

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Sven-Christian Kindler, Matthias Gastel, Anja Hajduk, Stefan Schmidt, Lisa Badum, Stefan Gelbhaar, Britta Haßelmann, Dr. Bettina Hoffmann, Markus Tressel und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Einschränkung der Privatisierung öffentlicher Infrastrukturen im Bereich der Bundesfernstraßen (Bundesfernstraßenprivatisierungseinschränkungsgesetz – BFStrPrivEinschG)

A. Problem

Die Bundesregierung setzt seit 15 Jahren im Bereich der Aufgaben der Bundesfernstraßenverwaltung (Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs) vermehrt auf die Beteiligung Privater im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP). Schon jetzt umfassen ÖPP-Projekte rund 5,4 Prozent des bundesweiten Autobahnnetzes (711 Kilometer), im Freistaat Thüringen sind schon 17,5 Prozent der Autobahnstrecken ÖPP-Projekte. Die Bundesregierung plant, mit weiteren ÖPP-Vergabeverfahren den Anteil der teilprivatisierten Bundesfernstraßeninfrastrukturen mittelfristig auf circa 6,4 Prozent zu erhöhen (vgl. Drs. 19/26425 – Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Bilanz der Privatisierung im Bundesfernstraßenbau durch Öffentlich-Private-Partnerschaften“). Bis 2030 werden dann circa 882 Kilometer Bundesautobahnen teilprivatisiert sein.

Inzwischen sind 13 Autobahnabschnitte in Deutschland teilprivatisiert – oftmals für die Dauer von 30 Jahren. Für die laufenden ÖPP-Projekte hat der Bund bisher 3,079 Milliarden Euro verausgabt, insgesamt belaufen sich die Kosten aller Bundesfernstraßen-ÖPP-Projekte aktuell auf 19,137 Milliarden Euro (vgl. Bundeshaushalt 2021). Betrug 2009 die ÖPP-Ausgaben des Bundes nur 1 Prozent der Gesamtausgaben für den Bereich Bundesfernstraßen, so stiegen sie bis 2019 – trotz des deutlichen Anstiegs des Gesamtumfangs des Verkehrsetats – auf über sechs Prozent an. Allein im Jahr 2021 muss der Bund 859 Millionen Euro als Teilbeitrag zur Finanzierung der laufenden ÖPP-Projekte aufbringen. Mit der beabsichtigten Ausweitung um mindestens drei weitere ÖPP-Projekte bis Ende 2024 werden die jährlichen Kosten für Öffentlich-Private Partnerschaften im Bundesfernstraßenbau im Bundeshaushalt weiter ansteigen. Für die rechtliche und wirtschaftliche Beratung der Realisierung von ÖPP-Projekten hat die Bundesregierung bislang über 19,8 Millionen Euro ausgegeben. In einigen ÖPP-Projekten befindet sie sich im Rechtsstreit oder in Schiedsverfahren mit den privaten Vertragspartnern. Hierdurch werden sich auch die Beratungskosten weiter erhöhen. Die steigenden Kosten für immer mehr ÖPP-Projekte reduzieren den Gestaltungsspielraum künftiger Haushaltsgesetzgeber bzw. Bundestage und binden diese für

mehrere Jahrzehnte an die besonders teuren Finanzierungszusagen des Bundes für den Bau und Betrieb von Bundesfernstraßeninfrastrukturen.

Die Bundesregierung will durch den Rückgriff auf die ÖPP-Beschaffung noch mehr Straßen bauen und betreiben als sie es sich auf Grundlage der schon übermäßig verfügbaren Haushaltsmittel in bestimmten Jahren leisten kann. Auch der Aufbau der Autobahn GmbH des Bundes, der die ÖPP-Beschaffung durch Effizienzgewinne der staatlichen Eigenrealisierung hätte obsolet werden lassen müssen, hält die Bundesregierung nicht von der Umsetzung weiterer ÖPP-Projekte ab. Die Bundesregierung verfolgt im Ergebnis eine klare Privatisierungsstrategie für die Bundesfernstraßeninfrastrukturen.

Die Privatisierung öffentlicher Infrastrukturen im Bereich der Bundesfernstraßen erzeugt keinen wirtschaftlichen Vorteil für den Bund, sondern verteuert den Bau und Betrieb von Bundesfernstraßeninfrastrukturen. Nicht zuletzt der Bundesrechnungshof hat die Unwirtschaftlichkeit der Straßenfinanzierung mittels ÖPP in 13 Berichten an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages seit 2006 immer wieder deutlich kritisiert. Die realen Kosten der Straßeninfrastruktur werden im Übrigen auf die Zukunft verlagert.

