



Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie |
Postfach 71 28 | 24171 Kiel

Staatssekretär

Vorsitzenden
des Wirtschaftsausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herr Christopher Vogt, MdL
Landeshaus
24105 Kiel

Juni 2014

Geschäftsmodell für eine westliche Elbquerung im Zuge der A 20 Gutachten der Investitionsbank Schleswig-Holstein

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der 36. Sitzung des Wirtschaftsausschusses am 11. Juni 2014 haben Sie um die Über-
sendung des Gutachtens der Investitionsbank Schleswig-Holstein für ein Geschäftsmodell
für eine westliche Elbquerung im Zuge der A 20 gebeten. Dieser Bitte komme ich hiermit
gerne nach.

Hinsichtlich der Klärung der rechtlichen Fragen hat das MWAVT bereits Kontakt sowohl
mit dem Bundesverkehrs- als auch mit dem Bundesfinanzministerium aufgenommen. So-
bald wir von dort eine Rückmeldung haben, werde ich den Wirtschaftsausschuss gerne
hierüber informieren.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Frank Nägele

Anlage des Gutachtens der Investitionsbank Schleswig-Holstein für ein Geschäfts-
modell für eine westliche Elbquerung im Zuge der A 20

Vermerk

Datum	30. Oktober 2013
Thema	Geschäftsmodell für eine Westliche Elbquerung im Zuge der BAB A20
Verfasser	RA Dipl.-Kfm. Dr. iur. Dietrich Drömann (GvW) Dipl.-Kfm. Patrick Woletz (IB.SH)

Inhalt

A. Anlass und Hintergrund	3
B. Eckpunkte des dänischen Modells.....	5
1. Tatsächlicher Befund	5
1.1 Organisationsstruktur des dänischen Modells.....	5
1.2 Rechtlicher Hintergrund des dänischen Modells	7
1.3 Finanzierung von Querungsvorhaben nach dem dänischen Modell.....	9
2. Modellverständnis	11
C. Rechtliche Würdigung.....	14
1. Modellfragen	14
2. Rechtsfragen.....	15
2.1 Mauterhebungsrecht einer staatlichen Gesellschaft.....	16
2.1.1 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	17
2.1.2 In Betracht kommende besondere gesetzliche Grundlagen <i>de lege lata</i>	17
2.1.3 Realisierung des dänischen Modells auf Grundlage des FStrPrivFinG?	18

2.2	Zwischenergebnis.....	29
3.	Schaffung einer „neuen“ Rechtsgrundlage zur Erhebung einer Nutzermaut durch eine staatliche Gesellschaft	29
3.1	Auswahl des Belastungskonzeptes durch den zwecksetzungskompetenten Gesetzgeber.....	29
3.2	Maßgaben der Wegekostenrichtlinie.....	30
3.3	Verfassungskonforme Umsetzung des Kostenanlastungsmechanismus nach nationalem Verfassungsrecht.....	33
3.3.1	Gesetzgebungszuständigkeit.....	34
3.3.2	Materielle Eckpunkte der Abgabenerhebung	35
4.	Ergebnis.....	38

A. Anlass und Hintergrund

Der Neubau der A 20 als „Nord-West-Umfahrung Hamburg“ ist von herausragender Bedeutung für den gesamten norddeutschen Raum und stellt darüber hinaus einen wichtigen Baustein für das Transeuropäische Verkehrsnetz dar. Durch die Schaffung einer großräumigen Ost-West-Verbindung in Schleswig-Holstein soll neben der Infrastrukturverbesserung des Wirtschaftsraums der Westküste eine Entlastung des Elbtunnels im Zuge der A 7 erzielt werden. Mit der Weiterführung der A 20 in Niedersachsen und dem Anschluss an die A 26 erfolgt zudem eine leistungsstarke Anbindung an die westlichen und südlichen Regionen Deutschlands. Im derzeit geltenden Bedarfsplan für Bundesfernstraßen ist die A 20 in gesamter Länge im „vordringlichen Bedarf“ ausgewiesen. Die Westliche Elbquerung (WEQ) besitzt als Schlüsselabschnitt der Nord-West-Umfahrung Hamburg westlich von Hamburg für Schleswig-Holstein oberste Priorität und ist ein fest disponiertes Projekt. Die Planung dieses Abschnittes erfolgt länderübergreifend durch die Auftragsverwaltungen der Bundesländer Schleswig-Holstein und Niedersachsen, wobei Schleswig-Holstein derzeit die Federführung übernommen hat.

Die Investitionsbank Schleswig-Holstein (IB.SH) ist vom Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein (MWAVT) gebeten worden, eine zum F-Modell alternative Möglichkeit zur Realisierung der WEQ durch eine staatliche Projektgesellschaft nach dem dänischen Modell näher zu untersuchen.

Von einer Adaption des dänischen Modells erhofft sich das MWAVT vor allem eine gegenüber dem F-Modell kostengünstigere Realisierung der WEQ durch Einsparung von Mehrkosten der Privatfinanzierung bei gleichzeitiger Beibehaltung der Nutzerfinanzierungskomponente. Im Kern führt der Gedanke einer Übertragung des dänischen Modells zur Frage, ob statt einer privaten Einheit auch eine staatliche Einheit mit dem Aufgabenbündel des F-Modells betraut und mit einem Recht zur Erhebung von Mautgebühren beliehen werden kann.

Es soll daher geprüft werden, ob eine solche Realisierungsform für die WEQ zweckmäßig und unter dem bestehenden Rechtsrahmen möglich ist bzw. welche rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen werden müssen. Gegenstand dieser Untersuchung ist indes nicht eine Analyse, ob und inwieweit bei Realisierung durch eine staatliche Projektgesellschaft Kostenvorteile bspw. gegenüber einem F-Modell erschlossen werden können.

Konkreter Bezugspunkt des Modells „staatliche Projektgesellschaft“ sind das Vorhaben Feste Fehmarnbeltquerung und die dänische Realisierungsgesellschaft Femern A/S. Deren Aufgabe und Struktur werden nachfolgend unter B skizziert, wobei wir

uns wegen der tatsächlichen Auskünfte zum dänischen Modell neben allgemein zugänglichen Quellen (Internet) auf schriftliche und fernmündliche Auskünfte der Femern A/S zu einem von uns vorab zur Verfügung gestellten Fragenkatalog beziehen. Femern A/S ist bislang nur für die Projektierung der Festen Fehmarnbeltquerung zuständig. Für das Verständnis der Finanzierung von Querungsvorhaben nach dem dänischen Modell sind aber auch die Aufgaben und Befugnisse derjenigen Gesellschaften innerhalb des S&B-Konzerns instruktiv, welche sich bereits im Betrieb befinden.

