

SONDERDRUCK AUS

DEUTSCHES, EUROPÄISCHES  
UND VERGLEICHENDES  
WIRTSCHAFTSRECHT

FESTSCHRIFT FÜR  
WERNER F. EBKE  
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von  
Boris P. Paal  
Dörte Poelzig  
Oliver Fehrenbacher

2021

*Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich*



MARTIN IBLER

## Die Bundesautobahnen – neue Spielwiesen für Verfassungs-, Verwaltungs-, Zivil- und Wirtschaftsrechtler

### I. Die Grundgesetzänderung für Autobahnen und Bundesstraßen

Im Juli 2017, kurz vor Ablauf der 18. Legislaturperiode, hat die Große Koalition aus CDU/CSU und SPD mit ihrer Zweidrittelmehrheit eine Verfassungsänderung durchgesetzt, die Juristen noch lange beschäftigen wird.<sup>1</sup> Sie enthält „eine Neukonzeption des bundesstaatlichen Finanzausgleichs sowie Maßnahmen zur Verbesserung der Aufgabenerfüllung in der föderalen Ordnung“.<sup>2</sup> Geändert wurden dazu auch die Vorgaben der Verfassung für Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs (im Folgenden: Bundesstraßen) in Art. 90 GG. Für Autobahnen, Gegenstand beharrlicher Privatisierungswünsche<sup>3</sup>, entsteht nunmehr ein ganz neues Rechtsregime. Koalition und Regierung nannten als Ziel, die Effizienz der Autobahnverwaltung zu steigern.<sup>4</sup> Doch es wird sich zeigen, dass stattdessen Planung, Bau, Betrieb und Erhalt von Autobahnen erschwert, zumindest verzögert und wahrscheinlich teurer werden.

### II. Unveräußerliches Eigentum an Autobahnen und Bundesstraßen (Art. 90 Abs. 1 GG)

Kraft des neuen Art. 90 Abs. 1 S. 1 GG bleibt der Bund Eigentümer der Bundesautobahnen und Bundesstraßen. Die Vorgängernorm hatte zum Eigentum an Bundesautobahnen und Bundesstraßen geschwiegen und dadurch dessen Regelung dem einfachen Recht überlassen. Die Neufassung gibt dem Eigentum des Bundes an diesen Straßen, das ihm schon zuvor aufgrund des Fernstraßengesetzes zustand, nunmehr Verfassungsrang. „Bund“ bezeichnet hier die juristische Person öffentlichen Rechts Bundesrepublik Deutschland; die Gegenansicht,<sup>5</sup> nach der die „Bundesebene“ gemeint sei, der auch eine privatrechtliche Gesellschaft als Straßeneigentümerin angehören könnte, entfernt sich (zu) weit vom verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch.<sup>6</sup> Zweifelhaft dagegen kann angesichts der Worte „bleibt Eigentümer“ sein, ob auch neu zu bauende Autobahnen und Bundesstraßen über Art. 90 Abs. 1 GG

---

<sup>1</sup> 62. Gesetz zur Änderung des GG v. 13.7.2017, BGBl. I 2347.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/11131, 11 – Regierungsbegründung v. 13.2.2017 für den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GG (Art. 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g).

<sup>3</sup> Nachweise zB bei M. Meier, Beteiligung Privater im Fernstraßenbau, DÖV 2018, 268 (268).

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/11131, 15; BT-Drs. 18/11135, 2f. – Regierungsbegründung v. 13.2.2017 zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des bundestaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften.

<sup>5</sup> Hermes/Weiß, Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG, 2016, S. 27; wie hier dagegen Hermes in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 25.

<sup>6</sup> Ibler in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 20.

nF Bundeseigentum werden.<sup>7</sup> Richtet sich künftig das Eigentum an diesen Straßen vielleicht danach, ob sie vor oder nach der Verfassungsänderung geschaffen wurden? Skepsis ruft auch der neue Art. 90 Abs. 1 S. 2 GG hervor. Er bestimmt: „Das Eigentum ist unveräußerlich“. Schon wird darüber gestritten, ob damit auch die Einräumung von Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch an Autobahnen und Bundesstraßen verboten ist.<sup>8</sup> Die Antwort muss „Ja“ lauten, weil andernfalls das beim Bund verbleibende Eigentum wirtschaftlich ausgehöhlt werden könnte.<sup>9</sup>

Dass Art. 90 Abs. 1 GG den Begriff „Eigentum“ nicht näher bestimmt (und auch nicht den des „Eigentümers“), ist misslich, weil die Verfassung auch an anderen Stellen von „Eigentum“ spricht – mit jeweils eigenem Sinn (Art. 14, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a, Art. 87e Abs. 3 S. 2, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 Abs. 2 S. 3, Art. 143 Abs. 3, Art. 140 GG iVm Art. 138 Abs. 2 WRV).<sup>10</sup> Auch verstehen das einfache Gesetzesrecht und der allgemeine Sprachgebrauch das Wort Eigentum unterschiedlich.<sup>11</sup> Zu wissen, was genau dieses „unveräußerliche Eigentum“ umfasst (auch Raststätten und andere „Nebenbetriebe“ der Autobahnen?), ist überdies wichtig, weil die Verfassungsreform eine Privatisierung beschränken sollte.<sup>12</sup> Noch nicht ganz vergessen ist außerdem, dass über die Rechtsnatur des Eigentums an öffentlichen Straßen (privates oder „öffentliches Eigentum“) lange gestritten wurde.

