert ist, ob also private Wirtschaftsteilnehmer in dem betreffenden Sachbereich über die notwendigen Handlungsrechte zu einem eigenverantwortlichen Tätigwerden verfügen oder nicht. Die wirtschaftliche Natur bestimmter Dienstleistungen kann sich daher von Sachbereich zu Sachbereich und von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden. Nach Ansicht der Kommission unterliegt die Einstufung einer bestimmten Tätigkeit als „marktförmig“ bzw. als „wirtschaftlich“ insofern einer gewissen Dynamik und kann sich aufgrund von politischen Entscheidungen (etwa über eine geänderte Zuweisung von Handlungsrechten zu privaten Akteuren) oder aufgrund von wirtschaftlichen Entwicklungen ändern. Dienstleistungen, die heute keine Markttätigkeit darstellen, können sich dazu entwickeln und umgekehrt,

> *Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, Seite 4, Rn. 12 – im Folgenden „**DAWI-Mitteilung**“; nunmehr auch KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 13.*

Bei der Einordnung einer Tätigkeit als wirtschaftlich kann des Weiteren erheblich sein, ob die Leistungen gegen Entgelt angeboten werden und ob der Leistungsanbieter die mit der Ausübung der Tätigkeiten verbundenen finanziellen Risiken trägt,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 12. September 2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451, Rn. 76 – Pavlov.*

(bb) Abgrenzung zwischen marktöffnenden und rein innerstaatlichen Organisationsentscheidungen des Staates

In der Konsequenz des von der Kommission konstatierten Umstandes, dass sich die Einstufung einer bestimmten Tätigkeit als *wirtschaftlich* unter anderem durch politische Entscheidungen ändern kann, gerät für die Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten die **Wirkungsweise gesetzgeberischer Maßnahmen** in den Blick. So lassen sich Maßnahmen des Gesetzgebers in bisher nichtwirtschaftlichen (bzw. nicht *marktförmig* organisierten) Sachbereichen unterscheiden je nachdem, ob sie ab ihrem Inkrafttreten auch privaten Wirtschaftsteilnehmern Handlungsrechte zuweisen und insoweit *marktöffnend* wirken, oder ob sie sich in ihren Wirkungen eher als rein innerstaatlicher (Re-)Organisationsakt darstellen, indem sie nur bestimmten, mitunter sogar auch nur staatlich beherrschten Einheiten entsprechende Handlungsrechte („Zuständigkeiten") zuweisen. Speziell mit Blick auf die in einem etwaigen Errichtungsgesetz zur Gründung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgesehene Regelungsmechanik wird diese Unterscheidung in den Blick zu nehmen sein,

> *dazu sogleich unter Abschnitt D.III.7.b)aa)(1)(e) (ab Seite 390).*

Der Feststellung von Wirkungsrichtungen gesetzgeberischer Maßnahmen dienlich sein kann dabei der aus der Kommissionspraxis bekannte sog. **hypothetische Wettbewerbstest.** Dieser wurde in der Vergangenheit in Schlussanträgen verschiedener Generalanwälte wiederholt zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten herangezogen und wurde beispielhaft wie folgt formuliert:

> *„Bei der Beurteilung, ob eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist, ist meines Erachtens im Wesentlichen danach zu fragen, ob sie zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte. Wenn die Möglichkeit, dass ein privates Unternehmen eine bestimmte Tätigkeit ausübt, auszuschließen ist, gibt es kein Bedürfnis, die Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft darauf anzuwenden" (Schlussantrag des Generalanwalts Jacobs vom 22. Mai 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Rechtssachen AOK u. a., Rn. 27) – Hervorhebung nur hier. Vgl. zum hypothetischen Wettbewerbstest auch Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.),*

Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 9 f.

Praktische Bedeutung kommt diesem Test vor allem dort zu, wo die fragliche Tätigkeit nach dem Recht eines Mitgliedsstaates einem einzigen Anbieter vorbehalten ist,

vgl. Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 9 m. w. N. in Fn. 44.

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird in diesem Zusammenhang der Fall „Höfner" hervorgehoben, in dem es um die Qualifikation der Tätigkeit der Arbeitsvermittlung unter Geltung des seinerzeitigen Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) ging. Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Fall die unternehmerische Natur der Arbeitsvermittlung, für welche die Bundesanstalt für Arbeit ein **Ausschließlichkeitsrecht** (das sog. Arbeitsvermittlungsmonopol gemäß § 4 AFG 1991) besaß, damit begründet, dass die Dienstleistung der Arbeitsvermittlung in der Vergangenheit nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden sei und von solchen Einrichtungen auch nicht notwendigerweise betrieben werden müsse,

vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2010, Rn. 22 – Höfner und Elser.

Eine Besonderheit des Falles bestand dabei darin, dass sich im Bereich der Vermittlung von Führungskräften faktisch Wettbewerb entwickelt hatte, da die Bundesanstalt für Arbeit die Nachfrage nach solchen Leistungen nicht befriedigen konnte und die Beeinträchtigung des sog. Arbeitsvermittlungsmonopols durch private Unternehmen in der Praxis duldete,

vgl. Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 9.

Mit dem Umstand, dass für die Arbeitsvermittlung von Führungskräften bereits *faktisch* ein Markt entstanden war, liefert der Fall Höfner nach hiesiger Einschätzung dabei zugleich einen Maßstab zur inhaltlichen Konkretisierung des *hypothetischen* Wettbewerbstests. Nach diesem reicht es für die Annahme marktförmiger Strukturen strenggenommen bereits aus, dass für bestimmte Tätigkeiten Wettbewerb entstehen *könnte* (s. o.). Da ein solcher Maßstab in der Gefahr steht, für die praktische Rechtsanwendung konturenlos zu sein, wird die Erstreckung des europäischen Wettbewerbsrechts

auf Sachverhalte, für die ein Mitgliedstaat eine an Gewinnerzielung bzw. Kapitalmehrung orientierte Tätigkeit rechtlich und tatsächlich ausgeschlossen hat, im Schrifttum angegriffen,

> *vgl. Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 10 m. w. N.*

Richtigerweise wird der hypothetische Wettbewerbstest daher in der Weise anzustellen sein, dass Wettbewerb in einer bestimmten Tätigkeit auch *rechtlich* möglich sein, mithin danach zu fragen ist, ob die jeweilige innerstaatliche Rechtsordnung ein Tätigwerden privater Akteure überhaupt vorsieht oder zulässt, und sei es auch nur nach vorheriger Gestattung. In dieser Weise lässt sich auch die vorstehend zitierte Textpassage des Generalanwalts auslegen, dass für eine wirtschaftliche Tätigkeit die Möglichkeit gegeben sein muss, dass die Tätigkeit

> *„(...) zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“.*

Gemeint sein dürfte damit der *rechtmäßig* handelnde private Akteur. Würden auch illegale, d. h. in Widerspruch zur Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates erfolgende Betätigungen im Sinne der anzustellenden Betrachtung als „möglich“ in Betracht gezogen, so wäre der hypothetische Wettbewerbstest in der Tat konturenlos. Insoweit verdient speziell mit Blick auf die Rechtssache Höfner Erwähnung, dass die (faktische) Tätigkeit von Personalberatern für Führungskräfte seitens Bundesanstalt für Arbeit seinerzeit in der Tat ausdrücklich geduldet wurde und eine „illegale“ Tätigkeit insoweit gerade nicht in Rede stand,

> *zu den Einzelheiten insoweit Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 1991, Rs. C-41/90, Rn. 9.*

Insoweit war in dieser Angelegenheit ein Tätigwerden Privater nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich möglich.

Zusammenfassend dürfte wirtschaftliche Tätigkeit damit einen von dem betreffenden Mitgliedstaat wenn nicht explizit vorgesehenen, so doch zumindest geduldeten Markt voraussetzen. Wenn sich ein Mitgliedstaat bei der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe indes weder des Marktes bedient noch das Auftreten Privater duldet und die Aufgabenwahrnehmung stattdessen innerstaatlich, etwa durch den Einsatz von Verwaltungseinheiten

oder „Dienststellen“ organisiert, so bestehen in diesen Fällen gewichtige Argumente dafür, das eine wirtschaftliche Tätigkeit prägende Marktumfeld zu verneinen. Allein durch Maßnahmen zur Änderung der *Modalität* einer auch schon bisher staatlichen Aufgabenwahrnehmung, beispielsweise die Umwandlung eines Sondervermögens in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts oder in ein „Unternehmen“ in privater Rechtsform, muss eine ursprünglich nichtwirtschaftliche Tätigkeit deshalb nicht automatisch ihren nichtwirtschaftlichen Charakter verlieren. Der Europäische Gerichtshof und die Kommission haben immer wieder betont, dass die Rechtsform eines Handelns gerade nicht konstitutiv für die Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit ist,

> *EuGH, Urteil vom 16. März 2004 – C-264/01 u. a., „AOK“, Rn. 58 m. w. N., KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 8.*

Wenn ein Mitgliedstaat einen Sachbereich, der bisher durch staatliche Einheiten wahrgenommen wird, mithin so reorganisiert, dass er zur künftigen Wahrnehmung der seit jeher staatlich erfüllten Aufgaben eine *neue* Organisationseinheit schafft, und sei es privater Rechtsform, und wenn der betreffende Mitgliedstaat zugleich nur der von ihm neu geschaffenen Einheit die notwendigen Handlungsrechte zur Ausführung der fraglichen Sachaufgabe einräumt, so muss durch diese Maßnahme nicht zwangsläufig zugleich ein Markt im beihilfenrechtlichen Sinne entstehen. Vielmehr kann der betreffende Mitgliedstaat in einer solchen Konstellation je nach Ausgestaltung im Einzelfall auch eine lediglich staatsintern wirkende **Organisationsentscheidung** zugunsten einer auch weiterhin außerhalb von Marktstrukturen organisierten **Leistungserbringung** getroffen haben,

> *vgl. zum Begriff der „Organisationsentscheidung“ in diesem Zusammenhang Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Fn. 49 der Rn. 10.*

Wie dargelegt, wird die Möglichkeit einer lediglich organisationsintern wirkenden Maßnahme des Gesetzgebers auch durch die Kommission gesehen. Ob eine konkrete Maßnahme des Gesetzgebers lediglich organisationsintern wirkt, ist dann in der Konsequenz im Einzelfall zu prüfen.

Die hier erörterten Systementscheidungen des Gesetzgebers zur internen Wahrnehmung öffentlichen Aufgaben ohne gleichzeitige Öffnung eines Marktumfelds sind sachlich im Übrigen abzugrenzen von Maßnahmen ei-

ner Behörde zur sog. **Marktabschottung**. Für diese Fälle führt die Kommission aus:

> *„Die Entscheidung einer Behörde, Dritten die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung nicht zu gestatten (weil sie zum Beispiel die Dienstleistung intern erbringen will), schließt das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht aus. Trotz einer solchen Marktabschottung kann eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung auf dem betreffenden Markt zu erbringen. Die Tatsache, dass eine bestimmte Dienstleistung intern erbracht wird, hat im Allgemeinen keinen Einfluss auf die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit"; so die Kommission in KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 14; DAWI-Mitteilung, Rn. 13.*

Hiesigen Erachtens verdeutlicht diese Kommissionsmitteilung die Unterschiede in der Betrachtungsperspektive des europäischen Vergaberechts einerseits und des europäischen Beihilferechts andererseits. Auch in Sachbereichen, in denen die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates privaten Wirtschaftsteilnehmern Handlungsrechte einräumt und in denen der damit gegebene Marktbezug von Tätigkeiten mithin deren Einordnung als „wirtschaftlich" trägt, können öffentliche Auftraggeber ihre Beschaffung intern organisieren, indem sie die zur Bedarfsdeckung notwendigen Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen nicht am Markt beziehen, sondern von einer nachgelagerten Dienststelle. Als sachlicher Rechtfertigungsgrund des seit dem 18. April 2016 in § 108 Abs. 1 GWB geregelten Inhouse-Tatbestandes,

> *dazu ausführlich unter Abschnitt D.III.6.c)dd) (ab Seite 326),*

wurde dabei seit langem angesehen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der seinen Bedarf bei einer von ihm beherrschten und im wesentlichen für ihn tätigen Einheit decken kann, nicht gezwungen werden kann, sich zur Deckung seines Bedarfs

> *„(…) an externe Einrichtungen zu wenden",*

> *so die Diktion des EuGH in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg wegen Hochschul-Informations-System GmbH, Urteil vom 8. Mai 2014, Rs. C-15/13, Rn. 25; ebenso Urteil vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, Rn. 61 – „Parking Brixen",*

seinen Beschaffungsbedarf mithin am Markt zu befriedigen. Die Nutzung vorhandener interner Ressourcen *anstelle* eines Leistungsbezugs am Markt ist mithin der Grund dafür, dass das dem Wettbewerb dienende Vergaberecht ausnahmsweise keine Anwendung finden soll.

Dass es in *inhouse*-Konstellationen aus vergaberechtlicher Sicht an einer Beschaffung am Markt fehlt, bedeutet aber nicht notwendig, dass die im eigenen Organisationsbereich bezogenen Leistungen auch keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Beihilfenrechts darstellen. Zwar beansprucht der öffentliche Auftraggeber in diesen Konstellationen nicht die Beschaffungsmärkte zur Deckung seines Bedarfs, weil er sich stattdessen aus eigenen Ressourcen bedient. Trotzdem kann für die von ihm intern bezogenen Leistungen ein Markt gegeben sein, in der Rechtssache Universität Hamburg-Harburg also etwa für die Herstellung und Lieferung eines von der Universität „*inhouse*" bezogenen IT-Hochschul-Managementsystems. Soweit in einem bestimmten Sachbereich nach der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates das Tätigwerden von privaten Wirtschaftsteilnehmern vorgesehen ist (neben Beratungsleistungen und Lieferungen im Bereich IT zum Beispiel auch im Bereich von Reinigungs- oder Gebäudedienstleistungen), verwirklicht sich im Falle der *inhouse*-Vergabe mithin eine Konstellation, welche die Kommission mit der zitierten Mitteilung aus beihilfenrechtlicher Sicht als Marktabschottung bezeichnen würde. Diese kann aus vergaberechtlicher Sicht unter den nunmehr gesetzlich geregelten Voraussetzungen jedoch zulässig bzw. statthaft sein. Gesetzgeberische Maßnahmen, nach welchen allerdings schon gar kein allgemeines privates Tätigkeitsfeld entstehen soll, sind von solchen Marktabschottungsmaßnahmen zu unterscheiden.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass Vieles dafür spricht, dass die Qualifikation einer Tätigkeit als „wirtschaftlich" existierende (rechtlich vorgesehene oder zumindest geduldete) Marktstrukturen voraussetzen dürfte. Wo diese aufgrund einer staatsorganisationsrechtlichen Organisationsentscheidung fehlen, scheidet die Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit aus.

(c) Referenzbeispiele für die Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit

Nachdem sich die Begutachtung der Einordnung einer Tätigkeit als „wirtschaftlich" bisher begrifflich genähert hat, soll die Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit anhand von Beispielen

verdeutlicht werden. Hierzu werden drei relevante Referenzgebiete aus dem Bereich öffentlicher Dienstleistungen betrachtet. In diesen Referenzbeispielen lassen sich teilweise auch die vorangehend herausgearbeiteten Maßstäbe, namentlich die Bedeutung der Entgeltlichkeit einer Leistungsbeziehung für die Einordnung einer Tätigkeit als wirtschaftlich nachvollziehen:

- **Beispiel Gesundheitsfürsorge**

Ein anschauliches Referenzgebiet für einen Bereich, in dem öffentliche Dienstleistungen in einer gewissen Markt- und Wettbewerbsnähe erbracht werden, ohne dass damit gleich eine Marktteilnahme beabsichtigt ist, bietet zunächst die in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltete Gesundheitsfürsorge. Bei der Frage, ob und in welchem Umfang verschiedene Gesundheitsdienstleister in einem Marktumfeld miteinander im Wettbewerb stehen können, unterscheidet die Kommission wirtschaftliches und nichtwirtschaftliches Handeln nach folgendem Kriterium: Überall dort, wo öffentliche Krankenhäuser fast vollständig auf dem Solidaritätsprinzip basieren, d. h. ihre Dienste direkt aus Sozialversicherungsbeiträgen oder staatlichen Mitteln finanzieren und ihre Dienste für Versicherte unentgeltlich nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsversorgung erbringen, handeln die betreffenden Einheiten nicht als Unternehmen i. S. des Beihilferechts. Werden die Dienstleistungen hingegen gegen ein Entgelt angeboten, das entweder direkt von den Patienten oder deren Versicherungen gezahlt wird, spricht dieser Umstand für eine Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit,

vgl. DAWI-Mitteilung, Rn. 22.

Rechtliche Ableitungen aus diesen Grundsätzen zum System der Gesundheitsfürsorge sind freilich für Tätigkeiten im Bereich der Verkehrsinfrastruktur, wenn überhaupt, dann nur mit erheblichen Unsicherheiten aufzustellen. Insoweit bedarf die besondere politische Sensibilität im Bereich der Gesundheitsfürsorge einer speziellen Berücksichtigung, welche womöglich ein größeres Maß an mitgliedstaatlicher Autonomie gegenüber dem Unions-Wettbewerbsrecht zu rechtfertigen vermag. Gleichwohl deutet sich bei Betrachtung der beihilferechtlichen Verortung unterschiedlicher Systeme der Gesundheitsfürsorge an, dass dem Kriterium der **Entgeltlichkeit der Leistungserbringung** im Verhältnis zwischen Dienstleister und Patient eine maßgebliche Bedeutung für die Einordnung einer Dienstleistung als wirtschaftliche bzw. nichtwirtschaftliche Tätigkeit innewohnt,

vgl. insoweit bereits am Ende von D.III.7.b)aa)(1)(b)(aa) (ab Seite 376).

- **Bau und Betrieb von Verkehrsinfrastruktur**

Dieses Kriterium der Entgeltlichkeit der Leistungserbringung findet sich ebenfalls in dem für das Geschäftsfeld der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unmittelbar einschlägigen Sachbereich der staatlichen **Finanzierung von öffentlicher Infrastruktur** wieder. In diesem Bereich vertrat die Kommission ursprünglich noch die Auffassung, dass der Bau oder Ausbau von Infrastrukturen eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme sei und daher nicht in den Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen falle. Einen Wendepunkt markierte diesbezüglich das Urteil in der Sache *Aéroports de Paris*. In dieser Entscheidung befand der Europäische Gerichtshof, dem eine gleichlautende Entscheidung des Gerichts erster Instanz vorausgegangen war,

vgl. EuG, Urteil vom 12. Dezember 2000, T-128/98, Slg. 2000, II-3929,

dass der *Betrieb* einer (Flughafen-)Infrastruktur gegen Entgelt sehr wohl eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die der Beihilfekontrolle der Kommission unterliegt,

vgl. EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2002, Rs. C82/01 P, Slg. 2002, I-9297, Rn. 78 – Aéroports de Paris.

Diese Rechtsansicht bestätigte der Europäische Gerichtshof später in der Rechtssache *Flughafen Leipzig/Halle*. Mit dieser Entscheidung stellte der Europäische Gerichtshof zudem klar, dass auch der *Bau* von (Flughafen-) Infrastruktur als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist, wenn erstens die Tätigkeit der Errichtung von der späteren Nutzung nicht zu trennen ist und zweitens die Infrastruktur gegen ein Entgelt – und damit wirtschaftlich – genutzt wird,

vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, Rs. C-288/11 P, Rn. 40 – Flughafen Leipzig-Halle.

Der aus den beiden genannten Entscheidungen zum Bereich des Baus und Betriebs von Flughäfen abzuleitende Grundsatz, wonach die staatliche Finanzierung von Infrastruktur dann vom Anwendungsbereich der Beihilfenvorschriften ausgenommen ist, wenn diese Infrastruktur nicht kommerziell

genutzt werden soll, scheint von der Kommission zwischenzeitlich auf alle Infrastrukturvorhaben übertragen worden zu sein,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 202.

- **Insbesondere: Straßenverkehrsinfrastruktur**

Auch bei Vorhaben der Straßenverkehrsinfrastruktur scheint die Kommission im Grundsatz davon auszugehen, dass Straßen, die unentgeltlich für die öffentliche Nutzung bereitgestellt werden, nicht dem Beihilfetatbestand unterliegen,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 203.

Während unentgeltlich für die öffentliche Nutzung bereitgestellte Straßen allgemeine Infrastruktur seien und staatliche Zuwendungen dafür folglich nicht unter das Beihilferecht fielen, stelle der Betrieb von Mautstraßen häufig eine wirtschaftliche Tätigkeit dar,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 220.

Dass die Erhebung von Infrastrukturabgaben als Entgelt für den Betrieb von Straßenverkehrsinfrastruktur als ein maßgebliches Kennzeichen für die Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist, hat die Kommission in ihrer Entscheidung betreffend die Genehmigung der staatlichen Finanzierung der Fehmarnbeltquerung auch schon vor Erscheinen der KOM-Mitteilung klargestellt,

vgl. Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2015, Fall SA.39078 (2014/N) – Fehmarnbelt.

Im Hinblick auf die dänische Hinterlandanbindung hat die Kommission die staatliche Finanzierung dieses Abschnitts des Projekts deswegen nicht als wirtschaftliche Tätigkeit erachtet – und damit vom Anwendungsbereich der Beihilfenkontrolle ausgenommen –, weil die Verkehrsinfrastruktur der dänischen Hinterlandanbindung der Allgemeinheit entgeltfrei zugänglich sei und in Dänemark auch kein Markt für den Betrieb von öffentlichen Straßenverkehrswegen bestehe,

vgl. Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2015, Fall SA.39078 (2014/N), Rn. 52 – Fehmarnbelt.

Im Hinblick auf den Tunnel, die eigentliche Fehmarnbeltquerung, hat die Kommission die Frage hingegen offengelassen, ob die Finanzierung dieses

Abschnitts als Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen ist. Die Kommission betonte aber, dass der bloße Umstand der entgeltlichen Nutzung von Verkehrsinfrastruktur in Fällen, in denen die Zusammensetzung und Festlegung der Höhe des Entgelts von Seiten des Staates – und nicht des Betreibers der Verkehrsinfrastruktur – erfolge, nicht ohne Weiteres für eine wirtschaftliche Tätigkeit spreche,

> *vgl. Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2015, Fall SA.39078 (2014/N), Rn. 52 – Fehmarnbelt; vgl. auch die insoweit andersgelagerte Konstellation der Öresundbrücke, bei welcher der Betreiber das Entgelt festlegt, so Kommission, Entscheidung vom 15. Oktober 2014, Fälle SA.36558 (2014/NN), SA.38371 (2014/NN), SA.36662 (2014/NN), Rn. 67 ff. – Öresund.*

Für den Bereich der staatlichen Finanzierung von Verkehrsinfrastruktur ließe sich demnach mit Blick auf die Kommissionspraxis festhalten, dass die für den Nutzer entgeltliche Bereitstellung von Verkehrsinfrastruktur für eine wirtschaftliche Tätigkeit des Betreibers sprechen kann, wenn die entgeltliche Bereitstellung von Verkehrsinfrastruktur für Nutzer nach der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates Gegenstand der Tätigkeit privater Wirtschaftsteilnehmer ist. Wir verstehen die jüngsten Kommissionsentscheidungen zu Infrastrukturvorhaben im Bereich des Verkehrsträgers Straße dabei im Übrigen so, dass bei der Einordnung einer Betreibertätigkeit als „wirtschaftlich“ auch von Bedeutung sein kann, wie der Preisfestsetzungsmechanismus (Mautfestsetzung) im konkreten Fall ausgestaltet ist, namentlich, ob die Höhe des Betreiberentgelts durch diesen selbst oder durch den betreffenden Mitgliedstaat festgesetzt wird,

> *vgl. Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2015, Fall SA.39078 (2014/N), Rn. 79 – Fehmarnbelt; Entscheidung vom 15. Oktober 2014, Fälle SA.36558 (2014/NN), SA.38371 (2014/NN), SA.36662 (2014/NN), Rn. 67 bis 72 – Öresund.*

In Bezug auf Mauthöhebestimmung, Mautfestsetzung, Mauterhebung und das sog. Enforcement indes ist darauf hinzuweisen, dass die Verantwortlichkeiten für diese Prozesse gegenwärtig noch nicht definiert sind, sondern auftragsgemäß zunächst „vor die Klammer“ zu ziehen waren. In der Folge geht die vorliegende Begutachtung einstweilen davon aus, dass die genannten Prozesse nicht zum Verantwortungsbereich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gehören werden. Diese wird von Dritten erhobene Mauten mithin lediglich vereinnahmen. Da die Gesellschaft bereits im Inland annah-

megemäß nicht mit der Mauterhebung befasst sein wird, geht die Begutachtung davon aus, dass die Gesellschaft auch nicht andernorts (zum Beispiel in anderen Mitgliedstaaten) als Anbieterin bzw. Betreiberin von Mauterhebungs-Infrastruktur auftritt.

(d) Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Nach gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs findet Art. 107 Abs. 1 AEUV ebenfalls keine Anwendung, wenn der Staat als „öffentliche Hand“ handelt,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juni 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, I-2599, Rn. 7 f.*

oder öffentliche Stellen in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln“,

> *vgl. EuGH. Urteil vom 4. Mai 1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, I-2479, Rn. 18 – Bodson.*

Eine Einheit kann dann als „als öffentliche Hand handelnd“ angesehen werden, wenn die betreffende Tätigkeit Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist oder sie ihrem Wesen, ihrem Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden ist,

> *vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 19. Januar 1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-42, Rn. 30 – SAT-Fluggesellschaft.*

Sofern der betreffende Mitgliedstaat nicht beschlossen hat, Marktmechanismen einzuführen, stellen Tätigkeiten, die untrennbarer Teil der Vorrechte öffentlicher Gewalt sind und vom Staat ausgeübt werden, im Allgemeinen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar,

> *vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 17.*

Tätigkeiten, die zu den grundlegenden **hoheitlichen Aufgaben** des Staates gehören und ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regelungen nach typischerweise mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängen, ebenso wie Aufgaben, die *per se* dem Staat vorbehalten sind, dürften dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen sein. Über die Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Aufgaben und Tätigkeiten besteht aber weder zwischen den Mitgliedstaaten noch zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission ein Konsens,

vgl. Bungenberg, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Seite 114, Rn. 44.

Auch insoweit mag sich also für die beihilfenrechtliche Einordnung der künftigen Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine **Vorabkonsultation mit der Kommission** empfehlen.

Bei der Qualifikation hoheitlicher Tätigkeiten ist zudem in Erinnerung zu rufen, dass Kommission und Europäischer Gerichtshof vom funktionalen Unternehmensbegriff ausgehen. Die Unterscheidung, ob eine wirtschaftliche oder eine hoheitliche Tätigkeit vorliegt, ist für jede von einer bestimmten Einheit ausgeübte Tätigkeit gesondert zu treffen,

vgl. EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Rn. 25 – MOTOE.

Soweit eine öffentliche Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die von der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse losgelöst werden kann, handelt sie in Bezug auf diese Tätigkeit als Unternehmen. Ist die wirtschaftliche Tätigkeit dagegen mit der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse untrennbar verbunden, vermitteln sich sämtliche Tätigkeiten dieser Einheit als Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse,

vgl. EuGH, Urteil vom 26. März 2009, Rs. C-113/07, Slg. 2009, I-2207, Rn. 72 ff. – Selex Sistemi Integrati.

Schließlich spricht auch eine entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang von hoheitlichen Tätigkeiten nicht *per se* für eine Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs reicht der Umstand, dass eine öffentliche Einheit Dienstleistungen, die mit der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse in Zusammenhang stehen, gegen ein gesetzlich vorgesehenes und nicht unmittelbar oder mittelbar von ihr bestimmtes Entgelt erbringt, für sich genommen nicht aus, um die ausgeübte Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit, und die Einheit, die sie ausübt, als Unternehmen einzustufen,

vgl. EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012, Rs. C-138/11, Rn. 39 – Compass-Datenbank.

(e) Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als wirtschaftlich tätiges Unternehmen

Nach den vorangehend dargestellten Maßstäben kommt es für die Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „wirtschaftlich tätiges Unternehmen“ im Sinne des Beihilfenrechts zunächst darauf an, ob die Gesellschaft in einem Marktumfeld im hier einschlägigen Sinne tätig werden wird [nachfolgend (aa)]. Sodann ist zu prüfen, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ggf. als Trägerin öffentlicher Gewalt anzusehen sein könnte [(bb)].

(aa) Fehlendes Marktumfeld

Hinsichtlich der rechtlichen Maßstäbe nehmen wir Bezug auf die Ausführungen in Abschnitt D.III.7.b)aa)(1)(b) (ab Seite 376). Tatsächlicher Anknüpfungspunkt für die Anwendung dieser Maßstäbe sind die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zukünftig zu erfüllenden Aufgaben bzw. die von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen. Diese werden im Falle der Umsetzung des Reformvorhabens voraussichtlich in einem entsprechenden Errichtungsgesetz geregelt werden. Für die Einordnung der der Gesellschaft *qua* Errichtungsgesetz zuzuweisenden Aufgaben als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich ist mithin maßgeblich, ob das Errichtungsgesetz marktöffnende Wirkung im Sinne der vorangehend dargelegten Maßstäbe hat. Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es im Folgenden zunächst einer diesbezüglichen Einordnung des *Status Quo*.

(i) Kein Marktumfeld für die Erfüllung von Aufgaben aus der Straßenbaulast im *Status Quo*

Gegenstand der Aufgabenerfüllung durch die Gesellschaft werden voraussichtlich Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der Finanzierung und der vermögensmäßigen Verwaltung der Bundesautobahnen sein. Soweit Aufgaben der Planung, des Baus, des Betriebs und der Erhaltung der Bundesautobahnen in Rede stehen, werden diese gegenwärtig von den Ländern in landesunmittelbarer Verwaltung über Landesstraßenbaubehörden wahrgenommen,

> *Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, vor § 1, Rn. 9 mit dem ergänzenden Hinweis auf teilweise abweichende Verwaltungsstrukturen im Land Baden-Württemberg.*

Die im derzeitigen System der Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen gegebene Wahrnehmungskompetenz der Länder schließt eine Übertragung der Aufgaben auf Private in der Folge aus,

> *Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, vor § 1, Rn. 12 m. w. N.*

Inhaltlich umfasst die Wahrnehmungskompetenz der Länder die Hoheitsverwaltung (zum Beispiel die Beschaffung von Grundstücken für den Straßenbau im Enteignungsverfahren), die Vermögensverwaltung (zum Beispiel die Beschaffung von Grundstücken im freihändigen Erwerb), die gesetzesakzessorische Verwaltung (Vollzug des FStrG) und die gesetzesfreie Verwaltung (Ausführung von Verwaltungsvorschriften), also das gesamte förmliche und nichtförmliche, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Behördenhandeln zur Erfüllung der *externen* Straßenbaulast. Nicht umfasst sind Aufgaben, die der Bund im Rahmen seiner *internen* Straßenbaulast selbst wahrnimmt,

> *zum Ganzen Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, vor § 1, Rn. 14.*

Welche Aufgaben von den Ländern im Rahmen der *externen* Straßenbaulast im Einzelnen erfüllt werden, haben wir bereits an anderer Stelle konkretisiert,

> *vgl. Seite 12 f. des Berichts über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“.*

Dazu gehören u. a. die verantwortliche Durchführung von Voruntersuchungen, von Raumordnungsverfahren, von Linienbestimmungsverfahren, von Vorentwürfen und von Planfeststellungsverfahren, die Durchführung bzw. Veranlassung von bauvorbereitenden Maßnahmen oder die Veranlassung, Überwachung und Abnahme von Bauleistungen zum Neubau oder zur Erweiterung von Bundesfernstraßen.

Für die Wahrnehmung dieser unmittelbar der Erfüllung der Straßenbaulast dienenden Aufgaben ist nach den geschilderten öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen gegenwärtig kein „Markt“ eröffnet, denn privaten Wirtschaftsteilnehmern werden durch das FStrG in Bezug auf die unmittelbare Erfüllung der Aufgaben aus der *externen* Straßenbaulast gerade keine Befugnisse („Handlungsrechte“ im Sinne der in Abschnitt (bb) dargelegten Maßstäbe) eingeräumt. Dieses gilt auch für die *interne* Straßenbaulast, wel-

che unter anderem die dem Bund obliegenden Aufgaben der Finanzierung der Bundesfernstraßen umfasst. Die ihm obliegenden Finanzierungsaufgaben lässt der Bund auf der Grundlage des VIFGG bereits jetzt schon durch eine von ihm beherrschte Einheit, die VIFG, erfüllen. Ein marktmäßiges Tätigwerden und Wettbewerb privater Wirtschaftsteilnehmer sind im Hinblick auf die Erfüllung von Aufgaben aus der *finanziellen* Straßenbaulast des Bundes nach der Konstruktion des VIFGG ebenfalls nicht vorgesehen.

Marktmäßiges Tätigwerden von privaten Wirtschaftsteilnehmern ist im Zusammenhang mit der Erfüllung von Aufgaben aus der Straßenbaulast allerdings insoweit vorgesehen, als die zuständigen Straßenbaulastträger die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Leistungen und Verrichtungen nicht notwendigerweise mit eigenen Ressourcen bzw. im eigenen (Verwaltungs-) Betrieb erbringen müssen, sondern hierzu private Wirtschaftsteilnehmer einsetzen können. Bekanntermaßen wird hiervon in der Verwaltungspraxis insbesondere im Bereich von Planungs- und Bauleistungen durchgängig Gebrauch gemacht. Dessen ungeachtet verbleibt die Erfüllung der Aufgaben aus der Straßenbaulast in der ausschließlichen Verantwortung des jeweiligen Straßenbaulastträgers, im Fall der sog. *externen* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen mithin gegenwärtig in der (Wahrnehmungs-)Verantwortung der Länder.

(ii) Keine marktöffnende Wirkung einer gesetzlichen „Übertragung" von Straßenbaulastaufgaben auf eine vom Bund gegründete und beherrschte Gesellschaft zur Ausführung

Nach den in der Vorbereitungsphase zur Umsetzung des Reformvorhabens angestellten Überlegungen zur rechtlichen Strukturierung der künftigen Zuständigkeiten für die Bundesautobahnen ändert sich in der reformierten Verwaltung der Bundesautobahnen am fehlenden Marktumfeld für die Erbringung der *unmittelbar* aus der Straßenbaulast folgenden Aufgaben nichts. Das Errichtungsgesetz für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft entfaltet in Bezug auf die Wahrnehmung von Aufgaben aus der *externen* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen vielmehr *keine* marktöffnende Wirkung und bleibt insoweit eine verwaltungsinterne Organisationsmaßnahme des Staates.

Auf der Grundlage der geplanten Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG werden die Länder die sog. *externe* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen künftig an den Bund abgeben. In der Person des Bundes werden für die Bun-

desautobahnen, ggf. aber auch für sonstige Bundesfernstraßen die sog. *interne* Straßenbaulast und die sog. *externe* Straßenbaulast künftig vereinigt sein. Mittels der Errichtung einer Gesellschaft zur Durchführung der vollständig ihm obliegenden (*integrierten*) Straßenbaulast für die Bundesautobahnen organisiert der Bund diesen Sachbereich nunmehr neu,

> *vgl. Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase", Seite 15.*

Entscheidend ist nun, welchen rechtlichen *Modus* der Aufgabenübertragung das Errichtungsgesetz wählt, um statt des Bundes die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit der Erfüllung von Aufgaben aus der Straßenbaulast des Bundes zu befassen. So könnte der Bund als Inhaber der integrierten Straßenbaulast für die Bundesautobahnen zum Beispiel vorsehen, dass

> *„die Ausführung von Aufgaben des Bundes aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen in Bezug auf das gesamte Bundesautobahnnetz oder in Bezug auf vom Bund zu bestimmende Teilnetze Privaten übertragen werden kann".*

Folge einer solchen gesetzlichen Regelung wäre, dass sich Private beim Bund zur Übernahme von Aufgaben aus dessen Straßenbaulast bewerben könnten und der Bund die Auswahl geeigneter Bewerber in dafür statthaften Vergabeverfahren zu organisieren hätte. Eine solche Regelungsstruktur, wie sie im Sachbereich „Bundesfernstraße" gegenwärtig für das baulastspezifische Betreibermodell nach dem FStrPrivFinG (F-Modell) für einzelne Sonderbauwerke (zum Beispiel Brücken, Tunnel) vorgesehen ist, schafft Wettbewerb um die Position einer ggf. „konzessionierten", in fernstraßenrechtlicher Hinsicht jedenfalls aber frei zugänglichen Rolle als Vertragspartner des Bundes zur Ausführung von dessen Straßenbaulastaufgaben und dürfte aus beihilfenrechtlicher Sicht mithin marktöffnende Wirkung entfalten. Für den Tätigkeitsbereich „Wahrnehmung von Aufgaben aus der Straßenbaulast des Bundes" würde die dargestellte Regelungsstruktur subjektiv-öffentliche Rechte zur Beteiligung Privater an entsprechenden Ausschreibungen, mithin „Handlungsrechte" begründen. Diese Handlungsrechte wiederum verschafften Privaten die Möglichkeit zur Entfaltung wirtschaftlicher Tätigkeit in dem damit eröffneten Markt *„Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben für den gesetzlichen Straßenbaulastträger"*.

Eine andere Wirkrichtung entfaltet demgegenüber eine gesetzliche Regelung, welche die Übernahme von Straßenbaulastaufgaben des Bundes nicht

in den Wettbewerb stellt, sondern die Wahrnehmung der aus der Straßenbaulast folgenden Aufgaben einem durch das Gesetz unmittelbar *bestimmten* Akteur zuweist. Eine solche Regelungsstruktur ist für das Errichtungsgesetz zur Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenwärtig vorgesehen. Nach ihm überträgt das BMVI die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung der Bundesautobahnen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt, einer im Errichtungsgesetz konkret bestimmten Gesellschaft privaten Rechts. Zugrunde liegt dieser Regelungsstruktur das sog. Agenturmodell, nach dem der Bund Träger der gesetzlichen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen bleiben wird und nach dem der Bund der von ihm eingesetzten Gesellschaft lediglich Aufgaben aus seiner Straßenbaulast für die Bundesautobahnen *zur Ausführung* überträgt,

> *vgl. Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase", Seite 15 ff.*

Mit dieser Regelungsstruktur entsteht im Hinblick auf die Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben für den gesetzlichen Straßenbaulastträger kein Markt. Der Bund schafft sich lediglich „seinen" Agenten für die Wahrnehmung „seiner" Aufgaben. Sachlich handelt es sich dabei um eine Organisationsmaßnahme, die sich innerhalb der Sphäre des Bundes als dem gesetzlicher Träger der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen verwirklicht. Ziel der Reorganisation ist unter anderem zwar, dass in die Verwaltung der Bundesautobahnen „privatwirtschaftliche" Elemente Einzug halten. Nach den oben dargelegten Maßstäben folgt aus der politischen Entscheidung für die Nutzung privatwirtschaftlicher Elemente aber nicht zugleich eine „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts der Union, denn hierfür fehlt es an der Öffnung der Tätigkeit für sonstige private Akteure. Solche Akteure sollen durch den Bund auch nicht als zusätzliche Übernehmer von Aufgaben der Straßenbaulast geduldet werden, wie dieses in der oben zitierten Rechtssache *Höfner* der Fall war.

Nach alledem wird der hypothetische Wettbewerbstest für die hier in den Blick genommene Regelungsstruktur mit guten Gründen negativ zu beantworten sein. Denn die Erfüllung von Aufgaben des Bundes aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen als *Agent* des Bundes wird nach der beschriebenen Regelungsstruktur gerade nicht

> *„(…) zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden können“,*

so die Testfrage nach dem hypothetischen Wettbewerbstest, sondern aufgrund gesetzlicher Anordnung konkret der vom Bund zu gründenden Gesellschaft vorbehalten bleiben. Diese wird sich zur Erledigung ihrer für den Bund zu erfüllenden Aufgaben allerdings Dritter bedienen können. Gedacht ist hierbei an die Erledigung von Planungs- und Bauleistungen durch Dritte, welche von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft entsprechende Aufträge erhalten. Auf dieser zweiten Stufe bleiben Wettbewerb und wirtschaftliche Tätigkeit privater Wirtschaftsteilnehmer mithin möglich. Nicht angedacht ist für die zweite Stufe indes eine „Weiterverlagerung“ von Straßenbaulastaufgaben des Bundes in der Weise, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihre gesetzliche Ausführungsverantwortung als solche weiterdelegiert.

Zusammenfassend ändert das Errichtungsgesetz zwar die organisatorischen Strukturen zur Bereitstellung der Bundesautobahnen durch deren Baulastträger, den Bund. Ein allgemein zugängliches Tätigkeitsfeld *„Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben für den gesetzlichen Straßenbaulastträger Bund“* entsteht durch das Errichtungsgesetz jedoch nicht. Die im Errichtungsgesetz vorgesehene Übertragung von Aufgaben aus der Straßenbaulast auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Ausführung bleibt damit nach der vorherigen Vereinigung von *externer* und *interner* Straßenbaulast für die Bundesautobahnen in der Person des Bundes eine rein bundesinterne Organisationsmaßnahme.

(iii) Ergänzende Erwägungen

Die Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als nicht marktförmig bzw. als nichtwirtschaftlich handelnd verdichtet sich unter Würdigung auch weiterer Umstände zu einem insgesamt schlüssigen Gesamtbild. Der Bund reorganisiert die Bereitstellung der Bundesautobahnen und stellt mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein Instrument zur Verfügung, welches die mit der Bundesautobahnverwaltung bisher schon befassten Personen, Sachmittel und Rechtsverhältnisse übernimmt und sich in dieser Rolle nicht etwa wie ein freier Anbieter am Markt bewegt, sondern im Rahmen klarer Vorgaben des Bundes. Mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft schafft sich der Bund eine neue Verwaltungseinheit, in welcher die von den Ländern als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten wahrgenommenen Aufgaben

aufgehen und fortan in Verantwortung des Bundes ausgeführt werden sollen. Die Umstellung von sechszehn Länderverwaltungen auf eine Einheit des Bundes geht mit der gesetzlichen Maßgabe einer Übernahme der bisher in den Auftragsverwaltungen gebundenen Personen, Sachmittel und sonstigen Verwaltungskapazitäten durch die Gesellschaft einher. Diese in den Ländern bestehenden Verwaltungskapazitäten werden also nicht etwa überflüssig, sondern werden in einer privatwirtschaftlich organisierten und betriebswirtschaftlich ausgerichteten Einheit tätig sein. Gerade damit die in den Auftragsverwaltungen bisher gebundenen Ressourcen auch in Zukunft Verwendung finden können, eröffnet der Bund für die Wahrnehmung seiner Baulastaufgaben für die Bundesautobahnen keinen neuen Wettbewerbsmarkt, in welchem die Gesellschaft zu kurzfristigen Kapazitätsanpassungen gezwungen sein könnte, sondern weist die Aufgabenerfüllung gesetzlich (ausschließlich) „seiner" Gesellschaft zu.

Adressat der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen ist zunächst (Phasen 1 und 2) ausschließlich der Bund, dessen Aufgaben die Gesellschaft auf Grundlage gesetzlicher Regelungen wahrnimmt. Vergaberechtlich kann der Bund die Leistungen der Gesellschaft auf der Grundlage von § 108 Abs. 1 GWB als Zuarbeit einer „Dienststelle" aus dem eigenen Organisationsbereich in Anspruch nehmen, mithin ohne insoweit einen Leistungsbezug am Markt durchführen zu müssen. Drittanbieter von Planungs-, Bau- und sonstigen einschlägigen Leistungen können ihre Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge für die Gesellschaft erbringen, sie sollen aber nicht im Verhältnis zum Bund anstelle der Gesellschaft agieren. Schließlich besteht auch ein entgeltliches Leistungsverhältnis zu den Nutzern der Bundesautobahnen zunächst nicht. Für die Qualifikation der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu erbringenden Leistungen als nichtwirtschaftliche Tätigkeit fällt insoweit in Anknüpfung an die speziell für die Infrastrukturfinanzierung dargelegten Maßstäbe der Kommission ins Gewicht, dass die Gesellschaft in den ersten Jahren ihrer Tätigkeit (in den Phasen 1 und 2) keine Leistung gegenüber den Nutzern erbringt, sondern ausschließlich für den Bund tätig wird, in dessen Bereitstellungsorganisation sie integriert wird. Erst in Phase 3 würde die Gesellschaft zum Infrastrukturbetreiber gegenüber den Nutzern der Bundesautobahnen. Im Übrigen werden sich zwar die auf die Nutzer umzulegenden Infrastrukturkosten künftig unmittelbar aus dem Rechnungswesen der Gesellschaft ablesen lassen, die Bestimmung der Höhe der zu entrichtenden Entgelte wird aber weiterhin durch den Gesetzgeber erfolgen. Ob die Gesellschaft selbst Mauten erheben oder deren

Entrichtung kontrollieren wird („Enforcement“), ist derzeit noch offen (s. o.). Unter diesen Umständen bieten sich im Lichte der aufgezeigten Kommissionspraxis im Bereich der Straßeninfrastrukturen durchaus weitere Ansatzpunkte zur Verneinung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf Seiten der Gesellschaft, welche über das Fehlen von Marktstrukturen hinausgehen bzw. diese ergänzen.

Auch dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihre Leistungen als Infrastrukturbetreiberin zunächst vom Bund vergütet bekommt, ändert an dieser Einschätzung nichts. Die Entgeltlichkeit einer Leistung allein begründet nicht zwingend deren Marktbezug und somit auch nicht den Charakter einer Leistung als „wirtschaftlich“. Soweit die Entgeltlichkeit einer Leistung für die Bereitstellung von Infrastruktur für die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten herangezogen wird, setzen Kommission und Europäischer Gerichtshof zusätzlich voraus, dass der Betreiber die Infrastruktur unmittelbar den Nutzern zur Verfügung stellt,

vgl. insoweit oben D.III.7.b)aa)(1)(a) (ab Seite 375).

Wie dargelegt, tritt die Gesellschaft als „Betreiberin“ der Infrastruktur Bundesautobahn gegenüber den Nutzern zunächst aber gerade nicht auf. Vielmehr stellt die Gesellschaft die Bundesautobahnen dem Bund betriebsbereit zur Verfügung, damit dieser sie den Nutzern gegen Entgelt bereitstellt. Das der Gesellschaft vom Bund zugewiesene Aufkommen aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe wird die Aufwendungen der Gesellschaft darüber hinaus zunächst auch nur unvollständig decken, weshalb ein von zusätzlichen Haushaltszahlungen unabhängiges Austauschverhältnis zwischen Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und Nutzern ohne entsprechende Zuweisung weiterer Aufkommensanteile zunächst ohnehin nicht gegeben sein kann.