Der Privatisierung von Staatsaufgaben folgen Defizite in der parlamentarischen und exekutiven Kontrolle (BeckOK GG/Remmert GG Art. 90 Rn. 17). Teil der Defizite bei ÖPP-Projekten ist die mangelnde Transparenz: Trotz anderslautender Vereinbarungen im Koalitionsvertrag hält das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Konzessionsverträge zu allen ÖPP-Projekten unter Verschluss. Wesentliche Teile bleiben geschwärzt. Dies macht eine Ex-post-Kontrolle der Wirtschaftlichkeit der ÖPP-Beschaffung im Vergleich zur staatlichen Eigenrealisierung unmöglich. Das Parlament kann nicht kontrollieren, ob die ÖPP-Beschaffung im Grundsatz wirtschaftlich ist und erlangt auch keine weitere Kenntnis davon, welche Renditen der Bund privaten Dritten im Zuge von ÖPP-Projekten zahlt und wie sich die Kosten im Vergleich zur günstigen Finanzierung über 10- oder 30-jährige Staatsanleihen exakt zusammensetzen.

B. Lösung

Die Beteiligung von Privaten an Bau, Unterhalt und der Finanzierung der Bundesfernstraßenverkehrsinfrastrukturen im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften wird beendet.

C. Alternativen

Angesichts der Unwirtschaftlichkeit der ÖPP-Projekte sind keine Alternativen ersichtlich.

**Entwurf eines Gesetzes zur Einschränkung der Privatisierung
öffentlicher Infrastrukturen im Bereich der Bundesfernstraßen
(Bundesfernstraßenprivatisierungseinschränkungsgesetz – BFStrPrivEinschG)**

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bundesfernstraßengesetzes

Das Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juni 2007 (BGBl. I S. 1206), das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 3. Dezember 2020 (BGBl. I S. 2694) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 5 Absatz 1 werden die folgenden Sätze angefügt:
„Die Beteiligung Privater für Aufgaben der Straßenbaulast im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften ist ausgeschlossen. Ausnahmen bedürfen gesonderter gesetzlicher Anordnung.“
2. Dem § 24 wird folgender Absatz 14 angefügt:
„(14) § 5 Absatz 1 Satz 3 und 4 gelten nicht für Beteiligungen im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften, für die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] ein Zuschlag für die Beteiligung erteilt wurde. Ersatzansprüche von Bietern wegen der Einfügung von § 5 Absatz Satz 3 und 4 durch das Bundesfernstraßenprivatisierungseinschränkungsgesetz vom ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] sind ausgeschlossen.“

Artikel 2

**Änderung des Gesetzes zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für
Autobahnen und andere Bundesfernstraßen**

Das Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122, 3141), das durch Artikel 6 des Gesetzes vom 29. Juni 2020 (BGBl. I S. 1528) geändert worden ist wird wie folgt geändert:

1. § 5 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:
„(2) Die Gesellschaft kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter bedienen. Die Aufgabe selbst darf nicht auf Dritte übertragen werden. Die Beteiligung Privater im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften ist ausgeschlossen.“
2. Dem § 10 wird folgender Absatz 3 angefügt:
„(3) Für die Beteiligung Privater im Rahmen Öffentlich-Privater Partnerschaften, für die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] ein Zuschlag erteilt wurde, ist § 5 Absatz 2 in der bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden. Ersatzansprüche von Bietern wegen der Änderung von § 5 Absatz 2 durch das Bundesfernstraßenprivatisierungseinschränkungsgesetz vom ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] sind ausgeschlossen.“

Artikel 3**Aufhebung des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes****§ 1**

Das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Januar 2006 (BGBl. I S. 49), das zuletzt durch Artikel 142 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626) geändert worden ist, wird aufgehoben.

§ 2

Für Aufgabenübertragungen an Private nach § 1 des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes, für die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] ein Zuschlag zur Aufgabenübertragung erteilt wurde, ist das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz in der bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden. Ersatzansprüche von Bietern wegen der Aufhebung des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes sind ausgeschlossen.“