Immerhin herrscht heute zu Recht die Ansicht vor, die Eigentum iSd Art. 90 Abs. 1 GG als Privateigentum versteht,<sup>13</sup> obwohl der am Sachbegriff des § 90 BGB orientierte Eigentumsbegriff des § 903 BGB keine Sachgesamtheit wie eine Straße erfasst,<sup>14</sup> und obwohl die Vorschriften des BGB für Straßengrundstücke durch speziellere öffentlich-rechtliche Normen, zB des Fernstraßengesetzes, modifiziert („überlagert“) werden. Doch ohne die Mög-

<sup>7</sup> Dafür (Pflicht des Bundes auch neue Bundesfernstraßen in seinem Eigentum zu halten) *Gröpl* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 11; *Hermes* in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 24; *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 57. Dagegen BeckOK GG/*Remmert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 9f.; *Faßbender* in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 72.

<sup>8</sup> So *Faßbender*, Verfassungsfragen der neuen Regelungen zu den Bundesautobahnen und den sonstigen Bundesfernstraßen des Fernverkehrs DVBl. 2018, 1585 (1588); *Pieroth* in Jarass/Pieroth, Kommentar GG, 15. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 3; jeweils mwN.

<sup>9</sup> *Faßbender* DVBl 2018, 1585 (1588); *Gröpl*, Über das Ziel hinaus: zur geplanten Privatisierung der Bundesautobahnen nach dem Regierungsentwurf vom Februar 2017, ZG 2017, 114 (115f., 122); aA *Dünnchheim/Gräler*, Die (Un)veräußerlichkeit des Eigentums an Bundesautobahnen und ihrer Nebenbetriebe, DVBl 2019, 877 (882); zweifelnd *Sachs* in Sachs, Kommentar GG, 9. Aufl. 2021, Art. 90 Rn. 15; anders auch (noch) BT-Drs. 18/11131, 15.

<sup>10</sup> *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 23.

<sup>11</sup> *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 24, 31, 122.

<sup>12</sup> Vgl. zur Privatisierungsschranke in Art. 90 Abs. 2: BT-Drs. 18/11186, 2 – Gegenäußerung der Bundesregierung v. 15.2.2017 zu der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE für das Gesetz zur Änderung des GG; BT-Drs. 18/12588, 32 – Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des GG v. 31.5.2017.

<sup>13</sup> BeckOK GG/*Remmert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 1; *Faßbender* in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 79f.; *Gröpl* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 12; *Haratsch* in Sodan, Kommentar GG, 4. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 2; *Hermes* in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 15, 21; *Wolff* in Hömig/Wolff, Kommentar GG, 12. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 2; *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 24; *Maiwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar GG, 14. Aufl. 2017, Art. 90 Rn. 4; *Sachs* in Sachs, Kommentar GG, 9. Aufl. 2021, Art. 90 Rn. 7. S. schon *Maunz* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 1962) Rn. 2, 12; krit *Bull* in Alternativkommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2001) Rn. 5; aA *Bartlsperger* in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 1962) Rn. 35ff. (wie hier aber Zweitbearbeitung 1969 Rn. 35).

<sup>14</sup> ZB *Herber* in Kodal, HdB Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 18; *Papier*, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 1998, S. 2; *W. Weber* VVDStRL 21 (1964), 145 (149).

lichkeit, ergänzend auf das Zivilrecht zurückzugreifen, bliebe das Recht der öffentlichen Straßen Stückwerk.

