

## Privatisierung von Bundesautobahnen

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen

Bearbeitet von  
Susanne Weisheit

1. Auflage 2011. Taschenbuch. 255 S. Paperback  
ISBN 978 3 631 61085 5  
Format (B x L): 14,8 x 21 cm  
Gewicht: 340 g

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Straßenrecht,  
Wegerecht](#)

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# A. Einführung

## I. Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes

Die vorliegende Arbeit untersucht die rechtlichen Vorgaben für eine Privatisierung von Bundesautobahnen. Die Arbeit beschäftigt sich allein mit dem Bundesautobahnnetz, nicht mit dem darauf stattfindenden Straßenverkehr.<sup>1</sup> Außerdem erfolgt eine Beschränkung auf die Straßenkategorie der Bundesautobahnen im Sinne von Art. 90 Abs. 2, Abs. 3 GG und § 1 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Bundesfernstraßengesetz (FStrG). Gemäß § 1 Abs. 3 FStrG sind Bundesautobahnen solche Bundesfernstraßen, die nur für den Schnellverkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt und so angelegt sind, dass sie frei von höhengleichen Kreuzungen und für Zu- und Abfahrt mit besonderen Anschlussstellen ausgestattet sind. Zudem sollen sie getrennte Fahrbahnen für den Richtungsverkehr haben. Bundesfernstraßen wiederum sind Bundesstraßen des Fernverkehrs, welche als öffentliche Straßen definiert werden, die ein zusammenhängendes Verkehrsnetz bilden und einem weiträumigen Verkehr dienen oder zu dienen bestimmt sind (§ 1 Abs. 1 S. 1 FStrG). Zu den Bundesfernstraßen gehören neben den Bundesautobahnen auch die Bundesstraßen mit den Ortsdurchfahrten (§§ 1 Abs. 2, 5 Abs. 4 FStrG). Die für Bundesautobahnen geltende Rechtslage kann in vielen Fällen auf alle Bundesfernstraßen, d.h. auch auf die Bundesstraßen mit den Ortsdurchfahrten, übertragen werden. So wird in dieser Arbeit bei allgemeinen Ausführungen auch häufig der Oberbegriff „Bundesfernstraßen“ verwendet. Jedoch gelten zum Einen bei den Bundesstraßen für die Ortsdurchfahrten Besonderheiten, zum Anderen gilt das Autobahnmautgesetz, welches die Mautpflicht für schwere Lkw normiert, grundsätzlich allein für die Bundesautobahnen.<sup>2</sup> Eine Beschränkung auf die Straßenkategorie der Bundesautobahnen erschien daher sinnvoll.

- 
- 1 Im Infrastrukturbereich „Straße“ ist traditionell ein sog. Trennungsmodell verwirklicht, da eine organisatorische und rechtliche Trennung des Verkehrsnetzes vom Betrieb der Verkehrsdienste vorliegt, Hermes, S. 189, S. 343. Der Gegensatz dazu ist das „Monopolmodell“, in dem sowohl Netz als auch Dienste, d.h. die gesamte Infrastruktur, bei einem einzigen Träger konzentriert sind. Die Trennung von „Fahrweg“ und „Betrieb“ wurde für den Bereich der Bahn erst im Zuge der Bahnreform vollzogen.
  - 2 Die Lkw-Maut ist nach § 1 Abs. 1 ABMG (Gesetz über die Erhebung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen mit schweren Nutzfahrzeugen (Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge – ABMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Dezember 2004 (BGBl. I, S. 3122), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom

Obwohl die Bundesautobahnen nur 5 % des gesamten deutschen Straßennetzes darstellen, findet über 30 % des gesamten Straßenverkehrs auf den Bundesautobahnen statt.<sup>3</sup> Dies unterstreicht die besondere Bedeutung dieser Straßenkategorie und macht deutlich, dass der Instandhaltungsbedarf und damit auch der Investitionsbedarf gerade bei den Bundesautobahnen besonders ausgeprägt sind. Das Netz der Bundesfernstraßen in Deutschland besteht derzeit aus rund 12.550 km Bundesautobahnen (davon 2.700 km mit sechs oder mehr Fahrstreifen) und außerdem aus 40.700 km Bundesstraßen. Im Zeitraum 2001 bis 2007 wurden rund 875 km Autobahnen für über 8,3 Milliarden Euro neu gebaut und rund 450 km für über 4,2 Milliarden Euro auf sechs oder mehr Fahrstreifen erweitert.<sup>4</sup>

Die Finanzierung der Bundesautobahnen erfolgte bislang überwiegend aus Haushaltsmitteln.<sup>5</sup> In diesem Rahmen tragen seit dem Jahr 2005 auch Mittel aus den Einnahmen der Lkw-Maut zur Finanzierung bei.<sup>6</sup> Regelmäßig wird geltend gemacht, mit den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln ließen sich die notwendigen Investitionen in das Bundesautobahnnetz nicht tätigen, es bestehe ein Investitionsstau. Ein bedeutender Grund für die Einbeziehung Privater in diesem Bereich ist daher die Erschließung von Finanzierungsquellen außerhalb des öffentlichen Haushaltes.

Der Begriff „Bereitstellung der Bundesautobahnen“ wird im Rahmen dieser Arbeit verwendet, um die Gesamtheit aller im Zusammenhang mit Planung, Finanzierung, (Aus-)Bau, Betrieb und Erhaltung der Bundesautobahnen stehenden Aufgaben zu erfassen. Traditionell werden in Deutschland Straßen von der öffentlichen Hand geplant, finanziert, gebaut und betrieben und der Allgemeinheit unentgeltlich zur Verfügung gestellt.<sup>7</sup> Auch im Rahmen dieser „klassischen“ staatlichen Bereitstellung der Bundesautobahnen werden der Bau und größere

---

29. Mai 2009 (BGBl. I, S. 1170) geändert wurde) für die Benutzung der Bundesautobahnen zu entrichten. Einzelne Autobahnabschnitte sind jedoch gemäß § 1 Abs. 3 ABMG mautfrei. Außerdem besteht in § 1 Abs. 4 ABMG eine Ermächtigungsgrundlage für das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (im Folgenden: BMVBS) zur Ausdehnung der Mautpflicht auf genau bezeichnete Abschnitte von Bundesstraßen, insbesondere zur Verhinderung von „Mautausweichverkehren“.

3 **Quelle:** [www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1442/Neubau-Erweiterung-von-Autobah.htm](http://www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1442/Neubau-Erweiterung-von-Autobah.htm), aufgerufen am 14. März 2009.

4 Darüber hinaus wurden in diesem Zeitraum mit einem Bauvolumen von rund 5,3 Milliarden Euro weitere 1300 km Bundesstraßen ausgebaut oder errichtet, **Quelle:** [www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1442/Neubau-Erweiterung-von-Autobah.htm](http://www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1442/Neubau-Erweiterung-von-Autobah.htm), aufgerufen am 14. März 2009.

5 Ausführlich Pabst, S. 84 ff.; Schmitt, S. 27 ff.

6 **Quelle:** [www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1442/Neubau-Erweiterung-von-Autobah.htm](http://www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1442/Neubau-Erweiterung-von-Autobah.htm), aufgerufen am 14. März 2009.

7 Diese „Tradition“ ist jedoch vergleichsweise kurz. Einen ausführlichen historischen Überblick über die wechselvolle Geschichte des deutschen Straßenwesens bzw. des Straßenrechts geben Bucher, S. 15 ff.; Kodal/Krämer (Krämer), Kapitel 1, Rn. 5 ff.