Im Übrigen aber ändern sich die Verhältnisse zum Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines beihilfenrechtlich relevanten Marktumfeldes, sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab Phase 3 die Bundesautobahnen unmittelbar den Nutzern entgeltlich bereitstellen. Soweit in dieser Phase auch den Haltern von Fahrzeugen mit einem zulässigen Gesamtgewicht von weniger als 7,5 t Abgabenlasten auferlegt werden, würde die Nutzung der Bundesautobahnen im Prinzip für alle Nutzergruppen entgeltlich. Damit wäre zumindest eines der Kriterien erfüllt, welche die Kommission für die Ein-

ordnung der Bereitstellung von Straßen als wirtschaftlich jüngst zur Anwendung gebracht hat (siehe oben, Abschnitt D.III.7.b)aa)(1)(a) [ab Seite 375]). Hinzu kommt, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Betreiberin der Bundesautobahnen im („intermodalen") Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern stünde, namentlich der Schiene, woraus abgeleitet werden könnte, dass die Gesellschaft künftig jedenfalls insoweit in einem Marktumfeld agieren und mithin wirtschaftlicher Tätigkeit nachgehen wird. Andererseits wird die Höhe der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig erhobenen Entgelte weiterhin vom Staat bzw. vom Deutschen Bundestag gesetzlich bestimmt werden, und hinzu kommt, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die fälligen Benutzungsabgaben möglicherweise nicht selbst erheben und beitreiben wird, sondern möglicherweise lediglich das von Dritten erhobene Aufkommen einziehen wird (s. o.). Dieser Umstand kann nach den jüngsten Äußerungen der Kommission wiederum gegen die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit sprechen (s. o.).

Das insgesamt schlüssige Gesamtbild einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird schließlich auch nicht dadurch zerstört, dass es Wirtschaftsteilnehmer gibt, welche die Leistungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für den Bund ebenso gerne erbringen würden wie diese (zum Beispiel Unternehmen aus der Bauindustrie oder eine im Ausland in vergleichbarer Funktion tätige Einheit wie die ASFINAG). Allein durch die Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft durch den Bund kommt ein Markt für die privatwirtschaftliche Erledigung öffentlich-rechtlicher Aufgaben aus der Straßenbaulast für Autobahnen in Deutschland nicht zustande, bedarf es für die Erbringung darauf gerichteter Leistungen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft doch zuvor einer gesetzlichen Aufgabenübertragung „zur Ausführung". Unter diesen Bedingungen, die zu definieren der zwecksetzungskompetente Gesetzgeber im Grundsatz frei ist, erscheint ein erlaubter Markteintritt Dritter, wie bereits dargelegt, im Ganzen eher als hypothetisch. Unter Anwendung dieses Maßstabs kann die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Übrigen auch in umsatzsteuerrechtlicher eingeordnet werden, nämlich als sonstige Einrichtung öffentlichen Rechts,

> *vgl. hierzu unter Abschnitt D.III.1. (ab Seite 266) hinsichtlich der Frage, ob die Behandlung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als sonstige Einrichtung öffentlichen Rechts im Sinne der Mehrwertsteuersystemrichtlinie den Wettbewerb verzerren würde.*

(bb) Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Trägerin öffentlicher Gewalt

Mit Blick auf die Einordnung der Gesellschaftstätigkeit als nichtwirtschaftlich ist im Weiteren in Betracht zu ziehen, dass die Gesellschaft aufgrund entsprechender Beleihungen in erheblichem Umfang hoheitliche Tätigkeiten ausüben wird. Wie dargelegt wurde, kann es gegen eine wirtschaftliche Tätigkeit sprechen, wenn die fraglichen Tätigkeiten einen unvereinbaren Bestandteil von Staatsgewalt repräsentieren.

Im Einzelnen soll der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft u. a. die Befugnis übertragen werden, einzelne Maßnahmen auszuführen, die zur Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung der Bauten gemäß § 4 FStrG erforderlich sind. In dieser Befugnis würde die Gesellschaft hoheitlich tätig werden und „Staatsgewalt“ im hier maßgeblichen Sinne ausüben. Private Wirtschaftsteilnehmer befinden in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland nämlich regelmäßig nicht über die Vereinbarkeit privater Bauvorhaben mit dem einschlägigen Recht. Ferner soll die Gesellschaft auf der Grundlage von § 7 Abs. 2 FStrG zur Vermeidung von Schäden an der Straße den Gemeingebrauch durch Verkehrszeichen beschränken können, beispielsweise durch Anordnung von vorübergehenden Geschwindigkeitsreduktionen. Auch hierin ist die Ausübung einer hoheitlichen Befugnis zu sehen. Des Weiteren soll die Gesellschaft die (hoheitliche) Befugnis erhalten, Verkehrsschilder aufzustellen, um auf einen nicht verkehrssicheren Zustand der Bundesautobahnen hinzuweisen (§ 3 Abs. 2 FStrG). Sodann wird erwogen, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die (hoheitliche) Erlaubnis einzuräumen, für erlaubnispflichtige Tätigkeiten Sondernutzungserlaubnisse gemäß § 8 Abs. 1 FStrG zu erteilen oder zu versagen. Neben den genannten Befugnissen sollen der Gesellschaft voraussichtlich auch noch zahlreiche weitere hoheitliche Befugnisse nach dem FStrG eingeräumt werden, so die Berechtigung zum Stellen von Anträgen auf Grundberichtigung (§ 6 Abs. 3 FStrG), die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen nach der Beseitigung von Verunreinigungen gemäß § 7 Abs. 3 FStrG, die Anordnung vorübergehender Schutzmaßnahmen gemäß § 11 Abs. 1 FStrG, die Anordnung von Umleitungen nach § 14 FStrG, die Auferlegung von Duldungspflichten gegenüber Privaten zur Durchführung von Untersuchungen gemäß § 16a FStrG sowie die Anordnung von Verkehrsverboten oder Verkehrsbeschränkungen nach § 45 Abs. 2 StVO und das Anbringen von Gefahrzeichen im Sinne von § 45 Abs. 3 Satz 3 StVO. Darüber hinaus soll die

Gesellschaft Aufgaben des Bundes in Entschädigungsverfahren nach § 9 Abs. 9 FStrG erledigen oder Stellungnahmen zu Mitbenutzungsvorhaben gemäß § 77c TKG anfertigen. In den genannten Handlungsfeldern sieht die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig nicht vor, dass Ge- und Verbote zur unmittelbaren Lenkung individuellen Verhaltens von Privatrechtssubjekten ausgesprochen werden. Gerade deshalb ist die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch mit den notwendigen hoheitlichen Befugnissen zu beleihen. Als Beliehene kann sie dann auch als „Trägerin hoheitlicher Gewalt" in dem vorstehend dargestellten Sinn bezeichnet werden.

Speziell im Hinblick auf die Funktion *Finanzierung* ist es im Weiteren denkbar, dass die Gesellschaft die derzeit von der VIFG ausgeführten Aufgaben des Bundes der Finanzierung der Bundesautobahnen zur Ausführung übernimmt. Sofern das der Fall ist, würde die Gesellschaft die im Bundeshaushalt veranschlagten Mittel für Neubau, Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung der in der Baulast des Bundes stehenden Bundesfernstraßen verteilen, dieses im Übrigen auch, soweit die betreffenden Mittel nicht in Vorhaben auf den Bundesautobahnen fließen, sondern in den Neubau, den Ausbau, die Erhaltung, die Unterhaltung und den Betrieb des sonstigen Bundesfernstraßennetzes (vgl. § 2 Abs. 2 VIFGG). Soweit die von der Gesellschaft wahrzunehmende Mittelverteilung die Bundesstraßen beträfe, wäre der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraussichtlich auch die Befugnis zu übertragen, Anordnungen zur Annahme oder Leistung von Zahlungen nach § 70 BHO gegenüber den Bundeskassen zu erteilen sowie die Aufgaben einer „für Zahlungen zuständigen Stelle" im Sinne der BHO auszuführen.

Im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen wird bei diesem Aufgabenspektrum für die Gesellschaft gegenüber der Kommission gut vertretbar argumentiert werden können, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft jedenfalls insoweit nichtwirtschaftlich tätig ist, als der Gegenstand der Gesellschaft die Ausübung der genannten *hoheitlichen* Befugnisse umfasst. Auch im Übrigen haben Aufgaben des Bundes der Planung, des Neubaus und Ausbaus, der Erhaltung, des Betriebs, der Unterhaltung und der vermögensmäßigen Verwaltung den Charakter von „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben" bzw. von „wesentlichen Staatsaufgaben". Deutlich wird das einerseits daran, dass im reformierten Verwaltungssystem für die Bundesautobahnen allein der Bund Träger der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen sein wird, und andererseits daran, dass die Bereitstellung der

Bundesautobahnen eine staatliche Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge darstellt,

> *vgl. Witting, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 3, Rn. 25.*

Soweit die Gesellschaft künftig auch die Verteilung von Mitteln zur *Finanzierung* von Vorhaben des Neubaus, des Ausbaus, der Erhaltung, des Betriebs und der Unterhaltung von Bundesverkehrswegen übernimmt, gilt nichts anderes. Bei diesen und anderen „Aufgaben des Bundes der Finanzierung" handelt es sich ebenfalls um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehören. „Aufgaben der Finanzierung" gehen über die reine Bereitstellung von Finanzmitteln hinaus und schließen insbesondere auch das Finanzmanagement für den Bund als alleinigem Träger der finanziellen Straßenbaulast für die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen ein. Die Verteilung von Mitteln, der künftig auch die Beschaffung von Finanzmitteln im Wege der Kreditaufnahme vorgelagert sein kann, ist insoweit keine Tätigkeit, für die es einen Markt gibt, in dem mehrere Teilnehmer zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Eine solche ist nach der Regelungsstruktur des VIFGG auch nicht dadurch entstanden, dass der Bund nach § 1 Abs. 1 VIFGG Aufgaben des Bundes der Finanzierung von Neubau, Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung von Bundesfernstraßen einer von ihm gegründeten und beherrschten Gesellschaft privaten Rechts, der VIFG, zu übertragen ermächtigt wurde. Auf die obigen Ausführungen zur Marktöffnungsrelevanz gesetzgeberischer Maßnahmen weisen wir in diesem Zusammenhang hin.

Die Spannbreite der der Gesellschaft vermutlich eingeräumten hoheitlichen Befugnisse zeigt, dass diese nahezu in alle Funktionsbereiche der Gesellschaft hineinstrahlen, also nicht etwa nur in die Funktion Planung (Befugnis nach § 16a Abs. 1 Satz 1 FStrG), sondern auch in die Funktionen Bau (§ 4 FStrG), Betrieb und Unterhaltung (§§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 3, 11 Abs. 1 FStrG, 14 FStrG), Verkehr (§ 45 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 3 StVO) und Finanzierung. Bedenkt man diese „Streuung" hoheitlicher Bezüge der künftigen Tätigkeit der Gesellschaft, so bedarf es schon einer differenzierenden Betrachtung ihrer künftigen Aufbau- und Ablauforganisation, um neben den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten mit Hoheitsbezug auch eigenständige wirtschaftliche Tätigkeiten ausfindig zu machen, die gewissermaßen selbständig und unabhängig von hoheitlichen Befugnissen wahrgenommen

werden. Gleichwohl wenden Kommission und Europäischer Gerichtshof eine solche differenzierte Betrachtungsweise im Einzelfall an,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, Rs. C-288/11 P, Rn. 42 – Flughafen Leipzig-Halle,*

weshalb ggf. auch die Verortung (von Teilen) der Geschäftstätigkeit als hoheitlich Gegenstand eines möglichen Vorabkontakt-Verfahrens sein kann.

Auch als „Betreiberin" der Bundesautobahnen wird die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hoheitliche Befugnisse ausüben, soweit sie durch das Errichtungsgesetz oder aufgrund Gesetzes mit entsprechenden Rechten beliehen ist. Die zur Ausgrenzung hoheitlicher Tätigkeiten aus dem beihilfenrechtlichen Unternehmensbegriff geltenden Grundsätze gelten für die Gesellschaft mithin auch noch dann, wenn sie als Inhaberin des wirtschaftlichen Eigentums der Bundesautobahnen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Maut vereinnahmt. Soweit die Gesellschaft aus Sicht der Kommission mit den dargelegten Überlegungen ab Phase 3 als Betreiberin der Bundesautobahnen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, würde die Gesellschaft **gemischtwirtschaftlich** tätig sein, also neben nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben. Soweit das in einer Einheit der Fall ist, fällt die Gewährung öffentlicher Mittel für die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten nur dann nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn – zwecks Vermeidung von Quersubventionierungen – die beiden Tätigkeitsformen und ihre Kosten und Finanzierungen eindeutig voneinander getrennt werden,

> *vgl. Bungenberg, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Seite 112, Rn. 35.*

Der Aufbau einer entsprechenden Trennungsrechnung wäre durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zweckmäßiger Weise frühzeitig in den Blick zu nehmen.

(cc) Zwischenergebnis zur Unternehmenseigenschaft und wirtschaftlichen Tätigkeit

Unter Hinweis auf die öffentlich-rechtlichen Strukturen der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen lässt sich mit guten Argumenten vertreten, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei der Erbringung von Leistungen gegenüber dem Bund bereits keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben wird.

Vorauszusetzen ist insoweit, dass der Bund durch das Errichtungsgesetz in Bezug auf die Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben des Bundes keinen Markt eröffnet. Indem ausschließlich der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Erfüllung von Aufgaben des Bundes aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen zur Ausführung übertragen wird, ist diese Voraussetzung erfüllbar.

Führt die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine wirtschaftliche Tätigkeit aus, so erfüllt sie auch nicht den Tatbestand eines beihilfetauglichen Unternehmens im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Der Gesellschaft durch den Bund gewährte Ausgleichszahlungen erfüllen den Beihilfentatbestand unter den zuvor genannten Bedingungen nicht. Gegen eine (vollständige) Einordnung der Gesellschaftstätigkeit als unternehmerisch bzw. als „wirtschaftlich“ im Sinne des Beihilfenrechts sprechen im Übrigen auch die von der Gesellschaft dauerhaft wahrzunehmenden hoheitlichen Befugnisse.

Sobald die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in eine Leistungsbeziehung zu den Nutzern der Bundesautobahnen tritt und diesen gegenüber als Infrastrukturbetreiber auftritt, kann sich die Einordnung der Gesellschaftstätigkeit als „nichtwirtschaftlich“ ändern. Die näheren Umstände, welche nach Kommission und Europäischem Gerichtshof die Einordnung der Tätigkeiten eines Infrastrukturbetreibers als wirtschaftlich bzw. nichtwirtschaftlich beeinflussen (zum Beispiel die Zuständigkeit zur Mauthöhebestimmung, zur Mauterhebung oder zum sog. Enforcement), sind für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenwärtig allerdings noch nicht absehbar.

In der Sache kann die Bundesrepublik Deutschland das Nichtvorliegen einer Beihilfe (*„no aid“*) gegenüber der Kommission freilich nicht nur auf den Vortrag fehlender wirtschaftlicher Tätigkeit stützen, sondern zusätzlich mit anderen Erwägungen absichern. Einen möglichen Ansatzpunkt liefert insoweit die den Mitgliedstaaten nach Art. 106 AEUV eingeräumte Möglichkeit der Betrauung von (öffentlichen) Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Wenn die im Folgenden darzustellenden Anforderungen von Rechtsprechung und Kommission an die Betrauung von Unternehmen mit der Durchführung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erfüllt sind, stellen dem Unternehmen gewährte Ausgleichsleistungen für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung tatbestandlich ebenfalls keine Beihilfe dar,

Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29. April 2013, SWD (2013) 53 final/2, nachfolgend „DAWI-Leitfaden", Rn. 73.

(2) Fehlende Begünstigung im Falle der Betrauung der Gesellschaft mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DAWI")

Einzelnen Unternehmen selektiv gewährte staatliche Ausgleichszahlungen können unter bestimmten Voraussetzungen beihilfenrechtlich unbedenklich sein, wenn der Adressat der Begünstigung mit im allgemeinen öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben betraut wurde und wenn dabei die Regeln beachtet werden, welche in der beihilfenrechtlichen Diskussion gemeinhin als die sog. *Altmark Trans*—Kriterien bezeichnet werden.

(a) Die „*Altmark Trans*"-Kriterien

Staatliche Ausgleichszahlungen für wirtschaftliche Tätigkeiten in Bereichen, in denen ein Marktversagen vorliegt, werden nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit nicht als tatbestandliche Beihilfe eingestuft. Nach dem Urteil in der Sache *Altmark Trans* müssen folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit ein Kostenausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht als Beihilfe eingestuft wird:

- Erstens muss das Unternehmen, das staatliche Zahlungen erhält, tatsächlich mit der Erfüllung klar zu definierender gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein;
- zweitens müssen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, im Vorhinein transparent und objektiv aufgestellt werden, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das betraute Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern begünstigt;
- drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflich-

tungen zu decken, wobei erzielte Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind;

- viertens muss der Dienstleister entweder im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe ausgewählt werden *oder* – was für die Gestaltung des zwischen den Bund und der Gesellschaft abzuschließenden Geschäftsbesorgungsvertrag relevant werden dürfte – der **Ausgleich ist aufgrund einer Analyse der Kosten** zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen hätte, wobei wiederum die erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen sind,

  vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 87 ff. – Altmark Trans; ausführlich zu den einzelnen Kriterien der Altmark Trans-Judikatur vgl. auch Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 62 ff.

Werden diese vier Voraussetzungen erfüllt, so werden Ausgleichszahlungen im Bereich DAWI nicht als tatbestandliche Beihilfe qualifiziert, so dass eine Anmeldung bei der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV nicht zu erfolgen hat.

(b) „DAWI-Paket“ der Kommission

Im Nachgang zur *Altmark Trans*-Judikatur hat die Kommission die soeben genannten Kriterien des Europäischen Gerichtshofs aufgegriffen und für die Erbringung von DAWI weitere Möglichkeiten eröffnet, um – zum Teil auf Ebene des Beihilfentatbestandes, zum Teil aber auch auf Ebene der Rechtfertigung tatbestandlich gegebener Beihilfen – eine Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen mit dem Binnenmarkt herzustellen. Zu nennen sind einerseits zwei von der Kommission aufgestellte *Freistellungsgrundlagen*, andererseits kommissionsseitig festgelegte Voraussetzungen dafür, dass Beihilfen im Bereich DAWI auf der Grundlage des *Art. 106 Abs. 2 AEUV* von der Kommission genehmigt werden können.

Mit der Verordnung (EU) Nr. 360/2012,

vgl. ABl. L 114 vom 26. April 2012, Seite 8 – im Folgenden „DAWI De-minimis-Verordnung“,

hat die Kommission eine eigene *De-minimis*-Regelung für den Bereich der DAWI geschaffen. Nach Art. 2 Abs. 2 der DAWI *De-minimis*-Verordnung erfüllen staatliche Maßnahmen im Zusammenhang von DAWI dann nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV (und sind von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV Satz 1 befreit), wenn diese Zahlungen für einen Zeitraum von drei Steuerjahren nicht EUR 500.000 übersteigen. Angesichts dieser Höchstgrenze kommt eine Freistellung der der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu gewährenden Ausgleichszahlungen von den beihilferechtlichen Regelungen aufgrund der DAWI *De-minimis*-Verordnung von vornherein nicht in Betracht.

Eine weitere Freistellungsmöglichkeit für die Erbringung von DAWI hat die Kommission mit ihrem Freistellungsbeschluss vom 20. Dezember 2011 eröffnet,

> *vgl. ABl. L 7 vom 11. Januar 2012, Seite 3 – im Folgenden „DAWI-Freistellungsbeschluss“.*

Allerdings findet dieser Beschluss nach seinem Art. 2 Abs. 1 lit. a) lediglich auf Ausgleichleistungen für die Erbringung von DAWI von nicht mehr als EUR 15 Mio. pro Jahr Anwendung und ist gem. Art. 2 Abs. 2 grundsätzlich auf Betrauungen für einen Zeitraum von 10 Jahren beschränkt. Auch diese Anforderungen würden mit Blick auf die für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Rede stehenden Ausgleichszahlungen nicht erfüllt, weil die vom Bund übergangsweise zu leistenden Zahlungen den genannten Betrag von 15 Mio. *p. a.* deutlich überschritten. Damit scheidet eine Freistellung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss ebenfalls aus.

Vom sog. DAWI-Paket gleichfalls umfasst sind die von der Kommission aufgestellten Rahmenbedingungen, nach denen Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt und mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt werden können,

> *vgl. Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, Seite 15, im Folgenden „DAWI-Rahmen“.*

Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV können staatliche Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, wenn sie für die Erbringung der DAWI erforderlich sind und sie die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in ei-

nem Maße beeinträchtigen, welches dem Interesse der Europäischen Union zuwiderläuft. Die näheren Voraussetzungen für die Vereinbarkeit von Ausgleichsleistungen mit dem Binnenmarkt sind im DAWI-Rahmen niedergelegt,

vgl. DAWI-Rahmen, Rn. 11 ff.

Die Einhaltung dieser Voraussetzungen führt zwar zur Rechtfertigung eines Eingriffs in den Beihilfe-Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV, von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV entbindet sie jedoch nicht. Aus diesem Grund und vor dem Hintergrund einer Ausrichtung der Geschäftstätigkeit am Gestaltungsziel „*no aid*" sollen die Voraussetzungen des DAWI-Rahmens an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

(3) Gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu leistender Aufwandsausgleich im Lichte der DAWI-Voraussetzungen

Nach der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgestellten Planungsrechnung wird ein Unterdeckungsausgleich vom Bund nur übergangsweise zu leisten sein. Sobald die Gesellschaft auskömmliche Benutzungsabgaben vereinnahmt, lässt sich von einem Ausgleich *des Bundes* gegenüber der Gesellschaft mithin nicht mehr sprechen. Anknüpfungspunkt für eine anzunehmende „Ausgleichsleistung" des Bundes mag dann allenfalls noch der Umstand sein können, dass der Bund die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erhebung von Abgaben für die Autobahnnutzung aufrechterhält und dadurch die Voraussetzungen konserviert, unter denen die Gesellschaft Einnahmen erzielen kann. Soweit der Zahlungsfluss in den Blick genommen wird, wird sich die Ausgleichs*richtung* aber ändern, sobald die Gesellschaft kostendeckende Entgelte vereinnahmt. Der Liquiditätsfluss geht dann nicht mehr vom Bund zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, sondern von den Nutzern der Bundesautobahnen zur Gesellschaft. Ob dem Staat die Aufrechterhaltung der rechtlichen Abgabeverpflichtung gegenüber den Nutzern dann noch als „Ausgleichsleistung" zurechenbar ist, lässt sich insofern bezweifeln. Als rechtlicher Eigentümer der Bundesautobahnen begründet der Bund allerdings die Rechtspositionen, welche die Gesellschaft überhaupt erst zur Vereinnahmung des Mautaufkommens berechtigen. Die damit angesprochene Bestellung eines (öffentlich-rechtlichen) Nießbrauchs zugunsten der Gesellschaft sowie die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen sind dem Bund jedenfalls zurechenbar. Diese Maßnahmen beleuchten wir aus beihilfenrechtlicher Sicht nachfol-

gend in Abschnitt D.III.7.b)bb) (ab Seite 417). Die in den ersten Betriebsjahren der Gesellschaft zu leistenden Ausgleichszahlungen des Bundes indes stellten ihrerseits keine Begünstigung dar, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

(a) Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe

Das erste sog. Altmark-Kriterium verlangt, dass das Unternehmen, welchem der Ausgleich gewährt wird, tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, die klar definiert sind, betraut sein muss. Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe ist nicht klar definiert, scheint aber nach Auffassung der Rechtsprechung und des Schrifttums mit dem der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne der Bereichsausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV identisch zu sein,

> *vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 64.*

Insoweit spricht einiges dafür, die Unionsjudikatur zu Art. 106 Abs. 2 AEUV auch bei der Auslegung des Begriffs der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe zugrunde zu legen. Charakteristisch für eine solche Aufgabe ist es, dass die Erbringung der entsprechenden Dienstleistung in einem allgemeinen öffentlichen Interesse liegt (sog. Universalitätskriterium). Da die Autobahnverwaltung zur Daseinsvorsorge gehört und überdies darauf gerichtet ist, den Gebrauch der Bundesautobahnen im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften „jedermann“ zu ermöglichen („Gemeingebrauch“ gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 FStrG), dürften Dienstleistungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für den Bund, welche auf die betriebsbereite Bereitstellung der Bundesautobahnen zur Nutzung durch Dritte gerichtet sind, dieses Universalitätskriterium erfüllen. Unabhängig hiervon wird den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung dessen, was als DAWI gelten soll, ohnehin ein weites Ermessen eingeräumt,

> *vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 64.*

Des Weiteren erfordert das erste Altmark-Kriterium einen obligatorischen Charakter der jeweiligen Verpflichtungen, die dabei ausreichend klar und präzise definiert sein müssen. Der obligatorische Charakter kann sich einerseits aus gesetzlichen Vorgaben ergeben, hier etwa aus dem Bedarfsplan

oder aus den gesetzlichen Anforderungen an die Sicherheit und Ordnung der Bauten (§ 4 FStrG). Darüber hinaus wären die Anforderungen an die Aufgabenerfüllung durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aber auch im Geschäftsbesorgungsvertrag zu präzisieren.

In welchem rechtlichen *Modus* die Betrauung zu erfolgen hat, ist dem Mitgliedstaat weitgehend freigestellt. Die Betrauung kann durch Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen oder privaten Vertrag oder durch die Übertragung hoheitlicher Befugnisse erfolgen. Im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dürfte eine Betrauung mit Aufgaben gemeinwirtschaftlichen Charakters auf verschiedene Art und Weise erfolgen. So würden der Gesellschaft bereits durch ein vom Bundestag zu beschließendes Errichtungsgesetz Aufgaben des Bundes im Bereich der Planung, dem Bau, dem Betrieb, der Erhaltung, der Unterhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen zur Ausführung übertragen. Durch oder auf Grund des Errichtungsgesetzes würde die Gesellschaft zudem mit hoheitlichen Aufgaben beliehen, wobei gerade diese Tätigkeiten einer zusätzlichen „Einkleidung" in eine Betrauung freilich nicht bedürften, da sie voraussichtlich schon *per se* nicht als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sind,

> *vgl. insoweit die Ausführungen oben unter Abschnitt D.III.7.b)aa)(1) (ab Seite 375).*

Schließlich wären das Leistungsspektrum und die Anforderungen an die von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen durch den Geschäftsbesorgungsvertrag so weit zu konkretisieren, dass auf diese Weise auch dem Kriterium des hinreichend bestimmten Betrauungsakts Genüge getan werden kann.

(b) *Ex ante*-Bestimmung der Ausgleichsparameter

Das zweite Altmark-Kriterium verlangt, dass die Parameter, anhand derer der finanzielle Ausgleich berechnet wird, zuvor in objektiver und transparenter Weise aufgestellt worden sind. An dieser Stelle unterscheiden sich die Prüfung der den Beihilfe-Tatbestand ausschließenden Altmark-Kriterien (Tatbestandebene) und die Prüfung der Bereichsausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV (Rechtfertigungsebene). Denn das zweite Altmark-Kriterium findet sich gerade nicht in der Bereichsausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV wieder. Während die zweite Altmark-

Voraussetzung ausdrücklich eine ***ex ante*-Bestimmung der Berechnungsparameter** fordert, genügt nach der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des Art. 106 Abs. 2 AEUV die bloße *ex post*-Kontrolle hinsichtlich einer möglichen Überkompensation,

> *vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 84; siehe dazu auch später unter D.III.7.c)bb) (ab Seite 444).*

Soll das Fehlen des Beihilfentatbestands nicht nur darauf gestützt werden, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in den früheren Phasen ihrer Geschäftstätigkeit keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, sondern zusätzlich darauf, dass der der Gesellschaft gewährte Unterdeckungsausgleich den DAWI-Grundsätzen entspricht, so wird es bei Gestaltung des Geschäftsbesorgungsvertrages entscheidend darauf ankommen, dass durch den Vertrag die Berechnungsparameter für die Zusammensetzung des Entgelts im wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft vorab hinreichend genau bestimmt sind. Andernfalls dürfte eine Lösung der Beihilfeproblematik insoweit nur auf der Ebene der Rechtfertigung über die Bereichsausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV (Genehmigung einer zuvor angemeldeten Beihilfe) möglich sein.

In der praktischen Umsetzung würde sich die *ex ante* erfolgende Bestimmung der Ausgleichsparameter im Einzelnen als durchaus vielschichtig erweisen können. Sofern eine Ausrichtung der Gesellschaftstätigkeit an den DAWI-Grundsätzen erfolgen soll, erschiene es auch vor diesem Hintergrund als konsequent, die DAWI-Konformität des Ausgleichsmechanismus frühzeitig sicherzustellen, wobei wir diesbezüglich allerdings ergänzend auf die nachfolgenden Ausführungen zum sog. Effizienzkriterium verweisen [dazu in Abschnitt (d)].

(c) Vermeidung von Überkompensation

Das dritte Altmark-Kriterium verlangt, dass die staatlicherseits gewährten Ausgleichszahlungen nicht über das hinausgehen dürfen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der öffentlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen sowie eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Die Kontrolle der Kommission ist hierbei auf offenkundige Fehler beschränkt, die dem Mitgliedstaat bei der Berechnung von Mehrkosten einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ggf. unterlaufen sind. Die Prü-

fung der Erforderlichkeit von Ausgleichszahlungen im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird zum einen voraussetzen, Geschäftspläne aufzustellen, welche die mit der Erbringung der jeweiligen Leistungen verbundenen Kosten sowie den zu berücksichtigenden angemessenen unternehmerischen Gewinn hinreichend spezifizieren. Zum anderen werden Kontrollmechanismen einzurichten sein, die die Umsetzung dieser Vorgaben sicherstellen,

> *zur Prüfung des dritten Altmark-Kriteriums durch die Kommission vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 73 f.*

Herzustellen wären diese Bedingungen auf der Grundlage vertraglicher Regelungen zwischen Bund und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, zum Beispiel im Geschäftsbesorgungsvertrag.

(d) Effizienzkriterium

Das vierte Altmark-Kriterium bezieht sich auf die Auswahl des effizienten Erbringers der betreffenden Dienstleistung. Auch wenn die drei zuvor genannten Altmark-Kriterien erfüllt sind, schließen diese nicht aus, dass der mit der Erbringung der Dienstleistung Betraute ineffizient wirtschaftet und daher auf höhere Kompensationszahlungen angewiesen ist als andere Anbieter. Stellen die ersten drei Kriterien somit einen objektiven Maßstab auf, der die spezifischen Eigenheiten des konkreten Dienstleistungserbringers nicht berücksichtigt, so führt das vierte Altmark-Kriterium zusätzlich ein subjektives Element ein, welches die effiziente Leistungserbringung durch das konkret beauftragte Unternehmen sicherstellen soll.

Grundsätzlich sind zwei Wege gangbar, um das Effizienzkriterium zu erfüllen.

(aa) Auswahl des Dienstleistungserbringers im Wege einer öffentlichen Ausschreibung

Die einfachste Möglichkeit für Behörden, das vierte Altmark-Kriterium zu erfüllen, besteht darin, eine offene, transparente und diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung durchzuführen, die mit den Vergaberichtlinien im Einklang steht,

> *vgl. DAWI-Mitteilung, Ziffer 63.*

Nach der hier vorgeschlagenen Konzeption wären Gegenstand der Ausschreibung die unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu erbringenden Leistungen. Wie in Abschnitt D.III.6.c) (ab Seite 293) dargelegt, können diese Leistungen an die Gesellschaft jedoch gemäß § 108 Abs. 1 GWB in rechtmäßiger Weise ohne Anwendung des Vergaberechts vergeben werden. Auch wenn eine *inhouse*-Vergabe mit den Vergaberichtlinien im Einklang steht, dispensierte das Beihilfenrecht den Bund nicht automatisch von der Notwendigkeit, die Auswahl eines Dienstleistungserbringers in einem wettbewerblichen Verfahren zu organisieren, falls er sich für die beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit einer Ausgleichszahlung auf die Altmark-Kriterien sollte berufen wollen,

> *vgl. DAWI-Leitfaden, Rn. 67; DAWI-Mitteilung, Rn. 64 bis 66. In Rn. 66 der DAWI-Mitteilung formuliert die Kommission: „Auch in Fällen, in denen keine rechtliche Verpflichtung besteht, ist eine offene, transparente und diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung eine angemessene Methode, um verschiedene potenzielle Angebote vergleichen und den Ausgleich so festlegen zu können, dass das Vorliegen einer Beihilfe ausgeschlossen ist.“*

Würde der Bund die unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu erbringenden Leistungen also etwa in einem offenen Verfahren (§ 15 VgV) oder einem nicht offenen Verfahren (§ 16 VgV) ausschreiben wollen, so müsste er hierfür zunächst die dafür erforderlichen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen schaffen, indem er privaten Wirtschaftsteilnehmern entsprechende Handlungsrechte einräumt. Dadurch indes würde im Sinne des vorangehend erörterten hypothetischen Wettbewerbstests möglicherweise zugleich ein Markt eröffnet werden, und die Erfüllung von Aufgaben aus der Straßenbaulast des Bundes für den Bund durch Private könnte in der Folge den Tatbestand der wirtschaftlichen Tätigkeit erfüllen. Aus Sicht des Bundes, der im Errichtungsgesetz entsprechende Regelungen vorzusehen hätte, wäre die Durchführung einer Ausschreibung der Geschäftsbesorgungsleistungen mithin ersichtlich kontraproduktiv: Der Bund würde einerseits die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gründen und dieser die Beschäftigten und Sachmittel der Auftragsverwaltungen zuordnen, und hätte andererseits nicht einmal die Gewähr, dass die von ihm gegründete Gesellschaft überhaupt zum Zuge kommt. Überdies würden zusätzliche Rechtsrisiken hinsichtlich der beihilfenrechtlichen Einordnung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Unternehmen begründet. Für das hier empfohlene Organisa-

tionsmodell scheidet die Auswahl des Leistungserbringers im Wege einer öffentlichen Ausschreibung mithin als nicht zielkonform aus.

(bb) Analyse der Kosten

Wie bereits angemerkt, kann das Effizienzkriterium auch in Fällen erfüllt werden, in denen die Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht im Wege einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt,

dazu DAWI-Mitteilung, Ziffer 3.6.2, Rn. 69 ff.

Die Kommission spricht in diesem Zusammenhang zwei unterschiedliche Verfahrensweisen an:

Besteht für eine bestimmte Dienstleistung eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung, so stellt diese nach Ansicht der Kommission den besten Anhaltspunkt für die Höhe der Ausgleichsleistung dar,

DAWI-Mitteilung, Rn. 69.

Für die Erfüllung von Aufgaben des Bundes aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen lässt sich eine marktübliche Vergütung allerdings wohl nicht feststellen. Zum einen bestehen mit den obigen Ausführungen bereits Bedenken, ob für die Erfüllung von Aufgaben aus der Straßenbaulast überhaupt ein Markt besteht bzw. durch die politische Entscheidung zur Reform der Auftragsverwaltung künftig entstehen soll. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass sich in der Praxis der Auftragsverwaltung für die in Rede stehenden Leistungen ein kostendeckendes Entgelt etabliert hat, tragen die Länder die im Zuge der Auftragsverwaltung entstehenden Verwaltungskosten abgesehen von der ihnen vom Bund gewährten Pauschale nach § 6 Abs. 3 Satz 2 FStrVermG im Grundsatz doch selbst (Art. 104a Abs. 5 Satz 1 GG). Soweit für die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenüber dem Bund zu übernehmende Dienstleistung einer Erledigung von dessen Aufgaben aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen auf eine „allgemein akzeptierte“ Vergütung abzustellen ist, kann der Nachweis der „Marktüblichkeit“ demzufolge nicht geführt werden. Damit muss die Höhe der Ausgleichsleistung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstünden, das so angemessen mit Sachmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten Anforderungen genügen kann. Mit diesem Maßstab soll sichergestellt wer-

den, dass nicht die hohen Kosten eines ineffizienten Unternehmens als „Anhaltswert“ herangezogen werden,

vgl. DAWI-Mitteilung, Rn. 69 ff.

Die Kommission sieht den Weg einer Bemessung von Ausgleichsleistungen nach den solcherart bestimmten Kosten anstelle der Auswahl des Dienstleistungserbringers im Wettbewerb auch in ihrer aktuellen Beihilfen-Mitteilung noch als zulässig an,

KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 70.

(i) Maßstäbe

Wenn das mit den DAWI zu betrauende Unternehmen nicht im Wettbewerb gefunden wurde, müssen die ihm gewährten Ausgleichleistungen das Ergebnis eines Leistungsvergleichs mit einem durchschnittlichen, gut geführten und mit den notwenigen Mitteln ausgestatteten Unternehmen sein.

Weitgehend erübrigen könnte sich eine umfassende Kostenanalyse für die Leistungsbereiche der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, für die eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung besteht. Dies könnte beispielsweise im Bereich des Winterdienstes der Fall sein. In solchen Fällen bietet die marktübliche Vergütung einen guten Anhaltspunkt für die Festlegung einer effizienten Vergütungsstruktur. Besteht eine solche marktübliche Vergütung nicht, muss die Höhe der Ausgleichsleistung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden. Dabei zu analysieren sind die Kosten, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das so angemessen mit Sachmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten Anforderungen an die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen entstünden – wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die hohen Kosten eines ineffizienten Unternehmens nicht als Anhaltswert herangezogen werden.

Die Kommission ist der Ansicht, dass der Begriff des „gut geführten Unternehmens“ die Einhaltung der geltenden Rechnungslegungsstandards auf nationaler, Unions- und internationaler Ebene voraussetzt. Die Mitgliedstaaten können ihre Prüfung unter anderem auf analytische Quotienten stützen, die Auskunft über die Produktivität geben (zum Beispiel Umsatz im

Verhältnis zum investierten Kapital, Gesamtkosten im Verhältnis zum Umsatz, Umsatz pro Mitarbeiter, Wertschöpfung pro Mitarbeiter oder Personalkosten im Verhältnis zur Wertschöpfung). Die Mitgliedstaaten können außerdem analytische Quotienten für die Qualität der erbrachten Dienstleistungen im Verhältnis zu den Erwartungen der Nutzer verwenden. Denn ein mit der Erbringung von DAWI betrautes Unternehmen, das die vom betreffenden Mitgliedstaat festgelegten Qualitätskriterien nicht erfüllt, ist kein gut geführtes Unternehmen, auch wenn dessen Kosten gering sind,

vgl. DAWI-Mitteilung, Rn. 72.

Bei der Kostenanalyse zu berücksichtigen sind sowohl die direkt mit der DAWI verbundenen leistungsspezifischen Zusatzkosten als auch ein angemessener Anteil an den indirekten Kosten, die zwischen dem DAWI und dem Nicht-DAWI-Bereich aufzuteilen sind,

vgl. DAWI-Mitteilung, Rn. 74.

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der *angemessenen Ausstattung mit Sachmitteln* gilt, dass die Ressourcen des entsprechenden Unternehmens für die sofortige Erfüllung der DAWI **erforderlich** sein müssen. Darüber hinaus gilt als *angemessener Gewinn* die Kapitalrendite, die ein typisches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende DAWI über den gesamten Zeitraum der Betrauung erbringt,

vgl. DAWI-Mitteilung, Rn. 76 f.

(ii) Anwendung der Maßstäbe auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Der *ex ante*-Nachweis, dass für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht „die hohen Kosten eines ineffizienten Unternehmens“ als Anhaltswert herangezogen werden, sondern stattdessen die Kosten eines gut geführten Unternehmens, eröffnet schwerwiegende Problemfelder. Schon die Frage, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überhaupt ein „gut geführtes Unternehmen“ in dem *hier* maßgeblichen Sinne sein kann, fördert Zweifel zutage. Sie offenbart nämlich, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gewissermaßen *qua* Gründungsakt noch nicht einmal in der Lage sein soll, wie ein „gut geführtes Unternehmen“ den Umfang der von ihr einzusetzenden Ressourcen selbst zu bestimmen. Im Gegenteil, statt Betriebsmittel und Personal - wie ein „gut geführtes Unternehmen“ - in sachangemessenen

Qualitäten und Quantitäten an den Faktormärkten und unter Inanspruchnahme unternehmerischer Freiheitsgrade (*„make or buy“*) selbst zu beschaffen, werden der Gesellschaft die Beschäftigten und die Sachmittel der Bundesautobahnverwaltungen der Länder gesetzlich, mithin „politisch“ zugeordnet. Diese Zuordnung folgt sachlichen Notwendigkeiten insofern, als der „Verwaltungsbetrieb“ für die Bundesautobahnen in den Ländern seit Jahrzehnten funktioniert und es schlicht unvertretbar sein dürfte, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft diesen Betrieb unter Vernachlässigung der in den Ländern vorhandenen Verwaltungskapazitäten von Grund auf neu aufbauen zu lassen. Die Zuordnung bereits vorhandener Ressourcen zur Gesellschaft bedeutet auf der anderen Seite aber auch, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die „Angemessenheit“ ihrer Ressourcenausstattung im Sinne der vorbezeichneten Maßstäbe nicht selbst bestimmen kann. Ein *ex ante*-Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten und mit den *notwenigen* Mitteln ausgestatteten Unternehmen muss im Übrigen auch deshalb fehlschlagen, weil gegenwärtig niemand zuverlässig definieren kann, welche Mittel für den bedarfsangemessenen Betrieb von 13.000 km Bundesautobahnen bzw. für die Erledigung der Straßenbaulastaufgaben des Bundes *notwendig* sind. Lassen sich die für die Erledigung von Planung, Bau, Erhaltung, Unterhaltung, Betrieb, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung der Bundesautobahnen *notwendigen* Mittel in Abwesenheit eines Marktes für die *gesamthafte* Übernahme von Straßenbaulastaufgaben mithin gar nicht erfassen, so kann ein belastbarer *ex ante*-Nachweis von „markterprobten“ Kosten für die Bereitstellung des Leistungsbündels schon im Ansatz nicht gelingen, sieht man von dem ausnahmsweisen Vorhandensein von Marktpreisen für Einzelleistungen aus der Straßenbaulast (zum Beispiel Betriebsdienst, Winterdienst) an dieser Stelle ab[21]. Die praktischen Schwierigkeiten eines *ex ante*-Nachweises der erforderlichen Kosten für die Wahrnehmung von Straßenbaulastaufgaben durch ein „gut geführtes Unternehmen“ offenbaren im Übrigen zugleich, dass die Einordnung der Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ für den Bund als „nichtwirtschaftlich“ insgesamt

[21] Anzumerken ist, dass sich die notwendigen Kosten für die Erbringung der Straßenbaulastaufgaben im Ganzen wohl auch nicht aus einem Betriebsvergleich mit Einheiten ergeben dürften, welche im Ausland vergleichbare Tätigkeiten übernehmen. Stellte man für die notwendigen Kosten eines gut geführten Unternehmens zum Beispiel auf die Kosten der ASFINAG ab, so wäre zunächst zu prüfen, ob ASFINAG und Verkehrsinfrastrukturgesellschaft identische Aufgaben zu erfüllen haben. Soweit das nicht der Fall ist, wäre ein „aufgabenbereinigter“ Kostenvergleich anzustellen. Im Einzelnen dürften sich vielschichtige Abgrenzungs- und Überleitungsfragen ergeben, um aus vorhandenen Kennziffern der ASFINAG notwendige Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abzuleiten.

schlüssig erscheint. Denn wo bezogen auf das *gesamte* Leistungsspektrum aus der Straßenbaulast keine Marktpreise ersichtlich sind, ist auch kein Marktumfeld für die Erbringung dieses gesamthaften Leistungsbündels gegeben.

(4) Zwischenergebnis

Wie dargelegt, lassen sich sehr gute Argumente gegenüber der Kommission dafür in Anschlag bringen, dass der finanzielle Ausgleichsmechanismus in der frühen Phase der Geschäftsentwicklung, bestehend aus der Zuweisung des Aufkommens aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe einerseits und dem Unterdeckungsausgleich aus Bundeshaushaltsmitteln andererseits, bereits den Tatbestand der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt, weil die Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Ausführung von dessen Straßenbaulastaufgaben gar keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Auf das Fehlen wirtschaftlicher Tätigkeit sollte der Unterdeckungsausgleich in der mit der Kommission bevorstehenden Vorab-Erörterung des Reformvorhabens in erster Linie gestützt werden. Demgegenüber erscheint die Darlegung der Beihilfenneutralität des Unterdeckungsausgleichs („*no aid*“) unter Zuhilfenahme der DAWI-Voraussetzungen angesichts der Schwierigkeit einer *ex ante*-Bestimmung der *notwendigen* Kosten für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als problematisch. Zwar sieht die Kommission die Methode eines Kostennachweises zur Darlegung des Effizienzkriteriums nach wie vor als zulässig an, wenn der Erbringer von gemeinwirtschaftlichen Leistungen – wie hier – nicht in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren ermittelt werden soll. Soweit ersichtlich, ist der Weg der Kostenanalyse in der Kommissionspraxis aber bisher noch nicht beschritten worden, so dass es insoweit zum einen an Erfahrungswerten fehlt. Zum anderen würde die Bindung der Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an die Kosten eines durchschnittlich geführten Unternehmens auf praktische Probleme stoßen.

bb) Einbringung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen

Als weiterer Anknüpfungspunkt für eine tatbestandliche Beihilfe kommt die Einbringung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen in die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Betracht. Deren rechtliche Voraussetzung, die Bestellung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den

Bundesautobahnen, ergänzt um eine Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz, ist unter Abschnitt D.III.5 (ab Seite 276) ausführlich dargelegt worden und bildet den Ausgangspunkt der weiteren beihilferechtlichen Betrachtungen.

Nach dem für die Geschäftstätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgesehenen Phasenmodell wird der öffentlich-rechtliche Nießbrauch an den Bundesautobahnen zu Gunsten der Gesellschaft bereits zu einem Zeitpunkt bestellt, in dem die Gesellschaft als „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ für den Bund mit den oben ausgeführten Erwägungen noch keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Mangels beihilfenrechtlicher Unternehmenseigenschaft der Gesellschaft würden die Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Bundesautobahnen, die Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz und in ihrer Folge die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen in dieser Phase noch nicht zum Vorliegen einer Beihilfe führen. Entsprechendes gilt für die Bestellung eines Nießbrauchs an den Forderungen des Bundes gegenüber Toll Collect aus der Lkw-Maut bzw. für die Einräumung von Rechten am Aufkommen aus der Infrastrukturabgabe zugunsten der Gesellschaft (s. o.). Jedoch wirken diese Maßnahmen rechtlich und wirtschaftlich auch in die Zukunft hinein bzw. bleiben wirksam, nachdem die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihre Rolle als „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ für den Bund hinter sich gelassen und ihre Geschäftstätigkeit als „Infrastrukturbetreiberin“ aufgenommen haben wird (mit Übergang von Phase 2 auf Phase 3). Ab diesem Zeitpunkt wird die Gesellschaft nach den oben dargestellten Maßstäben möglicherweise eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und mithin beihilfentaugliches „Unternehmen“ sein, auch wenn bisher noch nicht entschieden ist, ob die Gesellschaft Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe künftig tatsächlich selbst erheben soll. Insoweit fragt sich, ob die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen bzw. ihr vorangehend des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs sowie die Einräumung eines Wertersatzanspruchs an den Bundesautobahnen zugunsten der Gesellschaft eine Begünstigung im Sinne des Beihilfentatbestands darstellt.