Einig ist man sich weiter darüber, dass das Eigentum des Bundes an Bundesautobahnen und Bundesstraßen nicht durch Art. 14 GG geschützt ist,<sup>15</sup> denn dieser schützt nur das Eigentum von Grundrechtsträgern.<sup>16</sup> Zu ihnen zählt der Bund nicht, selbst als Fiskus nicht. Auch sind Begriff und Inhalt des Eigentums bei Art. 14 GG historisch anders gewachsen als bei Art. 90 Abs. 1 GG. Für Art. 14 GG setzte sich schon früh<sup>17</sup> durch, dass er jedes private Vermögensrecht eines Grundrechtsträgers als Eigentum schützt, also über § 903 BGB hinausgehend Kaufpreis- und sonstige Forderungen<sup>18</sup>, Urheberrechte, Aktien und Gesellschaftsanteile („Anteileigentum“)<sup>19</sup>, das Besitzrecht eines Mieters<sup>20</sup>, ja sogar öffentlich-rechtliche Berechtigungen, wenn sie durch eigene Leistung des Grundrechtsträgers erworben wurden, wie zB Rentenansprüche und -anwartschaften<sup>21</sup>. Dieses Mehr im Vergleich zum zivilrechtlichen Eigentumsverständnis soll die private Freiheit der Grundrechtsträger vermögensrechtlich absichern, damit sie ihr Leben frei von Fremdbestimmung und eigenverantwortlich gestalten können.<sup>22</sup> Ein solcher Freiheitsschutz-Zweck ist auf Art. 90 Abs. 1 GG nicht übertragbar. Dessen Zweck könnte man immerhin darin sehen, dem Bund von Verfassungs wegen einen Bestand an Straßen(grundstücken) zu erhalten, damit er weiterhin die hoheitliche Verwaltungsaufgabe erfüllen kann, zur Daseinsvorsorge die Infrastruktur der Autobahnen und Bundesstraßen zu sichern.<sup>23</sup> Das wäre auch ein vernünftiger Grund für die Unveräußerlichkeit dieser Straßen, wenngleich er sich in der Gesetzesbegründung nicht findet. Er erklärt auch, warum Autobahnen und Bundesstraßen, die nach der Neuregelung gebaut werden, ebenfalls unter Art. 90 Abs. 1 GG fallen müssen. Auch an ihnen „bleibt“ der Bund also Eigentümer, und auch insoweit ist sein Eigentum „unveräußerlich“.<sup>24</sup> Davon schließt Art. 90 Abs. 1 GG keinen Bestandteil dieser Straßen(grundstücke) aus, also weder die Tankstellen und Raststätten auf Autobahnen noch andere „Nebenbetriebe“,<sup>25</sup> selbst dann nicht, wenn in „Konzessionsverträgen“ dem Bund „Rückübertragungsrechte“ daran gesichert würden.<sup>26</sup>

Damit kann man Art. 90 Abs. 1 GG auch entnehmen, dass es in Deutschland Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs im Eigentum des Bundes auf Dauer geben muss. Die Verfassung erkennt an, dass Fernstraßen als zentrale Teile der Infrastruktur Funktionsgrundlagen des heutigen Gemeinwesens sind. In diesem Sinn darf die Vorschrift als Einrichtungsgarantie gelten. Dem einfachen Gesetzgeber, erst recht der Verwaltung, ist es folglich versagt, Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs ersatzlos

<sup>15</sup> BeckOK GG/*Remmert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 3; *Faßbender* in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 85; *Gröpl* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 16; *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 31.

<sup>16</sup> BVerfGE 61, 82 (108f.).

<sup>17</sup> Grdl. M. *Wölff*, Reichsverfassung und Eigentum, FS Kahl 1923, 3ff.

<sup>18</sup> ZB BVerfGE 83, 201 (208, 210); 68, 193 (222); 45, 142 (179).

<sup>19</sup> BVerfGE 132, 99 (119); 100, 289 (301); 50, 290 (341ff.); 25, 371 (407); 14, 263 (276f.).

<sup>20</sup> BVerfGE 89, 1; dazu zB *Ibler*, Die Eigentumsdogmatik und die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Mietrecht, AcP 197 (1997), 566.

<sup>21</sup> Vgl. zB BVerfGE 116, 96 (121); 53, 257 (289f.).

<sup>22</sup> ZB BVerfGE 89, 1 (6); 30, 292 (334).

<sup>23</sup> Vgl. auch *Gröpl* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 20f.; *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 61.

<sup>24</sup> Ebenso *Faßbender* DVBl 2018, 1585 (1588); iErg auch *Jarass*, Bedeutung des einfachen Rechts für die Bestimmung verfassungsrechtlicher Begriffe, DÖV 2019, 457 (467); aA *Dünchheim/Gräler* DVBl 2019, 877 (882).

<sup>25</sup> AA *Reidt/Zwanziger*, Wem gehören die Autobahnen?, UPR 2019, 41 (44); aA auch *Jarass* DÖV 2019, 457 (467).

<sup>26</sup> So aber *Dünchheim/Gräler* DVBl 2019, 877 (882).

abzuschaffen; sie dürfen diese Straßen auch nicht in zB Europafernstraßen umbenennen, nur um sie der verfassungsrechtlichen Eigentumsregelung zu entziehen.

Angesichts der skizzierten Mehrdeutigkeiten der neuen Eigentumsordnung für Autobahnen und Bundesstraßen fragt man sich nach dem Sinn dieser Grundgesetzänderung. Der neue Verfassungsrang für das Eigentum an Bundesfernstraßen, das vor der Verfassungsänderung nur einfachrechtlich geschützt wurde (soweit es sich nicht zugleich um eine frühere Reichsautobahn oder -straße handelte), scheint vordergründig nicht viel zu ändern. Die ungleich größere Bedeutung der Änderung liegt deshalb in der Beseitigung des zuvor verfassungsrechtlich geschützten Eigentums an den bisherigen „Reichs“autobahnen und „Reichs“straßen iSd Art. 90 Abs. 1 GG aF.<sup>27</sup> Der Verfassungsrang dieses Schutzes hinderte, nach umstrittener, aber richtiger Ansicht,<sup>28</sup> deren Privatisierung. Mit dem Federstrich des verfassungsändernden Gesetzgebers ist diese Privatisierungsschranke entfallen. Dass an deren Stelle mit dem unveräußerlichen Eigentum an „Bundes“autobahnen und „Bundes“straßen keine gleichwertige oder gar stärkere Privatisierungsschranke tritt, wird Abs. 2 zeigen.