In Abschnitt C werden die sich mit einer Umsetzung des dänischen Modells verbundenen Rechtsfragen in Deutschland skizziert.

B. Eckpunkte des dänischen Modells

1. Tatsächlicher Befund

1.1 Organisationsstruktur des dänischen Modells

Zentrale Akteure des dänischen Modells sind der dänische Staat, das dänische Verkehrsministerium, das dänische Vejdirektoratet, die Sund & Bælt Holding A/S und – im Hinblick auf die Feste Fehmarnbeltquerung – die Femern A/S. Im Einzelnen:

Das dänische Vejdirektoratet ist die nationale dänische Straßenbaubehörde, die dem dänischen Verkehrsministerium untersteht. Die Behörde ist für die übergeordnete Planung, den Betrieb und die Instandhaltung des staatlichen Straßennetzes zuständig, das die dänischen Autobahnen, Hauptstraßen und die Brücken Dänemarks umfasst.

Die Sund & Bælt Holding A/S (S&B) ist in Dänemark zuständig für die Realisierung und den Betrieb besonders komplexer und hochinvestiver Infrastrukturvorhaben (bislang allesamt Querungsbauwerke), die durch die Erhebung von Nutzermaut refinanziert werden. Eigentümer von S&B ist der dänische Staat, der seine Kontroll- und Weisungsrechte durch das Dänische Verkehrsministerium ausübt.

Unter der S&B sind weitere Gesellschaften angesiedelt, die ein breites Spektrum infrastrukturbezogener Aufgaben abdecken – siehe hierzu die nachfolgende Übersicht.

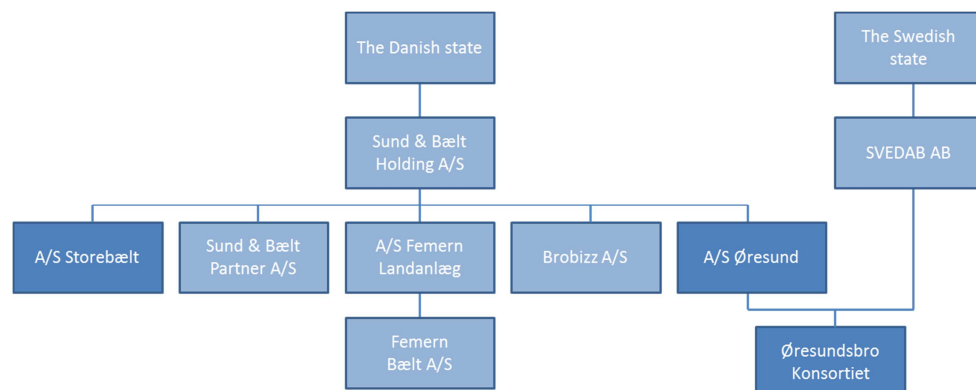


Abbildung 1: Organisationsplan (Quelle: Sund & Bælt Holding A/S; Anm.: Femern A/S wird hier als Femern Bælt A/S bezeichnet)

S&B ist als Muttergesellschaft verantwortlich für die Verwaltung der Beteiligungsgesellschaften. Daneben erbringt die Holding operativ die Aufgaben Betrieb, Mauterhebung und Erhaltung für die Querungen Storebælt und Øresund.

Sund & Bælt Partners A/S ist eine Beratungsgesellschaft, die international in Infrastrukturprojekten berät. Aufgabe der **Brobizz A/S** ist die Geschäftsentwicklung zur Nutzung des Brobizz Systems für die Bezahlung von Parkgebühren und an Tankstellen.

A/S Femern Landanlæg ist verantwortlich für die Grundstücksbeschaffung und –verwaltung sowie die Finanzierung der Hinterlandanbindung für die Feste Femernbeltquerung auf dänischer Seite. Die Gesellschaft hält 100% der Anteile der Femern A/S.

Auf der Internetseite der Gesellschaft **Femern A/S** sind folgende Informationen zum Hintergrund der Gesellschaft veröffentlicht:

„Im April 2009 wurde die Femern A/S vom dänischen Verkehrsminister entsprechend dem ‚Gesetz über die Projektierung einer festen Fehmarnbeltquerung mit den Hinterlandanbindungen in Dänemark‘ mit der Verantwortung für unter anderem die Vorbereitungsarbeiten, die Untersuchungen und die Projektierung des Baus einer Feste Fehmarnbeltquerung beauftragt.

Die Femern A/S ist Teil der Sund & Bælt Holding A/S, eines 100-prozentigen Staatsunternehmens des dänischen Verkehrsministeriums.“ (Quelle: www.femern.de/service/menu/ueber-uns, 11.07.2013)

Femern A/S ist (wie auch S&B) eine Kapitalgesellschaft auf privatrechtlicher Grundlage, vergleichbar mit der deutschen Aktiengesellschaft (AG). Über die A/S Femern Landanlæg und die Sund & Bælt Holding A/S befindet sie sich zu 100% im Besitz des dänischen Staates. Femern A/S hat einen Aufsichtsrat und einen Vorstand. In den Aufsichtsräten der S&B-Gesellschaften sitzen jeweils die gleichen Personen. Das Unternehmen ist in vier Abteilungen (Personal, Technik, Planfeststellung und Finanzen) sowie die Stabstelle Unternehmenskommunikation und regionale Entwicklung untergliedert. Per Ende 2012 waren bei Femern A/S 89 Mitarbeiter beschäftigt. Der dänische Verkehrsminister kann Femern A/S in wichtigen Fragen allgemeine oder auch konkrete Weisungen zur Erfüllung des Unternehmenszwecks erteilen.

Im Einzelnen obliegen der Femern A/S derzeit folgende Aufgaben:

- Technische Planung des Baus der festen Querung und der Hinterlandanbindung auf dänischer Seite inklusive Einholung erforderlicher Untersuchungs- und Aufschlussergebnisse,
- Schaffung des Baurechts für Dänemark und Einholung erforderlicher Genehmigungen,
- finanztechnische Planung zur wirtschaftlichen Tragfähigkeit durch Mauterlöse,
- Vorbereitung und Durchführung des öffentlichen Wettbewerbs um die Bauleistungen.