(1) Tatbestandsmerkmal der Begünstigung bzw. des Vorteils

Ein Vorteil bzw. eine Begünstigung im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter

normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 60 – SFEI u. a.*

Von Belang sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern allein die Auswirkung der Maßnahme auf das Unternehmen. Wenn sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift, liegt ein Vorteil vor. Um festzustellen, ob dies der Fall ist, sollte die finanzielle Lage des Unternehmens nach Durchführung der Maßnahme mit der finanziellen Lage verglichen werden, in der es sich befände, wenn die Maßnahme nicht durchgeführt worden wäre. Da es nur auf die Auswirkung der Maßnahme ankommt, ist unerheblich, ob der Vorteil für das Unternehmen verpflichtenden Charakter in dem Sinne hat, dass es auf ihn nicht verzichten oder ihn nicht ablehnen könnte,

> *vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 67 m. w. N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung der Unionsgerichte.*

Auch die genaue Art der Maßnahme ist für die Feststellung, ob dem Unternehmen durch die Maßnahme ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft wird, irrelevant. Für den Begriff der staatlichen Beihilfe ist nicht nur die Gewährung positiver wirtschaftlicher Leistungen von Bedeutung. Auch die Befreiung von wirtschaftlichen Lasten kann einen Vorteil darstellen. Letzteres stellt eine weite Kategorie dar, die jegliche Formen der Verringerung von Belastungen umfasst, die ein Unternehmen normalerweise selbst trägt. Dies gilt für alle Fälle, in denen Wirtschaftsbeteiligte von Kosten befreit werden, die mit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zwangsläufig verbunden sind,

> *vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 68 m. w. N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung der Unionsgerichte.*

Die hier zunächst nur überblickshalber dargestellten Möglichkeiten der Vermittlung wirtschaftlicher Vorteile für Unternehmen zeigen, dass auch der Staat bei der Auswahl seiner Instrumente wirtschaftlichen Erwägungen folgen und dass er die ausgewählten Instrumente einsetzen kann, um ganz bestimmte ökonomische Wirkungen zu erzielen. Mithin ist der Staat nicht etwa auf typisch „öffentliche“ Handlungsformen beschränkt, sondern kann sich insbesondere auch „marktwirtschaftlicher“ Instrumente bedienen. Be-

stätigt wird das durch die Kommission, welche unter Berufung auf Art. 345 AEUV darauf hinweist, dass sich die Rechtsordnung der Europäischen Union gegenüber der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten neutral verhält und in keiner Weise das Recht der Mitgliedstaaten berührt, selbst als Wirtschaftsbeteiligte aufzutreten. Besonderheiten gelten für die Öffentliche Hand als Wirtschaftsteilnehmer dann allerdings insoweit, als sie den Unionsvorschriften über staatliche Beihilfen unterliegt, wenn sie direkt oder indirekt **wirtschaftliche Transaktionen** gleich welcher Art vornimmt,

> *vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 73 unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 10. Juli 1986, Rs. 40/85, Slg. 1986, I-2321, Rn. 12, welches allerdings den Begriff der „wirtschaftlichen Transaktion" noch nicht verwendet, sondern lediglich klarstellt, dass sowohl Kapitalbeteiligungs- als auch Kreditmaßnahmen dem Beihilfebegriff unterfallen.*

(2) Market Economy Operator (MEO)

Nicht jede wirtschaftliche Transaktion hat einen beihilferechtlichen Vorteil zur Folge. Transaktionen von öffentlichen Stellen verschaffen der Gegenseite keinen Vorteil und stellen somit keine Beihilfe dar, sofern sie zu normalen Marktbedingungen vorgenommen werden,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 60 f. – SFEI u. a.*

Dieser Grundsatz ist in Bezug auf verschiedene wirtschaftliche Transaktionen entwickelt worden. Im Ausgangspunkt haben die Unionsgerichte den Grundsatz des *marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers* (sog. **Market Economy Investor Principle**, kurz: „***MEIP***") entwickelt, um bei öffentlichen Investitionen (insbesondere Kapitalzuführungen) festzustellen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt. Um zu ermitteln, ob eine Investition einer öffentlichen Stelle eine staatliche Beihilfe darstellt, ist zu prüfen, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können,

> *vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 21. März 1991, Rs. C-305/89, Slg. 1991, I-1603, Rn. 18 f. – ALFA Romeo.*

Im gleichen Sinne haben die Unionsgerichte das Kriterium des *privaten Gläubigers* (sog. **Private Creditor Test**) entwickelt, um prüfen zu kön-

nen, ob eine Umschuldung durch öffentliche Gläubiger eine staatliche Beihilfe beinhaltet. Hierzu wird das Verhalten eines öffentlichen Gläubigers mit dem eines hypothetischen privaten Gläubigers in ähnlicher Lage verglichen,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juni 1999, Rs. C-256/97, Slg. 1999, I-3913, Rn. 24 – DM Transport.*

Außerdem haben die Unionsgerichte das Kriterium des *privaten Verkäufers* (sog. **Private Vendor Test**) entwickelt, um feststellen zu können, ob ein Verkauf durch eine öffentliche Stelle eine staatliche Beihilfe beinhaltet. Hierzu wird geprüft, ob ein privater Verkäufer unter normalen Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis hätte erzielen können,

> *zur Figur des privaten Verkäufers vgl. nur EuG, Urteil vom 28. Februar 2012, Rs. T-268/08 und T-281/08 – Bank Burgenland.*

Diese Kriterien sind Abwandlungen desselben Grundkonzepts, wonach das Verhalten öffentlicher Stellen mit dem Verhalten ähnlicher privater Wirtschaftsbeteiligter, die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, verglichen werden sollte, um zu ermitteln, ob der Gegenseite durch die wirtschaftlichen Transaktionen dieser Stellen ein Vorteil gewährt wird. Für diese allgemeine Form des rational und kommerziell handelnden Akteurs hat die Kommission das Kriterium des *marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten* (sog. **Market Economy Operator**, „***MEO***“) etabliert. Auf diese Weise prüft die Kommission, ob wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen zu marktüblichen Bedingungen vorgenommen werden und ob der Gegenseite dadurch ein Vorteil entsteht, den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte,

> *vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 73 ff.*

(a) Allgemeine Maßstäbe

Die Anwendung des MEO-Kriteriums unterliegt allgemeinen Grundsätzen. Von diesen umfasst ist, dass es nicht von Belang ist, ob die Maßnahme für die öffentliche Stelle ein vernünftiges Mittel zur Verfolgung von Gemeinwohlzielen (wie Beschäftigung) darstellt. Auch die Rentabilität des Empfängers ist an sich kein entscheidender Faktor für die Feststellung, ob die fragliche wirtschaftliche Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Ferner sind für die Zwecke des MEO-Kriteriums nur die Vorteile und Ver-

pflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Rolle als Träger öffentlicher Gewalt knüpfen. Nicht anwendbar ist der MEO-Test in Fällen des staatlichen Ausgleichs von Kosten für DAWI, weil die bereits behandelte Altmark-Trans-Rechtsprechung hierzu besondere Regeln aufgestellt hat, bei deren Befolgung eine Maßnahme keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt.

Ob eine staatliche Maßnahme den Marktbedingungen entspricht, muss *ex ante* auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme verfügbaren Informationen geprüft werden. Im Zweifelsfall obliegt dem Mitgliedstaat die Nachweispflicht, dass er die wirtschaftliche Transaktion entsprechend eines MEO vorgenommen hat. Insgesamt sind bei der Prüfung, ob eine Transaktion den Marktbedingungen entspricht, alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen,

> *vgl. zu den vorstehenden allgemeinen Grundsätzen des MEO die KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 76 ff. m. w. N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung der Unionsgerichte.*

(b) Methodische Ansätze zur Feststellung der Marktkonformität

Zur Feststellung der Marktkonformität wirtschaftlicher Transaktionen geht die Kommission von unterschiedlichen methodischen Ansätzen aus.

Bei sog. ***Pari-passu*-Transaktionen**, d. h. bei Transaktionen, die von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten zu gleichen Bedingungen durchgeführt werden, kann aus der gleichrangigen Beteiligung Privater in der Regel geschlossen werden, dass die Transaktion den Marktbedingungen entspricht,

> *vgl. zu den näheren Einzelheiten und Anforderungen vom Pari-Passu-Transaktionen KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 86 ff.*

Zu denken wäre etwa an eine Konstellation, in der beide Gesellschafter einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zu gleichen Teilen den Erwerb einer Tochtergesellschaft oder die Durchführung einer Investition ermöglichen, indem sie der Gesellschaft zu denselben Bedingungen frisches Kapital zuführen.

Die Marktkonformität einer Transaktion wird ferner von der Kommission in Fällen angenommen, in denen wirtschaftliche Transaktionen in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien **Ausschreibungsverfahren** erfolgen, das im Einklang mit den Vorschriften des vergaberechtlichen Primärrechts steht,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 89 ff.

Ungeachtet dieser zwei speziellen Fallgruppen (*Pari-passu*-Transaktionen und Ausschreibungen) prüft die Kommission die Einhaltung der Marktbedingungen entweder anhand eines **Benchmarking** oder auf der Grundlage **anderer Bewertungsmethoden**.

(aa) Benchmarking

Um festzustellen, ob eine Transaktion die Marktbedingungen erfüllt, kann sie anhand der Bedingungen überprüft werden, zu denen vergleichbare Transaktionen von vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten in einer vergleichbaren Lage vorgenommen worden sind (Benchmarking).

Die Kommission weist darauf hin, dass bei der Ermittlung einer geeigneten Benchmark besonders auf die Art des betroffenen Wirtschaftsbeteiligten (zum Beispiel Konzerndachgesellschaft, spekulativer Fonds oder langfristig denkender Investor, der sich auf längere Sicht Gewinne sichern will), auf die Art der Transaktion (zum Beispiel Beteiligungs- oder Kredittransaktion) und auf die betroffenen Märkte (zum Beispiel Finanzmärkte, schnell wachsende Technologiemärkte, Versorgungs- oder Infrastrukturmärkte) zu achten ist. Auch wenn wichtige wirtschaftliche Entwicklungen stattgefunden haben, sei der Zeitpunkt der Transaktionen von besonderer Bedeutung. Die verfügbaren Marktbenchmarks müssen gegebenenfalls an die Besonderheiten der staatlichen Transaktion (zum Beispiel die Lage des Empfängerunternehmens oder des betroffenen Marktes) angepasst werden. Benchmarking ist unter Umständen keine geeignete Methode für die Ermittlung von Marktpreisen, wenn die verfügbaren Benchmarks nicht aus marktwirtschaftlichen Überlegungen heraus festgelegt wurden oder die bestehenden Preise durch staatliche Eingriffe erheblich verzerrt sind,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 99.

Beim Benchmarking wird häufig nicht ein „genauer“ Referenzwert, sondern eine Spanne möglicher Werte ermittelt, indem vergleichbare Transaktionen

geprüft werden. Wenn das Ziel der Bewertung darin besteht zu prüfen, ob die staatliche Maßnahme den Marktbedingungen entspricht, empfiehlt die Kommission, Maße für die zentrale Tendenz wie den Durchschnitt oder den Median vergleichbarer Transaktionen in Erwägung zu ziehen,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 100.

(bb) Andere Standard-Bewertungsmethoden

Ob eine Transaktion mit den Marktbedingungen im Einklang steht, kann auch anhand einer allgemein anerkannten Standard-Bewertungsmethode festgestellt werden,

vgl. EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C 239/09, Slg. 2010, I-13083, Rn. 39 – Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe.

Eine solche Methode muss auf den verfügbaren objektiven, überprüfbaren und zuverlässigen Daten beruhen, die hinreichend detailliert sein müssen und unter Berücksichtigung der Höhe des Risikos und der Erwartungen für die Zukunft die wirtschaftliche Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Transaktion widerspiegeln sollten. Bei wertmäßig großangelegten Transaktionen empfiehlt die Kommission, die Belastbarkeit der Bewertung in der Regel durch eine **Sensitivitätsanalyse** bestätigen zu lassen, bei der verschiedene Geschäftsszenarien geprüft, Notfallpläne ausgearbeitet und die Ergebnisse mit alternativen Bewertungsmethoden verglichen werden. Zudem kann eine neue (*ex-ante*-)Bewertung erforderlich sein, wenn die Transaktion sich verzögert und den jüngsten Veränderungen der Marktbedingungen Rechnung getragen werden muss,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 101.

Im Bereich der Unternehmensinvestitionen sind beispielsweise die Berechnung des internen Zinsfußes (**Internal Rate of Return**, „***IRR***“) oder die Bewertung der Investitionsentscheidung anhand ihres Barwerts (**NET Present Value**, „***NPV***“) als Standard-Bewertungsmethoden anerkannt.

Nach Ansicht der Kommission kann die Frage, welche Bewertungsmethode am besten geeignet ist, von Umständen wie der Marktsituation, der Verfügbarkeit von Daten oder der Art der Transaktion abhängen. Hierzu führt die Kommission folgende Beispiele auf: Während ein Investor mit seiner Investition in ein Unternehmen einen Gewinn anstrebt (und daher wahrschein-

lich die IRR oder der NPV die am besten geeignete Methode wäre), will ein Gläubiger sicherstellen, dass der Schuldner die geschuldeten Beträge (Kapital und Zinsen) innerhalb der vertraglich und gesetzlich festgesetzten Frist zahlt (so dass eher die Bewertung der Sicherheiten, zum Beispiel auf der Grundlage des Substanzwerts, von Belang sein könnte). Beim Verkauf von Grundstücken reicht grundsätzlich ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen aus, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 103.

Ergibt die Anwendung verschiedener Bewertungsmethoden denselben Wert, wird dies von der Kommission als weiterer Anhaltspunkt dafür gesehen, dass ein echter Marktpreis ermittelt wurde,

vgl. KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 105.

(c) Zwischenergebnis

Das Leitbild des MEO bildet das Grundkonzept im Rahmen der Prüfung des Beihilfetatbestandsmerkmals der Begünstigung. Im Kern liegt ihm der Vergleich des Verhaltens öffentlicher Stellen mit dem Verhalten ähnlicher privater Wirtschaftsbeteiligter, die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, zugrunde, um zu ermitteln, ob der Gegenseite durch eine wirtschaftliche Transaktion eine Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt wird. Bei der Prüfung der Marktkonformität greift die Kommission auf verschiedene methodische Ansätze zurück. Für die Marktkonformität einer bestimmten Maßnahme sprechen sog. *Pari-Passu*-Transaktionen oder durchgeführte Ausschreibungsverfahren. Darüber hinaus kann die Einhaltung der Marktbedingungen entweder anhand eines Benchmarking oder auf der Grundlage anderer Bewertungsmethoden dargelegt werden. Im Hinblick auf die anderweitigen Bewertungsmethoden zur Bewertung der Marktkonformität ist auffällig, dass diese insbesondere im Bereich der Kapitalbeteiligung an Unternehmen ihr primäres Anwendungsfeld finden. Demgegenüber werden anerkannte Bewertungsmethoden im Fall des Verkaufs von Vermögenswerten – mit Ausnahme des Verkaufs von Grundstücken – von der Kommission nicht näher spezifiziert.

(3) Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums als marktkonforme Transaktion

Auch die Bestellung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs an den Bundesautobahnen zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und die sich anschließende Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz für den Fall der Nießbrauchbeendigung können als wirtschaftliche Transaktion einer öffentlichen Stelle – hier: des Bundes – betrachtet werden. Dabei erscheint das Market Economy Investor Principle für die in Rede stehende Zuweisung der Aufkommenskompetenz an nichtsteuerlichen Abgaben (Lkw-Maut, Infrastrukturabgabe) sowie der Chancen (und Risiken) der Bundesautobahnen von den drei genannten Unterfällen im Konzept des Market Economy Operators (Market Economy Investor Principle, Private Creditor-Test, Private Vendor-Test) am sachnächsten. Je nach Gestaltung kann der zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bestellte öffentlich-rechtliche Nießbrauch an den Bundesautobahnen als immaterieller Vermögensgegenstand in der Bilanz der Gesellschaft aktiviert werden, wenn er nämlich als übertragbares (veräußerliches) Recht ausgestaltet würde und von der Gesellschaft entgeltlich zu erwerben wäre oder an seiner Stelle aufgrund des wirtschaftlichen Eigentums die Vermögensgegenstände an den Bundesautobahnen im Sachanlagevermögen. Auf der Passivseite der Bilanz sind die Kapitalrücklage und/oder die langfristigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu dotieren je nachdem, ob die Einlage des konkret gebuchten Aktivums (immaterieller Vermögensgegenstand *versus* Sachanlagen) unentgeltlich oder (teilweise) entgeltlich erfolgt. In ihren Wirkungen können die Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs und seine Einlage als immaterieller Vermögensgegenstand bzw. die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen einer Ausstattung der Gesellschaft mit langfristigem Kapital mithin vergleichbar sein.

Fraglich ist im Weiteren, auf welcher methodischen Grundlage die Marktkonformität der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums zu beurteilen ist. Die Ausweisung des Vorgangs als *Pari-Passu*-Transaktion scheidet aus, weil allein der Bund die Maßnahme durchführt. Ebenfalls nicht erfolgen kann der Nachweis der Marktkonformität über die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens. Ein solches Ausschreibungsverfahren ist hinsichtlich der Beauftragung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft weder zweckmäßig noch vergaberechtlich gefordert,

vgl. zur inhousefähigen Ausgestaltung der Gesellschaft Abschnitt D.III.6.c) (ab Seite 293).

Als Standard-Bewertungsmethoden zur Ermittlung der Marktbedingungen eines Vorgangs wie der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums scheinen im Weiteren auch die von der Kommission aufgeführten Bewertungsmethoden (IRR und des NPV) nicht unmittelbar einschlägig zu sein, geht es hier doch nicht um die Bestimmung einer Rendite des Bundes aus einer Investition. Demnach dürfte als Methode zur Überprüfung der Marktkonformität der beabsichtigten Rechtseinräumungen am ehesten das Benchmarking in Frage kommen. Hierbei wäre zu prüfen, ob die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Übergang der Phase 2 auf Phase 3 zu Bedingungen erfolgt, zu denen vergleichbare Transaktionen von vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten in einer vergleichbaren Lage erfolgen würde bzw. bereits erfolgt sind.

Ob sich für die Beurteilung der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundeautobahnen als marktkonform geeignete Vergleichsfälle finden lassen, kann hier nicht beurteilt werden. Denn noch stehen die wesentlichen Parameter einer künftigen Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen noch nicht fest, sondern werden der politischen Willensbildung unterliegen. Von elementarer Bedeutung wird beispielweise der Umstand sein, ob die Einräumung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs bzw. des wirtschaftlichen Eigentums im Rahmen eines entgeltlichen Erwerbsgeschäfts erfolgen soll oder nicht (vgl. bereits unter Abschnitt D.I.4.c) [ab Seite197]). Würde beispielsweise als Entgelt für die Rechtseinräumung ein Kaufpreis vereinbart werden, sei es in Gestalt der Übernahme historischer Lasten (Risiken) durch die Gesellschaft („Altschuldenübernahme“), oder sei es in Gestalt direkter Zahlungen an den Bund, so könnte bereits hierin ein Indiz für die Marktkonformität der Rechtseinräumung gesehen werden.

Aber selbst im Falle einer unentgeltlichen Einlage des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs bzw. des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen in die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann das damit verbundene Transaktionskalkül des Bundes marktkonform sein. Wie dargelegt, weist die Kommission darauf hin, dass bei der Ermittlung einer geeigneten Benchmark besonders auf die Art des betroffenen

Wirtschaftsbeteiligten (zum Beispiel Konzerndachgesellschaft, spekulativer Fonds oder langfristig denkender Investor), auf die Art der Transaktion (zum Beispiel Beteiligungs- oder Kredittransaktion) und auf die betroffenen Märkte (zum Beispiel Finanzmärkte, schnell wachsende Technologiemärkte, Versorgungs- oder Infrastrukturmärkte) abzustellen ist (siehe zuvor unter D.III.7.b)bb)(2)(b)(aa) [ab Seite 423]). Diese Maßstäbe aufgreifend, dürfte das Transaktionskalkül des Bundes am ehesten demjenigen eines langfristig denkenden Investors entsprechen. Anlass und Zweck der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist nicht eine kurzfristig erhoffte Gewinnrealisierung, sondern die langfristig angelegte Schaffung der Selbstfinanzierungsfähigkeit eines „Konzernunternehmens", das künftig im „Infrastrukturmarkt",

> *so die Diktion der Kommission in Ziffer 99 der* KOM-*Mitteilung zum Beihilfebegriff,*

selbständig soll agieren können, ohne in seiner Kreditwürdigkeit weiterhin von der „Konzerndachgesellschaft" (hier: dem Bund) abhängig zu sein. Diese wiederum verfolgt mit der Rechtseinräumung nicht nur die Verselbständigung eines Investitionsprozesses, sondern zugleich eine Verkürzung (Verschlankung) der eigenen Konzernbilanz bzw. deren Konzentration auf „strategisches Geschäft", hier: auf gemeinlastfinanzierte Ausgaben.

Mit diesen und weiteren Erwägungen gliche das Transaktionskalkül des Bundes durchaus dem Kalkül eines langfristig denkenden Privatinvestors. Dieser mag mit dem Verzicht auf die Eigenverwertung der ihm zustehenden Rechte und deren Übertragung auf seine Konzerntochter dabei mitunter auch ein langfristiges Gewinninteresse verfolgen. Denn mit der Rechtseinräumung entsteht auf Ebene der Tochtergesellschaft ein Unternehmenswert („*Enterprise Value*"), den sich die Konzerndachgesellschaft zu gegebener Zeit anlässlich der Veräußerung von Anteilen zum Beispiel nach Maßgabe verhandelter sog. „*multiples*" auf das Jahresergebnis mag entgelten lassen wollen. Mit Blick auf die am Markt üblichen Strukturen für die Veräußerung von Geschäftsanteilen im Rahmen von Unternehmensverkäufen kann aus Sicht der Konzerndachgesellschaft dabei selbst eine unentgeltliche Einlage von wesentlichen Vermögensgegenständen in die künftige Zielgesellschaft („*target*") zweckmäßig und auch marktkonform sein. Andernfalls wären die mit einem entgeltlichen Erwerbsgeschäft vermutlich verbundenen (langfristigen) Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus deren Bilanz für eine Anteilsveräußerung unter den (im Markt üblichen) Bedingungen „*cash*

and debt free" vor dem Vollzug der Anteilsveräußerung zunächst noch zu eliminieren. Dieses könnte entweder in der Weise geschehen, dass die „Konzerndachgesellschaft" (der Bund) die Gesellschaft in die Lage versetzt, aus Anlass der Rechtseinräumung entstandene Bankverbindlichkeiten abzulösen, oder ihr aus Anlass der Rechtsübertragung gewährte Gesellschafterdarlehen erlässt. Beides könnte im Veräußerungsfall im Übrigen Gegenstand einer selbständigen beihilfenrechtlichen Beurteilung werden.

Die hier angestellten Überlegungen zeigen, dass selbst die unentgeltliche Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs, die unentgeltliche Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz bei Nießbrauchsbeendigung und in deren Folge die unentgeltliche Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums zur Gesellschaft einem marktkonformen Transaktionskalkül eines langfristig denkenden Investors entsprechen können. Dabei ist auch von Belang, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als wirtschaftliche Eigentümerin der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen nicht nur Chancen erhielte, sondern auch Belastungen und Risiken. Die Gewährung von Rechten an künftigem Mautaufkommen gegen Übernahme der mit den Bundesautobahnen verbundenen Lasten vermittelt der Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums einen Gegenleistungscharakter, wie er am Markt auch unter fremden Dritten vorkommen kann (*„arm's length transaction"*). Die Gesellschaft trüge das Risiko der Auskömmlichkeit des Aufkommens aus Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe für die Erfüllung der ihr zur Ausführung übertragenen Aufgaben. Als wirtschaftliche Eigentümerin trüge sie ferner das Risiko des zufälligen Untergangs der Vermögensgegenstände der Bundesautobahnen. Sie erhielte insbesondere im Fall des zufälligen Untergangs von abnutzbaren Vermögensgegenständen weder einen Wertersatz, noch würde sie aus der Pflicht entlassen, die untergegangenen Vermögensgegenstände wiederherzustellen,

> *vgl. ausführlich zu dem „Paket" an sich gegenüberstehenden Chancen und Risiken Anlage 8.*

Solchen Transaktionsbedingungen kann nicht von vornherein ein Mangel an Marktkonformität entgegengehalten werden.

(4) Zwischenergebnis

Soweit die Bestellung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Verpflichtung des Bundes zum

Wertersatz und in deren Folge die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen zur Gesellschaft in eine Phase hineinwirken, in der die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als „wirtschaftlich“ im Sinne des Beihilfentatbestands anzusehen ist, *kann* diese Rechtseinräumung den Tatbestand einer beihilfenrelevanten Begünstigung erfüllen. Nach dem hier vorgeschlagenen Phasenmodell *kann* das der Fall sein, sobald die Gesellschaft als Infrastrukturbetreiberin und Mautgläubigerin den Nutzern die Bundesautobahnen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung bereitstellt.

Ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Infrastrukturbetreiberin „Unternehmen“ im Sinne des Beihilfenrechts sein wird, lässt sich gegenwärtig noch nicht abschließend beurteilen. Nach Einschätzung der Kommission führt der bloße Umstand der entgeltlichen Nutzung von Verkehrsinfrastruktur in Fällen, in denen das Nutzungsentgelt nicht durch den Betreiber bestimmt wird, sondern durch den Staat, nicht ohne weiteres zur Annahme von wirtschaftlicher Tätigkeit. Ein „Automatismus“ lässt sich im Hinblick auf die künftige Einordnung der Gesellschaft als Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts mithin nicht feststellen. Gleichwohl erscheint die Einordnung der künftigen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als „wirtschaftlich“ zumindest als möglich. Das Geschäftsmodell der Gesellschaft bleibt durch den Bund in Bezug auf die *Erhebung* von Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe freilich noch zu definieren, bevor insoweit weitere Aussagen getroffen werden können. Im Rahmen der hiesigen Bearbeitung sollen mögliche Zuständigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für die Mauterhebung auf Wunsch des BMVI vorerst noch ausgeklammert bleiben.

Selbst wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Vorteile aus der Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen indes künftig als „Unternehmen“ im Sinne des Beihilfenrechts sollte ziehen können, folgt daraus nicht notwendigerweise das Vorliegen einer den Beihilfentatbestand begründenden Begünstigung. Denn nach den Maßstäben des Market Economy Investor Principle kann selbst die unentgeltliche Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums zur Gesellschaft marktkonform sein. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen der Rechtseinräumungen freilich sind derzeit ebenfalls noch nicht definiert. Der Privatinvestortest für die Marktkonformität der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wird mithin vertiefend anzustellen sein, sobald der

Bund die Bedingungen der Rechtseinräumung im Einzelnen bestimmt haben wird.

cc) Steuerbefreiungen

Als weiterer Anknüpfungspunkt für eine tatbestandliche Beihilfe könnten schließlich Steuerbefreiungen für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, namentlich von der Körperschaft-, der Gewerbesteuer und der Grunderwerbsteuer, in Betracht kommen, wenn und soweit sich entsprechende Rechtfertigungsgründe für eine entsprechende Ausnahme finden (Art. 3 GG). Sachlicher Anknüpfungspunkt für entsprechende Steuerbefreiungen der Gesellschaft könnte dabei die Übernahme staatlicher Aufgaben und Pflichten und die Wahrnehmung der damit verbundenen Gemeinwohlinteressen sein,

siehe insoweit oben unter D.III.2. (ab Seite 270).

Auch für die Tatbestandsmäßigkeit steuerlicher Vergünstigungen als Beihilfe gilt zunächst die Voraussetzung, dass diese einem „Unternehmen“ gewährt werden müssen. Mit den oben dargelegten Argumenten ist die Unternehmenseigenschaft der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft allerdings mit guten Gründen jedenfalls solange zu verneinen, wie die Gesellschaft noch ausschließlich für den Bund als dessen „Geschäftsbesorgerin Straßenbaulast“ auftritt. In dieser Phase wären der Gesellschaft möglicherweise gewährte Steuererleichterungen mithin unproblematisch. Sobald indes die Gesellschaft als Infrastrukturbetreiberin eine wirtschaftliche Tätigkeit aufnimmt, können ihr gewährte Steuererleichterungen beihilfenrechtlich tatbestandsmäßig werden. Hierfür wäre allerdings zusätzlich Voraussetzung, dass die Steuererleichterungen „selektiv“ wirken.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die genannten Steuerbefreiungen die Gesellschaft jedenfalls in tatbestandsrelevanter Weise begünstigen würden. Denn nach dem aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgenden „Wirkungskriterium“ kommt es auf die Modalität der Begünstigung nicht an, sondern nur auf die wirtschaftlich vorteilhaften Wirkungen einer Maßnahme. Vom Beihilfentatbestand erfasst werden somit grundsätzlich auch alle Formen von Vorteilsgewährungen. Für die Einstufung als Begünstigung spielt es daher von vornherein keine Rolle, ob ein positiver Finanzmittelfluss an den Leistungsempfänger erfolgt. Denn von Art. 107 Abs. 1 AEUV werden nicht nur positive Zahlungen (also Subventionen im

klassischen Sinne), sondern auch Belastungsverminderungen (Verschonungssubventionen) zugunsten von Unternehmen erfasst,

siehe insoweit oben unter D.III.7.b)bb)(1) (ab Seite 418).

Dem Tatbestand der Beihilfe unterfielen die angesprochenen Steuerbefreiungen gleichwohl nicht, wenn es sich bei diesen Maßnahmen um keine *selektive* Begünstigung handelte.

(1) Tatbestandsmerkmal der Selektivität

Eine staatliche Maßnahme fällt nur dann unter Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn eine Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige" vorliegt. Demnach fallen nicht alle Maßnahmen, die Wirtschaftsbeteiligte begünstigen, unter den Begriff der staatlichen Beihilfe, sondern nur solche, die selektiv bestimmten Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen oder bestimmten Wirtschaftszweigen einen Vorteil gewähren.

Das Kriterium der Bestimmtheit bzw. Selektivität dient dazu, staatliche Fördermaßnahmen, die unterschiedslos der gesamten Wirtschaft zugutekommen, aus dem unionsrechtlichen Beihilfenbegriff auszuscheiden.

(2) Insbesondere: Selektivität bei Befreiungen von Steuern

Im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung unterscheiden Rechtsprechung und Kommissionspraxis zwischen **systemimmanenten Vergünstigungen**, die durch die Natur oder den inneren Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt sind, einerseits, und **systemfremden Vergünstigungen** andererseits, bei denen dies nicht der Fall ist,

vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 87

Nach dieser Unterscheidung fallen fiskalische Regelungen nicht unter das Beihilfeverbot, wenn sie „systemimmanent" sind. Die Systemimmanenz lässt sich nach dem folgenden dreistufigen Verfahren ermitteln: In einem ersten Schritt sind die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen zu ermitteln, die einheitlich auf eine bestimmte Gruppe von Steuerpflichtigen Anwendung finden. In einem zweiten Schritt muss sodann bestimmt werden, ob die zu prüfende Regelung zugunsten bestimmter Steuerpflichtiger oder bestimmter Steuersachverhalte von dieser allgemeinen Regel ab-

weicht. Schließlich ist dann in einem dritten Schritt die Differenzierung zwischen systemimmanenten und systemfremden Unterscheidungen vorzunehmen und dementsprechend zu prüfen, ob die unterschiedliche Behandlung durch die Natur oder den inneren Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt ist,

> *vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 87 sowie KOM-Mitteilung zum Beihilfebegriff, Ziff. 128.*

Greift man die vorgenannte Systemimmanenzprüfung auf, so ist zwischen einer Ertragsteuerbefreiung einerseits und einer vorsorglichen Befreiung von der Grunderwerbsteuer andererseits zu differenzieren. Im Hinblick auf die Ertragsteuern ist zunächst zu konstatieren, dass die als GmbH verfasste Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Kapitalgesellschaft zunächst sowohl der Körperschaftsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) als auch der Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG) unterliegen würde (erste Stufe). Die der Gesellschaft gewährte Befreiung würde mithin von der Regelbesteuerung für Kapitalgesellschaften abweichen (zweite Stufe). Bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Befreiung mit Natur oder innerem Aufbau des Steuersystems (dritte Stufe) ist sodann in den Blick zu nehmen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 2a KStG benannten Steuersubjekten insoweit vergleichbar ist, als die Gesellschaft im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben des Staates, hier: des Straßenbaulastträgers Bund wahrnimmt. Jedenfalls unter diesem Blickwinkel könnte die „Systemimmanenz“ der Steuerbefreiung zu bejahen und diese somit auch beihilfenrechtlich als unproblematisch einzuschätzen sein. Entsprechendes gilt für die Vergleichbarkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit in § 3 Nr. 1 bis Nr. 3 GewStG genannten Steuersubjekten. Sowohl den in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 2a KStG als auch den in § 3 Nr. 1 bis Nr. 3 GewStG genannten Unternehmen ist gemeinsam, dass sie öffentliche Aufgaben und Gemeinwohlinteressen in einer Art und Weise wahrnehmen, die nach der Wertung des Gesetzgebers eine Privilegierung gegenüber steuerpflichtigen Unternehmen, die am Markt teilnehmen, rechtfertigen.

Die Vergleichbarkeit („Systemimmanenz“) der Befreiung mit den übrigen Befreiungen des § 5 KStG bzw. des § 3 GewStG kann allerdings entfallen, sobald die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft künftig als Infrastrukturbetreiberin auftritt. Mit dieser Geschäftstätigkeit stünde die Gesellschaft im (intermodalen) Wettbewerb zu Anbietern von anderen Verkehrsträgern,

namentlich der Schiene. Wie bereits für das Vorliegen eines die Steuerbefreiung nach nationalem Recht privilegierenden Umstandes ausgeführt, kann dieser im Zuge der Weiterentwicklung der Gesellschaft entfallen. Aus diesem Grunde ist im Hinblick auf die Ertragsteuerbefreiung empfohlen worden, das Vorliegen eines sachlichen Privilegierungsgrundes für die fortentwickelte Gesellschaft erneut zu überprüfen (vgl. insoweit am Ende von Abschnitt D.III.2. [ab Seite 273]). Das Ergebnis der Prüfung wird auch von der konkreten späteren Ausgestaltung der Geschäftstätigkeit und der Satzung der Gesellschaft, der Gewinnverwendung und dem Gesellschafterkreis abhängen. Sollte diese Prüfung zu dem Ergebnis kommen, dass kein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Ertragsteuerbefreiung mehr vorliegt, so entfiele mit dem darauf zwangsläufig folgenden Wegfall der Privilegierung auch die Begünstigung und mithin der beihilfenrechtliche Prüfungsanlass. Soweit indes für die Steuerbefreiung der Gesellschaft in den frühen Phasen ihrer Geschäftstätigkeit noch ein systemimmanenter Rechtfertigungsgrund in Anspruch genommen werden kann, schiede die beihilfenrechtliche Tatbestandsmäßigkeit der Befreiung zusammenfassend sowohl mangels Unternehmenseigenschaft der Gesellschaft als auch mangels selektiver Begünstigungswirkung aus.

Im Hinblick auf eine vorsorglich angeregte Befreiung von der Grunderwerbsteuer beim Erwerb wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine beihilferechtliche Prüfung überhaupt erst dann ausgelöst wird, wenn die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums vom Bund auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überhaupt als Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 GrEStG einzustufen ist. Andernfalls unterläge die Gesellschaft anlässlich des Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums schon gar nicht der Grunderwerbsteuer, mit der Konsequenz, dass bereits auf der ersten Stufe der Systemimmanenzprüfung eine selektiv wirkende Begünstigung der Gesellschaft ausschiede. Angenommen aber, die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums würde als grunderwerbsteuerbarer Rechtsvorgang eingestuft, würde die gutachterlich angeregte Befreiung von der Grunderwerbsteuer (vgl. die obigen Ausführungen im Abschnitt D.III.3 [ab Seite 273]) von der Regelbesteuerung abweichen (zweite Stufe). Bei der Frage, ob die Befreiung von der Grunderwerbsteuer schließlich durch die Natur und den inneren Aufbau des Systems der Grunderwerbsteuer gerechtfertigt werden kann (dritte Stufe), sind die bisher in § 4 GrEStG aufgeführten Befreiungsregelungen in den Blick zu nehmen. Gesetzliche Wertungen, die mit denen der Befreiung der Verkehrsinfrastruk-

turgesellschaft von der Grunderwerbsteuer vergleichbar sein könnten, dürften insbesondere § 4 Nrn. 1 und 5 GrEStG zu entnehmen sein. So liegt der Ausnahmeregelung des § 4 Nr. 1 GrEStG unter anderem zugrunde, dass der Wechsel des Trägers einer öffentlichen Aufgabe von der Grunderwerbsteuer freizuhalten ist, sofern mit diesem Trägerwechsel ein Eigentumsübergang an Grundstücken verbunden ist. In dieser Ausnahme lässt sich die gesetzgeberische Wertung erkennen, dass eine grunderwerbsteuerliche Privilegierung für Übertragungsvorgänge dann gewollt ist, wenn das betreffende Grundstück nach der Übertragung weiterhin der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe dient, der es auch zuvor schon diente. Der insoweit hinter der Privilegierung des § 4 Nr. 1 GrEStG stehende Gedanke einer stabilen öffentlich-rechtlichen Zweckbindung des Grundstücks lässt sich ebenfalls der Wertung der Befreiungsregelung des § 4 Nr. 5 GrEStG entnehmen. Die auf Konstellationen von ÖPP-Projekten zugeschnittene Ausnahmeregelung setzt tatbestandlich nämlich voraus, dass das (zwischenzeitlich an den Privaten übertragene) Grundstück während des Vertragszeitraums zur Nutzung für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch i. S. v. § 3 Abs. 2 GrStG überlassen wird. Nach § 3 Abs. 2 GrStG ist öffentlicher Dienst oder Gebrauch die hoheitliche Tätigkeit oder der bestimmungsgemäße Gebrauch durch die Allgemeinheit. Im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ist der bestimmungsgemäße Gebrauch durch die Allgemeinheit rechtlich durch die Widmung der entsprechenden Straßengrundstücksflächen gewährleistet. Demnach lässt sich festhalten, dass das einer Befreiung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugrunde liegende Element der stabilen öffentlich-rechtlichen Zweckbindung als gesetzgeberische Wertung auch in anderen und insoweit vergleichbaren Befreiungsregelungen innerhalb des Systems der Grunderwerbsteuer angelegt ist. Diese Gründe lassen sich für die Systemimmanenz einer Befreiungsregelung anführen, wodurch die Selektivität der Begünstigung und insoweit der Tatbestand der Beihilfe entfiele.

dd) Insbesondere: Zur Beihilferelevanz von etwaigen Versorgungslastenregelungen

Soweit der Staat im Rahmen von Privatisierungsvorhaben für betriebliche Altersversorgungssysteme der Arbeitnehmer Einstands- oder Unterhaltspflichten übernimmt, wirft dies die Frage nach der Beihilfenkonformität solcher Maßnahmen auf. Derartige Maßnahmen sind früher unter dem Topos sog. sozialpolitischer Flankierungsmaßnahmen diskutiert worden. Anlass waren Privatisierungen ehemals staatlicher Unternehmen, denen durch

gezielte Maßnahmen Pensions- und vergleichbare Lasten abgenommen wurden, um den Unternehmenswert zu steigern bzw. um die betreffenden Unternehmen „kapitalmarktfähig“ zu machen,

> *vgl. Koenig/Braun/Lekar, Erfüllen die Einstandspflichten des Bundes für die betrieblichen Altersversorgungssysteme der privatisierten Bahn- und Postunternehmen den Beihilfentatbestand des Art. 92 EGV? - Ein Anstoß zur kritischen Betrachtung des EG-Beihilfenrechts im Zusammenhang mit Privatisierungen, EuZW 1998, Seite 5 (10).*

Eine beihilferechtliche Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV stellen staatlichen Unterstützungsmaßnahmen etwa zugunsten der betrieblichen Altersversorgung eines Unternehmens dann dar, wenn sich auch ein langfristig kalkulierender privater Investor auf eine entsprechende Maßnahme nicht eingelassen hätte, der MEIP-Test folglich negativ ausgefallen wäre,

> *ausführlich zum MEIP bzw. MEO siehe oben im Abschnitt D.III.7.b)bb)(2), ab Seite 420.*

Die beihilferechtliche Problematik soll vor dem Hintergrund einschlägiger Referenzfälle näher beleuchtet werden [(1)]. Die von uns zu Zwecken der Planungsrechnung getroffenen Annahmen über die Abgrenzung und Anlastung von Kosten der Altersversorgung für die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu übernehmenden bzw. einzusetzenden Beschäftigten sind sodann den Referenzfällen gegenüberzustellen [(2)] und einer beihilferechtlichen Bewertung zu unterziehen [(3)].

(1) Referenzbeispiele

Insbesondere im Zusammenhang mit der Privatisierung der Lufthansa sind staatliche Beiträge zur Altersversorgung des Unternehmens Gegenstand beihilferechtlicher Prüfung gewesen. Aber auch anlässlich der Bahnprivatisierung sind entsprechende Regelungen im beihilferechtlichen Schrifttum diskutiert worden.

(a) Lufthansa

Seit ihrer (Neu-)Gründung im Jahre 1953 war die Lufthansa als Aktiengesellschaft privaten Rechts verfasst,

die im Folgenden wiedergegebenen tatsächlichen Umstände haben wir einer Pressemittelung der Kommission zu einer Kommissionsentscheidung vom 10. Mai 1995, DN: IP/95/456, entnommen.

Da der Bund die Mehrzahl der Aktien hielt, war die Lufthansa als „öffentliches“ Unternehmen gleichwohl Mitglied der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL), einem Alterszusatzversorgungssystem für öffentliche Einrichtungen.

Im Rahmen der Privatisierung der Lufthansa fiel der Bundesanteil am Unternehmen später auf einen Wert von unter 50 %, wodurch die Lufthansa gezwungen war, aus der VBL auszuscheiden. Damit die Leistungen der bereits im Ruhestand befindlichen Beschäftigten der Lufthansa von der VBL weiterbezahlt werden konnten, musste ein Betrag in Höhe von 1,05 Mrd. DM an die VBL überwiesen werden. Diesen Betrag übernahm der Bund vollständig und überwies ihn an die VBL, um die Versorgungsleistungen an die vor dem zuvor festgelegten Stichtag (1. Januar 1995) ausgeschiedenen Beschäftigten der Lufthansa sicherzustellen. Umzugehen war ferner mit dem Umstand, dass die VBL – bedingt durch das Ausscheiden der Lufthansa aus der VBL – nicht mehr zu künftigen Leistungen an noch über den Stichtag hinaus aktiv Beschäftigte verpflichtet war, obwohl die Beschäftigten ein vertraglich gesichertes Anrecht auf zusätzliche Altersversorgungsleistungen hatten. Die Lufthansa musste daher ein eigenes Versorgungssystem einrichten, wozu eine Kapitalreserve in Höhe von 1,6 Mrd. DM erforderlich war. Auch am Aufbau dieser Kapitalreserve beteiligte sich der Bund und überwies der Lufthansa insgesamt 0,5 Mrd. DM. Die vorgenannten staatlichen Unterstützungsleistungen zugunsten der betrieblichen Altersversorgung der Lufthansa wurden schließlich flankiert durch eine Garantieerklärung des Bundes, wonach den bis zum Stichtag bei der Lufthansa Beschäftigten eine zusätzliche Altersversorgung in Höhe der VBL-Leistungen erbracht wird. Diese Bürgschaft des Bundes hat eine Laufzeit von 30 Jahren und soll den Fall abdecken, dass die Lufthansa im weiteren Geschäftsverlauf zahlungsunfähig werden sollte.

Am 10. Mai 1995 beschloss die Kommission, keine Einwände gegen die vom Bund im Rahmen der eingeleiteten Privatisierung der Lufthansa geplanten Maßnahmen durchzuführen. Unter Anwendung des MEIP-Tests kam die Kommission zu dem Ergebnis,

„dass sich ein privater Anleger sehr wahrscheinlich genauso verhalten hätte, wenn er anstelle der Bundesregierung gezwungen gewesen wäre, sich aus der Lufthansa zurückzuziehen"; so die Kommission in ihrer Pressemitteilung zur Entscheidung vom 10. Mai 1995, DN: IP/95/456.

Dabei hat die Kommission maßgeblich darauf abgestellt dass ohne die Maßnahmen ein Kursverfall der Lufthansa-Aktie eingetreten wäre, der den Erfolg des Umstrukturierungs- und Privatisierungsprogramms insgesamt gefährdet hätte,

vgl. Pressemitteilung der Kommission zur Entscheidung vom 10. Mai 1995, DN: IP/95/456.

(b) Deutsche Bahn

Auch die betriebliche Altersversorgung der Deutschen Bahn war im Rahmen ihres Privatisierungsprozesses Gegenstand staatlicher Unterstützungsmaßnahmen,

vgl. hierzu und zum folgenden Koenig/Braun/Lekar, a. a. O., Seite 5 (5 f.).

Die bis zur Bahnreform den Beschäftigten gezahlte Zusatzrente wurde seit dem 1. Januar 1994 von der Bahnversicherungsanstalt Abteilung B beim Bundeseisenbahnvermögen weitergeführt. Als Rechtsnachfolger des Sondervermögens Deutsche Bundesbahn wurde das Bundeseisenbahnvermögen als beteiligter Arbeitgeber im Sinne der Satzung der Bahnversicherungsanstalt verpflichtet, die Umlagen für die auf die Bahn übergegangenen pflichtversicherten Arbeitnehmer zu zahlen. Die Deutsche Bahn AG musste dafür ihrerseits eine Ausgleichsleistung erbringen, allerdings nur in der Höhe der Aufwendungen, welche die Deutsche Bahn AG „für die betriebliche Altersversorgung der von ihr *eingestellten* Arbeitnehmer erbringt",

vgl. § 21 Abs. 4 des Gesetzes zur Gründung der Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (DBGrG) – Hervorhebung diesseits.

Dem staatlich getragenen Bundeseisenbahnvermögen wurde durch diese Regelung derjenige Versorgungskostenanteil für die vor der Gründung der Deutschen Bahn AG eingestellten Arbeitnehmer auferlegt, welcher die Obergrenze des § 21 Abs. 4 DBGrG übersteigt. Aufgrund der sinkenden Anzahl der Versicherten des Bundeseisenbahnvermögens und der gleichzeitig

steigenden Zahl von Rentenberechtigten trat eine Finanzierungslücke im umlagefinanzierten System der Altersversorgung auf, die nur mithilfe eines direkten Bundeszuschusses gedeckt werden konnte,

vgl. Koenig/Braun/Lekar, a. a. O., Seite 5.

Soweit ersichtlich, sind die vorstehend beschriebenen Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der betrieblichen Altersversorgung bei der Deutschen Bahn gegenüber der Kommission seinerzeit nicht notifiziert worden,

so jedenfalls Koenig/Braun/Lekar, a. a. O. Seite 5 (9).

Gleichwohl ist im Schrifttum die Auffassung vertreten worden, dass die dargelegten Maßnahmen den Tatbestand der Beihilfe erfüllen, weil sich ein langfristig kalkulierender privater Investor auf eine Obergrenze, wie sie in § 21 Abs. 4 DBGrG festgelegt wurde, nicht eingelassen hätte,

vgl. Koenig/Braun/Lekar, a. a. O., Seite 5 (7).