### III. Eine neue Bundesverwaltung für Autobahnen (Art. 90 Abs. 2 GG)

Für die Verwaltung der Autobahnen ordnet der ebenfalls neue Art. 90 Abs. 2 GG an, sie werde „in Bundesverwaltung geführt“, also nicht wie zuvor im Verwaltungstyp der Landesverwaltung im Auftrag des Bundes. Da es für Bundesstraßen nach Art. 90 Abs. 3 GG nF unverändert bei der Landesverwaltung im Bundesauftrag bleibt, müssen die Länder funktionsfähige Behörden für diese beibehalten, während der Bund seine Autobahnverwaltung erst aufbauen muss. Die für den Übergang bestimmte Frist ist illusorisch kurz (Art. 143e GG: „längstens bis zum 31. Dezember 2020“). Vom 1.1.2021 an soll eine neu geschaffene Bundesoberbehörde, das Fernstraßenbundesamt, Hoheitsaufgaben der Bundesverwaltung der Autobahnen erfüllen, ua die Rechts- und Fachaufsicht über eine ebenfalls neu geschaffene Autobahn GmbH des Bundes.<sup>29</sup> Aber noch fehlt es an Personal, Know-how und an Geld (das Bundesamt sucht 400 neue Beschäftigte, bei der Autobahn GmbH sind 1/3 der Planstellen, ca. 6.000 von 18.000, noch unbesetzt [Stand 29.10.2020]).<sup>30</sup> Deshalb sind Verzögerungen im Autobahnbau absehbar<sup>31</sup> – zulasten der Verkehrsteilnehmer, der (Volks-) Wirtschaft und der Umwelt. Anfallende Mehrkosten, auch für die künftigen „Doppelstrukturen“ in der Fernstraßenverwaltung<sup>32</sup>, tragen die Steuerzahler.

Erstaunlich<sup>33</sup> ist, dass schon die Entwurfsbegründung der Bundesregierung keinem der Verwaltungsmodelle folgt, die der Bundesrechnungshof im Vorfeld der Verfassungsände-

<sup>27</sup> Vgl. aber auch die andere Bewertung bei *Faßbender* DVBl 2018, 1585 (1587f.).

<sup>28</sup> BeckOK GG/*Remmert*, 33. Ed. 1.6.2017, Art. 90 Rn. 7; *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 6. Aufl. 2010, Art. 90 Rn. 25f. S. schon *Maunz* in *Maunz/Dürig*, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 1962) Rn. 13, 15.

<sup>29</sup> [https://www.fba.bund.de/DE/UEber\\_das\\_FBA/ueber-das-fba\\_node.html;jsessionid=34DFFAFBEF681DAEB1AEF169320BF19C.internet571](https://www.fba.bund.de/DE/UEber_das_FBA/ueber-das-fba_node.html;jsessionid=34DFFAFBEF681DAEB1AEF169320BF19C.internet571).

<sup>30</sup> *Delhaes* Handelsblatt v. 29.10.2020 (abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/autobahn-gmbh-viele-projekte-auf-deutschlands-autobahnen-sind-in-gefahr/26407752.html?ticket=ST-1307534-7WW0IBnOc3Td96zEeIce-ap2>).

<sup>31</sup> Vgl. die in einem Tagungsbericht von *Stüer* DVBl 2016, 1448 (1469) wiedergegebenen krit. Stellungnahmen von *Burgi*, *Allesch*, *Ronellenfisch* und *Steiner*.

<sup>32</sup> Vgl. zB *Faßbender* in *Bonner Kommentar GG*, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 100; *Hermes/Weiß*, Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG, 2016, S. 5, 22; *Wulfhorst*, Die neue Bundesautobahnverwaltung: Strukturen – Aufgaben – Finanzierung – Umsetzung, Straße und Autobahn 2017, 636 (639); vgl. auch *Meier* DÖV 2018, 268 (271); *Gröpl* in *Maunz/Dürig*, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 47.

<sup>33</sup> *Wulfhorst* Straße und Autobahn 2017, 636 (639): „nicht zu Ende gedacht“.

rung in zwei Gutachten empfohlen hatte. Das Gutachten von 2004 riet zu bundeseigener Verwaltung aller Bundesfernstraßen bei völliger Abschaffung der Auftragsverwaltung und beschrieb außerdem „Mischformen“, die entweder die Bundesauftragsverwaltung auch für Autobahnen beibehielten oder für die Autobahnen bundeseigene Verwaltung, für die sonstigen Bundesfernstraßen aber Eigentum des Landes und Landesverwaltung vorsahen.<sup>34</sup> Das Gutachten von 2007 empfahl für den Bau und die Verwaltung von Autobahnen eine eigene Verwaltung des Bundes. Bei Bundesstraßen sollten die Länder Eigentum und Verwaltung „übernehmen“ und dafür einen angemessenen Finanzausgleich ohne Zweckbindung erhalten; zudem sei die Auftragsverwaltung auch hier abzuschaffen.<sup>35</sup> Sie sei bei den Bundesstraßen besonders ungeeignet, weil gerade bei ihnen unterschiedliche Interessen von Bund und Ländern bestehen (Erhöhung von Ausbaustandards, insbes. bei Ortsumgehungen, die Land und Kommunen wünschten, obwohl der Bund dafür zahlen müsse).<sup>36</sup> Diese Einschätzung hat der Bundesrechnungshof 2016 in einem weiteren Gutachten bekräftigt.<sup>37</sup> Die Grundgesetzänderung aber geht einen ganz anderen Weg. Sie spricht das Eigentum an den Bundesautobahnen und Bundesstraßen dem Bund zu und belässt es für die Bundesstraßen bei der Landesverwaltung im Bundesauftrag.