Erhaltungsmaßnahmen oftmals privaten Unternehmen übertragen, wogegen Betriebsdienst sowie Erhaltungsmaßnahmen geringen Umfangs regelmäßig der öffentlichen Hand, d.h. den staatlichen Autobahnmeistereien, obliegen.<sup>8</sup> So unterhält der Staat keine eigenen Baukolonnen, die Neu- und Ausbaumaßnahmen ausführen, sondern er beauftragt private Tiefbauunternehmen. Auch die Erstellung von Konstruktionsunterlagen wird oftmals privaten Ingenieurbüros übertragen.<sup>9</sup> Diese Art der Einbindung Privater stellt jedoch keine Privatisierung im Sinne dieser Arbeit dar. Es handelt sich dabei vielmehr um eine schlichte Beschaffung.<sup>10</sup> Unter „Privatisierung der Bundesautobahnen“ werden im Folgenden Privatisierungsmaßnahmen von unterschiedlicher Intensität und hinsichtlich unterschiedlich umfangreicher Teilbereiche der Aufgabe der Bereitstellung von Bundesautobahnen verstanden. Jede der Privatisierungsmaßnahmen zeichnet sich durch die Spielräume, die den Privaten eingeräumt werden, sowie die Frühzeitigkeit und Dauerhaftigkeit ihrer Einbeziehung aus.<sup>11</sup>

## **II. Ökonomische Besonderheiten des Gutes „Bundesautobahnen“**

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung der rechtlichen Grundlagen der Privatisierung von Bundesautobahnen. Allerdings fließen auch in die rechtliche Bewertung bzw. in gesetzgeberische Entscheidungen ökonomische Überlegungen ein. So wird in §§ 7 Abs. 1 BHO, 6 Abs. 1 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) ausdrücklich die Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme durch die öffentliche Hand gefordert. Daher wird im Folgenden zumindest ein kurzer Überblick über die ökonomische Beurteilung von Straßeninfrastruktur gegeben.

Aus ökonomischer Sicht gehört die (Straßen-)Infrastruktur zu den wenigen Bereichen, in denen ein Tätigwerden des Staates aufgrund von „Marktversagen“ sinnvoll bzw. notwendig ist.<sup>12</sup> Das traditionell angenommene Marktversagen resultiert aus dem Charakter von Straßen als „öffentliches Gut“.<sup>13</sup> Ein solches öf-

---

8 Beckers, S. 1.

9 Vgl. Pabst, S. 33.

10 Burgi, DVBl 2007, S. 649 (652).

11 Burgi, DVBl 2007, S. 649 (652).

12 Vgl. insbes. die ausführliche Darstellung der ökonomischen Besonderheiten des Gutes „Bundesfernstraßen“ bei Tomas, S. 43 ff.; Beckers, S. 5 ff. Zusammenfassend Hermes, S. 313 ff; Bartlsperger, S. 135 ff.; Scheele, S. 26 ff.

13 Tomas, S. 46 m.w.N; Bartlsperger, S. 135 ff; Gramm, S. 203 ff; Ifmo-Experten-Workshop (Hartwig), S.10 ff.

fentliches Gut zeichnet sich durch Nichtrivalität im Konsum und Versagen des Ausschlussprinzips (Nichtausschließbarkeit) aus. Nichtrivalität im Konsum bedeutet, dass zusätzliche Konsumenten den Konsumnutzen bisheriger Konsumenten nicht oder unwesentlich beeinträchtigen.<sup>14</sup> Nichtausschließbarkeit bedeutet, dass es aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist, zahlungsunwillige Nutzer auszuschließen.<sup>15</sup> Nichtausschlussfähige Güter sind somit nicht marktfähig, da sich für sie kein Preis erzielen lässt.<sup>16</sup> Deshalb kann ein öffentliches Gut von einem Privaten nicht gewinnbringend angeboten werden. Dies führt zu einer Unterversorgung mit dem als sinnvoll anerkannten öffentlichen Gut, so dass es in der Konsequenz zu staatlichem Tätigwerden kommen muss, um die Versorgung sicherzustellen. Dieser traditionelle Ansatz von Straßen als öffentlichen Gütern ist inzwischen jedoch nicht mehr eindeutig zu bejahen. Zumindest hinsichtlich bestimmter Strecken ist nicht länger von einer grundsätzlichen Nichtrivalität im Konsum auszugehen. Im Fall einer überfüllten Straße bzw. eines Verkehrsstaus beeinträchtigen zusätzliche Straßennutzer sehr wohl den Konsumnutzen der anderen Nutzer. Außerdem ist mittlerweile durch technischen Fortschritt ein Ausschluss der Nachfrager durch Preiserhebung (Maut) zu wirtschaftlich vertretbaren Kosten möglich, so dass auch das Merkmal der Nichtausschließbarkeit nicht mehr problemlos gegeben ist. Dadurch kann das Gut „öffentliche Straße“ seinen Charakter als öffentliches Gut verlieren.<sup>17</sup>

