

Finanzierung des Fernstraßenbaus

Berichte der
Bundesanstalt für Straßenwesen

Straßenbau Heft S 50

bast

Finanzierung des Fernstraßenbaus

Referate eines Forschungsseminars
des Arbeitsausschusses
„Straßenrecht“ der FGSV
am 25./26. September 2006
in Tecklenburg-Leeden

Wissenschaftliche Betreuung und Leitung

Universitätsprofessor Dr. Klaus Grupp
Universität des Saarlandes

Em. Universitätsprofessor Dr. Willi Blümel
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

**Berichte der
Bundesanstalt für Straßenwesen**

Straßenbau Heft S 50

bast

Die Bundesanstalt für Straßenwesen veröffentlicht ihre Arbeits- und Forschungsergebnisse in der Schriftenreihe **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen**. Die Reihe besteht aus folgenden Unterreihen:

A - Allgemeines
B - Brücken- und Ingenieurbau
F - Fahrzeugtechnik
M- Mensch und Sicherheit
S - Straßenbau
V - Verkehrstechnik

Es wird darauf hingewiesen, dass die unter dem Namen der Verfasser veröffentlichten Berichte nicht in jedem Fall die Ansicht des Herausgebers wiedergeben.

Nachdruck und photomechanische Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Bundesanstalt für Straßenwesen, Referat Öffentlichkeitsarbeit.

Die Hefte der Schriftenreihe **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen** können direkt beim Wirtschaftsverlag NW, Verlag für neue Wissenschaft GmbH, Bgm.-Smidt-Str. 74-76, D-27568 Bremerhaven, Telefon (04 71) 9 45 44 - 0, bezogen werden.

Über die Forschungsergebnisse und ihre Veröffentlichungen wird in Kurzform im Informationsdienst **BAST-Info** berichtet. Dieser Dienst wird kostenlos abgegeben; Interessenten wenden sich bitte an die Bundesanstalt für Straßenwesen, Referat Öffentlichkeitsarbeit.

Impressum

Herausgeber

Bundesanstalt für Straßenwesen
Brüderstraße 53, D-51427 Bergisch Gladbach
Telefon: (0 22 04) 43 - 0
Telefax: (0 22 04) 43 - 674

Redaktion

Referat Öffentlichkeitsarbeit

Druck und Verlag

Wirtschaftsverlag NW
Verlag für neue Wissenschaft GmbH
Postfach 10 11 10, D-27511 Bremerhaven
Telefon: (04 71) 9 45 44 - 0
Telefax: (04 71) 9 45 44 77
Email: vertrieb@nw-verlag.de
Internet: www.nw-verlag.de

ISSN 0943-9323
ISBN 978-3-86509-715-6

Bergisch Gladbach, August 2007

Kurzfassung – Abstract

Finanzierung des Fernstraßenbaus

M. SAUTHOFF berichtet über bestehende Refinanzierungsmöglichkeiten für Aufwendungen zum Bau und zur Unterhaltung öffentlicher Straßen. Unter Refinanzierung werden in diesem Beitrag Möglichkeiten der mittelbaren oder unmittelbaren Heranziehung privater Finanzierung der Wahrnehmung von Aufgaben der Straßenbaulast verstanden, also des Baues, des Ausbaus, der Verbesserung und der Unterhaltung öffentlicher Straßen. Zur Erarbeitung von Finanzierungsmodellen im Bereich des Straßenbaus ist eine gerechte Verteilung der zuvor zu definierenden Kosten auf die Betroffenen zu berücksichtigen, die von der jeweiligen Straßenbaumaßnahme einen Vorteil haben, etwaige Doppelbelastungen sind zu erkennen und zu vermeiden und Steuerungseffekte sind hinreichend zu prognostizieren. Der Autor geht auf die Begriffsbestimmungen des Regelungsbereiches ein, die Bedeutung für die Finanzierbarkeit von Straßenbauvorhaben einschließlich ihrer Planung und erläutert die verschiedenen möglichen Modelle zur Übertragung von Aufgaben auf Private (Betreibermodell, Konzessionsmodell, Betriebsführungsmodell). In 11 Thesen fasst der Autor seine Ausführungen zusammen.

Das tradierte System der Finanzierung des Straßenbaus und der Straßenunterhaltung erscheint vor dem Hintergrund der Situation der öffentlichen Haushalte zunehmend als unzureichend. Eine Lösung wird in der Zusammenarbeit der Öffentlichen Hand mit Privaten gesehen, der so genannten öffentlichen privaten Partnerschaft (PPP), die seit den 90er Jahren in neuen Formen praktiziert und intensiviert wird. Lag der Schwerpunkt anfangs noch vornehmlich auf dem Fernstraßenbau des Bundes, so haben nun auch einzelne Länder konkrete Vorstellungen über eine Zusammenarbeit mit Privaten im Bereich des Baus und der Unterhaltung von Straßen entwickelt. Die Einbeziehung von privaten Ingenieurbüros und Baufirmen bei Straßenplanung, Bauausführung und Bauerhaltung ist inzwischen Standard geworden, wird als Verwaltungshilfe für die öffentlichen Aufgabenträger bezeichnet und findet überwiegend im Innenverhältnis zu der beauftragenden Straßenbauverwaltung statt. B. WITTING berichtet über die Erfahrungen mit öffentlicher privater Partnerschaft und un-

terschiedlichen Finanzierungsmodellen am Beispiel der Warnowquerung in Rostock, das als Pilotprojekt wichtige – positive wie negative – Erkenntnisse zu einer Fortführung der Finanzierung von Straßenbauprojekten nach dem FstrPrivFinG bietet.

Im staatlichen Straßenbau besteht ein Missverhältnis zwischen den bestehenden Baulastaufgaben und den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln. Der Beitrag von W. MAß zum Bau von Staatsstraßen in gemeindlicher Sonderbaulast beleuchtet die Schnittstelle von Straßen- und Haushaltsrecht am Beispiel des bayerischen Landesrechts und der hierzu ergangenen Rechtsprechung nebst Hinweisen auf Bundesrecht. Anhand konkreter Beispiele für den Bau von Ortsumgehungen zur Ausschaltung von Ortsdurchfahrten erläutert der Autor die mit dem Bau und der Finanzierung von so genannten kommunalen Entlastungsstraßen und ihrer Klassifizierung einhergehenden Probleme für die betreffenden Gemeinden. Der Referent stellt das Sonderprogramm „Staatsstraßen in gemeindlicher Sonderbaulast zur Förderung aus der Kraftfahrzeugsteuer“ im Finanzausgleichsgesetz (FAG) vor. Bisher wurden in Bayern insgesamt 47 Maßnahmen mit einem Finanzvolumen von rund 187 Mio. € und einem Fördervolumen von rd. 140 Mio. € gefördert.

Ein Beitrag über die vergaberechtlichen Probleme der Privatfinanzierung im Bau von Fernstraßen behandelt Probleme, die sich aus der Berührung der unterschiedlichen Rechtsgebiete des Straßensrechts, des Privatisierungsrechts und des Vergaberechts ergeben. Das Straßensrecht befasst sich sachlich mit der Erstellung, der Nutzung und der Unterhaltung von Straßen. Im Privatisierungsrecht verbinden sich aufgabenbezogene, ordnungspolitische und finanzielle Aspekte, die gleichermaßen private wie staatliche Aufgaben und Interessen betreffen; das Vergaberecht wiederum behandelt die Auswahl privater Finanziers, das wirtschaftliche Handeln der öffentlichen Hand und die Verteilungsgerechtigkeit. Der Beitrag von M. BURGI setzt sich mit der komplexen Materie der spezifischen Probleme der Public Private Partnership (PPP) im Rahmen der funktionalen Privatisierung und des Verwaltungshandelns auseinander und gibt einen Überblick über Erfordernisse bei der Ausschreibung von PPP-Projekten.

Financing of highway construction

M. SAUTHOFF reports about existing financing options that may be used for the construction and maintenance of public roads. In this article, refinancing refers to the options of directly or indirectly drawing on private financing for the realization of the tasks involved in the road construction obligation, which includes the construction, expansion, improvement and maintenance of public roads. For the development of financing models in the area of road construction, a fair distribution of the predefinable costs to the affected parties – those who draw an advantage from the respective road construction measures – needs to be considered, potential double burdens have to be recognized and avoided, and control effects have to be forecast sufficiently. The author goes into detail regarding the definitions of the regulation sector, the significance for the financial feasibility of road construction projects, including their planning, and explains the various possible models for the transfer of tasks to private parties (operating model, concession model, management model). The author summarizes his observations in eleven theses.

The traditional system of financing road construction and road maintenance increasingly appears to be insufficient against the background of the public funds situation. A solution is seen in the collaboration of public and private funds, the so-called public private partnership (PPP), which has been practiced and intensified in new formats since the 1990s. While the focus initially was on highway construction within the confederation, individual states now also have concrete ideas about collaborations with private parties in the area of road construction and maintenance. The inclusion of private engineering and construction firms in road planning, building construction and maintenance, has become standard practice by now; it is referred to as an administrative aid for the public authorities and primarily consists in an internal arrangement with the authoritative road construction administration. B. WITTING reports about the experiences with a public private partnership and different financing models using the example of the Warnow crossing in Rostock, which, as a pilot project, offers important – positive and negative – insights in respect to the continued financing of road construction projects according to the FstrPrivFinG (Law on the Private Financing of Federal Trunk Roads).

When it comes to state-owned road construction, there is an imbalance between the existing construction obligations and the available budget resources. The article by W. MASS on the construction of state roads in a special municipal construction obligation illuminates the interfaces between road and budget laws with the example of Bavarian state law and the relevant directives introduced hereto, in addition to referrals to federal law. Based on concrete examples for the construction of city bypasses to eliminate city thoroughways, the author explains the problems for the affected municipalities that are caused by the construction and financing of so-called communal relief roads and their classification. The author introduces the special program “State roads in a special municipal construction obligation to be sponsored by motor vehicle tax” in the Law on the Equalization of Financial Burdens. Up to now, a total of 47 measures with a finance volume of approx. € 187 mill. and a development volume of approx. € 140 mill. have been sponsored in Bavaria.

An article about the problems relating to allocation rights in private financing for the construction of highways addresses problems that arise from the intersection of the different legal areas in road law, privatization law, and procurement law. Road law is objectively concerned with the development, use, and maintenance of roads. Privatization law combines aspects relating to the tasks, regulations and finances that affect private and federal tasks and interests in equal amounts; procurement law, in turn, covers the selection of private financiers, the economic transactions by public funds, and the fairness of the distribution. The article by M. BURGI discusses the complex subject matter of the specific problems of the public private partnership (PPP) in the context of functional privatization and its administration and provides an overview over requirements in the call for tenders for PPP projects.

Inhalt

Vorwort	7
Bestehende Refinanzierungsmöglichkeiten für Aufwendungen zum Bau und Unter- halten von öffentlichen Straßen M. Sauthoff	9
Erfahrungen mit der F-Finanzierung am Beispiel der Warnowquerung B. Witting	36
Der Bau von Staatsstraßen in gemeindlicher Sonderbaulast W. Maß	54
Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Straßen M. Burgi	59
Programm des Forschungsseminars	70
Teilnehmerliste	71

Vorwort

Die Finanzierung aufwändiger öffentlicher Infrastrukturmaßnahmen und damit insbesondere des öffentlichen Straßenbaus ist seit je ein zentrales Thema der Gesellschaft. Überlegungen zu Finanzierungsmöglichkeiten des Fernstraßenbaus und deren rechtlicher Absicherung stehen deshalb immer wieder auch im Mittelpunkt der Diskussionen des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“. In der Straßenrechtstagung 2006 unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. Willi Blümel (Speyer) und Prof. Dr. Klaus Grupp wurden wie gewohnt von profunden Kennern der Materie wesentliche Aspekte dieses Fragenkreises beleuchtet.

Bei dieser Tagung wurden auch organisatorische Fragen von besonderem Gewicht erörtert und gelöst.

Professor Blümel, der 30 Jahre lang souverän den Vorsitz des Arbeitsausschusses innehatte, gab diesen nunmehr ab; mit ihm haben auch Professor Grupp, der in den letzten Jahren ihm zur Seite stand und nunmehr ebenfalls emeritiert ist, sowie Ministerialrat Jürgen Kern, Wiesbaden, als stellvertretender Leiter, der in Ruhestand getreten ist, ihre Ämter abgegeben. Die Teilnehmer dankten ihnen für ihr langjähriges großes Engagement mit herzlichem Beifall.

Zum Leiter des Ausschusses wurde Professor Dr. Dr. Wolfgang Durner vom rechtswissenschaftlichen Fachbereich der Universität Bonn gewählt; sein Vertreter wurde Ministerialrat Siegfried Rinke, Leiter des Referats für Straßenrecht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in Bonn.

Eine gewisse Zäsur hat auch die Tatsache gebracht, dass die Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen, Köln, in folge einer grundlegenden Organisationsreform den bisherigen Arbeitsausschuss „Straßenrecht“ nicht weiter beherbergt. Als „Arbeitskreis Straßenrecht“ wird er nunmehr vom Lehrstuhl von Professor Durner betreut.

Um dem Forschungsseminar ein ansprechendes Ambiente zu ermöglichen und damit den Stabwechsel zu erleichtern, hat Professor Stürer seine privaten Räume im Tecklenburger Land zur Verfügung gestellt. Auch ihm und seiner Gattin wurde herzlich gedankt.

Die Bundesanstalt für Straßenwesen, Bergisch Gladbach, wird weiterhin die Tagungsbände in ihrer Schriftenreihe „Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Unterreihe Straßenbau“ veröffentlichen, um sie einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich zu machen; Herrn Konrad Porschen, der die Veröffentlichung betreut, sei hier gedankt.

Bergisch Gladbach, im Juli 2007

Konrad Bauer

Michael Sauthoff
 Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichtes
 Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald

Bestehende Refinanzierungsmöglichkeiten für Aufwendungen zum Bau und Unterhalten öffentlicher Straßen

A. Grundlagen

I. Anliegen

Refinanzierung soll im Sinne der Privatfinanzierung des Baus, Ausbaus, Verbesserung und der Unterhaltung öffentlicher Straßen verstanden werden. Es geht um die unmittelbare oder mittelbare Heranziehung Privater zur Finanzierung der Wahrnehmung von Aufgaben der Straßenbaulast. Die folgenden Ausführungen sollen einen Überblick über die bestehenden Möglichkeiten geben, Aufwendungen für Bau und Unterhaltung von öffentlichen Straßen durch Private zu refinanzieren. Damit sollen Zahlungen für Straßennutzer und andere, namentlich Anlieger, geklärt werden, die bereits nach geltender Rechtslage erhoben werden (können).

Wenn Modelle von Abgaben im Bereich des Straßenverkehrs erarbeitet werden, sind Kenntnisse über bestehende Refinanzierungsmöglichkeiten erforderlich,

- um eine gerechte Verteilung, insbesondere Heranziehung besonders Bevorteilter, zu erreichen,
- um zu wissen, welche der Kosten bereits refinanziert sind,
- um Doppelbelastungen zu erkennen und
- um Steuerungseffekte einschätzen zu können, die nur dann hinreichend sicher prognostiziert werden können, wenn klar ist, auf welches Umfeld (neue) Abgaben stoßen.

Dabei bestehen folgende Systematisierungsmöglichkeiten:

Man kann an den Gegenstand der Refinanzierung anknüpfen und danach fragen, ob der Bau, der Ausbau, die Verbesserung und die Unterhaltung öffentlicher Straßen mit den Einnahmen finanziert werden.

Denkbar ist auch, danach zu differenzieren, welche Leistungen der öffentlichen Hand Gegenstand der Zahlungspflicht sind: ob es um spezifische, einem bestimmten Nutzer zuzurechnende Vorteile geht, etwa die Umgestaltung eines Straßenteils oder eine Sondernutzung oder um die Ausübung des Gemeingebrauchs.

Damit zusammenhängend, aber gleichwohl unabhängig davon kann der Charakter der Zahlung betrachtet werden, d. h., ob es sich um eine öffentliche- oder privatrechtliche Zahlung handelt und ob sie als öffentlich-rechtlicher Anspruch als Erstattungsanspruch, Beitrag, Gebühr oder als Sonderabgabe ausgestaltet ist.

Als Teil einer möglichen Refinanzierung kann auch die Entscheidung angesehen werden, ob der Straßenbaulastträger seine Aufgabe selbst wahrnimmt oder sie auf einen Dritten überträgt. Geht man von der Sicht des Straßenbaulastträgers aus, kann man somit unter Refinanzierung zweierlei verstehen:

- Der Straßenbaulastträger nimmt die Aufgabe selbst wahr und macht Geldleistungen gegenüber Dritten geltend. Diese können sein
 - andere Straßenbaulastträger¹,
 - andere Träger der öffentlichen Gewalt²,
 - Private.
- Der Straßenbaulastträger überträgt die Erfüllung der Aufgabe auf einen Dritten und dieser wird berechtigt, sich seinerseits zu refinanzieren.
- Aus der Sicht des von der Straßen Bevorteiltern (Nutzer oder Anlieger) ist es sekundär, an wen er seinen Beitrag zur Refinanzierung leistet: Hier ist entscheidend, wofür er nach welchem Maßstab zur Zahlung herangezogen wird.

II. Vorspann: Public Private Partnership

1. Definition

Die Übertragung oder die Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben wird vielfach als Public Private Partnership – PPP – bezeichnet. Über

¹ Etwa bei Kreuzungsbauwerken

² Etwa bei Kreuzungsbauwerken der Träger der Unterhaltungslast von Wasserstraßen oder Eisenbahnlinien

die Definition und die Anforderungen an eine „echte“ PPP besteht dabei noch kein Einverständnis. Charakteristisch für eine PPP erscheint mir die wechselseitige Verteilung von Risiken auf den jeweiligen Vertragspartner zu sein, der eher in der Lage ist, das Risiko zu beherrschen oder zu minimieren. Kein PPP liegt vor, wenn ein Vertragspartner das ganze Risiko trägt³.

Abzugrenzen von Public Private Partnerships sind vor allem materielle Privatisierungen, also der Verkauf zuvor staatlicher Unternehmen sowie kurzfristiges Outsourcing. Die häufigsten Formen von PPP sind Betreibermodelle und Konzessionsmodelle. Die Verantwortung für die Bereitstellung der jeweiligen Infrastruktur verbleibt bei Public Private Partnerships bei der öffentlichen Hand.

2. Charakteristika

Charakteristisch sind⁴:

- Langfristige Partnerschaft: In einer PPP finden sich öffentliche Hand und Private zusammen, um über den kurzfristigen Austausch von Leistungen hinaus dauerhaft einen Zweck zu erreichen. Zumeist erstreckt sich eine PPP über einen Zeitraum von 20 und mehr Jahren.
- Risikoteilung: Bei einer PPP sollen die mit dem Projekt verbundenen Risiken in der Weise geteilt werden, dass derjenige Partner ein Risiko trägt, der es am besten managen kann (Risikomanagementkompetenz). Dabei ist nicht die maximale, sondern die optimale Risikoübertragung an den privaten Partner das Leitmotiv bei der Realisierung einer PPP.
- Lebenszyklus-Ansatz: Die anfallenden Kosten für das Projekt werden „ganzheitlich“ betrachtet, also über den gesamten Nutzungszeitraum inklusive Bau-, Betriebs-, Wartungs- und Verwerungskosten.

³ ZIEKOW

⁴ In Anlehnung an VIFG <http://www.vifg.de/index.php?action=40>

⁵ § 3 Abs. 1 und 3 FStrG; § 9 StrG BW; § 9 Abs. 1 BayStrWG; § 7 Abs. 2 Berl StrG; § 9 Abs. 1 bis 3 Brbg StrG; § 10 Brem StrG; § 13 Abs. 1 bis 3 Hamb WG; § 9 Abs. 1 Hess StrG; § 11 StrWG MV; § 9 NStrG; § 9 Abs. 1 und 40 StrWG NRW; § 11 Abs. 1 StrG RP; § 9 Abs. 1 Saarl StrG; § 9 Sächs StrG; § 9 StrG LSA; § 10 StrWG SH; § 9 Thür StrG

⁶ § 45 Abs. 6 StVO

- Output-Orientierung: Der private Partner hat bestimmte, (meist) vertraglich festgelegte Leistungen zu erbringen und wird anhand dieser Leistungen vergütet. Der genaue Weg, wie diese Leistungen zu erbringen sind, wird jedoch meist offengelassen. Bei Nicht-Erbringung der Leistungen oder bei Nicht-Erfüllung festgelegter Qualitätsstandards wird die Vergütung entsprechend vermindert.

III. Straßenrechtlicher Ausgangspunkt

1. Regelungsmaterien

Folgende Begriffe prägen das Umfeld des Regelungsbereichs des Baus, des Ausbaus, der Verbesserung und der Unterhaltung von Straßen:

- Straßenbaulast⁵: Sie umfasst die Planung, Bau und Unterhaltung sowie Erneuerung, Erweiterung, die Erhaltung und Wiederherstellung der Straße einschließlich der damit verbundenen finanziellen Verpflichtungen. Unterhaltung als Teil der Straßenbaulast umfasst – nur – Maßnahmen zur Erhaltung (Instandhaltung) oder Beseitigung von Abnutzungserscheinungen oder von Schäden (Instandsetzung), nicht der Neu- oder Wiedererrichtung.
- Verkehrsregelungspflicht⁶: Sie betrifft die Pflicht, durch Anbringung von Verkehrszeichen und -einrichtungen für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu sorgen und die Einrichtungen für die Regelung des Verkehrs so zu gestalten, dass sie ihrem Zweck gerecht werden, den Verkehr zu erleichtern und Verkehrsgefahren zu verhüten; zuständig ist grundsätzlich die Straßenverkehrsbehörde.
- Reinigungs- und Winterdienstpflicht: Sie betrifft Regelungen, die bestimmen, ob und in welchem Umfang Straßen zu reinigen und wintermäßig zu betreuen sind. Sie sind nach den überwiegenden Bestimmungen der Straßengesetze nicht teil der Straßenbaulast.
- Beseitigung von übermäßigen Verschmutzungen und Hindernissen: Die Straßenbaubehörden und die Straßenverkehrsbehörde können unter bestimmten Voraussetzungen auf Kosten des Verantwortlichen die Verschmutzung oder Benetzung sowie Gegenstände auf der Straße beseitigen.

- **Verkehrssicherungspflicht:** Sie folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, diejenigen ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren notwendig sind. Die Straßenverkehrssicherungspflicht ergibt sich aus dem Umstand, dass von der Straße durch Zulassung des öffentlichen Verkehrs Gefahren ausgehen können. Der Inhalt dieser Straßenverkehrssicherungspflicht geht dahin, die öffentlichen Verkehrsflächen möglichst gefahrlos zu gestalten und zu erhalten sowie im Rahmen des Zumutbaren alles zu tun, um den Gefahren zu begegnen, die den Verkehrsteilnehmern aus einem nicht ordnungsmäßigen Zustand der Verkehrsflächen drohen⁷.

Trotz des rechtlichen verschiedenen Ausgangspunktes sind diese Aufgaben solche, die im Zusammenhang mit öffentlichen Straßen entstehen und die finanzielle Aufwendungen der öffentlichen Hand verursachen. Überdies überschneiden sich vielfach in dem tatsächlichen Umfang der Aufgaben die verschiedenen Rechtskreise.

2. Straßenbaulast⁸

a) Grundlagen

Die Erfüllung der Aufgaben aus der Straßenbaulast obliegt dem Straßenbaulastträger ausschließlich im öffentlichen Interesse⁹. Es besteht daher kein Anspruch eines Einzelnen auf Bau, Ausbau oder Unterhaltung einer Straße¹⁰. Selbst wenn eine Verletzung der objektiven Pflichten aus der Straßenbaulast nachgewiesen werden könnte¹¹, kommt allenfalls ein nicht förmliches Begehren in Betracht; förmliche Rechtsbehelfe sind untunlich.

b) Insbesondere: Bundesstraßen

Nach § 5 Abs. 1 FStrG ist der Bund Träger der Straßenbaulast für die Bundesfernstraßen, soweit nicht die Baulast anderen nach gesetzlichen Vorschriften oder öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen einem Dritten obliegt¹².

Nach der heutigen gesetzlichen Regelung (Art. 90 Abs. 2 GG) hat der Bund in der Regel weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit, durch eigene Behörden Bundesstraßen zu verwalten¹³. Die Länder tragen die Verwaltung. Die daraus sich ergebende „faktische Baulast“, die sich aus der Verwal-

tungskompetenz des Landes ergibt, ist aber von der „finanziellen Baulast“ zu unterscheiden. Diese wirkt sich zwar in erster Linie im Verhältnis von Bund und Land als Träger der Auftragsverwaltung aus; auf sie kommt es aber auch an, wenn es im Verhältnis zu einem Dritten nicht um den Ersatz von Schäden durch pflichtwidriges Verwaltungshandeln, sondern um die Kosten vorgenommener, durch die Verkehrssicherung erforderter Maßnahmen geht¹⁴.

Da die Einrichtung der Straßenbaubehörden in diesem Falle nach Art. 85 GG Angelegenheit der Länder ist, sind im Bundeshaushalt in der Hauptsache die Haushaltsmittel für die Unterhaltung, den Um- und Ausbau sowie den Neubau der nach dem Bundesfernstraßengesetz in der Fassung vom 20. Februar 2003 (BGBl. I S. 287) in der Baulast des Bundes stehenden Bundesfernstraßen (Bundesautobahnen und Bundesstraßen) veranschlagt. Gemäß Art. 3 des Straßenbaufinanzierungsgesetzes vom 28. März 1960 (BGBl. I S. 201) ist über die Verwendung der Straßenbaumittel ein Straßenbauplan aufgestellt, der dem Kapitel 12 10 als Anlage beigefügt ist. Nach § 6 Abs. 2 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs (BStrVermG) i. d. F. des Finanzanpas-

⁷ Zu diesen zivilrechtlichen Ansprüchen BURMANN NZV 2003, 20; EDENFELS VersR 2002, 2772; GEIGEL: Der Haftpflichtprozess, 23. Aufl. 2001 14. Kapitel; SAUTHOFF BADK-Inf 1997, 5 und 38; ders.: Straße und Anlieger, 2003 § 27

⁸ BARTLSPERGER: Das Gefahrenrecht auf öffentlichen Straßen. Zulässigkeit verkehrsberuhigender Straßeneinbauten, 1994; BLUM DVBI 1977, 282; HÖVEL JuS 1991, 764; WENDRICH DVBI 1979, 30; ders.: NdsVBI 1998, 6

⁹ BGH, U. v. 5. Juli 1990 – III ZR 217/89, BGHZ 112, 74 m. w. N.; OVG Münster, U. v. 10. Nov. 1994 – 23 A 2097/93, NVwZ-RR 1995, 482; VGH Mannheim U. v. 5.8.1996 – 8 S 380/96 – NVwZ 1997, 1021; MARSCHALL/SCHROETER/KASTNER, Fernstraßengesetz, 5. Aufl. 1998 § 3 Rdn. 3; KODAL/KRÄMER, Straßenrecht, 6. Auflage 1999, Kapitel 12 Rdn. 5; vgl. MANSSEN NZV 2001, 150 (151 f.)

¹⁰ OVG Magdeburg, U. v. 9. April 1997 – A 4 S 6/97, VwRR MO 1997, 121; VGH Mannheim, U. v. 5. Aug. 1996 – 8 S 380/96, NVwZ 1997, 1021

¹¹ Zum Umfang der Straßenbaulast im Einzelnen SAUTHOFF, Straße und Anlieger Rdnr. 513 ff.

¹² Etwa Regelungen in §§ 5 Abs. 2, 13, 13a FStrG, §§ 14 f. EKRg, § 42 BWaStrG, in Planfeststellungsbeschlüssen oder öffentlich-rechtlichen Verträgen; vgl. MARSCHALL/SCHROETER/KASTNER § 5 Rdn. 4 f.

¹³ BGHZ 16, 95 (98) = NJW 1955, 298

¹⁴ BGH NVwZ 1990, 297

sungsgesetzes vom 30. August 1971 (BGBl. I S. 1426) erhält der Bund die Einnahmen, die sich im Zusammenhang mit der Straßenbaulast, der Benutzung der Bundesfernstraßen und der Bewirtschaftung des bundeseigenen Vermögens ergeben. Nach § 6 Abs. 3 BStrVermG trägt der Bund die Zweckausgaben aus der Wahrnehmung der Straßenbaulast und die Zweckausgaben im Zusammenhang mit der Erhaltung und Bewirtschaftung des bundeseigenen Vermögens. Er gilt Zweckausgaben, die bei der Entwurfsbearbeitung und Bauaufsicht entstehen, durch die Zahlung einer Pauschale, die für Kosten der Entwurfsbearbeitung 2 v. H. der Baukosten, für Kosten der Bauaufsicht 1 v. H. der Baukosten beträgt¹⁵.

Sonderbestimmungen gelten für festgesetzte Ortsdurchfahrten nach § 5 I bis III FStrG. Gemeinden mit mehr als 80.000 Einwohnern sind Träger der Straßenbaulast für die Ortsdurchfahrten im Zuge von Bundesstraßen. Maßgebend ist die bei der Volkszählung festgestellte Einwohnerzahl. Die Gemeinde bleibt abweichend hiervon Träger der Straßenbaulast für die Ortsdurchfahrten im Zuge der Bundesstraßen, wenn sie es mit Zustimmung der obersten Kommunalaufsichtsbehörde gegenüber der obersten Landesstraßenbaubehörde erklärt. In den Ortsdurchfahrten der übrigen Gemeinden ist diese Trägerin der Straßenbaulast für Gehwege und Parkplätze (§ 5 Abs. 3 FStrG). Das bedeutet vor allem, dass die Gemeinde nicht Trägerin der Straßenbaulast anderer Straßenteile ist, etwa eines Radwegs oder eines Grünstreifens zwischen Fußweg und angrenzenden Grundstücken. Im Einzelnen sind die Nr. 11 bis 17 der ODR heranzuziehen. Eine Gemeinde mit mehr als 50.000, aber weniger als 80.000 Einwohnern wird Trägerin der Straßenbaulast für die Ortsdurchfahrten im Zuge der Bundesstraßen, wenn sie dies mit Zustimmung der obersten Kommunalaufsichtsbehörde gegen-

über der obersten Landesstraßenbaubehörde verlangt (§ 5 Abs. 2a FStrG).

In dem Umfang, in dem in diesen Fällen der so genannten geteilten Straßenbaulast die Gemeinden Träger der Straßenbaulast sind, handeln sie nicht auf Grund einer nur intern verbindlichen Aufgabenverteilung, sondern ist ihnen eine (auch) nach außen hin wirksame eigene Verwaltungszuständigkeit zur Verwirklichung der ihnen – auch hinsichtlich der Kosten – obliegenden Straßenbaulast übertragen¹⁶.

Zu der Fernstraße gehören auch die unselbstständigen Gehwege der Ortsdurchfahrten, denn „unselbstständige Gehwege“ sind fester Bestandteil eines einheitlichen Straßenkörpers. Sie bedürfen – im Gegensatz zu den selbstständigen Gehwegen – keiner besonderen Hervorhebung, weil sie notwendigerweise das rechtliche Schicksal der Straße teilen, zu der sie untrennbar gehören. Zudem dienen auch Gehwege den Zwecken der Fernstraße (vgl. § 1 I FStrG) zumindest dadurch, dass sie der Fahrbahn den für den Verkehrsfluss hinderlichen Fußgängerverkehr entziehen¹⁷. In den Ortsdurchfahrten der übrigen Gemeinden ist die Gemeinde Träger der Straßenbaulast für solche unselbstständigen Gehwege und Parkplätze. Unselbstständige Radwege teilen stets das rechtliche Schicksal der Hauptfahrbahn¹⁸, d. h., sie unterliegen nicht der Baulast der Gemeinde¹⁹. Selbstständige gemeindliche Verkehrsanlagen wie Geh-, Radwege oder Parkplätze gehören nicht zur Bundesfernstraße und unterliegen damit ausschließlich dem Landeswegerecht²⁰.

Führt die Ortsdurchfahrt über Straßen und Plätze, die erheblich breiter angelegt sind als die Bundesstraße, so ist von der Straßenbaubehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde die seitliche Begrenzung der Ortsdurchfahrten besonders festzulegen. Kommt ein Einvernehmen nicht zustande, so entscheidet die oberste Landesstraßenbaubehörde. Seitliche Begrenzungen kommen hauptsächlich bei Ortsdurchfahrten in Betracht, die über Plätze führen. Die Entscheidung der obersten Landesstraßenbaubehörde ist ein anfechtbarer Verwaltungsakt²¹. Die Festlegung einer seitlichen Begrenzung hat zur Folge, dass die außerhalb der Begrenzung liegenden Straßenteile nicht zur Bundesfernstraße gehören; ihre Rechtsverhältnisse richten sich ausschließlich nach Landeswegerecht²².

¹⁵ Siehe <http://www.bundesfinanzministerium.de/bundeshaus halt2005/pdf/epl12/s1210a01.pdf>

¹⁶ BVerwG BUCHHOLZ 407.4 § 17 FStrG Nr. 28

¹⁷ BVerwGE 78, 79 = NVwZ 1988, 146

¹⁸ KRÄMER FStrG § 5 Rdn. 4

¹⁹ KODAL/KRÄMER Kapitel 13 Rdn. 25. Zum Problem kombinierter Rad- und Fußwege im einzelnen ZEITLER Art. 42 Rdn. 46; WENDRICH DVBl 1973, 475 (477)

²⁰ KRÄMER FStrG § 5 Rdn. 4

²¹ KRÄMER FStrG § 5 Rdn. 4

²² KRÄMER FStrG § 5 Rdn. 4

3. Bedeutung der Finanzierbarkeit für die Planung

Die Art der Finanzierung eines Straßenbauvorhabens unterliegt nicht der fachplanerischen Abwägung und ist nicht Regelungsgegenstand des Planfeststellungsbeschlusses. Die Entscheidung des Trägers der Straßenbaulast für eine Privatfinanzierung ist ihrer Art nach eine finanz- und haushaltspolitische Entscheidung, die haushaltsrechtlichen Bindungen unterliegt. Sachlicher Geltungsbereich und Adressatenkreis der haushaltsrechtlichen Normen sind begrenzt. Das Haushaltsrecht begründet vornehmlich organschaftliche Bindungen für die mit der Haushalts- und Wirtschaftsführung sowie ihrer Kontrolle befassten Organe und Behörden des Staates; es entfaltet grundsätzlich keine materiellrechtliche Außenwirksamkeit zwischen Verwaltung und Bürger. Das gilt auch für das Verhältnis zwischen Haushaltsrecht und (straßenrechtlicher) Fachplanung. Einer Planung, die nicht realisierbar ist, fehlt es aber an der erforderlichen Rechtfertigung; sie ist rechtswidrig; dazu gehört auch der Mangel der Finanzierbarkeit eines Straßenbauvorhabens. § 17 VI Satz 1 FStrG gibt einen Anhaltspunkt für die Dauer des Zeitraumes, in dem die Unsicherheiten einer Plandurchführung längstens als zumutbar erscheinen und von den Planbetroffenen hinzunehmen sind. Dieser Zeitrahmen kann auch auf das planungsrechtliche Vollzugshindernis der mangelnden Finanzierbarkeit des Vorhabens übertragen werden²³.

B. Übertragung der Aufgabenerfüllung

I. Modelle²⁴

1. Betreibermodell allgemein

Bei Betreibermodellen verpflichtet sich ein privater Investor gegen Entgelt gegenüber der öffentlichen Hand, eine Infrastrukturanlage zu planen, zu bauen, zu finanzieren und zu betreiben. Nach außen tritt der Betreiber regelmäßig nicht als selbstständiger Rechtsträger in Erscheinung. Die öffentliche Hand bleibt gegenüber der Öffentlichkeit verpflichtet, die in Frage stehende Versorgungsleistung zu erbringen. Hierfür erhebt sie Gebühren. Die Betreibermodelle unterscheiden sich daher von der Konzession dadurch, dass die öffentliche Hand und nicht der Nutzer den Betreiber vergütet.

2. Konzessionsmodell

Beim Konzessionsmodell verpflichtet sich der Auftragnehmer, eine bestimmte Leistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko unmittelbar an den Bürger zu erbringen. Im Gegenzug erhält er das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von Nutzern zu finanzieren. Er steht in unmittelbarer vertraglicher Beziehung zu den Nutzern. Die Berechtigung zur Entgelt- oder Gebührenerhebung wird durch Verleihung der Berechtigung zur Erhebung einer Gebühr oder durch eine Tarifgenehmigung zur Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts übertragen. Gegenstand einer Konzession kann sowohl eine Bau- wie auch eine Lieferleistung sein.

3. Betriebsführungsmodell

Anders als bei den Betreiber- und Konzessionsmodellen überträgt die öffentliche Verwaltung beim Betriebsführungsmodell lediglich die Betriebsführung einem privaten Unternehmen, das hierfür ein Entgelt erhält.

II. Übertragung der Straßenbaulast auf andere öffentliche Träger

1. Begriff

Die Straßenbaulast kann von dem gesetzlich vorgesehenen Straßenbaulastträger auf einen Dritten übertragen werden (Sonderbaulast).

2. Gesetz oder Satzung

Sonderbaulasten können auch durch Satzung übertragen werden, soweit das Landesrecht hierfür eine Ermächtigung vorsieht²⁵.

²³ BVerwG NVwZ 2000, 555

²⁴ Zum Folgenden: Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zu dem Grünbuch der EU Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen. Vgl. auch schon GRUPP: Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, DVBl. 1994, S. 140; ders.: Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, in: (BLÜMEL, Hrsg.) Verkehrswegerecht im Wandel, 1994, S. 129

²⁵ § 47 StrG BW (für die Unterhaltung von Gehwegen an Ortstraßen und Ortsdurchfahrten); § 39 II Hess StrG

3. Verwaltungsakt

Die Straßenbaulast kann durch Verwaltungsakt auf einen anderen als den gesetzlich vorgesehenen Straßenbaulastträger übertragen werden. In Betracht kommen v. a. Auflagen in Planfeststellungsbeschlüssen und Flurbereinigungsplänen²⁶.

4. Öffentlich-rechtliche Vereinbarung

Die Landesstraßengesetze²⁷ und das Bundesfernstraßenrecht²⁸ sehen die Übernahme der Straßenbaulast durch öffentlich-rechtlichen, nicht durch privatrechtlichen Vertrag durch Dritte vor. Es gelten hier die Verfahrens- und Formvorschriften der §§ 54 ff. VwVfG. Verträge besonderer Art sind Rezesse²⁹ etc.³⁰.

Daher kann auch eine Gemeinde einen Gehweg und Radweg außerhalb der Ortsdurchfahrt einer klassifizierten Straße abweichend auf Grund einer Vereinbarung mit dem Kreis bzw. Land herstellen und in die Straßenbaulast übernehmen³¹. Eine Gemeinde kann sich auch hinsichtlich eines bestimmten Gemeindegebiets gegenüber einem anderen, an sich zuständigen Straßenbaulastträger im Wege der Sonderbaulast zur Straßenreinigung und Betrieb der Straßenbeleuchtung verpflichten³².

Eine Gemeinde kann aber wegen des Territorialprinzips nicht die Straßenbaulast für eine Straße außerhalb ihres Gebiets übernehmen³³. Damit ist es auch nicht möglich, dass zwei Gemeinden vertraglich die Straßenbaulast für eine an der Gemeindegrenze verlaufenden Straße gemeinsam übernehmen³⁴.

5. Privatrechtliche Vereinbarungen

Bürgerlich-rechtliche Verpflichtungen Dritter zur Erfüllung von Aufgaben aus der Straßenbaulast lassen die Straßenbaulast als solche unberührt³⁵. Damit kann privatrechtlich lediglich die Erfüllung der Straßenbaulast übertragen werden, nicht diese selbst³⁶.

Insbesondere kann eine Gemeinde ihre Erschließungsaufgabe durch eigene Bedienstete unter Inanspruchnahme von Werkunternehmern auf ihre Kosten mit der Folge einer Erhebung von Beiträgen erfüllen (vgl. § 123 Abs. 1 i. V. m. §§ 127 ff. BauGB bzgl. Erschließungsanlagen). Dann wird unter ihrer Regie, in ihrem Auftrag und auf ihre Kosten erschlossen. Die Erschließungsaufwendungen hat sie regelmäßig anschließend von den bauwilligen Erwerbern der baureif gemachten Grundstücke

durch Erschließungsbeiträge (§§ 127 ff. BauGB) zu erheben. Eine solche Vereinbarung liegt auch vor, wenn die Gemeinde auf einem ihr gehörenden Gelände durch Unternehmen Straßen, Wege und Plätze mit dazugehörigen Einrichtungen planen und herstellen lässt, sie ihren Einfluss auf die Arbeiten sicherstellt und den Erschließungsaufwand dadurch übernimmt, dass sie sich zur Erstattung der Erschließungskosten an den Unternehmer verpflichtet. Ein hoheitlicher und damit öffentlich-rechtlicher Vorgang liegt hierin nicht³⁷.

Ein mangels Vorliegens der Voraussetzungen gescheiterter öffentlich-rechtlicher Vertrag auf Übertragung der Straßenbaulast kann als privatrechtliche Vereinbarung zur Erfüllung der Aufgaben der Straßenbaulast umgedeutet werden³⁸.