(2) Annahmen der Planungsrechnung bezüglich der Versorgungslasten

Die Rechtsverhältnisse betreffend die Versorgungslasten von Arbeitnehmern und Beamten, welche künftig für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft tätig werden, sind noch nicht im Einzelnen bestimmt worden. Aus Gutachtersicht ergeben sich wesentliche Eckpunkte einer möglichen Versorgungslastenverteilung zunächst aus dem am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Versorgungslastenverteilungs-Staatsvertrag, vorausgesetzt, dieser wird für die vom Gesetzgeber zunächst noch zu beschließenden Transformationsmodalitäten anwendbar. Dieses setzen wir nachstehend voraus. Ebenfalls setzen wir voraus, dass die Zusatzversorgung für die Arbeitnehmer über die VBL durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (ab Betriebsübergang) fortgeführt werden wird. Dies könnte dadurch gewährleistet werden, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einem kommunalen Arbeitgeberverband (im Folgenden: „KAV“) beitritt, in dem sie nach der maßgeblichen Satzung Mitglied werden kann, und in diesem KAV dauerhaft verbleibt. Darüber hinaus setzen wir voraus, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Fortführung der Zusatzversorgung eine Beteiligungsvereinbarung mit der VBL abschließen wird. Wegen der Einzelheiten zur Ausgestaltung des beamten- und arbeitsrechtlichen Transformationsprozesses verweisen wir auf Abschnitt E.II.

Unter den genannten Prämissen sind wir zu Zwecken der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgestellten Planungsrechnung hinsichtlich der Verteilung der Versorgungslasten von folgenden Annahmen ausgegangen (vgl. im Einzelnen unter **Anlagenkonvolut 4**, „Anleitung zur Erläuterung des Modells einer integrierten Planungsrechnung 2017 bis 2046 für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft", Abschnitt 5):

Die Zahlung der Altersversorgung der Arbeitnehmer und Beamten wird nach den Modell-Annahmen ausschließlich durch Dritte geleistet. Die Altersversorgung für die Arbeitnehmer wird durch die Deutsche Rentenversicherung, die Zusatzversorgung durch die VBL gezahlt. Dementsprechend hat die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Arbeitgeberbeiträge zur Deutschen Rentenversicherung sowie zur VBL zu tragen.

Die laufenden Kosten für die Beamtenpensionen sind in der Erstattung der Personalkosten durch die Gesellschaft an den Bund enthalten. Auf Ebene der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sind daher keine Pensionsrückstellungen zu bilden. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft trägt somit nach der Planungsrechnung ausschließlich die Kosten der neu entstehenden Versorgungsanwartschaften ihrer Arbeitnehmer und der ihr zugewiesenen Beamten.

Für den sogenannten „*past-service*" der bereits entstandenen Pensionsverpflichtungen gegenüber den Beamten erfolgen nach dem genannten Versorgungslastenverteilungs-Staatsvertrag Ausgleichszahlungen durch die Länder an den Bund mit dem Übergang der Beamten auf den Bund, welcher nach den für den Transformationsprozess insoweit getroffenen Annahmen Dienstherr der der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugewiesenen Beamten wird. Damit hat die Gesellschaft nicht für den „*past-service*" aufzukommen. Der sogenannte „*current*" bzw. „*future-service*" ist demgegenüber nach den getroffenen Annahmen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu tragen. Die Planungsrechnung geht davon aus, dass die Gesellschaft für die laufenden Pensionsanwartschaften der für sie tätigen (Bundes-)Beamten liquide Mittel unmittelbar an den Bund abführt. Unter anderem für die Bedienung der vom Bund für seine Beamten darzustellenden Pensionsanwartschaften sind in der Planungsrechnung pauschal 40 % Zusatzkosten auf die angenommenen Bruttovollkosten für Beamte angesetzt worden. Wir gehen davon aus, dass dieser pauschale Aufschlag die beim Bund (künftig) entstehenden Kosten vollständig abdeckt, so dass beim Bund insoweit keine zusätzliche Last verbleibt.

Für die Arbeitnehmer nimmt die Planungsrechnung an, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine Lasten zu übernehmen hat, die bis zum angenommenen Betriebsübergang per 1. Januar 2020 für die Zusatzversorgung der Arbeitnehmer entstanden sind. Für diesen „*past service*“ unterstellt die Planungsrechnung entsprechende Zahlungen der Länder an die Deutsche Rentenversicherung und die VBL. Ab Betriebsbeginn werden die Zahlungen an die Deutsche Rentenversicherung und die VBL annahmegemäß sodann von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft getragen und veranlasst. Die für die Gesellschaft für Arbeitnehmer geplanten Personalkosten sehen unter anderem für die Arbeitgeber-Beiträge für die Zusatzversorgung der Arbeitnehmer bei der VBL einen Aufschlag von 26 % auf die angenommenen Bruttovollkosten je Arbeitnehmer vor.

(3) Vorläufiger Befund

Für die vorangehend skizzierten Planungsannahmen lässt sich zunächst feststellen, dass Maßnahmen des Bundes, die mit den erörterten „Flankierungsmaßnahmen“ der Lufthansa- und der Bahnprivatisierung vergleichbar wären, gegenwärtig nicht absehbar sind. Nach den getroffenen Annahmen wird die Gesellschaft ab Übernahme der betreffenden Beschäftigten mit Wirkung für die Zukunft wirtschaftlich sowohl für die bei ihr eingesetzten Beamten als auch für die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer die entsprechenden Versorgungslasten tragen. Vergangenheitslasten können in der Gesellschaft vor ihrer Gründung – insoweit anders als die genannten Fälle von Lufthansa und Deutscher Bahn – demgegenüber noch nicht entstanden sein. Für den „*past service*“ ist nach den getroffenen Annahmen ohnehin bereits vorgesorgt, indem – annahmegemäß – die Länder entsprechende Einzahlungen auf die Zusatzversorgung ihrer Arbeitnehmer bei der VBL vorgenommen haben und für die Beamten das unter dem Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrag geregelte Regime zur Anwendung kommt. Wir verbinden diesen vorläufigen Befund mit dem Hinweis, dass betreffend die technische und liquiditätsmäßige Abwicklung der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für die Beamten künftig bereitzustellenden Mittel noch keine weiteren Festlegungen getroffen worden sind.

Sollten im Zuge der weiteren Umsetzung des Gründungsvorhabens entgegen den hier getroffenen Annahmen noch Flankierungsmaßnahmen ergriffen werden, so wäre deren Tatbestandsmäßigkeit davon abhängig, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein beihilfentaugliches „Unternehmen“

im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist. Mit den oben genannten Erwägungen ist das für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes allerdings nicht der Fall, da ein mögliches Errichtungsgesetz auf Basis des Agenturmodells keine marktöffnende Wirkung hat, was allerdings mit der Kommission im Rahmen der empfohlenen Vorab-Kontaktaufnahme zu erörtern wäre. Aus Sicht des Beihilfenrechts mag die gegenwärtige Abwesenheit von sog. Flankierungsmaßnahmen dabei im Übrigen durchaus auch Indiz dafür sein, dass die Gründung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und deren Tätigkeit allein „staatsinterne Organisationsmaßnahme“ bleiben soll.

Sollten im Zuge der weiteren Festlegungen Maßnahmen beschlossen werden, welche die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Bezug auf Versorgungslasten zu einem Zeitpunkt begünstigen, in dem die Gesellschaft (als Infrastrukturbetreiberin) eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, so wäre zu prüfen, ob die konkreten künftigen Begleitumstände etwaiger Entlastungsmaßnahmen deren Tatbestandsmäßigkeit nach den Grundsätzen des MEIP entfallen lassen. Verglichen mit den genannten „Altfällen“ müssten solche Maßnahmen je nach der künftigen Ausgestaltung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Übrigen nicht notwendigerweise an der Beseitigung von (etwaigen) Ausgleichsansprüchen der VBL gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ansetzen. Denn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft kann nach den in Abschnitt E.II. angestellten Überlegungen die Zusatzversorgung ihrer Arbeitnehmer über die VBL selbst dann fortführen, wenn der Bund bis zu 49,9% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft veräußern würde. Dieses setzte allerdings voraus, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einem KAV beitritt, in welchem sie nach dessen Satzung Mitglied werden kann, und dauerhaft in ihm verbleibt. Insoweit verweisen wir auf die in Abschnitt E.II. angestellten Überlegungen.

ee) Zwischenergebnis

Als Ergebnis unserer Prüfungen zur beihilfenrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit der betrachteten Maßnahmen lässt sich feststellen: Die Gewährung von Ausgleichszahlungen, die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen sowie die Freistellung von den Ertragsteuern stellen keine Beihilfen dar, solange die Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erfüllung von dessen Straßenbaulast keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

Agiert die Gesellschaft später als Infrastrukturbetreiberin, so bedarf es einer zusätzlichen Ausgleichszahlung nach den hier getroffenen Annahmen insoweit nicht mehr. Jedoch wirken die Bestellung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs zugunsten der Gesellschaft, die Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz und in deren Folge die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen auch in der Tätigkeit der Gesellschaft als Infrastrukturbetreiberin fort. Insoweit allerdings bestehen gute Gründe zu der Annahme, dass die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums aufgrund des darin zum Ausdruck kommenden Transaktionskalküls sowie der mit der Rechtseinräumung verbundenen Risikoübertragung auf die Gesellschaft als marktkonform angesehen werden kann. In der Folge würde auch diese Maßnahme tatbestandlich keine Beihilfe begründen.

c) Vorsorglich: Voraussetzungen für die Genehmigung möglicher Beihilfen

Sollte die Kommission anlässlich von etwaigen Vorab-Kontakten zur Erörterung des Reformvorhabens der Ansicht entgegentreten, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes bereits keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, so wären ergänzend Überlegungen zur Rechtfertigung der oben beschriebenen Maßnahmen als staatliche Beihilfen anzustellen. Als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen Art. 93 und Art. 106 Abs. 2 AEUV.

aa) Art. 93 AEUV

Besondere Vorschriften für das Beihilferecht enthält die europäische Verkehrspolitik, welche im sechsten Titel des dritten Teils des AEUV geregelt ist. Gemäß Art. 93 AEUV sind Beihilfen unionsrechtskonform, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

Fraglich ist allerdings bereits, ob der Anwendungsbereich des mit „Verkehr“ überschriebenen sechsten Titels des dritten Teils des AEUV (Art. 90 – 100) im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überhaupt eröffnet ist. Denn **„Verkehr“** (englisch: *transport*; französisch: *les transports*) meint in Art. 90 ff. AEUV die **Beförderung von Personen oder Gütern** von einem Ort zu einem anderen durch ein oder mehrere Verkehrsmittel auf eigene oder fremde Rechnung,

vgl. Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Band 2, 7. Auflage 2015, Art. 90 AEUV, Rn. 29; Schäfer, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 90, Rn. 12.

Beförderungsleistungen soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft des Bundes aber gerade nicht erbringen. Schon insoweit ist zweifelhaft, ob die hier erörterten Maßnahmen einer Rechtfertigung nach Art. 93 AEUV zugänglich wären.

Ergänzende Hinweise auf den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 93 AEUV lassen sich ferner aus dem im sachlichen Einzugsbereich der Norm erlassenen Sekundärrecht ableiten. Zur Konkretisierung von Art. 93 sind im Hinblick auf die Binnenverkehrsträger Straße, Schiene und Wasserstraße die Verordnung (VO) Nr. 1192/69,

ABl. L 156 vom 28. Juni 1969, Seite 8; geändert durch VO (EG) Nr. 1791 aus 2006, ABl. L 363 vom 20. Dezember 2006, Seite 1,

und die VO Nr. 1370/2007,

ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, Seite 1,

erlassen worden. Die VO Nr. 1192/69 beschäftigt sich mit dem Ausgleich historischer Lasten der Eisenbahnunternehmen, die VO Nr. 1370/2007 legt Kriterien fest, innerhalb derer öffentliche Ausgleichsleistungen wegen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Personenverkehr auf Straßen und Schiene kraft Gesetzes mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt sind.

Auch die im Sekundärrecht genannten Materien sind für die Tätigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ersichtlich nicht einschlägig. Sollten die hier betrachteten Maßnahmen der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Beihilfen gerechtfertigt werden müssen, dürfte Art. 93 AEUV hierfür somit keine Grundlage bieten.

bb) Art. 106 Abs. 2 AEUV

Staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, können auch nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt sein. Dessen Anwendungsbereich ist vorliegend

nicht durch Art. 93 AEUV gesperrt. Art. 93 AEUV stellt eine Sondervorschrift zu Art. 106 Abs. 2 AEUV dar. Ausgleichsleistungen, die im Widerspruch zu Art. 93 AEUV bzw. im Widerspruch zur VO 1370/2007 stehen, können daher nicht ersatzweise nach Art. 106 Abs. 2 AEUV oder einer sonstigen AEUV-Bestimmung für mit dem AEUV vereinbar erklärt werden,

> *Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, Rn. 23, unter Hinweis auf das Altmark-Urteil des Europäischen Gerichtshofs.*

Neben der Sondervorschrift des Art. 93 AEUV für Landverkehre eröffnet Art. 106 Abs. 2 eine Rechtfertigung für beihilferelevante Maßnahmen mit Bezug auf sonstige DAWI, um dafür Sorge zu tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung von DAWI so gestaltet sind, dass diese Aufgaben erfüllt werden können (Art. 14 Satz 1 AEUV).

Die wesentlichen Erleichterungen einer Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gegenüber den Erfordernissen einer Tatbestandslösung gemäß der Altmark-Rechtsprechung bestehen darin, dass anders als beim zweiten Altmark-Kriterium zum einen keine *ex ante*-Bestimmung der Berechnungsparameter für die Ausgleichsleistung erforderlich ist, sondern lediglich eine *ex post*-Kontrolle einer möglichen Überkompensation erfolgt. Zum anderen tritt an die Stelle des vierten Altmark-Kriteriums (den Vergleich mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens) die Prüfung, ob die Ausgleichszahlung erforderlich ist, um die Nettokosten für die Erfüllung der Verpflichtungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen einschließlich eines angemessenen Gewinns zu decken,

> *DAWI-Rahmen, Ziffer 21 ff.*

Sollte die Kommission von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgehen, so könnte der der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gewährte Ausgleich beihilfenrechtlich unter diesen Voraussetzungen gerechtfertigt sein. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die der Finanzierung der Gesellschaft dienen Maßnahmen in diesem Falle gegenüber der Kommission als Beihilfen anzumelden wären (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Die Rechtfertigungsfähigkeit der Maßnahmen wäre gegeben, wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut

würde und die ihr gewährte Ausgleichsleistung zur Deckung ihrer Kosten erforderlich wäre. Der *ex ante*-Nachweis von Kosten eines gut geführten, angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens wäre für die Rechtfertigung der Ausgleichszahlungen nicht erforderlich.

d) Ergebnis

Als beihilfenrelevante Maßnahmen wurden die Gewährung von Ausgleichszahlungen an die Gesellschaft, die Einräumung eines öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs unter ergänzender Verpflichtung des Bundes zum Wertersatz bei Beendigung des Nießbrauchs und in ihrer Folge die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen sowie die Befreiung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von den Ertragsteuern geprüft. Diese Maßnahmen stellen nach dem Ergebnis unserer Prüfung keine Beihilfen dar, solange die Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erfüllung von dessen Straßenbaulast keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Die fehlende Unternehmenseigenschaft der Gesellschaft in den frühen Phasen ihrer Geschäftstätigkeit sollte unter Vorlage eines Entwurfs des Errichtungsgesetzes bereits während des Gesetzgebungsverfahrens mit der Kommission im Rahmen informeller Vorab-Kontakte erörtert werden. Auf diese Weise können etwaige Indikationen von Seiten der Kommission bereits frühzeitig aufgenommen und im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des Reformvorhabens gewürdigt werden.

Unabhängig von der Unternehmenseigenschaft der Gesellschaft folgen die Einräumung des öffentlich-rechtlichen Nießbrauchs sowie die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen im Lichte des für die Entwicklung der Gesellschaft vorgesehenen Phasenmodells einem langfristig angelegten und marktkonformen wirtschaftlichen Kalkül. Nach Maßgabe der im Market Economy Investor Principle zum Ausdruck kommenden Prüfkriterien bestehen gute Gründe zu der Annahme, dass zum Beispiel auch eine private Konzerndachgesellschaft ihrer Tochtergesellschaft das wirtschaftliche Eigentum an Vermögensgegenständen einräumen würde, um *dort* die Chancen, Lasten, Nutzungen und Risiken aus den betreffenden Vermögensgegenständen zu konzentrieren.

Die Bedingungen der Rechtseinräumung [teilweise] Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit) sind durch den Bund zu gegebener Zeit zu definieren und können als Grundlage für einen abschließenden Privatinvestortest die-

nen, bei dessen „Bestehen“ die Einräumung des wirtschaftlichen Eigentums an den Bundesautobahnen tatbestandlich keine beihilfenrelevante Begünstigung darstellen würde. Erforderlich wird die Widerlegung einer Begünstigung durch den Privatinvestortest vor allem dann, wenn die künftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Infrastrukturbetreiberin eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Beihilfentatbestands darstellen sollte. Nach den insoweit ersichtlichen Maßstäben der Kommission ist das möglich, auch wenn die Begutachtung auftragsgemäß davon ausgeht, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft selbst keine Mauterhebungstätigkeiten verrichten wird. Als Beihilfen zu wertende Interventionen des Bundes zur Reduzierung der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu tragenden Versorgungslasten sind auf Grundlage der für die Planungsrechnung und den beamten- und arbeitsrechtlichen Transformationsprozess getroffenen Annahmen gegenwärtig nicht absehbar.

Als Beihilfen zu wertende Interventionen des Bundes zur Reduzierung der von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu tragenden Versorgungslasten sind auf Grundlage der für die Planungsrechnung und den beamten- und arbeitsrechtlichen Transformationsprozess getroffenen Annahmen gegenwärtig nicht absehbar.

8. Staatsschuldenrechtliche Einordnung der Geschäftstätigkeit

Für die Abbildung des mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft angestrebten Finanzierungskreislaufs außerhalb des Bundeshaushalts im Sinne von Art. 110 Abs. 1 GG und außerhalb des Staatsschuldenbegriffs im Sinne von Art. 115 GG ist nach gegenwärtiger Rechtslage davon auszugehen, dass *notwendige* Bedingung dafür wäre, dass eine etwaige Kreditaufnahme durch einen anderen Rechtsträger als die Gebietskörperschaft Bund erfolgte. Nach dem Rechtsträgerprinzip hat der Bundeshaushalt nur die Einnahmen und Ausgaben der Gebietskörperschaft Bund, nicht aber von Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung auszuweisen (Art. 110 Abs. 1 GG) und stehen Kreditaufnahmen ebenfalls nur des Bundes, nicht aber Kreditaufnahmen von selbstständigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Ermächtigung (Art. 115 Abs. 1 GG),

> *vgl. Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 110, Rn. 94, sowie Art. 115, Rn. 7.*

Die etwaige Kreditaufnahme durch eine private Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erfüllt diese *notwendige* Bedingung. Ob die Verlagerung der Kreditaufnahme auf einen anderen Rechtsträger als den Bund auch *hinreichende* Bedingung ist, um den Finanzierungskreislauf außerhalb des Staatshaushalts und außerhalb der Staatsschulden rechtssicher zu etablieren, hängt indes davon ab, ob die Vermeidung unzulässiger Umgehungstatbestände,

> *„Flucht aus dem Budget“ - „Parafiscus“ - „Schattenhaushalt“*
>
> *vgl. zum Problembefund Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 110, Rn. 95 ff., sowie Art. 115, Rn. 71 ff.,*

zusätzlich die Berücksichtigung materieller Kriterien erforderlich macht, welche eine haushaltsexterne Kreditaufnahme ohne Zurechnung zu Bundeshaushalts- und Staatsschuld im konkreten Fall unbedenklich und aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht rechtfertigungsfähig machen,

> *vgl. Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“, Seite 58 ff.*

Angesprochen sind hier letztlich Fragen des Ausmaßes, in welchem der haushaltsexterne Kreislauf verselbstständigt wird mit dem Effekt, dass auch „in der Not“ kein Rückgriff mehr auf die Gebietskörperschaft Bund möglich sein soll. In der Sache geht es einerseits um die dauerhafte Zuweisung der gesetzlichen Einnahmekompetenz hinsichtlich der Lkw-Maut und ggf. einer Infrastrukturabgabe an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, andererseits um die Zuordnung von Finanzierungslasten zur Gesellschaft. Jedenfalls sobald die Gesellschaft als wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen aufgrund gesetzlicher Regelungen im BFStrMG und in weiteren Abgabengesetzen Gegenleistungsabgaben für die Benutzung der Bundesautobahnen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erhebt und soweit sie aufgrund einer entsprechenden Risikozuweisung für die Bereitstellung der Bundesautobahnen zu sorgen hat, ohne insoweit noch unbegrenzten Rückgriff beim Bund nehmen zu können, dürfte daraus eine auch materiell hinreichende Rechtfertigung für die Abbildung ihrer etwaigen Kreditaufnahmetätigkeit außerhalb des Haushalts ableitbar sein. Für die haushalts- und staatsschuldenrechtliche Würdigung der Zielstruktur in Phase 3 wird dabei insbesondere auch von Bedeutung sein, dass anders als bei historischen Vorläufern der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft („Öffa“) der Vermögens-

gegenstand „Bundesautobahn“, für den die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Kredite aufzunehmen berechtigt sein würde, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch handelsrechtlich zugeordnet sein würde. Damit wären der Vermögensgegenstand und die dem Ausbau und dem Erhalt des Vermögensgegenstandes dienenden etwaigen Fremdmittel dem vom Staatshaushalt verschiedenen Rechtsträger *gleichermaßen* zugeordnet. Wäre der Bund in dieser Zielstruktur nicht mehr selbst und unmittelbar für die Lasten der Bundesautobahnen verantwortlich, so vollzöge sich die Finanzierung dieser Lasten durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch nicht mehr „im Schatten“ des Staatshaushalts, sondern unter Gewährleistung vollständiger Transparenz außerhalb des Staatshaushalts.

9. Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als „Marktproduzent" nach ESVG

Auch hinsichtlich der Maßstäbe zur Klassifizierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach dem Europäischen System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) verweisen wir auf die diesbezüglichen Ausführungen an anderer Stelle,

> *vgl. Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase“, Seite 58 ff., insbesondere Seite 62 ff.*

Dort ist dargelegt, dass die Reform der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen im Falle der Gründung einer vom Bund separierten Organisationseinheit die Perspektive bietet, die entstehende Einheit als Produzentin von für den Markt bestimmten Leistungen einzuordnen. Dies hätte zur Folge, dass die von der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ggf. aufgenommenen Kredite nicht der Defizitquote und dem Schuldenstand des Mitgliedstaats Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Art. 126 Abs. 2 AEUV zuzurechnen wären. Konkret geht es um die Frage, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft statt dem Sektor „Staat“ den „öffentlichen Kapitalgesellschaften“ im Sinne von Ziffer 2.46 lit. a) ESVG bzw. den „öffentlichen Produzenten“ im Sinne von Ziffer 2.46 lit. c) ESVG zugeordnet werden kann. Hierzu muss sie einerseits institutionelle Einheit sein, und andererseits Marktproduzentin (vgl. nachstehende Abb. 27).

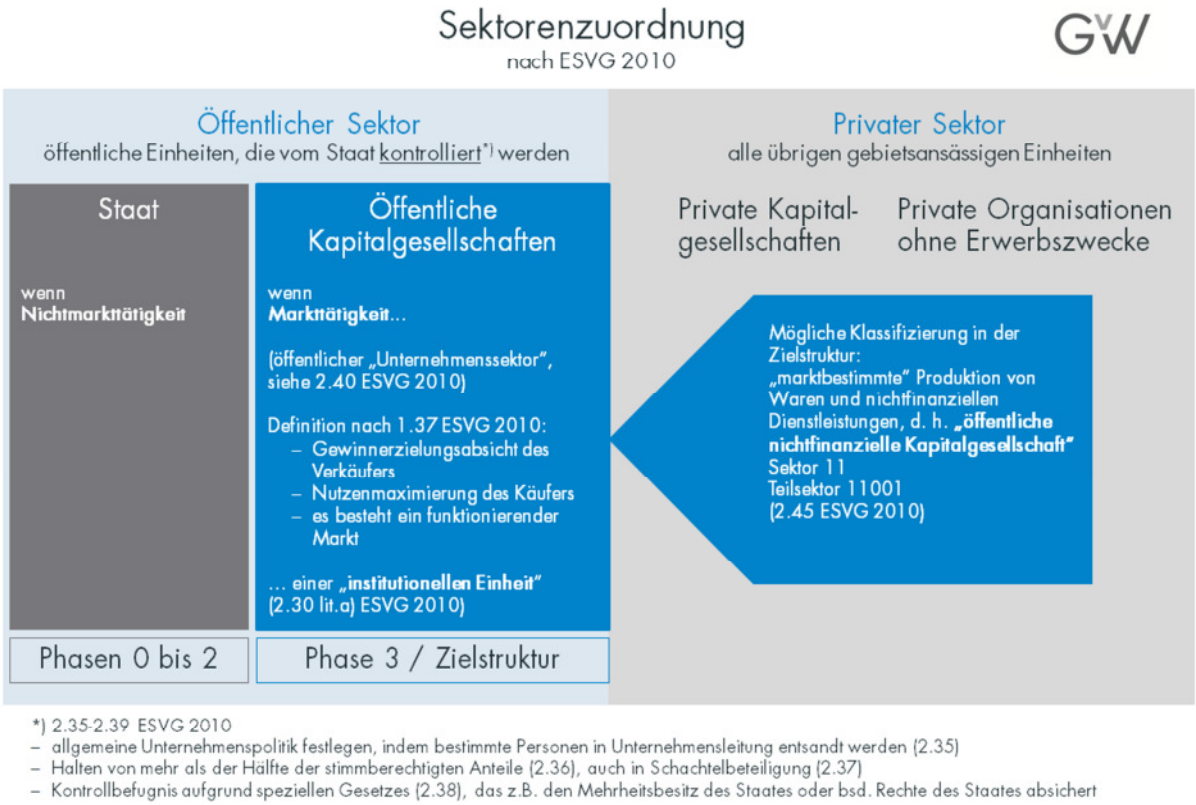

Abbildung 27: Sektorenzuordnung nach ESVG 2010

Das die Sektorensystematik nach dem ESVG stark vereinfachende Schaubild zeigt, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bei Umsetzung des hier vorgeschlagenen Konzeptes nach den vom ESVG aufgestellten Zuordnungskriterien aller Voraussicht nach nicht im privaten Sektor zu verorten wäre, sondern im öffentlichen Sektor. Dem öffentlichen Sektor würde die Gesellschaft auf Grundlage der Regelungen des ESVG 2010 auch zugeordnet bleiben, wenn der Bund bis zu maximal 49,9% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft veräußerte. Nach Ziffer 2.36 ESVG 2010 kann eine einfache Mehrheitsbeteiligung für die Annahme von Kontrolle ausreichen, sofern die übrigen Kontrollkriterien erfüllt bleiben, namentlich die Möglichkeit zur Festlegung der allgemeinen Unternehmenspolitik.

Für die weitere Klassifizierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im öffentlichen Sektor ist sodann maßgeblich, ob die Gesellschaft bei Umsetzung des Reformvorhabens eine Nichtmarkttätigkeit ausüben würde oder eine Markttätigkeit. Auch insoweit ist zur Einordung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft das Phasenmodell erkenntnisfördernd. Voranzustellen ist den nachfolgenden Überlegungen im Übrigen, dass zur Einordnung der Gesell-

schaft an dieser Stelle keine verbindlichen Aussagen getroffen werden können. Zur Erlangung von Rechtssicherheit empfiehlt sich vielmehr die Einholung eines sog. *ex-ante-advice* bei Eurostat nach den hierzu einschlägigen Verfahrensregelungen,

> *vgl. hierzu das Dokument "Eurostat's ex-ante and ex-post advice on methodological issues" vom 18. Januar 2013.*

Dessen ungeachtet sollen im Folgenden zumindest die möglichen Implikationen der hier vorgeschlagenen Strukturierung für eine möglicherweise anstehende Klassifizierungsentscheidung durch das Statistische Bundesamt bzw. durch Eurostat aufgezeigt werden. Dabei wird es aus Sicht der zur Klassifizierung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zuständigen Stellen maßgeblich darauf ankommen, welches Gesamtbild sich aus dem gesetzlichen Rahmen zur Erhebung von Abgaben auf die Benutzung von Bundesautobahnen, aus dem Errichtungsgesetz sowie aus der Satzung und den wesentlichen von der Gesellschaft zu schließenden Verträgen ergeben wird.

a) Zur Abgrenzung von „Nichtmarktproduktion" und „Marktproduktion"

Nichtmarktproduktion ist die Herstellung von Gütern, die anderen Einheiten unentgeltlich oder zu wirtschaftlich nicht signifikanten Preisen zur Verfügung gestellt werden,

> *ESVG 2010, Ziffer 3.23.*

Als mögliche Gründe für die Nichtmarktproduktion führt das ESVG in der Sache das Nichtfunktionieren des Ausschlussprinzips für bestimmte Kollektivgüter sowie die sozial- und wirtschaftspolitisch motivierte, bewusste Entscheidung eines Gemeinwesens gegen die Überführung kollektiver Güter mit Privatgutskomponente in außersteuerliche Entgeltsysteme an. Angesichts der heutigen technologischen Möglichkeiten zur Erfassung von Straßenbenutzungsvorgängen, aber auch angesichts der in der Europäischen Union mittlerweile entstandenen „Sozialadäquanz" von Abgabeerhebungen auf Straßenbenutzungen, dürfte speziell im Hinblick auf die deutschen Bundesautobahnen heute nicht mehr von einem typischen Kollektivgutcharakter auszugehen sein. Je nach Erhebungssystem könnte der nicht zahlungswillige Nutzer von der Nutzung der Bundesautobahnen sogar faktisch ausgeschlossen werden, wenn nämlich Mautentrichtungssysteme zugleich als Zugangsschranken ausgestaltet würden. Auch wenn Mautsysteme auf-

grund wirtschaftlicher und organisatorischer Erwägungen keine physischen Zugangshindernisse etablieren, sondern den Nichtzahler lediglich sanktionieren, so dürfte anerkannt sein, dass die Bereitstellung von Straßeninfrastruktur zur Nutzung eine sog. Privatgutskomponente aufweist, welche aus Sicht des ESVG Anknüpfungspunkt für die Einordnung der Bereitstellung von Infrastruktur als Marktproduktion sein kann. Sofern ein Gemeinwesen – wie in zahlreichen Mitgliedstaaten der Union inzwischen langjährige Praxis – diese Möglichkeit aufgreift und direkt zurechenbare Kosten oder Vorteile der Infrastrukturbereitstellung und -nutzung nicht mehr unentgeltlich übernimmt bzw. gewährt, sondern zum Auslöser individueller Zahlungspflichten macht, so dürften für die Bereitstellung von Straßeninfrastruktur zur Nutzung die im ESVG niedergelegten Voraussetzungen der Nichtmarktproduktion insgesamt überwunden sein.

Bei diesem Befund einer grundsätzlichen Tauglichkeit der Bereitstellung von Bundesautobahnen, Gegenstand von „Marktproduktion“ im Sinne des ESVG sein zu können, stellt sich im Weiteren die Frage, ob für die Einordnung der künftigen Tätigkeiten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Markt- oder Nichtmarktproduktion nach ESVG dieselben Maßstäbe gelten, die im Zusammenhang mit der beihilfenrechtlichen Einordnung der Gesellschaftstätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ maßgebend waren. Im dortigen Zusammenhang war für die Einordnung der Gesellschaftstätigkeit als „wirtschaftlich“ bzw. als „nicht wirtschaftlich“ auf die Frage abgestellt worden, ob die Gesellschaft als Geschäftsbesorgerin des Bundes in einem Marktumfeld agiert bzw. ob das Errichtungsgesetz im Hinblick auf die Wahrnehmung von Aufgaben des Bundes aus der Straßenbaulast für die Bundesautobahnen eine marktöffnende Wirkung entfaltet,

> *siehe dazu Abschnitte D.III.7.b)aa)(1)(b) und D.III.7.b)aa)(1)(e)).*

Für das im ESVG angelegte sog. Produktionskonzept verlaufen die Abgrenzungslinien zwischen Markt- und Nichtmarkttätigkeit indes anders. Hier kommt es vor allem darauf an, ob die betreffende Einheit ihre Güter und Dienstleistungen an einem Absatzmarkt einer unbestimmten Vielzahl von Kunden anbietet. In den frühen Phasen ihrer Geschäftstätigkeit ist die Gesellschaft allerdings noch nicht von diesem Willen getragen. Als Geschäftsbesorgerin des Bundes zur Erfüllung von dessen Straßenbaulastaufgaben stellt die Gesellschaft die Bundesautobahnen dem Bund zur Verfügung, damit dieser die Bundesautobahnen zum entgeltlichen oder unentgeltlichen

Gemeingebrauch zur Verfügung stellen kann. Die Gesellschaft tritt gegenüber den Nutzern demgegenüber noch nicht als Produzentin auf. Ob die Gesellschaft ihre Geschäftsbesorgungsleistungen für den Bund im Wettbewerb mit anderen Marktakteuren erbringt, d. h. ob der Bund die Geschäftsbesorgungsleistungen der Gesellschaft „am Markt" bezieht, statt sie über die Inanspruchnahme des *inhouse*-Privilegs in seinem eigenen Organisationsbereich erbringen zu lassen, ist aus Sicht des ESVG mangels Angebots gegenüber einer Vielzahl von Kunden unerheblich. Ungeachtet dessen dürften die rechtlichen Befunde der „Nichtmarktproduktion" im Sinne des ESVG, der „Nichtmarkttätigkeit" im Sinne des Beihilfenrechts und des „Nichtmarktbezuges" im Sinne des Vergaberechts aber auch eine inhaltliche Kohärenz aufweisen, solange die Gesellschaft die Bundesautobahnen „lediglich" für den Bund betriebsbereit hält und diese den Nutzern nicht selbst als wirtschaftliche Eigentümerin der Bundesautobahnen und Mautgläubigerin bereitstellt.

Sobald die Gesellschaft allerdings als wirtschaftliche Eigentümerin an den Vermögensgegenständen der Bundesautobahnen und als Mautgläubigerin in eine unmittelbare Rechtsbeziehung zu den Nutzern der Bundesautobahnen tritt, dürfte sie damit zugleich einen Absatzmarkt betreten. Dieses ist unter den hier getroffenen Annahmen ab Phase 3 der Fall, wenn nicht politische Entscheidungen eine frühere Verwirklichung der Zielstruktur bedingen. Ob die Gesellschaft in der Zielstruktur als Infrastrukturbetreiberin zugleich Marktproduzentin im Sinne des ESVG ist, hängt nach den Regeln des ESVG nicht wesentlich von der Beschaffenheit der entstehenden Marktstrukturen ab, sondern von den Präferenzen des (öffentlichen) Produzenten von Gütern und Dienstleistungen einerseits und den Konsum- bzw. Verbrauchsmöglichkeiten der Verbraucher dieser Leistungen andererseits. Maßgeblich ist insoweit das Konzept des sog. *signifikanten* Preises.

b) „Signifikanter Preis"

Preise sind laut ESVG wirtschaftlich signifikant, wenn sie die von Produzenten angebotenen und von Käufern nachgefragten Warenmengen wesentlich beeinflussen (ESVG 2010, Ziffer 3.19). Auf zum Gemeingebrauch gewidmete Straßen angewandt, würde das Konzept des signifikanten Preises aus Sicht des Abgabepflichtigen („Käufers") mithin wohl voraussetzen, dass ihm die Wahl verbleibt, seine Abgabenlast über seinen individuellen Nutzungsumfang zu steuern. Für die gegenwärtig erhobene Lkw-Maut er-

scheint diese Voraussetzung als erfüllbar. Dafür, dass die Lkw-Maut „signifikant“ ist, spricht bereits, dass sie das Nutzerverhalten beeinflusst (Ausweichverkehre, „intermodaler Switch“). Aus Sicht des Produzenten wird die Möglichkeit einer Marktproduktion zu wirtschaftlich signifikanten Preisen demgegenüber anhand des sog. 50%-Kriteriums geprüft. Dieses Kriterium stellt auf das Verhältnis zwischen Verkaufserlösen und Produktionskosten ab. Um als Marktproduzent klassifiziert werden zu können, sollte die betreffende Einheit über einen mehrjährigen Zeitraum hinweg mindestens 50% ihrer Kosten durch ihre Verkäufe decken,

ESVG 2010, Ziffer 3.19.

Produktionskosten werden dabei als die Summe aus Vorleistungen, Arbeitnehmerentgelten, Abschreibungen und sonstigen Produktionsabgaben zuzüglich der Kapitalkosten definiert,

ESVG 2010, Ziffer 3.33 lit. c).

Aus hiesiger Sicht erscheint es nicht als abwegig, die vorgenannten Bedingungen unter Berücksichtigung der für Lkw-Maut und Infrastrukturabgabe bestehenden bzw. geplanten Erhebungssysteme als grundsätzlich erfüllbar anzusehen. Der für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgestellten Planungsrechnung lässt sich insonderheit entnehmen, dass auf Basis der getroffenen Annahmen allein schon die der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugewiesene Lkw-Maut die Kosten der Gesellschaft in den betrachteten Szenarien durchgängig zu mehr als 50% deckt. Mit fortschreitendem Ersatz der in der Planungsrechnung angenommenen Plankosten durch in der Praxis ermittelte Istkosten wird sich die Erfüllbarkeit des nach ESVG statuierten 50%-Kriteriums allein durch die Lkw-Maut im Zuge der Transformationsphase fortlaufend überprüfen und validieren lassen. Sollte sich dabei herausstellen, dass auch die Erlöse aus der Infrastrukturabgabe notwendig werden, um angesichts der künftigen Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft das 50%-Kriterium zu erfüllen, so wäre ggf. ein *ex ante*-advice durch Eurostat einzuholen. Zu klären wäre, ob und in welchem Ausmaß auch die Infrastrukturabgabe aus Sicht der Nutzer eine Preis-/Mengenanpassung erlaubt, damit diese Abgabe neben der streckenbezogen erhobenen Lkw-Maut ebenfalls als signifikanter Preis (und damit nicht als Steuer) gewertet werden kann. Im Falle einer zeitbezogen erhobenen und bemessenen Straßenbenutzungsabgabe könnten insoweit z. B. unterschiedlich ausgestaltete Laufzeitangebote in Betracht zu ziehen sein.

c) Weitergehende Erwägungen

Den aufgezeigten Prüfungs- und ggf. Gestaltungsbedarf erzeugen die Regelungen des ESVG im Zuge der weiteren Geschäftsentwicklung der Gesellschaft allerdings nur dann, wenn zu den Finanzierungsquellen der Gesellschaft künftig regelmäßig auch Kredite gehören sollen. Wie in Abschnitt D.II dargelegt, wird in der für die Gesellschaft aufgestellten Planungsrechnung einstweilen jedoch nicht davon ausgegangen, dass der der Gesellschaft seitens des Bundes zunächst zu gewährende Unterdeckungsausgleich vollständig oder teilweise durch Fremdmittel ersetzt wird. Vielmehr geht die Planungsrechnung davon aus, dass die zunächst gewährten zusätzlichen Haushaltsmittel nach und nach durch eine Vollfinanzierung aus erhobenen Nutzerentgelten ersetzt werden. Würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bis zum Erreichen der Zielstruktur mithin etwa noch als staatliche Zweckgesellschaft im Sinne von Ziffer 2.27 ESVG 2010 klassifiziert und als solche auf den Sektor Staat konsolidiert, weil sie als Geschäftsbesorgerin des Bundes in der Diktion des ESVG ausschließlich Dienstleistungen für die „Muttergesellschaft“ erbringt,

> *vgl. insoweit ESVG 2010, Ziffer 2.24, zum Tatbestand des „künstlichen Tochterunternehmens“, auf den die Beschreibung staatlicher Zweckgesellschaften in Ziffer 2.27 sachlich verweist,*

so bliebe die Zurechnung der Gesellschaft zum Staat jedenfalls unter dem Blickwinkel von Krediten, welche der Defizitquote und dem Schuldenstand Deutschlands im Sinne von Art. 126 Abs. 2 AEUV zugerechnet werden müssten, unerheblich. Je nachdem, ob der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag teilweise auch Risiken auferlegt werden, etwa durch Vorgabe von bestimmten Grenzen für einzelne Kostenarten, erscheint eine Klassifizierung der Gesellschaft als bloße Zweckgesellschaft des Staates aus heutiger Sicht aber gar nicht einmal als zwingend. Auch insoweit wird erst das vervollständigte Gesamtbild aus Errichtungsgesetz, sonstigen wesentlichen gesetzlichen Rahmenbedingungen, Gesellschaftsvertrag (Satzung) und den wesentlichen Gesellschaftsverträgen, insbesondere dem Geschäftsbesorgungsvertrag, weitere Aussagen ermöglichen.

Im Zusammenhang mit den in dieser Begutachtung angestellten Überlegungen zur Finanzierung der Gesellschaft wurde im Übrigen verschiedentlich betont, dass künftige Parlamente hinsichtlich der Zuweisung erhobener

Nutzerentgelte zur Gesellschaft auch anderweitige Gestaltungspräferenzen haben können,

vgl. etwa Abschnitt D.II.2.a)bb).

Denkbar ist insoweit auch ein Szenario, in welchem das verfügbare Abgabenaufkommen gerade nicht bis zur Deckung der vollständigen Kosten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugewiesen wird. Soweit das der Fall ist, könnte die Gesellschaft in einzelnen Wirtschaftsjahren oder Investitionsphasen fehlende Liquidität ggf. auch am Kapitalmarkt beschaffen. Sofern die Gesellschaft als öffentliche Kapitalgesellschaft mit Markttätigkeit eingeordnet würde, käme keine Zuordnung etwa aufgenommener Kredite zu Defizitquote und Schuldenstand in Betracht. Rechtzeitig vor der systematischen Inanspruchnahme von Fremdmitteln etwa zur Realisierung eines anstehenden Investitions- und Realisierungsplans wäre dementsprechend die Klassifizierbarkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als Marktproduzentin sicherzustellen.

Dass die Gesellschaft in der Zielstruktur als Infrastrukturbetreiberin weiterhin Weisungen des Bundes unterworfen sein könnte, wenn sie als GmbH verfasst ist, hinderte ihre Einordnung als öffentliche Kapitalgesellschaft im Sinne von Abbildung 27 nach hiesiger Einschätzung im Übrigen nicht. Auch als GmbH könnte die Gesellschaft institutionelle Einheit sein. Das Weisungsrecht des Gesellschafters einer GmbH beseitigt deren „Entscheidungsfreiheit in der Ausübung ihrer Hauptfunktion“,

so Ziff. 2.12 ESVG 2010,

nicht ohne Weiteres, insbesondere nicht deren Fähigkeit, wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen und wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben zu können, für die sie selbst direkt verantwortlich und haftbar ist. Für eine Klassifizierung der Gesellschaft als institutionelle Einheit mag in der Zielstruktur, aber auch schon in den frühen Phasen der Geschäftstätigkeit, dann ggf. auch maßgeblich sein, ob die Gesellschaft durch den Bund gezwungen werden kann, „politische“ Maßnahmen ungeachtet der von ihr ursprünglich aufgestellten Investitions- und Realisierungspläne durchführen zu müssen. Solche Einzelfallentscheidungen des Bundes außerhalb der von der Gesellschaft geplanten Maßnahmen sind in dem Geschäftsmodell für die Gesellschaft gegenwärtig zwar nicht vorgesehen, aber auch nicht völlig ausgeschlossen (Weisungsrecht). Ungeachtet dessen wird die Gesellschaft insbesondere bei der Planung und Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen für

die Bundesautobahnen eigenständige unternehmerische Entscheidungen über den Einsatz der ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen bzw. auch über einen etwaigen Ausbau ihrer Ressourcen treffen können. Etwaige Spielräume der Gesellschaft zur zeitlichen Priorisierung von Maßnahmen des Bedarfsplans könnten eine Klassifizierung der Gesellschaft als institutionelle Einheit noch zusätzlich stützen. Wegen weiterer Einzelheiten zur Vereinbarkeit von Weisungsrechten eines GmbH-Gesellschafters mit dem Tatbestand der institutionellen Einheit im Sinne des ESVG 2010 verweisen wir auf **Anlage 9**.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung der Kriterien für eine Klassifizierung von Einheiten im Hinblick auf die im Europäischen System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen vorgesehenen Sektoren durchaus auch einem Wandel unterlegen ist. Dieser Umstand kann unter anderem auch die Reklassifizierung von Strukturen bedeuten, die ursprünglich außerhalb des Staatssektors abgebildet worden sind. Insofern erscheint es naheliegend, nach Einholung eines ersten *ex-ante advice*, der nach Vorliegen von Errichtungsgesetz und abgestimmtem Satzungsentwurf erfolgen könnte, zu einem späteren Zeitpunkt erneut an das Statistische Bundesamt bzw. an Eurostat heranzutreten, um die voraussichtliche Klassifizierung der Gesellschaft in der Zielstruktur aufgrund des dann aktualisierten Kenntnis- und Dokumentationsstandes verorten bzw. bestätigen zu lassen.

E. Transformationsprozess

Um die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach deren Errichtung und Gründung betriebsfähig zu machen, bedarf es zahlreicher Umsetzungsschritte. Im Vordergrund steht die Ausstattung der Gesellschaft mit den betriebsnotwendigen personellen, sächlichen und finanziellen Ressourcen. Deren planmäßige Bereitstellung soll im Rahmen einer sog. Transformationsphase erfolgen. Zu prüfen ist zunächst, welches Rechtsregime („Transformationsregime") für die Transformationsphase vorzusehen ist, damit die Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Ressourcen möglichst reibungslos verläuft (hierzu unter I.). Darüber hinaus ist der Frage nachzugehen, wie der beamten- und arbeitsrechtliche Transformationsprozess, also die Überführung der in den Landesverwaltungen im Bereich Bundesautobahnverwaltung tätigen Landesbeamten sowie Arbeitnehmer und Auszubildenden, konkret ablaufen könnte (hierzu unter II.).