Gemäß Auskunft der S&B ist zu erwarten, dass der Femern A/S im nächsten Schritt auch der Bau und die Finanzierung der Festen Fehmarnbeltquerung übertragen werden. Weiterhin wird angabegemäß damit gerechnet, dass Femern A/S nach Baufertigstellung auch Erhaltung und Betrieb einschließlich Mauterhebung für die Feste Fehmarnbeltquerung übernehmen wird. Das wäre dann allerdings eine Besonderheit insoweit, als Unterhaltung und Betrieb der realisierten Querungsbauwerke im Falle der Storebælt-Querung und im Falle der Øresund-Querung von der S&B wahrgenommen werden. Ob Unterhaltung und Betrieb der Querung künftig durch eine eigene Organisationseinheit der Femern A/S wahrgenommen werden oder in Kooperation mit der S&B bzw. mit den bestehenden Organisationseinheiten für Storebælt und Øresund, ist bislang noch offen.

1.2 Rechtlicher Hintergrund des dänischen Modells

Die Entstehung der S&B reicht über 20 Jahre zurück. Seit ihrer Gründung hat sich die Gesellschaft nach Auskunft der S&B eher situativ denn nach einem vorab definierten Strategiefad weiterentwickelt.

S&B wurde 1991 angabegemäß im Zusammenhang mit dem dänischen Gesetz zum Bau der Øresund-Querung gegründet. Zuvor wurde 1987 bereits ein Gesetz zum Bau der Storebælt-Querung beschlossen. Im Jahre 2005 wurden diese beiden Gesetze ersetzt durch ein neues Gesetz, welches die Aufgaben und Befugnisse der S&B neu regelte. Demgemäß darf S&B neue Tochtergesellschaften nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung gründen, die für jede Gesellschaftsgründung gesondert vorliegen

muss. Finanziell agiert S&B auf der Basis von Staatsgarantien, wobei der dänische Staat über die Gesellschaft eine enge Kontrollfunktion ausübt.

Im September 2008 schlossen Deutschland und Dänemark den Staatsvertrag über eine feste Fehmarnbeltquerung ab. In diesem wurde in Artikel 1 u.a. vereinbart:

„Das Königreich Dänemark wird die Feste Fehmarnbeltquerung errichten und betreiben und trägt die Kosten. Das Königreich Dänemark kann nach Maßgabe der Artikel 9 und 10 Mautgebühren und Entgelte für die Nutzung der Schienenwege von den Nutzern der Festen Fehmarnbeltquerung zur Finanzierung der Kosten erheben. Die Kosten der Festen Fehmarnbeltquerung umfassen die Kosten für Errichtung, Betrieb und Instandhaltung einschließlich Finanzierungskosten mit marktüblicher Verzinsung des eingesetzten Kapitals und marktüblicher Kosten für gestellte Garantien.“

Auf dieser Basis hat Dänemark im April 2009 das „Gesetz über die Projektierung einer Festen Fehmarnbeltquerung mit den Hinterlandanbindungen in Dänemark“ erlassen. Das Gesetz sieht sinngemäß vor:

- § 2:
Ermächtigung des dänischen Verkehrsministers zur Vorbereitung, Untersuchung und Projektierung der Festen Fehmarnbeltquerung und der zugehörigen dänischen Hinterlandanbindung,
- § 5:
Ermächtigung des dänischen Verkehrsministers zur Gründung von Gesellschaften in mittelbarem oder unmittelbarem Staatseigentum und zur Übertragung von Aufgaben auf diese oder bereits bestehende staatliche Gesellschaften, jeweils beschränkt auf die Projektierung der Festen Fehmarnbeltquerung,
- § 7 Abs. 1:
Ermächtigung der Gesellschaften gemäß § 5 zur Aufnahme von Darlehen und zur Nutzung sonstiger Finanzinstrumente zur Finanzierung der Vorbereitung und Projektierung der Festen Fehmarnbeltquerung,
- § 7 Abs. 2:
Ermächtigung des Verkehrsministers, ein Grundkapital von insgesamt bis zu 500 Mio. DKK (ca. 67 Mio. EUR) in die Gesellschaften nach § 5 einzubringen,

- § 7 Abs. 3:
Ermächtigung des Finanzministers, für die Kredite (Zins und Tilgung) der Gesellschaften nach § 5 eine Staatsgarantie zu leisten,
- § 7 Abs. 4:
Ermächtigung des Finanzministers, den Finanzbedarf der Gesellschaften nach § 5 durch staatliche Darlehen zu decken,
- § 7 Abs. 5:
Verbürgung des dänischen Staats für die finanziellen Verpflichtungen der Unternehmen nach § 5.

Mit diesem Gesetz wurden die Voraussetzungen zur Gründung der Femern A/S sowie der A/S Femern Landanlæg als Tochtergesellschaften der S&B geschaffen.

Ein Gesetz zum Bau der Festen Fehmarnbeltquerung befindet sich den Angaben der S&B zufolge bereits in Vorbereitung. S&B erwartet, dass dieses Gesetz 2015 in Kraft tritt. Dieses Gesetz soll die offizielle Genehmigung zum Bau der Festen Fehmarnbeltquerung (inklusive Baurecht) enthalten und die Übertragung der Aufgaben des Baus und der Finanzierung der Festen Fehmarnbeltquerung auf Femern A/S sowie nach Baufertigstellung auch die Erhaltung und den Betrieb einschließlich der Mauterhebung für die Feste Fehmarnbeltquerung regeln.

1.3 Finanzierung von Querungsvorhaben nach dem dänischen Modell

Der Geschäftsbericht 2012 der Femern A/S gibt zum Thema Finanzierung zunächst folgende Auskünfte:

„Abgesehen vom Einlagekapital des Unternehmens finanzieren sich die Unternehmensaktivitäten über Kredite sowie über EU-Zuschüsse durch das TEN-V-Programm der Europäischen Kommission. (...)

Das Vorhaben Feste Fehmarnbeltquerung bezieht Förderungen in Höhe von 24 Prozent der Baukosten sowie den vollen Zuschuss in Höhe von 50 Prozent der projektbezogenen Kosten. (...)

Femern A/S kann gemäß dem Planungsgesetz Kredite aufnehmen und weitere Finanzierungsinstrumente mit

Staatsgarantie zur Finanzierung der eigenen Aktivitäten nutzen.

Dem Unternehmen stehen zwei unterschiedliche Kreditoptionen offen: direkte Staatskredite durch Dänemarks Nationalbank (Darlehen) sowie Kredite des Geld- und Kapitalmarkts basierend auf einer Staatsgarantie.“

Eine Verantwortung der S&B für die finanziellen Aktivitäten und Verpflichtungen der Femern A/S ist demnach über das eingebrachte Eigenkapital hinaus nicht gegeben. Jedes Projekt ist in einer eigenen Gesellschaft organisiert und verfolgt seine projektindividuelle finanzielle Strategie, wenngleich diese im Konzern auf den gleichen Grundlagen beruhen.