6. Umfang der Sonderbaulast

Die Sonderbaulast ändert nichts an der Einstufung einer Straße. Sie umfasst nur die Pflichten. Aus ihr kann keine Zuständigkeit zum Erlass von Hoheits-

²⁶ FICKERT § 45 Rdn. 4; KODAL/KRÄMER Kapitel 14 Rdn. 6; ZEITLER Art. 44 Rdn. 12 ff. Damit kann einer Teilnehmergemeinschaft nach dem FlurbG die Straßenbaulast übertragen werden

²⁷ § 45 I StrG BW; Art. 44 I BayStrWG (nicht für Gemeinde- und sonstige Straßen); § 8 I Berl StrG; § 9 IX Bbg StrG; § 11 Brem StrG, § 45 I Hess StrG; § 12 II Hamb WG; § 17 I StrG MV; § 45 NStrG; § 45 I StrG NRW (nicht für Gemeinde- und sonstige Straßen), § 16 I StrG PR; § 48 I Saarl StrWG (nicht für Gemeinde- und sonstige Straßen); § 43 I Sächs StrG; § 43 I StrG LSA; § 16 StrWG SH; § 44 I Thür StrG

²⁸ § 5 I 2 FStrG spricht ebenfalls von abweichenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen; a. A. OVG Lüneburg SchlHA 1989, 91 = KStZ 1990, 99

²⁹ GRÖPPER DVBI 1969, 945; KODAL/KRÄMER Kapitel 14 Rdn. 7.1; ZEITLER Art. 44 Rdn. 8 ff.

³⁰ Vgl. VGH Mannheim, U v. 27. 1. 1998 – 5 S 2224/95 – juris.

³¹ OVG Schleswig SchlHA 1989, 91 = KStZ 1990, 99, hier Übertragung der Verpflichtung zur Herstellung von Nebeneinrichtungen (Gehweg, Radweg u. a. m.) an der freien Strecke einer Kreisstraße vom Kreis auf die Gemeinde

³² VGH München, 5. 6. 1987 – Az: 4 B 86.02476, dort auch zur Frage der Rechtsnachfolge bei Gebietsänderung

³³ FICKERT § 35 Rdn. 8

³⁴ So aber OVG Lüneburg NVwZ-RR 1989, 383

³⁵ § 45 I StrWG BW; Art. 44 II BayStrWG; § 8 II Berl StrG; § 11 II Brbg StrG; § 11 II Brem StrG; § 45 II Hess StrG; § 17 I StrWG MV; § 45 I StrWG NRW; § 16 I StrG RP; § 48 I Saarl StrG; § 45 I Sächs StrG; § 43 I StrG LSA; § 16 I StrWG SH; § 44 II Thür StrG

³⁶ FICKERT § 45 Rdn. 7

³⁷ BGH ZfBR 1995, 16

³⁸ ZEITLER Art. 44 Rdn. 22

akten, etwa die Entscheidung über Sondernutzungserlaubnisse oder Befugnis zur Planung entgegen der Einstufung der Straße in eine bestimmte Straßenklasse, hergeleitet werden³⁹.

7. Exkurs: Vorhabenbezogener Bebauungsplan

Der Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans zur Übertragung der Straßenbaulast auf die Gemeinde scheidet schon deswegen aus, weil eine öffentliche Straße kein Vorhaben i. S. des § 29 BauGB und damit auch nicht i. S. des § 12 BauGB ist. Daher entbehrt auch ein Durchführungsvertrag, durch den sich die Gemeinde verpflichtet, die Straße eines anderen Baulastträgers zu bauen (und zu unterhalten), jeglicher Rechtsgrundlage⁴⁰.

8. Exkurs: Kommunale Vorfinanzierung

Das Programm der „Kommunalen Vorfinanzierung“ bietet beispielsweise in NRW seit dem Jahr 2002 den Kommunen die Möglichkeit, die Umsetzung von Vorhaben aus den Programmen „Um- und Ausbau von Landesstraßen bis 3 Mio. € Gesamtkosten je Maßnahme“ und „Radwegebau an bestehenden Landesstraßen“ zu beschleunigen. Dabei stehen für Maßnahmen je Regierungsbezirk bestimmte Beträge zur Verfügung. Maßnahmen, die trotz hoher Dringlichkeit auf Grund der Mittelknappheit des Landes nicht kurzfristig zum Zuge kommen, können durch die Vorfinanzierung der Kommunen vorgezogen werden. Da die Vorfinanzierungskosten von rd. 40 % der anfallenden Investitionskosten

(erst fünf Jahre nach Fertigstellung der Maßnahme beginnt die Rückzahlung des Landes an die Kommune in fünf gleich großen Jahresraten) von den Kommunen selber zu tragen sind, ist dieses Instrument für finanzschwache Gemeinden meist nicht zugänglich⁴¹.

III. Hoheitliche Übertragung der Pflichtigkeit auf Private

1. Übertragung der Baulast

Die Straßenbaulast für untergeordnete Straßen kann durch Satzung übertragen werden, soweit das Landesrecht hierfür eine Ermächtigung vorsieht⁴².

2. Sondernutzung

Derjenige, der eine Straße im Wege der Sondernutzung in Anspruch nimmt, ist verpflichtet, diese in den ursprünglichen Zustand zurückzusetzen⁴³. Eine solche Sondernutzung liegt insbesondere auch dann vor, wenn die Straße durch ein überschweres Fahrzeug befahren wird und die Widmung nach ihrem ausdrücklichen Inhalt oder nach der erkennbaren Beschaffenheit des Straßenkörpers auf ein bestimmtes Gewicht beschränkt ist. Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob die Sondernutzung mit oder ohne die erforderliche Erlaubnis ausgeübt wurde.

Derartige Regelungen enthält auch das Bundesfernstraßengesetz in § 8 Abs. 2a FStrG

3. Privatrechtliche Sondernutzung

Maßnahmen zur Wiederherstellung einer Straße, die im Rahmen einer bürgerlich-rechtlichen Sondernutzung, namentlich bei Verlegung von öffentlichen Versorgungsleitungen, in Anspruch genommen worden sind, sind privatrechtlich geschuldet und dürfen daher nicht durch Verwaltungsakt angeordnet werden. Das gilt auch dann, wenn für die Durchführung der ursprünglichen Bauarbeiten eine Sondernutzungserlaubnis erteilt worden ist. Sie müssen also Gegenstand der privatrechtlichen Vereinbarung sein⁴⁴.

4. Straßenreinigung und Winterdienst innerhalb der geschlossenen Ortslage

a) Umfang

Ausgangspunkt ist, dass die in den Landesstraßengesetzen geregelte Pflicht zur Straßenreinigung in-

³⁹ FICKERT § 35 Rdn. 6

⁴⁰ VGH München

⁴¹ So Bezirksregierung Münster – Bezirksplanungsbehörde Geschäftsstelle des Regionalrates Sitzungsvorlage 36/2006, http://66.102.9.104/search?q=cache:3Ddb_I5KhdKJ:www.bezreg-muenster.nrw.de/aufgaben/Organisation/Dezernate/Dezernat_61/Regionalrat/TOPs_RR_20060619/TOP_05.pdf+kommunale+vorfinanzierung+2006&hl=de&gl=de&ct=clnk&cd=38; vgl. auch Richtlinien zum Kommunalen Investitionsfonds (§ 19 FAG), Amtsbl. Schl.-H. 2005 S. 1033

⁴² Art. 47 III BayStrWG (für die Unterhaltung von Gehwegen; siehe .Art. 47 Rdn. 45 ff., der allerdings nicht von einer Sonderbaulast spricht; § 39 II Hess StrG

⁴³ § 8 IIa FStrG; § 20 Str BW; Art. 14 IV BayStrWG; § 16 Brbg StrG; § 20 Brem StrG; § 13 IV und V Hamb WG; § 21 Hess StrG; § 29 StrWG MV; § 16 NStrG; § 16 StrWG NRW; 44 StrG RP; § 21 Saarl StrG; § 16 Sächs StrG; § 16 StrG LSA; § 27 StrWG SH; § 16 Thür StrG

⁴⁴ OVG Magdeburg, U. v. 29.03.2006 – 1 L 149/03

nerhalb der geschlossenen Ortslage, die insbesondere auch die Verpflichtung zum Schneeräumen und zum Streuen bei Schnee und Eisglätte umfasst, der Gemeinde – vorbehaltlich einer Übertragung auf die Anlieger – obliegt⁴⁵. Diese Pflicht kann auch aus der allgemeinen, bei öffentlichen Straßen regelmäßig den Baulastpflichtigen treffenden, Verkehrssicherungspflicht folgen⁴⁶. Beide Pflichtenkreise decken sich bei Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslage⁴⁷. Der Begriff der geschlossenen Ortslage ist den Legaldefinitionen der „Ortsdurchfahrt“ zu entnehmen⁴⁸. Diese (polizeiliche) Reinigungspflicht trifft die Gemeinde auch für Bundesstraßen, unabhängig davon, ob sie für eine Teileinrichtung oder die ganze Straße baulastpflichtig ist.

⁴⁵ KODAL/KRÄMER Kapitel 41 Rdn. 4 ff.; WENDRICH NZA 1990, 89 (91 f.)

⁴⁶ BGH, U. v. 5. Juli 1990 – III ZR 217/89, BGHZ 112, 74, 79 f. = VersR 1990, 1148

⁴⁷ BGH, U. v. 5.7.1990 – (Fn. 14)

⁴⁸ OVG Münster U. v. 28. Sept. 1989 – 9 A 1974/87, NVwZ-RR 1990, 508. Siehe § 5 Abs. 4 S. 1 FStrG; § 8 Abs. 1 StrG BW; § 5 Abs. 1 S. 1 Brbg StrG; Art. 4 Abs. 1 BayStrWG; § 4 Abs. 1 NStrG; § 5 Abs. 1 StrWG NRW; § 12 Abs. 6 StrG RP; § 4 Abs. 1 Saarl StrG; § 5 Abs. 1 Sächs StrG; § 5 Abs. 1 StrG LSA; § 5 Abs. 1 Thür StrG

⁴⁹ BVerwG U. v. 5.8.1965 – I C 78.62 – BVerwGE 22, 26 (27 f.) = NJW 1966, 170; BVerwG U. v. 7.4.1989 – 8 C 90/87 – NVwZ 1990, 169

⁵⁰ BVerwG U. v. 10.5.1974 – VII C 46.72 – BUCHHOLZ 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 23

⁵¹ BayVerfGH U. v. 29.4.1983 – Vf.16-VII-80 – NJW 1983, 2871

⁵² § 7 III FStrG

⁵³ § 42 BW; Art. 16 BayStrWG; § 17 Brbg StrG; § 40 Brem StrG; § 36 Hamb WG; § 15 Hess StrG; § 49 StrWG MV; § 17 NStrG; § 17 StrWG NRW; § 40 StrG RP; § 16 Saarl StrG; § 17 Sächs StrG; § 17 StrG LSA; § 46 StrWG SH; § 17 Thür StrG

⁵⁴ OVG Lüneburg U. v. 18.5.1992 – 12 L 178/89 – NVwZ-RR 1993, 57 zur Straßenreinigungspflicht bei Pferdeäpfeln auf einer autofreien Inselgemeinde

⁵⁵ OLG Düsseldorf U. v. 17.2.1994 – 18 U 175/93 – NVwZ-RR 1995, 2

⁵⁶ BATTIS, ZfBR 1999, 240; BICK, DVBI 2001, 154; BROHM, JZ 2000, 321; ders.: 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, S. 457ff.; ERBGUTH/WITTE, DVBI 1999, 435; GLOMBIK, LKV 1999, 168; MEHDE BauR 2002, 876; OEHMEN/BUSCH, BauR 1999, 1402; PIETZCKER, Festschrift Hoppe S. 439 ff. Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden von städtebaulichem Vertrag und Erschließungsvertrags BIRK, BauR 1999, 205. Zum Problem der Kommerzialisierung kommunaler Gemeinwohlkonkretisierung GRIGOLEIT, Verw 33, 79. Zu steuerrechtlichen Aspekten GRZIWOTZ, ZfBR 2000, 414

⁵⁷ Dazu = NVwZ 2000

⁵⁸ Vgl. auch OERDER, BauR 1998, 22; ders. NVwZ 1997, 1190

b) Übertragung auf Anlieger

Landes- oder ortsrechtliche Vorschriften lassen die Übertragung der Straßenreinigungspflicht auf die Anlieger zu oder regeln dies⁴⁹. Dabei muss eine objektive Beziehung des Grundstücks zur Straße bestehen, die die Inanspruchnahme des personal Berechtigten an dem Grundstück als willkürfrei erscheinen lässt. Eine derartige Beziehung wird grundsätzlich durch das Angrenzen geschaffen⁵⁰, aber auch dann, wenn die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Nutzung des Grundstückes besteht. Der erforderliche personale Bezug ist in den Ermächtigungen der Landesstraßengesetze im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltet (Eigentum, dingliche Berechtigung zur Nutzung des Grundstücks, Berechtigung zur Nutzung des Grundstücks auf Grund von Miete oder Pacht).

Die Übertragung kann im Einzelfall unzumutbar sein⁵¹. Daher kommt sie nicht in Betracht, wenn der Anlieger sich bei der Ausführung der Reinigung gefährden müsste. Eine Übertragung der Reinigung und des Winterdienstes an der Fahrbahn einer Bundes-, Landes- und Kreisstraße scheidet daher grundsätzlich aus.

5. Übermäßige Verunreinigung

Die allgemeine Reinigungspflicht obliegt – auch bei Bundesstraßen⁵² – dem Verursacher bei über das übliche Maß hinausgehender Verunreinigung⁵³. Dies ist dann der Fall, wenn der Verschmutzungsgrad nicht dem üblichen Zustand einer Straße dieser Art entspricht⁵⁴. Die allgemeine polizeiliche Reinigungspflicht umfasst nicht die schwierige Beseitigung von Verunreinigungen wie etwa Ölspuren⁵⁵.

IV. PPP bei der Herstellung oder Unterhaltung

1. Städtebauliche Verträge der Gemeinde⁵⁶

a) Grundsätze

Das BauGB und die Kommunalabgabengesetze hinsichtlich der Ausbaubeiträge⁵⁷ regeln etliche Verträge, die die Gemeinde im Zusammenhang mit bauplanerischen Fragen einschließlich der Erschließung in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang sind aber auch andere Verträge denkbar. Es ergibt sich folgende, nicht abschließende Übersicht⁵⁸:

- Bauplanungsverträge (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB),
- Baureifmachungsverträge (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB),
- Baurealisierungsverträge (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB),
- Folgelastenverträge (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB),
- Vorhaben- und Erschließungsplan (§ 12 BauGB),
- Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB),
- naturschutzrechtliche Ausgleichsvereinbarung⁵⁹,
- freiwillige Umlegung.

Im Zusammenhang mit der Finanzierung von Straßen sind v. a. der Vorhaben- und Erschließungsplan (§ 12 BauGB) und der Erschließungsvertrag (§ 123 BauGB) von Bedeutung.

Städtebauliche Verträge können sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein. Die Frage des Rechtscharakters muss nach dem Vertragsgegenstand und -zweck beurteilt werden. Ein zivilrechtlicher Vertrag kann zum öffentlich-rechtlichen Vertrag werden, wenn er Regelungen über die Kostentragung zugunsten der Gemeinde enthält. Andererseits sind Verträge zur Verschaffung des Eigentums an Grundstücken⁶⁰ privatrechtlich zu beurteilen. Allerdings können städtebaulicher Verträge auch nebeneinander zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente enthalten. So ist ein Grundstückskauf privatrechtlicher Natur, auch wenn er mit sonstigen öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Vereinbarungen verknüpft ist⁶¹.

Zu den jeweils speziellen Regelungen des Gesetzes treten die allgemeinen Grundsätze; sie sind in § 11 BauGB – teilweise – kodifiziert und haben allgemeine Bedeutung⁶². Maßgebend sind außerdem bei öffentlich-rechtlichen Verträgen §§ 54 ff. VwVfG.

Es bestehen Grenzen der Zulässigkeit⁶³.

(1) Bei der Frage der Wirksamkeit einer vertraglichen Kostenabwälzung stellen sich jeweils vier Fragen, nämlich: – erstens – wer die abgewälzten Kosten tragen müsste, wenn der Vertrag hinweggedacht wird, – zweitens – ob die dieser Kostentragung zugrunde liegende Regelung zwingend oder der vertraglichen Disposition zugänglich ist, – drittens – wie weit gegebenenfalls

die Dispositionserlaubnis reicht und schließlich – viertens – ob ein sich (etwa) als verletzt erweisendes Dispositionshindernis Verbotsqualität hat oder nicht⁶⁴. Dabei müssen die gesamten vertraglichen Regelungen berücksichtigt werden⁶⁵.

Grundsätzlich ist ein Vertrag nichtig, der gegen die genannten Anforderungen verstößt. Liegt allerdings lediglich ein Verstoß gegen die Angemessenheit vor, ist zu prüfen, ob nicht die Gegenleistung teilbar ist, d. h. auf das angemessene Maß herabgesetzt werden kann. In solchen Fällen würde es den Vertragspartner, der ursprünglich auf einen solchen Vertrag eingegangen ist, unbillig bevorzugen, wenn der Vertrag wegen seiner Unangemessenheit nichtig wäre und er so seiner Verpflichtung ledig würde.

(2) Es besteht ein Koppelungsverbot (vgl. § 56 Abs. 2 VwVfG; § 11 Abs. 2 S.2 BauGB). Zum einen darf danach durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden, was nicht ohnedies schon in einem inneren Zusammenhang steht, zum anderen dürfen hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen (kein „Verkauf von Hoheitsakten“)⁶⁶. Eine unzulässige Gegenleistung des Bürgers liegt z. B. vor, wenn die Behörde im Gegenzug eine Leistung verspricht, auf die der Bürger nach dem einschlägigen Bundes- oder Landesrecht ohnehin Anspruch hat⁶⁷, oder wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht

⁵⁹ BECKMANN, Festschrift HOPPE S. 531 ff.; BROHM, Festschrift HOPPE S. 511; FRANCKENSTEIN, BayVBI 2001, 65; Stich, ZfBR 2001, 80

⁶⁰ BVerwG DVBI 1993, S. 654

⁶¹ BVerwG NVwZ 1994, 1012 f.

⁶² BATTIS, in: BATTES/KRAUTZBERGER/LÖHR, § 11 Rn 1

⁶³ Zu strafrechtlichen Aspekten GRZIWOTZ, BauR 2000, 1437; 2001, 1530

⁶⁴ BVerwGE 89, 7 = DVBI 1992, 372 = NJW 1992, 1642

⁶⁵ OVG Saarlouis KStZ 1995, 216, 219

⁶⁶ Zur Verknüpfung mit städtebaulichen Belangen BVerwGE 111, 162, = NVwZ 2000, 1285

⁶⁷ BVerwGE 96, 326, 335; BVerwG NVwZ 1991, 574

gestellte Leistung⁶⁸, etwa wenn in einem Vertrag baulichen Inhalts die Gegenleistung des Bürgers in einer Zahlung zugunsten einer beliebigen öffentlichen Aufgabe der Behörde besteht⁶⁹. Die Übernahme von Verpflichtungen, insbesondere auch von (Folge-)Kosten⁷⁰, müssen bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs im angemessenen Verhältnis zum Wert des Vorhabens stehen. Außerdem dürfen auch sonst keine Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass die vertragliche Übernahme von Verpflichtungen eine unzumutbare Belastung bedeutet. Verträge, die unter Missbrauch der Überlegenheit des einen oder des anderen Vertragsteils zustande kommen, sind nichtig. Es ist aber davon auszugehen, dass Verträge nur dann wegen eines Verstoßes gegen dieses Verbot unwirksam sind, wenn im Einzelfall besondere Umstände den Vorwurf des Machtmissbrauchs begründen⁷¹.

(3) Hinsichtlich der Zulässigkeit vorweggenommener Planungsentscheidungen gelten die allgemeinen Regeln⁷². Eine Zusage oder ein Vertrag

auf Aufstellung eines Bebauungsplans ist gem. § 2 Abs. 3 BauGB unwirksam⁷³, kann aber u. U. in eine Garantie umgedeutet werden, dass das Grundstück bebaubar ist mit der Rechtsfolge eine Rücktritts oder eines Schadenersatzanspruchs⁷⁴.

b) Vorhabenbezogener Bebauungsplan (§ 12 BauGB)⁷⁵

Die spezifischen Regelungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans liegen bestehen in Folgendem:

- Der Vorhabenträger legt einen mit der Gemeinde abgestimmten Vorhabens- und Erschließungsplan und einen Durchführungsvertrag⁷⁶ vor (§ 12 Abs. 1 S.1 BauGB);
- die Gemeinde beschließt den vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 Abs. 2 S. 1 BauGB), nachdem der Durchführungsvertrag abgeschlossen ist (§ 12 Abs. 1 S.1 a. E. BauGB);
- es besteht keine Bindung an den Festsetzungskatalog nach § 9 BauGB und an die BauNVO (§ 12 Abs. 2 S. 2 Halbs. 1 BauGB);
- das Planungsschadensrecht ist nicht anwendbar (§ 12 Abs. 2 S. 3 Halbs. 2 BauGB).

Hier besteht für einen privaten Akteur (z. B. einen Investor), der ein bestimmtes bauliches Vorhaben auf einem bestimmten Grundstück errichten möchte (Vorhabenträger) die Möglichkeit, durch einen Vorhaben- und Erschließungsplan (§ 12 BauGB), der ein mit der Gemeinde abgestimmtes Vorhaben einschließlich Erschließung enthält, die Einleitung eines Bebauungsplanverfahrens zu beantragen. Der Vorhaben- und Erschließungsplan ist somit ausgerichtet auf die Einschaltung einer Bauträgerfirma als Investor. Die Besonderheit des Vorhaben- und Erschließungsplans besteht in einer „Paketlösung“, nämlich dem Vorhaben- und Erschließungsplan des Investors, der gemeindlichen Satzung und dem Durchführungsvertrag zwischen Gemeinde und Investor⁷⁷. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan ist im Übrigen ein Bebauungsplan, für den die allgemeinen Regelungen gelten⁷⁸.

c) Erschließungsvertrag⁷⁹

Der Gesetzgeber eröffnet der Gemeinde die Möglichkeit, zur Entlastung ihres Personals und Haushalts die Erschließung auf einen Dritten zu übertragen (§ 123 Abs. 1 i. V. m. § 124 BauGB). Die Gemeinde überträgt durch öffentlich-rechtlichen Er-

⁶⁸ BVerwG DÖV 1979, 756 – Baudispens gegen Entrichtung der Einkommensteuer; BVerwGE 111, 162 = NVwZ 2000, 1285 – Schaffung von Bauland gegen „nicht zweckgebundenen Zuwendung“ zur Instandsetzung von Kinderspielplätzen

⁶⁹ BVerwGE 111, 162 = NVwZ 2000, 1285 unter Hinweis auf BTDrucks 7/910, S. 80

⁷⁰ Zur Verknüpfung mit städtebaulichen Belangen BVerwGE 111, 162, = NVwZ 2000, 1285

⁷¹ SCHARMER, NVwZ 1995, 219, 222

⁷² Dazu bereits oben Rdn. 28

⁷³ BVerwG BauR 1982, 30; NJW 1980, 2538; BGHZ 71, 386 = NJW 1978, 1802; NJW 1980, 826

⁷⁴ BGHZ 71, 386; BGH NJW 1990, 245

⁷⁵ Dazu BATTIS, 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, S. 507 ff.; BECKER KommPraxis MO 2002, 153 und 164; DOLDERER, UPR 2001, 41; FABER, Festschrift HOPPE S. 425 ff.; GLOMBIK, LKV 1999, 168 und 392; REIDT, LKV 2000, 417; ROTTMANN, 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, S. 487; STICH, WiVerw 1999, 22; THUROW, UPR 2000, 16; WIRTH, BauR 1999, 130. Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden von städtebaulichem Vertrag und Erschließungsvertrags BIRK, BauR 1999, 205; zum Problem der Kommerzialisierung kommunaler Gemeinwohlkonkretisierung GRIGOLEIT, Verw 33, 79. Zu Entschädigungs- und Schadenersatzansprüche bei gescheiterten vorhabenbezogenen Bebauungsplänen FISCHER, DVBI 2001, 258

⁷⁶ Dazu BURMEISTER VBIBW 2002, 245

⁷⁷ PIETZCKER, DVBI 1992, 658

⁷⁸ S. BVerwG NVwZ 1999, 987; zur Amtshaftung BGHZ 142, 259 = NJW 2000, 427

⁷⁹ GRZIWOTZ JuS 1998, 1013

schließungsvertrag (§ 124 BauGB) die technische und finanzielle Abwicklung der Erschließung auf einen Erschließungsunternehmer. Dieser stellt dann in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten die Erschließungsanlagen als eigene Einrichtung her.

Der „klassische“ Erschließungsträger ist ein privates Unternehmen, das alle oder zumindest die meisten Grundstücke im Erschließungsgebiet besitzt. Sofern die Grundstücke im Erschließungsgebiet mehreren Eigentümern gehören, können sich diese gegenüber der Gemeinde zur Erschließung verpflichten und bilden so eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Fraglich ist, ob auch eine Eigengesellschaft der Kommune Dritter sein kann⁸⁰.

Zwar verbleibt die gesetzliche Erschließungslast bis zur endgültigen Herstellung bei der Gemeinde. Abgesehen von dieser nur noch latenten Pflicht ist die Gemeinde aber mit der Erschließung nicht mehr befasst. Nach Abschluss der Erschließungsarbeiten überträgt der Erschließungsunternehmer die fertig gestellten Erschließungsanlagen auf die Gemeinde, und zwar unentgeltlich. Er refinanziert sich durch Verkauf oder vergleichbare Nutzung der erschlossenen Grundstücke, wobei er seine Erschließungsaufwendungen auf den Grundstückspreis aufschlägt. Folge ist, dass Erschließungskosten nicht bei der Gemeinde, sondern bei dem Erschließungsunternehmer entstehen, der seinerseits nicht zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen berechtigt ist. Allerdings meint der Erschließungsbegriff dieser Vorschrift die (öffentliche) Erschließung schlechthin und geht damit insbesondere über den für § 127 Abs. 1 BauGB kennzeichnenden Erschließungsbegriff hinaus und kann daher auch die Herstellung eines Schmutzwasserkanals umfassen⁸¹. Es bestehen somit zwei Vertragsebenen, bei der die eine nicht ohne die andere denkbar ist. Zum einen ist dies der öffentlich-rechtliche Vertrag in Form des Erschließungsvertrags nach § 124 BauGB. Das besondere Kriterium der öffentlich-rechtlichen Vertragsebene ist die Tatsache, dass der Erschließungsträger alle Erschließungsanlagen zu 100 % finanziert und so die Gemeinde von jeglicher Eigenbeteiligung entbunden wird. Davon zu unterscheiden ist die privatrechtliche Vertragsebene. Dadurch refinanziert der Erschließungsträger seinen Erschließungsaufwand. Für den Fall, dass er Eigentümer aller Grundstücke ist, wird er seinen Aufwand in den Verkaufspreis einrechnen und so die Käufer anteilig mit den Erschließungskosten belasten⁸².

Der Gemeinde obliegt es, eine weichenstellende Entscheidung darüber zu treffen, ob sie in einem konkreten Einzelfall die Durchführung der Erschließung durch den Abschluss eines Erschließungsvertrags einem privaten Dritten übertragen, ihm also die technische Durchführung und finanzielle Abwicklung einschließlich der Refinanzierung ihm entstehender Erschließungskosten überlassen will oder ob sie die Erschließung vollauf in eigener Regie vornehmen und in der Folge ihre beitragsfähigen Aufwendungen durch Beiträge refinanzieren will („Regieentscheidung“)⁸³.

Die Wirksamkeit einer vertraglichen Kostenabwälzung geht davon aus, dass das Bundesrecht eine Abwälzung der Erschließungskosten durch die Erhebung von Abgaben teilweise – noch – selbst vorsieht (§ 127 Abs. 1 BauGB), im Übrigen überlässt es dem Landesrecht, eine entsprechende Regelung zu treffen. § 124 Abs. 1 BauGB bietet zu dieser abgabenrechtlichen Kostenentlastung eine Alternative. Die Zulässigkeit des Abschlusses eines Erschließungsvertrags soll den Gemeinden allerdings nicht die Handhabe bieten, Erschließungsunternehmern mehr an Kosten zu überbürden, als die Gemeinden selbst im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Erschließungsvertrags nach den abgabenrechtlichen Vorschriften abwälzen könnten, wenn sie die Erschließung vornähmen und durch Abgaben abrechneten⁸⁴. Verträge, die diese Grenze der Vereinbarung einer weitergehenden Kostenabwälzung verletzen, sind (teil-)nichtig⁸⁵.

Ein besonderes Problem werfen die Fremdanlieger auf⁸⁶: Wenn durch eine von einem Erschließungsunternehmer herzustellende beitragsfähige Erschließungsanlage nicht nur die ihm gehörenden Grundstücke erschlossen werden, sondern auch

⁸⁰ Bejahend LÖHR in BATTIS/KRAUTZBERGER/LÖHR § 124 Rdn. 1; SCHMIDT-EICHSTAEDT, Der Dritte im Baugesetzbuch, BauR 1998, 899; ablehnend DRIEHAUS BauR 1999, 862; BIRK BauR 1999, 205; QUASS BauR 1999, 1113; WEBER VBIBW 2001, 95

⁸¹ BVerwGE 89, 7 = NJW 1992, 1642

⁸² BIRK, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, 3. Auflage, Rdnrn. 143-146

⁸³ OVG Münster StädteTg 1995,207 = GemHH 1996,71; a. A. OVG Schleswig NordÖR 2003, mit krit. Anm. DRIEHAUS NordÖR 2003

⁸⁴ Vgl. BGH LM § 123 BBauG Nr. 5 Bl. 1183, 1185

⁸⁵ BVerwGE 89, 7 = NJW 1992, 1642

⁸⁶ Dazu DOMBERT BauR 1999, 588; RODEGRA NVwZ 1997, 633

Grundstücke anderer Eigentümer (sog. Fremdanlieger), und will der Unternehmer den diesem Grundstück zuzuordnenden Anteil an den Erschließungskosten nicht selbst übernehmen, muss er versuchen, durch einen privatrechtlichen Vertrag eine Zahlungsforderung gegen den Fremdanlieger zu begründen. Gelingt ihm dies nicht, hat er keinen Anspruch auf einen anteiligen Ersatz der Erschließungskosten, weder aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch aus ungerechtfertigter Bereicherung⁸⁷.

2. PPP-Modelle im Fernstraßenbau

a) Gemeinsamkeiten

Im Bereich des Bundesfernstraßenbaus werden überwiegend zwei Formen von sog. Betreibermodellen angewendet:

- Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau (A-Modell),
- Betreibermodell gemäß Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (F-Modell).

Obwohl die Modelle als Betreibermodelle bezeichnet werden, haben sie auch Konzessionselemente.

Die Modelle haben folgende Gemeinsamkeiten:

- Die Infrastrukturverantwortung des Bundes und der Länder bleibt durch die Betreibermodelle unberührt. Dies wird auch dadurch deutlich, dass Voraussetzung für den Bau einer Bundesfernstraße (weiterhin) deren Berücksichtigung im Bedarfsplan Straße des Bundes ist.
- Die Betreibermodell-Projekte kann der Bund nur im Einvernehmen mit den Ländern durchführen. Darüber hinaus umfassen sie nur einen begrenzten Anteil des Gesamtnetzes der Bundesfernstraßen. Der Fortbestand der Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 GG ist somit gewährleistet.
- Die Verträge sind zeitlich befristet.

Hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung der jeweiligen Verkehrsprojekte ist zwischen den Verkehrsprojekten, die von Privaten im Rahmen des FStrPrivFinG errichtet und betrieben werden („F-Modelle“), und den Autobahnstreckenabschnitten, die von Privaten zunächst errichtet und auch im verkehrsrechtlichen Sinne betrieben werden, bei denen jedoch der Bund Betreiber im steuerrechtlichen Sinne bleibt („A-Modelle“), zu unterscheiden.

b) F-Modell

Seit September 1994 sind mit dem FStrPrivFinG die rechtlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Betreibermodells im Bundesfernstraßenbau gegeben. Danach können der Bau, die Erhaltung, der Betrieb und die Finanzierung von Bundesfernstraßen Privaten zur Ausführung übertragen werden. Hoheitliche Befugnisse gehen dabei grds. nicht auf den Privaten über. Der Betreiber erhält die Konzession, für einen bestimmten Zeitraum (üblicherweise 20-30 Jahre), ein solches Sonderbauwerk zu betreiben.

Zur Finanzierung derartiger Verkehrsprojekte sind die jeweiligen Landesregierungen jedoch ermächtigt, diesen Privaten durch Rechtsverordnung mit dem Recht zur Erhebung einer Mautgebühr zu beleihen; das Aufkommen daraus steht dem Privaten (Konzessionär) selbst zu. Er unterliegt allerdings der Aufsicht der obersten Landesstraßenbaubehörde bzw. einer dieser nachgeordneten Behörde, die auch Trägerin der Straßenbaulast bleibt. Mit der Errichtung, der Unterhaltung, dem Betrieb und der Finanzierung der Konzessionsstrecke wird der Konzessionär zu eigenen unternehmerischen Zwecken tätig. Diese bestehen ausschließlich darin, der Öffentlichkeit die Nutzung des Verkehrsbauwerks gegen Entgelt zu ermöglichen. Die von den Straßennutzern zu entrichtende Mautgebühr ist Gegenleistung dafür^{88, 89}.

Dieses Betreibermodell ist derzeit – auf Grund allerdings entfallener europarechtlicher Vorgaben – beschränkt auf so genannte „Erschwernisstrecken“:

- Brücken, Tunnel und Gebirgspässe im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen,
- mehrstreifige Bundesstraßen mit getrennten Fahrbahnen für den Richtungsverkehr mit Kraftfahrzeugen.

Die Zahl der nach dem Gesetz realisierbaren Maßnahmen (insbesondere Brücken- und Tunnelbauten) ist begrenzt, da sich nur bestimmte Vorhaben für eine Privatfinanzierung mit Refinanzierung durch Mautgebühren eignen. Ursächlich hierfür sind insbesondere die Lage der Projekte im Netz (z.

⁸⁷ BGH NJW 1974, 96

⁸⁸ Hinweis auf EuGH, Urteil vom 12. September 2000, Rs. C-359/97, Rz. 45

⁸⁹ Dazu BMF-Schreiben vom – 3.2.2005 – IV A 5 – S 7100 – 15/05, Rz. 1-4

B. innerorts oder Ortsumgehung mit guten Umfahrungsmöglichkeiten) sowie spezifische Projektsituationen, wie z. B. hohe Baukosten bei gleichzeitig relativ geringem Verkehrsaufkommen. Aus diesem Grunde kann zur Herstellung der erforderlichen privatwirtschaftlichen Rentabilität eine staatliche Anschubfinanzierung zu den Baukosten berücksichtigt werden, sofern das Projekt zum Zeitpunkt der Realisierung in den „Vordringlichen Bedarf“ des Bedarfsplanes eingestuft ist.

Die Höhe der Maut ist genehmigungspflichtig. Der Bund kann, wenn dies nötig ist, das Projekt mit einer Anschubfinanzierung in Höhe von bis zu 20 % der gesamten Projektkosten unterstützen.

Zu den Vorteilen des F-Modells werden gezählt⁹⁰:

- frühzeitige Realisierung von Maßnahmen im Bereich der Bundesfernstraßen,
- Haushaltsentlastung um bis zu 100 % der sonst erforderlichen Investitionsmittel (abhängig von der notwendigen staatlichen Anschubfinanzierung von bis zu 20 %),
- Entlastung der öffentlichen Hand von Betrieb und Erhaltung,
- vollständige Nutzerfinanzierung, da auch leichte Lkw und Pkw eine projektspezifische Mautgebühr zu zahlen haben.

Es wurden mit dem Warnowtunnel in Rostock (Eröffnung 2003) sowie dem Herrentunnel in Lübeck (Eröffnung 2005) bereits zwei Projekte realisiert.

c) A-Modell

Die Einführung der streckenbezogenen Gebühr für schwere Lkw (~ 12 t zulässiges Gesamtgewicht) auf Autobahnen⁹¹ ermöglicht ein Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau (A-Modell) mit folgenden Merkmalen:

- Der Anbau zusätzlicher Fahrstreifen, die Erhaltung und der Betrieb aller Fahrstreifen sowie die Finanzierung werden an einen privaten Betreiber übertragen.
- Das Gebührenaufkommen der schweren Lkw im auszubauenden Streckenabschnitt während des Betreiberzeitraumes wird für die Refinanzierung des privaten Betreibers vorgesehen.
- Die durch die Nutzung der Pkw/leichte Lkw entstehenden Infrastrukturkosten werden in Form

einer Anschubfinanzierung (ca. 50 % der sonst üblichen Baukosten) aus dem Straßenbauhaushalt aufgebracht.

Nach dem Musterkonzessionsvertrag A-Modell für den mehrstreifigen Autobahnausbau in der Variante Mischmodell ist vorgesehen, dass ein Privater („Konzessionsnehmer“) den Bau bzw. den Ausbau eines Autobahnstreckenabschnitts („Konzessionsstrecke“) sowie dessen Erhalt für die Dauer eines Vertragszeitraums von i. d. R. 30 Jahren übernimmt und als Gegenleistung neben einer im Einzelfall vereinbarten sog. Anschubfinanzierung einen Teilbetrag der auf diesem Streckenabschnitt vom Streckenbetreiber („Konzessionsgeber“) erhobenen Maut erhält. Mit der Abnahme des Streckenabschnitts wird die Verfügungsmacht darüber auf den Bund übertragen. Denn dieser ist von Beginn an bürgerlich-rechtlicher Eigentümer gewesen und kann von diesem Zeitpunkt an auch wirtschaftlich über den Abschnitt verfügen. Ausfluss dieser Verfügungsgewalt ist die Mauterhebung nach Inbetriebnahme des Streckenabschnitts. Die Zahlung einer Anschubfinanzierung stellt keinen Zuschuss, sondern im Voraus gezahltes Entgelt für den Ausbau des Streckenabschnitts dar. Die Summe aus evtl. gezahlter Anschubfinanzierung und anteilig weitergeleiteten Mautgebühren stellt das Entgelt sowohl für die Errichtung des Streckenabschnitts als auch für dessen Erhalt dar⁹².

Für die Realisierung eines A-Modells ist die Zustimmung der entsprechenden Landesregierung notwendig. Dies ergibt sich aus der Zuständigkeit der Länder für den Betrieb von Autobahnen nach Art. 90 Abs. 2 GG. Darüber hinaus müssen die für A-Modelle vorgesehenen Strecken gewisse ökonomische Mindestanforderungen erfüllen. So ist der Betrieb einer Autobahnstrecke nur bei zusammenhängenden Abschnitten von einer bestimmten Mindestlänge (ca. 20-30 km) wirtschaftlich sinnvoll⁹³.

Als Vorteile des A-Modells werden genannt⁹⁴:

- mögliche Kosteneinsparung durch Wettbewerb und privaten Betrieb,

⁹⁰ VIFG in <http://www.vifg.de/index.php?action=42> (10.9.2006)

⁹¹ Dazu unten

⁹² Dazu BMF-Schreiben vom – 3.2.2005 – IV A 5 – S 7100 – 15/05, Rz. 10 ff.

⁹³ VIFG in <http://www.vifg.de/index.php?action=41> (10.9.2006)

⁹⁴ VIFG in <http://www.vifg.de/index.php?action=41> (10.9.2006)

- zeitnaher Ausbau von derzeit über den Haushalt nicht zu finanzierenden Autobahnstrecken wird möglich,
- keine Erhebung einer zusätzlichen Maut zur Gebühr für schwere Lkw,
- keine Erhebung einer Maut für Pkw sowie leichte Lkw,
- Entlastung der öffentlichen Hand von Betrieb und Erhaltung,
- verwendung der Lkw-Gebühr für die Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur,
- teilweise Nutzerfinanzierung.

Die Projektliste des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen umfasst derzeit 5 Pilotprojekte, die ab 2005 umgesetzt werden.

Bei diesem Modell handelt es sich um eine Aufgabenprivatisierung, bei der jedoch nur der Vollzug von Aufgaben auf einen Privaten übertragen wird. Für die vertragliche Umsetzung sind besondere gesetzliche Regelungen nicht erforderlich.

Das Modell ist unabhängig von den Betreibermodellen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) und nur von der Einführung der streckenbezogenen Lkw-Gebühr auf Autobahnen abhängig.

d) „Funktionsbauverträge“

Neben den Betreibermodellen gibt es im Bereich des Fernstraßenbaus sog. „Funktionsbauverträge“⁹⁵. Hier handelt es sich um Bauverträge, bei denen die Anforderungen an den Straßenoberbau funktional beschrieben werden. Neben der eigentlichen Bauleistung übernimmt das private Unternehmen über einen vorgegebenen Zeitraum von 20-30 Jahren die bauliche Erhaltung, wobei die qualitativen Anforderungen anhand funktionaler Kriterien überprüft werden. Die Vergütung erfolgt aus dem Bundeshaushalt.

⁹⁵ Rupert SCHMERBECK, Pilotprojekte mit Funktionsbauverträgen – vertragliche Sicherung der Oberflächeneigenschaften in www.cemsuisse.ch/file/Funktionsbauvertraege_-_Sicherung_der_Oberflaecheneigenschaften.pdf – (12.9.2006)

⁹⁶ § 8 Abs. 7 KAG M-V

⁹⁷ § 7a FStrG; § 20 StrG BW; Art. 14iv BayStrWG; § 16 Bgb StrG; § 21 HessStrG; § 16 StrWG MV; § 16 StrWG NW; § 16 NStrG; § 53 I WaG RP; § 21 SaarlStrG; § 16 StrG LSA; § 16 SächsStrG; § 27 StrG SH; § 16 ThürStrG. Dazu § 7

Beispiele für Funktionsbauverträge:

- A 61 in Rheinland-Pfalz,
- A 81 in Baden-Württemberg,
- A 93 in Bayern,
- Ortsumgehung Miltenberg in Bayern.

C. Geldleistungen

I. Erstattungsanspruch

1. Übermäßiger Ausbau

Manche KAG⁹⁶ sehen vor, dass dann, wenn Straßen, Wege und Plätze, ungeachtet ihrer Widmung, deshalb kostspieliger gebaut oder ausgebaut werden müssen, als es ihrer gewöhnlichen Bestimmung gemäß notwendig wäre, weil sie im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung oder Ausbeutung von Grundstücken oder im Zusammenhang mit einem gewerblichen Betrieb außergewöhnlich beansprucht werden, die beitragsberechtigten kommunalen Körperschaften von den Eigentümern dieser Grundstücke oder von den Unternehmern der gewerblichen Betriebe besondere Straßenbaubeiträge als Ausgleich für die Mehraufwendungen erheben können.