I. Transformationsregime

Anders als bei der „Privatisierung" der Bahn und bei der Überführung des ehemaligen Bundeseisenbahnvermögens in Wirtschaftsunternehmen im Sinne des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG ist der Bund bei der Umstellung der Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen auf den Typus Bundesverwaltung nicht der einzig handelnde Akteur. Vielmehr haben auch die bisher für die Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen zuständigen Länder einen wesentlichen Beitrag zum Gelingen des Transformationsprozesses zu leisten. Für die Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Personal, Sach- und Betriebs- sowie Finanzmitteln ergibt sich im Einzelnen Folgendes:

1. Notwendige Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

a) Personal

Um die ihr zugewiesenen Aufgaben im Bereich der Bundesautobahnverwaltung effektiv wahrnehmen zu können, soll die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit dem Personal ausgestattet werden, das bislang in den Auftragsverwaltungen der Länder eingesetzt wird – die Ersetzung der bisherigen Beschäftigten der Bundesautobahnverwaltung durch neue Beschäftigte ist nicht angedacht. Trotz der somit notwendigen „Überleitung" von Beschäftigten der Länder auf den Bund bzw. auf die Verkehrsinfrastrukturgesell-

schaft soll die Auftragsverwaltung der Länder in den Bereichen „sonstige Bundesfernstraßen“ und „Landesstraßen“ fortgeführt werden. Deshalb müssen die im Bereich Bundesautobahnen (überwiegend) tätigen Beschäftigten zunächst identifiziert und sodann auf den Bund bzw. auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft überführt werden (vgl. ausführlich unter Abschnitt E.II.2. [ab Seite 512]: „Arbeitsrechtlicher Transformationsprozess“). Da die betreffenden Mitarbeiter derzeit Landesbedienstete bzw. bei Stellen oder Rechtsträgern des Landes beschäftigt sind, bedarf es hierfür der Mitarbeit der Länder.

b) Sächliche Betriebsmittel

Für die sächlichen Betriebsmittel gilt das unter E.I.1.a. Gesagte entsprechend. Auch hier sind eine Ermittlung der in den Betrieben und Betriebsteilen „Bundesautobahnen“ eingesetzten Geräte, Betriebsstoffe, ggf. Lizenzen etc. und eine Übertragung dieser sächlichen Betriebsmittel auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erforderlich.

c) Finanzielle Ressourcen

Für die Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit finanziellen Ressourcen ist der Bund nach den bisherigen Überlegungen zur Finanzierung nicht auf die Mitarbeit der Länder angewiesen. Das Mautaufkommen steht bereits nach geltender Rechtslage allein dem Bund zu (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BFStrMG). Soweit der Bund der Gesellschaft die Mittel aus der Lkw-Maut zuweist, ist er insoweit allein handlungsfähig.

Entsprechendes gilt, soweit die Gesellschaft zusätzlich zu den Mitteln aus der Lkw-Maut weitere Zahlungen aus dem Bundeshaushalt benötigt, zum Beispiel in Gestalt der vom Bund zusätzlich zur Lkw-Maut bereitzustellenden weiteren Haushaltsmittel (siehe dazu unter D.I.4.b) [ab Seite 192]). Auf der Grundlage eines entsprechend zu fassenden Errichtungsgesetzes wird der Bund entsprechende Verträge ohne Einbindung der Länder mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abschließen können. Sofern der Bund die Gesellschaft „wie eine Dienststelle“ beherrscht und sofern die Voraussetzungen für eine inhouse-Vergabe gegeben sind, werden entsprechende Verträge zwischen dem Bund und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht unter den Anwendungsbereich des Kartell-Vergaberechts fallen,

vgl. dazu Abschnitt D.III.6. (ab Seite 289).

d) Sonstige Materien

Sonstige relevante Anweisungen zur Herstellung der Betriebsbereitschaft der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ergeben sich bei näherem Hinsehen in zahlreichen Punkten. Zu nennen ist etwa die Überleitung der in den Auftragsverwaltungen gegenwärtig betreuten Sachvorgänge in die neuen Zuständigkeiten, konkret etwa die Verankerung von Planungs- oder Ausschreibungsvorhaben in der künftigen Aufbauorganisation der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bzw. in neuer Zuständigkeit.

e) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist an dieser Stelle festzuhalten, dass der Bund zumindest betreffend die personellen und sächlichen Betriebsmittel auf die Mitwirkung der Länder angewiesen ist. Ohne eine Mitwirkung der Länder können die „Betriebe und Betriebsteile Bundesautobahnen" nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen. Somit fragt sich, wie, zu welchem Zeitpunkt und auf welcher rechtlichen Grundlage die Länder zur Mitarbeit veranlasst werden sollten.

2. Kriterien für ein einzurichtendes „Transformationsregime"

Idealerweise erfüllt das Rechtsregime, unter dem die Strukturen der Bundesauftragsverwaltung der Bundesautobahnen überwunden und die Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hergestellt werden, folgende Kriterien:

- Der Bund hat eine möglichst weitreichende Rechtsmacht inne, den Prozess der Umgestaltung eigenständig zu regeln und umzusetzen.
- Den Ländern ist kein Spielraum für strategisches Verhalten („*moral hazard*") gegeben.
- Bei der Inanspruchnahme der Transformationskompetenz durch den Bund bestehen keine Rechtsunsicherheiten. Die Rechts- und Handlungssicherheit des Bundes ist weitgehend gewährleistet, indem der Bund ein bestimmtes Handlungsprogramm vorab festgelegt hat, das einerseits hinreichend bestimmt ist, andererseits im notwendigen Umfang Anpassungen an veränderte Umstände erlaubt.

3. Zur Ausgestaltung des Transformationsregimes

Fraglich ist, welches rechtliche Transformationsregime diese Anforderungen erfüllen kann. In Betracht kommen mehrere Möglichkeiten:

a) Überblick

Zum einen könnte der Bund die Länder *im Rahmen des bisherigen Systems der Bundesauftragsverwaltung der Bundesfernstraßen* dazu veranlassen, die Bedingungen für eine künftige Verwaltung der Bundesautobahnen durch den Bund bzw. durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft herzustellen. Ein solches Modell wäre dadurch gekennzeichnet, dass die durch Art. 90 Abs. 2 GG in der aktuellen Fassung geprägte Rechtslage weiterhin aufrechterhalten und erst nach Abschluss der Transformationsphase im Sinne einer Bundesverwaltung der Bundesautobahnen geändert würde. Zum anderen könnte die *bisherige Bundesauftragsverwaltung sogleich durch eine Bundesverwaltung der Bundesautobahnen ersetzt* werden, wobei dem Bund flankierend die Rechtsmacht eingeräumt werden müsste, die Durchführung aller für den Transformationsprozess notwendigen Schritte sicherzustellen – idealerweise unter Einräumung einer entsprechenden Anordnungsbefugnis des BMVI gegenüber den Ländern. Bei einer solchen Vorgehensweise griffe die anstehende Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG nicht erst am Ende, sondern bereits zu Beginn der Transformationsphase, so dass der Bund die Länder grundsätzlich sofort in deren bisheriger Zuständigkeit für die Verwaltung der Bundesautobahnen ablöste. Dabei könnte die Befugnis des Bundes zur Anordnung von Maßnahmen gegenüber den Ländern ggf. ergänzt werden durch eine sog. Organleihe, auf deren Grundlage der Bund auch noch während der Übergangsphase zur Verwaltung der Bundesautobahnen auf Landesbehörden zugreifen kann.

Nachfolgend wird zunächst die Variante einer Transformation des gegenwärtigen Systems unter Aufrechterhaltung der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen betrachtet. Die genannten Spielarten zur Gestaltung der Transformationsphase in bundeseigener Verwaltung werden nachfolgend in den Abschnitten c) und d) dargestellt. Abschließend befasst sich Abschnitt e) mit der Frage, ob für die zweckmäßige Gestaltung des Transformationsregimes ggf. auch eine bewusste Modifikation des Verwaltungstypus der Auftragsverwaltung in Betracht kommen kann. Diese könnte sich dadurch auszeichnen, dass die Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen während der Übergangszeit im Grundsatz beibehalten wird, die im

Rahmen der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG bestehenden Ingerenzrechte des Bundes jedoch eigens für die Transformationsphase erweitert bzw. intensiviert werden. Schließlich werden die in Betracht kommenden Alternativen einer Würdigung unterzogen (hierzu unter 4.).

b) Beibehaltung der Bundesauftragsverwaltung bis zum Abschluss der Transformationsphase

Im Sinne der ersten der genannten Varianten wäre es vorstellbar, dass Art. 90 Abs. 2 GG n. F. zwar bereits die Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung anordnet, das Wirksamwerden dieses Verwaltungstypus aber aufschiebt, etwa indem Art. 90 Abs. 2 GG n. F. oder eine in die Übergangs- und Schlussvorschriften des Grundgesetzes einzufügende Übergangsvorschrift vorsieht, dass

> *„ … die bisherige Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder bis zum 1. Januar 2018 [oder bis zu einen dem verfassungsändernden Gesetzgeber angemessen erscheinenden späteren Zeitpunkt] fortgilt…“.*

Kennzeichen eines solchen Ansatzes wäre, dass die Verfassung für den Sachbereich der Bundesfernstraßen bereits einen neuen Verwaltungstypus anordnete, dieser Verwaltungstypus aber erst für die Zukunft Gültigkeit beanspruchte.

Eine solche Regelungsstruktur ist dem Grundgesetz bisher weitgehend fremd. Abgesehen von der auf die Wiedervereinigung bezogenen Sondervorschrift des Art. 143 Abs. 2 GG treffen die Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften der Art. 87 ff. GG jeweils eindeutige Aussagen über den jeweiligen Verwaltungstypus für einen Sachbereich, ohne dass in den Übergangs- und Schlussbestimmungen eine zeitliche Befristung bzw. eine Inkrafttretensregelung aufgenommen worden wäre. Instruktiv sind insoweit Art. 87e Abs. 3 Satz 1 und Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG. Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG bestimmt für die Eisenbahnen des Bundes, dass diese als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden. Dieser Verfassungstext ist durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. Dezember 1993 (Bundesgesetzblatt I, Seite 2089) in das Grundgesetz aufgenommen worden. Zu dieser Zeit existierten die im Verfassungstext genannten Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form noch nicht. Vielmehr wurden die Eisenbahnen noch als Sondervermögen des Bundes geführt. Dennoch wurde mit dem neuen Art. 87e GG bereits die neue Ver-

waltungsform für die Bundeseisenbahnen eingeführt. Flankierend hierzu wurde mit Art. 143a GG eine Kompetenz des Bundes zur Herstellung der neuen Verwaltungsform für die Bundeseisenbahnen begründet. Entsprechend wurde im Bereich des Postwesens verfahren,

> *vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30. August 1994, Bundesgesetzblatt I, Seite 2245.*

Würde man entgegen der Vorgehensweise bei den Privatisierungsvorhaben Eisenbahnen und Post den ursprünglichen Verwaltungstypus für die Bundesautobahnen für eine Übergangszeit zunächst noch „konservieren", so würde damit ein Sonderweg beschritten und es entstünde eine Regelungsstruktur, die der Verfassung im Vergleich mit den anderen einschlägigen Organisationsvorschriften gewissermaßen „wesensfremd" wäre. Auch im Zuge der Bahnreform hat der verfassungsändernde Gesetzgeber die Fortgeltung der Bundeszuständigkeit für den Schienenpersonennahverkehr nicht im achten Abschnitt des Grundgesetzes über die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung (Art. 83 ff. GG), sondern in den Übergangs- und Schlussbestimmungen des elften Abschnitts geregelt, konkret in Art. 143a Abs. 3 GG.

Abgesehen von dieser eher formalen Argumentation spricht gegen eine solche Vorgehensweise jedoch vor allem, dass der Bund unter dem fortbestehenden Regime der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen die Länder letztlich zwingen würde, an der Abschaffung der bisherigen Bundesauftragsverwaltung mitzuwirken und sich damit gewissermaßen selbst zu entmachten. Dies dürfte nicht nur zu zahlreichen Friktionen im Bund-Länder-Verhältnis führen, sondern würfe auch die Frage auf, ob der Bund im Rahmen des bisherigen Systems der Bundesauftragsverwaltung überhaupt über die notwendigen rechtlichen Steuerungsinstrumente verfügte, um eine Durchführung des beabsichtigten Transformationsprozesses sicherzustellen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Einrichtung der Behörden im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung gemäß Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG Angelegenheit der Länder ist, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen. Solange die Bundesautobahnen im Auftrage des Bundes verwaltet werden, entscheiden dementsprechend grundsätzlich allein die Länder darüber, ob der Bereich Bundesautobahnen der Landesstraßenbauverwaltungen organisatorisch verselbstständigt bzw. auf einen eigenständigen Rechtsträger überführt wird oder nicht. Der Bund könnte die Durchführung eines dieser im Rah-

men des Transformationsprozesses notwendigen Schritte rechtlich daher nur dann erzwingen, wenn entweder ein mit Zustimmung des Bundesrates beschlossenes Gesetz dies vorsähe (Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG) oder wenn die in Art. 85 Abs. 3 GG vorgesehene Bundesaufsicht es dem Bund ermöglichte, den Ländern auch insoweit Weisungen zu erteilen – was angesichts der klaren Regelung des Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG indes als zweifelhaft erscheint. Vor diesem Hintergrund wären vermutlich zahlreiche Auseinandersetzungen und Rechtsunsicherheiten vorprogrammiert, wenn der Bund die Länder noch im bisherigen System der Bundesauftragsverwaltung veranlassen wollte, Vorfragen zu klären und sonstige Maßnahmen zu vollziehen, die materiell mit der Einrichtung der Behörden zumindest im Zusammenhang stehen. Die daraus folgenden Rechtsunsicherheiten stünden im Widerspruch zu den unter E.I.2. genannten Kriterien für ein zweckmäßiges Transformationsregime. Insoweit erscheint es zweckmäßig, nach alternativen Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Transformationsregimes Ausschau zu halten. Dies gilt umso mehr, als die Länder im Zuge der aktuellen Reformdiskussion dem Vernehmen nach ohnehin schon anmerken, dass sich die ihnen zustehende Wahrnehmungskompetenz für die Verwaltung der Bundesfernstraßen zwar auf deren Bau und Unterhaltung erstrecken würde, nicht aber auf die Übernahme sonstiger bzw. zusätzlicher Verwaltungstätigkeiten für den Bund.

c) Abschaffung der Bundesauftragsverwaltung zu Beginn der Transformationsphase und Schaffung eines *neuen* Transformationsregimes

Nicht mit den vorstehend aufgezeigten Nachteilen und Risiken verbunden wäre ein Transformationsregime, in dem der *Bund* die im Rahmen des Transformationsprozesses notwendigen Entscheidungen selbst trifft und die Länder im Wesentlichen nur das ausführen, was der Bund speziell für die Belange der Bundesautobahnen und der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gesetzlich entschieden hat. Angelehnt werden könnte ein solches Transformationsregime an die Vorschriften der Art. 143a und 143b GG, mithin an die Normen, mit denen die Umgestaltung des Eisenbahn- und Postwesens abgesichert wurde. Mit Art. 143a GG hat sich der Bund zum Beispiel eine umfassende Rechtsmacht zur Gestaltung des Transformationspfades vom ehemaligen Bundeseisenbahnvermögen hin zu dem privatrechtlichen Unternehmen Deutsche Bahn AG verschafft. Nach Art. 143a Abs. 1 Satz 1 GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompe-

tenz über alle Angelegenheiten, die sich aus der Umwandlung der in bundeseigener Verwaltung geführten Bundeseisenbahnen in Wirtschaftsunternehmen ergeben (vergleichbar die Regelung in Art. 143b Abs. 1 Satz 2 GG). Nach Art. 143a Abs. 2 GG führt der Bund in seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 143a Abs. 1 Satz 1 GG erlassene Gesetze selbst aus.

Würde in Anlehnung an Art. 143a und Art. 143b GG ein neuer Art. 143e GG als Grundlage des einzurichtenden „Transformationsregimes" geschaffen, dann bedeutete dies, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Systementscheidung für die künftige Verwaltung der Bundesautobahnen im Rahmen von Art. 90 Abs. 2 GG abschließend trifft, indem er – in der Struktur der Norm angelehnt an die Vorschrift des Art. 87e Abs. 3 GG – festlegt, dass die Bundesautobahnen künftig unter Einsatz einer vom Bund gegründeten und beherrschten Gesellschaft privaten Rechts geführt werden. Nur wenn die Systementscheidung in dieser Weise abschließend bzw. unbedingt getroffen ist, hat es Sinn, in Art. 143e GG ein Übergangsrechtsregime zu schaffen, das festlegt, durch welche Art von Gesetzgebungsakt und in welcher Verwaltungsform die in Art. 90 Abs. 2 GG n. F. bereits definierten Zielstrukturen herzustellen sind.

Das „Gegenmodell" wäre, in dem neugefassten Art. 90 Abs. 2 GG lediglich zu bestimmen, dass der Bund die Bundesautobahnen künftig durch eine (von ihm gegründete und beherrschte) Gesellschaft privaten Rechts verwalten lassen *kann*. Näheres würde im Rahmen von Art. 90 Abs. 2 GG dann dem einfachen Gesetzgeber überlassen, für dessen Ausgestaltungsentscheidungen im Verfassungstext ggf. bestimmte „Leitplanken" vorzugeben wären.

Welcher Weg gewählt wird, ist letztlich eine verfassungspolitische Frage. Hier wird davon ausgegangen, dass die gegenwärtigen Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag dafür genutzt werden sollen, eine unbedingte Systementscheidung für die Bundesverwaltung der Autobahnen durch eine private GmbH noch in dieser Legislatur zu treffen. Unter Zugrundelegung dieser Prämisse ist die mit einer Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG einhergehende Schaffung eines neuen Art. 143e GG die systematisch richtige Konsequenz.

Wird diesem Ansatz nähergetreten, so ist zu klären, ob der Bund die Rechtsmacht hat, sich in Gestalt eines neuen Art. 143e GG die notwendigen Anordnungs- und Ausführungsbefugnisse zu verschaffen. Dies hängt zu-

nächst davon ab, welche inhaltlichen Anordnungsbefugnisse der Bund benötigt (nachfolgend aa)). Von dem sachlichen Regelungsbedarf hängt es ab, welche rechtlichen Anforderungen bei der Schaffung dieser Anordnungsbefugnisse zu beachten sind (nachfolgend bb)).

aa) Notwendiger Inhalt einer Ausführungsbefugnis des Bundes

Aus einer eher praktischen Sicht sollte der Bund, um die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit ausreichenden Ressourcen ausstatten zu können, gegenüber den Ländern insbesondere folgende Maßnahmen anordnen können:

Bereich Personal:

- Der Bund muss die Länder anweisen können, die personellen Kapazitäten in den Betrieben und Betriebsteilen „Bundesautobahnen“ in einem bestimmten Datenformat zu bestimmen und abzugrenzen sowie zu dokumentieren. Dabei sollte zugleich angeordnet werden, dass den Betrieben und Betriebsteilen diejenigen Mitarbeiter zuzuordnen sind, die in einem in der Vergangenheit liegenden Betrachtungszeitraum dort (überwiegend) tätig waren, um zu verhindern, dass dem Bund gezielt rechtlich besonders geschützte, teure oder leistungsschwache Beschäftigte überlassen werden.

- Der Bund muss die Länder anweisen können, die Betriebe und Betriebsteile „Bundesautobahnen“ einschließlich der Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse auf den Bund oder direkt auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu übertragen.

- Der Bund muss die Länder anweisen können, alternativ bzw. zusätzlich zu Ausgliederungs- und Übertragungsmaßnahmen zweckdienliche Verträge mit dem Bund abzuschließen, zum Beispiel – falls solche Verträge erforderlich werden sollten – sog. Shared-Service- bzw. Betriebsführungsverträge oder Personalgestellungsverträge.

- Der Bund muss die Länder anweisen können, betroffene Mitarbeiter rechtzeitig über ihr ggf. bestehendes Widerspruchsrecht zu informieren und so aufzuklären, dass gesetzliche und/oder rechtsgeschäftliche Betriebsübergänge rechtmäßig und rechtssicher realisiert werden.

- Der Bund muss die Länder anweisen können, alles Notwendige zu tun, damit anlässlich der Überleitung von Mitarbeitern auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft keine VBL-Lasten oder sonstigen Lasten entstehen und bereits bestehende Lasten bis zum Zeitpunkt des Übergangs von Arbeitsverhältnissen von den Ländern getragen werden.

- Der Bund muss die Länder idealerweise auch zur Durchführung sonstiger zweckmäßiger Maßnahmen verpflichten können, wozu notfalls auch die Inanspruchnahme von Landesressourcen gehören können muss, solange die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht betriebsfähig ist. Der Bund muss die Länder insbesondere anweisen können, die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs so lange weiter zu verwalten, wie die für die Bundesfernstraßenverwaltung erforderlichen personellen und sächlichen Ressourcen dem Bund bzw. der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft noch nicht zur Verfügung stehen.

- Der Bund muss die Länder anweisen können, die den Betrieben oder Betriebsteilen „Bundesautobahnen“ zugeordneten bisherigen (Landes-) Beamten zum Bund zu versetzen.

Sächliche Betriebsmittel:

Hinsichtlich der Abgrenzung der sächlichen Betriebsmittel der Betriebe und Betriebsteile „Bundesautobahnen“ gilt das zur Abgrenzung der personellen Kapazitäten Gesagte entsprechend. Auch diesbezüglich muss der Bund die Länder anweisen können, die sächlichen Betriebsmittel zunächst zu bestimmen, in einem bestimmten Datenformat aufzunehmen (Inventarlisten) und zu einem bestimmten Stichtag zu bewerten. Hinzu käme die Bestimmung der Eigentumsverhältnisse an den sächlichen Betriebsmitteln bzw. eine Dokumentation über die Herkunft der zur Anschaffung der Betriebsmittel aufgewendeten Finanzmittel. Soweit Anlagevermögen nämlich bereits aus Bundesmitteln bezahlt worden ist, dürfte eine etwa notwendige Eigentums- bzw. Besitzübertragung auf den Bund unentgeltlich zu erfolgen haben, sofern ein Eigentumsübergang nicht ohnehin aufgrund gesetzlicher Anordnung erfolgen kann.

Anweisungen müsste der Bund den Ländern im Übrigen auch hinsichtlich der Aufbereitung und Übergabe der für das Anlagevermögen bestehenden

Bestandsdokumentation machen können, einschließlich einer Dokumentation über den Wartungszustand von Anlagegegenständen sowie etwa abgeschlossener Wartungs- und Serviceverträge. Auch im Betriebsmittelbereich sollte sich der Bund gegenüber den Ländern im Übrigen die Anweisung sonstiger zweckdienlicher Maßnahmen zur Erfassung, Bewertung und Übertragung von Betriebsmitteln und betrieblich eingesetztem Anlage- und Umlaufvermögen vorbehalten können.

Rechtsverhältnisse:

Ebenfalls aufzunehmen sind die von den Ländern zur Verwaltung der Bundesautobahnen unterhaltenen Rechtsverhältnisse (zum Beispiel mehrjährige Rahmenvereinbarungen über betriebsnotwendige Lieferungen und Leistungen).

Finanzmittel:

Da dem Bund das Mautaufkommen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BFStrMG bereits *de lege lata* allein zusteht, bedarf es für Verfügungen über diese Mittel zugunsten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einer weiteren Anweisungs- oder Anordnungskompetenz des Bundes gegenüber den Ländern nicht.

bb) Rechtliche Voraussetzungen für die Etablierung einer Anordnungsbefugnis

Damit dem Bund die danach notwendigen Ausführungsbefugnisse eingeräumt werden können, bedarf es einer insoweit tragfähigen rechtlichen Grundlage. Wie die tatsächlichen Verhältnisse der Bundesauftragsverwaltung der Autobahnen aus Anlass vom Bund ausgesprochener Einzelweisungen offenbart haben, gewährleisten die dem Bund durch Art. 85 Abs. 3 GG eingeräumten Weisungsbefugnisse gegenüber den Landesbehörden eine „zielgenaue“ Umsetzung von Bundespräferenzen in der Verfassungswirklichkeit nicht. Speziell Weisungen, die mit dem Ziel der Herbeiführung einer Bundesverwaltung der Autobahnen erlassen werden, könnten die Länder überdies entgegenhalten, die Herstellung eines neuen Verwaltungstypus für die Bundesautobahnen verlasse inhaltlich den Kompetenzbereich der Auftragsverwaltung, für den das Grundgesetz der betreffenden obersten Bundesbehörde (hier: dem BMVI) überhaupt nur die rechtliche Befugnis zur Erteilung von Weisungen eingeräumt habe. Auch die Einführung des

Verwaltungstypus der Bundesverwaltung durch Art. 90 Abs. 2 GG n. F. allein reicht zur Absicherung einer umfassenden Steuerungskompetenz des Bundes nicht aus, weil dadurch nicht die gegenüber den Ländern notwendigen Einwirkungsbefugnisse geschaffen würden. Als erforderlich erscheint insofern eine eigenständige verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage in Gestalt eines neuen Art. 143e GG, auf dessen Basis der Gesetzgeber zur Regelung der Einzelheiten berufen wäre. Fraglich ist einerseits, ob sich der Bund durch einen im Verfahren der Verfassungsänderung gemäß Art. 79 GG neu in die Verfassung aufzunehmenden Art. 143e GG eine so umfassende Rechtsmacht verschaffen kann, dass er die notwendigen „Anweisungen" treffen kann. Andererseits ist zu klären, welchen Inhalt ein neuer Art. 143e GG haben müsste und insbesondere, ob die auf dessen Grundlage zu erlassenden Gesetze einer Zustimmung des Bundesrates und damit einer Mitwirkung der Länder bedürften.

(1) Beachtung der durch Art. 79 Abs. 3 GG festgelegten Grenzen der Verfassungsänderung

Zwar sieht Art. 30 GG vor, dass die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt – was dafür sprechen könnte, dass den Ländern das ihnen derzeit durch Art. 90 Abs. 2 GG eingeräumte Recht zur Verwaltung der Bundesautobahnen im Auftrag des Bundes nicht ohne weiteres entzogen werden kann. Jedoch enthält Art. 30 GG selbst den Vorbehalt einer abweichenden grundgesetzlichen Regelung. Solche abweichenden Verfassungsvorschriften stellten die im Verfahren der Verfassungsänderung neu zu fassenden bzw. zu schaffenden Art. 90 Abs. 2, 143e GG dar. Sofern dementsprechend die Anforderungen an eine zulässige Änderung des Grundgesetzes beachtet werden, kann ein Konflikt mit Art. 30 GG denknotwendig nicht eintreten.

In formeller Hinsicht sieht Art. 79 Abs. 2 GG vor, dass eine Verfassungsänderung der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates bedarf. Dementsprechend könnte die hier interessierende Anordnungsbefugnis des Bundes nur unter Beteiligung des Bundesrates und damit unter Mitwirkung der Bundesländer in das Grundgesetz aufgenommen werden.

Abgesehen von der Beachtung der formellen Vorgaben des Art. 79 Abs. 1 und Abs. 2 GG ist Voraussetzung für Zulässigkeit einer Verfassungsände-

rung gemäß Art. 79 Abs. 3 GG, dass nicht die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden. Mehrere der damit zu beachtenden Schranken der Verfassungsänderung sind vorliegend offenkundig nicht einschlägig. Dies betrifft zunächst die *Gliederung des Bundes in Länder*, die durch die Einführung einer Bundesverwaltung für die Bundesautobahnen bei gleichzeitiger Schaffung der notwendigen Anordnungsbefugnisse des Bundes in keiner Weise tangiert würde. Gleiches gilt für die *Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung*, die ebenfalls nicht in Frage gestellt würde; denn beschränkt würde durch eine Abschaffung der bisherigen Bundesauftragsverwaltung der Bundesautobahnen nicht das Recht der Länder zur Mitwirkung an der Gesetzgebung, sondern allein deren im Hinblick auf die Bundesautobahnen bisher gemäß Art. 90 Abs. 2 GG bestehende *Verwaltungskompetenz*, deren unveränderter Fortbestand nicht am Schutz durch Art. 79 Abs. 3 GG teilhat,

> *vgl. Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 79 Rn. 44.*

Schließlich werden auch die in Art. 1 GG niedergelegten Grundsätze (Schutz der Menschenwürde und Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt) ersichtlich nicht tangiert, so dass einer Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG und der Neuschaffung eines Art. 143e GG allein die verbleibende Änderungsschranke der in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze entgegenstehen könnte.

Zu den Gewährleistungsgehalten des Art. 20 GG zählt das *Bundesstaatsprinzip*. Dass dieses – über die in Art. 79 Abs. 3 GG explizit erwähnte Gliederung des Bundes in Länder und die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung hinaus – einer Abschaffung des Verwaltungstypus der Bundesauftragsverwaltung für die Bundesautobahnen entgegenstehen könnte, ist nicht ersichtlich. Dem Bundesstaatsprinzip, soweit es durch Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt in den Rang einer verfassungsänderungsfesten Direktive erhoben wird, lässt sich schon nicht entnehmen, dass eine generelle Abschaffung des Verwaltungstyps der Bundesauftragsverwaltung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber unzulässig wäre. Bedenken unter diesem Gesichtspunkt bestehen vorliegend umso weniger, als eine generelle Abschaffung des Verwaltungstypus der Auftragsverwaltung aus Anlass der Reform der Auftragsverwaltung für die Bundesfernstraßen gar

nicht stattfände, weil der Typus der Auftragsverwaltung vom Grundgesetz auch weiterhin vorgesehen wäre (zum Beispiel in Art. 87c GG).

Soweit auch das in Art. 20 GG nicht ausdrücklich erwähnte *Rechtsstaatsprinzip* zu den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalten des Grundgesetzes gezählt wird,

> *in diesem Sinne etwa BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2000, Az.: 2 BvR 1500/97, BVerfGE 102, 370 (392),*

müsste die beabsichtigte Verfassungsänderung auch vor diesem Bestand haben. Insbesondere wenn auch die Gebote der Rechtsklarheit und Rechtsbestimmtheit zu den von Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen unabänderlichen Verfassungsgrundsätzen zählen,

> *so Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 79 Rn. 78 m. w. N.,*

müssten der novellierte Art. 90 Abs. 2 und der neu zu schaffende Art. 143e GG so formuliert sein, dass an deren Klarheit und Bestimmtheit keine Zweifel aufkommen können.

(2) Zum Inhalt eines neuen Art. 143e GG

Eine weitere Frage ist, wie Art. 143e GG textlich zu fassen ist. Der Eingangssatz könnte in Anlehnung an den bereits existierenden Art. 143a Abs. 1 Satz 1 GG lauten:

> *„Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über alle Angelegenheiten, die sich aus der Umwandlung der in Bundesauftragsverwaltung geführten Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung unter Einsatz einer vom Bund gegründeten und beherrschten Gesellschaft des privaten Rechts ergeben.“*

Fraglich ist darüber hinaus, ob diesem Satz ein weiterer Satz hinzuzufügen ist, wonach ein derartiges Ausführungsgesetz der *Zustimmung des Bundesrates* bedarf. Für eine Zustimmungspflichtigkeit eines entsprechenden Gesetzes könnte zwar der bereits erwähnte Umstand sprechen, dass die Länder letztlich an der Abschaffung ihrer eigenen Verwaltungskompetenz und der (teilweisen) Abwicklung der von ihnen nach Maßgabe des Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG eingerichteten Behörden mitwirken müssen. Jedoch bedürfen Gesetze nur dann einer Zustimmung des Bundesrates, wenn eine Vorschrift des Grundgesetzes dies ausdrücklich anordnet,

Enumerationsprinzip, vgl. aus neuerer Zeit u. a. BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2010, Az.: 2 BvL 8/07, BVerfGE 126, 77 (100) m. w. N.

Ein allgemeiner Grundsatz dergestalt, dass sämtliche Gesetze auch unabhängig von einer ausdrücklichen grundgesetzlichen Anordnung ihrer Zustimmungspflichtigkeit der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, sofern sie nur wichtige Länderinteressen tangieren, ist dem Grundgesetz fremd,

vgl. Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 77 Rn. 15 m. w. N.

Dementsprechend wäre ein auf Grundlage des Art. 143e Abs. 1 Satz 1 GG erlassenes Ausführungsgesetz nur dann zustimmungspflichtig, wenn dies im Grundgesetz explizit angeordnet würde.

Eine Zustimmungsbedürftigkeit des Ausführungsgesetzes könnte von den Ländern im Rahmen des Verfahrens zur Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG und zur Schaffung des neuen Art. 143e GG gewissermaßen als Preis für die nach Art. 79 Abs. 2 GG notwendige Unterstützung der Verfassungsänderung durch den Bundesrat durchgesetzt werden. Ein Beispiel dafür, dass die Länder als Gegenleistung für ihre Unterstützung einer Verfassungsänderung eine Zustimmungspflichtigkeit durchsetzen, bietet Art. 143a Abs. 1 Satz 2 GG,

vgl. dazu Battis, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014 Art. 143a Rn. 1, 6.

Vorbehaltlich eines solchen „Preises" für die Verfassungsänderung könnte sich eine Zustimmungspflichtigkeit des auf Grundlage des Art. 143e Abs. 1 Satz 1 GG ergehenden Ausführungsgesetzes aber auch aus den allgemeinen Vorschriften der Art. 83 ff. GG ergeben. Denn auch die (hier) in Art. 143e Abs. 1 Satz 1 GG vorgesehene Schaffung einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes änderte nichts daran, dass ein entsprechendes Bundesgesetz im Grundsatz gemäß Art. 83 GG von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt würde. Zwar würde bei dem an dieser Stelle erörterten Transformationsmodell Art. 143e GG im Zusammenhang mit einem Art. 90 Abs. 2 GG n. F. stehen, der für die Bundesautobahnen den Verwaltungstypus der Bundesverwaltung anordnete und in zeitlicher Hinsicht bereits ab Beginn der Transformationsphase griffe (vgl. oben E.I.3.a) [ab Seite 461]). Soweit die Anordnung der Bundesverwaltung in Art. 90 Abs. 2 GG so interpretiert würde, dass sie sich sachlich auch auf den Vollzug eines

Ausführungsgesetzes nach Art. 143e GG erstreckte, stünde dem Verwaltungstypus einer Ausführung durch die Länder als eigene Angelegenheit gemäß Art. 83, 84 GG schon dieses Verständnis von Art. 90 Abs. 2 GG entgegen.

Allerdings könnte das regelungssystematische Verhältnis zwischen Art. 90 Abs. 2 GG und Art. 143e GG ggf. auch anders gedeutet werden, nämlich so, dass sie jeweils voneinander zu trennende Vollzugsmaterien betreffen („Normalbetrieb" einerseits, „Transformationsbetrieb" andererseits), so dass mit diesen Erwägungen hinsichtlich des Vollzugs des Ausführungsgesetzes (Transformation) auch landeseigene Verwaltung angenommen werden könnte. Dementsprechend wären die Länder insoweit grundsätzlich gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die Regelung der Einrichtung der Behörden und des Verwaltungsverfahrens zuständig. Auch wenn eine solche Zuständigkeit der Länder für die Regelung der Behördeneinrichtung und des Verwaltungsverfahrens an der Pflicht zur Umsetzung der materiellen Vorgaben des Ausführungsgesetzes nichts ändern könnte, würde den Ländern dadurch ggf. die Möglichkeit eingeräumt, die Durchführung des Transformationsprozesses zumindest zu verzögern,

> *zu den den Ländern nach dem Grundgesetz zustehenden Verwaltungskompetenzen siehe bereits Abschnitt C.I. (ab Seite 55).*

Denn sie könnten geltend machen, dass gesetzliche Maßgaben des Bundes (etwa zur Art und Weise der Herauslösung des Bereichs Bundesautobahnen aus den Landesstraßenbauverwaltungen sowie zu deren Überführung auf einen eigenständigen Rechtsträger) Regelungen nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 GG seien, und mit dieser Begründung abweichende Regelungen nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GG erlassen. Die hiermit angesprochenen Einflussnahmemöglichkeiten könnte der Bund von vornherein indes dadurch verengen, dass er in „seinem" Ausführungsgesetz sämtliche notwendigen Regelungen zum Verwaltungsverfahren bereits selbst trifft und zugleich nach Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG die Möglichkeit abweichender Landesregelungen ausschließt. Voraussetzung wäre insoweit gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG das Vorliegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung. Gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 6 GG wäre eine solche Regelung zudem nur mit Zustimmung des Bundesrates möglich. Ausgeschlossen wäre eine entsprechende Vorgehensweise freilich im Hinblick auf

die Einrichtung der Behörden, weil sich Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG allein auf das Verwaltungsverfahren bezieht.

Eine andere Abgrenzung der jeweiligen Sphären würde sich wiederum ergeben, wenn in die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes aus Art. 143e GG zusätzlich die Kompetenz hineingelesen würde, auch transformationsbezogene bundesgesetzliche Regelungen zur Behördeneinrichtung und zum Verwaltungsverfahren zu erlassen. Der soeben geschilderte Einfluss der Länder auf den Transformationsprozess bestünde bei dieser Sichtweise nicht.

Da angesichts der geschilderten Deutungsmöglichkeiten des Verhältnisses von Art. 90 Abs. 2 GG und Art. 143e GG nicht gewährleistet scheint, dass der Bund seine Gestaltungsvorstellungen für die Transformation auch im Hinblick auf die Regelungen zum Verwaltungsverfahren und zur Behördeneinrichtung rechtssicher durchsetzen kann erscheint es als ratsam, das Problem *auf Ebene der Verfassung* zu lösen, nämlich in Art. 143e GG die zusätzliche Festlegung zu treffen, dass das Ausführungsgesetz vom Bund – und nicht von den Ländern – ausgeführt wird. Im Fall einer solchen (klarstellenden) Regelung wäre der sachliche Anwendungsbereich der Art. 83 f. GG von vornherein nicht eröffnet und die soeben erörterten Probleme in der Abgrenzung der jeweiligen Kompetenzsphären stellten sich nicht. Damit ergäbe sich aus den genannten Vorschriften auch nicht die Möglichkeit einer Verzögerung des Transformationsprozesses durch die Länder.

In Art. 143e GG könnte nach alledem ein weiterer Satz mit folgendem Wortlaut aufgenommen werden:

> *„Gesetze nach Satz 1 werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt“.*

Durch eine entsprechende Regelung würde die Verwaltungszuständigkeit der Länder für den Vollzug des Ausführungsgesetzes nach Satz 1 ausgeschlossen. Dem Bund stünde mithin nicht nur die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Hinblick auf das Ausführungsgesetz zu, sondern auch die alleinige Zuständigkeit zur Ausführung desselben. Die Länder würden von dem Ausführungsgesetz nur – wie jeder andere Normunterworfene auch – als Normadressaten in dem gesetzlich vorgesehenen Umfang in die Pflicht genommen.

Ergänzend hingewiesen sei darauf, dass eine solche Inanspruchnahme der Länder als Normadressaten die Frage aufwürfe, wer die Kosten zu tragen hätte, die den Ländern aus einer solchen Inanspruchnahme entstünden. Die verfassungsrechtlichen Regelungen zur Kostenverteilung bei der Auftragsverwaltung (siehe zu diesen noch unten auf Seite 488) griffen nicht ein. Es läge vielmehr eine Sonderkonstellation vor, deren kostentechnische Behandlung auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur, soweit ersichtlich, kaum erörtert wird,

> *vgl. zu Fällen, in denen Länder Bundesaufgaben auf der Basis von Verwaltungsvereinbarungen durchführen, immerhin Prokisch, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar GG (Stand: August 2016), Art. 104a Rn. 300, der sich in diesen Fällen offenbar jedenfalls für die Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung zur Kostentragung auf Basis von Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG ausspricht.*

Es ist angesichts dessen nicht rechtssicher abzusehen, ob und mit welchem Ergebnis die Bestimmungen des Art. 104a GG, namentlich das in den Absätzen 1 und 5 zum Ausdruck kommende Konnexitätsprinzip, für die Kostentragung Geltung beanspruchen könnten,

> *zum Konnexitätsprinzip als Verknüpfung zwischen Aufgabenwahrnehmung (als unmittelbar kostenverursachender Tätigkeit) und Finanzierungslast/-kompetenz vgl. Prokisch, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar GG (Stand: August 2016), Art. 104a Rn. 48 ff., insbesondere Rn. 86.*

Insoweit würde das Ziel einer auch insoweit rechtssicheren Gestaltung der Transformationsphase in der hier betrachteten Variante zusätzlichen Regelungsbedarf auslösen.

Was – abseits der Kostenfrage – die praktische Umsetzung des hier erörterten Transformationsmodells an sich anbelangt, so könnte die Inanspruchnahme der hier vorgeschlagenen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 143e GG bedeuten, dass der Bund ein Ausführungsgesetz beschließt, dessen Art. 1 das Errichtungsgesetz für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft enthält und dessen Art. 2 Übergangsbestimmungen vorsieht, auf deren Grundlage die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft „betriebsfähig“ gemacht wird (s. o.). Ein solcher Art. 2 wäre auch der Standort, dem Bund eine gesetzliche Anordnungsbefugnis gegenüber den bisherigen Akteuren der Auftragsverwaltung zu verschaffen, damit diese zur Vornahme be-

stimmter Handlungen angewiesen werden können (s. o.). Idealerweise würde eine entsprechende Anordnungsbefugnis dabei auf der Grundlage eines gleichermaßen bestimmten wie Spielräume eröffnenden Tatbestandes unmittelbar dem BMVI eingeräumt.

Noch näher zu prüfen ist die Frage, ob und ggf. welche Regelungen in Art. 143e GG im Hinblick auf den Einsatz bisheriger Landesbeamten im Rahmen der Bundesautobahnverwaltung aufgenommen werden müssten bzw. zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten aufgenommen werden sollten. Diese Frage kann erst dann sinnvoll geprüft werden, wenn einige in diesem Zusammenhang notwendige Vorentscheidungen getroffen wurden oder zumindest eine Eingrenzung der in Betracht kommenden Entscheidungsalternativen vorgenommen worden ist. So müsste angesichts der ganz unterschiedlichen beamtenrechtlichen Konstellationen einerseits geklärt sein, ob die bisher in der Landesstraßenbauverwaltung tätigen Beamten zunächst auf Landesebene einem Sondervermögen oder einer GmbH zugeordnet werden, und ob von dort aus eine Überleitung auf den Bund oder direkt auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erfolgen soll. Andererseits müsste in Abhängigkeit von der diesbezüglichen Systementscheidung ggf. festgelegt werden, ob der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Beamten entsprechend dem Regelungsmodell des Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG gesetzlich sollen zugewiesen werden können, ob eine Beleihung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Dienstherrnbefugnissen vorgenommen werden soll (Regelungsmodell des Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG) oder ob eine vertragliche Dienstleistungsüberlassung erfolgen soll (vgl. Abschnitt E.II.1. (ab Seite 494): „Überleitung von Beamten“).

(3) Zur Notwendigkeit eines neuen Art. 143e GG als Handlungsgrundlage für den Erlass des Errichtungsgesetzes

In praktischer Hinsicht stellt sich alternativ zu den hier angestellten Überlegungen die Frage, ob es aus Sicht des Bundes möglich und zweckmäßig sein könnte, auf die Schaffung von Art. 143e GG mit dem soeben skizzierten Regelungsinhalt als Grundlage zur Herstellung der Zielstrukturen für die künftige Verwaltung der Bundesautobahnen zu verzichten und stattdessen unmittelbar auf Basis von Art. 90 Abs. 2 GG das Errichtungsgesetz zur Gründung und näheren Ausgestaltung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu erlassen.

Damit der Bund einen solchen Weg beschreiten kann, muss er zunächst die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des Errichtungsgesetzes innehaben. Allein durch die Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG erhält der Bund diese jedoch nicht. Parallel zur Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG wäre hier an die Schaffung eines neuen Art. 73 Abs. 1 Nr. 6b GG zu denken („die Bundesautobahnen und deren Verwaltung"). Den Erlass des Errichtungsgesetzes unmittelbar auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG zu stützen, erschiene demgegenüber als nicht hinreichend rechtssicher. Folglich ist zur Erreichung einer rechtssicheren Lösung eine Grundgesetzänderung, die die beschriebene Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG ergänzt, ohnehin unumgänglich. Neben der Schaffung eines Gesetzgebungskompetenztitels sind auf Verfassungsebene weitere transformationsbezogene Regelungsaussagen zu empfehlen, nämlich zum Verwaltungstypus, in dem das Ausführungsgesetz zu vollziehen ist (vgl. oben auf Seite 473), und zu beamtenrechtlichen Fragen (vgl. unten auf Seite 509). Ein regelungssystematisch sinnvoller Standort für die damit genannten Materien wäre jedoch nicht Art. 73 GG im Abschnitt zu den Gesetzgebungskompetenzen, sondern vielmehr die Regelung in Art. 143e GG im Abschnitt zu den Übergangs- und Schlussbestimmungen.

(4) Zur zeitlichen Abfolge von Grundgesetzänderung und Ausführungsgesetz

Unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsziels „Rechtssicherheit" erscheint es zudem als geboten, die Änderung des Grundgesetzes und den Erlass des einfachen Rechts zur Umsetzung der durch den verfassungsändernden Gesetzgeber etablierten neuen Zielstruktur in zwei unterschiedliche Rechtsetzungsschritte zu zergliedern. Zwar muss ein einfaches Gesetz (wie hier das Errichtungsgesetz) nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht notwendigerweise erst nach dem Inkrafttreten des ermächtigenden verfassungsändernden Gesetzes in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden. Dies widerspräche nämlich dringenden praktischen Bedürfnissen. Es wird allerdings verlangt, dass mindestens die Ausfertigung eines auf der Verfassungsänderung beruhenden Gesetzes erst nach Inkrafttreten des verfassungsändernden Gesetzes erfolgen darf,

> *vgl. Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Auflage 2010, Art. 82 Rn. 46; Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 82 Rn. 11, jeweils m. w. N. zur Rspr. des Bundesverfassungsgerichts.*

Das bedeutet, dass beispielsweise ein Vorgehen der Gesetzgebung, wonach bei gleichzeitiger parlamentarischer Beratung zunächst das verfassungsändernde Gesetz bezüglich Art. 90 Abs. 2 und 143e GG und sodann das Errichtungsgesetz beschlossen würde – und dabei die Ausfertigung des Errichtungsgesetzes erst nach dem Inkrafttreten des verfassungsändernden Gesetzes erfolgt – verfassungsrechtlich zulässig wäre. Die zur Beschlussfassung über die Grundgesetzänderung berufenen Mandatsträger könnten bei dieser Vorgehensweise unmittelbar bei ihrer Entscheidung über den künftigen Verfassungstext ein konkretes Modell für die Umsetzung der von Art. 90 Abs. 2 GG (ggf.) eröffneten Spielräume zur Reorganisation der Bundesautobahnverwaltung in den Blick nehmen.

d) Ergänzend: Zugriff des Bundes auf Landesbehörden auf Grundlage einer sog. Organleihe

Bereits oben wurde ausgeführt, dass der Bund die Länder während der Transformationsphase unter Inanspruchnahme der ihm einzuräumenden Anordnungskompetenz idealerweise auch soll anweisen können, die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs so lange weiter zu verwalten, wie die für die Bundesfernstraßenverwaltung erforderlichen personellen und sächlichen Ressourcen dem Bund bzw. der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft noch nicht zur Verfügung stehen. Die hierin zum Ausdruck kommende Funktion der Länder als „Reserve-“ bzw. „Sicherheitskapazität“ des Bundes zur Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit der Autobahnverwaltung während der Übergangsphase ist Anknüpfungspunkt für die Erwägung, bei der Transformation der gegenwärtigen Verwaltungsstrukturen in ein Regime der Bundesverwaltung das soeben skizzierte „Anordnungsmodell“ um einen weiteren Regelungsaspekt zu ergänzen. Konkret könnte der Bund durch die verfassungsrechtlich vorzusehende Möglichkeit einer sog. Organleihe die Grundlage dafür schaffen, dass er selbst im System der Bundesverwaltung noch solange auf die bestehenden Verwaltungseinheiten der Länder zugreifen kann, bis die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft betriebsbereit ist.