Konkret soll sich Femern A/S bei Kreditaufnahmen hinsichtlich ihrer Bonität direkt auf den dänischen Staat berufen können, der die Gesellschaft – analog dem Vorgehen bei den bislang schon umgesetzten Querungsbauwerken – für jede Kreditaufnahme mit einer harten und spezifischen Schuldendienstdeckungsgarantie ausstatten soll. Jede einzelne Garantie deckt dabei 100% des Schuldendienstes (Zins und Tilgung) für den jeweiligen von der Gesellschaft aufgenommenen Kredit ab. Eine Limitierung ist bei den bisherigen Projekten weder hinsichtlich der maximalen Kreditaufnahme der Gesellschaft noch in Bezug auf die gesamte Garantiesumme im Verhältnis zu den Projektkosten o.ä. vorgesehen. Mithilfe der Staatsgarantien erlangen S&B und deren Projektgesellschaften auskunftsgemäß die gleichen Finanzierungskonditionen wie der dänische Staat.

Soweit sich S&B und deren Projektgesellschaften Kreditmittel am Kapitalmarkt beschaffen, erfolgt dies angabegemäß in der Regel in der Form von staatsgarantieren Anleihen. Diese wurden bei der Finanzierung der in Betrieb befindlichen Querungen auf der Basis eines EMTN-Programms (European Mid Term Notes) emittiert. Es handelt sich dabei um einen standardisierten Rahmenvertrag, den die Projektgesellschaft mit Anleihehändlern abschließt. Auf diese Weise steht der Projektgesellschaft ein zugleich standardisiertes wie auch im Hinblick auf die jeweiligen Anleihekonditionen flexibles Instrument zur Beschaffung von Kreditmitteln mit Laufzeiten bis zu 5 Jahren am internationalen Kapitalmarkt innerhalb sehr kurzer Zeiträume zur Verfügung.

Für jede Staatsgarantie zahlt die jeweilige Gesellschaft, die einen Kredit auf Basis der Garantie aufgenommen hat, im Gegenzug ein Entgelt in Form einer Garantieprovision, deren Höhe vom dänischen Finanzministerium auf bislang einheitlich 15 bp. pro Jahr auf den jeweiligen Garantiebtrag festge-

legt wurde. Für jeden Kredit werden üblicherweise feste Zins- und Tilgungspläne vereinbart, nach denen die Rückzahlung der Kredite erfolgt. In der bisherigen Praxis wurden regelmäßig endfällige Kredite mit Laufzeiten von 5 bis 10 Jahren aufgenommen. Auf diese Weise kann die Kreditaufnahme regelmäßig dem Finanzmittelbedarf, der Liquiditätssituation der Projektgesellschaft und den Zinskonditionen an den Kapitalmärkten angepasst werden. Im Falle der Femern A/S gehen die Planungsrechnungen davon aus, dass 39 Jahre nach Öffnung der Querung zur Nutzung alle Kredite zur Finanzierung der Querung zurückgezahlt sein werden.

Sofern ein außerplanmäßiger Liquiditätsbedarf der Projektgesellschaft gegeben ist (z. B. wenn die Mauteinnahmen hinter den Erwartungen zurückbleiben), können Einnahmen im Konzern aus anderen Querungen nicht zum Ausgleich herangezogen werden – es besteht also in dieser Hinsicht kein „Portfolioansatz“ mit Risikoausgleich unter verschiedenen Projektcashflows im Konzernverbund. In diesen Fällen besteht für die Projektgesellschaft hingegen die Möglichkeit der Nachfinanzierung auf der Basis weiterer vom dänischen Staat abzugebender Garantien.

Eine direkte Inanspruchnahme des dänischen Staates aufgrund abgegebener Staatsgarantien ist im dänischen Modell eigentlich nur in dem einzigen theoretischen Fall denkbar, dass keine Aussicht bestehen würde, dass die Projektgesellschaft ihre Kredite durch Mauteinnahmen der Nutzer jemals zurückbezahlen könnte. Die Wahrscheinlichkeit einer solchen Inanspruchnahme wird von den Akteuren als sehr gering angesehen.

Vor dem Hintergrund der Gestaltung von Finanzierungsverantwortung und vollkostendeckender Mautvereinnahmung für ein Infrastrukturprojekt in ein und derselben Gesellschaft und der nur sehr geringen Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des dänischen Haushalts werden nach Auskunft der S&B die durch Staatsgarantien abgesicherten Kredite der S&B und deren Projektgesellschaften bislang nicht auf den Schuldenstand des dänischen Staates angerechnet.

2. Modellverständnis

Aus dem zuvor dargelegten tatsächlichen Befund leiten wir folgendes Modellverständnis ab:

- Der dänische Staat organisiert die Beschaffung und Bereitstellung von Querungsinfrastruktur über eine staatliche Gesellschaft, die S&B.
- S&B kann als Instrument verstanden werden, das dem Dänischen Staat eine praktikable Realisierung und haushaltsexterne Finanzierung von Querungsinfrastruktur ermöglicht.
- Für die Realisierung der einzelnen Querungsvorhaben wird S&B kraft Gesetzes ermächtigt, eigene Realisierungs- und Betreibergesellschaften zu gründen, im Fall der Festen Fehmarnbeltquerung die Femern A/S.
- Femern A/S als 100%-ige Tochtergesellschaft von S&B kann als Realisierungs- und (künftige) Betreibergesellschaft für das Einzelvorhaben Feste Fehmarnbeltquerung verstanden werden.
- Eine Finanzierungsverantwortung der Holdinggesellschaft S&B für Femern A/S besteht (abgesehen vom Grundkapital) nicht.
- Femern A/S finanziert ihre Aufgaben durch staatsgarantierte Kredite der dänischen Nationalbank, durch Begebung von mit Staatsgarantien unterlegten Anleihen am Kapitalmarkt und durch EU-Fördermittel.
- Mit Fertigstellung wird Femern A/S die Feste Fehmarnbeltquerung voraussichtlich auch betreiben, ggf. in Kooperation mit den bestehenden Organisationseinheiten der S&B, die für den Betrieb der bestehenden Querungsbauwerke zuständig sind.
- Bei der Femern A/S fallen Betriebs- und Erhaltungskosten sowie künftig voraussichtlich auch Erlöse aus der Erhebung von Nutzungsentgelten an. Die Nutzungsentgelte dienen der Refinanzierung der projektbezogenen Kredite und Kosten der Festen Fehmarnbeltquerung.
- Sofern die Einnahmen der Festen Fehmarnbeltquerung nicht ausreichen werden, um die Projektkosten zu decken, besteht für Femern A/S die Möglichkeit, am Kapitalmarkt zusätzliche Finanzmittel aufzunehmen, die dann durch weitere Staatsgarantien abgesichert werden.