2. Übermäßiger Gemeingebrauch

Wenn eine Straße wegen der Art des Gebrauchs durch einen anderen aufwändiger hergestellt oder ausgebaut werden muss, als es dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis entspricht, hat der andere dem Träger der Straßenbaulast die Mehrkosten für den Bau und die Unterhaltung zu vergüten⁹⁷.

3. Sondernutzung

Der Sondernutzer hat auf Verlangen dem Träger alle Kosten zu ersetzen, die ihm in dieser seiner Eigenschaft entstehen. Nach § 8 IIa Satz 3 FStrG sind erstattungsfähig aber nur solche Kosten, die in einem „adäquaten Kausalzusammenhang“ zur gewährten Sondernutzung stehen. Dies sind vor allem jene Kosten, die gerade durch die Ausübung der den Gemeingebrauch übersteigenden Sondernutzung entstanden sind. Ferner werden jene Kosten erfasst, welche der öffentlichen Hand dadurch entstehen, dass die für die Sondernutzung vorausgesetzte „Anlage“ Aufwendungen hat notwendig werden lassen. Der Berechtigte der Sondernutzung hat

nicht für die Folgen eintreten, ohne die gewährte Sondernutzung im Sinne einer Betrachtung der *conditio sine qua non* nicht eingetreten wären⁹⁸.

4. Anlegung von Zugang und Zufahrt

a) Sonderregelungen in Berlin, Bremen und Hamburg

Nach § 9 berlStrG, § 17 bremStrG und § 18 hambWG wird eine Zufahrt ungeschadet der Frage, ob die Anlegung oder Änderung einer Sondernutzungserlaubnis bedarf, von dem Träger der Straßenbaulast hergestellt, unterhalten und beseitigt. Die Kosten der Herstellung und die Kosten der Änderung oder Beseitigung, die infolge der Benutzung oder durch den Wegfall des Bedürfnisses notwendig wird, trägt der Erlaubnisnehmer. Im Übrigen werden die Kosten vom Träger der Straßenbaulast getragen. Wird die Überfahrt beseitigt, so ist der ordnungsmäßige Straßenzustand auf Kosten des Erlaubnisnehmers herzustellen. Hier ist also ausdrücklich bestimmt, dass nicht der Anlieger tätig wird bzw. werden muss, sondern der Träger der Straßenbaulast.

b) Bundesfernstraßengesetz und andere Bundesländer

Für die übrigen Länder ist streitig, ob der Anlieger selbst verpflichtet ist oder verpflichtet werden kann, eine Zufahrt selbst anzulegen. In der Sache ist jedenfalls davon auszugehen, dass unabhängig davon, ob eine Zufahrt als Gemeingebrauch oder Sondernutzung zu qualifizieren ist, ein Eingriff in den Straßenkörper einerseits einer Gestattung durch den Straßenbaulassträger bedarf, andererseits aber nicht dieser bzw. die Allgemeinheit die Kosten hierfür zu tragen hat, sondern der Anlieger selbst entweder die Maßnahmen an der Straße nach den Vorgaben des Straßenbaulassträgers vorzunehmen oder dessen Aufwendungen zu erstatten hat.

II. Beitrag

1. Wesen

Als Beitrag wird nach der üblichen, auch in § 1 Abs. 1 AO verwendeten Begriffsbestimmung die Beteiligung der Interessenten an den Kosten einer öffentlichen Einrichtung („Veranstaltung“) bezeichnet⁹⁹. Maßgebend ist der Gesichtspunkt der Gegenleistung: Das Gemeinwesen stellt eine besondere Einrichtung zur Verfügung; wer davon besonderen wirtschaftlichen Nutzen hat, soll zu den Kosten ihrer Errichtung und Unterhaltung beitragen. In der Lite-

ratur wird oft auf die „klassische“ Definition des preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 (§ 9) hingewiesen:

„Die Gemeinden können behufs Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung von Veranstaltungen, welche durch das öffentliche Interesse erfordert werden, von denjenigen Grundeigentümern und Gewerbetreibenden, denen hierdurch besondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, Beiträge zu den Kosten der Veranstaltungen erheben.“

Die Beiträge sind nach den Vorteilen zu bemessen. Der Gedanke der Gegenleistung, des Ausgleichs von Vorteilen und Lasten ist also der den Beitrag im abgabenrechtlichen Sinn legitimierende Gesichtspunkt; er muss deshalb auch die rechtliche Gestaltung, vor allem die Abgrenzung des Kreises der Beitragspflichtigen und den Veranlagungsmaßstab, bestimmen. Beitragspflichtig können nur diejenigen sein, die besondere Vorteile von der gemeindlichen Einrichtung haben¹⁰⁰.

2. Erschließungsbeitrag

a) Gegenstand

Die Gemeinden erheben zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwandes für Erschließungsanlagen einen Erschließungsbeitrag nach Maßgabe der folgenden Vorschriften. Erschließungsanlagen im Sinne dieses Abschnittes sind v. a. 1. die öffentlichen zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze und 2. Sammelstraßen innerhalb der Baugebiete; Sammelstraßen sind öffentliche Straßen, Wege und Plätze, die selbst nicht zum Anbau bestimmt, aber zur Erschließung der Baugebiete notwendig sind. Anknüpfungspunkt für die Beitragserhebung ist im Erschließungsbeitragsrecht die Erschließungslast der Gemeinde,

b) Vorteil(sbemessung)

Der Erschließungsvorteil besteht nach – der neueren – Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts bei Anbaustraßen in dem, was die Erschließung für die bauliche oder gewerbliche Nutzbarkeit (Nutzung) des Grundstücks hergibt. Die Erschließung

⁹⁸ BVerwG, 11.06.1993 – 4 B 101/93, BUCHHOLZ 407.4 § 8 FStrG Nr 22

⁹⁹ BVerfGE 7, 244 (254 f.)

¹⁰⁰ BVerfG, E. v. 20.05.1959 – 1 BvL 1/58, 1 BvL 7/58 – BVerfGE 9, 291 = VerwRspr 12, 646; so auch § BadWüKAG 2005; dazu Hans-Joachim DRIEHAUS NVwZ 2005

sei Voraussetzung für die nach dem Bebauungsrecht (§§ 30, 33, 34 und 35 BauGB) zulässige Ausnutzbarkeit der Grundstücke, die ihrerseits Auswirkungen auf den Gebrauchswert (Nutzungswert) dieser Grundstücke hat. Indem die Gemeinde durch die Herstellung von Erschließungsanlagen die Voraussetzungen für diese den Gebrauchswert der Grundstücke beeinflussende Ausnutzbarkeit schafft, die letztlich auf der Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser Anlagen beruhe, vermittele sie den Eigentümern der erschlossenen Grundstücke (Erschließungs-)Vorteile, zu deren Ausgleich sie Erschließungsbeiträge zu erheben verpflichtet ist. Dieser Vorteilsausgleich habe sich mithin an der durch die Erschließung ermöglichten vorbezeichneten Ausnutzbarkeit der Grundstücke zu orientieren¹⁰¹.

Nach anderer Ansicht besteht der durch die Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage ausgelöste Erschließungsvorteil für ein Grundstück in der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Erschließungsanlage. Danach richtet sich das Ausmaß des Erschließungsvorteils nach dem Ausmaß der von einem erschlossenen Grundstück aus zu erwartenden (wahrscheinlichen) Inanspruchnahme der Anlage und ist diese abhängig von dem Umfang der zugelassenen Ausnutzbarkeit des Grundstücks¹⁰².

c) Finanzierte Kosten und Verteilung

Nach 129 Abs. 1 BauGB können zur Deckung des anderweitig nicht gedeckten Erschließungsaufwands Beiträge nur insoweit erhoben werden, als die Erschließungsanlagen erforderlich sind, um die Bauflächen und die gewerblich zu nutzenden Flächen entsprechend den baurechtlichen Vorschriften zu nutzen (beitragsfähiger Erschließungs-

aufwand). Die Gemeinden tragen mindestens 10 vom Hundert des beitragsfähigen Erschließungsaufwands.

Sofern die Kosten nicht auf gesetzlichen Vorgaben, sondern auf einer vertraglichen Übernahme beruhen, können sie nicht durch Erschließungsbeiträge refinanziert werden.

Nach § 131 BauGB ist der ermittelte beitragsfähige Erschließungsaufwand für eine Erschließungsanlage auf die durch die Anlage erschlossenen Grundstücke zu verteilen. Mehrfach erschlossene Grundstücke sind bei gemeinsamer Aufwandsermittlung in einer Erschließungseinheit (§ 130 Abs. 2 Satz 3) bei der Verteilung des Erschließungsaufwands nur einmal zu berücksichtigen. Verteilungsmaßstäbe sind

1. die Art und das Maß der baulichen oder sonstigen Nutzung;
2. die Grundstücksflächen;
3. die Grundstücksbreite an der Erschließungsanlage.

Die Verteilungsmaßstäbe können miteinander verbunden werden. In Gebieten, die nach dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes erschlossen werden, sind, wenn eine unterschiedliche bauliche oder sonstige Nutzung zulässig ist, diese Maßstäbe in der Weise anzuwenden, dass der Verschiedenheit dieser Nutzung nach Art und Maß entsprochen wird.

d) Beitragserhebungspflicht

Bundsrechtlich besteht die Pflicht zum Erlass einer Erschließungsbeitragsatzung und deren Anwendung auf beitragsfähige Maßnahmen.

e) Ausbaubeitrag

(i) Gegenstand

Die Gemeinden erheben zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwandes für den Ausbau von öffentlichen Straßen Ausbaubeiträge. Zum Ausbau zählen alle Maßnahmen an erstmals hergestellten Einrichtungen oder Anlagen, die der Erneuerung, der Erweiterung, dem Umbau oder der Verbesserung dienen. Erneuerung ist die Wiederherstellung einer vorhandenen, ganz oder teilweise unbrauchbaren, abgenutzten oder schadhafte Anlage in einen den regelmäßigen Verkehrsbedürfnissen genügenden Zustand. Erweiterung ist die flächenmäßige Vergrößerung einer fertig gestellten Anlage oder deren Ergänzung durch weitere Teile. Umbau ist jede nachhaltige technische Verände-

¹⁰¹ BVerwG, U. v. 01.09.2004 – 9 C 15/03 – BVerwGE 121, 365 = NVwZ 2004, 1502 = DVBI 2005, 55 = KStZ 2005, 14 = HGZ 2005, 35 = ZMR 2005, 158 = DÖV 2005, 256 = BayVBI 2005, 248 = BUCHHOLZ 406.11 § 131 BauGB Nr 116 mit Anm. Hans-Joachim DRIEHAUS, DVBI 2005, 58; NordÖR 2005, 281; ZMR 2005, 81; Thomas WAIBL, BayVBI 2005, 250; Rüdiger NOLTE, jurisPR-BVerwG 4/2005 Anm. 1 (Anmerkung); Gerd THIELMANN, KStZ 2005, 11; Michael SAUTHOFF, NVwZ 2005, 743; Uwe KÄRGEL, ZMR 2005, 930; neuestens BVerwG, B. v. mit abl. Anm. Hans-Joachim DRIEHAUS NVwZ 2006

¹⁰² Hinweis auf BVerwG, U. v. 8.12.1995, BVerwGE 100, 104, 112 = NVwZ 1996, 803; vgl. auch DRIEHAUS, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl., § 9 Rdnr. 5, § 17 Rdnr. 33; für das Ausbaubeitragsrecht s. § 29 Rdnr. 11, je m. w. N.)

rung an der Verkehrsanlage. Verbesserung sind alle Maßnahmen zur Hebung der Funktion, der Änderung der Verkehrsbedeutung im Sinne der Hervorhebung des Anliegervorteils sowie der Beschaffenheit und Leistungsfähigkeit einer Anlage. Anknüpfungspunkt für die Beitragserhebung im Ausbaubeitragsrecht ist nicht – wie im Erschließungsbeitragsrecht – die Erschließungslast der Gemeinde, sondern deren Ausbaulast.

Beiträge werden auch für die Herstellung erhoben, soweit es sich nicht die erstmalige Herstellung der in § 127 Abs. 2 BauGB genannten Erschließungsanlagen handelt. Soweit eine Erschließungsanlage betroffen ist, greift der Vorrang des BauGB mit der Folge ein, dass vom Ausbaubeitragsrecht nur Maßnahmen erfasst werden können, die nach der erstmaligen Herstellung der Anlage durchgeführt werden. Insoweit können beitragsfähige Maßnahmen in einem solchen Falle nur die Erweiterung, Erneuerung oder Verbesserung sein.

Nicht beitragsfähig sind Maßnahmen der laufenden Unterhaltung und Instandsetzung. Die Unterhaltung beschränkt sich auf die Sicherung des vorhandenen Bestandes. Die Erhaltung ist identisch mit dem, was gemeinhin mit Instandhaltung und Instandsetzung bezeichnet zu werden pflegt, und umfasst die Maßnahmen, die der Beseitigung des gewöhnlichen Verschleißes der Anlage dienen, sowie die Reparaturen, derer es bedarf, um abgenutzte oder schadhafte Anlagenteile auszuwechseln¹⁰³. Die Erneuerung, also die Auswechslung von Teilen, die durch normalen Verschleiß geboten ist, ist als Teil der „Unterhaltung“ oder „Erhaltung“ der Anlage zu verstehen¹⁰⁴.

(ii) Vorteil(sbemessung)

Maßgebend ist der „wirtschaftliche Vorteil“ für das Grundstück. Dieser liegt in der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Anlage. Er wird je nach Landesrecht unterschiedlich gesehen.

(iii) Finanzierte Kosten und Verteilung

Bei der Ermittlung des Aufwandes bleibt ein dem wirtschaftlichen Vorteil der Allgemeinheit oder der

Gemeinde entsprechender Betrag außer Ansatz, soweit die Einrichtungen oder Anlagen erfahrungsgemäß auch von der Allgemeinheit oder von der Gemeinde selbst in Anspruch genommen werden. Je größer der Anteil der Allgemeinheit oder der Gemeinde ist, desto geringer der Anteil, den die Anlieger zu tragen haben.

(iv) Beitragserhebungspflicht

Nach den meisten Landesrechten¹⁰⁵ besteht die Pflicht zum Erlass einer Ausbaubeitragsatzung und deren Anwendung auf beitragsfähige Maßnahmen.

Die Verpflichtung der Gemeinde, Straßenbaubeiträge zu erheben, ergibt sich jedenfalls aus dem Gemeindehaushaltsrecht. Danach hat die Gemeinde die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen – so weit vertretbar und geboten – aus selbst zu bestimmenden Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen und im Übrigen aus Steuern zu beschaffen. Dabei schreibt das Landesrecht zwingend die Rangfolge für die Einnahmen der Gemeinden vor. Vorrangig sind hiernach die speziellen Entgelte, zu denen auch die Beiträge gehören.

Diese Vorrangigkeit der speziellen Entgelte vor Steuern folgt aus dem Verursacherprinzip und dient dem Vorteilsausgleich. Zu den speziellen Entgelten zählen neben den Beiträgen u. a. Gebühren, so auch die Benutzungsgebühren. Die Entscheidung darüber, ob eine bestimmte öffentliche Einrichtung oder Anlage allein über Benutzungsgebühren oder über Benutzungsgebühren und Beiträge refinanziert wird, steht im Ermessen der Gemeinde. Da die Gemeinde für die Straßenbenutzung jedoch – nach geltendem Recht – keine Benutzungsgebühren erheben darf, kann sie folglich auch nicht nach freiem Ermessen darüber entscheiden, ob sie Straßenbaubeiträge erhebt oder nicht. Geboten sein dürfte die Entgelterhebung immer dann, wenn die sonstigen Einnahmen der Gemeinde nicht ausreichen, die Erfüllung ihrer Aufgaben zu finanzieren. Diese Situation ist dann gegeben, wenn die Gemeinde Steuern erheben oder Kredite in Anspruch nehmen müsste, um die Straßenausbaumaßnahme zu finanzieren¹⁰⁶.

III. Finanzierungverträge mit Privaten

1. Vorausleistungsvertrag

Eine Vorausleistung ist eine Leistung, die vor Entstehen der endgültigen Beitragspflicht für ein einzelnes Grundstück zur Verrechnung mit der end-

¹⁰³ BVerwGE 28, 263 = Buchholz 407.2 Nr 3 = VkB1 1968, 273

¹⁰⁴ VGH Mannheim VGHBW-Ls 1992, Beilage 7, B13-14

¹⁰⁵ Nun auch wieder in Nds

¹⁰⁶ vgl. SächsOVG, Urt. v. 23.3.2004, SächsVBl. 2005, 112; VG Dresden, U. v. – 10.3.2006 – 4 K 2523/03

gültigen Beitragsschuld erbracht wird. Sie kann für Erschließungs- und Ausbaubeiträge vereinbart werden. Ein Vorausleistungsvertrag setzt voraus, dass die Gemeinde die Durchführung der Maßnahme in angemessener Zeit übernimmt und im Vertrag der Vorbehalt enthalten ist, dass die endgültige Abrechnung auf den §§ 127 ff. BauGB bzw. des Landesrechts und der geltenden Satzung durch Erlass eines Beitragsbescheides erfolgen soll. Bleibt der festgesetzte Beitrag hinter der Vorauszahlung zurück, ist die Differenz zu erstatten¹⁰⁷. Wenn sich die Herstellung der Anlage übermäßig verzögert, entfällt die Geschäftsgrundlage des Vertrags und ist die Zahlung zu erstatten¹⁰⁸, ebenso wenn die sachliche Beitragspflicht für das Grundstück nicht mehr entstehen kann¹⁰⁹. Die Rechtsfolgen eines Eigentumswechsels sind in den KAG unterschiedlich geregelt¹¹⁰.

2. Ablösungsvertrag¹¹¹

Die – öffentlich-rechtliche¹¹² – Vereinbarung einer Ablösung eines Beitrags (vgl. § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB) liegt – nur dann – vor, wenn eindeutig zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Beitragspflicht damit für alle Zeiten abgelöst werden soll, d. h., die Abrede unter Berücksichtigung der beachtlichen Umstände einzig die Deutung zulässt,

die Vertragspartner hätten das spätere Entstehen einer Beitragspflicht schlechthin ausschließen wollen¹¹³. Keine Ablösung liegt vor, wenn nur ein Teil der vereinbarten Ablösungssumme gezahlt wird oder die Ablösungsvereinbarung sich nur auf einen Teil des Erschließungsaufwandes bezieht¹¹⁴. Sie sind öffentlich-rechtliche Verträge¹¹⁵. Soweit eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über Ablösvereinbarungen fehlt, ist sie unmittelbar den §§ 54 ff. VwVfG und dem allgemeinen Abgabenrecht zu entnehmen¹¹⁶.

Ablösungsverträge müssen nach Erlass wirksamer Ablösungsbestimmungen¹¹⁷ und in inhaltlicher Übereinstimmung mit ihnen vereinbart werden¹¹⁸. Zum Mindestinhalt der Ablösungsbestimmungen gehört die Festlegung der Art der Ermittlung und Verteilung des mutmaßlichen beitragsfähigen Aufwands¹¹⁹. Sie müssen nicht in Satzungsform¹²⁰ erlassen werden¹²¹ und dürfen ihren Anwendungsbereich auf bestimmte Gebiete einer Gemeinde beschränken. Bestehen keine Ablösungsbestimmungen¹²², werden sie erst nach Vertragsabschluss erlassen¹²³ oder wird bei der Ermittlung des Ablösebetrags von den Ablösungsbestimmungen abgewichen, führt dies zur Nichtigkeit der Ablösungsabrede¹²⁴. Der Abschluss von Ablösungsvereinbarungen setzt aber nicht das Vorliegen einer Beitragsatzung voraus¹²⁵.

3. Vorfinanzierungsvertrag

a) Wesen

Bei einem Vorfinanzierungsvertrag übernimmt zwar der Vertragspartner des Straßenbaulastträgers die Herstellung der Anlage. Indes trägt er den entsprechenden Aufwand nicht endgültig selbst, sondern erhält das vorgelegte Geld von dem Straßenbaulastträger zu einem bestimmten Zeitpunkt zurück.

b) Vorfinanzierungsvertrag für Erschließungsanlagen

Die Gemeinde finanziert dann die Erschließung durch die Erhebung von Beiträgen. Die Grundstücke des Unternehmers bleiben von dieser Veranlagung regelmäßig ausgenommen, denn der auf diese Flächen entfallende Teil des Erschließungsaufwandes wird vorab bei der Erstattung der angefallenen Kosten durch die Gemeinde verrechnet¹²⁶. Die Vereinbarung zwischen einer Gemeinde und einem Bauträger, wonach der Bauträger einen Teil einer Erschließungsanlage auf eigene Kosten herstellen lässt, die entsprechenden Kosten beim Ver-

¹⁰⁷ BVerwG NVwZ-RR 1996, 465

¹⁰⁸ BVerwG DÖV 1968, 145

¹⁰⁹ BVerwG NVwZ 1992, 131

¹¹⁰ Vgl. dazu BVerwG NJW 1982, 951 und NVwZ 1998, 294

¹¹¹ GRZIWOTZ JuS 1998, 1015

¹¹² BVerwG NJW 1973, 1895; NJW 1976, 341

¹¹³ BVerwG BayVBl. 71, 19

¹¹⁴ OVG Münster, B. v. 13.11.1997 – 3 B 693/95 – juris.

¹¹⁵ BVerwG NJW 1976, 341

¹¹⁶ DRIEHAUS, Kommunalabgabenrecht, § 8 Rn. 152 ff.

¹¹⁷ BVerwG BauR 1982, 266

¹¹⁸ BVerwG DVBl 1990, 438. Ein vorheriger Vertragsabschluss führt zur Nichtigkeit, nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB; DRIEHAUS, Kommunalabgabenrecht, § 8 Rn. 57

¹¹⁹ BVerwGE 64, 361 = DVBl 1982, 550

¹²⁰ Zur Bindungswirkung der Satzungsform BVerwG BauR 1982, 266

¹²¹ BVerwG BauR 1982, 266

¹²² BVerwGE 64, 361 = DVBl 1982, 550

¹²³ DRIEHAUS, Kommunalabgabenrecht, § 8 Rn. 57

¹²⁴ BVerwGE 84, 183 = NJW 1990, 1679

¹²⁵ BVerwGE 64, 361 = DVBl 1982, 550

¹²⁶ OVG Saarlouis DÖV 1989, 861

kauf der einzelnen Bauplätze auf die Erwerber abgewälzt werden und die Gemeinde, nachdem sie die Erschließungsanlage insgesamt endgültig hergestellt hat, im Zuge der Beitragserhebung die dem Bauträger entstandenen Kosten dadurch zum Erschließungsaufwand übernimmt, dass sie anteilige Gutschriften auf die Beitragsschuld derjenigen vornimmt, die Bauplätze vom Bauträger erworben haben, ist als Vorfinanzierungsvertrag mit Anrechnungsregelung zu interpretieren und bei diesem Verständnis erschließungsbeitragsrechtlich nicht zu beanstanden¹²⁷.

c) Fernstraßen¹²⁸

Bei der Privatfinanzierung von Straßeninfrastruktur ist zwischen den Maßnahmen der privaten Vorfinanzierung und den Betreibermodellen gemäß Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) zu unterscheiden. Die private Vorfinanzierung ermöglicht eine vorgezogene Realisierung von Straßenbau-Infrastrukturmaßnahmen. Private übernehmen dabei zusätzlich zu den Bauleistungen auch die Finanzierung. Ein Jahr nach der Fertigstellung erfolgt die Refinanzierung in 15 Jahresraten aus dem Bundeshaushalt. Hauptanwendungsbereich waren die Projekte Deutsche Einheit. Der Schwerpunkt der Haushaltsfinanzierung dieser Projekte wurde in einen Zeitraum verschoben, in dem die Verkehrsprojekte Deutsche Einheit – Straße – weitgehend fertig gestellt sind und somit wieder ein

größerer Finanzierungsspielraum erwartet wurde. Der Deutsche Bundestag hatte im Rahmen der Beschlussfassungen zu den Bundeshaushalten 1994 bis 1996 insgesamt 12 Pilotprojekte vorgesehen. Ein Jahr nach der Fertigstellung erfolgt die Refinanzierung in 15 Jahresraten aus dem Bundeshaushalt¹²⁹.

Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes stellt die private Vorfinanzierung von Straßenbaumaßnahmen grundsätzlich keine wirksame Entlastung der öffentlichen Haushalte dar. Er hat mehrere der Pilotprojekte geprüft und dabei u. a. festgestellt:

- Die private Vorfinanzierung ist gegenüber einer Haushaltsfinanzierung unwirtschaftlich.
- Der Hauptbautitel wird in den Jahren der Rückzahlung um bis zu 330 Mio. Euro gekürzt, und es tritt ein Rückgang der Bauleistungen in der genannten Größenordnung ein.
- General- und Totalunternehmer erhoben Zuschläge, die den Bund zusätzlich belasteten.
- Bei einigen Projekten wurden die geplanten Bauzeiten und Baukosten erheblich überschritten.
- So genannte Effizienzvorteile waren nicht nachweisbar.

Dieses Modell wird daher seit dem Jahr 2000 vom Bundesverkehrsministerium nicht weiter verfolgt¹³⁰.

d) Exkurs: Vorfinanzierung durch Staat

Diese Konstellation kann auch umgekehrt eintreten, d. h., dass der Straßenbaulastträger Kosten, die ein Dritter endgültig zu tragen hat, vorfinanziert¹³¹.

IV. Gebühren

1. Wesen der Gebühr

Gebühren sind öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die aus Anlass individuell zurechenbarer, öffentlicher Leistungen dem Gebührenschuldner durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken¹³². Ihre besondere Zweckbestimmung, Einnahmen zu erzielen, um speziell die Kosten der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise zu decken, unterscheidet die Gebühr regel-

¹²⁷ OVG Saarlouis, Beschluss vom 9. Februar 1998, Az: 1 W 29/97 – juris

¹²⁸ Dazu BARTLSPERGER S. 299 ff.

¹²⁹ Deutscher Bundestag Drucksache 14/243

¹³⁰ UECHTRITZ: PPP im Straßenbau – Modelle, Praxiserfahrungen und Perspektiven – Thesenpapier Nr. 4

¹³¹ Bsp. BGH, B. v. 14. Januar 1999 – III ZR 12/98: Wegen der Verbreiterung der Bundesautobahn A 4 von vier auf sechs Fahrstreifen musste die die A 4 zwischen den Anschlussstellen W. und G. kreuzende Erdgasleitung der Beklagten durch die Verlängerung eines Schutzrohres gesichert werden. Da zwischen den Parteien unterschiedliche Auffassungen darüber bestanden, wer nach der geltenden Rechtslage die Kosten für die Sicherung der Leitung zu tragen hat, schlossen sie im August 1994 einen „Vorfinanzierungsvertrag“. Darin verpflichtete sich die Beklagte, die Leitungsänderung einschließlich Erdarbeiten unverzüglich durchzuführen, während sich die klagende Bundesrepublik verpflichtete, die streitigen Kosten einstweilen vorzulegen. Die endgültige Klärung der Kostenfrage sollte auf dem Rechtsweg erfolgen.

¹³² Hinweis auf BVerfGE 7, 244 (254); 18, 392 (396); 20, 257 (269); 28, 66 (86 ff.); BVerwGE 5, 136 (141); 12, 162 (170); WILKE, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S 16 ff, 24 ff, 55 ff, 90 ff.

mäßig von der Steuer¹³³. Aus dieser Zweckbestimmung folgt indes von Verfassungs wegen nicht, dass die Gebührenhöhe durch die Kosten der Leistung der öffentlichen Hand allgemein oder im Einzelfall in der Weise begrenzt sein müsse, dass Gebühren diese Kosten nicht übersteigen oder nicht unterschreiten dürfen. Auch folgt hieraus verfassungsrechtlich nicht, dass eine Gebührenregelung neben der Erzielung von Einnahmen zum Zwecke der vollständigen oder teilweisen Kostendeckung nicht noch weitere Zwecke verfolgen dürfe¹³⁴.

2. Gebühren für besondere Inanspruchnahme der Straße

a) Sondernutzungsgebühr

(i) Tatbestand

Die Erhebung einer Sondernutzungsgebühr, die die meisten Straßengesetze vorsehen, knüpft ausschließlich an die tatsächliche Inanspruchnahme öffentlichen Straßenraums unter Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs an, d. h. einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzung. Auf die subjektiven Vorstellungen dessen, der die Sondernutzung ausübt, kommt es insofern ebenso wenig an wie auf den Umstand, ob hierfür die erforderliche Sondernutzungserlaubnis erteilt ist¹³⁵. Anderes gilt auch dann nicht, wenn die in Frage stehende Nutzung des Straßenraums von vornherein nicht als Sondernutzung erlaubnisfähig ist¹³⁶, weil dann eine solche Sondernutzung auch noch privilegiert wäre.

¹³³ Vgl. auch § 3 Abs 1 Abgabenordnung; BVerfGE 20, 257 (269)

¹³⁴ BVerfG, B. v. 06.02.1979 – 2 BvL 5/76 – BVerfGE 50, 217 = NJW 1979, 1345 = DVBl 1979, 774; BVerfG, U. v. 19.03.2003 – 2 BvL 9/98, 2 BvL 10/98, 2 BvL 11/98, 2 BvL 12/98 – BVerfGE 108, 1 = NVwZ 2003, 715 = DÖV 2003, 549 = DVBl 2003, 993 – Rückmeldegebühr Baden-Württemberg

¹³⁵ BVerwG DÖV 1971, 103; ebenso LORENZ § 16 Rdn. 41 und KODAL/KRÄMER Kapitel 26 Rdn. 20.4

¹³⁶ So aber VGH Mannheim VBIBW 1996, 473

¹³⁷ VGH Mannheim VBIBW 1996, 473

¹³⁸ VG Leipzig NVwZ 2000, 271

¹³⁹ Vgl. BFH-Urteil vom 22. September 1976 I R 102/74, BFHE 120, 53, BStBl II 1976, 793

¹⁴⁰ Vgl. BFH-Urteil vom 8. November 1989, I R 187/85, BFHE 159, 52, BStBl II 1990, 242

¹⁴¹ BayObLG, B. v. 24.02.1982 – 3 Ob OWi 10/82 – Bay ObLGSt 1982, 28 = BayVBl 1982, 349 = VRS 62, 475 = NVwZ 1982, 399 = DÖV 1982, 601 = DAR 1982, 301

Bei der Errichtung von Plakatanschlagtafeln ist dies ohnehin nicht der Fall¹³⁷.

(ii) Gebührenpflichtiger

Gebührenpflichtig ist, wer die Sondernutzung ausübt. Mit dem Begriff „Ausüben der Sondernutzung“ ist zunächst ein tatsächliches Verhalten gemeint. So übt beispielsweise die Sondernutzung derjenige aus, der selbst Gegenstände in den öffentlichen Straßenraum verbringt. Jedoch muss auch derjenige als die Sondernutzung Ausübender angesehen werden, der die Sondernutzung für sich ausüben lässt, also mittelbarer Nutzer ist. Dies ist dann der Fall, wenn er die rechtliche Befugnis besitzt, auf das Verhalten des Dritten umfassend Einfluss zu nehmen, gewissermaßen ein Direktions- und Kontrollrecht hat und die Nutzung zumindest auch in seinem Interesse erfolgt¹³⁸.

(iii) Konkrete Bemessung

Bei der Festlegung der Gebührensätze sind Art und Ausmaß der Einwirkungen der Sondernutzung hinreichend zu berücksichtigen.

b) Parkplatzentgelte der Gemeinden

(i) Unterscheidung

Gebührenpflichtige Parkplätze von Gemeinden, die diese auf eigenem oder gepachtetem Grund und Boden unterhalten, erfüllen nach der Rechtsprechung des BFH die Merkmale eines Betriebs gewerblicher Art einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Eine hoheitliche Betätigung liegt nicht vor, weil ein Privatunternehmer – ohne von der Gemeinde damit betraut zu sein – die Unterhaltung eines bewachten Parkplatzes ebenfalls wahrnehmen könnte¹³⁹. Entsprechendes gilt für eine von einer Gemeinde betriebene Tiefgarage¹⁴⁰. Dabei ist aber zu beachten, dass für die Verkehrsregelung aus öffentlichem Verkehrsgrund die Bestimmungen des Straßenverkehrsrechts ausschließlich gelten und daher Verkehrsregelungen in Gemeindegesetzungen für öffentliche Parkplätze daher nicht zulässig sind.¹⁴¹

Anders ist dies, wenn die Gemeinde als Straßenverkehrsbehörde (§ 44 StVO) oder auf Grund einer Regelung der Straßenverkehrsbehörde die Benutzung der Parkplätze „aus Gründen der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs“ (§ 45 StVO) durch Aufstellung der Parkscheinautomaten (§ 13 StVO) und der Verkehrszeichen beschränkt und für das Parken Gebühren auf Grund einer öffentlich-rechtli-

chen Gebührenordnung erlassen. Dies könnte ein privater Unternehmer nicht¹⁴².

(ii) Parkuhren und -automaten¹⁴³

Nach § 6a Abs. 6 StVG¹⁴⁴ können für das Parken auf öffentlichen Wegen und Plätzen in Ortsdurchfahrten die Gemeinden, im Übrigen die Träger der Straßenbaulast, Gebühren erheben. Für die Festsetzung der Gebühren werden die Landesregierungen ermächtigt, Gebührenordnungen zu erlassen. In diesen kann auch ein Höchstsatz festgelegt werden. Die Ermächtigung kann durch Rechtsverordnung weiter übertragen werden.

Die Neufassung des § 6a Abs. 6 StVG erfolgte mit dem Ziel, die Parkgebührenerhebung künftig vollständig der freien Disposition der Kommunen zu überlassen¹⁴⁵. Eine staatliche Reglementierung dieses Bereiches erscheint nicht erforderlich, da die Kommunen ohnehin in eigener Verantwortung den straßenrechtlichen Widmungszweck, den garantierten Gemeingebrauch und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten haben. Im Hinblick auf die derzeitigen allgemeinen Bestrebungen zur Deregulierung sind weitreichende Vorgaben auch nicht mehr zeitgemäß. Außerdem war die bisherige Regelung zu starr. Die Gemeinden bzw. die Träger der Straßenbaulast werden direkt zur Gebührenerhebung ermächtigt.

Ein Parkscheinautomat stellt nur die Zusammenfassung mehrerer Parkuhren dar¹⁴⁶.

c) Straßenreinigungsgebühr

Soweit die Gemeinde hierzu verpflichtet ist und die Straßenreinigung selbst durchführt, kann sie nach den Landesstraßengesetzen Straßenreinigungsgebühren erheben. Ausgangspunkt ist dabei die Erwägung, dass die Straßenreinigungsgebühr nicht das Entgelt für die Durchführung der Reinigung einer bestimmten Straßenstrecke vor dem jeweiligen einzelnen Grundstück ist, für die dann auch die Gebührenpflicht des einzelnen Grundstückseigentümers entsteht. Vielmehr wird durch die Gebühr der besondere Vorteil abgegolten, der dem Grundstückseigentümer dadurch erwächst, dass die an seinem Grundstück vorbeiführende Straße in ihrer gesamten Länge durch die Gemeinde in einen sauberen Zustand versetzt wird¹⁴⁷.

Gebührentatbestand ist die Reinigung von Straßen durch die Gemeinde, die ihr nach dem Straßengesetz¹⁴⁸ obliegt, d. h. die Reinigung von Straßen innerhalb der Ortslage.

Die Gebühr ist in der Form der Benutzungsgebühr¹⁴⁹ als Gegenleistung für den Vorteil anzusehen, dass die Straße, an deren Reinigung die Grundstückseigentümer ein besonderes Interesse haben, durch die Gemeinde gereinigt wird¹⁵⁰.

Für die Bürgerschuldnerschaft stellen die Landesstraßengesetze auf die Anliegereigenschaft ab. Etliche Straßengesetze knüpfen – auch – an das Erschlossensein der Grundstücke an.

Die Gebührenerhebung unterliegt¹⁵¹ dem Kostendeckungsprinzip. Ihm entspricht als Korrelat das Kostenüberschreitungsverbot. Das veranschlagte Gebührenaufkommen darf die voraussichtlichen Kosten der Einrichtung nicht übersteigen. Das Kostendeckungsprinzip geht bei der Veranschlagung der Tarife von den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen der Kalkulation aus. Die Kalkulation darf nicht auf die Gewinnerzielung ausgerichtet sein. Die in der Kalkulation liegende Prognose ist nach Abschluss der Leistungsperiode ggf. zu korrigieren¹⁵².

3. Entgelt für die Ausübung des Gemeingebrauchs (Maut)

a) Grundsatz

Zum Wesen des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs gehört es nicht, dass er unentgeltlich gewährt wird. Es können hierfür Abgaben erhoben

¹⁴² BFH, U. v. 27.02.2003 – V R 78/01 – BFHE 201, 554 = BStBl II 2004, 431 = NVwZ-RR 2004, 446-44

¹⁴³ Dazu ADAC-Broschüre „Parkraummanagement in Klein- und Mittelstädten“, 2004

¹⁴⁴ Straßenverkehrsgesetz (StVG) in der Fassung des Inkrafttretens vom 18.08.2005. Letzte Änderung durch Drittes Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und anderer straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2005 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I Nr. 49 S. 2412, ausgegeben zu Bonn am 17. August 2005)

¹⁴⁵ Zum Folgenden Bundesrat, Drucksache 357/03

¹⁴⁶ vgl. OLG Bremen, Urteil vom 8. Juli 1997 Ss 29/97, DAR 1997, 454

¹⁴⁷ OVG Lüneburg, U. v. 24. 11. 1983 – 3 A 181/81, S. 8; OVG Lüneburg, U. v. 24. 8. 1994 – 9 K 5140/93, S. 8; OVG Münster NVwZ 1983, 491; OVG Greifswald LKV 1996, 379

¹⁴⁸ Bzw. Straßenreinigungsgesetz in NRW

¹⁴⁹ OVG Bautzen LKV 1998, 457

¹⁵⁰ OVG Lüneburg OVG 30, 321; OVG Koblenz NVwZ-RR 1988, 117; OVG Greifswald LKV 1996, 379

¹⁵¹ Auch wenn privatrechtliche Entgelte erhoben werden, siehe für Berlin KG NVwZ-RR 2000, 636

¹⁵² KG NVwZ-RR 2000, 636

werden. Art. 74 I Nr. 22 GG a. F. lässt dies ausdrücklich zu¹⁵³.

b) Maut im Allgemeinen

Es können mit der Erhebung von Mautgebühren folgende Ziele verbunden werden:

- Steuerung der Nutzung von Straßen mit dem Ziel der Staureduktion,
- Entlastung der Umwelt,
- Finanzierung von Verkehrsinfrastruktur,
- zusätzliche Einnahmen in öffentlichen Kassen.

Es werden 2 Arten der Mautberechnung unterschieden: Bei der zugangsbezogenen Gebühr erwirbt der Kunde das Recht auf Nutzung bestimmter Straßen, Tunnel usw., wobei die Häufigkeit der Nutzung keine Rolle spielt. Häufigste Form ist die Vignette (einfache und kostengünstige Kontrolle). Bei der nutzungsabhängige Gebühr zahlt der Kunde entsprechend der tatsächlichen Nutzung eine Gebühr.

Die Nutzung kann räumlich (z. B. Tunneldurchfahrt) oder zeitlich (Dauer des Aufenthalts in Mautzone) bemessen werden.

c) Geschichte: Eurovignette

Deutschland war von 1995 bis September 2003 neben Schweden, Dänemark, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg Verbundpartner im so genannten „Eurovignetten-Übereinkommen“. Mit der Eurovignette wurde von sämtlichen Lkw mit einem zulässigen Gesamtgewicht über 12 Tonnen eine zeitbezogene Autobahnbenutzungsgebühr erhoben, die während ihrer Gültigkeit zu beliebig vielen Fahrten auf den Autobahnen sämtlicher Verbundländer berechnete. Die Vignette konnte an Tankstellen, Rasthäusern und Autohöfen gekauft werden. Sie war zum einen nach unterschiedlichen Gültigkeitsdauern und zum anderen nach Emissionsklassen gestaffelt. So kostete zum Beispiel die Jahresvignette für einen Lkw der Emissionsklasse Euro II 750 Euro.

d) Verfassungs- und europarechtliche Schranken

Auf der Ebene des europäischen Gemeinschaftsrechts macht die Richtlinie 1999/62/EG (sog. „Wegekostenrichtlinie“) des Europäischen Parlamentes

und des Rates vom 17. Juni 1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge (Eurovignetten-Richtlinie) geändert durch Richtlinie 2006/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 Vorgaben, soweit der Anwendungsbereich dieser Richtlinie berührt ist. Das ist der Fall, wenn es darum geht, Abgaben für das Halten von Fahrzeugen mit mindestens 12 Tonnen zulässigem Gesamtgewicht sowie für die Benutzung von Straßen durch derartige Fahrzeuge zu erheben. Innerhalb dieses Bereiches, also hinsichtlich des straßengebundenen Verkehrs mit Fahrzeugen ab 12 Tonnen zulässigem Gesamtgewicht, können die Mitgliedstaaten nur regeln, was durch die Wegekostenrichtlinie ausdrücklich vorgesehen, dem Sinne nach zugelassen oder bewusst offengelassen wird.

Die Höhe der Lkw-Maut darf sich nur an den tatsächlichen Wegekosten orientieren. Externe Kosten wie Umwelt- oder Unfallkosten müssen unberücksichtigt bleiben. Die Anlastung der externen Kosten im Verkehrsbereich wird in den kommenden Jahren auf europäischer Ebene verstärkt diskutiert werden, da mit der neuen Richtlinie die europäische Kommission aufgefordert wird, innerhalb dieser zwei Jahre eine Methodik zur monetären Bewertung der externen Kosten zu entwickeln. Begleitend dazu soll auch eine Strategie zur stufenweisen Einführung der Internalisierung für alle Verkehrsträger vorgelegt werden.