Für die Autobahnen ist „Bundesverwaltung“ neu, sie unterscheidet sich auch von „bundeseigener“ Verwaltung, die zB Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 89 Abs. 2 GG für die Bundeswasserstraßen und Art. 87e Abs. 1 GG für die Verkehrsverwaltung der Eisenbahnen des Bundes anordnen. Von „Bundesverwaltung“ spricht das GG außer in der Überschrift seines VIII. Abschnitts („Die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung“) sonst nur (erstmal seit 2009)<sup>38</sup> in Art. 87d Abs. 1 GG beim Luftverkehr. Die Wortwahl „Bundes“verwaltung statt „bundeseigener“ zwingt den Bund nicht, die Autobahnen ausschließlich durch eigene Behörden (Bundesbehörden) zu verwalten, also durch nichtrechtsfähige, in seine öffentlich-rechtliche Organisationsstruktur eingegliederte Stellen<sup>39</sup>. Vielmehr kann der Bund sich hier künftig „zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen“ (Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG). „Diese Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes“ (Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG) und kann Tochtergesellschaften haben (vgl. Art. 90 Abs. 2 S. 4 GG).

### *1. Bundesverwaltung der Autobahnen mit Hilfe einer Gesellschaft privaten Rechts im unveräußerlichen Eigentum des Bundes und mit Hilfe von Tochtergesellschaften*

Eine solche „Eigentumsregelung“ für eine Gesellschaft ist ungewöhnlich: Die Verfassung bestimmt eine Gesellschaft privaten Rechts zu einem tauglichen Eigentumsgegenstand des Bundes und erklärt auch dieses Eigentum als unveräußerlich. Vom Verfassungsgesetzgeber zuvörderst<sup>40</sup> gedacht, im einfachen Recht vorgesehen und auch schon gegründet, ist eine

<sup>34</sup> *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Gutachten zur Neuordnung der Verwaltung im Bundesfernstraßenbau, Gz. V-4-2004-1303 v. 11.10.2004, S. 38f.

<sup>35</sup> *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern, 2007, S. 43f., 60, 71.

<sup>36</sup> *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern, 2007, S. 67ff. Vgl. ferner BT-Drs. 18/11131, 3, 15; BR-Drs. 769/16, 10.

<sup>37</sup> Vgl. *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Gutachten zu Organisationsformen und Finanzierungsvarianten für die Bundesfernstraßen v. 30.6.2016, Gz. V3-2015-1068, S. 22ff.

<sup>38</sup> Gesetz zur Änderung des GG (Art. 87d) v. 29.7.2009, BGBl. I 2247.

<sup>39</sup> Vgl. *Burgi* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 86 Rn. 42; *Ibler* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 86 (Bearbeitung 2008) Rn. 67; *Traumann*, Die Organisationsgewalt im Bereich der bundeseigenen Verwaltung, 1998, S. 90; jeweils mwN.

<sup>40</sup> Wenngleich im Verfassungsänderungsverfahren Anträge, von Verfassungen wegen die Rechtsform AG auszuschließen, abgelehnt wurden, s. BT-Protokoll 18/237 der 237. Sitzung v. 1.6.2017, S. 24003, 24031 zu den Änderungsanträgen BT-Drs. 18/12597, 2f. und BT-Drs. 18/12598, 3.