Darüber hinaus werden Autobahnen allgemein als „natürliches Monopol“ angesehen, welches eine weitere Form des Marktversagens begründet.<sup>18</sup> Als natürliches Monopol wird ein Markt bezeichnet, in dem der „Branchenoutput“ nur von einem einzigen Unternehmen auf effiziente Weise produziert werden kann.<sup>19</sup> Dies ist dann der Fall, wenn sog. Skalenvorteile („economies of scale“ und „economies of scope“) gegeben sind, d.h. die durchschnittlichen Produktionskosten bei steigender Produktionsmenge laufend sinken.<sup>20</sup> Würden zwei Unternehmen den Branchenoutput produzieren, so lägen die Durchschnittskosten für beide Unternehmen weit über denen eines einzelnen Unternehmens.<sup>21</sup> Die Skaleneffekte wirken damit als Marktzutrittsbarrieren für neue Unternehmen.<sup>22</sup> Dies gilt insbesondere, wenn durch ein neues Unternehmen vor dem Markteintritt zunächst

---

14 Musgrave/Musgrave/Kullmer, S. 69.

15 Musgrave/Musgrave/Kullmer, S. 70 f.; Gramm, S. 204 f.; Ifmo-Experten-Workshop, (Hartwig), S. 10.

16 Gramm, S. 208; Bartlsperger, S. 137.

17 Vgl. Gramm, S. 206; Bartlsperger, S. 140.

18 Vgl. Samuelson/Nordhaus, S. 253; Tomas, S. 58 ff.; Ewers/Rodi, S. 32 ff.

19 Samuelson/Nordhaus, S. 253, 498.

20 Samuelson/Nordhaus, S. 253; s. a. Scheele, S. 30.

21 Samuelson/Nordhaus, S. 493.

22 Samuelson/Nordhaus, S. 253.

Investitionen getätigt werden müssen, die bei einem Marktaustritt nicht rückholbar sind, sog. versunkene Kosten.<sup>23</sup> So wären auch die Kosten für den Aufbau eines neuen Autobahnnetzes neben dem bereits bestehenden prohibitiv hoch. Hat ein Unternehmen eine Monopolstellung (auf einem Streckenabschnitt oder einem Teilnetz), so besteht die Gefahr von „Monopolrenten“, d.h. der Erhebung überhöhter Preise, aufgrund des mangelnden Wettbewerbs. Da es sich bei dem Gut „Bundesautobahnen“ um ein solches (natürliches) Monopol handelt, ist aus ökonomischer Sicht eine rein private Bereitstellung des Gutes nicht sinnvoll.<sup>24</sup>