Das EG-Recht sieht mit der neuen Eurovignetten-Richtlinie für den Fall der Mauterhebung in einem Mitgliedstaat die Einbeziehung aller Fahrzeuge des gewerblichen Güterkraftverkehrs über 3,5 t zGG vor, lässt den Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit einer ausschließlichen Bemaunung schwerer Lkw über 12 t zGG, sofern bestimmte Ausnahmetatbestände erfüllt werden. Neben einer (auch abschnittsweisen) Bemaunung der Verkehrswege des transeuropäischen Straßennetzes TEN können nun auch Straßen in die Mautpflicht einbezogen werden, die mit dem TEN „konkurrieren“.

Im Rahmen der Differenzierung nach EURO-Emissionsklasse kann mit der geänderten Wegekostenrichtlinie nun eine Mautspreizung erfolgen, sofern keine Mautgebühr mehr als 100 % über der Gebühr liegt, die für gleichwertige Fahrzeuge erhoben wird, die die strengsten Emissionsnormen erfüllen. Bisher war lediglich eine Spreizung bis zu 50 % möglich.

¹⁵³ SENDLER DÖV 1984, 217/223

Die Bundesregierung beabsichtigt, diesen zusätzlichen Spielraum durch eine Änderung der Maut-
höheverordnung im Jahr 2007 zu nutzen.

e) Lkw-Maut für Bundesfernstraßen

Das Mautsystem-Gesetz – MautSysG – vom 22.12.2005 – BGBl I 2005, 3692 dient der Anpassung des nationalen Rechts an die Vorgaben der Richtlinie 2004/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über die Interoperabilität elektronischer Mautsysteme in der Gemeinschaft (ABl. EU Nr. L 200 S. 50). Die Richtlinie zielt darauf ab, die elektronischen Mautsysteme zur Erhebung von Straßenbenutzungsgebühren in den Mitgliedstaaten so auszugestalten, dass ein angemessener Grad der Interoperabilität auf europäischer Ebene erreicht wird.

Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten für technische Systeme zur elektronischen Erhebung aller Arten von Gebühren für die Benutzung von

1. öffentlichen Straßen,
2. Bauwerken im Verlauf öffentlicher Straßen, insbesondere Tunnel und Brücken, sowie
3. Fähren, soweit sie Teil einer öffentlichen Straße sind,

mit Kraftfahrzeugen (elektronische Mautsysteme).

Für die Benutzung der Bundesautobahnen mit Fahrzeugen im Sinne des Artikels 2 Buchstabe d der Richtlinie 1999/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge (ABl. EG Nr. L 187 S. 42) ist nach Maßgabe des § 1 Seite 7 ABMG eine Gebühr i. S. d. Artikels 2 Buchstabe b der genannten Richtlinie zu entrichten (Maut), die sich nach § 3 ABMG berechnet. Die Maut ist an das Bundesamt für Güterverkehr (BAG) zu entrichten, welches einem Privaten auch die Errichtung und den Betrieb eines Systems zur Erhebung der Maut übertragen kann, § 4 ABMG. Maut nach dem ABMG wird nicht erhoben auf Bundesautobahnabschnitten, für deren Benutzung eine Maut nach § 2 FStrPrivFinG erhoben wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 ABMG). Die Erhebung von Maut auf den verbleibenden Streckenabschnitten ist damit dem Bund eigentümlich, da die Aufgabe dem Bundesamt für Güterverkehr gesetzlich zugewiesen ist. Nach dem ABMG ist die Erhebung der Maut dem Bund auch vorbehalten, da einem Privaten nur die Errichtung und der Betrieb des Mauterhebungssystems über-

tragen werden können. Mit der Erhebung der Maut wird der Private hingegen nur beauftragt. Da die Erhebung der Maut demnach eine hoheitliche Tätigkeit des Bundes ist, die nicht im Rahmen eines Unternehmens ausgeübt wird, unterliegt die Duldung der Straßennutzung, für die Maut erhoben wird, nicht der Umsatzsteuer. Die Maut nach dem ABMG ist eine öffentlich-rechtliche Gebühr. Mautschuldner ist nach § 2 ABMG die Person, die während der mautpflichtigen Benutzung von Bundesautobahnen Eigentümer oder Halter des Motorfahrzeugs ist oder über den Gebrauch des Motorfahrzeugs bestimmt oder das Motorfahrzeug führt. Bei Beauftragung eines Privaten mit der Errichtung und dem Betrieb des Mauterhebungssystems durch das BAG handelt dieser für eigene, unternehmerische Zwecke. Er erbringt mit der Mauterhebung für den Betreiber des Streckenabschnitts im (steuerrechtlichen) Sinne (Bund) diesem gegenüber steuerbare und dem allgemeinen Steuersatz unterliegende sonstige Leistungen. Leistungsbeziehungen zwischen dem Privaten und den Nutzern des Streckenabschnitts (Mautschuldner nach § 2 ABMG) bestehen insoweit nicht¹⁵⁴.

f) Ziele der Lkw-Maut

Mit der Lkw-Maut verfolgt die Bundesregierung folgende Ziele:

- Verursachergerechtere Anlastung der Wegekosten: Insbesondere schwere Lkw verursachen hohe Kosten für den Erhalt und Betrieb von Autobahnen. Ein „40-Tonner“ belastet die Straßendecke etwa 60.000-mal stärker als ein Pkw.
- Sicherung der Finanzierung des weiteren Ausbaus und der Unterhaltung der Verkehrsinfrastruktur.
- Schaffung eines Anreizes zur ökologisch sinnvollen Verlagerung des Gütertransports auf die Verkehrsträger Schiene und Wasserstraße und zum effizienteren Einsatz der Lkw.
- Förderung innovativer Technologien: Für die Maut wird in Deutschland eines der anspruchsvollsten und innovativsten Erhebungssysteme errichtet. Deutschland wird damit zum Schrittmacher auf dem Feld der elektronischen Mauterhebung¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Dazu BMF-Schreiben vom – 3.2.2005 – IV A 5 – S 7100 – 15/05, Rz. 18 ff.

¹⁵⁵ <http://www.bmvbs.de/Verkehr/Strasse-,1436/LKW-Maut.htm> – gelesen am 15.8.2006

g) Mautpflichtige

§ 1 des Gesetzes über die Erhebung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen mit schweren Nutzfahrzeugen vom 5. April 2002 – BGBl I 2002, 1234, neugefasst durch Bek. v. 2.12.2004 – BGBl I. S. 3122 – ABMG – bestimmt:

(1) Für die Benutzung der Bundesautobahnen mit Fahrzeugen im Sinne des Artikels 2 Buchstabe d der Richtlinie 1999/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge (ABl. EG Nr. L 187 S. 42) ist eine Gebühr im Sinne des Artikels 2 Buchstabe b der genannten Richtlinie zu entrichten (Maut).

(2) Die Maut nach Absatz 1 ist nicht zu entrichten bei Verwendung der folgenden Fahrzeuge:

1. Kraftomnibusse,
2. Fahrzeuge der Streitkräfte, der Polizeibehörden, des Zivil- und Katastrophenschutzes, der Feuerwehr und anderer Notdienste sowie Fahrzeuge des Bundes,
3. Fahrzeuge, die ausschließlich für den Straßenunterhaltungs- und Straßenbetriebsdienst einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst genutzt werden,
4. Fahrzeuge, die ausschließlich für Zwecke des Schausteller- und Zirkusgewerbes eingesetzt werden,
5. Fahrzeuge, die von gemeinnützigen oder mildtätigen Organisationen für den Transport von humanitären Hilfsgütern, die zur Linderung einer Notlage dienen, eingesetzt werden.

Voraussetzung für die Mautbefreiung nach Satz 1 Nr. 2 bis 4 ist, dass die Fahrzeuge als für die dort genannten Zwecke bestimmt erkennbar sind. Im Fall von Fahrzeugkombinationen ist das Motorfahrzeug für die Mautbefreiung der Kombination maßgebend.

(3) Die Maut nach Absatz 1 ist nicht zu entrichten auf (folgenden Strecken):

1. der Bundesautobahn A 6 von der deutsch-französischen Grenze bis zur Anschlussstelle Saarbrücken-Fechingen in beiden Fahrtrichtungen,

2. der Bundesautobahn A 5 von der deutsch-schweizerischen Grenze und der deutsch-französischen Grenze bis zur Anschlussstelle Müllheim/Neuenburg in beiden Fahrtrichtungen,

3. den Bundesautobahnabschnitten, für deren Benutzung eine Maut nach § 2 des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes vom 30. August 1994 (BGBl. I S. 2243) in der jeweils geltenden Fassung erhoben wird.

Nach § 2 ABMG ist Mautschuldner die Person, die während der mautpflichtigen Benutzung von Bundesautobahnen

1. Eigentümer oder Halter des Motorfahrzeugs ist oder
2. über den Gebrauch des Motorfahrzeugs bestimmt oder
3. das Motorfahrzeug führt.

Mehrere Mautschuldner haften als Gesamtschuldner.

h) Mautsätze

§ 3 ABMG bestimmt zu den Mautsätzen:

(1) Die geschuldete Maut bestimmt sich nach der auf mautpflichtigen Bundesautobahnen zurückgelegten Strecke des Fahrzeugs oder der Fahrzeugkombination, nach der Anzahl der Achsen des Fahrzeugs oder der Fahrzeugkombination und nach der Emissionsklasse des Fahrzeugs gemäß § 48 in Verbindung mit Anlage XIV der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung.

(2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, die Höhe der Maut pro Kilometer unter sachgerechter Berücksichtigung der Anzahl der Achsen und der Emissionsklasse der Fahrzeuge durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates festzusetzen. Die durchschnittliche gewichtete Maut orientiert sich an den von der Gesamtheit der mautpflichtigen Fahrzeuge verursachten Kosten für den Bau, die Erhaltung, den weiteren Ausbau und den Betrieb des mautpflichtigen Bundesautobahnnetzes. Artikel 7 Abs. 9 und 10 der Richtlinie 1999/62/EG ist zu berücksichtigen.

Die Bundesregierung wird ermächtigt, in der in Absatz 2 genannten Rechtsverordnung die Maut pro Kilometer auch unter sachgerechter Berücksichtigung von geleisteten sonstigen verkehrsspezifischen Abgaben der Mautschuldner im Gel-

tungsbereich dieses Gesetzes festzusetzen, soweit dies zur Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen im europäischen Güterkraftverkehr erforderlich ist. Sie kann darüber hinaus die Höhe der Maut pro Kilometer auch nach bestimmten Abschnitten von Bundesautobahnen und nach der Benutzungszeit bestimmen.

Die Höhe der Mautgebühr pro Kilometer (sog. Mautsatz) ist gestaffelt nach der Anzahl der Achsen des Fahrzeugs und nach Emissionskategorien (Maß für die Umweltfreundlichkeit der Lkw). Es gibt zwei Achsklassen (bis maximal 3 Achsen/ab 4 Achsen) und 3 Emissionskategorien (A, B und C), denen die verschiedenen Schadstoffklassen zugeordnet sind.

Nach der Mauthöheverordnung gelten ab 1.1.2005 die Mautsätze (€ pro gefahrenem km).

Zur Bestimmung der Schadstoffklasse ist das Motorfahrzeug maßgeblich. Die Mautsätze geben die Maut pro Autobahnkilometer an. Die für einen Autobahnabschnitt zu zahlende Lkw-Maut ist abhängig von der Länge dieses Autobahnabschnitts. Sie können die Länge jedes Abschnitts mit Hilfe der Mauttabelle abfragen und durch Multiplikation mit dem entsprechenden Mautsatz die Gebühr für jeden beliebigen Abschnitt ermitteln.

i) Charakter der Abgabe

(i) Gebühr

Sofern die Abgabe öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, ist sie als Gebühr anzusehen, nicht als Steuer, wenn sie zur (teilweisen) Deckung von Wegekosten als Gegenleistung für die Ausübung von Gemeingebrauch erhoben wird. Die besondere Leistung der Verwaltung ist dabei die Zurverfügungstellung der Straße für den Gemeingebrauch bzw. dessen Duldung. Gebühren für die Benutzung öffentlicher Straßen gehören als Annex zum Straßen- und Wegerecht¹⁵⁶.

Es müssen das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip¹⁵⁷ eingehalten werden¹⁵⁸. Eine

Straßennutzungsgebühr könnte in diesem Rahmen grundsätzlich auch mit einem Lenkungszweck als Nahverkehrsabgabe eingesetzt werden¹⁵⁹.

(ii) Auch privatrechtliches Entgelt

Mautgebühren i. S. des FStrPrivFinG sind öffentlich-rechtliche Gebühren (Gebühren) oder privatrechtliche Entgelte (Entgelte). In § 1 Abs. 1 wurden die Wörter „auf der Grundlage einer Gebührenfinanzierung“ durch die Wörter „auf der Grundlage einer Mautgebührenfinanzierung“ ersetzt, mit Wirkung vom 08.09.05, durch Art. 3 Nr. 1a) iVm Art. 10 des Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 01.09.05 (BGBl. I 05,2676). Die inhaltlichen Vorgaben zur Ermittlung der Gebühr bei der Refinanzierung des privaten Betreibers durch ein privatrechtliches Entgelt sind aber mit denjenigen im Fall einer Refinanzierung durch eine öffentlich-rechtliche Gebühr identisch.

j) Landesrecht

Nach den Landesstraßengesetzen ist der Gemeingebrauch – bisher – weitgehend unentgeltlich, soweit nicht durch Gesetz Ausnahmen zugelassen sind.

In Hessen gilt das Gesetz über den Bau und die Finanzierung öffentlicher Straßen durch Private vom 27. November 2002 – GVBl. I S. 705.

Bayern enthält in Art. 55 I 3 BayStrWG enthält eine besondere gesetzliche Ausnahme. Danach sind die Grundstückseigentümer von Eigentümerwegen berechtigt, die Benutzung eines Eigentümerwegs von einem Entgelt abhängig zu machen. Die Rechtfertigung liegt darin begründet, dass dem Träger der Straßenbaulast für Eigentümerwege aus der Unterhaltungspflicht und Verkehrssicherungspflicht Ausgaben erwachsen, für die ihm – anders als den sonstigen Straßenbaulastträgern – keine öffentlichen Deckungsmittel zur Verfügung stehen. Als Ausgleich wird ihm die Möglichkeit eingeräumt, (auch) von demjenigen, der die Straße lediglich im Rahmen des Gemeingebrauchs in Anspruch nimmt, ein Entgelt zu fordern¹⁶⁰.

V. Steuer

1. Kfz-Steuer

Argumente für die Abschaffung:

- Wer viel fährt, zahlt auch viel.

¹⁵⁶ KODAL/KRÄMER Kapitel 3 Rn. 19.3

¹⁵⁷ Dazu DAHMEN/SCHULTE in: DRIEHAUS, Kommunalabgabenrecht § 6 Rn. 26 ff.

¹⁵⁸ KODAL/KRÄMER Kapitel 16 Rn. 19.3

¹⁵⁹ JACHMANN NVwZ 1992, 932

¹⁶⁰ VGH München NVwZ-RR 1991, 219 (L) = BayVBl 1991, 337; VGHE 43, 169

- Auch ausländische Besucher zahlen beim Tanken für die Benutzung der deutschen Straßen.
- Das Eintreiben der Steuer verursacht Kosten (Verwaltungsaufwand).

Argumente gegen die Abschaffung:

- Es entfallen Steuerungsinstrumente für Behinderte, Katalysator, Rußfilter usw.
- Deutschland lässt sich durchaus mit einer einzigen Tankfüllung durchqueren, die vorher im billigeren Nachbarland getankt wurde. Dies gilt insbesondere für viele Lkw, die zu diesem Zweck Extratanks besitzen, die auch für eine Durchquerung Europas reichen.

2. Mineralölsteuer

Die Mineralölsteuer wird vom Bund erhoben. Sie ist eine reine Verbrauchssteuer und ist somit keine Gebühr für die Benutzung der Verkehrsinfrastruktur. Im Straßenbaufinanzierungsgesetz von 1960 war zunächst eine Bindung der Einnahmen aus der Mineralölsteuer für die Zwecke des Bundesfernstraßenbaus festgeschrieben worden. Derzeit können die Einnahmen aus der Mineralölsteuer auch für sonstige verkehrspolitische Zwecke im Ressort des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen verwendet werden. Im Jahr 2003 summierten sich die Einnahmen aus der Mineralölsteuer auf ca. 38,5 Milliarden Euro – der Bundesfernstraßenhaushalt belief sich mit ca. 5,5 Milliarden Euro auf lediglich ein Siebtel des Mineralölsteueraufkommens.

D. Thesen

1. Der Bau einschließlich der Verbesserung und der Unterhaltung öffentlicher Straßen ist in der Bundesrepublik Deutschland eine staatliche Aufgabe. Nur verkehrlich untergeordnete öffentliche Wege können von vornherein in die Baulast von Privaten gegeben werden.
2. Der Überblick über die Möglichkeiten, Investitionen der Straßenbaulastträger erst zu ermöglichen oder die Realisierung eines Projekts dadurch zu beschleunigen, dass die Durchführung der Aufgabe auf einen Privaten übertragen wird und dieser sich gegenüber Benutzern refinanziert oder dass der Straßenbaulastträger selbst die finanzielle Straßenbaulast durch Refinanzie-

rung bei Benutzern erleichtert, hat ein vielfältiges Geflecht von Möglichkeiten der Übertragung von Aufgaben der Straßenbaulast auf andere Träger der öffentlichen Verwaltung oder Private und an Finanzierungsmöglichkeiten ergeben.

3. Aus der Sicht des Straßenbaulastträgers stellt sich die Frage der Finanzierung danach, ob er die Aufgabe als solche übertragen kann, ob er eigene Finanzmittel einbringen muss und ob er seinen Aufwand von Dritten (Investoren, Anliegern, Nutzern) refinanzieren kann.
4. Aus der Sicht des von öffentlichen Straßen Bevorteilten stellt sich die Frage der Finanzierung danach, ob er von der Straße einen dauerhaften Vorteil für ein Grundstück oder einen Gewerbebetrieb hat und dafür herangezogen wird (Beitrag) oder ob er als Nutzer der Straße Vorteilslasten zu tragen hat (Gebühren, Erstattungsansprüche).
5. Die gegenwärtige Finanzstruktur unterscheidet de facto zwischen Straßen mit örtlicher bzw. Erschließungsfunktion und Straßen mit überörtlicher Verkehrsbedeutung.
6. Der Bau von Straßen mit örtlicher bzw. Erschließungsfunktion, also Gemeindestraßen, wird zu einem mehr oder minder großen Anteil durch Erschließungs- und Ausbaubeiträge finanziert. Dabei reduziert sich der Anteil der refinanzierten Kosten umso mehr, je größer der Anteil des Vorteils des Verkehrs der Allgemeinheit ist; er wird de facto nicht refinanziert. In diesem Bereich wird von den Gemeinden auch von vertraglichen Modellen Gebrauch gemacht (Vorhabenbezogener Bebauungsplan, Erschließungsvertrag, andere städtebaulich Verträge). Der Gemeindegebrauch ist hier also nicht Anknüpfungspunkt der Refinanzierung.
7. Angesichts der knappen Kassen sollte mehr denn je darauf hin gewirkt werden, dass die gesetzlichen Möglichkeiten zur Refinanzierung tatsächlich ausgeschöpft werden. In der Praxis ist vielfach zu beobachten, dass Gemeindevertretungen oder Gemeindeverwaltungen aus falsch verstandener Bürgernähe von der Realisierung dieser Ansprüche absehen. Dies führt dazu, dass die Ausgaben aus allgemeinen Haushaltsmitteln, d. h. letzten Endes aus Steuermitteln, finanziert werden. Dies ist vielfach angesichts der geltenden Rechtslage unzulässig. Es ist aber auch politisch fragwürdig. Dies gilt

auch, soweit der Gesetzgeber die Wahl eröffnen sollte, zwischen einer Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs oder eines Beitrags zu Gunsten einer Gebührenlösung zu wählen.

8. Sofern in Zukunft an einen Systemwechsel gedacht werden sollte (z. B. Nahbereichsgebühren), müsste beachtet werden, dass die Anlieger, die zugleich auch Benutzer der Straße sind, bereits ihren Anteil an der Refinanzierung der Herstellungskosten geleistet haben.
9. Bei überörtlichen Straßen erfolgt eine (Re-)Finanzierung nur zum Teil. Sie knüpft an den Gemeindegebrauch an und betrifft derzeit im Wesentlichen nur Bundesfernstraßen bzw. sogar nur Bundesautobahnen (A- und F-Modell).
10. Die Finanzierung von anderen Straßen mit überörtlichem Verkehr (Landes- und Kreisstraßen) sowie des Pkw-Verkehrs auf Bundesstraßen geschieht aus allgemeinen Haushaltsmitteln.
11. Bei der Bemessung der Maut wird in den nächsten Jahren der interessanteste Aspekt der sein, inwieweit es gelingt, die Umweltschäden und die sonstigen Aufwendungen der Allgemeinheit für den Bau und die Unterhaltung von öffentlichen Straßen so zu monetarisieren, dass sie als auch Aufwand im Rahmen einer Gebühr umgelegt werden können.

MinRat Berthold Wittig*
Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern,
Schwerin

Erfahrungen mit der F-Finanzierung am Beispiel der Warnowquerung

1 Einleitung

Public Private Partnership¹ ist in² und dies auch im Straßenbau. Der Arbeitsausschuss Straßenrecht der Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen hat sich deshalb wiederholt den Fragen der Straßenfinanzierung gewidmet und diese rechtlich begleitet³. Als das tradierte System der Finanzierung von Straßen⁴ vor dem Hintergrund der Situation der öffentlichen Haushalte zu-

nehmend nicht mehr als ausreichend empfunden wurde, öffentliche Infrastruktur im gewünschten oder erforderlichen Umfange bereitzustellen, kam es zum Beginn der neunziger Jahre zu einer Intensivierung und zu neuen Formen der Zusammenarbeit von öffentlicher und privater Hand. Dieser Prozess hatte allerdings bereits Vorläufer⁵. Zu den erheblichen Haushaltslasten für die Wiedervereinigung war und sind privates Kapital und privates Know-how⁶ willkommen, um Vorhaben zu finanzieren und zu realisieren, die in einer Realisierungsschleife zu verharren drohen. Weitere Vorteile der Öffentlich Privaten Zusammenarbeit werden in der größeren Wirtschaftlichkeit⁷ sowie in der Entlastung der Verwaltung⁸ gesehen. Auch die Diskussion um die Nutzerfinanzierung in der Infrastrukturpolitik beflügelt diesen Prozess teilweise, obgleich diese mit anderen Zielsetzungen an der Diskussion beteiligt ist. Die F-Finanzierung⁹ vereinigt beide Aspekte der Öffentlich Privaten Partnerschaft und der Nutzerfinanzierung miteinander. Darin unterscheidet sich dieses Modell von allen anderen derzeit in der Diskussion befindlichen Modellen der Öffentlich Privaten Partnerschaft im Straßenbau.

Nachdem in anderen Bereichen der öffentlichen Verwaltung die Beteiligung Privater bereits in den verschiedenen Ebenen (Bund, Länder, Gemeinden) Eingang gefunden hat¹⁰, konzentrierte sich die Diskussion um die Öffentlich Privaten Partnerschaften eingangs vornehmlich auf den (Bundes-) Fernstraßenbau. Zwischenzeitlich liegen jedoch auch von den Ländern konkrete Vorstellungen über weitergehende Zusammenarbeiten mit Privaten vor. So beabsichtigt beispielsweise Thüringen die grundlegende Erneuerung eines Teilnetzes von Landesstraßen (ca. 20 km) und dessen bauliche Erhaltung sowie den Betriebsdienst für einen Zeitraum von 30 Jahren in private Hände zu vergeben. Auch Vorfinanzierungen durch Private werden von den Ländern bereits umfangreich in Anspruch genommen¹¹ und werden weiter Bestandteil der Straßenbaupolitik bleiben¹². Auch auf kommunaler Ebene haben neuere Formen Öffentlich Privater Partnerschaften Einzug gehalten. Der Landkreis Lippe beabsichtigt, die bauliche Erhaltung aller im Kreis befindlichen Straßen (d. h. Bundes-, Landes-, Kreis- und Gemeindestraßen) zu übertragen sowie den Betriebs- und Unterhaltungsdienst. Damit sollen zum einen größtmögliche Synergieeffekte im Erhaltungs- und Betriebsdienst erzielt werden, zum anderen soll damit Haushaltssicherheit gewonnen

* Der Bericht spiegelt persönliche Erfahrungen des Autors wieder

¹ Anstelle des Anglizismus PPP wird der Begriff Öffentlich Private Partnerschaft – ÖPP – verwendet

² UECHTRITZ/ÖTTING, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“, NZVwR 2005, S. 1105 ff.; SCHERLER, Public Private Partnership im Spannungsfeld des Rechts, Straße und Verkehr 92 (2006), S. 14-16; BATTIS, KERSTEN, Public-Private-Partnership in der Städtebauförderung, LKV 2006 S. 442 ff.; KAPLONEK, Privatisierung und ÖPP – Herausforderungen an die Daseinsvorsorge der Zukunft, LKV 2006, S. 503f.

³ Zuletzt die Arbeitstagung im Jahr 2003; vgl. dazu STÜER, DVBl. 2003, S. 582 ff.

⁴ S. dazu die Abhandlung von SAUTHOFF in diesem Band

⁵ Zur Geschichte: TETTINGER, DÖV 1996, S. 764 ff.

⁶ BLÜMEL, Verkehrswegeplanung, in: BLÜMEL/MAGIERA/MERTEN/SOMMERMANN, Verfassungsprobleme im vereinten Deutschland, SPEYRER Forschungsbericht 117, 1993, S. 21 f.

⁷ Vgl. die Gesetzesbegründung zum ÖPP-G, BT-Drs. 15/5668 S. 3: „Auf Grund der Effizienzgewinne Öffentlich Privater Partnerschaften können erhebliche Kostenvorteile erwartet werden.“

⁸ UECHTRITZ, Neue Finanzierungsformen für den Straßenbau, in: Berichte der Bundesanstalt für das Straßenwesen 2003, S. 9 ff.

⁹ Zu den Modellen sogleich unter 2

¹⁰ Vgl. Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg.), Public-Private-Partnership-Projekte. Eine aktuelle Bestandsaufnahme, 2005, S. 3-5

¹¹ Bspw. in Mecklenburg-Vorpommern: Ortsumfahrung Bentwisch im Zuge der B 105

¹² Zu den Nachteilen vgl. jedoch unten unter 2.2

werden¹³. Ferner ist die kommunale Planung einer Ortsumfahrung bekannt¹⁴, die privatwirtschaftlich realisiert werden soll. In tatsächlicher Hinsicht hat die Diskussion um Öffentlich Private Partnerschaften daher vielfältig Früchte getragen.

In rechtlicher Hinsicht hat zuerst der Bund mit dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz – FStr-PrivFinG – Rechtsgrundlagen für ein ÖPP-Modell geschaffen¹⁵, ihm folgend Hessen mit dem Gesetz über den Bau und die Finanzierung von öffentlichen Straßen durch Private¹⁶. Für dieses Gesetz, das die F-Finanzierung für Landesvorhaben übernimmt, ist ein konkreter Anwendungsfall nicht mehr ersichtlich¹⁷. Hessen folgend bereitet in den Ländern derzeit Rheinland-Pfalz eine landesgesetzliche Regelung vor, die sich aber auch stark an der Bundesregelung orientieren soll.

Die Warnowquerung in der Hansestadt Rostock (Mecklenburg-Vorpommern) im Zuge der Bundesstraße 105 ist zum einen ein „partnerschaftlich“ im Elan der Nachwendezeit realisiertes Vorhaben. Als Vorhaben mit Pilotprojektfunktion im Rahmen der F-Finanzierung nach dem FStrPrivFinG vereinigt es zum anderen beide Diskussionsströmungen um die Öffentlich Private Partnerschaft und die Nutzerfinanzierung. Ihre Verkehrsübergabe vom 12. September 2003 jährt sich in diesen Tagen ebenso wie das In-Kraft-Treten des den rechtlichen Rahmen für die Realisierung dieses Vorhabens bildenden FStr-PrivFinG am 3. September 1994. Beide Ereignisse bieten Gelegenheit zu diesem Erfahrungsbericht.

2 Die Warnowquerung in der ÖPP-Modellvielfalt

Die Bereitstellung und Erhaltung von Straßen für den öffentlichen Verkehr sind öffentliche Aufgaben¹⁸. Dies ist ein gewichtiger Grundsatz des Straßenrechts, der die Beteiligung Privater bei der Erfüllung dieser Aufgabe durch die Straßenbaubehörden bekannterweise nicht ausschließt¹⁹. Es bedarf deshalb keiner Vertiefung, dass Private bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Straßenbaulast einen umfangreichen und unverzichtbaren Beitrag leisten. Straßenplanungen durch private Ingenieurbüros, Bauausführungen und Bauerhaltung durch private Baufirmen sind Standard in den Bauverwaltungen. Diese Tätigkeiten werden als Verwaltungshilfe für die öffentlichen Aufgabenträger bezeichnet und finden überwiegend im Innenverhältnis zur beauftragenden Straßenbauverwaltung

statt. Festzuhalten an dieser Stelle ist lediglich, dass sich die Straßenbauverwaltung in der Wahrnehmung der ihr obliegenden Aufgaben der Straßenbaulast bereits sehr weitgehend auf Kernaufgaben zurückgezogen hat und es längst zu sehr engen Beziehungen zwischen öffentlicher und privater Hand gekommen ist.

Unter Öffentlich Privater Partnerschaft wird gemeinhin die Beteiligung Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden, ohne dass jedoch eine allgemein anerkannte Definition ersichtlich ist. Alle eingangs genannten Tätigkeiten lassen sich selbstverständlich unter diesen Oberbegriff fassen, wie auch die derzeit betriebenen Privatisierungen von Teilen der Straßenbauverwaltung²⁰. In letzteren Fällen erfüllt ein Dritter nicht nur im Innenverhältnis privatrechtlich für die Straßenbauverwaltung eine gegenüber den Verkehrsteilnehmern als öffentliche Aufgabe bestehende Dienstleistung, sondern er übernimmt zusätzlich die von der öffentlichen Hand vorgehaltenen personellen und sächlichen Mittel. Die Straßenbauverwaltung steht im Ergebnis dieser Öffentlich Privaten Partnerschaft bereits teilweise als Aufgabenträger ohne Hand und Fuß dar. Gleichwohl wurden und werden Modelltypen der Öffentlich Privaten Partnerschaft entwickelt, die es gestatten, Privaten auch (Teil-)Aufgaben aus der Straßenbaulast zu übertragen, damit diese selbst als Aufgabenträger fungieren können. Es darf daher angezweifelt werden, dass der eingangs genannte Grundsatz aufrechterhalten bleiben kann.

¹³ Der Private soll einen Festbetrag erhalten, der lediglich gemindert werden kann, und zwar für Zeiten, in denen die Infrastruktur nicht oder nicht leistungsgerecht zur Verfügung stand (sog. Verfügbarkeitsmodell)

¹⁴ Ortsumfahrung Harsewinkel, Münsterland

¹⁵ FStrPrivFinG, BGBl. I 1994 S. 2243 in der derzeit gültigen Fassung der Bekanntmachung vom 6. Januar 2006, BGBl. I, S. 49; dazu genauer unter 4.2

¹⁶ Hessisches Gesetz über den Bau und die Finanzierung öffentlicher Straßen durch Private vom 27. November 2002 (Hess. GVBl. I S. 705)

¹⁷ Für das ins Auge gefasste Vorhaben wurde zwischenzeitlich die Privatfinanzierung ausgeschlossen

¹⁸ KRÄMER in KODAL/KRÄMER, Kapitel 1 Rdnr. 12 ff.

¹⁹ Zur Zulässigkeit der Einbeziehung Privater beim Bau und Betrieb von Bundesfernstraßen vgl. UECHTRITZ, Möglichkeiten für private Infrastrukturbetreiber außerhalb der öffentlichen Haushalte, DVBl. 2002, S. 740

²⁰ Voranschreitend: Thüringen

Während die Diskussion um Öffentlich Private Partnerschaften häufig auch vor dem Hintergrund von Konkurrenzsituationen zwischen öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung und deren Auswirkungen für die Straßenbauverwaltung bzw. die Privatwirtschaft geführt wird, bestand für die Hansestadt Rostock zur Realisierung der Warnowquerung keine Alternative zu einer möglichst weit reichenden Beteiligung Privater: Rostock allein wäre nicht in der Lage gewesen, dieses Vorhaben personell, fachlich und finanziell zu schultern. Die Möglichkeit zur Realisierung dieses Vorhabens durch eine Öffentlich Private Partnerschaft wurde positiv empfunden.

2.1 Modelltypen der ÖPP

Unter Öffentlich Privater Partnerschaft wird genauer die meist langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden, bei der die erforderlichen Ressourcen (z. B. Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal) in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Partner (Vertragsparteien) angemessen verteilt werden²¹. Es werden dabei zwei Hauptfallgruppen von Partnerschaften unterschieden²². Es sind dies die Vertrags-ÖPP, die hauptsächlich im Beschaffungswesen der öffentlichen Hand Anwendung findet, sowie die Organisations-ÖPP als Form einer institutionalisierten Öffentlich Privaten Partnerschaft in Form eines Gemeinschaftsunternehmens. Die Bestimmung und vor allem die angemessene Verteilung der Projektrisiken auf die Vertragsparteien entsprechend ihrer Managementkompetenz erweisen sich dabei als das Kernproblem für die Eingehung einer Öffentlich Privaten Partnerschaft.

2.2 Die Modelltypen nach dem Bundesverkehrswegeplan

Die Wahl, ob ein Vorhaben des Fernstraßenbaus klassisch haushaltsfinanziert und durch die Bundesauftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 GG realisiert werden soll oder aber in neuerer Form einer Öffentlich Privaten Partnerschaft, scheint ihren Ausgangspunkt vielfach in der Frage zu finden, ob und wie der Bund seiner Finanzierungskompetenz für das Vorhaben nachkommen kann oder möchte. Ob dieser Ausgangspunkt für die Auswahl eines ÖPP-Modells glücklich gewählt ist, ist bereits zweifelhaft,

jedenfalls ist in der Praxis der aus dem Bundesverkehrswegeplan – BVWP – entwickelte und vom Gesetzgeber beschlossene Bedarfsplan Ausgangspunkt für die Realisierung eines Vorhabens. Der aktuelle BVWP sieht folgende besonderen Finanzierungs- bzw. Realisierungsformen vor:

- die Lkw-Maut,
- die private Vorfinanzierung
- sowie die privatwirtschaftlichen Betreibermodelle.

Die Beteiligung Privater erfolgt mithin in unterschiedlicher Weise und mit unterschiedlicher Zielrichtung.

Das Autobahnmautgesetz²³ sieht vor, dass das Mautaufkommen zum überwiegenden Teil zweckgebunden für die Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur verwendet wird. Im Einklang mit der EU-Verkehrspolitik²⁴ werden die Nutzer der Verkehrsinfrastruktur stärker an den Kosten der Infrastruktur beteiligt. Da der Verkehr mit schweren Lkw in einem besonderen Maße für die Kosten für den Bau, die Instandhaltung und den Betrieb von Autobahnen verantwortlich ist, stellt das Autobahnmautgesetz zutreffend den Einstieg in die parallel geführte Diskussion um die unpopuläre Nutzerfinanzierung dar. Aus dem Autobahnmautgesetz resultieren jedoch unmittelbar keine Öffentlich Privaten Partnerschaften zur Realisierung von Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen²⁵.

Im BVWP sind ferner 27 Bundesfernstraßenmaßnahmen zur privaten Vorfinanzierung vorgesehen. Der Private übernimmt bei diesen Maßnahmen nicht nur wie bislang nur die Bauleistung für das Vorhaben, sondern auch deren unmittelbare Finanzierung. Der Bund verpflichtet sich im Gegenzuge, die Maßnahme ratenweise durch Zahlen der Finanzierungskosten abzulösen und zu erwerben. Die gesamten Finanzierungskosten, d. h. die Bau- und Kapitalkosten trägt der Bundesfernstraßen-

21 Definition im Gutachten „PPP im öffentlichen Hochbau“ im Auftrag des Lenkungsausschusses unter Federführung des BMVBW 2003 II, S. 1

22 TETTINGER, NWVBI 2005, S. 1 ff.

23 Gesetz zur Einführung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen mit schweren Nutzfahrzeugen (Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge – ABMG) vom 12. April 2002, BGBl. I S. 1234

24 Vgl. dazu die RL 1999/62/EG

25 ÖPP im Rahmen des Mauterhebungsverfahrens bleiben vorliegend unberücksichtigt

haushalt. Bei der privaten Vorfinanzierung handelt es sich daher nicht um eine Form der Nutzerfinanzierung, sondern um eine besondere Form der Haushaltsfinanzierung in der Form der Vertrags-ÖPP. Da die private Vorfinanzierung zu Recht in dem schlechten Rufe steht, die heutige Verkehrspolitik auf Kosten künftiger Generationen zu betreiben²⁶, wird ihr allgemein wenig Zukunft beigemessen. Sie unterliegt darüber hinaus vor allem auch nachhaltigen rechtlichen²⁷ und wirtschaftlichen Zweifeln²⁸.

Ferner nennt der BVWP die Betreibermodelle für den Bundesfernstraßenbau. Bei diesen Modellen verpflichtet sich ein privater Investor gegen ein Entgelt gegenüber der öffentlichen Hand, ein Vorhaben zu planen, zu bauen, zu finanzieren und zu betreiben. Der Baulastträger bleibt Aufgabenträger²⁹, denn er erhebt Gebühren, die im Ergebnis für die an den privaten Investor zu zahlenden Entgelte verwendet werden. Der Private wird durch die öffentliche Hand vergütet, sofern es sich um ein schlichtes Betreibermodell handelt. Hierdurch grenzt sich das Konzessionsmodell ab, bei welchem ein Konzessionär für die öffentliche Hand auf eigenes wirtschaftliches Risiko ein Vorhaben betreibt und im Gegenzuge das Recht erhält, seine hierfür entstehenden Kosten über Gebühren oder Entgelte von den Nutzern zu finanzieren.

Der BVWP nennt die Modelltypen der A-Finanzierung und der F-Finanzierung, die beide dem Betreibermodell zugeordnet werden. Jedoch beinhaltet die F-Finanzierung auch Elemente des Konzessionsmodells, da die Refinanzierung des privaten Betreibers über die Nutzer erfolgt und der Betreiber die Maut im eigenen Namen erhebt. Er wird lediglich insoweit nicht Konzessionär, als die Straßenbaulastträgerschaft bei der öffentlichen Hand verbleibt und der Private lediglich mit einzelnen beliebigen Aufgaben Unterauftragsverwalter wird. Die F-Finanzierung beinhaltet sowohl Elemente der Vertrags-ÖPP als auch der Organisations-ÖPP.

Unter A-Finanzierung wird das Betreibermodell des Bundes verstanden, welches für den mehrstreifigen Ausbau von Bundesautobahnen vorgesehen ist. Es sieht vor, den Ausbau zusätzlicher Fahrstreifen, die Erhaltung – aller – Fahrstreifen und die Finanzierung an einen Privaten zu übertragen. Dabei wird das Gebührenaufkommen aus der Autobahnmaut für schwere Lkw in dem auszubauenden Streckenabschnitt an den Privaten weitergegeben. Die durch die Nutzung der Pkw/leichte Lkw entstehenden Kosten werden in Form einer Anschubfinanzierung in Höhe von 50 % der üblichen Baukosten aus dem Bundeshaushalt finanziert. Eine gesetzliche Regelung für diese Vertrags-ÖPP besteht nicht.

Die F-Finanzierung ist hingegen geregelt, und zwar im FStrPrivFinG. Nach diesem Gesetz können Private zur Verstärkung von Investitionen in das Bundesfernstraßennetz Aufgaben des Neu- und des Ausbaus auf der Grundlage einer Mautgebührenfinanzierung wahrnehmen. Hierzu können der Bau, die Erhaltung, der Betrieb und die Finanzierung von Bundesfernstraßen Privaten zur Ausführung übertragen werden (§ 1 Abs. 1 und 2 FStrPrivFinG). Zur Mautgebührenfinanzierung können nach § 3 Abs. 1 FStrPrivFinG folgende Erschwernisstrecken vorgesehen werden:

1. Brücken, Tunnel und Gebirgspässe im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen,
2. mehrstreifige Bundesstraßen mit getrennten Fahrbahnen.

2.2.1 Exkurs: Die Vorhaben

Im Rahmen der A-Finanzierung sind 12 Projekte als A-Modelle im BVWP³⁰ mit einer Streckenlänge von insgesamt 525,4 km ausgewiesen sowie im Rahmen der F-Finanzierung weitere 5 Modelle³¹:

1. A 8 Alaufstieg,
2. A 52 Verbindung der A 40 mit der A 42 (Essen),
3. A 281 Weserquerung,
4. B 50n Hochmoselübergang Wittlich/Bernkastel,
5. A 20 Elbequerung bei Glückstadt.

Der Entwurf des BVWP berücksichtigte ferner die 2. Strelasundquerung, die von der Hansestadt Stralsund zur Insel Rügen führen wird und sich während der Entwurfsbearbeitung des BVWP bereits in der Ausschreibung zur Privatfinanzierung (F-Modell) befand. Auf Grund des Ausschreibungsergebnisses

²⁶ EKARDT, BWVBl. 1997, S. 281 ff.

²⁷ GRUPP, Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, DVBl. 1994, S. 143

²⁸ Die öffentliche Hand erhält andere Kreditkonditionen als ein Privater

²⁹ Getreu dem Grundsatz, wonach die Bereitstellung und Erhaltung von Straßen für den öffentlichen Verkehr öffentliche Aufgaben sind; vgl. oben unter 2.