In der Sache werden unter dem Stichwort Organleihe Formen der Inanspruchnahme der Hilfe nicht zuständiger Verwaltungsträger durch den zuständigen Verwaltungsträger oder auch Formen von „Betrauungen“ nicht zuständiger Verwaltungsträger durch den zuständigen Verwaltungsträger diskutiert,

in diesem Sinne etwa Blümel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1990, § 101, Rn. 13.

Eine im Rahmen der skizzierten Organleihe vorgenommene Kombination aus Bundes- und Länderverwaltung wäre hinreichend rechtssicher dadurch gestaltbar, dass sie bereits auf Verfassungsebene verankert wird. So ist beispielsweise die seinerzeit vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig eingestufte Form der Mischverwaltung bei der einfachgesetzlich ausgestalteten Organisation der Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften,

vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007, Az.: 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331,

durch nachfolgende Verfassungsänderung und Aufnahme des Art. 91e GG in das Grundgesetz verfassungsrechtlich legitimiert worden. Für die Zulässigkeit einer Inanspruchnahme von Landesbehörden zur Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung spricht unabhängig davon, dass nach den insoweit bestehenden Anforderungen selbst der einfache Gesetzgeber für die Verwaltung der Bundesautobahnen während der Transformationsphase auf das Modell der Organleihe zugreifen könnte.

Nachdem der ursprünglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst die Vorstellung einer Trennung der Verwaltungsräume zwischen Bund und Ländern und, damit verbunden, die Vorstellung eines *numerus clausus* der Verwaltungstypen zugrunde lag, wird die Zuhilfenahme landesbehördlicher Einrichtungen für Zwecke der – verfassungsrechtlich vorgeschriebenen – Bundesverwaltung seit Längerem als zulässig angesehen. Diese müsse zwar die Ausnahme bleiben, und für das Abgehen von dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung bedürfe es eines besonderen sachlichen Grundes,

vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Januar 1983, Az.: 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (41); BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007, Az.: 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331 (367); Blümel, a. a. O.

Die Heranziehung an sich unzuständiger Verwaltungseinrichtungen könne überdies nur hinsichtlich einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie in Betracht kommen,

vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Januar 1983, Az.: 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (41); BVerfG, Urteil

vom 20. Dezember 2007, Az.: 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331 (367).

Außerdem bedürfe die Inanspruchnahme von persönlichen und sächlichen Mitteln einer Landesbehörde durch den Bund der Zustimmung des die Behörde tragenden Landes. Fehle es daran, so bedeute eine Inanspruchnahme von persönlichen und sächlichen Mitteln einer Landesbehörde durch den Bund einen unzulässigen Eingriff in die Verwaltungshoheit des betreffenden Landes,

vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Januar 1983, Az.: 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (43 f.)

Hiesigen Erachtens könnten die soeben skizzierten Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in der vorliegenden Konstellation selbst durch den einfachen Gesetzgeber grundsätzlich erfüllt werden. Rechtfertigender Sachgrund für die ausnahmsweise Inanspruchnahme von Landesressourcen für die bundeseigene Verwaltung wäre der Umstand, dass die betreffenden Landesressourcen seit jeher der Verwaltung der Bundesautobahnen dienen, nur eben unter dem Regime der Auftragsverwaltung. Diese soll (für die Bundesautobahnen) nun abgeschafft werden, womit der Gesetzgeber einen legitimen Zweck verfolgt. Dass der Bund für die Zeit des Übergangs zwischen Auftragsverwaltung und Bundesverwaltung der Bundesautobahnen durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf jene Personen und Sachmittel zugreifen will, welche die Bundesautobahnen nicht nur bisher schon verwalten, sondern zu weiten Teilen auch in Zukunft verwalten werden, nur eben unter dem Dach der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, wäre unmittelbar einsichtig, aus verwaltungspraktischen Gründen geboten und insoweit auch verhältnismäßig. Das Bundesverfassungsgericht lässt in der genannten Entscheidung verwaltungspraktische und verwaltungsökonomische Erwägungen ausdrücklich als rechtfertigenden Sachgrund selbst für „atypische“ Ausgestaltungsformen gelten,

vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Januar 1983, Az.: 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (43).

Die Inanspruchnahme der Länderressourcen im Rahmen bundeseigener Verwaltung hätte überdies Ausnahmecharakter und wäre zeitlich begrenzt. Der Umstand, dass es sich bei der Verwaltung der Bundesautobahnen nicht unbedingt um eine „eng umgrenzte Verwaltungsmaterie“ handeln würde,

in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall (BVerfGE 63, 1) ging es um die Betrauung der Versicherungskammer des Freistaates Bayern mit der Geschäftsführung für die Versorgungsanstalt (des Bundes) für Schornsteinfeger,

sondern um einen jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht komplexen Aufgabenbereich, mag bei der Darlegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine statthafte „Organleihe" problematisch sein, könnte in der Sache jedoch ggf. durch die Einmaligkeit der Konstellation kompensiert werden. Für die Zulässigkeit eines „Organleihe-Modells" mag speziell in Bezug auf die Verwaltung der Bundesfernstraßen schließlich sprechen, dass das Grundgesetz Bund und Ländern hinsichtlich der Auswahl des Verwaltungstypus für die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen eine gewisse Flexibilität einräumt. Erkennbar wird das an der Vorschrift des Art. 90 Abs. 3 GG, die seit jeher die Möglichkeit einer „Verlagerung" der Verwaltungszuständigkeiten vorsieht, freilich in diesem Fall von den Ländern auf den Bund,

zum Aspekt der „Verlagerung" von Verwaltungszuständigkeiten BVerfG, Urteil vom 12. Januar 1983, Az.: 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (40).

Sofern der (einfache) Gesetzgeber seiner Darlegungslast zum Nachweis der Voraussetzungen für eine zulässige Organleihe entspräche, könnte er für die Transformation der Auftragsverwaltung in eine Form der Bundesverwaltung mithin grundsätzlich auch sächliche und personelle Ressourcen von Landesbehörden in Anspruch nehmen, soweit die Länder dem in geeigneter Weise zustimmen. Ob bereits die Mitwirkung der Länder an einer einfachrechtlichen Regelung zur Organleihe eine geeignete Zustimmung bedeutete, erscheint insoweit allerdings zweifelhaft. Denn auch wenn die Landesregierungen mehrheitlich über das Medium des Bundesrates ein die Organleihe regelndes einfaches Gesetz mittragen sollten, gewährleistete dies nicht die Zustimmung eines jeden Bundeslandes, auf dessen Ressourcen im Rahmen einer Organleihe zugegriffen würde. Nach der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Formulierung – „Zustimmung des die Behörde tragenden Landes",

vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Januar 1983, Az.: 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (43)

– liegt es nahe, dass die Zustimmung eines jeden in Anspruch genommenen Landes erforderlich ist. Insofern findet sich auch in der Literatur die Auffassung, dass die Zustimmung des in Anspruch genommenen Landes selbst

dann nicht verzichtbar ist, wenn die Organleihe eine gesetzliche Grundlage hat,

> *vgl. Hellermann, Amtshilfe und Organleihe im Bundesstaat – Wer trägt die Lasten?, in: Nolte/Poscher/Wolter (Hrsg.), FS Schlink, 2014, Seite 323 (328).*

Ein Vorgehen zur Sicherung der Zustimmung aller einzelnen Länder könnte demgegenüber darin liegen, dass mit allen Ländern ein Staatsvertrag über die Leihe ihrer Organe geschlossen wird. Danach ist der Zugriff auf Länderressourcen durch Organleihe auch ohne Verfassungsänderung grundsätzlich denkbar – wobei die dabei zu erfüllenden Voraussetzungen insofern hoch sind, als es erforderlich sein dürfte, dass sämtliche Länder die Organleihe mittragen.

Für den verfassungsändernden Gesetzgeber ist die Gestaltbarkeit der Organleihe umso eher gegeben. Denn die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts repräsentieren grundsätzliche Anforderungen an eine Organleihe bei Fehlen ausdrücklicher Vorgaben im Grundgesetz. Würde die Organleihe durch eine Grundgesetzänderung vorgesehen, so ginge diese Regelung den allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen vor. Dies zeigt etwa Art. 96 Abs. 5 GG, der im Bereich der Rechtspflege einen Fall der Organleihe vorsieht und die Inanspruchnahme der Landesressourcen zum Beispiel nicht an die Zustimmung eines jeden Landes, sondern nur an ein Bundesgesetz mit Bundesratszustimmung bindet. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es die inhaltlichen Grenzen einer Verfassungsänderung aus Art. 79 Abs. 3 GG sprengen könnte, wenn eine sachbereichsspezifische Regelung zur Organleihe im Bereich der Bundesautobahnverwaltung andere Anforderungen an die Organleihe normierte als diejenigen, die das Bundesverfassungsgericht für die Fälle einer vom Grundgesetz nicht spezifisch vorgesehenen Organleihe entwickelt hat.

Auch wenn danach die Zulässigkeit einer Organleihe durch eine verfassungsrechtliche Regelung sichergestellt werden könnte, so ist im Interesse rechtssicherer Regelung (vgl. zu diesem Kriterium oben E.I.2. [ab Seite 460) noch auf einen weiteren Aspekt hinzuweisen. Es dürfte sich nämlich bei Wahl der Organleihe empfehlen, auch die Verteilung der finanziellen Lasten in der Transformationsphase zum Gegenstand der Transformationsregelung zu machen. Denn die Fragen, ob und in welcher Weise grundgesetzliche Vorgaben die Anlastung von Zweck- und Verwaltungsausgaben bei der Organleihe (zwingend) regeln und ob ein Regelungsspielraum des ein-

fachen Gesetzgebers besteht, sind höchstrichterlich nicht geklärt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich eine Vielzahl unterschiedlicher Auffassungen. Die Rechtspraxis, in der sich unterschiedliche Kostenverteilungsregelungen für entsprechende Gestaltungen finden, setzt einen einfachrechtlichen Regelungsspielraum offensichtlich voraus,

> *vgl. Hellermann, Amtshilfe und Organleihe im Bundesstaat – Wer trägt die Lasten?, in: Nolte/Poscher/Wolter (Hrsg.), FS Schlink, 2014, Seite 323 (324 f.).*

Ein Regelungsprogramm für eine verfassungsrechtliche Absicherung des „Organleihekonzeptes" in Art. 143e GG, das die vorgenannten Gesichtspunkte aufgreift, könnte etwa folgende Inhalte abzubilden haben:

> *(1) Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über alle Angelegenheiten, die sich aus der Umwandlung der Bundesauftragsverwaltung der Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung unter Einsatz einer vom Bund gegründeten und beherrschten Gesellschaft des privaten Rechts ergeben.*
>
> *(2) Bis zur Inbetriebnahme der in Absatz 1 genannten Gesellschaft bedient sich der Bund zur Verwaltung der Bundesautobahnen der obersten Landesstraßenbaubehörden der Länder sowie deren Straßenbaubehörden, Landesbetrieben und sonstigen Organisationseinheiten, welche die Bundesautobahnen bisher schon verwalten. Der Bund trägt die Zweckausgaben für den Bau der Bundesautobahnen und gewährt den Ländern eine Zweckausgabenpauschale nach § 6 Abs. 3 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. Die Länder tragen die Verwaltungsausgaben."*

Zusammenfassend könnte sich der Bund mithilfe des Modells der „Organleihe" neben den ihm einzuräumenden Anordnungsbefugnissen zur Sicherstellung einer zweckentsprechenden Mitarbeit der Länder bei Vorbereitung und Durchführung der Transformation auch den Zugriff auf die vorhandenen sächlichen und personellen Ressourcen der Länder in der Übergangsphase sichern. Aufgrund eines zweckentsprechend ausgestalteten „Organleihekonzeptes" wäre dieser Weg grundsätzlich möglich. Allerdings wären beim Modell Organleihe die in Abschnitt E.I.2. (ab Seite 460) genannten Anforderungen an ein aus Sicht des Bundes zweckmäßiges Transformationsregime nicht erfüllt, wenn das Organleihemodell allein durch einfachrechtliche Regelungen umgesetzt würde. Namentlich die Kriterien der Rechtssicherheit sowie einer möglichst weitreichenden Rechtsmacht des

Bundes zur eigenständigen Durchführung der Transformation wären insoweit betroffen. Eine rechtssichere Mitregelung der Organleihe auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Transformationsregelung brächte wiederum – insbesondere bei Einbeziehung auch der Lastenverteilungsfrage – einen hohen verfassungsrechtlichen Regelungsaufwand mit sich, der wegen der hohen formellen Anforderungen an Verfassungsänderungen (Art. 79 Abs. 2 GG) zugleich einen entsprechend umfangreichen vorgelagerten Verhandlungsbedarf erzeugte.

e) Etablierung eines „Sonderregimes" zur Bundesauftragsverwaltung

Als Alternative zur Transformation des *Status quo* auf Grundlage einer sofort greifenden Bundesverwaltung könnten – erneut zusätzlich unter Beanspruchung einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes – die im Rahmen der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG bestehenden Ingerenzrechte des Bundes eigens für die Transformationsphase erweitert bzw. intensiviert werden. Damit verbunden wäre eine Fortsetzung der Auftragsverwaltung bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft betriebsfähig ist bzw. die Länder die notwendigen Maßnahmen zur Zuordnung von Personal und Vermögenswerten zur Gesellschaft realisiert bzw. soweit vorbereitet haben, dass es zur Ressourcenausstattung der Gesellschaft nur noch eines bestimmten Ereignisses bedarf, an dessen Eintritt das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen wie etwa den Übergang der sachlichen und personellen Produktionsmittel knüpft. Art. 90 Abs. 2 GG ordnete in diesem Modell mithin die Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung an, während eine Übergangsvorschrift nach dem Vorbild des Art. 143 Abs. 2 GG die Fortgeltung der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen bis zu einem Spätesttermin bei gleichzeitiger Intensivierung der Einflussnahmemöglichkeiten des Bundes erlaubte. In diesem Fall könnte Art. 143e GG folgendes Regelungsprogramm umzusetzen haben:

> *„(1) Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über alle Angelegenheiten, die sich aus der Umwandlung der Bundesauftragsverwaltung der Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung unter Einsatz einer vom Bund gegründeten und beherrschten Gesellschaft des privaten Rechts ergeben.*
>
> *(2) Abweichend von Art. 90 Abs. 2 werden die Bundesautobahnen spätestens bis zum [...] in Bundesauf-*

tragsverwaltung durch die Länder geführt. Das Nähere regelt ein Gesetz nach Absatz 1.

(3) In Ergänzung seiner Rechte nach Art. 85 darf der Bund die Länder zu allen Maßnahmen, Handlungen und Unterlassungen anweisen, die aus Sicht des Bundes zweckmäßig sind, um die bisherige Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder zu ersetzen durch eine Bereitstellung der Bundesautobahnen unter Einsatz einer vom Bund gegründeten und beherrschten Gesellschaft privaten Rechts. Die Weisungen des Bundes können ohne Zustimmung des Bundesrates an die Gesamtheit der Länder ergehen oder nach dem Ermessen des Bundes gegenüber einzelnen Ländern ausgesprochen werden und sind jeweils an die Landesregierungen zu richten, die auch den Vollzug der Weisungen sicherzustellen haben."

(4) [Weitere Regelungen, insbesondere betreffend die verfassungsrechtliche Absicherung der Überleitung der Beamten zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft.]

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Regelung hätte sich an Art. 79 GG zu orientieren. Der Anforderung von Art. 79 Abs. 1 GG, dem Zitiergebot, würde die vorstehende Regelungskonzeption von Art. 143e Abs. 2 dadurch entsprechen, dass Art. 143e GG eine ausdrückliche Abweichung von den Absätzen 1 bis 4 des Art. 85 GG statuieren würde. Diese würde zudem sachlich beschränkt bleiben auf die Verwaltung der Bundesautobahnen, die Auftragsverwaltung als grundgesetzlich vorgesehenen Verwaltungstypus im Übrigen (zum Beispiel Atomverwaltung) mithin unberührt lassen.

Nach Art. 79 Abs. 3 GG dürften im Weiteren die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze durch die vorgeschlagene Fassung des Art. 143e Abs. 2 GG nicht berührt werden. Ob das hier für die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze gelten würde, bedarf näherer Betrachtung.

Zu den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätzen im Sinne von Art. 20 GG zählen u. a. die Kerngehalte des Rechtsstaatsprinzips. Näherer Betrachtung wäre insoweit die Frage zu unterziehen, inwieweit der verfassungsändernde Gesetzgeber auch den Grundsätzen der Bestimmtheit und Klarheit von Rechtsnormen als Ausformungen des Rechtsstaatsprinzips unterworfen ist. Die Frage stellt sich, weil die aus dem Gesetzesvorbehalt re-

sultierenden Bestimmtheitsanforderungen alle förmlichen Gesetze betreffen dürften und nicht nur gesetzliche Regelungen des einfachen Gesetzgebers,

> *vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 12. Auflage 2012, Art. 20 Rn. 57.*

Anfragen an die hinreichende Bestimmtheit und Klarheit des hier in Rede stehenden Art. 143e Abs. 2 GG könnten sich vorliegend daraus ergeben, dass sich der Bund durch die Regelung einerseits die „Rechtsfolge" der Auftragsverwaltung sichern würde, nämlich die Zuständigkeit (und Verpflichtung) der Länder für die Verwaltung der Bundesautobahnen im Zeitraum des *Interregnums* zwischen Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG und Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, und andererseits spezielle Einflussnahmemöglichkeiten und Weisungsrechte gegenüber den Ländern, die der vom Grundgesetz bisher bereitgestellte Typus der Auftragsverwaltung gerade nicht, jedenfalls aber nicht in dieser Klarheit und Konsequenz vorsieht. Insoweit erscheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass die ins Auge gefasste Regelung des Art. 143e Abs. 2 GG mit dem Vorwurf mangelnder Normenklarheit und Normenwahrheit konfrontiert wird. Ob das angesprochene Spannungsfeld einen Ansatzpunkt für ernstliche Zweifel an der Vereinbarkeit der ins Auge gefassten Regelung mit den in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG bietet, soll vorsorglich Gegenstand ergänzender Überlegungen sein.

Bei näherer Betrachtung dürfte sich die Frage nach einem Verstoß gegen die Gebote der Normenklarheit und Normenwahrheit nur dann stellen, wenn die verfassungsrechtlichen Normen zum Transformationsregime ihrerseits im Unklaren ließen, was der verfassungsändernde Gesetzgeber will bzw. dass sich hinter dem tatbestandlich Gewollten ein weitergehender oder anderer Gestaltungszweck verbirgt. Der Vorwurf einer „verdeckten" Regelungsabsicht dürfte allerdings im Hinblick auf das oben vorgeschlagene Regelungsprogramm für Art. 143e GG ungerechtfertigt sein. Aus dem Zusammenspiel von Absatz 2 und Absatz 3 ergibt sich deutlich die Regelungsintention, dass die herkömmlichen Instrumente der Auftragsverwaltung speziell für die Verwaltung der Bundesautobahnen gegenüber den allgemeinen Regeln des Art. 85 GG während des sog. Transformationszeitraums ergänzt werden sollen. Somit stellt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht allenfalls die Frage, ob der Typus Auftragsverwaltung in seiner gegenwärtigen Kodifikation durch Art. 85 GG unabänderlich ist bzw. einer gewissen For-

menstrenge unterliegt. Das allerdings ist nicht der Fall. Art. 79 Abs. 3 GG „konserviert“ u. a. zwar die Gliederung des Bundes in Länder und Kerngehalte des Bundesstaatsprinzips, nicht aber die derzeit auf Ebene der Verfassung geregelten Verwaltungstypen. Dies zeigt sich auch an den vorstehenden Überlegungen zur Zulässigkeit eines Zugriffs des Bundes auf Landesbehörden im Rahmen eines „Organleihemodells“ (s. o.). Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber für die Transformationsphase nach dem Organleihekonzept das Verwaltungsmodell *„Bundesverwaltung der Bundesautobahnen unter Inanspruchnahme von Landesbehörden“* regeln kann, dann kann er ebenso gut das Regelungskonzept *„Fortgeltung der Bundesauftragsverwaltung für die Bundesautobahnen unter Verschärfung des Direktionsrechts des Bundes“* umsetzen. Jedenfalls müsste sich ein solches Regelungskonzept nicht entgegenhalten lassen, gegen einen (rechtlich nicht bestehenden) *numerus clausus* an Verwaltungstypen zu verstoßen bzw. zugunsten des Bundes in unzulässiger Weise die „beste aller Welten“ zu verwirklichen, indem Elemente der Auftragsverwaltung und Elemente der Bundesverwaltung miteinander kombiniert werden.

Nach alledem bestünden gegenüber einer modifizierten Auftragsverwaltung nach Maßgabe eines Art. 143e GG, wie er oben auf Seite 484 beispielhaft formuliert worden ist, keine Bedenken vor dem Hintergrund des Art. 79 Abs. 3 GG. Es bestünden bei Schaffung eines solchen „Transformations-Artikels“ auch nicht diejenigen Rechtsunsicherheiten und Steuerungsschwierigkeiten, mit denen der Versuch einer Transformation allein im *gegenwärtigen* Regime der Auftragsverwaltung verbunden wäre (vgl. zu diesen oben auf Seite 462 ff. sowie auf Seite 468). Denn es würde durch eine entsprechende Grundgesetzbestimmung deutlich, dass Transformationsmaßnahmen mit dem Ziel der Herstellung eines neuen Kompetenztypus noch innerhalb der modifizierten Auftragsverwaltung erfolgten und zu diesem Zwecke ergehende Weisungen etc. den Bereich der modifizierten Auftragsverwaltung nicht verließen. Es dürfte sich angesichts des oben skizzierten Regelungsgefüges des Art. 143e GG nicht bezweifeln lassen, dass der Bund auch in organisationsrechtlicher Hinsicht über ausreichende Gestaltungsmöglichkeiten verfügt. So vermittelte Absatz 1 dem Bund die Gesetzgebungskompetenz auch für Regelungen mit organisationsrechtlichem Inhalt, namentlich das Errichtungsgesetz. Die Einwirkung auf Verwaltungsstrukturen der Länder (durch Herauslösung des Bereichs Bundesautobahnen aus den Landesstraßenbauverwaltungen und deren Überführung auf einen eigenständigen Rechtsträger) ließe sich mit den von Art. 143e Abs. 1

bis 3 und Art. 85 GG vorgesehenen Instrumenten herbeiführen. Insgesamt wäre eine „zielgenaue“ Umsetzung von Bundespräferenzen in der Transformationsphase gewährleistet.

Nachdem eine modifizierte Auftragsverwaltung mithin verfassungsrechtlich gestaltbar und als Mittel der Umsetzung von Bundespräferenzen geeignet ist, soll abschließend gefragt werden, ob das Kostenverteilungsregime der Auftragsverwaltung durch die erweiterten Einwirkungsbefugnisse des Bundes berührt würde, wie sie in Absatz 3 der oben formulierten Regelungsmöglichkeit für einen Art. 143e GG enthalten sind. Diese zusätzliche Überlegung erscheint mit Blick auf die oben (E.I.2. [ab Seite 460]) formulierten Anforderungen an ein Transformationsregime zweckmäßig, namentlich hinsichtlich des Kriteriums der Rechtssicherheit.

Im Bereich der – unmodifizierten – Auftragsverwaltung hat der Bund die Zweckausgaben der Länder nach Art. 104a Abs. 2 GG zu tragen, was in § 6 Abs. 3 Satz 1 BFStrVermG nochmals deklaratorisch geregelt wird. Demgegenüber tragen nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 GG Bund und Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben jeweils selbst. Die von dem Begriff der Verwaltungsausgaben erfassten Ausgaben für den Betrieb und die Erhaltung des Verwaltungsapparates,

> *vgl. nur Kube, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz (Stand: 1. September 2016), Art. 104a Rn. 22; Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 104a Rn. 144; vgl. auch BT-Drucksache V/2861, Tz. 301: „Kosten des Verwaltungspersonals und der Verwaltungseinrichtungen“,*

verbleiben also bei der jeweils handelnden Körperschaft. In Anerkennung der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Zweck- und Verwaltungsausgaben ist in Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG die Gesetzgebungskompetenz zur Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben geschaffen worden. Für den vorliegenden Sachbereich sieht § 6 Abs. 3 Satz 2 BFStrVermG die sog. UA3-Pauschale zur Abgeltung von Zweckausgaben bei Entwurfsbearbeitung und Bauaufsicht vor,

> *vgl. zu dieser Regelung näher oben D.I.1.b) auf Seite 186; zum Umfang der Regelungsbefugnis aus Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG vgl. Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Auflage 2010, Art. 104a Rn. 154.*

Was zunächst die Zweckausgabentragung des Bundes anbetrifft, so würde diese auch in einer nach Maßgabe des obigen Vorschlages modifizierten Auftragsverwaltung eingreifen. Denn der Grund der Zweckausgabentragung des Art. 104a Abs. 2 GG liegt in den weitgehenden Einwirkungsbefugnissen des Bundes im Rahmen des Verwaltungstypus der Auftragsverwaltung,

> *vgl. BT-Drucksache V/2861, Tz. 116, 290; Kube, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz (Stand: 1. September 2016), Art. 104a Rn. 29.*

Daher müsste der Bund die Zweckausgaben nach Art. 104a Abs. 2 GG gleichsam erst recht tragen, wenn ihm im Rahmen einer modifizierten Auftragsverwaltung erweiterte Einwirkungsbefugnisse zustünden. Die pauschalierende Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 2 BFStrVermG bliebe ebenso anwendbar.

Auch die Tragung der Verwaltungskosten würde durch die Modifizierung der Auftragsverwaltung nicht verändert werden. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 104a Abs. 5 Satz 1 GG eine vom konkreten Verwaltungstypus der Auftragsverwaltung unabhängige Lastenverteilungsregelung trifft, die an die Zuordnung der Behörde zur Ebene Bund bzw. Land anknüpft. Soweit daher im Rahmen einer Transformationsphase, die nach dem hier erörterten Modell einer modifizierten Auftragsverwaltung gestaltet wäre, Verwaltungstätigkeit von Landesbehörden und den Dienstkräften der Länder entfaltet würde, verblieben die dazu getätigten Verwaltungsausgaben bei den Ländern.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die Kostenverteilungsregeln in der Auftragsverwaltung auch bei der modifizierten Auftragsverwaltung Anwendung fänden. Dies bedeutet, dass insoweit ein Kostenverteilungsregime bereitstünde und – anders als bei der Organleihe – bezüglich der Kostenfrage kein verfassungsrechtliches Regelungsbedürfnis entstünde. Dies spricht unter Beachtung der oben (E.I.2., [ab Seite 460]) formulierten Kriterien zur Beurteilung der Tauglichkeit von Transformationsregimen für die modifizierte Auftragsverwaltung. Freilich bliebe die mit der Auftragsverwaltung stets einhergehende Notwendigkeit bestehen, zwischen Zweck- und Verwaltungsausgaben zu unterscheiden. Für speziell transformationsbedingte Kostenpositionen wäre die Abgrenzung zwischen beiden Ausgabenarten ebenfalls anhand der allgemeinen Kriterien vorzunehmen,

vgl. dazu etwa BVerwG, Urteil vom 24. Juli 2008, Az.: 7 A 2/07, NVwZ 2009, 599 (600).

Da diese mitunter zu Zweifelsfragen führen, könnte alternativ durch einfaches Gesetz nach Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG in Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Kriterien für Zweck- und Verwaltungsausgaben die Zuordnung von Zweifelsfällen geregelt werden.

4. Abschließende Erwägungen

Im Ergebnis dürfte der verfassungsändernde Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung der Transformationsphase zwischen mehreren Regelungskonzepten wählen können.

Deutlich geworden ist zunächst, dass in der Tat sachlicher Bedarf für ein besonderes Rechtsregime zur Gestaltung der Transformationsphase besteht. Der im Zusammenhang mit der Privatisierung der Postunternehmen geäußerte Hinweis, statt verfassungsrechtlicher Regelungen hätte die einfachgesetzliche Kodifikation des Überleitungsregimes genügt,

in diesem Sinne Battis, Beleihung anlässlich der Privatisierung der Postunternehmen, in: Schmidt (Hrsg.), FS Raisch, 1995, Seite 355 (372),

dürfte sich vor allem auf den Modus der Beamtenüberleitung bezogen haben, während der Vorschlag einer verfassungsrechtlichen Regelung vorliegend von weiteren Gründen getragen wird, insbesondere dem Erfordernis ausreichender Weisungsmöglichkeiten des Bundes gegenüber den Ländern. So könnte die Überleitung der Verwaltung der Bundesautobahnen vom gegenwärtigen *Status quo* auf die künftig beabsichtigten Verwaltungsstrukturen auf Grundlage der bestehenden Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten den Ländern Raum für Blockadehaltungen öffnen. Insoweit erscheint es als zweckmäßig und notwendig, das Transformationsregime durch einen zweckentsprechend ausgestalteten Art. 143e GG bereits auf Verfassungsebene zu regeln bzw. zumindest verfassungsrechtlich zu verankern.

Nach Ausscheiden der Option „Transformation im bisherigen Rechtsregime“ bieten sich dem verfassungsändernden Gesetzgeber hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Transformationsregimes sodann drei Varianten an. Dabei ist zunächst vorauszuschicken, dass sich der Bund für die weitere Gestaltung der Transformation zunächst die ausschließliche **Gesetz-**

gebungskompetenz einräumen sollte. Was sodann die **Verwaltungskompetenz** für die Durchführung der Transformation anbetrifft, sehen zwei Varianten eine Überleitung der Verwaltungsstrukturen für die Bundesautobahnen in bundeseigener Verwaltung vor, während eine weitere Variante bis zur Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eine modifizierte Form der Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder vorsieht, in welcher jedoch speziell für die Transformation die Direktionsrechte des Bundes verstärkt werden.

Im Einzelnen kann der verfassungsändernde Gesetzgeber

- die Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder unmittelbar nach Begründung einer bundeseigenen Verwaltungskompetenz durch Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG zugunsten einer **Eigenverwaltung der Bundesautobahnen** beenden und in diesem Rahmen
    - den Ländern aufgrund einer *(einfach)gesetzlichen* Ermächtigung im Ausführungsgesetz nach Art. 143e GG Anordnungen erteilen, die notwendigen Maßnahmen zur Ausgliederung der Bundesautobahnbetriebe zu veranlassen und zur Aufrechterhaltung des „Betriebs" die Bundesautobahnen übergangsweise auch noch praktisch zu verwalten[22] (**„Anordnungsmodell"**), und
    - zusätzlich die *verfassungsrechtlichen* Voraussetzungen für eine übergangsweise Inanspruchnahme der sächlichen und persönlichen Ressourcen von Landesbehörden nach dem Konzept einer entsprechenden Organleihe schaffen (**„Organleihemodell"**),

[22] In Österreich haben die Bundesländer während der Gründungsphase der ASFINAG die Autobahnen und Schnellstraßen zunächst noch auf Basis sog. Werkverträge betreut. Strukturell würde bei der Anordnung von Verwaltungsleistungen der Länder durch den Bund eine vergleichbare Situation entstehen, die jedoch – vornehmlich aus vergaberechtlichen Gründen – gerade nicht als „Werkvertragslösung", sondern als nicht marktmäßige Beschaffung dargestellt und organisiert werden sollte. Konzeptionelle Grundlage einer Tätigkeit der Länder für den Bund könnten dabei zum Beispiel die Regelungen über die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB, ggf. aber auch ausschließliche Rechte der Länder zur Durchführung einzelner Dienstleistungen im Sinne von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB sein. Vergaberechtlicher Prüfungs- und Gestaltungsbedarf entsteht insoweit allerdings nur dann, wenn die Länder in der Transformationsphase nicht mehr im Rahmen der Auftragsverwaltung tätig werden, sondern in einer Bundesverwaltung der Autobahnen als „Dienstleister" des Bundes außerhalb einer gesetzlich angeordneten Organleihe auftreten sollen.

- die Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder bis zur Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft fortgelten lassen, sich auf Grundlage **einer verfassungsrechtlich modifizierten Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen** gegenüber den Ländern zugleich aber die notwendige Rechtsmacht verschaffen, gezielte Anordnungen zur Gestaltung der Transformationsphase erlassen und durchsetzen zu können.

Welches Regelungskonzept der Bund verfolgt, dürfte sich zu weiten Teilen nach politischen Kriterien entscheiden, die hier nicht zu erörtern sind. Legt man die unter E.I.2. aufgeführten Kriterien zugrunde, so könnte Vieles für die Variante *„Fortgeltung der Auftragsverwaltung unter Verschärfung des Direktionsrechts des Bundes“* sprechen. Auf der Grundlage eines zweckentsprechend auszugestaltenden Art. 143e GG könnte der Bund einerseits über die notwendige Direktionsmacht zur Gestaltung des Transformationsprozesses und andererseits über weitestgehende Rechtssicherheit hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Betriebs in der Übergangszeit verfügen, ohne dass gegenüber den Ländern insoweit gesonderte Aufträge zu erteilen wären, die ihrerseits Anknüpfungspunkte für vergaberechtliche Zulässigkeits- und Gestaltungsfragen liefern würden.

In den Varianten der Ausgestaltung des Transformationsregimes als Bundesverwaltung würde zunächst dem Kriterium „Direktionsmacht zur Gestaltung des Transformationsprozesses“ in bestmöglicher Weise entsprochen. In diesen Varianten litte indes das Kriterium „Rechtssicherheit Betrieb während der Transformationsphase“, da der Zugriff auf die Ressourcen der Länder eigens geregelt werden müsste. Soweit der dabei zur Anwendung kommende Regelungs*modus* zwischen dem Bund und den Ländern auftragsähnliche Rechtsbeziehungen etablieren würde, wäre das Kriterium „Rechtssicherheit Betrieb während der Transformationsphase“ vor vergaberechtlichen Risiken abzuschirmen,

> *vgl. insoweit bereits Fußnote 22 zum Anordnungsmodell hinsichtlich der seinerzeitigen Gestaltung in Österreich.*

Vergaberechtliche Risiken könnten im Falle einer *vertraglichen* Einsetzung der Auftragsverwaltungen während der Transformationsphase nämlich dadurch entstehen, dass Mitbewerber den Einsatz der Länder durch den Bund während der Transformationsphase ggf. als rechtswidrige *de-facto*-Vergaben rügen und zum Gegenstand von Nachprüfungsverfahren machen

könnten. Derartigen Risiken würde in der Variante „Bundesverwaltung“ wiederum am konsequentesten mit dem Regelungskonzept „Organleihe“ entgegengetreten werden können, weil in dieser Variante die „Auftragsfeindlichkeit“ der Konstellation schon auf Verfassungsebene deutlich würde.

In beiden Ausgestaltungsformen der Variante „Bundesverwaltung“ wäre zusätzlich der Umstand zu berücksichtigen, dass mit den Ländern nach Beendigung der Auftragsverwaltung ein *Modus* zur Finanzierung von deren Verwaltungstätigkeit im Übergangszeitraum gefunden werden müsste. In dieser Hinsicht würden indes gute Gründe für die Aufrechterhaltung des *Status quo* durch eine grundgesetzliche bzw. wenigstens einfachgesetzliche Anordnung einer Fortgeltung der Finanzierungsbedingungen nach den Regeln der Auftragsverwaltung sprechen.

5. Ergebnis

Es empfiehlt sich, über die Änderung des Art. 90 Abs. 2 GG hinaus die Gestaltung des Transformationsprozesses durch eine eigene verfassungsrechtliche Bestimmung abzusichern, die regelungssystematisch sachgerecht in Art. 143e GG platziert werden könnte. Diese verfassungsrechtliche Basis für ein Transformationsregime soll dazu dienen, dass der Prozess der Transformation unter Aufrechterhaltung der ständigen Betriebsfähigkeit der Bundesautobahnverwaltung mit größtmöglicher Rechtssicherheit möglichst weitreichend durch den Bund gesteuert werden kann. Insoweit ist zu empfehlen, mit Art. 143e GG dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für alle Angelegenheiten einzuräumen, die sich aus der Umwandlung der in Bundesauftragsverwaltung geführten Bundesautobahnen in eine Bundesverwaltung unter Einsatz einer vom Bund gegründeten und beherrschten Gesellschaft des privaten Rechts ergeben. Der Schaffung eines Gesetzgebungstitels in Art. 73 Abs. 1 Nr. 6b GG für „die Bundesautobahnen und ihre Verwaltung“ bedürfte es dann zum Erlass der gesetzlichen Regelungen für die Transformation nicht. Überdies gilt es mit Art. 143e GG die Frage zu beantworten, ob die Transformation bereits im Regime der Bundesverwaltung (ggf. ergänzt um den Zugriff des Bundes auf die Landesbehörden im Wege einer Organleihe) oder noch im Regime einer (ggf. modifizierten) Auftragsverwaltung erfolgen soll. Die Aufrechterhaltung einer ständigen Betriebsfähigkeit der Verwaltung der Bundesautobahnen bei gleichzeitig größtmöglicher Rechtssicherheit wird unseres Erachtens am

besten durch die Etablierung eines „Sonderregimes“ in Gestalt einer modifizierten Auftragsverwaltung verwirklicht. In Art. 143e GG wäre dazu zu regeln, dass bis zu einem definierten Zeitpunkt die Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen fortdauert, wobei die in der Auftragsverwaltung bestehenden Einflussnahmemöglichkeiten des Bundes noch intensiviert würden

> *vgl. den konkreten Regelungsvorschlag oben auf Seite 484.*

Die Änderung des Grundgesetzes (betreffend Art. 90 und Art. 143e GG) und der Erlass des einfachen Rechts sind in zwei unterschiedlichen Rechtsetzungsschritten vorzunehmen, wozu wenigstens die Ausfertigung des einfachen Rechts erst nach dem Inkrafttreten des verfassungsändernden Gesetzes erfolgen darf.

II. Beamten- und arbeitsrechtlicher Transformationsprozess

Um die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach deren Errichtung und Gründung in personeller Hinsicht betriebsfähig zu machen, bedarf es der Überleitung der bislang in den Landesverwaltungen im Bereich der Bundesautobahnverwaltung tätigen Landesbeamten (nachfolgend unter 1.) sowie der Arbeitnehmer und Auszubildenden (nachfolgend unter 2.) zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft.

1. Überleitung von Beamten

Die Überleitung der bislang in der Verwaltungsorganisation der Länder beschäftigten Landesbeamten zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sieht sich in zweifacher Hinsicht vor Herausforderungen gestellt. Zum einen wird eine Überleitung von Beamten im Rahmen von Organisationsprivatisierungen grundlegend durch Verfassungsrecht beeinflusst (Art. 33 Abs. 4, 5 GG). Zum anderen ist der besondere Umstand zu berücksichtigen, dass die geplante Umstellung der Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen auf den Typus Bundesverwaltung gesteigerte Anforderungen an eine rechtssichere Gestaltung einer damit verbundenen Beamtenüberleitung stellt. Aus diesem Grund kann beispielsweise das beamtenrechtliche Transformationsregime im Zusammenhang mit der Bahn- und Postprivatisierung auf den vorliegenden Fall nicht „eins zu eins“ übertragen werden. In beiden Fällen war der Bund bereits vor Zuweisung der Bundesbeamten an die privatrechtlich organisierten Nachfolgeunternehmen Dienstherr und behielt diese Rolle –

unter Übertragung bestimmter Dienstherrenbefugnisse zur Ausführung – auch nach der Privatisierung bei,

> *vgl. zur Identität des Dienstherrn bei Bahn- und Postprivatisierung Benz, Postreform II und Bahnreform – Ein Elastizitätstest für die Verfassung, DÖV 1995, Seite 679 (683); BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1999, Az.: 2 C 2.98, BVerwGE 108, 274 (276).*

Im Folgenden sollen verschiedene Modelle der Überleitung vorgestellt und bewertet werden (hierzu unter a)), bevor im Anschluss den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Beamtenüberleitung sowie der Frage nach der Notwendigkeit deren verfassungsrechtlicher Absicherung nachzugehen sein wird (hierzu unter b)). Schließlich widmet sich dieser Abschnitt der Frage, wie in Bezug auf die bisherigen Landesbeamten die Versorgungslasten zwischen dem Bund, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und den Ländern verteilt werden könnten (hierzu unter c)).

a) Modelle der Beamtenüberleitung

Es sind verschiedene Modelle der Weiterbeschäftigung der derzeitigen Landesbeamten bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft – und/oder nach deren Wahl auch bei einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur – denkbar. Eine systematische Darstellung der im Folgenden näher zu betrachtenden Modelle orientiert sich an zwei Fragen, die auf unterschiedlichen Stufen liegen.

Auf der ersten Stufe stellt sich zunächst die Frage, wer der eigentliche Dienstherr der übergeleiteten Beamten sein soll. Drei mögliche Kandidaten wären hierbei in Betracht zu ziehen. So könnten erstens die Länder als bisherige Dienstherrn weiterhin diese Rolle beibehalten. Möglich erscheint zweitens auch, dass das Beamtenverhältnis bestehen bleibt, aber der Bund an die Stelle der Länder als Dienstherr tritt. Schließlich wäre drittens zu überlegen, ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als juristische Person des Privatrechts selbst zum „Dienstherrn“ bestimmt werden könnte.

Für den Fall, dass der Bund oder die Länder Dienstherrn sind, stellt sich auf der zweiten Stufe die Frage, auf welchem rechtlichen Weg die Beamten der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugeteilt werden sollen. Hier werden die Modelle einer Zuweisung, Beleihung oder einer vertraglichen Dienstleistungsüberlassung diskutiert.

Vor dem Hintergrund dieser aufgeführten Ausgestaltungsmöglichkeiten ergeben sich sieben verschiedene Optionen für eine Personalüberleitung des bestehenden Beamtenpersonals. Die Optionen 1-3 gehen von keinem Dienstherrenwechsel aus, d. h. die Länder bleiben jeweils Dienstherr. Die Optionen 4-6 berücksichtigen den Fall, dass der Bund anstelle der Länder als neuer Dienstherr eintritt. Option 7 geht auf die gedankliche Möglichkeit einer Versetzung der Landesbeamten unmittelbar zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ein, was die Dienstherreneigenschaft der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft voraussetzte. In nachfolgender Abbildung 28 haben wir die genannten Gestaltungsansätze ergänzend in einem schematischen Überblick dargestellt.

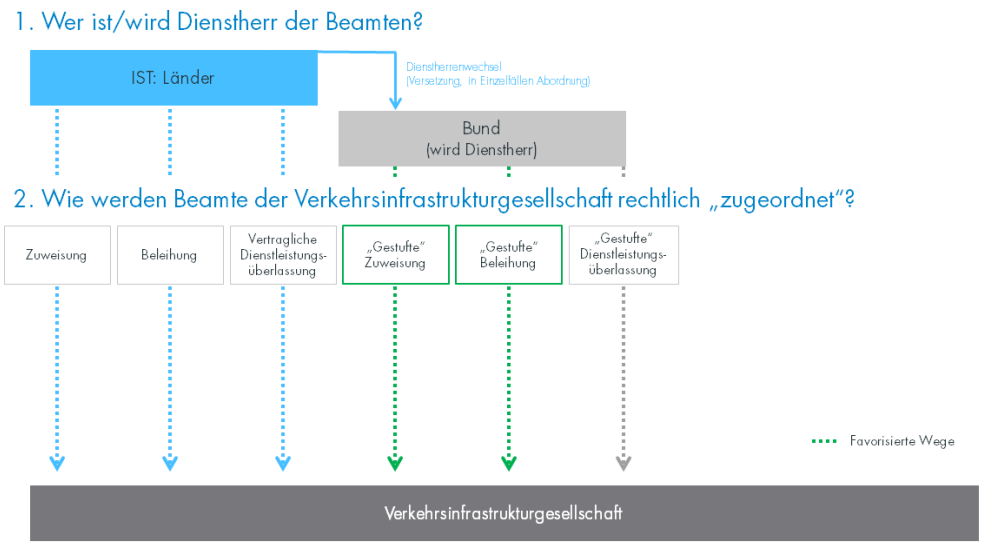

Abbildung 28: Optionen zur „Überleitung" von Landesbeamten der Bundesautobahnenverwaltung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

aa) Darstellung der Überleitungsmodelle

Option 1: Zuweisungsmodell

Ausgangspunkt dieses Modells bildet die Kontinuität des Dienstherrn, die Länder behalten also ihre Dienstherrnstellung. Unter den Voraussetzungen des § 20 BeamtStG kann dem Beamten eine seinem Amt entsprechende Tätigkeit in einer privatrechtlich organisierten Einheit zugewiesen werden. § 20 Abs. 1 BeamtStG sieht eine vorübergehende Zuweisung unter Einräumung eines Zustimmungsvorbehalts für den einzelnen Beamten vor. Da die Zuweisung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von dauerhafter Natur

sein und dem einzelnen Beamten im Sinne einer maximalen Rechtssicherheit der Transformation möglicherweise kein Widerspruchsrecht für die Entscheidung über eine Zuweisung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eingeräumt werden soll, scheidet der Weg der Zuweisung nach § 20 Abs. 1 BeamtStG im vorliegenden Fall aus.

Für Privatisierungsvorhaben sieht § 20 Abs. 2 BeamtStG deswegen eine spezielle Regelung vor. Nach § 20 Abs. 2 Alt. 2 BeamtStG kann Beamten einer Dienststelle, die ganz oder teilweise in eine privatrechtlich organisierte Einrichtung umgewandelt wird, auch ohne ihre Zustimmung ganz oder teilweise eine ihrem Amt entsprechende Tätigkeit bei dieser Einrichtung zugewiesen werden, wenn öffentliche Interessen es erfordern.

Der Rechtsgedanke von § 20 Abs. 2 BeamtStG scheint auf den ersten Blick auch eine Zuweisung von den Ländern zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu tragen. Hintergrund dieser Regelung ist, dass das Bedürfnis für eine – auch dauerhafte – Zuweisung zu einer neuen Tätigkeit durch die Privatisierung zahlreicher öffentlicher Aufgaben zugenommen hat. Die zustimmungsfreie Zuweisung ist daher auch nur noch an das Erfordernis öffentlicher Interessen – und nicht mehr dringender öffentlicher Interessen – gebunden. Ein solches öffentliches Interesse wird vor allem dann angenommen, wenn eine zulässige Umwandlung vorliegt und in der umgewandelten Einrichtung die Erfahrung der Beamtin bzw. des Beamten dringend benötigt wird, damit die Einrichtung auch in der neuen Organisationsform erfolgreich ihre Aufgaben erfüllen kann,

> *vgl. Thomsen, in: Brinktrine/Schollendorf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Beamtenrecht Bund, Stand: 2. Edition, § 20 BeamtStG Rn 16.1.*

Im Unterschied zu Absatz 1 ist § 20 Abs. 2 BeamtStG nicht auf eine vorübergehende Zuweisung beschränkt. Auch die dauerhafte Zuweisung ist von § 20 Abs. 2 BeamtStG erfasst,

> *vgl. Thomsen, in: Brinktrine/Schollendorf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Beamtenrecht Bund, Stand: 2. Edition, § 20 BeamStG Rn 15.*

Die direkte Anwendung des § 20 Abs. 2 BeamtStG würde indes voraussetzen, dass eine „Dienststelle" ganz oder teilweise in eine privatrechtliche Einrichtung umgewandelt wird. Dies wäre beispielsweise gegeben, wenn im Rahmen der organisatorischen Ausgliederung der „Betriebe und Betriebs-

teile Bundesautobahnen“ zunächst auf Länderebene eine privatrechtlich organisierte Einheit für den Übergang entsteht, die im Anschluss im Rahmen eines Share-Deals auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergeht. Für den Fall jedoch, dass die Landesbeamten unmittelbar der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zugewiesen werden sollen, wäre aus Gründen der Rechtssicherheit eine klarstellende Gesetzesergänzung in § 20 Abs. 2 BeamtStG zu erwägen oder eine spezialgesetzliche Zuweisung in das Errichtungsgesetz zu integrieren.

Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Bund – und nicht wie in der vorliegenden Konstellation die Länder – bei der Überleitung der Beamten kraft Dienstherreneigenschaft zuständig war, entspräche ein solches Vorgehen dem in Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG aufgezeigten Weg im Zusammenhang mit der Bahnprivatisierung.

Option 2: Beleihungsmodell

Nach einem sog. Beleihungsmodell könnte die Weiterbeschäftigung der Landesbeamten bei der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gesetzlich angeordnet werden, wodurch sich an der Dienstherrneigenschaft der Länder nichts änderte. Die Länder könnten dann teilweise oder vollumfänglich ihre Dienstherrenbefugnisse in Form einer gesetzlich geregelten Beleihung auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen. Wenn – wie vorgesehen – die Gesetzgebungskompetenz für den Transformationsprozess auf den Bund übergehen soll, dann kann eine solche gesetzliche Anordnung – wie dargelegt – nur vom Bund kommen.

Im Ergebnis blieben die Länder somit Dienstherrn und würden – abhängig vom Umfang der übertragenen Dienstherrenbefugnisse – zumindest gewisse Kontrollrechte behalten.

Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Bund – und nicht wie in der vorliegenden Konstellation die Länder – bei der Überleitung der Beamten kraft Dienstherreneigenschaft zuständig war, entspräche ein solches Vorgehen dem in Art. 143b Abs. 3 GG aufgezeigten Weg im Zusammenhang mit der Postprivatisierung.

Option 3: Vertragliche Dienstleistungsüberlassung

Als letzte Option, bei der die Dienstherreneigenschaft bei den Ländern bliebe, käme schließlich eine Überleitung der Beamten zur Verkehrsinfrastruk-

turgesellschaft im Wege einer vertraglichen Dienstleistungsüberlassung in Betracht. Bei dieser Konstruktion der Personalüberleitung blieben die Landesbeamten weiterhin in die Verwaltungsstruktur der Länder eingegliedert. Die Länder träten auch nicht den Anspruch auf die Dienstleistung gegenüber den Beamten an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ab, sondern würden vielmehr die von den Beamten erbrachten Dienstleistungen in die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einbringen,

> *vgl. hierzu die Konstellation, die dem Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 7. Juni 1984, Az.: 2 C 84.81, BVerwGE 69, 303, zugrunde lag.*

Der Weg der Personalüberleitung mittels vertraglicher Dienstleistungsüberlassung sieht sich mangels gesetzlicher Absicherung Kritik ausgesetzt. Vor allem deswegen dürfte eine solche Konstruktion bei Bahn- und Postprivatisierung nicht gewählt worden sein. Je nach Ausgestaltung des „Einbringens“ der Dienstleistung könnte die vertragliche Dienstleistungsüberlassung ggf. auch Anknüpfungspunkt für vergaberechtliche Fragestellungen sein („entgeltlicher öffentlicher Auftrag“).

Option 4: Gestuftes Zuweisungsmodell

Die Optionen 4-6 unterscheiden sich von den Optionen 1-3 nur in einem wesentlichen Punkt: Die Überleitung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft läuft über einen notwendigen Zwischenschritt, wonach der Dienstherr wechselt. Anstelle der Länder tritt der Bund (zum Beispiel in Gestalt eines Sondervermögens Bundesautobahn) als Dienstherr in das Beamtenverhältnis ein. Dieser Schritt ist im Wege einer Versetzung zu erreichen. Unter Versetzung versteht man die dauerhafte Übertragung eines anderen Amtes im abstrakt funktionellen Sinne bei einer anderen Behörde oder einem anderen Dienstherrn,

> *vgl. zum Institut der Versetzung BVerwG, Urteil vom 22. Mai 1980, Az.: 2 C 30.78, BVerwGE 60, 144 (147).*

Nach Maßgabe von § 15 Abs. 1 Alt. 2 BeamtStG ist eine solche Versetzung von den Ländern auf den Bund möglich. Danach können Beamte aus dienstlichen Gründen in den Bereich eines Dienstherrn eines anderen Landes oder des Bundes versetzt werden, für die sie die Befähigung besitzen. Eine solche Versetzung kann nach § 15 Abs. 2 Satz 2 BeamtStG auch ohne Zustimmung des Beamten erfolgen, wenn das neue Amt mit mindestens

demselben Grundgehalt verbunden ist wie das bisherige Amt (Verschlechterungsverbot).

Mit der Versetzung in Form eines Dienstherrenwechsels gehen die Dienstherrenbefugnisse vollständig auf den Bund als neuen Dienstherrn über. Das Weisungsrecht sowie das Recht zur Anordnung laufbahnbestimmender Maßnahmen fiele dem Bund zu.

In einem zweiten Schritt müsste die Überleitung vom Bund zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Form der Zuweisung erfolgen. In dieser Konstellation wäre eine Zuweisung nach § 29 Abs. 2 BBG (Parallelvorschrift zu § 20 Abs. 2 BeamtStG für Bundesbeamte) einschlägig, weil die ehemaligen Landesbeamten durch den Zwischenschritt der Versetzung nunmehr Bundesbeamte geworden sind. An dieser Stelle stellt sich wiederum die Frage, ob eine „Dienststelle in eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand umgewandelt wird“ (§ 29 Abs. 2 Alt. 2 BBG). Dies wird wohl nicht anzunehmen sein, wenn etwa ein einzurichtendes Sondervermögen des Bundes für die Bundesautobahnen (u. a. als Anknüpfungspunkt für die Dienstherreneigenschaft) weiterhin bestehen bleibt und in dieser Konstellation eine Zuweisung trotz Bestehenbleibens der Dienststelle erfolgen soll. Gleiches gilt im Übrigen auch für den Fall, dass die derzeitigen Landesbeamten zu einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur versetzt werden. Denn auch dieses Bundesamt für Straßeninfrastruktur würde nicht, wie es § 29 Abs. 2 BBG vorsieht, in eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand umgewandelt werden. Insoweit wäre die Überleitung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ggf. auf eine Gesetzesänderung in § 29 Abs. 2 BBG oder eine im Errichtungsgesetz spezialgesetzlich geregelte Zuweisung angewiesen.

Option 5: Gestuftes Beleihungsmodell

Auch dieses Modell ist zweistufig aufgebaut. Zunächst erfolgt eine Versetzung zum Bund wie bei Option 4 näher dargelegt. Im Anschluss gelten die Ausführungen von Option 2 entsprechend für die Beleihung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen.

Option 6: Gestuftes Modell vertraglicher Dienstleistungsüberlassung

Option 6 setzt wiederum zunächst die Versetzung der Landesbeamten zum Bund voraus (siehe Optionen 4 und 5). Für die mögliche Überleitung im Rahmen der vertraglichen Dienstüberlassung kann auf die Ausführungen von Option 3 verwiesen werden.

Option 7: Unmittelbare Versetzung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Schließlich wäre zu überlegen, ob eine Versetzung unmittelbar von den Ländern zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft rechtlich zulässig wäre. Dies wirft die Frage nach einer möglichen Dienstherreneigenschaft der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf. *De lege lata* können nur juristische Personen des öffentlichen Rechts Dienstherrn sein. § 2 BBG und § 2 BeamtStG bzw. § 121 BRRG beschränken die Dienstherrenfähigkeit in Form eines *numerus clausus* auf Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie auf sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Keine Dienstherrenfähigkeit haben privatrechtlich organisierte Gesellschaften, auch nicht solche in öffentlicher Hand (wie beispielsweise die privatisierten Nachfolgeunternehmen der Bahn und Post).

Eine solche – zumindest denkbare – Konstellation erforderte die gesetzliche Erweiterung des Katalogs dienstherrenfähiger juristischer Personen, würde sich aber als gesetzlich angeordneter Formenmissbrauch deutlicher Kritik aussetzen (dazu sogleich).

bb) Bewertung der Überleitungsmodelle

Die wohl größten Friktionen mit dem geltenden Beamtenrecht dürfte Option 7 aufwerfen. Eine Erweiterung der Dienstherreneigenschaft auf privatrechtlich organisierte Unternehmen beträfe wohl den Kern des in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG geschützten Beamtenverhältnisses und dürfte als tiefgreifender Systembruch mit dem bisherigen Verständnis des Beamtenrechtsverhältnisses verstanden werden. Auch vor dem Hintergrund, dass bei Bahn- und Postprivatisierung die Identität des Dienstherrn beibehalten wurde, worauf schon die Formulierungen in Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG und Art. 143b Abs. 3 GG hindeuten, wonach eine Überleitung der Beamten

> *„unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn“ (Hervorhebung diesseits)*

zu erfolgen habe, dürfte eine solche Lösung nicht weiter zu verfolgen sein.

Ebenfalls erheblicher Kritik dürften sich Option 3 und 6 ausgesetzt sehen, weil eine bloß vertraglich geregelte Dienstleistungsüberlassung vor allem dann vor Schwierigkeiten steht, wenn Dienstherrenbefugnisse an die weitgehend selbstständig agierende Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen werden sollen. Diese als hoheitlich zu qualifizierenden Befugnisse müssten im Rahmen einer Beleihung oder eines beleihungsähnlichen Instituts übertragen werden, was eine gesetzliche Regelung voraussetzen würde. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass trotz grundsätzlicher Billigung dieses Modells durch das Bundesverwaltungsgericht,

> *vgl. BVerwG, Urteil vom 7. Juni 1984, Az.: 2 C 84.81, BVerwGE 69, 303,*

Zweifel an der Zulässigkeit der vertraglichen Dienstleistungsüberlassung bestehen blieben,

> *vgl. hierzu Battis, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Auflage 2014, Art. 143a Rn. 8, m. w. N. in Fn. 16,*

so dass unter anderem aus diesem Grund ein solches Modell nicht bei der Bahn- bzw. Postprivatisierung herangezogen wurde.

Als grundsätzlich gangbare Optionen bleiben damit die skizzierten Zuweisungs- und Beleihungsmodelle. Abhängig von der Frage, ob der Bund Dienstherr werden soll oder die Länder ihre Dienstherrenrolle weiterführen, müsste eine rechtliche Ausgestaltung zunächst die Versetzung der Landesbeamten zum Bund berücksichtigen (Stufenmodelle).

Vor allem aus Gründen der Praktikabilität und eines einheitlichen Vorgehens könnte ein zweistufiges Verfahren, das zunächst eine Versetzung der Landesbeamten zum Bund zum Gegenstand hat, zu favorisieren sein. Zunächst ist festzustellen, dass eine maßgebliche Stoßrichtung der Reform der Bundesautobahnverwaltung auf eine Reduktion der Akteursvielfalt in diesem Bereich zielt. Würden aber neben der neu geschaffenen Bundesverwaltung nunmehr weiterhin die Länder als Dienstherren fungieren, drohte das Ziel der Akteursreduktion konterkariert zu werden. Zudem spricht Vieles dafür, dem Bund eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über alle Angelegenheiten einzuräumen, die sich im Zusammenhang mit der Umwandlung der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen in die Bundesverwaltung ergeben (vgl. dazu unter Abschnitt E.I.3.c)bb)(2) [ab Seite 471]). Darunter fielen dann auch Regelungen zur Übertragung der

Dienstherrenbefugnisse. Einerseits blieben die Länder eine Art formale Hülle: formal notwendig für die Dienstherreneigenschaft, aber ohne eigenen Spielraum hinsichtlich der Übertragung der Dienstherrenbefugnisse. Andererseits dürften sich die Länder bei einem solchen Vorgehen bestimmte Mitwirkungsrechte zumindest bei der Laufbahnentwicklung ihrer Beamten reservieren. Hier dürften aber die Interessen der Länder (beispielsweise an einer eher restriktiven Beförderungspolitik) von denen des Bundes bzw. der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (großzügigere Beförderungspolitik) auseinanderfallen. Darüber hinaus gibt es auch aus dem Bestand der Bundesbeamten einiges Personal, das (wenn auch zahlenmäßig in deutlich geringerem Umfang) ebenfalls zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergeleitet werden müsste. Eine einheitliche Regelung der Überleitung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft könnte hier durch die vorherige Versetzung aller Landesbeamten zum Bund ermöglicht werden.

In der Gesamtschau sprechen daher gute Gründe für ein gestuftes Vorgehen bei der Überleitung der derzeitigen Landesbeamten. Eine der Überleitung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vorgeschaltete Versetzung zum Bund hätte zudem den Vorteil, dass die zunächst zum Bund übergeleiteten Beamten aus dieser Position heraus statt zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch zu einem Bundesamt für Straßeninfrastruktur versetzt werden können bzw. – bei unmittelbarer Versetzung von den Ländern zum Bundesamt für Straßeninfrastruktur – dort zu dessen Verwendung bleiben können.

Um der Sorge manches Landesbeamten, durch die Versetzung zum Bund nunmehr bundesweit und nicht mehr landesweit eingesetzt werden zu können, entgegen zu treten, könnte im Einzelfall eine Abordnung gemäß § 14 BeamtStG erwogen werden, die allerdings stets nur vorübergehend aus dienstlichen Gründen möglich ist und grundsätzlich die Zustimmung des Beamten erfordert. Die Abordnung ist nur ausnahmsweise ohne Zustimmung des Beamten möglich, wenn die neue Tätigkeit zuzumuten ist, einem Amt mit demselben Grundgehalt entspricht und die Abordnung die Dauer von fünf Jahren nicht übersteigt (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG). Als unbefristete Überleitung kommt demnach nur eine Versetzung in Betracht, die allerdings im Einzelfall mit bestimmten – örtlichen – Bestandsgarantien versehen werden könnte.

b) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Überleitung von Beamten

Die Überleitungsmodelle müssen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Einsatz von Beamten bei privatrechtlich organisierten Einrichtungen ergeben sich aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG sowie aus dem Demokratieprinzip.

aa) Beamtenverfassungsrecht

Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Zu diesen hergebrachten Grundsätzen zählt das Bundesverfassungsgericht die Treue- und Gehorsamspflicht des Beamten. Diese habe aber zur Voraussetzung,

> *„dass der Beamte nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist, die durch ein hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis eine Einheit bilden, und dass auch nur diese Stellen zu seiner Beurteilung und zu den Maßnahmen befugt sind, die seine Laufbahn bestimmen.“ (BVerfG, Urteil vom 27. April 1959, Az.: 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 268 (286 f.); aufgegriffen vom Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit der vertraglichen Dienstüberlassung von Beamten bei privaten Organisationen, vgl. BVerwG, Urteil vom 7. Juni 1984, Az.: 2 C 84.81, BVerwGE 69, 30).*

Der hierarchische Aufbau der Verwaltung erfüllt zudem eine wesentliche Funktion für deren demokratische Legitimation und für die Erfüllung der Anforderungen aus Art. 20 Abs. 2 GG,

> *vgl. Uerpmann, Einsatz von Beamten bei einer Gesellschaft privaten Rechts, JURA 1996, Seite 79 (81).*

Entscheidungen des staatlichen Dienstherrn in Personalangelegenheiten sind hoheitliche Maßnahmen gegenüber dem Beamten, die nach dem Funktionenvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ihrerseits Beamten vorbehalten sind. Aus alledem wird in der Literatur bisweilen das Erfordernis einer Verwaltungshierarchie abgeleitet, in der der Beamte grundsätzlich nur Beamte als Vorgesetzte hat,

> *vgl. Uerpmann, Einsatz von Beamten bei einer Gesellschaft privaten Rechts, JURA 1996, Seite 79 (81).*

In jüngster Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht zwar klargestellt, dass ein absolutes Verbot, Nichtbeamte mit der Wahrnehmung von Dienstherrenbefugnissen zu betrauen, nicht (mehr) Geltung als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums beanspruchen kann. Es hat dabei allerdings offengelassen, ob sich als hergebrachter Grundsatz aus Art. 33 Abs. 5 GG zumindest ergibt, dass die Ausübung von Dienstherrenbefugnissen durch nicht beamtete Dienstvorgesetzte jedenfalls einer Rechtfertigung bedarf,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Mai 2016, Az.: 2 BvR 1137/14, juris Rn. 21.*

Aus dem Umstand, dass im Verhältnis des staatlichen Dienstherrn mit der den Beamten beschäftigenden privatrechtlichen Gesellschaft die Voraussetzungen eines hierarchischen Verhältnisses nicht gegeben sind, hat sich der verfassungsändernde Gesetzgeber bei Bahn- und Postprivatisierung veranlasst gesehen, das Beamtenüberleitungsmodell „verfassungsrechtlich abzusichern“,

> *vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu Bahnprivatisierung, BT-Drs. 12/5015, Seite 8.*

Nach der Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers

> *„soll[te] durch eine ausdrückliche grundgesetzliche Regelung […] das Verfassungsrisiko ausgeschaltet werden“, sodie Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Postprivatisierung, BT-Drs. 12/7269, Seite 6.*

Diesem Ziel ist der verfassungsändernde Gesetzgeber in unterschiedlicher Weise in seinem Transformationsregime zur Bahn- und Postprivatisierung nachgekommen.

bb) Transformationsregime zur Bahn- und Postprivatisierung (Art. 143a Abs. 1 Satz 3 und Art. 143b Abs. 3 GG)

Im Zusammenhang mit der Beamtenüberleitung bei der Bahnprivatisierung wurde in **Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG** folgende Regelung für das sog. **Zuweisungsmodell** formuliert:

> *„Beamte der Bundeseisenbahnen können durch Gesetz unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwor-*

> *tung des Dienstherrn einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes zur Dienstleistung zugewiesen werden.“*

Das der Postprivatisierung zugrundeliegende **Beleihungsmodell** ist in **Art. 143b Abs. 3 GG** folgendermaßen niedergelegt:

> *„Die bei der Deutschen Bundespost tätigen Bundesbeamten werden unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Unternehmen beschäftigt. Die Unternehmen üben Dienstherrenbefugnisse aus. Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.“*

Die unterschiedlich formulierten Regelungen zur Überleitung der Beamten zeigen bei näherer Betrachtung *wesentliche Gemeinsamkeiten* auf. Beiden Modellen liegt eine „doppelte Stoßrichtung“ zugrunde, wonach im ersten Schritt die Umleitung zur privatrechtlich organisierten Einrichtung eröffnet (Öffnungsklausel) und im zweiten Schritt die Rechtsstellung der Beamten garantiert (Schutzklausel) wird,

> *vgl. Möstl, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: September 2015, Art. 143a Rn. 14.*

Neben dieser Gemeinsamkeit des normstrukturellen Aufbaus der Beamtenüberleitung gehen beide Überleitungsregime davon aus, dass der Bund als ursprünglicher Dienstherr weiterhin diese Rolle beibehält und den privatrechtlich organisierten Nachfolgeunternehmen somit *keine* Dienstherrenfähigkeit eingeräumt wird. Auch wenn ausdrücklich nur Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG von der Übertragung von Dienstherrenbefugnissen spricht, darf in diesem Zusammenhang nicht außer Betracht bleiben, dass auch im Rahmen des Zuweisungsmodells nach Art. 143a GG durch die Ausführungsgesetze,

> *vgl. § 12 Abs. 2 DBGrG sowie durch § 1 der DBAG-Zuständigkeitsverordnung hinsichtlich der Entscheidungen in Angelegenheiten der zugewiesenen Beamten des Bundeseisenbahnvermögens aufgrund der Ermächtigung in § 12 Abs. 6 Satz 2 DBGrG,*

Dienstherrenbefugnisse aufgrund einer „beleihungsähnlichen Rechtsfigur eigener Art“,

> *so die rechtliche Qualifikation des Übertragungsvorgangs bei Möstl, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: September 2015, Art. 143a Rn. 14,*

übertragen wurden. Identisches Ergebnis beider Überleitungsmodelle ist mithin, dass der Bund in beiden Fällen Dienstherr geblieben ist und dem privaten Nachfolgeunternehmen Dienstherrenbefugnisse aufgrund einer gesetzlichen Regelung übertragen wurden.

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Modellen zeigt sich beim Spielraum, der dem Gesetzgeber hinsichtlich des „Ob" einer Überleitung eingeräumt wird. Während Art. 143b Abs. 3 GG eine Weiterbeschäftigung bei den privaten Nachfolgeunternehmen verfassungsunmittelbar anordnet, räumt Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG dem Gesetzgeber lediglich die verfassungsrechtliche Möglichkeit einer gesetzlichen Zuweisung ein.

Ein weiterer – wohl aber weniger ins Gewicht fallender Unterschied – zeigt sich bei der Passivlegitimation. Im Rahmen des Zuweisungsmodells nach Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG wird dem Privaten eine solche abgesprochen. Passivlegitimiert bleibt der Dienstherr. Dies resultiert aus der letztlich nicht einwandfrei geklärten Rechtsnatur der Übertragung der Dienstherrenbefugnisse im Rahmen des Regimes bei Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG. Auch wenn sich die Rechtsprechung hierbei nicht festlegt, soll das

> *„rechtlich[e] Zuordnungssubjekt der aufgrund der Ausübungsermächtigung getroffenen Maßnahmen der Dienstherr [sein]." (BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1999, Az.: 2 C 2.98, BVerwGE 108, 274 (278)).*

Darin liegt dann auch der Unterschied zum Modell der Beleihung, denn der mit Dienstherrenbefugnissen ausgestattete Beliehene dürfte nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen passivlegitimiert sein,

> *zur Passivlegitimation des Beliehenen im Allgemeinen vgl. Burgi, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Arndt/Gleis/Lorenzen (Hrsg.), FS Maurer, 2001, Seite 581 (594); zur fehlenden Passivlegitimation im Rahmen des Zuweisungsmodells nach Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG siehe Möstl, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: September 2015, Art. 143a Rn. 20.*

Es kann festgehalten werden, dass die in der begrifflichen Prägung angelegte Dichotomie (Zuweisungs- *versus* Beleihungsmodell) bei näherer Betrachtung nicht gerechtfertigt ist. Vielmehr sind die Grenzen zwischen den vermeintlichen Grundtypen fließend, weil auch im sog. Zuweisungsmodell Dienstherrenbefugnisse im Wege einer beleihungsähnlichen Form übertragen werden können.

cc) Mögliche Überleitungsmodelle im Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit den beiden bislang praktizierten Überleitungsmodellen bei den – dort allerdings materiellen – Bahn- und Postprivatisierungen bieten sich für den Fall der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft grundsätzlich beide Modelle an.

Wenn beabsichtigt ist, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in Personalangelegenheiten selbstständig agieren zu lassen und ihr deswegen Dienstherrenbefugnisse zu übertragen, bietet sich aus Gründen der Rechtssicherheit ein Beleihungsmodell an. Denn die Ausübung der übertragenen Dienstherrenbefugnisse ist eine hoheitliche Maßnahme. Nach allgemeinem verwaltungsrechtlichen Grundsatz können hoheitliche Aufgaben nur durch eine förmliche Beleihung auf Private übertragen werden. Nur dadurch ist gewährleistet, dass dem institutionellen Gesetzesvorbehalt ausreichend Rechnung getragen wird,

> *vgl. Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, 2010, § 10 Rn. 27.*

Um Rechtsunsicherheiten bei der Qualifikation des Übertragungsakts zu vermeiden und sich nicht beim Umfang der übertragenen Dienstherrenbefugnisse beschränkt zu sehen, bietet sich ein Beleihungsmodell dann an, wenn der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Dienstherrenbefugnisse ausdrücklich übertragen werden sollen.

Für den Fall, dass Dienstherrenbefugnisse im Ausgangspunkt der Reform der Bundesautobahnverwaltung nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen werden sollen, empfiehlt sich das sog. Zuweisungsmodell. Danach könnten dann aber gleichwohl beamtenrechtliche Entscheidungen sowie sonstige Entscheidungen und Maßnahmen, die mit der Dienstausübung der Beamtinnen und Beamten im Betrieb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in unmittelbarem Zusammenhang stehen, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Ausübung durch Rechtsverordnung übertragen werden.

Darüber hinaus sollte berücksichtigt werden, dass eine verfassungsunmittelbare Anordnung der Weiterbeschäftigung – wie in Art. 143b Abs. 3 GG vorgesehen – für die Situation der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft schon aus tatsächlichen Gründen nicht geeignet sein dürfte. Schließlich ergeben

sich in der Phase der Umstellung der Bundesauftragsverwaltung auf die Bundesverwaltung einige erst zu bewältigende Zwischenschritte bis zum Zeitpunkt der vollständigen Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (wie beispielsweise die Versetzung zum Bund). Aus diesem Grund sollte das Überleitungsmodell dem Gesetzgeber hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ einen Spielraum belassen.

dd) Mögliche verfassungsrechtliche Kodifikation

Eine mögliche verfassungsrechtliche Regelung hinsichtlich der Überleitung der Beamten könnte in Art. 143e GG den folgenden Absatz aufnehmen:

> *„Beamte der Bundesautobahnverwaltung können durch oder aufgrund Gesetzes unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn der in Abs. 1 genannten Gesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen werden. Zu diesem Zweck können der Gesellschaft Dienstherrenbefugnisse übertragen werden.“*

In der Gesetzesbegründung zur Verfassungsänderung wäre dann als notwendige Voraussetzung zum Verständnis des gesamten Vorgangs der Überleitung die „Stufung“ zu erläutern.

Als Alternative zu einem solchen verfassungsrechtlich kodifizierten Modell der Beamtenüberleitung könnte erwogen werden, diesen Prozess einfachgesetzlich zu regeln. Schließlich gab es bei der Verankerung des Art. 143b Abs. 3 GG auch Stimmen, die eine einfachgesetzliche Kodifikation des Beleihungsmodells als ausreichend erachteten,

> *vgl. Battis, Beleihung anlässlich der Privatisierung der Postunternehmen, in: Schmidt (Hrsg.), FS Raisch, 1995, Seite 355 (372).*

Aus hiesiger Sicht sprechen vor allem Gründe der Rechtssicherheit im Rahmen des komplexen Prozesses zur Herstellung der Betriebsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für eine verfassungsrechtliche Absicherung des Modus der Überleitung der Beamten zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Schließlich dürften die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zweifel, die den verfassungsändernden Gesetzgeber bei Bahn- und Postprivatisierung zu einer verfassungsrechtlichen Verankerung veranlasst haben, nicht gänzlich ausgeräumt worden sein. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich klargestellt hat, dass die Ausübung von Dienstherrenbefugnissen allein durch beamtete Dienstvorgesetze nicht

(mehr) zum Kernbestand der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zählt, hat es die Frage nach der Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vorwiegend deswegen unbeantwortet gelassen, weil im zu entscheidenden Fall mit Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG gerade ein eigener Ausnahmetatbestand auf verfassungsrechtlicher Ebene vorhanden war,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Mai 2016, Az.: 2 BvR 1137/14, juris Rn. 21, 23.*

Demzufolge bergen die Regelungen des geltenden Beamtenverfassungsrechts, das bisweilen normativ schwer zu greifen ist, auch weiterhin verfassungsrechtliche Risiken. In prozessualer Hinsicht verstärken sich diese Risiken dadurch, dass die durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums geschaffene Rechtsstellung der Beamten als grundrechtsähnliches Recht anerkannt ist und mithilfe der Verfassungsbeschwerde individuell durchgesetzt werden kann,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 1961, Az.: 2 BvR 74/60, BVerfGE 12, 81 (87).*

Zudem muss Berücksichtigung finden, dass den beiden verfassungsrechtlich verankerten Überleitungsmodellen in Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG und Art. 143b Abs. 3 GG eine normative Vorbildfunktion für künftige Überleitungsmodelle im Rahmen von Reorganisationsvorhaben nicht abzusprechen sein wird. Vor allem eine fehlende Schutzklausel dürfte die begründete Frage aufwerfen, ob mit dem nichtverfassungsrechtlich abgesicherten Modell der Überleitung eine Abschwächung des beamtenrechtlichen Schutzniveaus gegenüber der Bahn- und Postprivatisierung ermöglicht werden sollte. Insbesondere vor dem Hintergrund einer breit geführten Debatte zum Flexibilisierungspotential im Personalbereich bei der Telekom als eines der drei Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost dürften sich solche Fragestellungen mit großer Wahrscheinlichkeit aufdrängen,

> *vgl. Badura, Die Verantwortung des Bundes für die amtsangemessene Beschäftigung der im Bereich der Deutschen Telekom AG tätigen Beamten, DÖV 2010, Seite 533.*

Eine ins Transformationsregime des Art. 143e GG aufgenommene Schutzklausel könnte helfen klarzustellen, dass mit der Überleitung verbundene

Eingriffe in Art. 33 Abs. 4, 5 GG den Rahmen des Verhältnismäßigen nicht überschreiten.

In der Zusammenschau dürften somit gute Gründe für eine verfassungsrechtliche Verankerung des aufgezeigten Überleitungsmodells sprechen.

c) Versorgungslastenverteilung

Der Bund und die Länder müssten vor Realisierung des Betriebsübergangs in Bezug auf die bisherigen Landesbeamten klären, wie die Versorgungslasten zwischen dem Bund, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft und den Ländern verteilt werden.

Die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln ist seit dem 1. Januar 2011 in einem vom Bund und von allen 16 Bundesländern unterzeichneten Staatsvertrag, dem sog. Versorgungslastenverteilungs-Staatsvertrag, geregelt. Dieser sieht vor, dass der abgebende Dienstherr (hier also: das jeweilige Bundesland) bei einem Dienstherrenwechsel eines Beamten an den aufnehmenden Dienstherrn (hier also: an den Bund) bereits zum Zeitpunkt des Dienstherrenwechsels einen einmaligen pauschalisierten Abfindungsbetrag zur Abgeltung seines Versorgungslastanteils zu zahlen hat. Mit der Zahlung dieser einmaligen Abfindung ist die Beteiligung des abgebenden Dienstherrn an den späteren Versorgungskosten abgeschlossen.

Der Abfindungsbetrag wird nach § 4 des Staatsvertrages auf der Grundlage der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bei dem abgebenden Dienstherrn zum Zeitpunkt des Dienstherrenwechsels nach folgender Formel berechnet:

Bezüge (Monat) x Dienstzeit (Monate) x Bemessungssatz
= Abfindungsbetrag.

Zu den *Bezügen* gehören die monatlichen ruhegehaltfähigen Bezüge, d. h. regelmäßig das Grundgehalt in der zum Zeitpunkt des Dienstherrenwechsels erreichten Stufe, der Familienzuschlag, ruhegehaltfähige Zulagen sowie die Sonderzahlung (hier sind auch der kinderbezogene Familienzuschlag, der Sonderbetrag für Kinder und nicht ruhegehaltfähige Zulagen zu berücksichtigen) – jeweils unter Vernachlässigung von Mindestdienst- und -bezugszeiten. Bei den *Dienstzeiten* werden ruhegehaltfähige Beamtenzeiten zugrunde gelegt. Nicht berücksichtigt werden Zeiten im Beamtenverhältnis

auf Widerruf, Zeiten, für die bereits nachversichert wurde, sowie Vordienstzeiten. Der *Bemessungssatz* ist abhängig vom Lebensalter des Beamten und beträgt pauschalisiert bis zu dessen 30. Lebensjahr 15 %, bis zum 50. Lebensjahr 20 % und bei einem Alter über dem 50. Lebensjahr 25 %.

Beispiel:
Dienstherrenwechsel eines bisherigen Landesbeamten (45 Jahre, A 12) nach 22 Jahren Dienstzeit; Monatsbezüge (inkl. aller o. g. Bestandteile): EUR 4.232,00:
Abfindungsbetrag: EUR 4.232,00 x 264 Monate x 20 % = EUR 233.450

Gemäß § 3 Abs. 1, Abs. 2 des Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrages findet der Staatsvertrag nur Anwendung, wenn der abgebende Dienstherr vor Wirksamwerden des Dienstherrenwechsels gegenüber dem aufnehmenden Dienstherrn schriftlich seine Zustimmung zu dem Dienstherrenwechsel erklärt. Es sollte daher durch eine entsprechende gesetzliche Regelung oder durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern klargestellt werden, dass der Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrag für die hier in Rede stehende Überleitung von Landesbeamten auf den Bund gilt, ohne dass die Länder für die Dienstherrenwechsel (gesondert) ihre schriftliche Zustimmung erteilen müssen.

2. Arbeitsrechtlicher Transformationsprozess

Fraglich ist, wie der arbeitsrechtliche Transformationsprozess, also die Überführung der Sachmittel und Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, konkret ablaufen könnte. Einen Überblick über in Betracht kommende Ansätze zur rechtlichen Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Transformationsprozesses liefert zunächst die Darstellung in Abbildung 29. Im Einzelnen soll zur Konkretisierung der sich bietenden Gestaltungsansätze sodann der Frage nachgegangen werden, welche Schritte für einen *gesetzlichen* Übergang der Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse sowie der Betriebsmittel auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft eingeleitet werden müssten (hierzu unter a)). Anschließend werden die in Abbildung 29 dargestellten Alternativen zu einem gesetzlichen Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erörtert (hierzu unter b)).

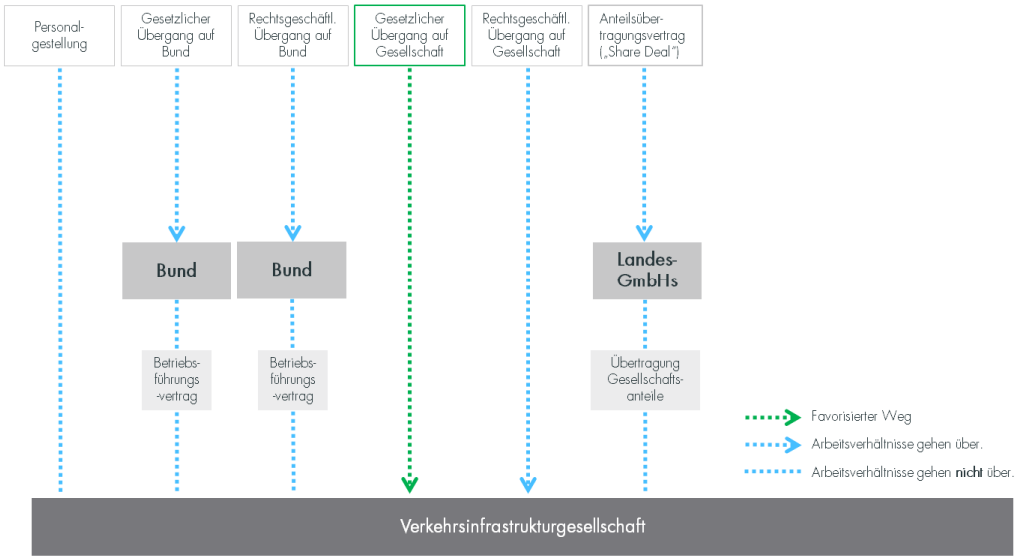

Abbildung 29: Optionen zur „Überleitung" von Landesbeschäftigten der Bundesautobahnverwaltung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

a) Gesetzlicher Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Die für die Verwaltung der Bundesautobahnen erforderlichen Beschäftigten und sächlichen Betriebsmittel könnten von den Ländern in Betrieben oder Betriebsteilen zusammengefasst und sodann kraft Gesetzes auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergeleitet werden.

Bei Bedarf kann ein entsprechendes Errichtungsgesetz auch vorsehen, dass Teile dieser Betriebe und Betriebsteile nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, sondern auf den Bund übergehen. Es müsste insoweit geregelt werden, nach welchen Kriterien Beschäftigte und sächliche Betriebsmittel nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, sondern auf den Bund übergehen, damit eine zweifelsfreie Zuordnung objektiv möglich ist.

Im Einzelnen gilt für den gesetzlichen Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Folgendes:

aa) Anordnungsbefugnis des Bundes

Unabhängig von der Frage, ob die Auftragsverwaltung der Länder hinsichtlich der Bundesfernstraßen durch Außerkrafttreten des bisherigen Art. 90 Abs. 2 GG sofort beendet wird oder übergangsweise fortbesteht, wä-

re die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu Beginn des Transformationsprozesses noch nicht betriebsbereit. Denn die bloße Verlagerung von Kompetenzen auf den Bund bewirkt noch keinen Übergang von Personal. Für die Länder bestünde grundsätzlich auch keine Verpflichtung, an dem Übergang von Arbeitsverhältnissen auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mitzuwirken. Wie unter E.I. dargelegt, ist eine Mitarbeit der Länder jedoch zwingend notwendig, um zum Beispiel zu Beginn der Transformationsphase die im Bereich Bundesautobahnen (überwiegend) tätigen Mitarbeiter zu identifizieren. Daher bedarf es einer (verfassungsrechtlichen) Kompetenzgrundlage des Bundes, aufgrund derer der Bund gegenüber den Ländern die notwendigen Anordnungen dafür treffen kann, die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit ausreichenden Ressourcen auszustatten. Wir nehmen insoweit auf die obigen Ausführungen unter E.I. Bezug.

bb) Erfassung und Dokumentation der erforderlichen sächlichen Betriebsmittel und Beschäftigten sowie Zusammenfassung zu entsprechenden Betrieben/Betriebsteilen

Damit die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihre satzungsmäßigen Aufgaben erfüllen kann, muss sie am Ende des Transformationsprozesses mit den für die Planung, den Neu- und Ausbau, die Erhaltung und die Unterhaltung der Bundesautobahnen erforderlichen personellen und sächlichen Ressourcen ausgestattet sein. Hierzu müssen diese sächlichen und personellen Ressourcen zunächst erfasst und abgegrenzt werden. Innerhalb der bestehenden Auftragsverwaltungen werden jedenfalls in einigen (wenigen) Bundesländern sächliche Betriebsmittel und Beschäftigte sowohl für die Bundesfernstraßen- als auch für die Landesstraßenverwaltung eingesetzt,

„Mischmeistereien“, dazu über Fn. 12.

Deshalb müssen zu Beginn der Transformationsphase die im Bereich Bundesautobahnen (überwiegend) tätigen Mitarbeiter und die diesem Bereich zugeordneten Sachmittel von den Ländern identifiziert und dokumentiert werden. Der Bund muss die Länder also auf Grundlage einer entsprechenden Kompetenznorm anweisen können, die personellen und sächlichen Kapazitäten des Bereichs Bundesautobahnen (Arbeitnehmer, Beamte, Inventar, usw.) in einem bestimmten Datenformat aufzunehmen, abzugrenzen sowie zu dokumentieren und in entsprechenden „Betrieben/Betriebsteilen Bundesautobahnen“ zusammenzufassen.

Die Länder könnten ein Interesse daran haben, den Betrieben oder Betriebsteilen Bundesautobahnen einen besonders hohen Anteil an rechtlich besonders geschützten, teuren oder leistungsschwachen Beschäftigten zuzuordnen. Daher sollten Vorkehrungen getroffen werden, um entsprechende Missbrauchsmöglichkeiten auszuschließen. Dabei könnte daran angeknüpft werden, dass im Zuge der notwendigen Erfassung und Abgrenzung des zur Verwaltung der Bundesautobahnen jeweils eingesetzten Personals ohnehin eine „personenscharfe“ Identifizierung aller ausschließlich oder überwiegend im Bereich Bundesautobahnen tätigen Mitarbeiter erforderlich ist, damit diese den jeweiligen Betrieben/Betriebsteilen „Bundesautobahn“ der Länder zugeordnet werden können. Vor diesem Hintergrund sollte vertraglich oder gesetzlich festgelegt werden, dass die Länder verpflichtet sind, ihren Betriebsteilen „Bundesautobahn“ insbesondere diejenigen Mitarbeiter zuzuordnen, die schon bisher ausschließlich oder überwiegend Aufgaben der Bundesautobahnverwaltung wahrnahmen. Kombiniert werden könnte eine entsprechende Verpflichtung mit der Festlegung eines in der Vergangenheit liegenden Betrachtungszeitraums. Damit könnte verhindert werden, dass einzelne Länder in Kenntnis der sie treffenden Verpflichtung rechtlich besonders geschützte, teure oder leistungsschwache Mitarbeiter zunächst den Betrieben oder Betriebsteilen „Bundesautobahnen“ zuordnen, um sie dann im Ergebnis auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen zu können. Entsprechendes würde im Übrigen für die Ausstattung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit sächlichen Betriebsmitteln gelten.

Bei Beamten, Arbeitnehmern und Auszubildenden, deren Dienst-, Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis während des Betrachtungszeitraums ruhte (zum Beispiel wegen Elternzeit) oder deren Dienst-, Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis erst nach dem Betrachtungszeitraum begonnen hat, sollte im Hinblick auf die Zuordnung auf die zuletzt überwiegend ausgeübten Tätigkeiten abgestellt werden.

Ferner könnte geregelt werden, dass und nach welchem Schlüssel Beschäftigte, die Verwaltungsfunktionen ausüben (zum Beispiel im Bereich Personal oder in der Lohnbuchhaltung), den Betrieben oder Betriebsteilen „Bundesautobahnen“ zugeordnet werden.

cc) Betriebliche Altersversorgung

In Bezug auf die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten stellt sich die Frage, wie die Zusatzversorgung für die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen sollen, über die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (im Folgenden: „VBL“) fortgeführt werden kann (hierzu unter (1)). Denn eine Nichtfortführung der Zusatzversorgung über die VBL könnte für die bisherigen öffentlichen Arbeitgeber ungewünschte Konsequenzen nach sich ziehen (hierzu unter (2)). Schließlich ist der Frage nachzugehen, auf welche Weise etwaige Anwartschaften der Beschäftigten aus betrieblicher Altersversorgung gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft finanziell abgegolten werden könnten (hierzu unter (3)).

(1) Möglichkeit der Fortführung der betrieblichen Altersversorgung über die VBL

Die Zusatzversorgung kann für die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen, über die VBL nur fortgeführt werden, wenn die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an der VBL beteiligt ist. Wer Beteiligter der VBL ist, ergibt sich aus § 19 Abs. 1 der Satzung der VBL in der Fassung der 21. Satzungsänderung vom 7. September 2016. Danach sind Beteiligte diejenigen Arbeitgeber, die gemäß § 19 Abs. 2 der Satzung beteiligungsfähig sind und die mit der VBL eine Beteiligungsvereinbarung im Sinne von § 20 der Satzung abgeschlossen haben. Fraglich ist, ob und wie die Erfüllung dieser Voraussetzungen sichergestellt werden kann.

(a) Beteiligungsfähigkeit durch Mitgliedschaft in einem kommunalen Arbeitgeberverband

Nach § 19 Abs. 2 lit. c der Satzung der VBL können sich nicht nur Gemeinden und Gemeindeverbände, sondern auch sonstige Mitglieder eines Mitgliedsverbandes der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (im Folgenden: „KAV“) an der VBL beteiligen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wäre also beteiligungsfähig, wenn sie einem kommunalen Arbeitgeberverband als Mitglied beitritt. Ob die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft Mitglied in einem kommunalen Arbeitgeberverband sein kann, hängt von der jeweiligen Satzung des kommunalen Arbeitgeberverbandes ab, die je

nach Bundesland unterschiedlich ausgestaltet ist. Während die Satzungen mehrerer kommunaler Arbeitgeberverbände für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorschreiben, dass die Gesellschaft zumindest im Teileigentum einer Kommune stehen muss, wird in der Satzung des KAV Berlin lediglich vorausgesetzt, dass die Gesellschaft ihren Sitz in Berlin hat und dort Mitarbeiter beschäftigt. Wörtlich heißt es in § 4 Abs. 1 der derzeitigen Satzung des KAV Berlin:

> *„Mitglieder des Verbandes können werden:*
>
> *a) Land und Stadt Berlin,*
>
> *b) juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Sitz oder mit Aufgabenerfüllung in oder für Berlin, die dauerhaft Arbeitnehmer und/oder Auszubildende beschäftigen.“*

Sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ihren Sitz in Berlin haben, könnte sie daher durch eine Mitgliedschaft im KAV Berlin beteiligungsfähig im Sinne der Satzung der VBL werden.

(b) Beteiligungsfähigkeit durch Anwendung der Tarifnormen des öffentlichen Dienstes

Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 lit. e) und Satz 2 der Satzung der VBL sind auch sonstige juristische Personen des privaten Rechts nach Maßgabe von Ausführungsbestimmungen beteiligungsfähig, wenn sie das für Bund, Länder, Gemeinden und sonstige Mitglieder eines KAV geltende Tarifrecht oder ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts anwenden. Ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts liegt nach § 19 Abs. 3 der Satzung vor, wenn die Arbeitsbedingungen im Wesentlichen entsprechend geregelt sind wie bei den vorgenannten öffentlichen Arbeitgebern. Die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten von Bund, Ländern, Gemeinden und sonstigen Mitgliedern eines KAV richten sich üblicherweise nach dem TV-L oder dem TVöD. Auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft müssten folglich tarifliche Regelungen zur Anwendung kommen, die inhaltlich mit denen des öffentlichen Dienstes vergleichbar sind.

Unabhängig von einer Mitgliedschaft in einem KAV besteht für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Möglichkeit, mit dem Verband Deutscher Straßenwärter (VDStra) als Fachgewerkschaft der Straßen- und Verkehrsbeschäftigten oder mit dem dbb Deutscher Beamtenbund als Spitzenorga-

nisation der VDStra einen Haustarifvertrag zu schließen, der inhaltsgleich mit dem TVöD bzw. TV-L sein kann oder an diesen zumindest angelehnt ist. Ein solcher Haustarifvertrag müsste den Geltungsbereich dahingehend definieren, dass sämtliche Arbeitsverhältnisse erfasst sind.

Allerdings können der VDStra oder der dbb Deutscher Beamtenbund nicht dazu gezwungen werden, einen Haustarifvertrag mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abzuschließen, der einen mit dem TVöD/TV-L vergleichbaren Inhalt aufweist. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Gewerkschaft zu einem entsprechenden Tarifabschluss mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht bereit ist. Selbst wenn die Gewerkschaft grundsätzlich zu dem Abschluss eines entsprechenden Tarifvertrages bereit sein sollte, könnten die Tarifverhandlungen im Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse noch nicht abgeschlossen sein. Aufgrund dieser Unsicherheiten müsste anderweitig sichergestellt werden, dass auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft tarifliche Regelungen des öffentlichen Dienstes bis zum Inkrafttreten neuer Tarifverträge (weiterhin) zur Anwendung kommen. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende gesetzliche Regelung geschehen.