Zusammenfassend dient das dänische Finanzierungsmodell im Vergleich zu einer Privatfinanzierung der Reduktion der über Nutzerentgelte aufzubringenden Finanzierungskosten für den Bau eines Querungsvorhabens. Die Nutzerfinanzierung wird bis zu dem Zeitpunkt aufrechterhalten, in dem der Bau vollständig refinanziert ist. Unterdeckungen bei der Femern A/S (z. B. durch hinter den Erwartungen zurückbleibende Mauterlöse) führen nach der Grundkonzeption des Modells nicht zum Eintritt des dänischen Staates für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern zur Nachfinanzierung durch die Gesellschaft selbst, welche aufgrund weiterer Staatsgarantien und aufgrund des gesetzlichen Bürgschaftversprechens mittels der vom Staat „geliehenen“ Bonität auch im Unterdeckungsfall zur Aufnahme weiterer Fremdmittel in der Lage ist. Die vom dänischen Staat herausgelegten Garantien werden nach der Grundkonzeption des Modells zum Zeitpunkt der vollständigen Refinanzierung der Bau- und Finanzierungskosten durch Mauterlöse gegenstandslos sein. Im Ergebnis soll der dänische Staat zum Ende der Refinanzierungszeit über ein vollständig nutzerfinanziertes Querungsvorhaben verfügen, für das effektiv keine Haushaltsmittel aufgewendet worden sind.

C. Rechtliche Würdigung

Fraglich ist, ob eine Realisierung der WEQ nach dänischem Vorbild auch in der Bundesrepublik Deutschland möglich ist.

1. Modellfragen

Gestaltungsoptionen zur Ausgestaltung des Funktionsmodells für eine staatliche Gesellschaft ergeben sich aus unterschiedlichen Kombinationen der Aufgaben

- Planung,
- Bau,
- Finanzierung,
- Erhaltung, Unterhaltung und Betrieb
- sowie Refinanzierung.

Nach den von einer staatlichen Gesellschaft für die Realisierung der WEQ zu übernehmenden Funktionen und Aufgaben richten sich die Fragen nach der rechtlichen Zulässigkeit und Machbarkeit der gewählten Gestaltung. Die Ausgestaltung einer staatlichen Projektgesellschaft als „**Realisierungs- und Betriebsgesellschaft**“ würde dabei tendenziell sowohl zur Übernahme der Funktionen Planung, Bau, Erhaltung und Betrieb als auch zur Übernahme der Funktionen Finanzierung (Mittelbereitstellung) und Refinanzierung (Mauterhebung) führen. Das entspricht dem Aufgabenspektrum, das in Bezug auf die Feste Fehmarnbeltquerung auch für die Femern A/S angedacht ist (siehe Teil B).

Demgegenüber würde eine Ausgestaltung einer staatlichen Einheit als „**Finanzierungsgesellschaft**“ tendenziell dazu führen, dass sich die Gesellschaft auf die Funktionen Finanzierung (Mittelbereitstellung) und Refinanzierung (Mauterhebung, Mittelrückführung) konzentriert, während die Funktionen Bau, Erhaltung, Unterhaltung und Betrieb – soweit nach § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB vergaberechtlich zulässig – durch die betreffende zuständige Stelle z. B. in einem Betreibermodell als einheitliches Leistungsbündel an einen Privaten vergeben werden könnten (z. B. auf Basis eines sog. Verfügbarkeitsmodells).

Weiterhin denkbar **ist ein Holding-Modell**, wie es in Dänemark in Gestalt der S&B historisch gewachsen ist, wobei die staatliche Gesellschaft für mehrere Querungsvorhaben zuständig und durch Tochtergesellschaften

sowohl die Projektierung, die Ausschreibung und den Bau der Querungen realisiert als auch die Unterhaltung und den Betrieb der fertiggestellten Querungen verrichten lässt.

Von den genannten Modelloptionen betrachten wir im Folgenden ausschließlich die Variante staatliche „Realisierungs- und Betriebsgesellschaft“ mit integrierter Aufgabenverantwortung für Bau, Finanzierung, Erhaltung, Unterhaltung und Betrieb sowie Refinanzierung. Überlegungen zu einem „Holding-Modell“ werden für die WEQ hingegen nicht vertieft, da sie für das Einzelvorhaben WEQ nicht als zweckmäßig bzw. erforderlich erscheinen und der Holding-Ansatz überdies auch nicht den Kern des dänischen Modells für die Realisierung der Festen Fehmarnbeltquerung ausmacht. Das grundsätzlich ebenfalls mögliche Modell „Finanzierungsgesellschaft“ greifen wir vorliegend nicht weiter auf, weil sich für diese Struktur im dänischen Vorbild keine Entsprechung nachweisen lässt.

2. Rechtsfragen

Nach den von der staatlichen Realisierungs- und Betriebsgesellschaft zu übernehmenden Funktionen richten sich die rechtlichen Maßstäbe zur Zulässigkeit der jeweiligen Gestaltung. Sofern zunächst die Wahrnehmung der *Planung* für die WEQ betroffen ist, so richtet sich die Zulässigkeit einer Aufgabenerfüllung durch eine staatliche Projektgesellschaft nach den für die Bundesfernstraßenplanung geltenden Regelungen. Hiernach obliegt die rechtsverbindliche Objektplanung für die WEQ als Straße des überörtlichen Verkehrs in Gestalt der Planfeststellung dem Land Schleswig-Holstein,

zu den Formen der Straßenplanung allgemein Leue, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 32, Rn. 13.

Dabei handelt das Land im Wege der Auftragsverwaltung für den Bund, der als Träger der Straßenbaulast für die WEQ primärer Inhaber der Planungshoheit ist,

zu den rechtlichen Zuständigkeiten bei der Planaufstellung für Bundesfernstraßen siehe im Einzelnen Ronellenfitsch, in: Marschall (Hrsg.), Bundesfernstraßengesetz, 6. Auflage 2012, § 17a FStrG, Rn. 6.