³⁰ S. dort Tabelle 7 Projektliste A-Modell

³¹ S. dort Tabelle 8 Projektliste F-Modell

wurde die Privatfinanzierung jedoch aufgegeben. Die abgegebenen Angebote konnten aus vergaberechtlichen Gründen nicht gewertet werden und haben den Träger des Vorhabens veranlasst, zum klassischen Weg in der Finanzierung und der Realisierung umzuschwenken³².

2.2.2 Die Pilotprojekte im Rahmen der F-Finanzierung

Neben diesen Vorhaben befinden sich zwei Pilotprojekte bereits unter Verkehr. Es sind dies die Travequerung (Herrentunnel) im Zuge der B 75 in Lübeck, die einen Ersatzbau für die abgängige Herrenbrücke darstellt und am 26. August 2005 unter Verkehr ging. Im genannten Abschnitt befindet sich die B 75 in der Ortsdurchfahrt, sodass die Baulast für das Vorhaben bei der Hansestadt Lübeck liegt. Die B 75 verbindet das Zentrum der Hansestadt Lübeck mit mehreren nördlich der Trave gelegenen Stadtteilen, in denen Gewerbe, Industrie sowie Hafenanlagen im Vordergrund stehen, sowie mit dem Stadtteil Travemünde mit seinen Skandinavienverkehren und touristischen Verkehren. Alternativ zur B 75 stehen die A 224 sowie die A 1 zur Verfügung, die allerdings für innerörtliche Verkehre wenig attraktiv sind (Mehrweg); im Bau befindet sich ferner eine weitere Travequerung in der Nähe des Stadtzentrums, die mautfrei ausgestaltet werden soll. Auch die A 20 bietet entsprechend ihrem Planungszweck südlich Lübecks eine Umfahrungsmöglichkeit. Diese Verkehrsverbindungen konkurrieren miteinander. Neben dem eigentlichen Konzessionsvorhaben (Bau und Erhaltung der Travequerung) wurde der Betreiber mit der Aufrechterhaltung eines mautfreien Shuttleverkehrs für Fußgänger und Radfahrer beauftragt sowie mit dem Rückbau der abgängigen Brücke. Die veranschlagten Baukosten des Vorhabens wurden um ca. 20 % überschritten.

Die feste³³ Warnowquerung im Zuge der B 105 war das erste Pilotprojekt. Sie befindet sich ebenfalls in kommunaler Baulast (Hansestadt Rostock). In beiden Fällen entwickelte sich offensichtlich die zur Gründung der Hansestädte wesentlich beitragende natürliche Verkehrsader von Trave und Warnow im Nachhinein als Hindernis für die Entwicklung der entlang der Flussläufe entstandenen Stadtteile. In West-Ost-Richtung verlaufend, verbindet die Warnowquerung die vornehmlich am Westufer der Warnow gelegenen Wohnstadtteile mit den am Ostufer angesiedelten Hafenstandor-

ten. Die Länge des Tunnels beträgt 790 Meter. Sie nimmt nördlich des Stadtzentrums parallel zur Ostseeküste verlaufende Verkehre auf. Spätestens mit der (Gesamt-)Fertigstellung der A 20 am 7. Dezember 2005 steht dem weiträumigen Verkehr eine leistungsfähige und mautfreie³⁴ Südumfahrung Rostocks zur Verfügung. Ergänzend zum eigentlichen Konzessionsvorhaben wurde der Betreiber mit der Herstellung der Zu- und Abfahrten an das bestehende Straßennetz beauftragt. Die veranschlagten Baukosten des Vorhabens wurden um ca. 10 % überschritten³⁵.

2.3 Sonstige Modelltypen

Unabhängig vom BVWP haben sich in der Praxis auch Sonderfälle der Privatfinanzierung herausgebildet. So wurde ein aufgeschobener Lückenschluss der A 31 auch mit privatem Geld finanziert. Bei diesem Projekt haben Private dem Vorhabenträger zweckgebunden Geld gleichsam „geschenkt“, damit das Projekt zeitnäher realisiert werden konnte. Die Nutznießung der Privaten aus dieser freien „Partnerschaft“ erfolgt ausschließlich aus dem vorzeitigen Gebrauch der Infrastruktur als „Refinanzierung“ des eingesetzten privaten Kapitals. Solche archaischen Sammelbüchsenmodelle zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben stellen jedoch ein ebenso wenig geeignete Instrumentarien zur grundsätzlichen Lösung von Finanzierungsproblemen dar wie Mischfinanzierungen von Bund, Ländern und Gemeinden³⁶. Zu den vorstehend vertieft dargestellten Betreibermodellen deutscher Terminologie treten ferner Modelle der Öffentlich Privaten Partnerschaft, deren Inhalte sich teilweise mit den vorstehend genannten überschneiden bzw. nicht weiterverfolgt wurden³⁷.

³² Die Verkehrsfreigabe für die 2. Strelasundquerung ist für Oktober 2007 vorgesehen

³³ Der Ausdruck „feste“ Warnowquerung resultiert daher, dass eine Querungsmöglichkeit mittels Fähre bestand

³⁴ Soweit nicht für schwere Lkw das AMG Anwendung findet

³⁵ Details zu dieser Vorhabensrealisierung finden sich sogleich unter 3.

³⁶ Vgl. dazu GEYER, Mischfinanzierung des Straßenbaus durch Bund, Länder und Gemeinden, in: Berichte der Bundesanstalt für das Straßenwesen 2003, S. 18 ff.

³⁷ Zum „Design-Build-Finance-Operate-Modell“ vgl. ABERLE et al., Privatfinanzierung der Verkehrsinfrastruktur, Internationales Verkehrswesen 2005, S. 303; zum „Build-Operate-Transfer-Modell“ vgl. schon GRUPP, DVBl. 1994, S. 142

Das Interesse der Länder und Gemeinden konzentriert sich derzeit auf sog. Verfügbarkeitsmodelle³⁸. Bei diesen Konzepten zahlt die öffentliche Hand einem Privaten ein Entgelt für eine vertraglich detailliert geregelte Bereitstellung einer Verkehrsinfrastruktur. Das Entgelt berechnet sich dabei nach Qualitäts- und Leistungskriterien. Für Zeiträume, in denen die Infrastruktur beispielsweise baustellen- oder betriebsbedingt nicht zur Verfügung steht, mindert sich das von der öffentlichen Hand zu zahlende Entgelt. Dies gilt auch in Fällen, in denen die Infrastruktur durch Ausfall von Straßenzubehör wie Lichtzeichenanlagen, Verkehrszeichen usw. nicht qualitätsgerecht zur Verfügung steht. Verfügbarkeitsmodelle beinhalten nicht notwendig auch die Elemente der A- und F-Finanzierung zur Planung, Bau und Finanzierung, können aber um diese bereichert werden. In ersteren Fällen ähneln sie der Verlagerung des Betriebs- und Unterhaltungsdienstes auf Private, verstärkt um leistungs- und erfolgsorientierte Vergütungskriterien. Insofern weisen diese Modelle beispielsweise Parallelen zu den von den Ländern geschlossenen Verkehrsverträgen über die Bereitstellung von ÖPNV-/SPNV-Leistungen auf. Die Vorteile dieser Modelle für die öffentliche Hand werden vor allem darin gesehen, dass es klar definierte Haushaltsansätze gibt, bei denen innerhalb der Vertragszeit Nachforderungen ausgeschlossen sind. Für den Privaten haben Verfügbarkeitsmodelle den Vorteil, einerseits ein von der Nutzung unabhängiges, sicheres Entgelt von der öffentlichen Hand zu erhalten und Rationalisierungsgewinne zu erzielen und in einem festgelegten Umfang für sich verbuchen zu können (Vorteil gegenüber dem F-Modell). Auch werden mit der Übertragung des Betriebs- und Unterhaltungsdienstes aus der Sicht der Privaten Vorteile gegenüber der A-Finanzierung gesehen.

3 Das Pilotprojekt Warnowquerung

Von der Projektgeschichte ...

Eine feste Warnowquerung war bereits in der DDR nachhaltig ins Auge gefasst worden. Spätestens mit der Inbetriebnahme des Überseehafens im Jahre 1960 am nordöstlichen Warnowufer und mit dem

Wohnungsneubau am nordwestlichen Warnowufer war die Querung der Warnow ständiger Bestandteil der Generalverkehrs- und Flächennutzungsplanung der Hansestadt. Mit dem Flächennutzungsplan des Jahres 1974 wurde ein Korridor im Wesentlichen von Bebauungen freigehalten. Gleichwohl kam es nicht zu ihrer Realisierung. Mit der zunehmenden Motorisierung, insbesondere nach 1989, kam es in der Stadt, durch die verkehrstechnisch bedeutsamen Ost-West-Verbindungen der Bundesstraßen B 105, 103 und 110, die teilweise auf einer gemeinsamen 4-streifigen Straße verliefen, zu erheblichen Verkehrsproblemen. Bereits 1991 stellte die Hansestadt Rostock deshalb an den Bundesminister für Verkehr den Antrag, das Vorhaben als Verlängerung der im Hafen Rostock endenden A 19 in den BVWP 1992 aufzunehmen. Mit einem DTV von 15 bis 20.000 Kfz/24h erreichte das Vorhaben jedoch nicht die Einstufung als vorrangiger Bedarf und wurde lediglich in den weiteren Bedarf des BVWP 1992 eingestuft. In diese Verkehrsprognose aus dem Jahre 1992 hatte die künftige Fertigstellung der A 20³⁹ bereits Eingang gefunden.

... zur Privatfinanzierung ...

Die Hansestadt Rostock empfand diese Einstufung als unbefriedigend und machte sich sogleich an Realisierungsgespräche mit Privaten. Es war ausgeschlossen, dass die Hansestadt Rostock das Vorhaben mit eigenen Mitteln in Angriff nehmen konnte. Rostock war schon entschlossen, den Weg zur Realisierung der Warnowquerung über eine Privatfinanzierung zu gehen, als der Bund den Entwurf des FStrPrivFinG vorlegte; als das Gesetz dann am 3.9.1994 in Kraft trat, lag die EU-Ausschreibung des Projektes veröffentlichungsreif vor⁴⁰.

Dazu bedurfte es jedoch einiger Modifikationen des Vorhabens. Zum einen wurde davon Abstand genommen, die Warnowquerung als Weiterbau der A 19 (Baulastträger Bund) zu planen. Unter gleichzeitiger Neuordnung des innerstädtischen Straßennetzes wurde die Warnowquerung fortan als Bundesstraße in der Ortsdurchfahrt (Baulastträger Hansestadt Rostock) geplant. Die Ortsdurchfahrt der Bundesstraßen 103 und 105 wurde über die Warnowquerung und ihre Zubringerstraßen umverlegt. Der weitere Verkehrszu- bzw. -abfluss erfolgt über die A 19 bis zu den Anschlussstellen AS Rostock-Ost (B 105) bzw. AS Kessin (B 103). Zusammen mit innerstädtischen Maßnahmen der Verkehrslenkung und der Verkehrsberuhigung, die al-

³⁸ Vgl. die Public-Infrastructure-Veranstaltung vom 12-14.09.2006 in Hannover

³⁹ Die (Gesamt-) Fertigstellung erfolgte am 7. Dezember 2005

⁴⁰ Dazu BAUERMEISTER, BECHERER, WOLFF, Maut auf der Durchfahrt einer Bundesstraße, Straßenverkehrstechnik 1996, S. 473 ff. (474)

lerdings bis dato nicht umgesetzt wurden, ergaben neue Berechnungen des künftigen Verkehrsaufkommens einen DTV von 35-40.000 Kfz/24h, je nach Lage der Warnowquerung im innerstädtischen Straßennetz (Süd- oder Nordvariante). Diese neue Verkehrsprognose ermittelte mithin eine Verdoppelung des Verkehrsaufkommens gegenüber der BVWP-Prognose und wurde sodann der weiteren Planung zugrunde gelegt.

Zur Gesetzeseinführung hatte der Bundesminister für Verkehr Richtlinien zum FStrPrivFinG⁴¹ herausgegeben, die es gestatten, die unter den Geltungsbereich des Gesetzes fallenden Vorhaben im Wege einer konventionellen Planung oder eines Ideenwettbewerbes zu realisieren. In der Variante der konventionellen Planung wird dem privaten Betreiber ein planfestgestelltes Vorhaben übertragen, wohingegen die Variante des Ideenwettbewerbes dem Betreiber auch die Planung des Vorhabens überträgt. Die Hansestadt Rostock entschied sich nahelegend für einen Ideenwettbewerb. Dessen Vorteile lagen auf der Hand. In der Variante der konventionellen Planung reduziert sich das Betreibermodell auf ein schlichtes Betriebsführungsmodell, welches dem Betreiber nur wenig bis gar keinen Raum lässt, eigene Ideen und eigene Potenziale in das Vorhaben einzubringen. Dies widersprach jedoch den Zielsetzungen der Hansestadt Rostock. Die Straßenbauverwaltung der Hansestadt Rostock wäre im Ergebnis jedenfalls allein kaum in der Lage gewesen, ein solches Vorhaben abschließend zu beplanen. Die Beteiligung erfahrener Privater im Tunnelbau war unerlässlich. Gesucht wurde nicht nur ein Betreiber, sondern auch das Know-how zu einer festen Warnowquerung. Zielsetzung der Hansestadt Rostock war es zudem, von jedwedem finanziellen Obligo für das Vorhaben befreit zu sein. Vor diesem Hintergrund war der Ideenwettbewerb als diejenige Variante zu favorisieren, die mit dem geringsten Aufwand für die öffentliche Hand verbunden war.

... zur Ausschreibung ...

Auf die Vergabe der mit dem Betreibermodell verbundenen Konzessionen waren die Regelungen für Baukonzessionen nach § 32 und § 32a VOB/A anzuwenden. Auch mussten die Bewerber ihre Eignung für die Planungs-, Bau- und Betreiberleistungen sowie die Finanzierungssicherheit nachweisen. Entsprechend den o. a. Richtlinien⁴² erfolgte die Ausschreibung in zwei Phasen. In einer ersten Phase erfolgte eine europaweite Bekanntmachung⁴³ zur Vergabe einer öffentlichen Baukon-

zession nach Anhang G der VOB/A mit einem Teilnahmewettbewerb und einer Präqualifikation der Bewerber. Bei der Hansestadt Rostock gingen 15 Bewerbungen⁴⁴ ein, von denen 9 in die Präqualifikation aufgenommen wurden. Die zweite Phase beinhaltet eine beschränkte Ausschreibung unter den von der Hansestadt Rostock ausgewählten Bewerbern (3 Bewerber) zur Einreichung von Angebotsunterlagen. Da die Ausschreibung in der Variante des Ideenwettbewerbs stattfand, beinhalteten die Angebote verschiedenste Variationen zur technischen (Brücke bzw. Tunnel), finanziellen und rechtlichen Lösung des Pilotprojektes im Rahmen der F-Finanzierung.

... zum Vertragsschluss ...

Im Ergebnis erhielt die Fa. BOUYGUES S.A. mit dem Vorschlag der Errichtung eines Absenktunnels den Zuschlag, in dessen Folge die Warnowquerung GmbH & Co KG⁴⁵ als schlussendliche Betreiberin dieses F-Modells gegründet wurde. Für das Ausschreibungsverfahren bis zum Abschluss des Konzessionsvertrages⁴⁶ mit dem Bewerber vergingen insgesamt fast 2 Jahre⁴⁷. Dies resultiert zum einen auch aus der Unerfahrenheit von Beteiligten mit der komplexen neuen Materie Betreibermodell. Zwischenzeitlich hat das Bundesministerium für Verkehr Musterkonzessionsverträge vorbereitet, die für künftige Vorhaben ein schnelleres Vorgehen erwarten lassen. Gleichwohl wird auch weiter zu berücksichtigen sein, dass jedenfalls in einem Ideenwettbewerb die Wertung von Angeboten ungleich schwerer ist und auch die Komplexität der eingehenden Bewerbungen zu berücksichtigen ist.

... zum Bau- und zum Konzessionsrecht ...

Die Hansestadt Rostock hatte zunächst als Vertragspartnerin des Konzessionsvertrages vorgese-

⁴¹ Betreibermodelle nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz vom 22.11.1994 (Stb 19)

⁴² S. vorherige Fußnote

⁴³ Vom 3.12.1994, ABl. der EG 94/S233-87837/DE

⁴⁴ Es gingen Bewerbungen aus den Ländern A, D, DK, E, F, NL und S ein

⁴⁵ Die Gründung erfolgte am 23.07.1996. Gesellschafter sind nunmehr die European Transport Investments (UK) Ltd, c/o Macquaire Bank London sowie Bouygues Travaux Publics S.A.

⁴⁶ Die Bekanntmachung erfolgte am 20.10.1994, der Vertragsabschluss am 25.07.1996

⁴⁷ Zum Konzessionsvertrag sogleich unter 4.

hen, über einen Bebauungsplan⁴⁸ dem Vorhaben ganz bzw. teilweise selbst Baurecht zu beschaffen, wozu § 17 Abs. 3 S. 1 FStrG einen zulässigen rechtlichen Rahmen eröffnet. Auf die Planungen des Betreibers zur Warnowquerung und die eigenen Planungen hinsichtlich eines Rostocker Messezentrums hin wurde ein Bebauungsplan für die Westseite der Warnow aufgestellt. Es zeigte sich jedoch alsbald, dass das Baurechtsverfahren mit einem Bebauungsplan nur grundsätzlich geeignet war, als Vertragspartnerin „im eigenen Beritt“ das erforderliche Baurecht zu beschaffen. Im Übrigen erfüllte es die Erwartungen hinsichtlich Flexibilität und zeitlichen Vorstellungen nicht.

Mit Antrag vom 8. Juni 1998 wurde sodann für das gesamte Vorhaben ein Planfeststellungsverfahren eröffnet und durch Planfeststellungsbeschluss vom 18. Oktober 1999⁴⁹ abgeschlossen⁵⁰. Als Trägerin des Vorhabens konnte rechtlich nicht die Betreiberin auftreten, sondern die Hansestadt Rostock, da bei ihr die Aufgabe der Baulastträgerin verblieben ist. Auch dies schafft eine wesentliche Schnittstelle. Gegen den Planfeststellungsbeschluss wurde Klage beim Bundesverwaltungsgericht erhoben, zu einer gerichtlichen Entscheidung kam es nach Erörterung infolge Klagerücknahme nicht. Die Klage hatte auch die Privatfinanzierung des Vorhabens zum Gegenstand.

Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat per Verordnung⁵¹ die Warnowquerung GmbH & Co KG mit dem Recht zur Erhebung einer Mautgebühr beliehen (sog. Beleihungsverordnung). Der Bund hat sodann den mautpflichtigen Streckenabschnitt und die für seine Benutzung zu entrichtende Maut festgesetzt⁵².

... zur Verkehrsfreigabe und zum Betrieb ...

Von der Ausschreibung am 3. Dezember 1994 bis zur Verkehrsfreigabe am 12. September 2003 vergingen mithin 9 Jahre⁵³, in die allerdings der Ideenwettbewerb ebenso einberechnet ist wie die 4-jährige Bauzeit. Aus der Sicht aller Beteiligten ist dieser Zeitraum deutlich unterschätzt worden. Es hat sich dabei gezeigt, dass dieser Zeitraum den Anforderungen der privaten Wirtschaft zur Finanzierung eines solchen Projektes nicht gerecht wird, sodass zwischenzeitliche „Anschubfinanzierungen“ der öffentlichen Hand zusätzlich einfließen mussten.

Mit der Verkehrsfreigabe hätte für den Betreiber die Phase der Refinanzierung seiner Investitionen

durch die Mauteinnahmen beginnen müssen. Es zeigte sich, dass das tatsächliche Verkehrsaufkommen maximal die Hälfte des Erwarteten erreichte. Dieses deckte teilweise lediglich die Betriebskosten. Zwar ist zwischenzeitlich die Ortsdurchfahrt der Bundesstraßen 103 und 105 teilweise zur Landesstraße abgestuft und der neue Bundesstraßenverlauf durch die Warnowquerung umverlegt worden. Verkehrliche Konzepte zur „Vergrämung“ dieses nach wie vor weiter stark befahrenen Straßenabschnittes in Rostock für den Durchgangsverkehr sind jedoch nicht ergriffen worden, obgleich dieses Planungsgrundlage gewesen war. In finanzieller Hinsicht zeigte sich in der Folgezeit, dass es überaus schwierig ist, die Vielzahl der involvierten Banken auf einer Linie zu dem Projekt zu halten. Es bestand die Gefahr, dass einzelne Banken ihre Beteiligungen mit einer ungewissen Zukunft für das Projekt verkaufen.

... bis zur Neuaufstellung der F-Finanzierung

Ein Fehlschlagen es Projektes hätte über die verkehrlichen Entwicklungen hinaus ein negatives Zeichen für die Entwicklung der Stadt und der Region gesetzt. Den Beteiligten ist es gelungen, sich auf eine Verlängerung des Konzessionszeitraumes von 30 auf 50 Jahren zu verständigen und darauf die Refinanzierung des Vorhabens umzustellen. Die anfängliche kalkulatorische Grundlage, dass in 30 Jahren bereits das erforderliche Nutzeraufkommen erreicht werden würde, ist mithin der tatsächlichen Nutzung angepasst worden. Die Alternative, unter Beibehaltung der Vertragslaufzeit die Maut anzupassen, war aussichtslos: Eine Mauterhöhung hätte das Verkehrsaufkommen „todesspiralenförmig“ weiter sinken lassen. Damit konnte die Insolvenz der Betreibergesellschaft im Jahre 2006 abgewendet werden; die Kritik ist gleichwohl nicht verstummt⁵⁴.

⁴⁸ B-Plan Nr. 06.SO.48.1 „Sondergebiet Messe“

⁴⁹ Beschluss des Wirtschaftsministeriums Mecklenburg-Vorpommern – Az. V650-553.3.2-7 – vom 18.10.1999

⁵⁰ Erforderlich wurden ferner zwei Planänderungsverfahren

⁵¹ Verordnung zur Beleihung mit dem Recht zur Erhebung von Mautgebühren für die Warnowquerung (WarnowBeleihVO M-V) vom 1. April 2003 (GVObI. S. 280)

⁵² Mauthöheverordnung – MauthV – vom 24. Juni 2003 (BGBl. I, S. 1001)

⁵³ Zum Vergleich Herrentunnel: 6 Jahre

⁵⁴ Nur beispielhaft: Das Millionengrab von Rostock, Süddeutsche Zeitung vom 17./18. Juni 2006

4 Problemfelder rechtlicher und tatsächlicher Art im Rahmen der F-Finanzierung

4.1 Pilotprojekt Warnowquerung

Die Warnowquerung hat Startschwierigkeiten hinter sich bringen müssen⁵⁵. Dies bedarf an dieser Stelle keiner vertieften Manöverkritik. Gleichwohl gilt es, kurz Folgendes anzumerken. Es stellt sich die Frage, ob es sinnvoll war, ein Vorhaben zum Pilotprojekt zu bestimmen, welches in der Baulast eines Dritten liegt. Aufgabe des Dritten war es vorliegend zuvorderst, an das – auch finanzielle – gemeindliche Wohl zu denken und eine komfortable Lösung für die eigenen städtischen Probleme zu schaffen; die Aufgabe des Bundes war es demgegenüber, ein gelungenes Beispiel für die Einführung der F-Finanzierung in der Öffentlich Privaten Partnerschaft im Bundesfernstraßenbau zu präsentieren. Für diese Aufgabe hätte sich ein Vorhaben in Bundesbaulast und in engerer Bundesregie eher geeignet. Es ist ferner anzumerken, dass die Auswahl des Projektes aus vielerlei Gesichtspunkten von Beginn an sehr problematisch erschien. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die verkehrlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen in Rostock selbst wie auch im Hinblick auf sonstige Planungen außerhalb Rostocks (A 20). Tatsächlich werden deshalb kaum die Verkehrsbelegungen der ersten Verkehrsprognose für den BVWP 92 erreicht, geschweige denn die späteren Prognosen im Rahmen der Privatfinanzierung. Diese Geburtsfehler bleiben einstweilen Handicap des Projektes. Es überrascht deshalb, dass die Privatwirtschaft die hochgerechneten Verkehrsbelegungen so euphorisch mitgetragen hat⁵⁶. Jenseits dieses zentralen Punktes wurde hingegen jedes auch entfernt liegende Risiko detailliert betrachtet und geregelt. Das Risiko der Verkehrsbelegung hingegen wurde einseitig und uneingeschränkt durch die Privatwirtschaft übernommen, obgleich es durch den Betreiber nur geringfügig beeinflussbar ist.

Aber auch wenn die berechneten Verkehrsmengen grundsätzlich erreichbar sein mögen, so wäre doch die Rentabilität des Projektes gesondert zu berechnen gewesen. Zum Erfolg einer Investition gehört, dass Produkt und Preis (d. h. die Maut) marktgängig sind. Denn die grundsätzliche Bereitschaft, überhaupt eine Maut zu zahlen, und die Mauthöhe können in Deutschland durchaus verschieden gesehen werden. 2,- € Maut haben in der Rushhour in den Großstädten unterschiedliche

Wertigkeiten. Es muss bezweifelt werden, dass der Ertragswert der Investition Warnowquerung ausreichend beleuchtet worden ist. Es erscheint jedenfalls nicht möglich, eine Verkehrsprognose 1:1 in eine Ertragsprognose zu übernehmen. Die vorliegenden, der Refinanzierung zugrunde gelegten Verkehrsprognosen können für die Mautfreiheit durchaus zutreffend sein⁵⁷. Aus der Sicht der Rentabilität einer Investition wäre jedoch zumindest auch zu untersuchen, wie viele Nutzer davon zur Mautentrichtung bereit wären.

Dies kann jedoch nicht als allgemeingültige Kritik an der Funktionsfähigkeit der F-Finanzierung erhalten, sondern lediglich als berechtigte Kritik am konkreten Vorgehen und an der Auswahl des Projektes. Dies beiseite lassend, ist Nachfolgendes zur F-Finanzierung anzumerken. Außer Acht bleiben dabei jedoch auch grundsätzliche verkehrs- und/oder finanzpolitische Erwägungen zur Sinnhaftigkeit oder Notwendigkeit einer Maut generell.

4.2 Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz

4.2.1 Zum Gesetz allgemein

Das FStPrivFinG hat zwischenzeitlich im Hinblick auf die festgestellten operationellen Defizite⁵⁸ zwei Änderungen⁵⁹ erfahren. Die erste Änderung durch das FStrPrivFinÄndG hat – gutachterlich unterlegt – vor allem das Ziel verfolgt, mehr Licht in die Refinanzierung nach § 3 Abs. 2 ff. FStrPrivFinG zu bringen. Ob dieses gerade in den Hauptdiskussionspunkten zum Kostendeckungsprinzip, zur Eigenkapitalverzinsung, zum projektangemessenen unternehmerischen Risikozuschlag, zu den berücksichtigungsfähigen Kostenmassen, oder zu den kalkulatorischen Abschreibungen u. a. mehr gelungen ist, wird durchaus bezweifelt⁶⁰. Diese Fragen zur Mautberechnung sind gebührenrechtlicher Art und daher

⁵⁵ Der Start des Herrentunnels gestaltete sich dem Vernehmen nach gleichermaßen schwierig

⁵⁶ In beiden Pilotprojekten haben sich die Verantwortlichen zu diesem Fehler bekannt

⁵⁷ Die Verkehrsprognosen wurden gleichwohl mit Abschlägen einberechnet

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 14/8447, S. 1

⁵⁹ FStrPrivFinÄndG vom 1. September 2002 (BGBl. I. 3442); ÖPP-BeschleunigungsgG vom 8. September 2005 (BGBl. I S. 2676)

⁶⁰ Vgl. dazu UECHTRITZ, Möglichkeiten für private Verkehrsinfrastrukturbetreiber außerhalb der öffentlichen Haushalte, DVBl. 2002, S. 741

vorliegend nicht zu vertiefen⁶¹. Die zweite Änderung des FStrPrivFinG durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz hat – ebenfalls auf gutachterlichen Rat hin – das FStrPrivFinG in erster Linie ebenfalls in Refinanzierungsfragen reformiert (z. B. zur Eigenkapitalverzinsung, § 3 Abs. 4 FStrPrivFinG) sowie die Umstellungsmöglichkeit von Gebühr auf ein privatrechtliches Entgelt (§ 1 Abs. 5 FStrPrivFinG u. a. Vorschriften des Gesetzes) geschaffen. Dies ist ein Fingerzeig in die Richtung, in der der größte Reformbedarf gesehen wurde; es fragt sich jedoch, ob dieser Weg richtig eingeschlagen worden ist.

Verkehrspolitisch und straßenrechtlich scheint die neu geschaffene Regelungsdichte nicht dazu geführt zu haben, die begonnenen F-Modelle attraktiver zu gestalten. Neue, die Nutzung belebende Akzente sind durch die Betreiber nicht beantragt worden⁶². Die neu geschaffenen Spielräume werden also nicht genutzt. Zur Nachfragesteigerung – oder straßenrechtlich gesprochen – zur Erreichung des angestrebten Verkehrswertes wird beispielsweise immer wieder angeregt, die Maut zu Projektbeginn niedrig zu gestalten und erst später bei Marktgängigkeit zu versuchen, die tatsächlichen Kosten einzuspielen. Solche Überlegungen sind nach wie vor unter dem von gebührenrechtlichen Gesichtspunkten geprägten § 3 FStrPrivFinG nur zulässig, wenn der Betreiber schlicht auf die Einbringung berücksichtigungsfähiger Kosten verzichtet und die Maut so künstlich drückt. Diese rechtlich saubere Lösung bedeutet jedoch gleichsam für die Pilotprojekte, Magersüchtigen Diäten zu verschreiben.

In der starren, vom FStrPrivFinG vorgeschriebenen Refinanzierung der Kosten vermag offensichtlich auch die neu geschaffene Möglichkeit zur Umstellung von öffentlich-rechtlicher Maut auf ein privatrechtliches Entgelt kaum eine Erleichterung zu

verschaffen. Jedenfalls ist diese immer wieder in den Vordergrund der Novellierungsbemühungen geschobene Neuerung von der Praxis nicht aufgenommen worden. Beide Pilotprojekte fahren das gebührenrechtliche Modell weiter. Es scheint, als fiele die F-Finanzierung selbst angelegten Fesseln zum Opfer. Es besteht daher Bedarfan erheblichen gesetzgeberischen Erleichterungen.

4.2.2 Zur Rechtsstellung des privaten Betreibers

Kerngedanke des F-Modells nach dem FStrPrivFinG ist es, private Investitionen in das Bundesfernstraßennetz zu fördern⁶³. Ziel ist es nicht, Private grundsätzlich mit der Aufgabe des Straßenbaulastträgers zu beauftragen⁶⁴. Straßenbaulastträger bleibt der Bund (resp. die Gemeinden in den Ortsdurchfahrten). Die nach dem FStrPrivFinG vorzunehmende Beleihung des Betreibers bezieht sich vornehmlich beschränkt auf das Recht, Maut auf einer Bundesstraße zu erheben⁶⁵. Die übrigen Aufgaben der verbindlichen Straßenplanung, des Straßenrechts (Widmung etc.) sowie des Straßenverkehrsrechts verbleiben in den allgemein normierten Zuständigkeitsbereichen. Dies erfolgt auch vor dem Hintergrund, dass das Straßennetz in Deutschland nicht zerstückelt werden, sondern unter staatlicher Regie zur Verfügung bleiben soll. Dieser Zielsetzung wird die F-Finanzierung grundsätzlich gerecht, auch wenn der damit verbundene Preis der vielfältigen Aufgabenträgerschaften von Bund, Land und Gemeinde und den daraus folgenden Abstimmungserfordernissen hoch ist. Wenn die F-Finanzierung gleichwohl bereits als Auslaufmodell angesehen wird⁶⁶, erscheint diese Aussage verfrüht. Unabhängig von den bereits realisierten Projekten und der Erschließbarkeit weiterer Erschwernisstrecken nach § 3 Abs. 1 FStrPrivFinG für die Betreiber wird dieses Ergebnis vorrangig davon abhängen, ob es gelingt, den bestehenden rechtlichen Rahmen den verkehrlichen und straßenrechtlichen Erfordernissen anzupassen.

4.2.3 Zur Beleihung

Als Gegenleistung für die vom Betreiber nach dem jeweiligen Konzessionsvertrag zu erbringenden Leistungen erhält der Private u. a. das Recht zur Mauterhebung. Die Beleihung erfolgt im Wege einer Beleihungsverordnung. Dies ist wegen der Publizitätswirkung einer Verordnung interessengerecht. Dadurch, dass in den bereits realisierten Projekten Warnowquerung und Travequerung die Bau-

⁶¹ Hierzu: DRÖMANN/TEGTBAUER, Rechtsfragen der Mautgebühr nach dem Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundes, NVwZ 2004, S. 296 ff.

⁶² Erfahrungen mit dem neuen Rabattmodell des Herrentunnels lagen zum Zeitpunkt der Abfassung des Berichts noch nicht vor

⁶³ § 1 Abs. 1 FStrPrivFinG

⁶⁴ Zu den Aufgaben vgl. RINKE in KODAL/KRÄMER, Straßenrecht, Kapitel 5 Rn. 10 ff.

⁶⁵ Zu weiteren beleihungsfähigen Rechten s. § 3 Abs. 1 Satz 1 FStrPrivFinG

⁶⁶ ABERLE et al., Privatfinanzierung der Privatinfrastruktur, Internationales Verkehrswesen 1995, S. 303 ff. (309)

last und damit die Verpflichtung zum Abschluss des Konzessionsvertrages bei den Hansestädten lagen, entstanden Schnittstellen, die insbesondere beim Konzessionsvertrag zu besonderen Risikoverteilungen führten⁶⁷.

Der Betreiber erhält durch die Beleihung die VA-Befugnis, d. h., er darf die Maut per Verwaltungsakt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend machen. Die VA-Befugnis wurde nunmehr in der neuen Fassung des § 2 Abs. Satz 1 FStrPrivFinG auch auf die Nacherhebung der – erhöhten – Mautgebühr bei Mautprellern erweitert. Nicht übertragen werden konnte in diesem Zusammenhang die Zuständigkeit nach § 12 FStrPrivFinG als zuständige Ordnungswidrigkeitenbehörde nach § 36 OWiG. Die Aufgabe des Staates für das Bußen und Strafen entzieht sich grundgesetzlich einer Übertragungsmöglichkeit auf Private⁶⁸. Die rechtspolitische Notwendigkeit dieser Regelung steht außer Frage. Für den Privaten entsteht jedoch ein Verwaltungsmehraufwand zur Ermittlung und Mitteilung von Ordnungswidrigkeiten, den er allenfalls aus generalpräventiven Erwägungen heraus zu tragen bereit ist. Mit der Möglichkeit zur Erhebung von Entgelten⁶⁹ und damit auch zur Erhebung von erhöhten Entgelten im Falle der Säumnis, wie im Bus- oder Bahnverkehr üblich, wird jedoch diese aufwändige Schnittstelle gemieden. Dem Ansinnen der Betreiber, für den Anzeigeaufwand aus dem Bußgeldaufkommen entschädigt zu werden, wurde durch die Praxis nicht gefolgt.

Zu den Fragen der Beleihung des Betreibers wird mithin kein Neuregelungsbedarf gesehen.

4.2.4 Zur Risikoverteilung

Eine Partnerschaft setzt voraus, dass vorhandene Risiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Vertragsparteien angemessen verteilt werden⁷⁰. In der von beiden Vertragspartnern grundsätzlich über die gesamte Konzessionszeit als angemessen empfundenen Risiko- und Aufgabenverteilung liegt letztlich der Schlüssel für eine erfolgreiche Zusammenarbeit. Es muss angemerkt werden, dass dem in der Vergangenheit nicht ausreichend Rechnung getragen wurde und dem für künftige Vorhaben rechtlich mehr Beachtung geschenkt werden muss.

Festzustellen für eine Risikoverteilung ist, dass das FStrPrivFinG keine Vorgaben beinhaltet, also kein Risiko von vornherein dem einen oder anderen

Partner zuweist. Vorbehaltlich anderweitiger Regelungen obliegt die angemessene Risikoverteilung daher den Vertragsparteien im Konzessionsvertrag⁷¹.

Es gibt Projektrisiken, die bereits durch allgemeine Rechtsgebiete einer Vertragspartei zugeordnet sind. Diese Zuordnung kann auch im Rahmen der Privatfinanzierung Anwendung finden. Das Vergaberecht⁷² bspw. oder das Baurecht geben solche allgemeinen Risikozuordnungen vor. Diese Risikovorgaben sind, soweit sich aus der Privatfinanzierung nichts ausdrücklich anderes ergibt, anwendbar. In beiden Pilotprojekten spielten beispielsweise die Baugrundverhältnisse eine erhebliche und nicht durch den Privaten beherrschbare Rolle. Solche Projektrisiken kann der Auftraggeber auch im Rahmen einer Privatfinanzierung nicht übertragen, weil das Vergaberecht auch dort grundsätzlich Anwendung findet und es nicht spezieller Zweck der Privatfinanzierung ist, die öffentliche Hand gerade von diesem Risiko freizuhalten.

Aber auch außerhalb dieser Vorgaben ist gleichwohl nicht alles im Konzessionsvertrag frei verhandelbar. So wäre es beispielsweise angemessen, dass sich die öffentliche Hand verpflichtet, keine Verkehrsplanungen zu betreiben, die den Erfolg des gemeinsamen Projektes in Frage stellt. In Falle der Warnowquerung und der Strelasundquerung gab es Fährverbindungen Privater, die u. U. eine Konkurrenzsituation darstellen konnten. Der öffentliche Auftraggeber wird sich im Konzessionsvertrag jedoch allein dazu verpflichten können, solche Einrichtungen nicht zu fördern. Betreibt der andere Private den Fährverkehr bspw. eigenwirtschaftlich, wird eine diesbezügliche Genehmigung des Konkurrenzverkehrs nicht beeinflussbar sein. Ein solches zukünftiges Projektrisiko durch Dritte ist dem Privaten nicht abzunehmen. Gleiches gilt für Planungen anderer Verwaltungsebenen. Die Regelungen zu öffentlichen Verträgen (§§ 54 ff. VwVfG) finden auch hier Anwendung.

⁶⁷ Für den Fall, dass das Land die Beleihung nicht ausspricht

⁶⁸ Vgl. Kammergericht Berlin, DAR 1996, S. 504

⁶⁹ § 1 Abs. 5 FStrPrivFinG

⁷⁰ Vgl. bereits oben unter 2.1

⁷¹ Der Musterkonzessionsvertrag enthält für künftige Projekte eine Richtschnur zur angemessenen Risikoverteilung

⁷² Vgl. § 9 Nr. 2 VOB/A

In den beiden Pilotprojekten und auch für künftige F-Finanzierungen steht im Vordergrund, wer das Risiko für die Verkehrsprognose und damit das wesentliche Risiko des Projekterfolges trägt. In beiden Pilotprojekten haben wie bereits erwähnt die Betreiber das Verkehrsrisiko einseitig und ohne Kautelen und für die gesamte Vertragslaufzeit übernommen; und dies obgleich beispielsweise im Falle der Warnowquerung die kalkulierte Verkehrsbelegung nur unter bestimmten Voraussetzungen zu erzielen war. Es kann dabei zum einen gefragt werden, ob eine solche Regelung in einer Partnerschaft überhaupt zulässig ist. Wichtiger aber ist, dass derartige Regelungen, in denen isoliert einer Vertragspartei ein Risiko auferlegt ist, keine Anreize enthalten, gemeinsam Lösungen zum Projekterfolg zu erarbeiten. Der Projekterfolg liegt im beiderseitigen Interesse; danach muss sich auch die Risikoverteilung richten.

Treten bloße Erwartungen einer Vertragspartei nicht ein, kann die öffentliche Hand grundsätzlich nicht im Nachhinein das unternehmerische Risiko dadurch abfedern, dass sie für deren Nichtrealisierung geradesteht und deren Risiken (Mautausfälle) übernimmt. Dies widerspräche dem Gesetzeszweck des FStrPrivFinG. Es ist detailliert zu prüfen, ob es mit dem Wesen der angestrebten Partnerschaft überhaupt vereinbar ist, einer Vertragspartei ein zentrales Risiko allein und für die gesamte Dauer der Partnerschaft aufzuerlegen. Angemessen bei objektiver Betrachtung ist dieses wohl nur, wenn mit dieser Risikoübernahme eine angemessene vertragliche Freiheit korrespondiert, das Ziel überhaupt erreichen zu können. Anderenfalls bindet der Vertrag zu einem fortdauernden Misserfolg der Partnerschaft. Ferner erfolgt eine Risikoübernahme stets auf einer bestimmten Grundlage („Vertragsgrundlage“) bzw. vor dem Hintergrund, dass eine gemeinsame Grundlage auch durch den Partner selbst mit herbeigeführt werden sollte. Ändert sich die Grundlage durch nicht beeinflussbare Umstände bzw. wird die Grundlage durch den Partner nicht herbeigeführt, erscheint eine Risikoverteilung nur dann angemessen, wenn dem Partner zumindest vertraglich oder gesetzlich ein Nachverhandlungsanspruch zugebilligt ist. Für die Fortführung der F-Finanzierung sollte es deshalb darum gehen, eine angemessenere Risikoverteilung für eine Partnerschaft zu finden, die weiter dem Gedanken einer koordinationsrechtlichen Bindung nach §§ 54 ff. VwVfG Rechnung trägt und öffentliche und private Hand eher zu einem gemeinsamen Vorgehen zum

Projektziel veranlassen als zu einer Risikoschieberei. Von Bedeutung scheint dabei ferner zu sein, dass der Betreiber des konzessionierten Streckenabschnittes nur mit den rechtlich begrenzten Möglichkeiten über die Mauthöhe Einfluss auf die Verkehrsbelegung nehmen kann. Alle anderen Umstände liegen außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeiten. Es bietet sich daher nicht an, ihn in diesem Bereich völlig ins Obligo zu nehmen. Hinsichtlich des Projektes selbst, seiner Funktionstüchtigkeit u. a. ist er hingegen prädestiniert, Risiken in einem stärkeren Maße als bislang praktiziert zu übernehmen. Im Gegenzuge ist – bezogen auf die konkreten Projektvoraussetzungen und vor allem die konkreten Projektziele – durchaus zu prüfen, ob es die Angemessenheit der Risikoverteilung erfordert, dass die öffentliche Hand auch finanzielle Projektrisiken mit übernehmen muss⁷³.