Bereits die Ausführungen Adam Smiths (1723–1790), der als Begründer der Volkswirtschaftslehre gilt, gleichen in frappierender Weise den derzeit diskutierten Problemfeldern. Daher werden seine diesbezüglichen Thesen im Folgenden kurz dargestellt. Als eine der Ausnahmen seines berühmten Grundsatzes der „Unsichtbaren Hand“<sup>25</sup> befürwortete Smith für den Bereich der Verkehrsinfrastruktur staatliches Handeln. Neben der Schaffung der Landesverteidigung und der Rechtspflege besteht nach Smith die dritte Aufgabe des Staates darin, *„diejenigen öffentlichen Einrichtungen und diejenigen öffentlichen Bauwerke zu schaffen und instand zu halten, die – auch wenn sie für eine große Gesellschaft noch so vorteilhaft sein mögen – dennoch ihrer Art nach nie so gewinnbringend sind, dass sie dem einzelnen oder einer kleinen Gruppe von Einzelpersonen ihre Aufwendungen ersetzen könnten, deren Schaffung und Instandhaltung daher von keinem einzelnen und von keiner kleinen Gruppe von Einzelpersonen erwartet werden kann“*.<sup>26</sup> Die wichtigsten dieser Bauwerke und Einrichtungen sind nach Smith solche, *„die Handel und Verkehr eines Landes erleichtern“*, etwa gute

---

23 Scheele, S. 31.

24 Ewers/Rodi, S. 55.

25 **Mit dem Grundsatz der „Unsichtbaren Hand“ („Invisible Hand“) meint Smith, dass grundsätzlich individueller Eigennutz besser als staatliche Regulierung zur Erreichung gemeinnütziger Ziele führt:** „Da also jeder einzelne danach trachtet, sein Kapital möglichst in der heimischen Erwerbstätigkeit einzusetzen und diese Erwerbstätigkeit so auszurichten, dass die größte Wertschöpfung erfolgt, arbeitet jeder einzelne notwendig darauf hin, das jährliche Volkseinkommen möglichst groß zu machen. In der Regel hat er freilich weder die Absicht, das Gemeinwohl zu fördern, noch weiß er, wie sehr er es fördert. Wenn er die heimische Erwerbstätigkeit der ausländischen vorzieht, denkt er nur an seine eigene Sicherheit; und wenn er diese Erwerbstätigkeit so ausrichtet, daß die größte Wertschöpfung erfolgt, denkt er nur an seinen eigenen Vorteil, und dabei wird er, wie in vielen anderen Fällen auch, von einer unsichtbaren Hand geleitet, einem Zweck zu dienen, der nicht in seiner Absicht lag. Für die Gesellschaft ist es gar nicht immer von Schaden, daß dieser nicht in seiner Absicht lag. Indem er sein eigenes Interesse verfolgt, fördert er häufig das der Gesellschaft wirksamer, als wenn er sich tatsächlich vornimmt, es zu fördern. Ich habe nie gehört, daß diejenigen viel Gutes bewirkt hätten, die vorgaben, im Interesse des allgemeinen Besten zu handeln.“ (Adam Smith, Bd. II, Buch IV, Kapitel 2, S. 467).

26 Adam Smith, Bd. II, Buch V, Kapitel 1, Teil 3, Rn. 1.

Straßen, Brücken, schiffbare Kanäle und Häfen.<sup>27</sup> In dieser Begründung für die Notwendigkeit staatlicher Eingriffe klingt bereits die Theorie des „öffentlichen Gutes“ an.<sup>28</sup>

Smith spricht sich im Folgenden gegen eine Haushaltsfinanzierung der Straßeninfrastruktur aus.<sup>29</sup> Die Straßen könnten vielmehr *„in ihrer Mehrzahl leicht so errichtet werden, dass sie bestimmte Einnahmen erbringen, die zur Deckung der Aufwendungen hierfür ausreichen, ohne die allgemeinen Staatseinnahmen zu belasten“*. Er schlägt die Erhebung einer geringfügigen Mautgebühr bei den Nutzern vor, die gerechterweise im Verhältnis zum Gewicht des jeweiligen Fahrzeugs zu entrichten sei. Smith warnt davor, die eingenommenen Mautgebühren als Einnahmequelle zur Bestreitung der allgemeinen Staatsaufgaben anzusehen. Dies würde nach seiner Ansicht zu einer ständigen Erhöhung der Mautgebühren führen, wodurch nicht länger eine Erleichterung, sondern vielmehr ein großes Hindernis für Handel und Verkehr geschaffen würde.<sup>30</sup>