Artikel 4**Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 18. Mai 2021

Katrin Göring-Eckardt, Dr. Anton Hofreiter und Fraktion

Begründung

A. Allgemeiner Teil

Die Bundesregierung setzt bei der Ausführung der Verwaltungsaufgabe Bundesfernstraßenverwaltung verstärkt auf die Beteiligung von Unternehmen im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP). Dies gilt sowohl für die in Bundeseigenverwaltung geführten Bundesautobahnen als auch den in Bundauftragsverwaltung geführten sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. Trotz der wiederholten Kritik am Rückzug des Staates setzte die Koalition eine Verfassungsänderung durch, die die Verlagerung von Staatsaufgaben an Private flankiert. An der grundsätzlichen Problematik bei ÖPP hat sich jedoch nichts geändert: Im Bereich des Baus und des Unterhalts der Bundesfernstraßeninfrastrukturen ist ÖPP unwirtschaftlich. Sie führt zur Verschleierung der wahren Kosten der Infrastruktur und lässt die Belastungen für den Bundeshaushalt erst Jahrzehnte später zu Tage treten. Die Beteiligung ist zudem durch äußerste Intransparenz geprägt. Die öffentliche und parlamentarische Kontrolle ist defizitär. Daher werden ÖPP im Bereich der Bundesstraßenverkehrsverwaltung untersagt.

Aus Art. 90 Absatz 2 folgt weder eine Pflicht zur Privatisierung von Staatsaufgaben noch ein Verfassungsauftrag (v. Mangoldt/Klein/Starck/Ibler, GG, Art. 90 Rn. 105). Artikel 90 Absatz 2 Satz 5 ist ersichtlich auf die Begrenzung von ÖPP verfasst.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Absatz 1 Nr. 22, Art. 85 Absatz 1 Satz 2 GG und Artikel 90 Absatz 2 Satz 6 GG.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Bundesfernstraßengesetzes)

Zur Nummer 1

Durch die Einfügung in § 5 werden Öffentlich-Private Partnerschaften für Aufgaben der Straßenbaulast für Bundesautobahnen und sonstige Bundesfernstraßen nicht weiter gestattet.

Der Anwendungsbereich der Vorschrift entspricht durch die verwendete Formulierung „Beteiligung im Rahmen von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften“ Artikel 90 Absatz 2 Satz 5 GG. Damit wird ein Sammelbegriff verwendet, der „alle vertraglich begründeten Formen dauerhafter Kooperation umfasst“. Nicht umfasst – und daher auch ohne gesonderte gesetzliche Anordnung weiterhin zulässig – sind die üblichen Kooperationsformen wie Beschaffung oder (Straßenbau-)Leistungen, bei denen der Vertragspartner „ohne eigene Entscheidungsbefugnisse, Risiko oder Gewinn an dem Fernstraßenvorhaben beteiligt ist“ (Dreier/Hermes GG Art. 90 Rn. 35).

ÖPP sind durch den neuen Satz 4 der Vorschrift nur soweit gesondert gesetzlich angeordnet zulässig. Zulässig bleiben dadurch Möglichkeiten bei Nebenbetrieben (§ 15 Abs. 2 Satz 6 FStrG) oder der (alleinigen) Mauterhebung, ohne weitere Aufgaben der Straßenverwaltung zu übernehmen, (§ 4 Abs. 2 BFStrMG).

Zur Nummer 2

Nummer 2 enthält die Übergangsvorschrift. Projekte, für die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ein Zuschlag erteilt wurde, können nach alter Rechtslage fortgeführt werden.

Werden Vergabeverfahren wegen der gesetzlichen Änderung gestoppt, besteht für Bieter daraus kein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens. Dies entspricht schon jetzt den gesetzlichen Wertungen des Vergaberechts, wonach die öffentliche Hand nicht zur Beendigung eines Vergabeverfahrens verpflichtet ist, wenn sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens wesentlich geändert haben § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV. Zu solchen Grundlagen gehören auch gesetzliche Verbote (Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 7 – 3000 – 157/18, S. 4). Schadenersatzpflichten kommen nur bei rechtswidriger Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht, § 181 GWB (WD, a. a. O., S. 10 ff.; siehe auch Beck VergabeR/Antweiler GWB § 181, Rn. 11).

Zu Artikel 2 (Änderung des Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetzes)

Zu Nummer 1

Die Änderung ersetzt die bisherige Regelung zu ÖPP in § 5 des InfrGG.

Zu Nummer 2

Übergangsvorschrift, die Begründung zu Artikel 1 Nummer 2 gilt entsprechend.

Zu Artikel 3 (Aufhebung des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes)

Zu § 1

Das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz regelt bislang die Aufgabenübertragung des Neu- und Ausbaus von Bundesfernstraßen auf Private auf der Grundlage einer Mautgebührenfinanzierung. Es ist aufzuheben.

Zu § 2

Übergangsvorschrift. Die Begründung zu Artikel 1 Nummer 2 gilt entsprechend.

Zu Artikel 4

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