4.2.5 Zur Anschubfinanzierung

Obgleich im FStrPrivFinG alter Fassung nicht vorgesehen, haben beide Pilotprojekte Anschubfinanzierungen erhalten. § 3 Abs. 3 Satz 8 FStrPrivFinG bestimmt nunmehr, dass die Anschaffungs- und Herstellungskosten eines Bauwerkes zum Zwecke der Festsetzung des zur Refinanzierung anstehenden Abschreibungsbetrages für dieses Bauwerk um eine etwa gewährte Anschubfinanzierung zu vermindern sind. Der Gesetzgeber vollzieht damit nach, was bei Verabschiedung des FStrPrivFinG nicht bedacht oder sogar ausgeschlossen sein sollte, das private Investitionen in das Fernstraßennetz anlocken soll⁷⁴. Die Praxis zeigte jedoch die Notleidigkeit der angedachten Refinanzierung. Auch im günstigsten Falle vergehen rund 8 Jahre von der Planung bis zur Verkehrsfreigabe, sodass auch frühestens nach diesem Zeitraum Einnahmen erzielt werden können. Dies ist eine Besonderheit des Infrastrukturbereiches. Finanzierungen benötigten mithin einen langen Atem, über den die Wirtschaft offensichtlich nicht verfügt. Der Gesetzgeber akzeptiert damit in der Bauphase Anschubfinanzierungen der öffentlichen Hand, weil Einnahmen nicht erzielt werden können. Darauf aufbauend kann sich die Frage stellen, ob dies auch für die Betriebsphase gelten kann. Die Situation ist insoweit nicht vergleichbar, da in dieser Phase objektiv Einnahmen

⁷³ Zu finanziellen Beteiligungen der öffentlichen Hand s. sogleich unter 4.4

⁷⁴ § 1 Abs. 1 FStrPrivFinG

erzielt werden können. Der Tatbestand ist insoweit ein völlig anderer. Lediglich von der grundsätzlich darin von der öffentlichen Hand gezeigten Bereitschaft aus, Projektrisiken zu übernehmen, könnten daher Parallelen gezogen werden⁷⁵.

4.3 Konzessionsvertrag

Für die Warnowquerung lag ein Musterkonzessionsvertrag des Bundes noch nicht vor. Die in der zweiten Ausschreibungsphase verbliebenen Anbieter reichten im Rahmen des Ideenwettbewerbs eigene Entwürfe zu einem Konzessionsvertrag ein, was die Vergabe nicht erleichterte. Der rechtlich geforderte Mindestinhalt⁷⁶ eines Konzessionsvertrages:

- namentliche Bestimmung des Konzessionärs,
- Fixierung des Vorhabens
- und der Benutzungsbedingungen,
- Regelung der Aufsichts- und Haftungsfragen,
- Dauer der Befristung der Konzession

erscheint einfach und birgt gleichwohl Tücken. Im Falle des von der Hansestadt Rostock gewählten Ideenwettbewerbs ist der Ideengeber (bspw. eine ARGE) rechtlich nicht notwendig auch derjenige, der letztlich das Vorhaben auch betreiben wird. Die Überleitung vom Anbieter im Ausschreibungsverfahren (hier: BOUYGUES S.A.) auf eine Betreiberin und Konzessionsnehmerin (hier: Warnowquerung GmbH & Co KG) bedarf angesichts des damit verbundenen Gefahrübergangs für ein Wirtschaftsgut mit einem Wert von fast 200 Mio. € einer rechtlichen Vertiefung zur Absicherung aller denkbaren Risiken. Die Projektvariante Ideenwettbewerb musste für den Konzessionsvertrag zudem auch Regelungen enthalten für den Fall, dass ein Planfeststellungsbeschluss nicht ergeht, eine Mauthöhenverordnung nicht oder nicht rechtzeitig ergeht.

Selbst die Fixierung eines noch zu errichtenden Vorhabens ist nicht leicht. Brücken, Tunnel, Gebirgspässe (§ 3 Abs. 1 FStrPrivFinG) bedürfen im Falle einer erstmaligen Errichtung, sofern nicht wie im Sonderfall der Travequerung in Lübeck lediglich faktisch ein Ersatzbau zu schaffen ist, zusätzlich zum Konzessionsvorhaben einer Anbindung an das

vorhandene Straßennetz. Konzessionstrecke und Anbindung sind jedoch streng im Hinblick auf die Berechnung der mautumlagefähigen Kosten auseinanderzuhalten. Zwar kann es dabei naheliegen, auch einen nicht konzessionierten Teil dem Privaten zur Planung und zum Bau gleich mit zu übertragen („Generalunternehmer“), um letztlich zu einem Vorhaben aus einem Guss zu kommen.

Ferner ist die Dauer des Konzessionszeitraumes im Vertrag zu regeln. Schwierig ist die Beurteilung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Konzessionszeitraum verlängern kann bzw. auf Grund der äußeren Umstände verlängert werden muss. Eine Verlängerung des Konzessionszeitraumes sehen die geschlossenen Konzessionsverträge für die Pilotprojekte ausdrücklich nur für Zeiten vor, in denen das Recht zur Erhebung von Mautgebühren aufgehoben oder unterbrochen ist. Zu denken ist beispielsweise an den Zeitraum eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO, welches die Mauthöhenverordnung zum Streitgegenstand hat. Andere Gründe der Störung der Refinanzierung kennen diese Verträge noch nicht.

Tatsächlich liegt in diesem Regelungsbereich eines der wenigen Ventile verborgen, um Leistungsstörungen, von welcher Partei und aus welchem Grunde auch immer veranlasst (objektiv oder subjektiv, verschuldet oder unverschuldet usw.), aufzufangen. Bemerkenswert ist, dass in beiden Pilotprojekten zwar der Rückkauf der Konzession durch den Konzessionsgeber auf Grund einseitiger Erklärung möglich ist. Ein Anspruch des Betreibers auf Verlängerung des Konzessionszeitraumes bei Eintreten bestimmter Umstände ist demgegenüber nicht vorgesehen. Dies ist wenig partnerschaftlich. Immerhin ist dem Betreiber zwischenzeitlich ein Anspruch auf Erlass einer Mautverordnung zuerkannt worden⁷⁷. Es liegt nahe, dem Betreiber auch einen gesetzlichen Anspruch auf Verlängerung des Konzessionszeitraumes zuzuerkennen.

Auch nach dem zwischenzeitlichen Vorliegen eines Musterkonzessionsvertrages gilt, dass dieses Muster nur eine Grundstruktur vorgeben kann. Die projektbezogenen Risiken und Aufgaben bedürfen gleichwohl individueller Lösungen.

4.4 Maut

4.4.1 Zur Mautgebührenverordnung

Nachdem § 3 Abs. FStrPrivFinG a. F. den Bund berechnete, die Maut im Einvernehmen mit dem Land per Verordnung festzusetzen, ist diese Zuständig-

⁷⁵ Dazu jedoch im Rahmen der Maut (s. 4.4)

⁷⁶ STEINER, Straßenbau durch Private, NJW 1994, S. 3150

⁷⁷ § 5 Abs. 1 Satz 2 FStrPrivFinG

keit nunmehr nach § 5 FStrPrivFinG auf die Länder übergegangen⁷⁸. Dies mag im Sinne einer umfassenden Auftragsverwaltung durch die Länder für die Fernstraßen liegen. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die Bestimmung der Höhe einer Maut originäre Aufgabe einer Landesstraßenbaubehörde sein kann. Gefragt sind vielmehr Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen, denen verkehrspolitische Erwägungen allenfalls anfänglich zugrunde lagen. Sieht man die Maut zudem zutreffend im Spiel zwischen Refinanzierung und Marktgängigkeit, erscheinen andere, mit Preisprüfungen betraute Behörden eher berufen, die erforderlichen Prüfungen durchzuführen. Die Versorgung der Bevölkerung mit Strom, Wasser, Gas und Telekommunikationsdienstleistungen unterliegt auch nicht – mehr – der staatlichen Preisbindung. Auch andere Verkehrsträger, wie der ÖPNV, der SPNV und der Fernverkehr der Bahn, wurden aus der staatlichen Preisregie entlassen. Es liegt nahe, diesen Weg weiter und für alle Verkehrsträger gleich zu beschreiten. Dabei ist zwar zuzugeben, der Vergleich vor dem Hintergrund hinkt, dass bei der Festsetzung der Maut Konkurrenzsituationen anders als bei anderen Verkehrsträgern in der Regel nicht gegeben sind, jedoch kann dies nicht allein ausschlaggebend sein. Auch zur Vermeidung unterschiedlicher Länderauffassungen zur Maut ist es sinnvoll, die Zuständigkeit einer Behörde zu übertragen. In anderen Bereichen bedient man sich in vergleichbaren Fallgestaltungen der Regulierungsbehörde. Es ist zu prüfen, ob die Mautprüfung perspektivisch dort eine interessengerechte Anbindung erfahren kann.

Der Besorgnis der Betreiber, dass es nach Herstellung des Vorhabens aus welchen Gründen auch immer nicht zu einem Erlass einer Mautgebührenverordnung kommt, ist zwischenzeitlich dadurch Rechnung getragen worden, dass dem Privaten ein Anspruch auf Erlass einer Mautgebührenverordnung eingeräumt wurde⁷⁹. Im Interesse einer gerechten Risikoverteilung einer Öffentlich Privaten Partnerschaft ist dieser Schritt notwendig und doch einzigartig. Dieser Anspruch findet nach der gesetzlichen Regelung seine Voraussetzung jedoch

darin, dass sich die Bemessungsgrundlagen wesentlich geändert haben. Dies ist problematisch. Tatsächlich hat beispielsweise jüngst die Erhöhung der Energiekosten bei anderen Verkehrsträgern zu Preiserhöhungen geführt, wie auch die bevorstehende Erhöhung der Mehrwertsteuer zu Erhöhungen führen wird. Es stellt sich aber die Frage, ob dies im Rahmen einer auf 50 Jahre angelegten Refinanzierung des Pilotprojektes ebenfalls ein wesentlicher Faktor ist oder ob dies nicht im Rahmen der Gesamtkalkulation aufzufangen ist. Auch beabsichtigen die Betreiber der Pilotprojekte künftig jährlich angepasste Mautanträge zu stellen, wie auch quasi alljährliche Tarifierträge bei Verkehrsträgern Routine geworden sind. Es ist nicht ersichtlich, wie die Landesregierungen diesem Anliegen der Betreiber im Verordnungswege folgen können.

Ebenso wenig zutreffend wie die Landesstraßenbauverwaltung als Mautfestsetzungsstelle bestimmt worden ist, ist die Rechtsverordnung das geeignete Festsetzungsmittel. Das praktische Beispiel der alljährlichen Mautfestsetzung zeigt, wie wenig die den Grundsätzen des Gebührenrechts verhafteten Regelungen des FStrPrivFinG mit den Bedürfnissen der Betreiber korrespondieren. Diese Feststellung ändert sich allerdings im Hinblick auf die neu geschaffene Möglichkeit einer Entgeltgenehmigung durch die oberste Straßenbaubehörde des Landes nach § 6 FStrPrivFinG. Dass von dieser Möglichkeit bislang kein Gebrauch gemacht worden ist, mag zum einen damit zusammenhängen, dass nicht geklärt ist, ob ein Wechsel von Gebühr auf Entgelt nur einmal vorgenommen werden kann und damit für die Zukunft eine Rückkehr zur Maut ausgeschlossen ist. Zum anderen fehlt für einen Wechsel in das Privatrecht auch im Übrigen ein Anreiz.

4.4.2 Zur Maut

Ein deutliches Hemmnis zur Entwicklung der F-Modelle wurde darin gesehen, dass die Ausgestaltung der Maut im FStrPrivFinG als öffentlich-rechtliche Gebühr und dem ihr eigenen Gebührensystem zu unflexibel sei, den praktischen Anforderungen an ein Betreibermodell gerecht zu werden. § 1 Abs. 5 n. F. FStrPrivFinG trägt dem nunmehr Rechnung, indem die Maut nunmehr entweder als öffentlich-rechtliche Gebühren oder als privatrechtliche Entgelte definiert werden. Damit wurde dem Petition der Betreiber und der Sachverständigen gefolgt⁸⁰, da rechtliche Hemmnisse zu einer Entgeltumstellung weder im europäischem noch im nationalen

⁷⁸ Zur Begründung wurde angeführt, dass Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG eine Einvernehmensregelung zwischen Bund und Land nicht vorsieht

⁷⁹ § 5 Abs. 1 Satz 2 FStrPrivFinG

⁸⁰ ABERLE et al., Privatfinanzierung der Privatinfrastruktur, Internationales Verkehrswesen 1995, S. 303 ff. (309)

Recht gesehen wurden⁸¹. Es überrascht daher zunächst, dass beide Pilotprojekte nicht die Gelegenheit zur Umstellung auf Entgeltordnungen genutzt haben.

§ 3 Abs. 2-5 FStrPrivFinG regeln nunmehr detailliert das Verfahren zur Berechnung der Mauthöhe. Ergänzend hierzu wird das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung durch § 4 FStrPrivFinG ermächtigt, zur Bemessung der Mautgebühren und zur Kalkulation des Mautgebührensatzes eine Rechtsverordnung zu erlassen. Von dieser Ermächtigung ist bislang nicht Gebrauch gemacht worden.

Es ist allgemein anerkannt, dass Benutzungsverhältnisse öffentlicher Einrichtungen – und um eine solche handelt es sich bei einer öffentlichen Straße – grundsätzlich nach Wahl des Betreibers öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich erfolgen können. Eine Erleichterung für den Betreiber bei der Offenlegung seiner Kalkulationsgrundlagen tritt dabei ebenso wenig ein, wie Rechtsschutzinteressen der Nutzer geschmälert werden. Die Rechtsprechung hat in anderen Fällen privatrechtlicher Entgeltordnungen umfassende Überprüfungsansprüche anerkannt⁸². Solange mithin das FStrPrivFinG die Refinanzierung und die Berechnungsmethode für den Nutzer derart detailliert vorschreibt, scheint ein Umstellungsinteresse nicht geweckt werden zu können.

Zur Mautgebührenverordnung ist ausgeführt worden, dass die Bestimmung der Mauthöhe durch Rechtsverordnung der Landesregierung an den

praktischen Bedürfnissen vorbeigeht. Es überrascht daher auch hier nicht, dass Tarifmodelle und Tarifstrukturen keine Berücksichtigung finden können, die nicht mit den Grundsätzen des Gebührenrechts und dem Refinanzierungssystem des FStrPrivFinG zu vereinbaren sind. Gleichwohl haben solche Modelle einen verkehrspolitisch sinnvollen Hintergrund. Zu denken ist beispielsweise an einen tageszeitlich angepassten Tarif: Während am Tage die Benutzung der mautpflichtigen Strecke wegen der Verkehrsbelastung in der Ortsdurchfahrt wirtschaftlich für einen Lkw sinnvoll ist, kann sich dies zur Nachtzeit durchaus anders rechnen mit den bekannten negativen innerörtlichen Folgen⁸³. All diese sinnvollen verkehrspolitischen Erwägungen haben in das dem Gebühren- und dem Refinanzierungsrecht verhafteten FStrPrivFinG keinen Eingang gefunden. Die weiteren Novellierungsbestrebungen des FStrPrivFinG sollten daher weniger genutzt werden, das bestehende System noch filigraner auszugestalten, sondern eine Kehrtwende einzuleiten. Darin sollte die Maut unter Berücksichtigung des Refinanzierungsauftrages aber auch als verkehrspolitische Lenkungsabgabe sui generis primär in der Hand der Betreiber definiert werden, die durch die öffentliche Hand kontrolliert werden. Anlehnend an den Rechtsgedanken zu gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die Verkehrsträgern (ÖPNV, Bahn, Luftverkehr) auferlegt werden können⁸⁴, sollte auch geprüft werden, ob die öffentliche Hand nicht sekundär Verkehre durch Tarifierize gleichsam „bestellen“ kann, um verkehrspolitisch sinnvolle Effekte zu erzielen (Entlastung der Ortsdurchfahrt, Umsetzung einer Lärminderungsplanung, Reduzierung der Feinstaubbelastung usw.). Für solche Bestellungen könnte ein finanzieller Ausgleich geleistet werden. Es ist auch zu prüfen, ob die öffentliche Hand, soweit ein Vorhaben nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden kann, in Anlehnung an diesen Rechtsgedanken Zahlungen leisten kann, sollte die Durchführung des Verkehrs mit seiner Interessenlage bzw. seiner Risikosphäre in Einklang zu bringen sein⁸⁵.

Zur Mauthöhe

Die Maut wird grundsätzlich jahreszeitlich unterschiedlich berechnet. Der Sommertarif liegt dabei über dem Wintertarif. Begründet wird dies mit zusätzlichen Personalkosten, die durch die Einweisung von Ortsunkundigen an den Mauthäuschen entstehen. Dies mag rechtlich zutreffend sein, ist aber tatsächlich schwer vermittelbar.

⁸¹ Vgl. UECHTRITZ, Möglichkeiten für private Verkehrsinfrastrukturbetreiber außerhalb der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, S. 743

⁸² Vgl. die Nachweise bei UECHTRITZ, a. a. O.

⁸³ Die zulässigen Grenzwerte für die Feinstaubbelastung wurden im ersten Halbjahr 2006 in der Ortsdurchfahrt bereits 35mal überschritten

⁸⁴ Vgl. zum Rechtsgedanken: die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. EG Nr. L 169 vom 29.6.1991; Art. 2 Buchstabe o der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. EG Nr. L 240/8 vom 24.8.1992

⁸⁵ Zur Notwendigkeit einer finanziellen Beteiligung der öffentlichen Hand s. bereits oben zum Kapitel Anschubfinanzierung

Die Mauthöhe bestimmt sich ferner u. a. nach der Anzahl der Achsen des Fahrzeuges. Tatsächlich spielen, die Diskussion um die Straßenschäden durch den Großraum- und Schwerlastverkehr belebt dieses immer wieder⁸⁶, Tonnagen für die Abnutzung der Straßen eine erhebliche Rolle. Die diesbezüglichen Relationen zwischen Straßenabnutzungen durch Pkw- bzw. Lkw-Verkehr spiegeln sich in der Mautspreizung jedoch nicht wider.

5 Fazit

Das Pilotprojekt Warnowquerung zeigt wichtige Erkenntnisse für die Fortführung der F-Finanzierung. Die wichtigste Erkenntnis ist, dass eine Änderung des FStrPrivFinG unumgänglich ist, um die F-Finanzierung für die Öffentlich Private Partnerschaft erfolgreicher zu gestalten und um die Investitionen von Privaten in den Fernstraßenbau zu verstärken.

Die im FStrPrivFinG vorgenommene Beschränkung auf Erschwernisstrecken (Brücken, Tunnel usw.) schränkt ihren Anwendungsbereich zutreffend auf Sonderfälle ein und führt daher lediglich zu unwesentlichen Flickenteppichlösungen direkter Mauterhebung. Kehrseite der Medaille ist, dass die F-Finanzierung eine auf wenige Fälle begrenzte Sonderform der Öffentlich Privaten Partnerschaft bleiben wird. Eine spürbare Entlastung der öffentlichen Haushalte bewirkt die F-Finanzierung daher nicht.

In Rostock, aber auch an den anderen Orten der Vorhaben der F-Finanzierung, stehen zumutbare Verkehrsalternativen zur Verfügung. Es ist daher grundsätzlich angemessen, die hinzukommende „Abkürzung“ im Wege der F-Finanzierung durch den Nutzer und nicht durch die Allgemeinheit finanzieren zu lassen.

Mit dem FStrPrivFinG untermauert die öffentliche Hand ihren Anspruch, dass die Bereitstellung und die Erhaltung von Straßen für den öffentlichen Verkehr öffentliche Aufgaben⁸⁷ sind. Dieser Grundsatz bleibt auch mit dem FStrPrivFinG erhalten: Es gibt keine öffentliche Infrastruktur im Fernstraßennetz von privaten Anbietern. Es entsteht auch insoweit keine Flickenteppichlösung.

Besteht die öffentliche Hand auch in den Sonderfällen der Erschwernisstrecken auf diesem Anspruch⁸⁸, so setzt sie sich damit den Begehrlichkeiten nach finanzieller Beteiligung aus. Diesen Begehrlichkeiten könnte sie nur dadurch entgehen,

indem der Grundsatz aufgegeben wird und beispielsweise derartige Sonderfälle völlig in private Betreiberschaft gestellt werden. Für die Straßeninfrastruktur wäre dies ein Bruch, der allerdings in den Sonderfällen (wie im Pilotprojekt Warnowquerung) am ehesten zu verschmerzen wäre: Auch vor dem konnte die Warnow nur mittels einer privaten Fähre gequert werden. Weniger einschneidend und im Ergebnis zielführender ist die Beteiligung der öffentlichen Hand an solchen Vorhaben im Rahmen eigenen verkehrlichen Bedürfnisses und eigener Risiken.

Das FStrPrivFinG schränkt den Betreiber weiter ein, als dies dem unmittelbaren Schutze der Nutzer dient.

5.1 Pilotprojekt Warnowquerung

Die Pilotprojekte Warnowquerung und Herrentunnel werden, zusammen mit der gescheiterten Privatfinanzierung der 2. Strelasundquerung, vielfach als „abschreckende“ Beispiele für die F-Finanzierung gesehen. Die Ursachen hierfür liegen

- in der Projektauswahl,
- in der Herangehensweise der Beteiligten⁸⁹,
- in den Unsicherheiten im Umgang mit der neuen Materie, sowie
- in der Rechtsmaterie selbst

begründet. Voreilig gesteckte Erwartungen haben sich in den Pilotprojekten als nicht erfüllbar herausgestellt. Mit Ausnahme der Rechtsmaterie selbst sind diese Negativerscheinungen jedoch für weitere Vorhaben grundsätzlich auszuschließen. Das setzt ein auch tatsächlich partnerschaftliches Verhalten der Beteiligten voraus, damit ein künftiges F-Modell zum Erfolg geführt werden kann. Es ist rückblickend betrachtet nicht ersichtlich, dass ein ande-

⁸⁶ Zuletzt zum „Giga-Liner“; vgl.: „Mit 25-m-Lastzügen leicht die Kurve kriegen“, DVZ vom 17.10.2006 einerseits; „Modellprojekte mit Riesen-Lkw schrecken Verkehrsministerium auf“, HANDELSBLATT vom 24.10.2006 andererseits

⁸⁷ S. oben unter 2

⁸⁸ Die rechtliche Herleitbarkeit dieses Grundsatzes unterliegt Zweifeln

⁸⁹ Bundesverkehrsminister TIEFENSEE: „Lübeck und Rostock sind ein Beleg dafür, dass beide Seiten (Anm. des Verf.: Gemeint sind die Vertragspartner einer ÖPP) noch genauer kalkulieren müssen“, zit. aus Lübecker Nachrichten vom 10./11. September 2006

res ÖPP-Modell zur Realisierung des Projektes Warnowquerung geeigneter gewesen wäre als die gewählte Lösung über die F-Finanzierung. Die neueren Verfügbarkeitsmodelle der Öffentlich Privaten Partnerschaft sind zwar grundsätzlich vorteilhafter für die Nutzer und für die beiden Vertragsparteien. Es fragt sich jedoch, ob diese auch geeignet sind, die Lasten einer Erschwernisstrecke nach dem FStrPrivFinG zu schultern. Elemente der Verfügbarkeitsmodelle sollten in die F-Finanzierung aufgenommen werden⁹⁰.

Auch der Baulastträger bestimmt den Projektzweck wesentlich, gegebenenfalls gibt er ihn sogar vor. Je weiter er dem Projekt Vorgaben gibt bzw. Projektvoraussetzungen selbst erst schaffen muss, desto angemessener ist es, ihn an den Projektrisiken, auch finanzieller Art, zu beteiligen.

5.2 Zur F-Finanzierung nach dem FStrPrivFinG

Die Rechtsverhältnisse nach dem FStrPrivFinG zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Betreiber sind ausreichend regelt. Dies gilt ebenso für die Rechtsverhältnisse zwischen dem privaten Betreiber und dem Nutzer.

Der Handlungsbedarf liegt im Wesentlichen darin, die F-Finanzierung für die Privatwirtschaft attraktiver zu gestalten. Die zwischenzeitlich vorgenommenen Novellierungen des FStrPrivFinG haben das Refinanzierungssystem auf rechtlich sicherere Beine gestellt, nicht jedoch die F-Finanzierung auf wirtschaftlich sichere Beine. Es ist ferner nicht die erforderliche Flexibilität für einen Betreiber geschaffen worden, um auf privatwirtschaftliche Elemente (Entgeltordnung u. Ä.) näher eingehen zu können. Die Handlungsspielräume für den privaten Betreiber sind zu erweitern.

Das Kernproblem der Maut liegt nach wie vor darin, dass sie als öffentlich-rechtliche Abgabe im Rahmen der Refinanzierung des Vorhabens gesehen wird. Vielmehr sollte sie als eine Abgabe sui generis definiert werden, die neben dem Refinanzierungsgedanken auch einem verkehrspolitischen Auftrag folgt. Es ist daher zu prüfen, ob sich die öffentliche Hand während der Betriebsphase finanziell beteiligen kann oder sogar muss.

Das Refinanzierungssystem gilt für die gesamte Dauer des Konzessionsvertrages. Es ist möglicherweise allein nicht geeignet, ausreichend Anreizsys-

teme für die Akzeptanz des Modells zu schaffen. Innerhalb des umrissenen Systems werden die Kostenfaktoren im Hinblick auf die Mautauswirkungen gegenübergestellt. Anreizsysteme zu Kosteneinsparungen, die der Betreiber auch für sich verbuchen kann, gibt es nicht. Hier besteht ein Entwicklungsbedarf.

Im Gegenzug für das Mautaufkommen trägt der Betreiber das Verkehrsmengen- und Ertragsrisiko nach der bisherigen Praxis allein. Dieses Risiko liegt in Teilen jedoch in äußeren Umständen begründet, die er nicht allein beeinflussen kann. Es bedarf eines flexiblen Systems, nach dem die Projektrisiken verteilt werden und welche Folgen damit verbunden sind. Es stellt sich die Frage, ob es angemessen ist, dass ein Risiko über die Dauer eines Konzessionsvertrages von einer Partei getragen werden kann. Nachdem zwischenzeitlich in das FStrPrivFinG ein Anspruch des Betreibers auf Erlass einer Mautverordnung aufgenommen worden ist, wenn wesentliche Änderungen eingetreten sind, bedarf es einer korrespondierenden Vorschrift für einen Anspruch auf Änderung bzw. Anpassung des Konzessionsvertrages.

Mit Ausnahme der erstmaligen Prüfung und Feststellung der Refinanzierungskosten sollte keine Mautfestsetzung der öffentlichen Hand erfolgen. Erfolg versprechender ist ein Genehmigungsverfahren für ein Nutzungsentgelt des Betreibers, welches in der Hand einer bundesweit zuständigen Stelle liegen sollte.

5.3 Zu den Zielen der ÖPP

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hat zum Evaluierungsprojekt F-Modell einen Sachstandsbericht in Auftrag gegeben. Dieser liegt noch nicht vor. Bereits im März 2005 hat jedoch der Wissenschaftliche Beirat für Verkehr beim Bundesminister für Verkehr und Wohnungswesen ein Gutachten zur Privatfinanzierung der Verkehrsinfrastruktur vorgelegt⁹¹. Das Gutachten hält einen Übergang von der Steuer- zur Nutzerfinanzierung für sinnvoll. Es weist dem Staat die Aufgabe der Gesamtplanung für Verkehrswege zu (wie auch Umweltschutz und Verkehrssicherheit)

⁹⁰ Bspw. im Rahmen des § 3 Abs. 4 FStrPrivFinG

⁹¹ ABERLE et al., a. a. O. S. 303 ff.

und rät sowohl von der Vergabe von Gesamtnetzen, wie es in anderen europäischen Ländern seit Jahren Praxis ist, aber auch von der Vergabe von Einzelprojekten ab. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Sollten Einzelprojekte vergeben werden müssen, böten sich Erschwernisstrecken als Erstes an.

Betrachtet man die eingangs⁹² des Berichts wiedergegebenen Ziele der Öffentlich Privaten Partnerschaft bezogen auf das Pilotprojekt Warnowquerung, so ist Folgendes festzustellen: Das Ziel des FStrPrivFinG, private Investitionen in das Bundesfernstraßennetz zu ermöglichen, konnte nur eingeschränkt erreicht werden. Es bedurfte unerwartet erheblicher Begleitinvestitionen der öffentlichen Hand. Das Ziel der Benutzerfinanzierung konnte daher ebenfalls nicht vollständig erreicht werden. Die Einnahmen deckten teilweise lediglich die Betriebs-, nicht jedoch die Refinanzierungskosten. Es wird sich erst zeigen, ob mit der vorgenommenen Reparatur allein (Verlängerung des Konzessionszeitraumes) dieses Ziel erreicht werden kann. Vor dem Hintergrund der komplexen Finanzierungen des Vorhabens durch die Privatwirtschaft und nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Kostensteigerungen ist es überaus zweifelhaft, dass eine höhere Wirtschaftlichkeit im Bundesfernstraßenbau erzielt worden ist. Schließlich bedurfte das Pilotprojekt – und bedarf es weiterhin – einer ständigen Begleitung durch die Straßenbauverwaltung im Hinblick auf seine F-Finanzierung. Eine Entlastung der Verwaltung ist daher nicht feststellbar.

⁹² Vgl. die Einführung oben unter 1

MinRat Wolfgang Maß
Oberste Baubehörde im
Bayerischen Staatsministerium des Innern

Der Bau von Staatsstraßen in gemeindlicher Sonderbaulast

Dieser Beitrag soll eine Schnittstelle von Straßen- und Haushaltsrecht beleuchten. Dabei beschränkt sich der Referent auf Grund seiner Zugehörigkeit zur bayerischen Straßenbauverwaltung auf das bayerische Landesrecht und die hierzu ergangene Rechtsprechung mit kurzen Hinweisen auf das Bundesrecht.

Ein Rechtsvergleich mit anderen Landesrechten wird dagegen nicht durchgeführt.

1 Ausgangslage

In den Landesstraßenbauverwaltungen in Deutschland ist bekannt, dass im staatlichen Straßenbau ein signifikantes Missverhältnis zwischen den bestehenden Baulastaufgaben und den vorhandenen Haushaltsmitteln besteht.

Dies gilt insbesondere für den Bau von Ortsumgehungen zur Ausschaltung von Ortsdurchfahrten, bei denen die staatlichen Ausbaupläne, die Planungen der staatlichen Straßenbaubehörden und die verfügbaren Haushaltsmittel auf der einen Seite und die Wünsche der örtlichen Bevölkerung auf der anderen Seite oft stark divergieren. Bei weitem nicht jede Ortsumgehung im Zuge einer Staatsstraße, die aus Gründen des Städtebaues oder des Umweltschutzes sinnvoll und erwünscht ist, lässt sich aus Haushaltsmitteln des Landes realisieren.

Bis in die 90er Jahre war in solchen Fällen der Bau einer so genannten „kommunalen Entlastungsstraße“ das Mittel der Wahl. Die Gemeinde übernahm den Bau der Straße, unterstützt von der staatlichen Straßenbauverwaltung. In den planungsrechtlichen Verfahren, überwiegend Bebauungsplänen, wurden diese Straßen als „klassenlos“ behandelt und nur als Verkehrsflächen festgesetzt. Gewidmet wurden sie dann regelmäßig zu Gemeindestraßen, jedoch bald in die richtige Straßenklasse aufgestuft. Für den Bau wurden Fördermittel aus dem kommunalen Finanzausgleich (FAG) eingesetzt, in einzelnen Fällen auch aus dem GVFG.

Dass auch vor Jahrzehnten solche Probleme bekannt waren, zeigt der Blick auf die längst vergessenen Vorschriften des § 5 Absätze 5 und 6 FStrG a. F., die wiederum einen Vorgänger in § 19 StrRegDV hatten. Diese bestimmten, dass der Bund Träger der Straßenbaulast für die Ortsumgehungen sein solle. Allerdings sollten die Gemeinden nach ihrem Interesse hierzu einen Kostenbeitrag im Vereinbarungswege leisten. In dem Forschungsseminar am 23./24.09.2002 hat GEYER in seinem Referat „Mischfinanzierung“ auf diese eigenartige Bestimmung hingewiesen. Sie wurde mit dem 2. Fernstraßenänderungsgesetz aufgehoben, weil sie sich nicht bewährt hatte. Das gleiche Schicksal erlitten auch entsprechende Bestimmungen im BayStrWG (Art. 5, 43 BayStrWG).

Der Praxis der „kommunalen Entlastungsstraßen“ bereitete in Bayern der bayerische Verwaltungsgerichtshof mit einer Reihe von Entscheidungen ein Ende, beginnend mit dem sog. Traunsteiner Urteil vom 23.10.1990 BayVBI 1991, 146. Damit hob er den Planfeststellungsbeschluss für eine Kreisstraße des Landkreises Traunstein auf, die eine Bundes- und eine Staatsstraße am Rande der Stadt Traunstein verbinden sollte. Die Klassifizierung einer Straße im Planfeststellungsverfahren sei uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Bei der Anwendung des Klassifizierungsmerkmals „zu Dienen bestimmt“ in Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 BayStrWG bestehe für die Behörden weder Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum. Die planfestgestellte Straße habe nicht die Verkehrsbedeutung einer Kreisstraße, sondern entweder einer Staatsstraße oder einer Gemeindestraße.

Mit Urteil vom 24.02.1999 DVBI 1999, 866 hob der BayVGH den Planfeststellungsbeschluss für die Westtangente Freising auf, die zwischen einer Bundes- und einer Staatsstraße als Gemeindeverbindungsstraße eine Teilortsumgehung bilden sollte. Der Bau einer „Straße“ schlechthin ohne Zuordnung zu einer bestimmten Straßenklasse sei rechtlich nicht möglich. Bei der Beurteilung der Verkehrsbedeutung einer Straße stehe der zuständigen Behörde weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum zu. Vielmehr handle er sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der vollen verwaltungsgerichtlichen Überprüfung unterliege. Ausdrücklich gab das Gericht seine frühere abweichende Rechtsprechung hierzu auf. Für die Verkehrsbedeutung einer Straße sei überwiegend deren Netzfunktion bestimmend. Nach ihrer Netzlage habe die Westtangente, die im Endzustand als

Dreiviertelring mehrere radiale überörtliche Straßen verbinden solle, die Verkehrsbedeutung einer Staats- oder Kreisstraße. Das BVerwG hat die Entscheidung mit Beschluss vom 08.10.1999 NVwZ-RR 2000, 253 bestätigt.

An diesen Entscheidungen ist bemerkenswert, dass weder Bund noch Land, noch Landkreis damals Planungen für den Bau dieser Straße betrieben. In seinem Nichtzulassungsbeschluss räumte das BVerwG immerhin ein, die dominierende Rolle der Netzfunktion könne dann kommunalverfassungsrechtlich bedenklich werden, wenn sie dazu führe, dass der Bau einer Straße im örtlichen Interesse im Ergebnis scheitere, weil die Gemeinde daran gehindert sei, andererseits das Land oder der Landkreis von ihrer „Planungsbefugnis“ keinen Gebrauch machten. Genau dies war hier gegeben. Deshalb sind diese Entscheidungen in der Praxis heftig kritisiert worden. Es handelte sich hier sicher um einen Grenzfall. Letztlich war es allein die Netzlage als Verbindung höherklassiger Straßen, die das Gericht zum Vorwurf der falschen Einstufung und des „Etikettenschwindels“ führte. Damit wäre für gemeindliche Straßenplanungen eine kaum überwindbare Hürde entstanden.

Später hat der BayVGh aber seine Auffassung in einem Urteil vom 08.08.2001 NVwZ-RR 2002, 257 („Westtangente Weilheim“) erheblich modifiziert. Gegenstand war eine Normenkontrolle über den Bebauungsplan der Stadt Weilheim/Obb. für eine Gemeindeverbindungsstraße. Obwohl die Westtangente eine Bundes- und eine Staatsstraße verbinde, habe sie nach ihrer Lage zur Bebauung Erschließungs- und Zubringerfunktion, vermittele also Verkehr mit überwiegend örtlichem Charakter. Auch wenn die Westtangente möglicherweise später zu einer Ortsumgehung erweitert werde, stehe dies der Einstufung als Gemeindeverbindungsstraße nicht entgegen. Im Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses des Bebauungsplanes habe nämlich bei großflächiger Betrachtungsweise keine Gesamtplanung des Bundes oder des Freistaates für eine Ortsumgehung existiert, die sich schon im förmlichen Planungsprozess oder in der Verwirklichung befinde. Später hat der BayVGh auch die Planung einer Kreisstraße im Korridor einer geplanten Bundesstraße im weiteren Bedarf für zulässig erachtet, da sie eine eigenständige örtliche Verkehrsbedeutung durch ihre Erschließungsfunktion besitze (Urteil vom 15.02.2005 – 8 A 03.40044).

Zur Abgrenzung zwischen zulässig als Gemeindestraßen geplanten Entlastungsstraßen und faktischen Ortsumgehungen von Staats- oder Bundesstraßen sei auf das Rechtsgutachten von Prof. IPSEN „Finanzierung von kommunalen Entlastungsstraßen und Ortsumgehungen“ vom März 2003 hingewiesen, das für das niedersächsische Landesrecht zu ähnlichen Ergebnissen kam; für faktische Ortsumgehungen zeigt es als Lösung nur die staatliche Baulast auf. Im Weiteren sollen aber nur Ortsumgehungen behandelt werden, die eindeutig im Zuge einer Staats- oder Bundesstraße liegen.

Die aufgezeigte Rechtsprechung des BayVGh wirkte sich auf die Planung „kommunaler Entlastungsstraßen“ nur zögernd aus, weil diese meist durch Bebauungspläne festgesetzt wurden. Nach dem damaligen Stand der Rechtsprechung – auch des BayVGh – war die straßenrechtliche Einstufung einer Straße aber nicht notwendiger Bestandteil des Bebauungsplanverfahrens und zählte auch nicht zu den festsetzungsfähigen Inhalten. Erst der für planersetzende Bebauungspläne zuständig gewordene VIII. Senat des BayVGh hat mit dem oben erwähnten Urteil zur Westtangente Weilheim dieses Erfordernis uneingeschränkt klargestellt. Damit stand fest, dass Gemeinden Ortsumgehungen im Zuge von Staatsstraßen nicht planen und dafür auch keine staatliche Zuwendungen erhalten dürfen, während der Freistaat Bayern als Baulastträger mangels Haushaltsmitteln zu einer Realisierung auf absehbare Zeit außerstande war.

2 Überlegungen zu einem Systemwechsel

a) Straßenrecht

Die Suche nach einer straßen- und haushaltsrechtlich einwandfreien Lösung in Bayern gestaltete sich ab Mitte der 90er Jahre nicht einfach. Die – unrealistischen – Ideen reichten von neuen Straßenklassen, für die verschiedene Baulastträger wahlweise optieren könnten, bis zur Frage, ob das BayStrWG so geändert werden könne, dass die Baulast gerichtlich nicht mehr überprüfbar wäre.

Bald konzentrierten sich die Überlegungen auf das seit langem bestehende Institut der (öffentlich-rechtlichen) Sonderbaulast nach Art. 44 Abs. 1 BayStrWG, worauf auch der BayVGh in mehreren Entscheidungen ausdrücklich hingewiesen hatte.

BayStrWG Art. 44 Straßenbaulast Dritter

(1) Die Art. 41 und 42 gelten nicht, soweit die Straßenbaulast auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften oder auf Grund öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen anderen Trägern obliegt oder übertragen wird.

Sonderbaulasten spielen in der jüngeren Verwaltungspraxis nurmehr eine begrenzte Rolle. (vgl. die Verweisung in MARSCHALL-SCHROETER-KASTNER, FStrG, 5. Auflage § 5 RdNr. 4 auf die Voraufgabe). Die früher häufigeren Sonderbaulasten an Brücken sind durch das moderne Kreuzungsrecht weitgehend beendet worden (vgl. Königl. Bayer. Verordnung, die Erbauung der Eisenbahnen betreffend vom 20.06.1855). Bedeutung haben in Bayern noch Sonderbaulasten privater Energieversorgungsunternehmen an Brücken über Triebwerkskanäle auf Grund wasserrechtlicher Bewilligungsbescheide.

Die straßenrechtliche Zulässigkeit, öffentlich-rechtliche Sonderbaulasten nach Art. 44 Abs. 1 BayStrWG beispielsweise durch Planfeststellungsbeschluss bzw. sonstigen Verwaltungsakt oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auf Gemeinden zu übertragen, ist in Bayern seit Inkrafttreten des BayStrWG anerkannt (ZEITLER, BayStrWG, Stand 01.02.2006, Art. 44, RdNr. 12, 17). Entsprechendes gilt für § 5 Abs. 1 FStrG (MARSCHALL-SCHROETER-KASTNER, FStrG, 4. Auflage, § 5 RdNr. 3.1).

Fraglich war zunächst die kommunalrechtliche Zulässigkeit, mit anderen Worten, ob es sich dabei um eine unzulässige freiwillige Aufgabenübernahme durch die Gemeinde handle.