Hinsichtlich des „Wie“ der Aufgabenwahrnehmung hat das Land dabei grundsätzlich eine Organisationskompetenz inne (vgl. Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG). Diese ist vom Land Schleswig-Holstein gegenwärtig dahingehend ausgeübt worden, dass die Planung, der Bau, der Betrieb und die Verwal-

tung der Bundesautobahnen und Bundesstraßen durch den Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein wahrgenommen werden, ().

vgl. zur Befugnis der Länder zur Einrichtung der Behörden im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung im Übrigen auch Herber, in Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 2, Rn. 29.

Hätte das dänische Modell aus Sicht des Landes Schleswig-Holstein somit Anlass für Überlegungen zur Neuorganisation der für die WEQ zu verrichtenden Planungsaufgaben gegeben, so wäre das Land im Rahmen seiner nach Art. 85 Abs. 1 GG gegebenen Befugnisse auch zu entsprechenden Organisationsmaßnahmen befugt. Allerdings wird an eine etwaige Reorganisation von Planungsaufgaben im Zusammenhang mit einer Adaption des dänischen Modells nach unserem Verständnis gar nicht gedacht. Auf der Grundlage der politischen Beschlusslage im Schleswig-Holsteinischen Landtag zu den Finanzierungsmöglichkeiten für eine Westliche Elbquerung der A 20 und aufgrund des Umstandes, dass die WEQ im BVWP bereits als sog. F-Modell geführt wird, halten wir im Zuge der vorliegenden Begutachtung vielmehr die Prüfung für vorrangig, ob sich das dänische Modell im Bereich Finanzierung umsetzen lässt. Insofern ist zu prüfen, unter welchen Bedingungen eine staatliche Gesellschaft zur Finanzierung der WEQ haushaltsexterne Mittel durch Erhebung einer einzelprojektbezogenen Nutzermaut erschließen kann. Mit dem Typ „Nutzermaut“ meinen wir dabei ein direkt vom Querungsnutzer erhobenes, projektstreckenbezogenes Nutzungsentgelt.

2.1 Mauterhebungsrecht einer staatlichen Gesellschaft

Wie dargelegt, verstehen wir die Erschließung haushaltsexterner Mittel durch Erhebung einer direkten Nutzermaut als zentrales Gestaltungsanliegen auch von Überlegungen zur Realisierung der WEQ nach dem dänischen Vorbild. Eine weitgehende oder vollständige Haushaltsfinanzierung des Vorhabens dürfte aufgrund konkurrierender Verwendungsansprüche für die im Verkehrshaushalt verfügbaren Mittel im praktischen Ergebnis ausscheiden. Im Übrigen führt der BVWP das Vorhaben, wie bereits angemerkt, ohnehin seit jeher als F-Modell,

vgl. BVWP 2003, Seite 40, Tabelle 8 (Projektliste F-Modell).

2.1.1 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Das Vorhaben der WEQ betrifft die Bundesautobahn A 20 und damit eine Bundesfernstraße, die im Falle ihrer Realisierung straßenrechtlich gewidmet und dem Gemeingebrauch zur Verfügung gestellt würde. Die Erhebung von Entgelten beim Nutzer des Querungsvorhabens bedarf damit allerdings einer gesetzlichen Ermächtigung. Das folgt aus § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG, wonach

„... die Erhebung von Gebühren für den Gemeingebrauch einer besonderen gesetzlichen Grundlage (bedarf).“

Dieser spezialgesetzlich geregelte Gesetzesvorbehalt gilt nicht nur für Gebühren im finanzverfassungsrechtlichen Sinn, sondern auch für sonstige spezielle Entgelte unabhängig davon, ob diese Entgelte als Gebühr, als Beitrag oder als sonstige Gegenleistungsabgabe ausgestaltet sind. Insofern ist davon auszugehen, dass die Erhebung von Nutzungsentgelten für die WEQ ebenfalls auf einer *besonderen* gesetzlichen Grundlage beruhen muss. Einer solchen bedarf es auch, wenn die Erhebung von Nutzungsentgelten durch eine staatliche Gesellschaft in Rede steht. § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG unterscheidet hinsichtlich der Person des Gebührenerhebungsberechtigten ersichtlich nicht.

2.1.2 In Betracht kommende besondere gesetzliche Grundlagen *de lege lata*

Besondere gesetzliche Grundlagen im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG liefern zurzeit das Bundesfernstraßenmautgesetz vom 12. Juli 2011 in der Fassung vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) bzw. vom 14. Mai 2013 – BFStrMG – und das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Januar 2006 (BGBl. I, S. 49) – FStrPrivFinG,

vgl. Sauthoff, in: Müller/Schulz (Hrsg.), Bundesfernstraßengesetz, 1. Auflage 2008, § 7, Rn. 42; Grupp, in: Marschall (Hrsg.), Bundesfernstraßengesetz, 6. Auflage 2012, § 7, Rn. 22 ff.

Hiervon scheidet das BFStrMG als besondere gesetzliche Grundlage für die Erhebung von besonderen Nutzungsentgelten für die WEQ durch eine staatliche Projekt- bzw. Finanzierungsgesellschaft aus. Zum einen fielen neu fertiggestellte Abschnitte der BAB A 20 ohnehin in den Anwendungsbereich des BFStrMG und flösse das Aufkommen aus der Lkw-Maut für tatbestandliche Nutzungen dieser neuen Abschnitte nicht etwa einer staatlichen Finanzierungsgesellschaft zu, sondern – jedenfalls zunächst – dem staatlichen Haushalt. Mögliche Gestaltungen zur Bewirtschaftung allgemeiner Haushaltsmittel durch Stellen außerhalb der Verwaltung liegen nach unserer Einschätzung indes nicht im Zentrum der anzustellenden Gestaltungsüberlegungen. Zum anderen sollen Nutzungsentgelte für die WEQ nach unserem Verständnis gerade nicht nur von Lkw mit einem zulässigen Gesamtgewicht ab 12 t erhoben werden, sondern von allen Nutzern, insbesondere auch von Pkw, wobei die Mautsätze sich an den spezifischen Kosten für das Sonderbauwerk WEQ bemessen sollen. Diese Möglichkeit eröffnet bei geltender Rechtslage nur das FStrPrivFinG. Fraglich ist, ob eine staatliche Realisierungs- und Projektgesellschaft nach dem Vorbild der Festen Fehmarnbeltquerung auf Grundlage des FStrPrivFinG möglich ist.

2.1.3 Realisierung des dänischen Modells auf Grundlage des FStrPrivFinG?

Für die Benutzung von

„... nach Maßgabe dieses Gesetzes errichteten“

Brücken, Tunneln und Gebirgspässen im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen mit Fahrzeugen können nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FStrPrivFinG Nutzungsentgelte in Gestalt sog. Mautgebühren erhoben werden. Auch die WEQ gehört zu den von dieser Regelung erfassten Sonderbauwerken und kommt daher für eine Erhebung von Mautgebühren grundsätzlich in Betracht.