GmbH<sup>41</sup>; in Betracht gekommen wäre auch eine AG<sup>42</sup>. Diese neue Eigentumsregelung in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG klingt zwar wie die des Art. 90 Abs. 1 GG, die das Eigentum an Autobahnen und Bundesstraßen für unveräußerlich erklärt, betrifft aber einen ganz anderen Gegenstand. Im Art. 90 Abs. 2 GG geht es nicht um Sacheigentum. Ein privatrechtlicher Eigentumsbegriff scheidet aus. „Eigentum“ an einer Gesellschaft oder an Gesellschaftsanteilen gibt es nach bürgerlichem Recht nicht.<sup>43</sup> Auch eine untechnische Vorstellung von „wirtschaftlichem Eigentum“<sup>44</sup> trüge, weil konturenlos, nicht zum Verständnis des Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG bei.<sup>45</sup> Für dieses führen aber Systematik und Telos der Verfassungsnorm weiter. Sie ergänzt das altbekannte, aber enge Verwaltungsmodell einer aus eigenen Behörden aufgebauten „bundeseigenen Verwaltung“ um das einer „Bundesverwaltung“. Deren Organisation ist nicht auf Behörden beschränkt, soll aber zugleich gewährleisten, dass es sich um eine echte (Hoheits-)Verwaltung des Bundes handelt, die diesen Namen verdient. Unveräußerliches Eigentum des Bundes an der Gesellschaft privaten Rechts soll den Bund dazu befähigen, sich bei der Verwaltung der Autobahnen einer Gesellschaft privaten Rechts zu bedienen, ohne dass dadurch der Charakter als Verwaltung des Bundes entfällt. Der Verfassungswortlaut („Diese Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes“) steht dem nicht entgegen. Sprachlich erlaubt er (insofern wie Art. 14 GG), Eigentum weit zu verstehen, nämlich als umfassende Herrschaft einer Person über einen (auch unkörperlichen) Gegenstand.<sup>46</sup> Die Gesellschaft privaten Rechts im unveräußerlichen Eigentum des Bundes ist also weder eine neue Eigentumsform des bürgerlichen Rechts noch ein neuer Gesellschaftstyp des Gesellschaftsrechts, sondern prägt im Verfassungsrecht den neuen Verwaltungstyp<sup>47</sup> „Bundesverwaltung“. Im Ergebnis bezeichnet „Eigentum“ iSd Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG eine umfassende Herrschaft des Bundes über diese Gesellschaft. „Unveräußerlich“ zwingt den Bund, alles zu unterlassen, was diese Herrschaft ganz oder teilweise aufheben würde. Zulässig wären nur solche Maßnahmen des Bundes, bei denen seine Herrschaft über die Gesellschaft gewahrt bliebe. Wenn es richtig ist, dass die Bundesverwaltung im Vergleich zum altbekannten Verwaltungstyp der bundeseigenen Verwaltung die Organisationsmöglichkeiten des Bundes erweitern soll, ohne seine Herrschaft in Frage zu stellen, dann darf

<sup>41</sup> Der Gesellschaftsvertrag ist abrufbar unter [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/iga-gesellschaftsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/iga-gesellschaftsvertrag.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>42</sup> Beide Rechtsformen lassen sich als Einmann-/EiPersonengesellschaft gründen (s. Abs. 2 S. 3, 4), vgl. BeckOK GG/*Remmert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 15; *Fajßbender* in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 145; *Hermes* in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 43; *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 117; *Maiwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar GG, 14. Aufl. 2017, Art. 90 Rn. 6.

<sup>43</sup> *Gröpl* ZG 2017, 114 (123); *Hermes/Weiß/Beckers*, Kurzgutachten – Verhindert der Vorschlag der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung des Art. 90 GG eine Privatisierung der Bundesautobahnen?, 2016, S. 1, 11. Vgl. entspr. zu den Gesellschaftsanteilen die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der Grundgesetzänderung, BR-Drs. 769/16, 6: „kein Eigentum im sachenrechtlichen Sinne“.

<sup>44</sup> Vgl. zB BT-Drs. 18/11135, 108, 113f., 155 mit der Vorstellung, „wirtschaftliches Eigentum“, ließe sich, zB durch Bestellung eines Nießbrauchs, aus dem Eigentum iSd Art. 90 Abs. 1 GG ausgliedern und übertragen.

<sup>45</sup> Dazu zB *Fajßbender* DVBl 2018, 1585 (1588, 1592); *Ibler* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 121; vgl. auch *Gröpl* ZG 2017, 114 (115f.).

<sup>46</sup> BT-Drs. 18/12588, 32: Es „soll sichergestellt werden, dass der Bund die Herrschaftsmacht über die Gesellschaft [...] vollständig behält.“; vgl. auch Regierungsbegründung zu § 1 InfrGG, BT-Drs. 18/11135, 99: „Die Gesellschaft steht im unveräußerlichen, das heißt vollständigen Eigentum des Bundes.“.

<sup>47</sup> AA wohl BeckOK GG/*Remmert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 14 und *Hermes* in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 42, die die S. 2–4 des Abs. 2 als eine „verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit“ ansehen.

diese „Direktionsmacht“ bei der Bundesverwaltung nicht schwächer sein als die des Bundes bei der bundeseigenen Verwaltung. Dass es schwieriger wird, diese Direktionsmacht gegenüber einer juristischen Person des Privatrechts durchzusetzen, selbst bei nur formeller Privatisierung, steht auf einem anderen Blatt.<sup>48</sup> Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG bezweckt, dass der Bund seine Aufgaben bei der Verwaltung der Bundesautobahnen und den damit verknüpften verfassungsrechtlichen Infrastrukturauftrag nachhaltig erfüllen kann,<sup>49</sup> auch wenn er sich einer Gesellschaft privaten Rechts bedient.