Die Gemeinden sind in Bezug auf die örtlichen Belange grundsätzlich allzuständig, können also örtliche öffentliche Aufgaben in weitem Umfang übernehmen. Demgegenüber enthält das Straßenrecht besonders eingehende Aufgabenzuweisungen. Zum Kernbereich der Regelbaulast gehören das Ob, Wie und Wann einer Straßenbaumaßnahme. Daran gemessen wäre eine völlig freie Übernahme der Baulast durch eine Gemeinde bedenklich. Nach Auffassung des Bayer. Staatsministeriums des Innern als oberster Kommunalaufsichtsbehörde ist eine Sonderbaulast dann zulässig, wenn atypische Verhältnisse vorliegen, die von den Regelbaulasten nicht ausreichend abgedeckt werden. Dazu gehört stets ein besonderes, über den Normalfall hinausgehendes eigenes Interesse der Gemeinde am Bau der Straße wie das an einer geordneten innerörtli-

chen Entwicklung oder an der Ansiedlung von Gewerbebetrieben. Grundsätzlich kommen hier alle legitimen öffentlichen Interessen der Gemeinde in Betracht. Deshalb haben sich diese kommunalrechtlichen Einschränkungen im Vollzug nicht negativ ausgewirkt; Voraussetzung ist aber stets, dass die Übernahme der Sonderbaulast die Erfüllung vorrangiger Aufgaben der Gemeinde nicht unangemessen beeinträchtigt.

Demgegenüber ist die Übernahme einer Sonderbaulast durch einen Landkreis kommunalrechtlich bedenklicher. So hat der BayVGh mit Urteil vom 04.11.1992 – 4 B 90.718 – den Bau von selbstständigen Radwegen durch einen Landkreis – dort allerdings ohne förmliche Baulastübernahme – beanstandet, weil hierdurch die Kreisumlage zu Lasten der betroffenen Gemeinden unzulässig erhöht werde.

Nachdem mit den Sonderbaulasten nach Art. 44 Abs. 1 BayStrWG ein straßenrechtlicher Lösungsansatz zur Verfügung stand, erwies sich das Förderrecht als das Hauptproblem.

b) Förderrecht

Eine Förderung aus Mitteln des GVFG schied offensichtlich aus. Staatsstraßen zählen nicht zu den förderfähigen Vorhaben nach § 2 Abs. 1 GVFG. Die Begründung der Baulast einer Gemeinde für eine grundsätzlich nicht förderfähige Straßenklasse genügt insoweit nicht (ebenso IPSEN, Rechtsgutachten). Zudem steht einer Förderung wohl auch § 4 Abs. 3 GVFG entgegen. Danach sind nicht zuwendungsfähig Kosten, die ein anderer als der Träger der Vorhaben zu tragen verpflichtet ist, d. h., freiwillige Leistungen werden nicht gefördert. Ob hier die Tatsache der freiwilligen Übernahme der Sonderbaulast im Vordergrund steht oder dass es sich hierbei um eine alleinige volle Baulast der Gemeinde handelt, blieb auf Bund-Länder-Ebene ungeklärt.

Entsprechendes galt für die Förderung aus Landesmitteln aus der Kraftfahrzeugsteuer nach Art. 13 ff. des Finanzausgleichsgesetzes (FAG).

Eine Initiative Bayerns zur Öffnung des GVFG für Straßen in Sonderbaulast wurde als nicht zielführend erachtet. Deshalb wurde nach intensiven Abstimmungsgesprächen innerhalb der Staatsregierung und mit den kommunalen Spitzenverbänden eine Förderlösung im FAG gewählt. Durch Umschichtungen bei der Straßenbauförderung zwi-

schen GVFG und FAG, insbesondere Abbau der Komplementärförderung, wurden in Letzterem Mittel zur Finanzierung eines Landesprogramms von Staatsstraßenumfahrungen in Sonderbaulast freigesetzt.

Am 08.07.1999 beschloss der Bayer. Landtag das Finanzausgleichsänderungsgesetz 1999 (GVBl 1999, 334). Dessen § 2 Abs. 5 bestimmt:

(5) Dem Kommunalanteil des nach Art. 13 Abs. 2 FAG bestimmten Aufkommens an der Kraftfahrzeugsteuer können in den Jahren 1999 und 2000 jeweils bis zu 35.000.000 DM für den Bau von in gemeindlicher Sonderbaulast stehenden Ortsumfahrungen im Zuge von Staatsstraßen entnommen werden. Die Förderbestimmungen für den kommunalen Straßenbau gelten entsprechend.

In den Folgejahren hat der Landesgesetzgeber diese Regelung jeweils in gleicher Höhe erneuert; derzeit beträgt ihr Finanzvolumen 17.900.000 €. Diese einfach klingende Regelung hat seither vielen bayerischen Kommunen die Lösung dringender Verkehrsprobleme ermöglicht. Sie ist nach ihrem strikten Wortlaut keine Lösung für Bundesstraßen in gemeindlicher Sonderbaulast; für diese konnte ein straßen- und förderrechtlich einwandfreier Weg bisher nicht entwickelt werden. Nach der Aufhebung des GVFG durch das Föderalismusreform-Begleitgesetz (BGBl I 2098) zum 31.12.2006 werden sich die Länder bei der GVFG-Nachfolgeregelung entscheiden müssen, ob auch Bundesstraßen in Sonderbaulast einbezogen werden können bzw. sollen. Die Zweckbindung in § 5 Abs. 3 des Entflechtungsgesetzes könnte hier größere Spielräume bieten.

3 Vollzug der Sonderbaulasten

Zur Begründung einer Sonderbaulast ist zwischen der Kommune und dem Freistaat Bayern – vertreten durch das Staatliche Bauamt – eine (öffentlich-rechtliche) Baulastvereinbarung abzuschließen. Hierzu hat die Oberste Baubehörde im Bayer. Staatsministerium des Innern eine einfache Mustervereinbarung erarbeitet, die bei Bedarf ergänzt werden kann. Mit Abschluss der Vereinbarung wird die Kommune alleiniger Straßenbaulastträger mit allen Rechten und Pflichten; eine subsidiäre Baulast des Freistaates besteht nicht. Straßenbaubehörde für die Ortsumgehung bleibt allerdings wegen des Ge-

setzesvorbehalts für Zuständigkeitsregelungen nach bayerischem Verfassungsrecht das örtlich zuständige Staatliche Bauamt.

Diesem obliegen weiter obrigkeitliche Entscheidungen, etwa im Bereich des Anbau- und Sondernutzungsrechts sowie des Straßenverkehrsrechts. Dagegen kann die Gemeinde als Antragsstellerin in der Planfeststellung und im Enteignungs- und Besitzzeinweisungsverfahren auftreten.

Dies hat der BayVGh mit Beschluss vom 14.08.2002 – 8 ZB 02.1293 bestätigt: Für den Bau der Verlegung der St 2172 bei Neustadt a. d. Waldnaab in der Baulast des Freistaates war das Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden. Erst nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses übernahm die Kommune die Sonderbaulast. Das Gericht bestätigte die generelle Zulässigkeit gemeindlicher Sonderbaulasten auch unter Bezugnahme auf das FAGÄndG, insbesondere das Enteignungsrecht der Kommune aus der Straßenbaulast nach Art. 40 BayStrWG. Für das abgeschlossene Planfeststellungsverfahren für die Staatsstraße und seine rechtlichen Anforderungen sei die Person des Baulastträgers rechtlich unerheblich, ebenso der Zeitpunkt des Baulastwechsels; es komme allein auf die richtige Straßenklasse an.

Zur planungsrechtlichen Sicherung steht den Kommunen neben der Planfeststellung gemäß Art. 38 Abs. 3 BayStrWG auch der planeretzende Bebauungsplan zur Verfügung. Dieser Verfahrensweg wurde bisher öfter beschritten, da er bei entschlossenem kommunalen Handeln Zeitvorteile versprach.

Nachdem inzwischen aber der BayVGh die materiellen Anforderungen an die Planfeststellung einschließlich der Abwägung der Eigentümerbelange praktisch 1:1 auf planeretzende Bebauungspläne übertragen hat (so z. B. Urteil vom 30.04.2003 – 8 N 01.3009 – GVZ Gersthofen), ohne dass diesen die Vorwirkung der Enteignung zukommt, sind Vorzüge eines Bebauungsplanes hier immer weniger erkennbar.

Die Planung und Baudurchführung liegen grundsätzlich bei der Kommune. Da es sich um den Bau einer Staatsstraße nach den staatlichen technischen Regelwerken handelt, wünschen viele Gemeinden die Übernahme von Planung und Bauleitung durch die staatlichen Bauämter. Das Staatsministerium der Finanzen hat grundsätzlich zugestimmt, dass auf Antrag der Gemeinde Planung und

Bauleitung durch die Straßenbauämter unentgeltlich wahrgenommen werden können. In der Praxis haben sich hierzu verschiedene Mischformen eingebürgert, abhängig von der Finanzkraft der Gemeinde und der Leistungsfähigkeit ihrer Bauverwaltung. Den Grunderwerb führt die Gemeinde dagegen im eigenen Namen aus ihren Haushaltsmitteln durch; die Kosten sind wie im kommunalen Straßenbau förderfähig. Trassengrundstücke, die der Freistaat bereits früher erworben hatte, können durch Besitzübertragung der Gemeinde unentgeltlich überlassen werden.

Die Bewirtschaftung der Zuwendungen entspricht der nach dem GVFG. Bei der Bemessung der Zuwendungen werden die Bedeutung des Vorhabens, die finanzielle Lage der Gemeinde, das Staatsinteresse und die Höhe der verfügbaren Mittel berücksichtigt; üblich sind derzeit Fördersätze zwischen 65 und 80 %, in Einzelfällen auch höhere. Für die Zukunft wird ein Höchstfördersatz von 75 % angestrebt. Die Aufnahme einer neuen Maßnahme in das Förderprogramm setzt jeweils voraus, dass der Baubeginn kurzfristig absehbar ist und im laufenden Doppelhaushalt ausreichende Haushaltsmittel vorhanden sind. Da das Sonderprogramm über den laufenden Doppelhaushalt hinaus rechtlich nicht gesichert ist, muss an seinem Ende eine „Punktlandung“ mit den vorhandenen Haushaltsmitteln möglich sein.

In den Baulastvereinbarungen wird geregelt, dass gleichzeitig mit der Widmung der Umfahrung zur Staatsstraße – regelmäßig mit Verkehrsfreigabe – die bisherige Ortsdurchfahrt zur Ortsstraße abgestuft wird. Mit der Verkehrsübergabe obliegen der Gemeinde die Unterhaltung sowie Winterdienst und Verkehrssicherungspflicht für die Ortsumfahrung. Da ihr mit der Umstufung diese Aufgaben auch für die bisherige Ortsdurchfahrt zufallen, bleibt in diesen Fällen der Abschluss einer gesonderten Unterhaltungs- und Instandsetzungsvereinbarung (UI-Vereinbarung) vorbehalten.

Sonderbaulasten sind grundsätzlich auf Dauer angelegt, deshalb sind Befristungen oder auflösende Bedingungen nicht zulässig. Eine Rückübertragung der Straßenbaulast auf den Freistaat Bayern, die einer gesonderten Vereinbarung bedarf, darf grundsätzlich nicht vor Abschluss des Förderverfahrens und vor Ablauf der bauvertraglichen Gewährleistungsfristen erfolgen.

Fazit

Das Sonderprogramm „Staatsstraßen in gemeindlicher Sonderbaulast mit Förderung aus der Kraftfahrzeugsteuer“ im FAG hat sich bisher als erfolgreich erwiesen. Es wurden und werden bisher (Stand: 1.9.2006) insgesamt 47 Maßnahmen in Bayern mit einem Finanzvolumen von rund 187 Mio. € und einem Fördervolumen von rund 140 Mio. € gefördert. Viele drängende Verkehrsprobleme von Kommunen konnten damit gelöst werden, für die sonst auf absehbare Zeit eine Lösung nicht in Sicht war. Bei der Steuerung des Förderprogrammes wird besonders auf eine ausreichende Breitenwirkung geachtet: Die Vorhaben sollten nicht teurer als 3-5 Mio. € sein, damit die knappen Mittel nicht nur auf wenige Punkte in Bayern konzentriert werden.

Das Interesse der Kommunen an dem Modell „Staatsstraßen in Sonderbaulast“ ist ungebrochen. Die bayer. Staatsregierung hält es auch bei den sich abzeichnenden Umbrüchen bei der Förderung des kommunalen Straßenbaues (GVFG-Reform) weiterhin für sinnvoll und notwendig. Es ist zu hoffen, dass der Landesgesetzgeber auch in künftigen Doppelhaushalten dem Rechnung trägt.

Prof. Dr. Martin Burgi
Ruhr Universität Bochum

Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen

Forschung ist die in der Regel systematische, oft aber auch zufällige Suche nach neuen Erkenntnissen, sie bedeutet: Überlegen ohne Auftrag und Vorgabe, Nachdenken ohne unmittelbare Konsequenzen in der Praxis, namentlich ohne deren an Abläufen orientiertem Aufbau. Forschung bezweckt die Erweiterung unseres Wissens und versucht, bisherige Regeln, Denkmuster und Theorien zu widerlegen, um zu neuen Erkenntnissen und Einsichten zu gelangen. Dies ist besonders spannend, wenn sich – wie hier – verschiedene Rechtsgebiete kreuzen und wenn die Materie bislang von geradezu minutiös erarbeiteten Ablaufplänen, Musterverträgen und Gutachten vielköpfiger Beraterteams dominiert wurde, und zwar in einer selbst für PPP-Verhältnisse bemerkenswerten Intensität.¹ Im Rahmen des vorliegenden Beitrags werden zunächst die spezifischen Probleme von PPP im Fernstraßenbau (I) und sodann die beiden relevanten Modelle beschrieben (II). Sodann werden grundlegende Probleme vertieft, nämlich die Einordnung als Bauauftrag oder Baukonzession (III) sowie die Wahl der Verfahrensart (IV). Viele andere vergaberechtliche Aspekte sind nicht in gleichem Maße typisch für die Fachmaterie Straßenbau, insoweit kann auf das allgemeine vergaberechtliche Schrifttum hingewiesen werden, etwa im Hinblick auf Notwendigkeit und Möglichkeiten einer mittelstandsfreundlichen Vergabe.²

I. Bestand und Standort des Vergaberechts

Das Vergaberecht als Gesamtheit aller Regeln, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen zu beachten hat,³ sieht sich vermehrt dem Vorwurf ausgesetzt, zu kompliziert und zu engmaschig zu sein. Rechtsunsicherheit und Verzögerungen auf Grund kostspieliger Rechtsstreitigkeiten führten dazu, dass sich die Vergaberegeln in den Augen vieler als Investitionshemmnis darstellen. Die nachfolgenden Überlegungen wollen diesem Eindruck entgegenwirken und zeigen, dass ein maßvoller Umgang mit

dem Vergaberecht möglich ist und dass dessen Anforderungen auch nicht überschätzt werden dürfen.

1. Straßenrecht – Privatisierungsrecht – Vergaberecht

a) Straßenrecht

Das Straßenrecht befasst sich sachlich mit der Entstehung, der Nutzung und der Unterhaltung öffentlicher Straßen.⁴ Gemäß Artikel 74 Abs. 1 Nr. 22 GG besitzt der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr sowie für die Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen. Bau und Unterhaltung von Fernstraßen (Bundesautobahnen und Bundesstraßen) sind gegenwärtig im komplizierten Geflecht der Bundesauftragsverwaltung⁵ noch dem Bund als Träger der Straßenbaulast zugewiesen (vgl. Artikel 90 Abs. 2 GG, § 5 Abs. 1 FStrG). Diese Aufgabenverteilung erstreckt sich allerdings nicht auf Ortsdurchfahrten, die unter stillschweigender Übernahme der überlieferten Aufgabenabgrenzung im Hinblick auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht (Artikel 28 Abs. 2 GG) als von vornherein ausgeschlossen angesehen werden und der Straßenbaulast der Kommunen zugewiesen sind (§ 5 Abs. 2a FStrG).⁶ Der eigentliche Bau von Fernstraßen setzt

1 Vgl. die verschiedenen vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen [BMVBW] herausgegebenen Texte: Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau („A-Modell“), 2. Aufl. 2005; Gutachten und Erläuterungsbericht zu einem Musterkonzessionsvertrag, einer Mustermautverordnung und Ausschreibungs- und Verdingungsunterlagen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz („F-Modell“), 2. Aufl. 2005; Leitfadens Strukturiertes Verhandlungsverfahren für die Vergabe der Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau (A- und F-Modelle), Stand April 2005

2 Vgl. jüngst ausführlich und mit zahlr. Nachw. BURGI, NZBau 2006, S. 606 ff. (Teil 1) und S. 693 ff. (Teil 2)

3 RUDOLF, in: BYOK/JAEGER (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, Einführung, Rdnr. 1.

4 von DANWITZ, Straßen- und Wegerecht, in: SCHMIDT-AßMANN (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Rdnr. 2

5 Die Auftragsverwaltung soll eine ortsnahe Verwaltung sicherstellen, ohne dem Bund seinen maßgeblichen Einfluss auf das Fernstraßennetz zu entziehen, vgl. UERPMANN-WITZACK, Verkehr, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.) HdbStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 89 Rdnr. 32

6 KRÄMER, in: KODAL/KRÄMER (Hrsg.), Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Kapitel 2, Rdnr. 14 und 23.41 f.

umfangreiche Planungsleistungen voraus, welche im Planfeststellungsbeschluss gipfeln.⁷ Wesen der Planung ist einerseits, dass sie in der Regel in Teilen ergebnisoffen und nicht vollständig kalkulierbar ist. Andererseits gilt aber auch, dass von einmal getroffenen planerischen Festlegungen kaum mehr abgewichen werden kann. Die Flexibilität ist dadurch stark eingeschränkt. Die Planung und namentlich die Planfeststellung sind unverändert dem Staat vorbehalten. Private können hierbei nur als Unterstützer oder Verfahrenshelfer tätig sein. Auch die Unterhaltung und der Betrieb von Bundesfernstraßen sind primär von Bauleistungen geprägt, für die der Staat zuständig ist; ein von Privaten eigenverantwortlich getragener und finanzierter Fernstraßenbau (vielleicht unter dem Regime der Bundesnetzagentur) steht gegenwärtig nicht in Frage (vgl. aber noch V).⁸

Die beiden gegenwärtig diskutierten Modelle knüpfen vielmehr an die staatliche Aufgabenträgerschaft an und spalten davon Teilbeiträge ab. Nur deswegen kommt das Vergaberecht überhaupt ins Spiel; im Falle einer Aufgabenprivatisierung gäbe es keine Beschaffungsvorgänge mehr, denn die Anwendbarkeit des Vergaberechts setzt eine fortbestehende staatliche Aufgabenträgerschaft voraus.⁹

b) Privatisierungsrecht

Mit der Privatisierung von Staatsaufgaben (bislang vom Staat erledigte öffentliche Aufgaben) verbinden sich Motive aufgabenbezogener, ordnungspolitischer und finanzieller Natur,¹⁰ die sich in Bezug auf die Einschaltung Privater im Straßenbauwesen wie folgt spezifizieren lassen: Die Einbindung privaten Know-hows führe dazu, dass die Realisierung der Maßnahmen wirtschaftlicher und effizienter erfolgen könne als bei herkömmlicher Realisierung im Wege der Haushaltsfinanzierung;¹¹ Effizienzpotenziale ergäben sich insbesondere daraus, dass Projektrisiken auf diejenigen Partner übertragen werden könnten, die Risiken auf Grund ihrer Expertise am besten steuern können. Ferner könne der Wettbewerb bei der Suche nach privaten Betreibern zu einer Reduzierung der Gesamtkosten führen,¹² überdies bräuchten diese zu Beginn „frisches Geld“ ein.¹³ Voraussetzung für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit der privatwirtschaftlichen Realisierung bzw. ihrer Effizienzvorteile gegenüber einer herkömmlichen Realisierung ist jedoch das Vorliegen eines fairen Vergleichsmaßstabs. Im Rahmen von PPP wird dieser Maßstab Public Sector Comparator (PSC)¹⁴ genannt. Neben die Ausschöpfung

von Effizienzpotenzialen können volkswirtschaftlich positive Effekte wie die Entstehung neuer Arbeitsplätze und erhöhtes Wirtschaftswachstum als Folge einer verbesserten Verkehrsinfrastruktur treten.

Dogmatisch betrachtet, handelt es sich bei den hier interessierenden Modellen um Formen der funktionalen Privatisierung.¹⁵ Diese gehört im Bereich kommunaler Infrastruktureinrichtungen schon seit vielen Jahren zum Alltag. Dort geht es regelmäßig um Einrichtungen, die bereits über Gebühren benutzerfinanziert sind. Die vorherrschenden Alternativen lauten: Entweder die Kommune betreibt und finanziert mittels der Benutzungsgebühren den Betrieb selbst, oder sie setzt einen Privaten als „Betreiber“ oder „Betriebsführer“ ein, der aus dem Ge-

⁷ Vgl. für den Fernstraßenbau § 17 FStrG. Zum Verhältnis von Planfeststellungsrecht und Vergaberecht vgl. HAIDINGER, Fachplanungsrechtlich veranlasste Vergabehemmnisse, 2006

⁸ Mit Blick auf die in Österreich bereits bestehende Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft angedacht von NEUMANN/MÜLLER, NZBau 2003, S. 299 (303); BARTLSPERGER, Das Fernstraßenwesen in seiner verfassungsrechtlichen Konstituierung, 2006, S. 350 ff., hält die Einführung eines benutzerfinanzierten privaten Fernstraßenwesens unter Aufsicht einer staatlichen „Regulierungsbehörde“ für denkbar. Dagegen steht UERPMANN-WITZACK [Fußn. 5], § 89 Rdnr. 35, einer materiellen Privatisierung des Fernstraßennetzes grundsätzlich skeptisch gegenüber

⁹ Vgl. RUDOLF [Fußn. 3], Rdnr. 37

¹⁰ Zu den Ursachen und Motiven der Privatisierung vgl. BURGI, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 2 ff.; KÄMMERER, Privatisierung, 2001; und zuletzt BURGI, Privatisierung, in: ISENSEE/KIRCHHOF [Fußn. 5], § 75 Rdnr. 10

¹¹ Vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften vom 1. September 2005 (BGBl. I, S. 2676 ff.; ÖPP-Beschleunigungsgesetz), in der von Einsparpotenzialen von 10-20 %, bezogen auf die herkömmliche Realisierung öffentlicher Infrastrukturprojekte, ausgegangen wird (BT-Drs 15/5668 S. 1)

¹² Vgl. Gutachten zum „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 21 ff.

¹³ Vgl. Gutachten zum „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 22

¹⁴ Vgl. im Einzelnen zum PSC den vom Finanzministerium des Landes NRW hrsg. Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“, 2006, S. 22 ff., abrufbar unter: <http://www.ppp-nrw.de> (30.01.2007)

¹⁵ Für einen Überblick über die verschiedenen Privatisierungsformen vgl. BURGI, Verwaltungsorganisationsrecht, in ERICHSEN/EHLERS (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 9 Rdnr. 7 ff. m. w. N.; zur funktionalen Privatisierung insb. Rdnr. 31 ff.

bührenaufkommen entgolten wird.¹⁶ Das Neuartige und Schwierige im Bereich des Fernstraßenbaus liegen nun darin, dass der Bund selbst einen finanziellen Zugriff auf die Benutzer (jenseits der Steuern) bislang nur in Gestalt der Lkw-Maut nach dem Autobahnmaut-Gesetz (ABMG)¹⁷ hat. Ansonsten fehlt ihm selbst die benutzerbezogene Finanzierungsoption und zugunsten privater Betreiber müsste sie erst einmal generiert werden.

Vor diesem Hintergrund zeichnen sich zwei Modelle der Einbeziehung Privater bei gleichzeitiger Generierung von Finanzmitteln ab: Entweder der Staat leitet das Gebührenaufkommen aus der Lkw-Maut auf Private über, oder er verschafft Privaten eine finanzielle Zugriffsmöglichkeit auf die Benutzer, die er selbst gar nicht hätte. Letzteres ist das

sog. F-Modell, Ersteres wird als A-Modell bezeichnet (vgl. sogleich II). Die außerhalb des Straßenbaus häufig anzutreffende Mischform der sog. Organisationsprivatisierung in Gestalt des Zusammenwirkens in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen taucht hier interessanterweise nicht in den einschlägigen Konzepten auf, obwohl eine institutionalisierte Anknüpfungsmöglichkeit in Gestalt der Deutschen Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau-GmbH (DEGES) bestünde.¹⁸

Generalisierend lässt sich im Privatisierungsrecht feststellen, dass auf EU-Ebene Ambitionen bestehen, diesen Bereich stärker zu strukturieren, zu beobachten und unter Umständen zwecks Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs zu reglementieren.¹⁹ Der Bundesgesetzgeber ist mit Verabschiedung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes,²⁰ das man angesichts seiner umfassenden Auswirkungen auf die Privatfinanzierung von Straßen durchaus auch als Straßenbau-Gesetz bezeichnen könnte, ebenfalls tätig geworden. Demnächst stehen Nachbesserungen in Gestalt eines ÖPP-II-Gesetzes ins Haus.²¹

c) Vergaberecht

Das Vergaberecht ist weder aufgabenbezogenes Fachrecht noch unmittelbar Privatisierungsrecht, vielmehr ist es Privatisierungsfolgenrecht. Das heißt, es setzt sowohl das „Ob“ einer Entscheidung zur Privatisierung als auch deren Statthaftigkeit voraus. Daher lassen sich dem Vergaberecht grundsätzlich auch keine Aussagen über die statthafte Dauer eines PPP-Modells entnehmen.²² Es betrifft allein die Auswahl unter mehreren Privaten und bezweckt einen wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand einerseits („best value for public money“) und eine möglichst weitgehende Verteilungsgerechtigkeit andererseits. Seit der Herauslösung der Vergabebestimmungen aus ihrer ursprünglich haushaltsrechtlichen Verankerung und ihrer Eingliederung in das GWB (sog. wettbewerbsrechtliche Lösung) im Jahr 1999 statuiert § 97 Abs. 7 GWB ein subjektives Recht der Bieter auf Einhaltung der Vergabebestimmungen. Dieses subjektive Recht ist durch das korrespondierende Rechtsschutzsystem der §§ 102 ff. GWB zu einem schneidigen, da rechtsschutzintensiven Schwert ausgestaltet worden. Dies hat erwartungsgemäß Vorwirkungen auf das (bisweilen überängstliche) Vergabeverhalten der Behörden.

¹⁶ Vgl. zu den Einzelheiten BURGI, Kommunalrecht 2006, § 16 Rdnr. 10 ff

¹⁷ Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge i. d. F. d. B. v. 2. Dezember 2004 (BGBl. I, S. 3122), zuletzt geändert durch Artikel 35 des Gesetzes vom 19. September 2006 (BGBl. I, S. 2146)

¹⁸ Die DEGES ist eine Projektmanagementgesellschaft, die zu 50 % von der Bundesrepublik Deutschland sowie zu je 10 % von den Ländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen getragen wird. Gegenstand des Unternehmens sind Planung und Bau-durchführung von Bundesfernstraßen in den neuen Bundesländern (im Rahmen der Auftragsverwaltung gemäß Artikel 90 GG). In ihrer Funktion als Bau- und Hausherr (ohne hoheitliche Aufgaben) koordiniert und kontrolliert die DEGES die Leistungen externer Planer, Bauüberwacher und sonstiger Dienstleister im Projekt- und Qualitätsmanagement.

¹⁹ Vgl. nur das von der Kommission vorgelegte Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM(2004) 327 endg. vom 30. April 2004 (hierzu BURGI/RUHLAND, Vergabe 2005, S. 1 ff.), welches durch die spätere Mitteilung der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, KOM(2005) 569 endg. vom 15. November 2005, bestätigt wurde.

²⁰ Vgl. Fußn. 11; hierzu UECHTRITZ/OTTING, NVwZ 2005, S. 1105 ff

²¹ Die Projektgruppe Öffentlich-Private-Partnerschaft der Fraktionen der CDU/CSU und SPD sowie die von ihr eingerichteten Kompetenzgruppen haben bereits mehrfach mit dem Ziel getagt, einen Gesetzentwurf zu erstellen (ÖPP-Beschleunigungsgesetz II), der voraussichtlich im Mai 2007 in erster Lesung im Deutschen Bundestag beraten werden soll; vgl. BT-Drs. 16/3971 S. 26.

²² So aber zu Unrecht und mit nicht nachvollziehbarer Analogie zu Art. 32 Abs. 2 UABs. 4 der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie [Fußn. 25] die Vergabekammer Arnsberg, Beschluss v. 21. 2. 2006, Az. VK-29/05 (n. rkr.), ZfBR 2006, 397 ff., weiterführend ZIEKOW, Vergabe 2006, S. 702 ff.

Im vorliegenden Zusammenhang ist aber etwas anderes wichtiger. Da die Entscheidung für eine Privatisierung, d. h. einen Teil-Rückzug aus der staatlichen Aufgabenverantwortung, primär von der Hoffnung auf gesteigerte Effizienz getragen ist, müssen dem Privaten genügend Spielräume eingeräumt werden können, damit er seine Effizienzvorteile ausspielen kann. Allerdings agieren die Privaten nach einer funktionalen Privatisierung unverändert im Rahmen einer Staatsaufgabe. Dies bedeutet, dass zahlreiche Verpflichtungen gegenüber den Bürgern fortbestehen und dass der Staat weiterhin die Gewährleistungsverantwortung trägt. Dem Vergaberecht kommt dabei die Rolle eines Mediums zur Verwirklichung der Gewährleistungsverantwortung zu, da es die Gelegenheit eröffnet, durch die Gestaltung der Leistungsbeschreibung, der Eignungs- und der Zuschlagskriterien für eine aufgabengerechte Leistungserbringung nach erfolgter Privatisierung zu sorgen.²³ Die Straßenbauverwaltung wird so zur „Ausschreibungsverwaltung“, und zwar in einem Bereich mit enormer Außen- und daher Referenzwirkung für andere PPP-Felder.

2 Das sog. Kartellvergaberecht

Das deutsche Vergaberecht ist zweigeteilt. Zu unterscheiden sind der sog. überschwellige und der sog. unterschwellige Bereich. Der hier allein relevante Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist nur eröffnet, wenn der geschätzte Auftragswert den jeweils maßgeblichen Schwellenwert gemäß § 2 Vergabeverordnung (VgV)²⁴ erreicht oder überschreitet. Die Rechtsquellen des Kartellvergaberechts finden sich auf EU-Ebene insbesondere in der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR).²⁵ National sind die EU-Vorgaben in einem dreistufigen Regelungssystem (sog. Kaskadenprinzip) umgesetzt. Die erste Stufe bilden zunächst die Normen der §§ 97 ff. GWB, auf der zweiten Stufe steht die VgV, welche wiederum durch eine starre Verweisung in den §§ 4-6 VgV je nach Auftragsgegenstand entweder die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) oder die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) oder die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) mit Verordnungsrang ausstattet. Die hier allein in Betracht kommende VOB/A besteht überdies aus mehreren Abschnitten, von denen hier nur die ersten beiden interessant sind. Der erste Abschnitt enthält die sog. Basisparagrafen und gilt für nationale Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte. Der zweite Abschnitt enthält neben den Basisparagrafen die sog. a-Paragra-

phen, in welchen die zusätzlichen Bestimmungen der VKR umgesetzt wurden. Sie gilt für Bauaufträge oberhalb der Schwellenwerte und stellt strengere, aufwändigere Anforderungen an die Vergabe.

3 Spezifische Probleme der PPP im Fernstraßenbau

Die naturgemäß hohe Komplexität von Straßenbauprojekten bedingt Schwierigkeiten, die bei der Durchführung von kleineren PPP-Projekten normalerweise nicht anzutreffen sind. So erschwert insbesondere die rechtlich schwierige und kaum kalkulierbare, für später aber wiederum höchst wirkmächtige Planungsphase eine zuverlässige Risikoeinschätzung. Gerade die Risikoeinschätzung und -bewertung sind aber von zentraler Bedeutung für den Erfolg eines PPP-Projektes, denn nur anhand einer verlässlichen Risikoanalyse ist eine sachgerechte Risikoverteilung zwischen den Partnern möglich.²⁶ Erschwerend hinzu kommt, dass es eines enormen Finanzaufwandes über einen langen Zeitraum zur Realisierung der Projekte bedarf. Aus den teilweise exorbitanten Auftragsvolumina der Projekte folgt schließlich eine entsprechend große Bedeutung für nachgelagerte Märkte, insbesondere für den Mittelstand. Ferner handelt es sich um einen Bereich mit großer Außenwirkung. All dies begründet eine erhöhte Kooperationsnotwendigkeit zwischen den beteiligten Partnern.

II. Relevante Modelle

Angesichts der großen Aufmerksamkeit, die der Einsatz von Privaten beim Fernstraßenbau gegenwärtig hervorruft, stellt sich die Frage, ob denn dieses Phänomen gänzlich neu ist. Dies muss verneint werden, denn seit jeher wurden Planungs-, v. a.

²³ Vgl. statt vieler VOßKUHLE, VVDStRL 62 (2002), S. 266 ff.; BURGI, DVBl. 2003, S. 949 ff.; STEINBERG, Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, 2005; FRANZIUS, Der Staat 45 (2006), S. 547 (566 ff.)

²⁴ Vergabeverordnung i. d. F. d. B. v. 11. Februar 2003 (BGBl. I, S. 169), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 der Verordnung vom 23. Oktober 2006 (BGBl. I, S. 2334)

²⁵ Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff.)

²⁶ Vgl. hierzu die umfangreiche Chancen-/Risikomatrix im Gutachten zum „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 41 ff. Allg. zu den Rahmenbedingungen von PPP vgl. WEBER/SCHÄFER/HAUSMANN (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006

aber Bauleistungen bei Privaten gegen Entgelt eingekauft. Dabei handelte es sich in der Regel um schlichte Beschaffung,²⁷ insbesondere entstand kein Außenverhältnis zu den Straßenbenutzern. Neu sind nun die Spielräume, die den Privaten eingeräumt werden, sowie die Frühzeitigkeit und Dauerhaftigkeit ihrer Einbeziehung:

1 Das F-Modell

Bei dem sog. F-Modell handelt es sich insoweit um einen seltenen Fall im Privatisierungsrecht, als ein eigenes Gesetz existiert, nämlich das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) aus dem Jahre 1994.²⁸ Nach dem Gesetzeswortlaut ist Gegenstand des Gesetzes, dass „Bau, Erhaltung, Betrieb und die Finanzierung von Bundesfernstraßen Privaten zur Ausführung übertragen werden“ können (§ 1 Abs. 2 FStrPrivFinG). Die bisherige Praxis beschränkt dies auf sog. Sonderbauten wie Tunnel und Brückenbauwerke. Erstmals angewandt wurde dieses Modell für den 1994 ausgeschriebenen Warnowtunnel in Rostock, der 2003 eröffnet wurde, sowie für den Herrentunnel in Lübeck, der im August 2005 den Betrieb aufgenommen hat.²⁹ Die zu erbringenden Leistungen des Privaten umfassen das gesamte Spektrum von der Planung über den Bau und die Finanzierung bis zum Unterhalt des Bauwerks („design, build, finance, operate“).

Der private Betreiber refinanziert seine Ausgaben beim F-Modell, indem er direkt beim Nutzer eine Maut erhebt. Die Mautgebühr wird vom Privaten nach seiner Wahl entweder als öffentlich-rechtliche

Gebühr auf der Grundlage einer Rechtsverordnung oder als privatrechtliches Entgelt³⁰ auf der Grundlage einer Genehmigung der obersten Landesstraßenbaubehörde erhoben (§ 2 Abs. 1 FStrPrivFinG). Eine klassische Beleihung erfolgt also nur im ersten Fall.³¹ Die Höhe der Maut ist ebenfalls genehmigungspflichtig. Das Mautaufkommen steht dem Privaten zu, Zahlungen des Staates erfolgen nicht. Der Bund kann, wenn dies nötig ist, das Projekt aber mit einer Anschubfinanzierung unterstützen. Interessant an der Gestaltung des F-Modells ist, dass hier Privaten die Befugnis zur Erhebung einer Maut eingeräumt wird, welche dem Staat selbst, d. h. bei Realisierung der nämlichen Brücken und Tunnels in Eigenregie nicht zugestanden hätte.

2 Das A-Modell

Der Begriff „A-Modell“ steht für „Ausbaumodell“. Im Rahmen dieses Modells soll ein privater Partner Autobahnstrecken, die derzeit vierspurig sind, auf sechs Fahrbahnen erweitern.³² Dabei ist der Private neben dem eigentlichen Bau und der Vorplanung auch für den Betrieb der jeweiligen Strecken zuständig, jeweils als Verwaltungshelfer (nach funktionaler Privatisierung). Ein Zusammenhang zwischen dem A-Modell und dem FStrPrivFinG besteht nicht. Der Hauptunterschied zum F-Modell liegt in der Finanzierung. Der private Partner hat hier keine Zugriffsmöglichkeit auf die Benutzer; zur Refinanzierung seiner Ausgaben erhält er aber das Gebührenaufkommen aus der Lkw-Maut auf dem jeweiligen Streckenabschnitt. Dazu kommt eine Anschubfinanzierung aus dem öffentlichen Haushalt, die bis zu 50 % der anfänglichen Baukosten betragen kann. Mit der Festsetzung und Erhebung der Lkw-Maut ist der private Partner aber nicht befasst. Die auch hier erfolgende teilweise Finanzierung über die Straßennutzer (schwere Lkw) wird vom Staat gesteuert. Rechtsgrundlage für die Mauterhebung ist das ABMG. Vergaberechtlich ebenfalls interessant, hier aber nicht zu erörtern, ist das Verhältnis zwischen dem Bund und der Betreibergesellschaft für das Maut-System (Toll Collect GmbH).³³

III. Der Vertragsgegenstand: Bauauftrag oder Baukonzession?

Mit fast schon irritierender Konsequenz sind sowohl das „A-“ als auch das „F-Modell“ von Anfang als Baukonzession und nicht als Bauauftrag qualifiziert

²⁷ Zu diesbezüglichen Abgrenzungsproblemen vgl. BURGI, [Fußn. 10], S. 147 f.

²⁸ I. d. F. d. B. v. 6. Januar 2006 (BGBl. I, S. 49)

²⁹ Mitgeteilt auf der Homepage der Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft des Bundes (www.vifg.de)

³⁰ Die Möglichkeit der Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts ist erst mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz [Fußn. 11] eingeführt worden

³¹ Dies braucht aus vergaberechtlicher Sicht nicht vertieft zu werden, da zuvor die jedenfalls dem Vergaberecht unterworfenen Beauftragung mit den ausführenden Teilbeiträgen erfolgt (explizit: § 2 Abs. 1 Satz 1 FStrPrivFinG)

³² Gegenwärtig gibt es fünf Pilotprojekte; vgl. Investitionsrahmenplan des BMVBS von 2006 bis 2010 für die Verkehrsinfrastruktur des Bundes, S. 24, abrufbar unter http://www.bmvbs.de/Anlage/original_981907/Investitions-rahmenplan-2006-2010.pdf (19.02.2006)

³³ Vgl. hierzu EBERT, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, 2005, S. 29; BARTLSPERGER, [Fußn. 8], S. 248 f. m. w. Nachw. in Fußn. 493

worden.³⁴ Was unter einem öffentlichen Bauauftrag zu verstehen ist, lässt sich der Definition des Art. 1 Abs. 2 lit. b) VKR und dem zugeordneten Anhang I entnehmen. Hiernach sind „Öffentliche Bauaufträge“ öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Wesentlich für einen Bauauftrag ist also, dass ein Bauwerk gegen ein Entgelt vom Staat errichtet wird; eine Erhebung von Gebühren bei den Benutzern findet nicht statt.³⁵ Öffentliche Baukonzessionen sind gemäß Art. 1 Abs. 3 VKR hingegen definiert als Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen insoweit abweichen, „als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

Richtig ist zunächst, dass man sich wegen des eindeutigen Schwerpunkts der Vorhaben im Bau-, und nicht im Dienstleistungsbereich bewegt. Richtig ist ferner, dass die zutreffende Qualifizierung der zugrunde liegenden Kontrakte als öffentlich-rechtliche Verträge für die Frage der Qualifizierung als Bauauftrag oder als Baukonzession irrelevant ist.³⁶ Nicht überzeugend ist dagegen die pauschale Zuordnung des „A-Modells“ zur Baukonzession (vorbehaltlich der Einzelprüfung). Hiervon sollte schon deswegen Abstand genommen werden, um mit dieser Zuordnungsfrage nicht die später zu erwartenden Nachprüfungsverfahren zu belasten. Bevor begründet wird, warum das „A-Modell“ als Bauauftrag und nicht als Baukonzession eingestuft werden sollte (2), soll kurz auf die sich hieraus ergebenden Konsequenzen eingegangen werden (1).

1 Konsequenzen

Die Unterschiede zwischen der Vergabe einer Baukonzession und der Vergabe eines Bauauftrages ergeben sich aus den anzuwendenden Vorschriften. Klar ist zunächst, dass die §§ 97 ff. GWB und die Vorschriften der VgV (vgl. § 6 Abs. 1 S. 1 VgV) auch bei der Vergabe einer Baukonzession eingreifen,³⁷ ebenso, dass die Verschärfungen und Spezifizierungen der a-Paragraphen der VOB/A nicht greifen, mit Ausnahme der Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung (vgl. § 32a VOB/A). Hinsichtlich der Basisparagraphen der VOB/A würde die Ein-

stufung als Baukonzession fortwährend Streit provozieren, da diese gemäß § 32 Nr. 2 VOB/A nur „sinngemäß“ anzuwenden wären. Exemplarisch sei hier nur auf das Gutachten zum „A-Modell“ verwiesen, welches „aus Gründen der Risikovermeidung“ die „grundsätzliche Anwendung“ der Basisparagraphen empfiehlt;³⁸ wohingegen der Leitfaden die Anwendung der Basisparagraphen gleich als „zwingend vorausgesetzt“ ansieht.³⁹ Für die Praxis sind solche Ratschläge wenig hilfreich, vor allem werden die einzelnen Verfahren mit unnötigen Streitfragen belastet.