Nach den Ausführungsbestimmungen zu § 19 Abs. 2 Satz 1 lit. e) ist eine Beteiligung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur möglich, wenn juristische Personen des öffentlichen Rechts überwiegend an der Gesellschaft beteiligt sind oder nach der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag maßgeblichen Einfluss ausüben können. Sofern der Bund mehrheitlich an der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft beteiligt ist, wäre dies der Fall. Darüber hinaus ist es nach den Ausführungsbestimmungen erforderlich, dass das Unternehmen überwiegend Aufgaben wahrnimmt, die sonst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts obliegen würden, und mindestens 20 versicherungspflichtige Beschäftigte hat. Diese Voraussetzungen würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft ebenfalls erfüllen.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft wäre daher auch dann in der VBL beteiligungsfähig, wenn auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft tarifliche Regelungen des öffentlichen Dienstes (zum Beispiel TvÖD) kraft gesetzlicher Regelung und/oder über einen Haustarifvertrag Anwendung finden.

(c) Dauerhafte Sicherstellung der Beteiligungsfähigkeit

Sollten die in § 19 Abs. 2 oder den Ausführungsbestimmungen der Satzung festgelegten Voraussetzungen der Beteiligung wegfallen, etwa weil die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht mehr Mitglied in einem KAV ist oder weil sie nicht mehr mit dem TVöD/TV-L vergleichbare tarifliche Regelungen anwendet, würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht automatisch ihre Beteiligtenstellung verlieren. Allerdings hätte die VBL in einem solchen Fall nach § 20 Abs. 2 Satz 1 der Satzung das Recht, die Beteiligung mit einer Frist von sechs Monaten zum Schluss eines Kalenderjahres zu kündigen. Mit Wirksamwerden der Kündigung würde die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aus der VBL ausscheiden und die Zusatzversicherungen könnten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr über die VBL fortgeführt werden.

Sollten die Beteiligungsvoraussetzungen entfallen, könnte eine Kündigung jedoch dadurch abgewendet werden, dass die VBL mit Zustimmung ihres Vorstands durch besondere Vereinbarung nach Maßgabe von Ausführungsbestimmungen die Fortsetzung der Beteiligung zulässt (vgl. §§ 20 Abs. 3, 22 Abs. 2 Satz 2 der Satzung). Eine solche besondere Beteiligungsvereinbarung setzt bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach den Ausführungsbestimmungen zu § 20 Abs. 3 unter anderem voraus, dass der Beteiligte die unwiderrufliche Verpflichtungserklärung einer oder mehrerer juristischer Personen des öffentlichen Rechts, deren Insolvenzfähigkeit durch Gesetz ausgeschlossen ist, beibringt, im Falle einer Beendigung der Beteiligung für die Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen des Beteiligten gegenüber der VBL einzustehen oder zur jeweiligen Umlage einen Zuschlag in Höhe von 15 Prozent zu zahlen (Absatz 1 Satz 1 der Ausführungsbestimmungen). Die VBL kann zulassen, dass statt der Verpflichtungserklärung eine entsprechende unwiderrufliche Deckungszusage eines im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherungsunternehmens oder eine entsprechende Bankbürgschaft beigebracht wird (Absatz 1 Satz 2 der Ausführungsbestimmungen). Auf den Abschluss einer Vereinbarung zur Fortsetzung der Beteiligung besteht jedoch kein Anspruch. Bestimmenden Einfluss auf die Rechtsform der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hat die Absicherung der VBL-Beteiligung im Übrigen nicht. Da auch die Anstalt öffentlichen Rechts nicht schon kraft Rechtsform eine entsprechende Haftung des Anstaltsträgers begründet, bedürfte es auch in ihrem Fall einer Haftungszusage durch den Anstaltsträger Bund, entweder bereits im Errichtungsge-

setz, oder aber als Einzelfallentscheidung. Die Sachlage stellt sich für den Bund bei Wahl der Anstalt öffentlichen Rechts somit nicht günstiger dar als im Falle einer GmbH,

> *vgl. Bericht über die wesentlichen Ergebnisse der „Vorbereitungsphase", Seite 56 ff.*

Die Erfüllung der in § 19 Abs. 2 und den Ausführungsbestimmungen der Satzung festgelegten Voraussetzungen der Beteiligung sollte daher nicht nur vorübergehend, sondern **dauerhaft** gewährleistet sein. Die Anwendung des für Bund, Länder, Gemeinden und sonstige Mitglieder eines KAV geltenden Tarifrechts kann nicht langfristig mittels eines Haustarifvertrags garantiert werden, da sie von dem Willen des Koalitionspartners, der Gewerkschaft, mit abhängt.

Eine gesetzliche Regelung, wonach die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft **nur** das Tarifrecht des TVöD anwenden darf, würde wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Die Beteiligungsfähigkeit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der VBL kann daher langfristig allein dadurch sichergestellt werden, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einem KAV beitritt und dort Mitglied bleibt.

(d) Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung

Wie dargelegt, ist neben der Beteiligungsfähigkeit auch der Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit der VBL erforderlich, d. h. eine schriftliche Vereinbarung mit der VBL, dass die Arbeitnehmer durch die VBL versichert werden. Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 der Satzung ist die VBL nicht verpflichtet, mit einem Arbeitgeber eine Beteiligung zu vereinbaren. Die VBL kann die Beteiligung von Bedingungen abhängig machen, insbesondere davon, dass der Fortbestand des Arbeitgebers und die Fortgeltung des für Bund, Länder, Gemeinden und sonstige Mitglieder eines KAV geltenden Tarifrechts oder eines Tarifrechts wesentlich gleichen Inhalts gesichert ist und eine Mindestzahl von Versicherten gewährleistet ist (vgl. § 20 Abs. 2 Satz 2 der Satzung). Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass die VBL den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von Bedingungen abhängig macht. Sie könnte zum Beispiel verlangen, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die unwiderrufliche Verpflichtungserklärung einer oder mehrerer juristischer Personen des öffent-

lichen Rechts, deren Insolvenzfähigkeit durch Gesetz ausgeschlossen ist, beibringt, im Falle einer Beendigung der Beteiligung für die Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen des Beteiligten gegenüber der VBL einzustehen.

(e) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann die Zusatzversorgung über die VBL fortgeführt werden. Hierzu müsste die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft einem kommunalen Arbeitgeberverband, in dem sie nach der maßgeblichen Satzung Mitglied werden kann, beitreten und in dem KAV verbleiben. Des Weiteren müsste sie zur Fortführung der Zusatzversorgung eine Beteiligungsvereinbarung mit der VBL abschließen.

Die VBL kann den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung an Bedingungen knüpfen. Sie könnte eine Beteiligung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zum Beispiel davon abhängig machen, dass sich eine oder mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts, deren Insolvenzfähigkeit durch Gesetz ausgeschlossen ist, unwiderruflich dazu verpflichten, im Falle einer Beendigung der Beteiligung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft für die Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gegenüber der VBL einzustehen. Sollte die VBL dies verlangen, könnte eine solche Verpflichtungserklärung von den bisherigen Arbeitgebern der Beschäftigten erbracht werden.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft könnte durch eine Regelung im Errichtungsgesetz dazu verpflichtet werden, die für den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit der VBL erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen und noch vor ihrem Betriebsbeginn eine Beteiligungsvereinbarung mit der VBL vorbehaltlich deren Zustimmung zu schließen.

(2) Folgen der Nichtfortführung der Zusatzversorgung über die VBL

Sollte sich die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht an der VBL beteiligen, wäre eine Fortführung der Zusatzversorgung über die VBL nicht möglich. Dies würde folgende Konsequenzen nach sich ziehen:

(a) Kündigungsrecht der VBL, Ausgleichszahlungen im Falle des Wirksamwerdens der Kündigung

Gemäß § 22 Abs. 3 lit. d) Satz 2 der Satzung ist die VBL berechtigt, die Beteiligung des bisherigen Arbeitgebers fristlos aus wichtigem Grund zu kündigen, wenn ein Beteiligter der VBL einen wesentlichen Teil der über ihn Pflichtversicherten auf einen oder mehrere Arbeitgeber übertragen hat, der/die nicht bei der VBL beteiligt ist/sind. Was als wesentlicher Teil anzusehen ist, wird in der Satzung und in den Ausführungsbestimmungen der VBL nicht definiert. Als Orientierungsgröße wird bei der VBL ein Wert von 10 % der insgesamt über den Beteiligten Pflichtversicherten angesehen; abhängig von der Größe und Struktur des Versichertenbestandes kann im Einzelfall auch die Personalübertragung in einer geringeren prozentualen Größenordnung eine außerordentliche Kündigung notwendig erscheinen lassen,

> *vgl. Gilbert/Hesse, Die Versorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, Stand: 52. EL, 2014, Rn. 11 zu § 22.*

Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die VBL die Beteiligungen kündigen würde. Jedenfalls besteht insoweit ein rechtliches Risiko.

Im Falle des Ausscheidens eines Beteiligten aus der VBL müsste dieser erhebliche Ausgleichszahlungen an die VBL leisten. Die dann geschuldeten Ausgleichszahlungen entsprechen dem Gegenwert der bei der VBL verbleibenden Anwartschaften und Leistungsansprüche (§ 23 Abs. 1 Satz 3 der Satzung). Die Höhe des Gegenwerts ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen so zu bemessen, dass verbleibende Anwartschaften und Leistungsansprüche, die dem ausgeschiedenen Arbeitgeber zuzurechnen sind, ausfinanziert sind und zukünftige Ausgaben der VBL zur Deckung der Verwaltungskosten und möglicher Fehlbeträge abgegolten sind (§ 23 Abs. 2 Satz 1 der Satzung). Die dabei verwendeten Rechnungsgrundlagen, insbesondere der Rechnungszins und die biometrischen Richttafeln, müssen so kalkuliert sein, dass die Finanzierung gesichert ist (§ 23 Abs. 2 Satz 2 der Satzung).

(b) Ausgleichszahlungen auch bei Abwendung einer Kündigung

Gemäß § 22 Abs. 3 Satz 3 der Satzung der VBL kann die Kündigung unterbleiben, wenn sich der Beteiligte verpflichtet, einen anteiligen Gegenwert zu

zahlen. Die Ausgestaltung des Gegenwerts ist in § 23b der Satzung geregelt. Danach sind mit dem anteiligen Gegenwert jeweils zum Stichtag des Personalübergangs folgende Verpflichtungen der VBL auszufinanzieren:

- unverfallbare Versorgungspunkte von Anwartschaftsberechtigten, deren Pflichtversicherungen enden,
- unverfallbare Bonuspunkte von Anwartschaftsberechtigten, deren Pflichtversicherungen enden und die im Kalenderjahr nach der Beendigung der Pflichtversicherung zugeteilt werden,
- unverfallbare Versorgungspunkte und Bonuspunkte von beitragsfreien Versicherungen, die dem übertragenen Pflichtversichertenbestand anteilig zuzurechnen sind,
- Leistungsansprüche von Betriebsrentenberechtigten aus einer Pflichtversicherung oder einer beitragsfreien Versicherung, die dem übertragenen Pflichtversichertenbestand anteilig zuzurechnen sind, und
- künftige Leistungsansprüche von Personen, die im Zeitpunkt der Beendigung der Pflichtversicherungen als Hinterbliebene in Frage kommen.

Die bisherigen öffentlichen Arbeitgeber müssten also auch dann, wenn eine Kündigung der Beteiligung abgewendet werden kann, erhebliche Ausgleichszahlungen an die VBL leisten.

(c) Zusammenfassung

Sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sich nicht an der VBL beteiligen und die Zusatzversorgung deshalb nicht über die VBL fortgeführt werden können, würden sich die bisherigen öffentlichen Arbeitgeber nicht nur dem Risiko aussetzen, dass die VBL ihre Beteiligungen kündigt, sondern auch dem Risiko, erhebliche Ausgleichszahlungen an die VBL zahlen zu müssen.

(3) Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung

Einer Regelung zur Abgeltung von Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung bedarf es nicht, soweit die Anwartschaften wertmäßig durch in

der Vergangenheit geleistete Beiträge an Dritte, über die die Altersversorgung abgewickelt wird (zum Beispiel VBL oder Versicherungsunternehmen), abgesichert sind.

Sollten die Länder jedoch auch unmittelbare Pensionszusagen erteilt haben, müsste durch eine gesetzliche Regelung oder durch eine vertragliche Vereinbarung mit den Ländern bestimmt werden, dass, zu welchem Zeitpunkt und nach welcher Berechnungsformel die Länder die von den Arbeitnehmern und Auszubildenden *vor* dem Betriebsübergang erworbenen Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung gegenüber der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft finanziell abgelten.

Im Falle eines Betriebsübergangs in der Privatwirtschaft verpflichtet sich der Betriebsveräußerer häufig vertraglich dazu, einen einmaligen Abfindungsbetrag zur Abgeltung der vor dem Betriebsübergang erworbenen Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung an den Betriebserwerber zu zahlen. Der vereinbarte Abfindungsbetrag entspricht regelmäßig der Höhe der Rückstellungen, die der Betriebsveräußerer für Ansprüche der vom Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter aus betrieblicher Altersversorgung nach internationalen Rechnungslegungsstandards in der Bilanz gebildet hat. Vorliegend gehen wir davon aus, dass die Länder nicht bilanzierungspflichtig sind und daher (auch ansonsten) keine Rückstellungen für Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung gebildet haben. Darüber hinaus hätten die Länder kurzfristig einen erheblichen Liquiditätsbedarf, wenn sie nicht nur die Versorgungsanwartschaften der Beamten, sondern auch etwaige Anwartschaften der Arbeitnehmer aus betrieblicher Altersversorgung durch sofort fällige Einmalabfindungen abgelten müssten.

Vor diesem Hintergrund erscheint es unseres Erachtens vorzugswürdig, dass die Länder sich nicht bereits in der Anwartschaftsphase, sondern erst in der Leistungsphase an eventuellen Kosten für die betriebliche Altersversorgung beteiligen. Das für die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft bestehende Risiko eines Zahlungsausfalls der Länder, das mit dieser zeitlichen Verlagerung einhergehen würde, kann aufgrund der erstrangigen Bonität der Länder unseres Erachtens vernachlässigt werden. Wenn die Länder sich erst in der Leistungsphase an den Kosten der betrieblichen Altersversorgung beteiligen würden, wäre dies für den Bund und die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft daher unseres Erachtens nicht mit Nachteilen verbunden. Es könnte zum Beispiel gesetzlich geregelt oder mit den Ländern vereinbart werden, dass die Länder verpflichtet sind, der Verkehrsinfrastruk-

turgesellschaft monatlich nachträglich deren tatsächliche Aufwendungen für Ansprüche der Arbeitnehmer und Auszubildenden aus betrieblicher Altersversorgung zu erstatten, soweit diese auf Beschäftigungszeiten *vor* dem Betriebsübergang beruhen.

Schließlich ist in Zusammenhang mit den Ansprüchen/Anwartschaften der Arbeitnehmer aus betrieblicher Altersversorgung darauf hinzuweisen, dass die Satzung der VBL bei Personalübergängen zwischen beteiligten Arbeitgebern die Möglichkeit vorsieht, dass der abgebende Beteiligte eine schriftliche unwiderrufliche Verpflichtungserklärung des jeweils neuen Arbeitgebers beibringt, nach der dieser auch für alle Anwartschaften und Leistungsansprüche der übernommenen Beschäftigten einzustehen hat, die über den abgebenden Arbeitgeber oder dessen Vorgänger erworben wurden (vgl. § 23b Abs. 4 der Satzung). Von dieser Möglichkeit muss jedoch kein Gebrauch gemacht werden. Soweit der abgebende Beteiligte (in diesem Fall also das jeweilige Bundesland) keine entsprechende Verpflichtungserklärung des neuen Arbeitgebers (in diesem Fall also die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit der VBL) abgibt, bleibt die Einstandspflicht des abgebenden Beteiligten bestehen.

dd) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

Im Falle eines *rechtsgeschäftlichen* Betriebsübergangs sind die betroffenen Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB berechtigt, dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse innerhalb eines Monats ab dem Zugang der Unterrichtung über den geplanten Betriebsübergang (§ 613a Abs. 5 BGB) zu widersprechen. Fraglich ist, ob den Arbeitnehmern auch im Falle eines *gesetzlichen* Betriebsübergangs ein Recht eingeräumt werden muss, dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu widersprechen.

(1) Ausschluss des Widerspruchsrechts nach geltendem Verfassungsrecht?

Die Regelung des § 613a Abs. 6 BGB, die ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer vorsieht, gilt nur für rechtsgeschäftliche Betriebsübergänge. Sie ist auf einen gesetzlichen Betriebsübergang weder direkt noch analog anwendbar,

vgl. BAG, Urteil vom 18. Dezember 2008, Az.: 8 AZR 692/07, BeckRS 2009, 67989.

Die Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts könnte jedoch eine unverhältnismäßige Beschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der Arbeitnehmer darstellen. Sowohl das Bundesverfassungsgericht,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011, Az.: 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400 (403 f.).

als auch das Bundesarbeitsgericht,

vgl. etwa BAG, Urteil vom 2. März 2006, Az.: 8 AZR 124/05, NZA 2006, 848,

gehen davon aus, dass der Ausschluss des Widerspruchsrechts bei einem kraft Gesetzes herbeigeführten Arbeitgeberwechsel nicht *per se* unzulässig ist. Nach der Rechtsprechung des BAG verstößt die Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts dann nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG, wenn der Gesetzgeber die Überleitung der Arbeitsverhältnisse zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit einer Einrichtung der Daseinsvorsorge anordnet, sich die Arbeitsbedingungen nicht wesentlich verändern und dem Arbeitnehmer mit dem neuen Arbeitgeber ein vergleichbar potenter Schuldner gegenübersteht,

vgl. BAG, Urteil vom 2. März 2006, Az.: 8 AZR 124/05, NZA 2006, 848.

Da die Überleitung der Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft der Erhaltung der Funktionsfähigkeit einer Einrichtung der Daseinsvorsorge dienen würde und sich die Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter nicht verschlechtern würden, kommt es ausgehend von der BAG-Rechtsprechung also darauf an, ob den Arbeitnehmern mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als neue Arbeitgeberin ein vergleichbarer potenter Schuldner zur Verfügung stehen würde. Bei einer GmbH ist dies im Vergleich zu einem Land als Arbeitgeber anzunehmen, wenn die Stellung des Bundes als Mehrheitsgesellschafter gesetzlich verankert wird und der Bund eine Garantieerklärung hinsichtlich sämtlicher finanzieller Verpflichtungen aus den Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer mit der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft abgibt. Die vom BAG genannten Voraussetzungen für einen Ausschluss des Widerspruchsrechts könnten somit erfüllt werden, wobei eine entsprechende Gewährleistungsübernahme durch den Bund einer gesetzlichen Grundlage bedürfte (§ 39 Abs. 1 BHO) und je nach Dauer der Zu-

sage ggf. auch Auswirkungen auf die staatsschuldenrechtliche Einordnung der Gesellschaft als vom Staat (un-)abhängig haben könnte.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung des BAG bislang nicht aufgegriffen, sondern vielmehr entschieden, dass die Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts bereits dann unzulässig sei, wenn der Wechsel des Arbeitgebers unmittelbar kraft Gesetzes aus der Beschäftigung bei einem öffentlichen Arbeitgeber zu einem privaten Arbeitgeber führt, oder wenn es sich lediglich um einen Zwischenschritt zu einer beabsichtigten und klar absehbaren Privatisierung des Arbeitgebers handelt,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011, Az.: 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400 (403 f.).*

Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass mit dem Verlust eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers, stärker als beim Wechsel von einem privaten Arbeitgeber zu einem anderen, die vom Arbeitnehmer gewählte Berufswahlentscheidung berührt werde, da dieser Entscheidung die Abwägung der typischen Vor- und Nachteile der Beschäftigung in einem öffentlich-rechtlich geprägten Arbeitsverhältnis zu Grunde liege. Zudem trete das Land in dem konkreten Fall in einem Privatisierungsprozess in einer Doppelrolle auf als bisheriger Arbeitgeber und als Gesetzgeber. Angesichts dieser Doppelrolle reiche das legitime Ziel einer Privatisierung nicht aus, um das bei einem Arbeitgeberwechsel auf rechtsgeschäftlicher Grundlage bestehende Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer auszuschließen,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011, Az.: 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400 (403 f.).*

Das Bundesverfassungsgericht äußert sich in der Begründung der Entscheidung nicht zu der Frage, ob es die Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts auch im Falle einer formellen Privatisierung als unzulässig ansehen würde, wenn nicht nur die bisherige öffentliche Arbeitgeberin in die Rolle des Gesellschafters eines nunmehr privatrechtlich verfassten Arbeitgebers wechselt, sondern zugleich ein Wechsel der Verbandszuständigkeit, in diesem Fall vom Land zum Bund, eintritt. Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem zwei Universitätskliniken durch Landesgesetz in eine neu errichtete Anstalt des öffentlichen Rechts zusammengelegt wurden. Das Landesgesetz enthielt eine Ermächtigung, die neue Anstalt im Wege der Rechtsverordnung zu privatisie-

ren. Nach dem Landesgesetz wurden die Arbeitsverhältnisse der Landesbediensteten zwingend vom Land auf die neu errichtete Anstalt übergeleitet. Einige Monate nach der Zusammenlegung der Universitätskliniken und dem angeordneten Übergang der Arbeitsverhältnisse wandelte das Land die neue Anstalt durch Rechtsverordnung in eine GmbH um und veräußerte 95 % der Gesellschaftsanteile an eine private Krankenhausgesellschaft. Im Hinblick auf den dargelegten Sachverhalt wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts teilweise dahingehend interpretiert, dass der Ausschluss des Widerspruchsrechts nur bei einer beabsichtigten materiellen Privatisierung, nicht aber im Falle einer formellen Privatisierung unzulässig sei,

> *vgl. Meyer, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011, Az.: 1 BvR 1741/09, RdA 2013, Seite 58 (61).*

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Begründung aber nicht zwischen formeller und materieller Privatisierung differenziert. Deshalb ist es jedenfalls nicht auszuschließen, dass das Bundesverfassungsgericht die Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts auch im Falle einer formellen Privatisierung als grundrechtswidrig erachten würde.

Selbst wenn die Stellung des Bundes als Alleingesellschafter der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft gesetzlich verankert werden würde und/oder der Bund eine Garantieerklärung hinsichtlich der Verpflichtungen aus den Arbeitsverhältnissen abgeben würde, könnte ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer nicht rechtssicher gesetzlich ausgeschlossen werden.

(2) Ausschluss des Widerspruchsrechts im Falle einer Einschränkung von Art. 12 GG?

Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer könnte jedoch ausgeschlossen werden, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) dahingehend einschränkt, dass ein Arbeitnehmer einem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf eine Gesellschaft, an der der Bund und/oder die Länder allein oder mehrheitlich beteiligt sind, nicht widersprechen kann, wenn sich die wesentlichen Arbeitsbedingungen durch den Betriebsübergang nicht verschlechtern. Eine solche Grundgesetzänderung, die nicht zwingend im Rahmen des Art. 12 GG, sondern auch in einer Übergangsvorschrift am Ende des Grundgesetzes erfolgen könnte, verstieße nicht gegen den insoweit maßgeb-

lichen Art. 79 Abs. 3 GG, weil Art. 12 GG nicht zu den unabänderlichen Verfassungsgrundsätzen zählt. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass das Bestehen eines Widerspruchsrechts als Kerngehalt der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) am Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG teilhat.

Einer entsprechenden Grundgesetzänderung stünde unseres Erachtens auch europäisches Recht nicht entgegen. Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 entgegen dem Wortlaut auch auf gesetzliche Betriebsübergänge anwendbar ist, kann aus dieser Richtlinie ein zwingendes Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer nicht abgeleitet werden,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011, Az.: 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400 (403 f.).*

Sollte das Grundrecht der Berufsfreiheit wie beschrieben eingeschränkt werden, könnte das Recht der Arbeitnehmer, dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu widersprechen, ausgeschlossen werden.

ee) Unterrichtung der Arbeitnehmer

Der Bund müsste das betreffende Land bitten bzw. anweisen, die Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von § 613a Abs. 5 BGB über die Folgen des Betriebsübergangs ordnungsgemäß zu unterrichten. Einzelheiten der Unterrichtung der Arbeitnehmer könnten auch im Errichtungsgesetz geregelt werden. Die schriftliche Unterrichtung der Arbeitnehmer kann alternativ auch durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft als neue Arbeitgeberin erfolgen. In dem Unterrichtungsschreiben sollte darauf hingewiesen werden, ob ein Widerspruchsrecht besteht.

ff) Zeitpunkt des Betriebsübergangs

Wie bereits dargelegt, muss die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zunächst gewisse Vorbereitungsmaßnahmen (VBL-Beteiligung, etc.) treffen, damit die Zusatzversorgung über die VBL nahtlos fortgeführt werden kann. Erst nach Durchführung der Vorbereitungsmaßnahmen sollte die Übertragung der Betriebe oder Betriebsteile (einschließlich der Arbeitsverhältnisse) auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft vollzogen werden. Anders als in § 14 Abs. 2 des Gesetzes zur Gründung der Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (DBGrG) geregelt, sollten die Betriebe und Betriebsteile daher nicht bereits

im Zeitpunkt der Errichtung der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, sondern zu einem späteren Zeitpunkt auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen. Um auf mögliche Verzögerungen bei der zeitlichen Umsetzung des Transformationsprozesses reagieren zu können, sollte der Übertragungsstichtag von einem Ereignis abhängen, der durch eine im Ermessen des Bundes stehende Handlung ausgelöst wird (zum Beispiel öffentliche Bekanntgabe des Übergangs der Betriebe und Betriebsteile durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur).

Sollte das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer *nicht* ausgeschlossen werden, empfehlen wir, gesetzlich festzuschreiben, dass die Länder die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer und Auszubildenden deutlich vor dem Betriebsübergang über ihr Widerspruchsrecht zu unterrichten haben. Da die Arbeitnehmer und Auszubildenden dem Übergang ihrer Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse nur innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtungsschreiben widersprechen könnten, hätte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft somit frühzeitig vor dem Betriebsstart Klarheit darüber, wie viele Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse auf sie übergehen.

Damit Personal- und Standortkosten kalkulierbar bleiben, sollte außerdem gesetzlich geregelt werden, dass etwaige über- und außertarifliche Leistungen oder sonstige Zusagen (zum Beispiel Beschäftigungs- oder Standortgarantien), die den Arbeitnehmern nach Inkrafttreten eines Errichtungsgesetzes gewährt werden, nach dem Betriebsübergang nur dann fortgelten, wenn der Bund bzw. die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft an deren Vereinbarung beteiligt werden.

gg) Transformation von Arbeitsbedingungen, Tarifbindungen

Wie dargelegt, erfasst die Regelung des § 613a BGB nur *rechtsgeschäftliche* Betriebsübergänge. Es könnte daher in einem Errichtungsgesetz geregelt werden, dass die Vorschrift des § 613a BGB entsprechend Anwendung findet, soweit das Überleitungsgesetz keine abweichenden Regelungen vorsieht. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ordnet den Grundsatz an, dass der neue Arbeitgeber unverändert in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt.

Als Mitglied in einem kommunalen Arbeitgeberverband wäre die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft tarifvertraglich an den TVöD gebunden. Soweit die übergehenden Beschäftigten kraft Tarifbindung (Gewerkschaftszugehörig-

keit) an den TV-L gebunden gewesen sind, bewirkt der Verweis auf § 613a BGB eine Ablösung des TV-L durch den beim Bund und bei der Infrastrukturgesellschaft dann geltenden TVöD (vgl. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB). Um sicherzustellen, dass der TVöD auch auf die Arbeitsverhältnisse der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer Anwendung findet, könnte gesetzlich geregelt werden, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse der TVöD anzuwenden ist.

Allerdings bleiben etwaige arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln, aufgrund derer ausdrücklich der TV-L auf die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten angewendet wird, grundsätzlich auch nach dem Betriebsübergang bestehen,

> *vgl. BAG, Urteil vom 17. November 2010, Az.: 4 AZR 391/09, BAGE 136, 184.*

Sie könnten nur dann als Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich/betrieblich geltenden Tarifvertrag ausgelegt werden, wenn sich dies mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Vertragstext oder aus besonderen Begleitumständen bei Vertragsschluss ergibt,

> *vgl. BAG, Urteil vom 17. November 2010, Az.: 4 AZR 391/09, BAGE 136, 184.*

Dies ist regelmäßig nicht der Fall.

Eine Regelung im Errichtungsgesetz, wonach abweichend von § 613a BGB **nur noch** der TvÖD anwendbar ist und etwaige arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf den TV-L erlöschen, würde wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Vertrags- und Berufsfreiheit der Arbeitnehmer erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Überdies stünde eine solche gesetzliche Regelung im Widerspruch zu Art. 3 Absatz 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001, wonach Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag ohne weiteres auf den Erwerber übergehen. Ob und inwieweit die auf europäischem Recht basierende Betriebsübergangs-Richtlinie auch auf gesetzliche Betriebsübergänge Anwendung findet, ist umstritten und vom Bundesverfassungsgericht bislang offen gelassen worden,

> *vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 2012, Az.: 1 BvR 2820/09, BeckRS 2012, 51729.*

Rechtssicher ließe sich eine Ablösung etwaiger arbeitsvertraglicher Bezug-

nahmeklauseln durch den TVöD daher nur mit Zustimmung des jeweiligen Mitarbeiters, also zum Beispiel durch Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages, vereinbaren.

Auch wenn die Anwendung des TVöD gesetzlich angeordnet wird, ist es daher möglich, dass für Beschäftigte nach dem Betriebsübergang sowohl der TVöD (kraft Tarifbindung und/oder gesetzlicher Anordnung) als auch der TV-L (kraft Bezugnahmeklausel) Anwendung finden.

Sollten der TVöD und der TV-L parallel anwendbar sein, gilt für die Arbeitnehmer nach dem sog. Günstigkeitsprinzip die jeweils günstigere Regelung. Allerdings dürften die Arbeitnehmer sich nicht von zusammenhängenden Regelungen das jeweils für sie Günstigste „herauspicken". Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs jeweils Tarifleistungen innerhalb ihrer Sachgruppe zu vergleichen. Dabei bilden zum Beispiel die Dauer der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung und das ihm dafür zustehende Arbeitsentgelt grundsätzlich eine einheitliche Sachgruppe, da beide Hauptleistungspflichten in einem engeren, inneren sachlichen Zusammenhang stehen,

vgl. BAG, Urteil vom 15. April 2015, Az.: 4 AZR 587/13, NJW 2015, 3392.

hh) Übertarifliche Leistungen

Sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Arbeitnehmer höher vergüten wollen als nach dem TVöD, müsste sie einem KAV beitreten, nach dessen Satzung die Gewährung übertariflicher Leistungen nicht ausgeschlossen ist. In einigen kommunalen Arbeitgeberverbänden ist es den Mitgliedsunternehmen nach der Satzung generell untersagt, die geltenden Tarifverträge mittelbar oder unmittelbar zu überschreiten. Dagegen lässt unter anderem der KAV Berlin die Gewährung übertariflicher Leistungen mit Ermächtigung des Vorstandes ausdrücklich zu,

vgl. § 8 Nr. 1 a der Satzung des KAV Berlin.

Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft sollte sich etwaige übertarifliche Leistungen frühzeitig, d. h. noch vor der Unterrichtung über die Folgen des Betriebsübergangs, vom Vorstand des KAV genehmigen lassen. Ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer solchen Genehmigung besteht nicht. Da die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nicht in einem Konkurrenzverhältnis

zu den übrigen Mitgliedsunternehmen des KAV steht, halten wir es jedoch für denkbar, dass der Vorstand des betreffenden KAV seine Zustimmung erteilt.

ii) Betriebsverfassungsrecht

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unterliegt nicht dem Personalvertretungsrecht, sondern dem Betriebsverfassungsrecht. Anstatt eines Personalrats sind in den Betrieben Betriebsräte zu wählen, mit denen Betriebsvereinbarungen geschlossen werden können. Die Mitbestimmungsrechte eines Betriebsrats sind weitgehender als die eines Personalrats.

Um Rechtsunsicherheiten in Verbindung mit den bislang in den Betrieben oder Betriebsteilen bestehenden Personalräten zu vermeiden, sollte gesetzlich klargestellt werden, dass die für die übergehenden Betriebe oder Betriebsteile zuständigen örtlichen Personalvertretungen ab dem Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (auch) als Betriebsräte gelten und übergangsweise diese Funktion ausüben, bis es zu Neuwahlen nach dem BetrVG gekommen ist. Der Übergangs-Betriebsrat sollte insbesondere die Aufgabe haben, unverzüglich Wahlvorstände zu bestellen (vgl. § 21a Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Entsprechendes gilt zum Beispiel auch für die örtlichen Schwerbehindertenvertretungen.

Ferner sollte geregelt werden, dass die zum Zeitpunkt des Übergangs gültigen Dienstvereinbarungen als Betriebsvereinbarungen fortgelten. Diese Fortgeltung könnte zeitlich begrenzt werden. Insoweit wäre zu beachten, dass die erzwingbaren Regelungen einer Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG grundsätzlich nachwirken, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Sollte der Bund die Fortgeltung von Dienst- als Betriebsvereinbarungen zeitlich begrenzen wollen, empfehlen wir daher eine gesetzliche Klarstellung, dass die Regelungen der Betriebsvereinbarungen nach Ablauf der Übergangsfrist weder kollektivrechtlich noch individualvertraglich fortgelten.

jj) Unternehmensmitbestimmung

Sofern die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer hat, muss bei ihr nach § 1 Abs. 1, § 6 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) ein paritätisch mit Vertretern des Anteilseigners und der Ar-

beitnehmer besetzter Aufsichtsrat gebildet werden. Sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mindestens 500, aber nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmer haben, müsste sie einen Aufsichtsrat bilden, der zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern besteht (vgl. § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG).

Zu den Arbeitnehmern zählen wegen der Fiktion in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, auf die in § 3 Abs. 1 MitbestG und § 3 Abs. 1 DrittelbG verwiesen wird, auch die in dem Unternehmen tätigen Beamten,

> *vgl. BAG, Beschluss vom 12. September 2012, Az.: 7 ABR 37/11, NZA-RR 2013, 197 Rn. 16; BAG, Beschluss vom 5. Dezember 2012, Az.: 7 ABR 17/11, NZA 2013, 690 ff.*

Sollte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft von ihr abhängige Tochtergesellschaften errichten und unter ihrer Leitung zusammenfassen, würden die Arbeitnehmer dieser Tochtergesellschaften der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach Maßgabe der § 5 Abs. 1 MitbestG, § 2 Abs. 2 DrittelbG ebenfalls zugerechnet werden.

b) Alternative bzw. ergänzende Überleitungsmodelle

aa) Personalgestellung

Sollte das Grundrecht der Berufsfreiheit wie beschrieben eingeschränkt werden, könnte das Recht der Arbeitnehmer, dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zu widersprechen, ausgeschlossen werden. Der Abschluss von Personalgestellungsverträgen mit den Ländern wäre dann nicht erforderlich.

Soll das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer nicht ausgeschlossen werden, könnten die Arbeitnehmer, die dem Betriebsübergang widersprechen, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Wege der tarifvertraglich zulässigen Personalgestellung zum Arbeitseinsatz überlassen werden. Das Modell „Personalgestellung“ könnte insoweit in *Ergänzung* zum Ausgangsmodell des gesetzlichen Betriebsübergangs angewandt werden. Eine Personalgestellung ist – unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses – die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten (vgl. Satz 1 der Protokollerklärung zu § 4 TVöD). Sie ist nach § 4 Abs. 3 der auf die Arbeitsverhältnisse mutmaßlich anwendbaren Tarifverträge TVöD, TV-L und TV-H

zulässig, wenn Aufgaben der Beschäftigten – wie dies hier der Fall ist – zu einem Dritten verlagert werden.

Allerdings wird in der Literatur und Rechtsprechung teilweise vertreten, dass § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L/TV-H gegen höherrangiges Recht verstößt und somit unwirksam ist. Das LAG Baden-Württemberg hat insoweit entschieden, dass die auf Dauer angelegte tarifliche Personalgestellung eines öffentlichen Arbeitgebers nicht mit § 1 Abs. 1 Satz 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vereinbar sei. Die mit dem Personalgestellungsvertrag einhergehende dauerhafte Übertragung des Direktionsrechts auf einen Dritten sei deshalb in entsprechender Anwendung von § 9 Nr. 1 Alt. 1 AÜG unwirksam,

> *vgl. LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. April 2013, Az.: 4 TaBV 7/12, BeckRS 2013, 69374.*

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der auch im Schrifttum umstrittenen Frage, ob die tarifvertraglich zulässige Personalgestellung eine verbotene Arbeitnehmerüberlassung darstellt, ist nach bisherigem Recht von Modellen, die auf einer Personalgestellung aufbauen, wegen der damit verbundenen rechtlichen Rechtsunsicherheiten abzuraten.

Allerdings hat der Bundestag nunmehr am 21. Oktober 2016 beschlossen, das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit Wirkung zum 1. April 2017 dahingehend zu ändern, dass die Vorgaben des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in weiten Teilen nicht auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen anwendbar sind,

> *vgl. BT-Plenarprotokoll 18/197 vom 21. Oktober 2016, Seite 19667D.*

Nachdem am 25. November 2016 auch der Bundesrat diese und weitere Änderungen des AÜG gebilligt hat,

> *vgl. Beschluss des Bundesrates vom 25. November 2016, zu dem vom Bundestag am 21. Oktober 2016 verabschiedeten Gesetz keinen Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses zu stellen, BR-Drucksache 627/16,*

ist eine Personalgestellung durch die Länder unseres Erachtens ab dem 1. April 2017 in arbeitsrechtlicher Hinsicht möglich.

Der Bund bzw. die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft hätten mit den Ländern die Konditionen einer im Fall der Widerspruchsausübung ggf. gewünschten Personalgestellung im Einzelnen zu vereinbaren. In den Personalgestellungsverträgen mit den Ländern könnten auch Regelungen zum örtlichen Verwendungsbereich der Arbeitnehmer aufgenommen werden. Um sich nicht unnötig in Zeitdruck und dadurch in eine ungünstige Verhandlungsposition zu begeben, empfehlen wir, die grundlegenden Modalitäten einer etwa vorzusehenden Personalgestellung mit den Ländern bereits zu klären, bevor der Zeitpunkt des Betriebsübergangs verbindlich festgelegt wird. Die vergaberechtliche Zulässigkeit einer direkten Inanspruchnahme von Landesbeschäftigten durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft aufgrund etwa abzuschließender Personalgestellungsverträge wäre im Bedarfsfall zu prüfen bzw. sicherzustellen.

bb) Rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft

Abweichend vom Ausgangsmodell des *gesetzlichen* Betriebsübergangs könnten die Betriebe oder Betriebsteile „Bundesautobahn“ auch *rechtsgeschäftlich* in Form von Einzelübertragungsverträgen („Asset Deals“) auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übertragen werden. Im Zuge der Übertragung der Betriebe/Betriebsteile würden die den Betrieben oder Betriebsteilen zugeordneten Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB automatisch auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen.

Ebenso wie bei einem gesetzlichen Betriebsübergang müssten der Bund, die Länder und die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auch bei einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang eine Reihe von Vorbereitungsmaßnahmen treffen (Erfassung und Dokumentation der erforderlichen sächlichen Betriebsmittel und Beschäftigten sowie Zusammenfassung zu entsprechenden Betrieben/Betriebsteilen, VBL-Beteiligung, etc.). Erst wenn diese Vorbereitungsmaßnahmen abgeschlossen sind, sollte der Bund (oder die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft) mit dem jeweiligen Land eine vertragliche Vereinbarung über die Übertragung der Betriebe/Betriebsteile „Bundesautobahnen“ auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft schließen.

Im Falle eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs haben die Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 BGB die Möglichkeit, dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse innerhalb von einem Monat nach ihrer Unterrichtung

über den Betriebsübergang zu widersprechen. In der Überleitungsvereinbarung könnte daher vertraglich fixiert werden, ob und zu welchen Bedingungen die Arbeitnehmer, die dem Betriebsübergang widersprechen, der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft im Wege der Personalgestellung zur Verfügung gestellt werden. Um eine Personalgestellung rechtssicher zu ermöglichen, muss die tarifliche Personalgestellung – wie bereits dargelegt – in weiten Teilen aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) herausgenommen werden.

Auch im Falle eines *rechtsgeschäftlichen* Betriebsübergangs bedarf es einer (verfassungsrechtlichen) Kompetenzgrundlage des Bundes, aufgrund derer der Bund gegenüber den Ländern die notwendigen Anordnungen dafür treffen kann, dass die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft mit ausreichenden Ressourcen ausgestattet wird. Einzelheiten des Betriebsübergangs wie zum Beispiel die Fortgeltung von Dienstvereinbarungen als Betriebsvereinbarungen oder die Überleitung von Beamtenverhältnissen müssten auch im Falle eines *rechtsgeschäftlichen* Betriebsübergangs gesetzlich geregelt werden. Wegen der strikten Bindung an die gesetzliche Regelung des § 613a BGB sind die Gestaltungsmöglichkeiten des Bundes bei einem *rechtsgeschäftlichen* Betriebsübergang jedoch nicht so weitgehend wie bei einem *gesetzlichen* Betriebsübergang. Das Alternativmodell eines *rechtsgeschäftlichen* Betriebsübergangs erscheint daher nicht vorzugswürdig.

cc) Gesetzlicher Betriebsübergang auf ein (nicht rechtsfähiges) Bundesstraßenvermögen

Dieses Modell unterscheidet sich vom gesetzlichen Betriebsübergang auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft dadurch, dass die Arbeitsverhältnisse und Betriebsmittel nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, sondern auf ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen („Bundesstraßenvermögen") des Bundes kraft Gesetzes übertragen werden. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft würde die Aufgaben der Bundesstraßenverwaltung dann nicht durch eigene Mitarbeiter wahrnehmen, sondern insoweit Personal- und Sachmittel des Bundes in Anspruch nehmen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft müsste mit dem Bund einen Betriebsführungsvertrag schließen, auf dessen Grundlage sie die Personal- und Sachmittel des „Bundesstraßenvermögens" in Anspruch nehmen darf.

Auch bei diesem Modell müssen die erforderlichen Beschäftigten und sächlichen Betriebsmittel zunächst von den Ländern erfasst, dokumentiert so-

wie zu entsprechenden Betrieben/Betriebsteilen zusammengefasst werden. Da die Arbeitsverhältnisse der für die Verwaltung der Bundesautobahnen erforderlichen Beschäftigten nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergehen, müsste die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft jedoch nicht einem kommunalen Arbeitgeberverband beitreten, um eine Fortführung der Zusatzversorgung über die VBL zu ermöglichen. Im Falle eines Betriebsübergangs auf den Bund kann die Zusatzversorgung über die VBL fortgeführt werden, da der Bund nach § 19 Abs. 1 Satz 1 lit. a) der Satzung der VBL an der VBL beteiligt ist.

Da die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft nach diesem Modell nur *mittelbar* Zugriff auf die erforderlichen Personal- und Sachmittel hätte, ist dieses Modell unseres Erachtens nicht zu empfehlen.

dd) Rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang auf ein (nicht rechtsfähiges) Bundesstraßenvermögen

Auch dieses Modell sieht vor, dass die Arbeitsverhältnisse und sächlichen Betriebsmittel nicht auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, sondern auf ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen („Bundesstraßenvermögen“) des Bundes übergehen. Der Übergang würde jedoch nicht aufgrund gesetzlicher Anordnung, sondern rechtsgeschäftlich erfolgen.

Im Zuge der Übertragung der Betriebe/Betriebsteile würden die den Betrieben oder Betriebsteilen zugeordneten Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB automatisch auf den Bund übergehen. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft müsste mit dem Bund einen Betriebsführungsvertrag schließen, auf dessen Grundlage sie die Personal- und Sachmittel des „Bundesstraßenvermögens“ in Anspruch nehmen darf.

Auch bei diesem Modell könnte die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die erforderlichen Personal- und Sachmittel nur *mittelbar* im Rahmen eines Betriebsführungsvertrages mit dem Bund in Anspruch nehmen, weshalb das Modell an dieser Stelle nicht weiter verfolgt wird.

ee) Anteilsübertragungsvertrag („Share Deal“)

Bei diesem Modell würden die Betriebe oder Betriebsteile Bundesautobahnen bereits innerhalb des jeweiligen Bundeslandes in eine Landes-GmbH ausgegliedert werden. Das Land übertrüge die Gesellschaftsanteile

an dieser GmbH sodann im Wege eines sog. „Share Deals“ auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft. Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass der notwendige Betriebsübergang, den der Bund durch entsprechende Anordnungen gegenüber den Ländern steuern könnte, bereits auf Landesebene stattfinden würde. Der Bund erhielte dadurch frühzeitig Klarheit darüber, wie viele Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprochen haben und wie viele Arbeitnehmer ggf. durch Personalgestellungen der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zum Arbeitseinsatz überlassen werden müssen. Nach Übernahme der Gesellschaftsanteile an den Landes-GmbHs durch die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft könnten die Landes-GmbHs auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft verschmolzen werden. Ebenso wäre denkbar, unterhalb der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft verschiedene Landes-GmbHs lediglich zu Regionalgesellschaften zu verschmelzen.

Zu bedenken ist jedoch, dass zunächst jede einzelne Landes-GmbH umfangreiche Vorbereitungsmaßnahmen (VBL-Beteiligung, etc.) treffen müsste, damit die Zusatzversorgung über die VBL nahtlos fortgeführt werden kann. Die Arbeitsverhältnisse und Sachmittel würden erst nach Abschluss dieser Vorbereitungsmaßnahmen durch jede einzelne Landes-GmbH auf den Bund bzw. die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft übergeleitet werden können. Aus Sicht des Bundes erscheint daher auch dieses Alternativmodell nicht vorzugswürdig.

3. Ergebnis

Die Zuordnung der im Bereich der Bundesautobahnen tätigen Beamten kann im Wege der Versetzung zum Bund und der anschließenden Zuweisung zur Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erfolgen. In einem ersten Schritt sind die Beamten zum BMVI bzw. zu einem ggf. zu errichtenden Bundesamt für Straßeninfrastruktur zu versetzen. Soweit Beamtinnen und Beamte von dort der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen werden, sollte ihnen unter Wahrung ihrer beamtenrechtlichen Stellung eine ihrem Amt entsprechende Tätigkeit zugewiesen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte ein solches Überleitungsmodell verfassungsrechtlich kodifiziert und abgesichert werden. Die Verteilung von Versorgungslasten anlässlich des Dienstherrnwechsels könnte sich nach den Regelungen des sog. Versorgungslastenverteilungs-Staatsvertrags richten.

Der arbeitsrechtliche Transformationsprozess sollte auf der Grundlage eines gesetzlichen Betriebsübergangs der Arbeitsverhältnisse von den Län-

dern auf die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft organisiert werden. Bei diesem Modell stehen dem Bund größere Gestaltungsmöglichkeiten als in den aufgezeigten Alternativmodellen zur Verfügung. Davon unabhängig dürfte ein unmittelbarer Zugriff der Verkehrsinfrastrukturgesellschaft auf die zur Leistungserbringung notwendigen Beschäftigten und Sachmittel auch am ehesten den in Abschnitt B. (ab Seite 48) genannten Zielen des Reformanliegens entsprechen. Sollte das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer im Rahmen eines gesetzlichen Betriebsübergangs nicht ausgeschlossen werden, könnte ggf. ergänzend zum gesetzlichen Betriebsübergang eine „Personalgestellung“ der Länder an die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft erfolgen.

****