Anhand dieses Zwecks können das „Eigentum“ an dieser Gesellschaft und dessen „Unveräußerlichkeit“ weiter konkretisiert werden. Dritten kann auch kein Nießbrauch an der Gesellschaft bzw. ihren Anteilen, Rechten und sonstigen Gegenständen eingeräumt werden, ebenso wenig wie ein – im Verfassungsänderungsverfahren zunächst beabsichtigter<sup>50</sup>, dann aber verworfener<sup>51</sup> – neuartiger öffentlich-rechtlicher Nießbrauch, denn er würde die Anordnung der Unveräußerlichkeit umgehen. „Unveräußerliches Eigentum“ verbietet weiter etwa die Veräußerung der vermögenswerten Gegenstände der Gesellschaft an einen anderen, der die Tätigkeit der Gesellschaft iRd Verwaltung der Bundesautobahnen ganz oder teilweise fortführt. Ein Vertrag, der eine solche Übertragung bezweckte, wäre nichtig; insoweit ist S. 3 ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB. Gleichwohl hindert S. 3 nicht, dass die Gesellschaft einzelne ihrer vermögenswerten Güter veräußert, sofern dies üblichen betriebswirtschaftlichen Vorgängen entspricht und gesichert bleibt, dass die Gesellschaft bei der Autobahnverwaltung dauerhaft mitwirken kann.

Aber auch Art. 90 Abs. 2 S. 4 GG erstaunt: Die Verfassung erlaubt nicht nur eine Gesellschaft privaten Rechts für die Autobahnverwaltung, sondern auch, dass diese Gesellschaft Tochtergesellschaften hat. Für diese gilt gleichfalls der Ausschluss einer Beteiligung Dritter. Wie die Tochtergesellschaften zur Muttergesellschaft stehen und wie zum Bund, klärt der Verfassungstext nicht; welche „Konzernstrukturen“ lässt die Bundesverwaltung wohl zu? Auch darüber, ob es auch an Tochtergesellschaften Eigentum gibt, ggf. wessen, und ob es ebenfalls unveräußerlich ist, schweigt der Verfassungstext.<sup>52</sup> Zur Klärung hilft auch hier der Zweck des Art. 90 Abs. 2 GG weiter, dass es um eine Regelung der Bundesverwaltung geht. Die Direktionsmacht des Bundes darf nicht ausgehöhlt werden; diese muss auch gegenüber Tochtergesellschaften der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen. Jede einfachrechtliche Ausgestaltung des Konzerns, die der Kontrolle der Gesellschaft oder ihrer Tochtergesellschaften und der Aufsicht des Bundes entgegensteht, scheidet von Verfassungs wegen aus.

Dass das Eigentum an der Gesellschaft privaten Rechts unveräußerlich ist, müsste wohl auch für Gesellschaftsanteile an der GmbH gelten, falls es solche Anteile (Plural) überhaupt geben kann,<sup>53</sup> was wegen Art. 90 Abs. 2 S. 4 GG der Neureglung durchaus zweifelhaft ist: „Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Dritter an der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen“. Auch die Übertragung eines Anteils der Gesellschaft an

<sup>48</sup> Meier DÖV 2018, 268 (272); vgl. auch Gröpl ZG 2017, 114 (118f.); Stier DVBl 2016, 1448 (1449).

<sup>49</sup> Ähnlich zu Art. 87e Abs. 3 S. 3 GG Möstl in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 87e (Bearbeitung 2017) Rn. 112 zur Veräußerungsbeschränkung von Anteilen an Eisenbahnunternehmen des Bundes zwecks Sicherung eines Eisenbahninfrastrukturauftrags des Bundes.

<sup>50</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11135, 114 (für Bundesautobahnen).

<sup>51</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12589, 153 – Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses zum Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften v. 31.5.2017.

<sup>52</sup> Nach einfachem Recht (§ 4 Abs. 2 InfrGG) kann die Gesellschaft bis zu zehn regionale Tochtergesellschaften einrichten, die im unveräußerlichen Eigentum des Bundes stehen, und die Beteiligung Dritter an den Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen.

<sup>53</sup> § 3 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages ([https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/iga-gesellschaftsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/iga-gesellschaftsvertrag.pdf?__blob=publicationFile)) sieht nur einen einzigen Geschäftsanteil vor, den der Bund hält.



eine ihrer Tochtergesellschaften dürfte danach ausscheiden. Man muss sich diese GmbH wohl kraft Verfassungsrechts als „Einmanngesellschaft“ des Gesellschafters Bund vorstellen.

Immerhin wird man mit dieser Gesellschaft privaten Rechts die Bundesautobahnverwaltung als – teilweise – formell privatisiert bezeichnen können.<sup>54</sup> Die Gesellschaft privaten Rechts soll unter Aufsicht des Bundes Autobahnen ua planen, bauen, betreiben und erhalten, während das staatliche Fernstraßen-Bundesamt zB Planfeststellungsbeschlüsse und andere Hoheitsakte erlassen soll (vgl. § 1 Abs. 1 Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz – InftrGG und § 2 Abs. 2 Fernstraßen-Bundesamt-Errichtungsgesetz – FStrBAG). Allerdings werden sich auch hier<sup>55</sup> „Doppelstrukturen“ in beiden Stellen nicht ausschließen lassen.<sup>56</sup> Obwohl sich an der Gesellschaft niemals ein Privater soll beteiligen können, der Weg zu einer materiellen Privatisierung also auf Dauer versperrt sein wird, und obwohl die Gesellschaft der Direktionsmacht des Bundes nicht entkommt, können bei der Bundesverwaltung der Autobahnen Beschäftigte der GmbH besser bezahlt werden als nach Tarifen des öffentlichen Dienstes.<sup>57</sup> Ist das diese Verfassungsänderung wert? Zugleich zeigt die in Regierung und im Parlament propagierte „Erzählung“ vom neuen Art. 90 GG als einer wichtigen Privatisierungsschranke erste Risse.