2.1.3.1 Wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Vorhabenfinanzierung durch eine staatliche Gesellschaft

Nach § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG können Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen „Privaten“ zur Ausführung übertragen werden. Privaten, die sich vertraglich zur Übernahme dieser Aufgaben verpflichten, kann gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 FStrPrivFinG im Gegenzug das Recht zur Erhebung einer Mautgebühr verliehen werden.

Handelt nun statt des Privaten eine staatliche Gesellschaft, so kann erwartet werden, dass dadurch Finanzierungskostenvorteile erschlossen werden können. Denn ein Privater müsste die Investitionen im F-Modell projektfinanzierungstypisch zur Absorption von Finanzierungsrisiken mit einer erheblichen Tranche Eigenkapital finanzieren. Das eingesetzte Eigenkapital hätte eine Eigenkapitalrenditeanforderung in einer zu erwartenden Größenordnung von mindestens 10 % p. a. zu erwirtschaften. Zudem sind im Falle einer Finanzierung durch Private auch für die Fremdkapitalmittel risikobezogene Zinsaufschläge zu erwarten. Dies zusammen führt zu einer signifikanten Kostenmehrbelastung gegenüber einer Investitionsfinanzierung, für die auf die Bonität des Staates abgestellt werden kann.

Bei diesem Ausgangsbefund verspricht man sich von der Einbindung einer staatlichen Gesellschaft als Aufgabenadressat im Sinne des § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG wesentlich geringere Finanzierungskosten und damit erhebliche wirtschaftliche Tragfähigkeitsvorteile.

Positiven Einfluss auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Vorhabens könnte zudem eine vom F-Modell abweichende umsatzsteuerliche Behandlung der zu entrichtenden Mautgebühren haben. Während die von einem Privaten im F-Modell zu vereinnahmenden Nutzergebühren der Umsatzsteuer unterliegen,

vgl. Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen betreffend die Umsatzsteuer bei Public-Private-Partnerships (PPP) im Bundesfernstraßenbau vom 03.02.2005, Teil I (F-Modelle) Ziffer 2,

besteht im Falle einer staatlichen Gesellschaft ggf. die Perspektive, dass keine Umsatzbesteuerung erfolgen müsste. Jedenfalls unterliegt die Maut für schwere Lkw nach dem BFStrMG nicht der Umsatzsteuer. Gelänge diese Gestaltung auch für Mautgebühren für die Nutzung der WEQ, so könnten sich daraus weitere Tragfähigkeitsvorteile ergeben.

2.1.3.2 Vereinbarkeit mit dem FStrPrivFinG

Fraglich ist, ob die hier angesprochenen Gestaltungsüberlegungen mit dem FStrPrivFinG vereinbar sind. Diese Frage stellt sich zunächst auf Tatbestandsebene, nämlich hinsichtlich der Frage, ob auch eine staatliche Einheit „Privater“ im Sinne des FStrPrivFinG sein kann (nachfolgend [a]). Sie stellt sich sodann im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer staatlichen Finanzierungslogik mit dem Sinn und Zweck des FStrPrivFinG (nachfolgend [b]).

a) Staatliche Einheit als „Privater“ im Sinne des Gesetzes?

Die Umsetzung eines Modells „staatliche Realisierungs- und Betriebsgesellschaft“ gibt zunächst Anlass zu der Frage, ob sich auch der Staat bzw. eine staatliche Gesellschaft auf das FStrPrivFinG berufen kann. Muss der Betreiber im Sinne des FStrPrivFinG zwingend ein Privater sein, oder kann auch eine formal privatisierte, staatliche Gesellschaft Betreiber im Sinne des FStrPrivFinG sein? Diese Frage stellt sich prinzipiell auch für denkbare Mischformen, in denen eine staatliche Einheit als Mauterhebungsberechtigter im Sinne des FStrPrivFinG auftritt.

Die Vereinbarkeit entsprechender Gestaltungen mit dem FStrPrivFinG hängt bei Betrachtung des gesetzlichen Tatbestandes davon ab, ob eine staatliche Einheit „Privater“ im Sinne von § 2 Abs.1 FStrPrivFinG sein kann. Nach dieser Vorschrift kann einem „Privaten“ das Recht zur Mauterhebung übertragen werden (Satz 1, 2. Halbsatz), dient die Mautgebühr der Finanzierung der „dem Privaten“ entstehenden Aufwendungen zuzüglich eines projektangemessenen Unternehmergewinns (Satz 3), wird die Mautgebühr „vom Privaten“ als Gebühr oder Entgelt erhoben (Satz 4), und steht schließlich auch das Mautgebührenaufkommen „dem Privaten“ zu (Satz 5). Fraglich ist daher, ob auch eine formell privatisierte staatliche Einheit, handelnd als juristische Person des Privatrechts, „Privater“ sein kann.

Im früheren Schrifttum ist diese Frage verneint worden. Der Staat solle nicht in privatem Gewand Straßenbauvorhaben in einer Weise finanzieren dürfen, die ihm hoheitlich nicht eröffnet wäre,

*Reidt/Stickler, Das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsge-
setz und der Baukonzessionsvertrag, BauR 1997, 241
(245 f.).*

Unverkennbar knüpft die vom FStrPrivFinG gewählte Konstruktion der Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung auf einen Privater

ten zur Ausführung überdies an eine funktionale Privatisierung an, d. h. an eine Veränderung im Aufgaben- und Befugnisbereich der staatlichen Bundesfernstraßenverwaltung „zugunsten“ Privater in der Weise, dass die betreffenden Aufgaben der Fernstraßenverwaltung nunmehr zu „Durchführungsaufgaben“ von Privaten werden,

vgl. Bartlsperger, Das Fernstraßenwesen in seiner verfassungsrechtlichen Konstituierung, S. 308 ff, 310, m. w. N.

Diese vom FStrPrivFinG gewählte Konstruktion verwirklicht sich am ehesten in einer Einbindung „echter“ Privater. Auf „echte“ Private sind des Weiteren wohl auch die Regelungen des FStrPrivFinG zu den umlagefähigen Kosten, namentlich den Ansatz von kalkulatorischen Kosten in § 3 Abs. 2 bis 5 FStrPrivFinG ausgerichtet. Die Gewährung eines Risikozuschlages auf das eingesetzte Kapital gemäß § 3 Abs. 4 FStrPrivFinG zeigt auf, dass das FStrPrivFinG im Hinblick auf das Eigenkapital wie selbstverständlich von einem Verlustrisiko ausgeht, das bei formell privatisierten staatlichen Einheiten bei materieller Betrachtung nicht in vergleichbarer Form zu bejahen sein wird. Die Gesetzesbegründungen zum FStrPrivFinG haben der Person des Privaten insofern seit jeher die Identität eines Betreibers in einem entsprechenden „Betreibermodell“ verliehen,

vgl. BT-Drs. 12/6884, S.5, 14/8447, S.9.