Schlimmer wiegt jedoch, dass bei der Vertragsgestaltung eine schiefe Perspektive entsteht. Anstatt die Risikoverteilung rein politisch und fiskalisch orientiert vorzunehmen, wird darauf geschielt, dass jedenfalls die Einstufung als Konzession nicht gefährdet wird.⁴⁰ Als Beispiel sei der sog. Verkehrskorridor angeführt, d. h. die Festlegung eines Mindestverkehrsaufkommens, unterhalb dessen eine Kompensationszahlung an den Auftragnehmer erfolgt. Obwohl die Einrichtung eines solchen Korridors im Einzelfall durchaus sinnvoll und notwendig sein kann,⁴¹ wird im Leitfaden davon abgeraten, nur um nicht die Einordnung als Baukonzession zu gefährden und um so die Anwendung strengerer Vergaberegeln umgehen zu können.⁴² Eine Ver-

³⁴ NEUMANN/MÜLLER, NZBau 2003, S. 301; HORN, ZfBR 2004, S. 666; BYOK/JANSEN, NZBau 2005, S. 241 (245); Gutachten zum „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 141 ff. u. 203; Gutachten zum „F-Modell“ [Fußn. 1], S. 296 ff.; Leitfaden [Fußn. 1], S. 15; zweifelnd hingegen ROTH, NVwZ 2003, S. 1059, mit Hinweis auf eine verkehrsspezifischere EU-Mitteilung in Fn. 35. Interessant ist, dass BARTLSPERGER [Fußn. 8], S. 245 f., (ohne Bezug zum Vergaberecht) von einer bloßen „Inpflichtnahme Privater“ ausgeht, also nicht einmal eine funktionale Privatisierung annehmen will

³⁵ Vgl. auch Ziffer 2.1.2 der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht v. 29.4.2000, ABl. 2000/C121/02

³⁶ Vgl. Gutachten zum „F-Modell“ [Fußn. 1], S. 73 f.; Leitfaden [Fußn. 1], S. 7

³⁷ KUS, in KULARTZ/KUS/PORTZ (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2006, § 99 Rdnr. 166. In der nicht umgesetzten großen Vergaberechtsnovelle von 2005 war vorgesehen, die Baukonzession ausdrücklich in § 99 GWB aufzunehmen

³⁸ Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 148 f. m. w. Nachw. zum Meinungsstand

³⁹ Leitfaden [Fußn. 1], S. 17

⁴⁰ Paradigmatisch insoweit das Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 208

⁴¹ Etwa um überhaupt die notwendige betriebswirtschaftliche Rentabilität erzielen zu können.

⁴² Leitfaden [Fußn. 1], S. 14

tragsgestaltung, die sich an solchen Überlegungen orientiert, ist nicht mehr vom Interesse an einer sinnvollen Aufgabenerledigung geleitet.⁴³ Hier wendet der vergaberechtliche Schwanz mit dem infrastrukturpolitischen Hund! Überdies besteht auf EU-Ebene ohnehin die Tendenz, Baukonzessionen über kurz oder lang in das Regime für Bauaufträge einzubeziehen.⁴⁴

2 Zuordnung

Dass das europäische Vergaberechtsregime Baukonzessionen (bislang) in schwächerem Maße erfasst als Bauaufträge, lässt sich mit einem Blick auf dessen telos erklären. Das Vergaberecht ist den Prinzipien des Wettbewerbs, der Wirtschaftlichkeit, der Transparenz und der Gleichbehandlung verpflichtet. Konzessionen sind dagegen durch ihre große Nähe zur Eigentums- und Aufgabenverteilung geprägt, welche der EG-Vertrag „unberührt“ lässt (vgl. Art. 295 EG). Im typischen Fall einer Baukonzession werden keine staatlichen Gelder eingesetzt, sodass auch der Gedanke des sparsamen

Einkaufs entfällt. Dies sieht beim „A-Modell“ schon anders aus, denn je günstiger ein Privater dort anbietet, desto geringer muss die staatliche Anschubfinanzierung sein.

Eine Baukonzession ist im Normalfall so ausgestaltet, dass der private Betreiber in einem unmittelbaren Benutzungs- und Entgeltverhältnis mit den Nutzern steht. Das ist beim „A-Modell“ nicht der Fall, beim „F-Modell“ hingegen schon. Das „F-Modell“ ist deshalb seit jeher zu Recht, auch durch die einzige diesbezügliche Gerichtsentscheidung,⁴⁵ als Baukonzession eingestuft worden.⁴⁶ Die EU-Kommission sieht allerdings das Bestehen einer unmittelbaren Entgeltbeziehung richtigerweise nur als Indiz, nicht als sachlich ausschlaggebend für eine Einordnung als Baukonzession an. Entscheidendes Kriterium sei vielmehr, dass dem Privaten ein Nutzungsrecht übertragen wird und der Private die sich aus der Natur der Nutzung ergebenden Risiken trägt. Gemeint sind insbesondere das Risiko der Amortisation sowie diejenigen Risiken, die sich aus der Verwaltung und der Auslastung des Bauwerks ergeben.⁴⁷ Eine Konzession setzt also voraus, dass der private Betreiber in das weite Tal der Finanzierungsquellen entlassen wird und (wenigstens überwiegend) selbstständig die Refinanzierung des Projektes sicherstellen muss.⁴⁸

Beim „A-Modell“ ist das Risiko für den Privaten jedoch in mehrfacher Hinsicht minimiert: Der Bund stellt zunächst sicher, dass der private Betreiber das Aufkommen aus der Lkw-Maut überhaupt erhält. Dabei kann der Private das Ob und die Höhe der Mauterhebung nicht beeinflussen. Der Bund fungiert nicht etwa nur als Zahlstelle, die das vom Privaten bestimmte Entgelt einzieht und sodann „weiterleitet“.⁴⁹ Vielmehr besteht ein Entgeltanspruch ausschließlich im Verhältnis zwischen dem Bund und den Straßenbenutzern. Das erzielte Aufkommen dient politisch-ökonomisch zur Finanzierung des privaten Betreibers, rechtlich aber hat er darauf keinen Zugriff. Nach den Verträgen besteht schlicht ein Anspruch auf Zahlung in der Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Maut.⁵⁰ Die Mautentnahmen stellen also die Quelle dar, aus der der Bund das an den Betreiber zu zahlende Entgelt entnimmt. Der Betreiber selbst hat keinen Zugriff auf diese Quelle, er ist aber mehrfach gegen ihr Versiegen gesichert:

So trägt er zwar das Risiko der Zahl der Nutzer, allerdings dürfte dieses bei den auf Grund des Ausbaus besonders attraktiv gewordenen Straßenbau-

⁴³ Ähnliche Kritik bei ROTH, NZBau 2006, S. 89, der deshalb vorschlägt, das Nutzungsrisiko vertraglich so weit auf den Auftragnehmer zu verlagern, dass eine Einstufung als Baukonzession unzweifelhaft ist. Allerdings dürften die Projekte dann erheblich an Attraktivität für private Betreiber verlieren

⁴⁴ Vgl. Grünbuch zu öffentlich privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen [Fußn. 19], Ziffer 36, und Mitteilung der Kommission [Fußn. 19], S. 9

⁴⁵ OLG Schleswig, NZBau 2000, S. 100 (102)

⁴⁶ Die EU-Kommission nennt Modelle vom Charakter des „F-Modells“ sogar als prominenteste Beispiele einer Baukonzession, vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht [Fußn. 35], dort Fußn. 7

⁴⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht [Fußn. 35], Ziffer 2.1.2

⁴⁸ Eine Anschubfinanzierung ist bis zu einer bestimmten Grenze allerdings unschädlich, vgl. schon den Wortlaut des Artikels 1 Abs. 3 VKR („Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises“) sowie Ziffer 2.1.2. der Kommissionsmitteilung [Fußn. 35]. Das OLG Schleswig [Fußn. 45], S. 102, hält in Bezug auf das „F-Modell“ eine Anschubfinanzierung in Höhe von im Einzelfall mehr als 20 % durchaus für möglich, wenn ansonsten die Mautgebühren für die Nutzer unverhältnismäßig hoch wären (was sich jedoch so nicht auf das „A-Modell“ übertragen lässt)

⁴⁹ So aber HORN, ZfBR 2004, S. 666

⁵⁰ Vgl. etwa Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 296, wo 95 % der tatsächlich eingenommenen bzw. der dem Bund nach dem ABMG rechtlich zustehenden Maut vorgeschlagen werden

werken, deren Benutzung man sich wird kaum entziehen können, recht gering sein.⁵¹ Dieses ohnehin schon überschaubare Risiko⁵² ist durch mehrere Vorkehrungen beträchtlich abgemildert: Ausweislich der Musterkonzessionsverträge⁵³ ist der private Betreiber gegen die meisten rentabilitätsgefährdenden Risiken abgesichert. So garantiert der Bund eine Anschubfinanzierung und Kompensationszahlungen für verschiedenste Szenarien (so u. a. im Fall einer Umsatzsteuererhöhung, einer Änderung der Erhebungsgrundlage der Maut nach § 3 ABMG, einer technischen Störung und einer „Verkehrsbeeinträchtigung, d. h. eines Rückgangs des durchschnittlichen Verkehrsaufkommens, bspw. als Folge generell verkehrspolitisch motivierter Gesetzesänderungen oder etwa des Baus einer Parallelstrecke).⁵⁴ Durch solcherlei Absicherungen ist das die Baukonzession typischerweise prägende Risikoelement kaum noch auszumachen und insgesamt dürfte daher sehr rasch die 50%-Grenze für die Übernahme von Baukostenrisiken erreicht sein, die die Vergabekammer Berlin in ihrem Beschluss zum Berliner Olympiastadion hat ausreichen lassen, um dort eine Baukonzession zu verneinen.⁵⁵ Auch nach den Kategorien der EU-Kommission dürfte keine Baukonzession, sondern ein Bauauftrag anzunehmen sein, da angesichts der vertraglichen Risikoverteilung faktisch die öffentliche Hand die Gefahren, die mit der Verwaltung des Werks verbunden sind, trägt, indem sie die Erstattung der Finanzierung sicherstellt.⁵⁶

Bedeutet die Einstufung des „A-Modells“ als Bauauftrag statt als Baukonzession aber nun den Un-

tergang des privatfinanzierten Fernstraßenbaus? Darauf kann in diesem Beitrag nur mit einem unterschiedenen „Nein“ geantwortet werden. Die einzige Konsequenz ist, dass die a-Paragrafen der VOB/A Anwendung finden. Damit steht für die Vergabe solcher Aufträge ein klarer Rechtsrahmen zur Verfügung, etwaige Unsicherheiten werden vermieden. Die entsprechenden Projekte werden dadurch nicht in Frage gestellt, vielmehr wird ihre Durchführung einfacher, da Abgrenzungsaufwand und -akrobatik (vgl. III 1) sowie das entsprechende Prozessrisiko entfallen.

IV. Die Verfahrensart: Verhandlungsverfahren oder wettbewerblicher Dialog?

Die Wahl der Verfahrensart nimmt bei der Auftragsvergabe eine wichtige Stellung ein, zumal im Grunde das Vergaberecht als solches ein Anwendungsfall für den prozeduralen Schutz materieller Rechte ist (vgl. § 97 Abs. 7 GWB). Dabei sind zwei Kriterien, nämlich die Rechtmäßigkeit, aber auch die Zweckmäßigkeit, von Bedeutung. Für die fraglichen Fernstraßenbauprojekte sind zwei Verfahrensarten naheliegend: der Klassiker „Verhandlungsverfahren“ und der Neuling „wettbewerblicher Dialog“. Die bereits einleitend erwähnten vorbereitenden Gutachten und der Leitfaden⁵⁷ beziehen sich auf das Verhandlungsverfahren. Das ist nachvollziehbar, weil der wettbewerbliche Dialog in Deutschland erst seit Ende 2005 zur Verfügung steht. Allerdings darf allein wegen des daraus resultierenden fortgeschritteneren Vorbereitungsstandes beim Verhandlungsverfahren der wettbewerbliche Dialog künftig nicht einfach außer Betracht bleiben und schon gar nicht darf er gleichsam auf Verdacht als „aufwändig und strapaziös“ abqualifiziert werden.⁵⁸

Beide Verfahren kontrastieren jedenfalls mit dem streng formalisierten „offenen Verfahren“ nach § 101 Abs. 2 GWB, an dessen Anfang eine europaweite Vorabinformation mit anschließender Vergabebekanntmachung steht. Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung sind bei dieser Verfahrensart streng; sie muss so eindeutig und erschöpfend sein, dass die Bieter ihre Angebote, vor allem die Preise, danach ausrichten können. Während des Verfahrens besteht auf Grund des Nachverhandlungsverbotes eine Art Kontaktsperre. Löst man diese und gibt mit der Wahl eines der beiden genannten Verfahren der Flexibilität Raum, entstehen folgende den Grundprinzipien des Vergabe-

⁵¹ Für die identifizierten Streckenabschnitte liegen bereits ausführliche Statistiken zum heute bereits vorhandenen Verkehrsfluss vor, anhand derer sich relativ sichere Kalkulationen aufstellen lassen; vgl. Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 208

⁵² Insofern ähnlich wie bei der als Auftrag anzusehenden sog. Schattenmaut. Bei der „shadow toll“ wird eine Vergütung durch den Staat gezahlt, welche aber in der Höhe fiktiv, d. h. weitestgehend unabhängig vom tatsächlichen, risikoreichen Verkehrsaufkommen, ist (vgl. hierzu Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 144 f.)

⁵³ Möglicherweise werden den Auftragnehmern in der Praxis noch weitergehende Risikoabsicherungen eingeräumt

⁵⁴ Vgl. Musterkonzessionsvertrag im Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 297 ff.

⁵⁵ VK Berlin 31.05.2000 VK-B2-15/00 („Berliner Olympiastadion“)

⁵⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission [Fußn. 35], Ziffer. 2.1.2

⁵⁷ Gutachten „A-Modell“ [Fußn. 1], S. 152 ff.; Gutachten „F-Modell“ [Fußn. 1], S. 126 ff.; Leitfaden [Fußn. 1], S. 18 ff.

⁵⁸ So aber der Leitfaden [Fußn. 1], S. 22

rechts zuwider laufende Gefahren: Kungelei, Geheimnisverlust, Zurückhaltung von Angeboten, Taktieren. Auch dies prägt die Auswahlssituation, die nachfolgend umrissen werden soll.

1 Anwendbarkeit und Verhältnis

a) Verhandlungsverfahren⁵⁹

Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens ist nur rudimentär gesetzlich geregelt (vgl. § 101 Abs. 4 GWB, § 3a Nr. 5 bis 7 VOB/A). Es unterscheidet sich vom offenen Verfahren dadurch, dass der Leistungsgegenstand nicht bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgelegt sein muss, sondern in einem dynamischen Prozess im Laufe des Verfahrens sowohl von Auftraggeber- als auch von Auftragnehmerseite konkretisiert werden kann; vorausgesetzt wird allerdings, dass eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung des Leistungsgegenstandes nicht möglich ist.⁶⁰ Ferner dürfen letztlich nicht andere Leistungen beschafft werden als angekündigt. Die Identität des Beschaffungsvorhabens, so wie es die Vergabestelle zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht hat, muss auch im Verhandlungsverfahren gewahrt bleiben. Am Anfang des Verfahrens steht in der Regel die Vergabebekanntmachung. Anschließend erfolgt in einem Teilnahmewettbewerb die Auswahl der geeigneten Teilnehmer vor allem anhand ihrer Eignung. Daraufhin werden die Ausgewählten zur Angebotsabgabe aufgefordert. Es folgen strukturierte Verhandlungen mit den ausgewählten Unterneh-

men über den Leistungsgegenstand. Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass Auftraggeber und potenzielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen so lange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung konkret beschaffen sein und zu welchen Konditionen und grundsätzlich auch zu welchem Preis der Auftragnehmer diese erbringen soll. Ein Vertrag wird am Ende des Verhandlungsprozesses mit dem Unternehmen geschlossen, das bis zum Schluss übrig geblieben ist. Dabei kann der Verhandlungsprozess in Phasen ablaufen,⁶¹ nach deren jeweiligem Ende Unternehmen ausscheiden, wobei jeweils mehrere Bieter und in der Schlussrunde noch mindestens zwei Bieter dabei sein müssen.⁶² Aus dem in Art. 44 Abs. 4 EG-VKR statuierten Wettbewerbsgebot folgt auch, dass das sog. Preferred-bidder-Verfahren⁶³ nicht mehr zulässig ist. Die Zuschlagserteilung beendet das Verfahren.

b) Wettbewerblicher Dialog⁶⁴

Der wettbewerbliche Dialog ist in §§ 101 Abs. 5 GWB, 6a VgV, 3a Nr. 4 VOB/A normiert. Die Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog beginnt mit der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung. Im anschließenden Teilnahmewettbewerb wählt die Vergabestelle die in persönlicher und sachlicher Hinsicht zur Vertragserfüllung geeigneten Unternehmen aus. Nach der Auswahl der Bewerber schließt sich eine Dialogphase an, welche wiederum in verschiedene Stadien unterteilt werden kann. In der Dialogphase erörtern Auftraggeber und die ausgesuchten Bewerber im Rahmen eines kooperativen Miteinanders, mit Hilfe welcher Mittel die Bedürfnisse des Auftraggebers am besten erfüllt werden können.⁶⁵ Zur Beendigung der Dialogphase erklärt der Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen und fordert die ausgewählten Bewerber auf, ein endgültiges zuschlagfähiges Angebot abzugeben. Diese Abschlusserklärung des Auftraggebers stellt eine Zäsur dar, sodass es nicht zu einem Vertragsschluss am Verhandlungstisch kommt. Das Verfahren findet sein Ende durch den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot.

c) Nachrang gegenüber anderen Verfahrensarten bzw. internes Rangverhältnis?

Teilweise wird von Nachrang bzw. Subsidiarität der beiden beschriebenen Verfahren im Verhältnis zum offenen Verfahren gesprochen. Richtig ist, dass das offene Verfahren immer, d. h. unkonditioniert, mög-

⁵⁹ Vgl. dazu BYOK, Das Verhandlungsverfahren, 2005; EBERT [Fußn. 33]; WERNER, in: BYOK/JAEGER [Fußn. 3], Rdnr. 637 ff.; KULARTZ, in KULARTZ/KUS/PORTZ [Fußn. 37], § 101 Rdnr. 15 ff.

⁶⁰ WERNER, in: BYOK/JAEGER [Fußn. 3], Rdnr. 642

⁶¹ Vgl. Art. 30 Abs. 4 VKR

⁶² Vgl. KUS, Vergabe 2006, S. 851 (855), mit Hinweis auf Art. 44 Abs. 4 S. 2 VKR und § 8a Nr. 3 VOB/A. § 101 Abs. 4 GWB ist deshalb europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass ein Verfahren mit „einem“ Bieter nur zulässig ist, wenn sich keine anderen Angebote für die Verhandlungsphase qualifiziert haben

⁶³ Bei dieser Verfahrensgestaltung wurden die Verhandlungen zunächst mit mehreren Bietern begonnen und nach einem transparenten Auswahlverfahren mit nur einem einzigen Bieter („preferred bidder“) fortgeführt

⁶⁴ Vgl. dazu KNAUFF, NZBau 2005, S. 249 ff.; KUS, Vergabe 2006, S. 851 (857); PÜNDELER/Franzius, ZfBR 2006, S. 20 ff.; Erläuterung der Europäischen Kommission zum Wettbewerblichen Dialog CC/2005/04_rev1 vom 5.10.2005

⁶⁵ Vgl. KUS, Vergabe 2006, S. 860; Erläuterung der Europäischen Kommission [Fußn. 64], Ziffer 3.2

lich ist und dass Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog die Ausnahme darstellen sollen. Beide Verfahren sind aber nunmehr in der Vergabeverordnung bzw. in den Verdingungsordnungen an zahlreiche, eng beschriebene Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, dann ist das entsprechende Verfahren auch statthaft.⁶⁶ Daraus folgt, dass es kein materielles Vorrangverhältnis zugunsten eines bestimmten Verfahrenstyps gibt. Vielmehr trifft den öffentlichen Auftraggeber eine Darlegungslast⁶⁷ und eine Dokumentationspflicht (vgl. § 30a S. 1 lit i) VOB/A) für das Vorliegen jener Tatbestandsvoraussetzungen. Wie steht es nun mit deren Vorliegen in Bezug auf den Fernstraßenbau? In Anbetracht des derartigen Großprojekten zu Grunde liegenden Lebenszyklusgedankens und der Konkretisierungsbedürftigkeit der Risikoverteilung (vgl. I 3.) kann dies sowohl für das Verhandlungsverfahren als auch für den wettbewerblichen Dialog bejaht werden. Schon in Erwägungsgrund 31 der VKR, aber auch in der späteren Erläuterung der Kommission zum wettbewerblichen Dialog⁶⁸ sind komplexe Verkehrsinfrastrukturprojekte explizit als Anwendungsfelder für diese Verfahren genannt. Richtigerweise liegen die Voraussetzungen auch dann vor, wenn es bloß um PPP bei konventioneller Planung, d. h. bezogen auf einen vorliegenden Planfeststellungsbeschluss, geht. Dies ergibt sich in Anbetracht der jahrzehntelangen Unterhaltungstätigkeit aus der Komplexität der Vergabe.⁶⁹

Teilweise wird behauptet, das Verhandlungsverfahren gehe dem wettbewerblichen Dialog vor⁷⁰ bzw. – noch häufiger – es sei umgekehrt.⁷¹ Beides ist

unzutreffend,⁷² sodass tatsächlich einmal eine situationsgerechte Auswahl der richtigen Verfahrensort anhand verschiedener Beurteilungsfaktoren erfolgen kann. Ein Rechtsverstoß läge dann erst bei Überschreiten der Willkürgrenze vor. Wie aber sehen die relevanten Beurteilungsfaktoren aus?

2 Beurteilungsfaktoren

Flexibilität und Auftragsadäquanz: Der wettbewerbliche Dialog ist flexibler bei der Lösungssuche⁷³ und daher vorteilhafter, wenn der Auftraggeber hier möglichst offen sein will und stark auf das Know-how der Dialogpartner angewiesen ist. Beim Verhandlungsverfahren muss dagegen das ganze Verfahren eingestellt werden, wenn sich herausstellt, dass die beste Lösung außerhalb des durch die funktionale Leistungsbeschreibung vorgesteckten Rahmens des Beschaffungsgegenstandes liegt. Indes ist das Verhandlungsverfahren am Ende flexibler, weil gleichsam am Verhandlungstisch letzte kleinere Änderungen mit dem Auserkorenen festgeklopft werden können.

Wettbewerblichkeit und Transparenz: Bezüglich dieser Beurteilungsfaktoren bieten beide Verfahren gleich viele Fallstricke und Gefahren, denen durch möglichst große Transparenz und eine geordnete Struktur begegnet werden muss. Der wettbewerbliche Dialog wird den genannten Prinzipien insofern eher gerecht, als die Angebotswertung deutlicher von der gemeinsamen Erarbeitung des Auftragsgegenstandes abgekoppelt ist.

Vertraulichkeit: Für den wettbewerblichen Dialog stellt § 6a Abs. 3 Satz 4 VgV eindeutig klar, dass die Weitergabe von Lösungsvorschlägen und vertraulichen Informationen nur mit Zustimmung des betroffenen Unternehmens erfolgen darf. Verstöße gegen diesen Vertraulichkeitsschutz sind Schadensersatzbewehrt.⁷⁴ Undeutlicher ist insofern die Situation beim Verhandlungsverfahren (vgl. § 20 Nr. 3 VOB/A).⁷⁵

V. Ausblick: Vergaberecht und Reformdiskussion im Fernstraßenbau

Das Ziel einer verstärkten Einbeziehung Privater in den Fernstraßenbau wird durch das Vergaberecht nicht in Frage gestellt. Im Gegenteil: Dieses ermöglicht, unter mehreren Interessenten den leistungsstärksten und zugleich wirtschaftlichsten Betreiber zu finden. Dafür muss freilich ein erheblicher Auf-

⁶⁶ Vgl. KUS, Vergabe 2006, S. 853

⁶⁷ Vgl. KULARTZ, in KULARTZ/KUS/PORTZ [Fußn. 37], § 101 Rdnr. 63; PÜNDER/Franzius, ZfBR 2006, S. 24

⁶⁸ Vgl. [Fußn. 64], Ziffer 2.1

⁶⁹ Ebenso HORN, ZfBR 2004, S. 667; Leitfaden [Fußn. 1], S. 18 ff. (allerdings mit falschem Abstellen auf Konzessionsverträge); A. A. BYOK/JANSEN, NZBau 2005, S. 241 (246)

⁷⁰ PÜNDER/Franzius, ZfBR 2006, S. 24

⁷¹ KNAUFF, NZBau 2005, S. 255; SCHENKE/KLIMPEL, DVBl. 2006, S. 1493 (1497); Die EU-Kommission präferiert den wettbewerblichen Dialog politisch, vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften [Fußn. 19], S. 10

⁷² Näher KUS, Vergabe 2006, S. 851 (853 f.); OPITZ, Vergabe 2006, S. 451 f.

⁷³ KUS, Vergabe 2006, S. 851 (863 f.)

⁷⁴ Eine Zustimmung des Unternehmens ist nicht erzwingbar; vgl. OPITZ, Vergabe 2006, S. 451 (457 f.)

⁷⁵ Vgl. KUS, Vergabe 2006, S. 861

wand getrieben werden. Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass das Vergaberecht auch schon beim herkömmlichen staatlichen Fernstraßenbau unter Einbeziehung schlichter privater Bauunternehmer zu beachten war. Unter Umständen fanden dabei für die über Jahrzehnte zu erbringenden Unterhaltungsmaßnahmen sogar mehrere Vergabeverfahren hintereinander statt. Seiner Rolle als Privatisierungsfolgenrecht⁷⁶ wird das Vergaberecht bei der Realisierung der neuen Modelle jedenfalls gerecht.

Abschließend lässt sich die Frage stellen, ob das Vergaberecht überdies auf die Diskussionen zur künftigen Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten sowie zwischen Bund und Ländern Einfluss nimmt. In Richtung der Zulassung eines echten privat verantworteten und finanzierten Straßenbaus unter staatlicher Regulierung⁷⁷ entsendet das Vergaberecht keine Impulse, es ist insofern irrelevant. Allerdings wäre rechtspolitisch darauf zu achten, dass der Schutz des Mittelstandes (vgl. § 97 Abs. 3 GWB)⁷⁸ bei der Untervergabe durch die privaten Betreiber nach der Ersetzung des staatlichen Monopols für einen bestimmten Streckenabschnitt nicht verloren geht. Was die durch den Bundesrechnungshof im Jahre 2005 angestoßene Diskussion um die Ausgliederung der Bundesfernstraßenverwaltung aus der Bundesauftragsverwaltung betrifft,⁷⁹ so wirkt das Vergaberecht durchaus wie ein Treibsand in Richtung Zentralisierung. Wie die ambitionierten Arbeiten des ja bislang eigentlich nicht „wahrnehmungsbefugten“ Bundesverkehrsministeriums und auch die Schaffung der VIFG⁸⁰ zeigen, wohnt dem Vergaberecht kraft seiner Kompliziertheit eine zentralisierende Wirkung inne. Zwingende Rückschlüsse auf ein Ende der Bundesauftragsverwaltung sind ihm aber nicht zu entnehmen, und es würde ein entsprechendes Vorgehen auch nicht politisch legitimieren können.

⁷⁶ Vgl. oben I 1.c)

⁷⁷ Vgl. den Konzeptentwurf bei BARTSLPERGER [Fußn. 8], S. 350 ff.

⁷⁸ Vgl. hierzu BURGI, NZBau 2006, S. 693 (694 f.)

⁷⁹ Mitgeteilt in Monatsinfo 12/2005 des forum vergabe e. V., S. 177 f.; näher WEIDMANN, Verwaltungsrundschau 2006, S. 264 ff., der freilich vermutet, dass die etwaige Einführung einer Pkw-Maut alle finanziellen Sorgen beseitigen und die Akteure vom Reformvorhaben wieder abbringen wird

⁸⁰ Vgl. Fußn. 29

**Programm
des Forschungsseminars
„Finanzierung des Fernstraßenbaus“
am 25./26. September 2006
in Tecklenburg-Leeden**

Montag, 25. September 2006

- 14.15 Uhr Begrüßung der Teilnehmer
- 14.30 Uhr Michael Sauthoff,
Vizepräsident des Obergerichtes Mecklenburg-Vorpommern
Greifswald:
Das bestehende System der Refinanzierung von Straßen
- 15.00 Uhr Diskussion
- 15.30 Uhr Kaffeepause
- 16.00 Uhr Ministerialrat Berthold Witting, Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern, Schwerin:
Erfahrungen mit der F-Finanzierung am Beispiel der Warne-Querung
- 16.30 Uhr Diskussion
- 17.15 Uhr Regierungsdirektor Wolfgang Maß,
Bayerisches Staatsministerium des Innern, München:
Finanzierung der Ortsumgehungen in Sonderbaulast
- 17.45 Uhr Diskussion
- 19.00 Uhr Abendessen

Dienstag, 26. September 2006

- 9.00 Uhr Univ.-Prof. Dr. Martin Burgi,
Ruhr-Universität Bochum:
Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Straßen
- 9.45 Uhr Diskussion
- 10.30 Uhr Kaffeepause
- 11.00 Uhr „Aktuelle Stunde“
- 12.00 Uhr Mitgliederversammlung des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“
- 13.00 Uhr Mittagsimbiss

Teilnehmerliste

Adami, Silke, Oberregierungsrätin,
Bayerisches Staatsministerium des Innern,
München

Ansel, Horst,
Ministerium für Umwelt und Verkehr des Landes
Baden-Württemberg, Stuttgart

Bauer, Konrad, Abteilungspräsident,
Bundesanstalt für Straßenwesen,
Bergisch-Gladbach

Bergs, Horst W., Regierungsdirektor,
Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtent-
wicklung, Bonn

Dr. Blümel, Willi, Em. Univ.-Professor,
Dt. Hochschule für Verwaltungswissenschaften
Speyer, Wilhelmsfeld

Dr. Burgi, Martin, Univ.-Professor,
Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum

Dr. Durner, Wolfgang, Univ.-Professor, LL. M.,
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Geyer, Gerhard, Ltd. Ministerialrat a. D.,
Baldham

Dr. Grupp, Klaus, Univ.-Professor,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakul-
tät, Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Dr. Heitsch, Christian, Privatdozent,
Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Trier

Dr. Hermanns, Caspar D., Rechtsanwalt,
Osnabrück

Dr. Hönig, Dietmar,
Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr
und Landesentwicklung, Wiesbaden

Huber, Martin,
Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt
– Rechtsamt –, Freie und Hansestadt Hamburg

Jupe, Michael, Ministerialrat,
Ministerium für Infrastruktur und Raumordnung
des Landes Brandenburg, Potsdam

Kern, Jürgen, Ministerialrat,
Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr
und Landesentwicklung, Wiesbaden

Dr. Kuder, Albrecht, Professor, Ltd. Ministerialrat,
Innenministerium des Landes Baden-Württem-
berg, Stuttgart

Losch, Michael, Ltd. Senatsrat,
Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Berlin

Majcherek, Joachim, Regierungsdirektor,
Landesbetrieb Straßenbau Nordrhein-Westfalen,
Betriebssitz Münster

Majewski, Silke,
Ministerium für Bauen und Verkehr des Landes
Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

Maß, Wolfgang, Ministerialrat,
Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsminis-
terium des Innern, München

Dr. Michler, Hans-Peter, Professor,
Fachhochschule Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld

Neutzer, Edgar, Landesverwaltungsdirektor a. D.,
Münster

Numberger, Ulrich, Rechtsanwalt,
München

Dr. Repkewitz, Ulrich, Rechtsanwalt,
Rechtsanwälte Lohrum & Repkewitz,
Bischofsheim

Rieder, Markus, Regierungsdirektor,
Landesbetrieb Straßen und Verkehr Rheinland-
Pfalz, Koblenz

Rinke, Siegfried, Ministerialrat,
Bundesministerium für Verkehr, Bau und
Stadtentwicklung, Dienstsitz Bonn

Dr. Ronellenfitsch, Michael, Univ.-Professor,
Juristische Fakultät, Eberhard-Karls-Universität
Tübingen

Sauter, Britta, Abteilungsleiterin
Bereich Recht, DEGES Deutsche Einheit
Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH, Berlin

Sauthoff, Michael, Vizepräsident
des Oberverwaltungsgerichts
Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald

Schlarmann, Hans, Rechtsanwalt,
Rechtsanwälte Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch &
Partner, Stuttgart

Slaby, Renate, Abteilungsleiterin
Straßenrecht bei dem Senator für Bau, Umwelt
und Verkehr der Freien Hansestadt Bremen

Dr. Stelkens, Ulrich, Privatdozent,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Strick, Stefan, Regierungsdirektor,
Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung,
Dienstsitz Bonn

Dr. Stüer, Bernhard, Professor,
Rechtsanwalt und Notar, Münster/Osnabrück

Tegtbauer, Tatjana,
Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung,
Dienstsitz Bonn

Dr. Uechtritz, Michael, Professor, Rechtsanwalt,
Rechtsanwälte Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch &
Partner, Stuttgart

Wagner, Hans-Peter, Baudirektor,
Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft,
Arbeit und Verkehr, Hannover

Wegner, Ulrike, Rechtsanwältin,
Dietzenbach

Werner, Christina,
Freistaat Thüringen, Landesamt für Straßenbau,
Erfurt

Witting, Berthold, Ministerialrat,
Wirtschaftsministerium des Landes Mecklenburg-
Vorpommern, Schwerin

Schriftenreihe

Berichte der Bundesanstalt
für Straßenwesen

Unterreihe „Straßenbau“

1993

- S 1: Verwitterungsbeständigkeit von Recycling-Baustoffen
Guth kostenlos
- S 2: Eignung von Grubenbergen als Baustoff für Tragschichten
ohne Bindemittel
Guth kostenlos
- S 3: Altlastenerfassung durch geophysikalische Methoden
Faust kostenlos
- S 4: EPS-Hartschaum als Baustoff für Straßen
Bull-Wasser kostenlos
- S 5: Baubegleitende Messungen B 73n
Heinisch, Blume kostenlos
- S 6: Eignung überdeckter Fugen mit Querkraftübertragung
Fleisch, Bartz kostenlos

1994

- S 7: 33. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 14,00

1995

- S 8: Anleitung Qualitätsmanagementplan Asphalttragschichten
Freund, Stöckner € 12,50
- S 9: Meßwert- und rechnergestütztes Management der Stra-
ßenerhaltung – Niederschrift und Referate des Erfahrungsaustau-
ches am 16. und 17. Mai 1995 in Berlin € 13,00
- S 10: 34. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 14,00

1996

- S 11: Der Einfluß der Textur auf Reifen/Fahrbahngeräusch und
Rollwiderstand
Ullrich, Glaeser, Sander € 15,00
- S 12: Offenporige Asphaltdeckschichten auf Außerortsstraßen –
Projektgruppe „Lärmindernde Straßendecken“ € 10,00
- S 13: Qualität von mineralischen Straßenbaustoffen
Tabbert € 16,50

1997

- S 14: 35. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 16,50
- S 15: Anforderungen an Fugenfüllsysteme aus Temperaturdeh-
nungen
Eisenmann, Lechner € 12,50
- S 16: Sicherheitswirksamkeit ausgewählter Straßenbaumaßnah-
men im Lande Brandenburg
Schnüll, Handke, Seitz € 22,00

1998

- S 17: Restnutzungsdauer von Asphaltsschichten
Wolf € 13,00

- S 18: 2. Erfahrungsaustausch über rechnergestütztes Stra-
ßen-
erhaltungsmanagement € 14,50

- S 19: Einfluß der Bruchflächigkeit von Edelsplitten auf die Stand-
festigkeit von Asphalten
Teil 1: Literaturlauswertung
Beckedahl, Nösler, Straube
Teil 2: Einfluß des Rundkornanteils auf die Scherfestigkeit von
Gesteinskörnungen
H.G. Diel € 16,50

1999

- S 20: 36. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 14,00
- S 21: Walzbeton: Ergebnisse aus neuester Forschung und lang-
jähriger Praxis – Kompendium
Birmann, Burger, Weingart, Westermann
Teil 1: Einfluß der Zusammensetzung und der Verdichtung von
Walzbeton auf die Gebrauchseigenschaften (1)
Schmidt, Bohlmann, Vogel, Westermann
Teil 2: Einfluß der Zusammensetzung und der Verdichtung von
Walzbeton auf die Gebrauchseigenschaften (2)
Weingart, Dreßler
Teil 3: Messungen an einer Versuchsstrecke mit Walzbeton-Trag-
schicht an der B54 bei Stein-Neukirch
Eisenmann, Birmann
Teil 4: Temperaturdehnung, Schichtenverbund, vertikaler Dichte-
verlauf und Ebenheit von Walzbeton
Burger € 17,00

2000

- S 22: 3. Bund-Länder-Erfahrungsaustausch zur systematischen
Straßenerhaltung – Nutzen der systematischen Straßenerhaltung
€ 19,50
- S 23: Prüfen von Gesteinskörnungen für das Bauwesen
Ballmann, Collins, Delalande, Mishellany,
v. d. Elshout, Sym € 10,50

2001

- S 24: Bauverfahren beim Straßenbau auf wenig tragfähigem Unter-
grund - Konsolidationsverfahren -
Teil 1: Vergleichende Betrachtung von Konsolidationsverfahren beim
Straßenbau auf wenig tragfähigem Untergrund
Teil 2: Erfahrungsberichte über ausgeführte Straßenbauprojekte auf
wenig tragfähigem Untergrund unter Verwendung von Konsolida-
tionsverfahren
Koch € 17,50
- S 25: 37. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 16,50

2002

- S 26: Bauverfahren beim Straßenbau auf wenig tragfähigem Unter-
grund - Aufgeständerte Gründungspolster
Rogner, Stelter € 14,00
- S 27: Neue Methoden für die Mustergleichheitsprüfung von
Markierungsstoffen – Neuentwicklung im Rahmen der Einführung
der ZTV-M 02
Killing, Hirsch, Boubaker, Krotmann € 11,50
- S 28: Rechtsfragen der Bundesauftragsverwaltung bei Bundes-
fernstraßen – Referate eines Forschungsseminars der Universität
des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am
25./26. September 2000 in Saarbrücken € 13,00
- S 29: Nichtverkehrliche Straßennutzung – Referate eines For-
schungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeits-
ausschusses „Straßenrecht“ am 24./25. September 2001 in Saar-
brücken € 13,50

2003

- S 30: 4. Bund-Länder-Erfahrungsaustausch zur systematischen Straßenerhaltung – Workshop Straßenerhaltung mit System –
€ 19,50
- S 31: Arbeitsanleitung für den Einsatz des Georadars zur Gewinnung von Bestandsdaten des Fahrbahnaufbaues „Straßenrecht“ am 23./24. September 2002 in Saarbrücken
Golkowski € 13,50
- S 32: Straßenbaufinanzierung und -verwaltung in neuen Formen – Referate eines Forschungsvorhabens der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am 23. und 24. September 2003 in Saarbrücken € 13,50
- S 33: 38. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 17,50
- S 34: Untersuchungen zum Einsatz von EPS-Hartschaumstoffen beim Bau von Straßendämmen
Hillmann, Koch, Wolf € 14,00

2004

- S 35: Bauverfahren beim Straßenbau auf wenig tragfähigem Untergrund – Bodenersatzverfahren
Grundhoff, Kahl € 17,50
- S 36: Umsetzung und Vollzug von EG-Richtlinien im Straßenrecht – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am 22. und 23. September 2003 in Saarbrücken € 13,50
- S 37: Verbundprojekt „Leiser Straßenverkehr – Reduzierte Reifen-Fahrbahn-Geräusche“
Projektgruppe „Leiser Straßenverkehr“ € 16,50

2005

- S 38: Beschleunigung und Verzögerung im Straßenbau – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen am 27./28. September 2004 in Saarbrücken € 16,50
- S 39: Optimierung des Triaxialversuchs zur Bewertung des Verformungswiderstandes von Asphalt
Renken, Büchler € 16,00
- S 40: 39. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
€ 17,50
- S 41: Chemische Veränderungen von Geotextilien unter Bodenkontakt – Untersuchungen von ausgegrabenen Proben
Schröder € 13,50
- S 42: Veränderung von PmB nach Alterung mit dem RTFOT- und RFT-Verfahren – Veränderungen der Eigenschaften von polymer-modifizierten Bitumen nach Alterung mit dem RTFOT- und RFT-Verfahren und nach Rückgewinnung aus Asphalt
Wörner, Metz € 17,50
- S 43: Eignung frostempfindlicher Böden für die Behandlung mit Kalk
Krajewski, Kuhl € 14,00
- S 44: 30 Jahre Erfahrungen mit Straßen auf wenig tragfähigem Untergrund
Bürger, Blossfeld, Blume, Hillmann € 21,50

2006

- S 45: Stoffmodelle zur Voraussage des Verformungswiderstandes und Ermüdungsverhaltens von Asphaltbefestigungen
Leutner, Lorenzl, Schmoeckel € 21,00
- S 46: Analyse vorliegender messtechnischer Zustandsdaten und Erweiterung der Bewertungsparameter für Innerortsstraßen
Steinauer, Ueckermann, Maerschalk € 21,00

S 47: Rahmenbedingungen für DSR-Messungen an Bitumen
Dieser Bericht liegt **nur** in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter www.nw-verlag.de heruntergeladen werden.
Hase, Oelkers € 24,50

S 48: Verdichtbarkeit von Asphaltmischgut unter Einsatz des Walzsektor-Verdichtungsgerätes
Dieser Bericht liegt **nur** in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter www.nw-verlag.de heruntergeladen werden.
Wörner, Bönisch, Schmalz, Bösel € 15,50

2007

- S 49: Zweischichtiger offenporiger Asphalt in Kompaktbauweise
Ripke € 12,50
- S 50: Finanzierung des Fernstraßenbaus
Grupp, Blümel € 15,50

Alle Berichte sind zu beziehen beim:

Wirtschaftsverlag NW
Verlag für neue Wissenschaft GmbH
Postfach 10 11 10
D-27511 Bremerhaven
Telefon: (04 71) 9 45 44 - 0
Telefax: (04 71) 9 45 44 77
Email: vertrieb@nw-verlag.de
Internet: www.nw-verlag.de

Dort ist auch ein Kompletverzeichnis erhältlich.