## 2. Autobahnverwaltung mit Hilfe Öffentlich-Privater Partnerschaften

S. 5 der Neuregelung in Art. 90 Abs. 2 GG überrascht ebenfalls: „Eine Beteiligung Privater im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften ist ausgeschlossen für Streckennetze, die das gesamte Bundesautobahnnetz [...] oder wesentliche Teile davon umfassen“. Erstmals und nur hier ist im GG von Öffentlich-Privaten Partnerschaften die Rede.<sup>58</sup> Der Verfassungstext spezifiziert allerdings weder Begriff noch Gegenstand. Überhaupt ist in dem Satz wichtiger, wozu er zu schweigen scheint, hatten doch Bundesregierung<sup>59</sup> und Koalitionsfraktionen<sup>60</sup> im Vorfeld betont, die Neuregelung solle keine Privatisierung ermöglichen.<sup>61</sup> Dazu passt zwar, dass der erste Halbsatz des Art. 90 Abs. 2 S. 5 GG eine Beteiligung Privater im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften für ausgeschlossen erklärt. Aber der folgende Halbsatz beschränkt diesen Ausschluss auf „Streckennetze, die das gesamte Bundesautobahnnetz [...] oder wesentliche Teile davon umfassen“. Geht es dagegen nicht um wesentliche Teile des gesamten Autobahnnetzes, nimmt die Verfassung folglich eine Beteiligung Privater iRv Öffentlich-Privaten Partnerschaften, also wohl doch eine (funktionale) Privatisierung, hin.<sup>62</sup> Was ein wesentlicher Teil des gesamten Autobahnnetzes ist, klärt

<sup>54</sup> ZB Meier DÖV 2018, 268 (268, 271).

<sup>55</sup> Zu „Doppelstrukturen“ der Bundesverwaltung der Autobahnen und der Landesverwaltung der Bundesstraßen im Auftrag des Bundes s. vor III.1.

<sup>56</sup> Meier DÖV 2018, 268 (272): „redundant“.

<sup>57</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei Meier DÖV 2018, 268 (272 Fn. 53) und zur Gefahr einer Beeinträchtigung der Infrastruktur zur Durchsetzung von Gehaltsinteressen Gröpl ZG 2017, 114 (121).

<sup>58</sup> Zur Entwicklungsgeschichte Öffentlich-Privater Partnerschaften bei Bundesautobahnen s. Bauer/M. Meier, Freie Fahrt für PPP auf deutschen Autobahnen?, DÖV 2020, 41 (45f.).

<sup>59</sup> BT-Drs. 18/11135, 100; BT-Drs. 18/11186, 2; BT-Drs. 18/11185, 8 – Gegenäußerung der Bundesregierung v. 15.2.2017 zu der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE für das Gesetzes zur Neuregelung des bundestaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften.

<sup>60</sup> BT-Drs. 18/12588, 15f.

<sup>61</sup> BT-Drs. 18/12588, 32: „Privatisierungsschranke“.

<sup>62</sup> So auch: BeckOK GG/Rennert, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 18; Bauer/Meier DÖV 2020, 41 (46f.); Faßbender in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 156; Gröpl in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 68; Hermes in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 36; Reidt/Zwanziger UPR 2019, 41 (45).

der Verfassungstext nicht; es ist auch schon umstritten.<sup>63</sup> § 5 Abs. 2 InfrGG erlaubt, Private bei Vorhaben mit einem Gesamtumfang von bis zu 100 Kilometern einzubeziehen. Es bleibt dadurch genug Raum für manches, was eine Privatisierung attraktiv machen kann, wie die Nutzung der Finanzkraft und Geschäftstüchtigkeit von Privaten – aber auch für das, was sie gefährlich machen kann,<sup>64</sup> zB ein Verlust von staatlicher Einflussnahme<sup>65</sup> und demokratischer Legitimation<sup>66</sup> bei der Autobahnverwaltung. Eine wirkmächtige Privatisierungsschranke jedenfalls errichtet der neue Art. 90 GG nicht.

---

<sup>63</sup> Vgl. BeckOK GG/*Remmert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 90 Rn. 19; *Faßbender* in Bonner Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018) Rn. 161; *Gröpl* in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019) Rn. 67; *Hermes* in Dreier, Kommentar GG, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 38; *Meier* DÖV 2018, 268 (274).

<sup>64</sup> *Bauer/Meier* DÖV 2020, 41 (47 ff.).

<sup>65</sup> Allg. dazu zB *Boelme-Neßler*, Privatisierungsbremsen in den Landesverfassungen?, LKV 2013, 481 (482); *Kämmerer*, Privatisierung und Staatsaufgaben: Versuch einer Zwischenbilanz, DVBl 2008, 1005 (1007).

<sup>66</sup> Vgl. zB *Gröpl* ZG 2017, 114 (118 f.); *Burgi* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 28.