Die Mautgebühren als Entgelt für die Instandhaltung einer Landstraße könne man überdies nicht Privatpersonen überantworten, denn eine Straße sei selbst in völlig vernachlässigtem Zustand nicht gänzlich unbefahrbar. Die Eigentümer der Mauten einer Straße könnten daher die Ausbesserung der Straße völlig vernachlässigen und dennoch weiterhin fast die gleichen Beträge von den Nutzern fordern. Smith empfiehlt deshalb, die Straßenverwaltung, d.h. Instandhaltung und Mauterhebung, mit staatlichen Bevollmächtigten oder Aufsehern zu besetzen. Selbst bei diesen bestünde zwar eine gewisse Missbrauchsgefahr, insbesondere durch die Erhebung überhöhter Mautgebühren. Dieser könne jedoch durch die Schaffung von Aufsichtsbehörden und Rechnungshöfen Abhilfe geschaffen werden.

### III. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gibt zunächst einen allgemeinen Überblick über den Begriff der Privatisierung und die unterschiedlichen Privatisierungsarten (B.). Vier Privatisierungsarten werden aufgrund ihrer Relevanz für den Bereich der Bereitstellung von Bundesautobahnen vertieft behandelt. In diesem Rahmen wird die Geltung des Gesetzesvorbehaltes für die verschiedenen Privatisierungsarten untersucht. Außerdem wird die Privatisierung von der Rechtsfigur der Beleihung abgegrenzt.

---

27 Adam Smith, Bd. II, Buch V, Kapitel 1, Teil 3, Abschnitt 1, Rn. 1.

28 Vgl. Adam Smith, Einführung, S. 10.

29 Adam Smith, Bd. II, Buch V, Kapitel 1, Teil 3, Abschnitt 1, Rn. 2 ff.

30 Adam Smith, Bd. II, Buch V, Kapitel 1, Teil 3, Abschnitt 1, S. 701 f., Rn. 7 ff.

Im nächsten Abschnitt (C.) wird untersucht, ob es sich bei der Bereitstellung von Bundesautobahnen um eine Staatsaufgabe handelt. Als Grundlage der Untersuchung wird eine inhaltliche Bestimmung des Begriffs der „Staatsaufgabe“ vorgenommen. Insbesondere wird geprüft, ob es Staatsaufgaben gibt, die der Staat notwendigerweise wahrnehmen muss, d.h. die nicht privatisierungsfähig sind. Der Staatsaufgabencharakter der Aufgabe „Bereitstellung von Bundesautobahnen“ wird anhand verschiedener verfassungsrechtlicher Vorschriften, insbesondere von Art. 90 GG, herausgearbeitet. Anschließend erfolgt eine Darstellung europarechtlicher Vorgaben, die für eine nationale Privatisierungsentscheidung im Bereich der Bereitstellung von Bundesautobahnen von Bedeutung sein können. Abschnitt D. behandelt die in der Vergangenheit sowie aktuell im Bereich der Bereitstellung von Bundesautobahnen angewendeten Privatisierungsansätze. Die unterschiedlichen Modelle werden dargestellt, wobei insbesondere die jeweiligen Kritikpunkte dargestellt werden, die teilweise zur Einstellung der Anwendung führten. In dem folgenden Abschnitt E. werden für die aktuellen „Betreibermodelle“ besondere Problemfelder herausgegriffen und vertieft behandelt. Dabei liegt der Schwerpunkt auf verschiedenen vergaberechtlichen Aspekten. In diesem Rahmen kommt der jeweiligen Risikoverteilung zwischen dem privaten Betreiber und dem Staat besondere Bedeutung zu. In Abschnitt F. erfolgt eine kurze Darstellung derzeit im europäischen Ausland praktizierter Privatisierungsmodelle. Dabei beschränkt sich die Arbeit auf Österreich, Italien, Frankreich und Großbritannien, da in diesen Ländern unterschiedlich gestaltete Privatisierungsmodelle für den Fernstraßenbereich Anwendung finden. Die Arbeit schließt mit einer thesenartigen Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.