Dass das FStrPrivFinG seit seiner Änderung durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz im September 2005 den Begriff des Betreibers nicht mehr kennt, sondern durchgängig nur noch vom „Privaten“ spricht, ist ausweislich der Gesetzesbegründung auf das Ziel einer einheitlichen Gesetzesterminologie zurückzuführen, bedeutet aber keine Änderung der dem FStrPrivFinG insoweit zugrunde liegenden Rechtskonstruktion.

Vgl. BT-Drs. 15/5668, S.25. In § 2 Abs.2 S.4 FStrPrivFinG waren seinerzeit die Wörter „der Betreiber“ durch die Wörter „der Private“ ersetzt worden.

Gegen die Annahme einer Festlegung des FStrPrivFinG auf „echte“ Private könnte man nun einwenden, dass der Staat ein spezielles Benutzerfinanzierungsregime grundsätzlich auch für solche Strecken etablieren könnte, für die er einer staatlichen Einheit z. B. eine sog. Sonderbaulast überträgt,

zu den Fällen einer sog. „gewillkürten“ Straßenbaulast siehe Tegtbauer, Straßenbaulast Dritter, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 15, S. 520 f., Rn. 1 f.

In diesem Falle würde die Straßenbaulast nicht mehr dem „ordentlichen Wegeerhaltungsberechtigten“ obliegen, sondern kraft Rechtsakts dem Träger der Sonderbaulast, dem dann auch ein Recht zur Erhebung von Mautgebühren für die Nutzung der in seiner Sonderbaulast stehenden Strecke eingeräumt werden könnte. Die an dieser Stelle zu erläuternde Frage lautet jedoch nicht, ob ein Gebührenerhebungsrecht einer staatlichen Einheit überhaupt und grundsätzlich gestaltbar wäre. Fraglich ist an dieser Stelle allein, ob das FStrPrivFinG eine Übertragung der in § 1 Abs. 2 genannten Aufgaben auf eine staatliche Einheit und deren Berechtigung zur Erhebung einer Mautgebühr gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 *de lege lata* hergibt.

Insoweit ergeben sich nach geltendem Recht indes ernstzunehmende Bedenken. Die Erhebung von nichtsteuerlichen Abgaben unterliegt als Eingriff in grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheiten der rechtlichen Überprüfung. Zentrale Bedeutung hat dabei die Tatbestandsmäßigkeit der Abgabenerhebung. Dem Gesetzgeber steht zwar ein weites Ermessen in der Frage zu, welche Tatbestände er mit einer Abgabe belasten will,

für Steuern: BVerfGE 21, 54 (63); 49, 343 (360); BVerfG, Beschluss vom 17. November 1998 - 1 BvL 10/98 -, Rn. 16 m. w. N.

Die erhebungsberechtigte Gebietskörperschaft muss sich aber an die Grenzen des gesetzlichen Erhebungstatbestandes halten. Darüber hinaus muss der Gesetzgeber den sich aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzip ergebenden Anforderungen in Bezug auf die notwendige Normenwahrheit und -klarheit genügen. So müssen Belastungs- ebenso wie Entlastungsgründe im Steuergesetz mit hinreichender Bestimmtheit tatbestandlich vorgezeichnet sein,

vgl. BVerfGE 99, 280 (298).

Für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben wie die Mautgebühr nach dem FStrPrivFinG gilt nichts anderes. Selbst terminologische Fragen können unter dem Blickwinkel einer möglichen Irreführung der Abgabenschuldner verfassungsrechtlich relevant sein,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 1999 - 2 BvR 1167/96 -, Rn. 32, wo das Bundesverfassungsgericht die Bezeichnung der Ergänzungsabgabe zur Einkommensteuer als „Solidaritätszuschlag“ zwar als nicht irreführend eingestuft und aus diesem Grunde das Vorliegen grundsätzlicher Fragen zur Bestimmtheit von Steuergesetzen verneint hat. Die Entscheidung zeigt aber, dass der Maßstab der Normenklarheit und -wahrheit durchaus auch auf die Begrifflichkeit einer Abgabe Anwendung finden kann.

Ob eine formell privatisierte staatliche Einheit begrifflich „Privater“ im Sinne des FStrPrivFinG ist, lässt sich mit den oben genannten Erwägungen aber durchaus in Frage stellen. Insofern erscheint es nicht als zweckmäßig, das dänische Modell, gleich in welcher Ausgestaltung, auf Grundlage der derzeit gültigen Gesetzesfassung zu realisieren, wollte man nicht bewusst das Risiko einer nicht tatbestandsmäßigen und damit rechtswidrigen Abgabenerhebung in Kauf nehmen. Sollten künftig auch staatlichen Einheiten Bau, Erhaltung und Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen im Sinne von § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG zur Ausführung übertragen werden, so hätte der Gesetzgeber im FStrPrivFinG aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zumindest die Klarstellung anzubringen, dass „Privater“ im Sinne des Gesetzes auch eine formell privatisierte, staatliche Einheit sein kann. Die verfassungsrechtlichen Grenzen einer bloßen „Umetikettierung“ gesetzlicher Tatbestände und sich aus Anlass einer entsprechenden Klarstellung ergebender weiterer Änderungsbedarf wären allerdings zu prüfen und angesichts der Anforderungen an die Normenklarheit und –wahrheit von Abgabetatbeständen auch zu beachten.

Eine entsprechende „Klarstellung“ allein würde jedoch noch nicht zwingend die Realisierung der WEQ nach dem dänischen Modell auf der Grundlage des FStrPrivFinG ermöglichen. Denn ein elementares Wesensmerkmal des dänischen Modells ist in dem Umstand zu sehen, dass die von der staatlichen Realisierungs- und Betriebsgesellschaft aufgenommenen Fremdmittel staatlich garantiert werden. Die Vereinbarkeit einer solchen Gestaltung mit der Grundkonstruktion des F-Modells, wie sie im FStrPrivFinG gegenwärtig zum Ausdruck kommt, wäre ebenfalls sicherzustellen.

- b) Zur Vereinbarkeit staatlich garantierter Kreditaufnahmen mit dem FStrPrivFinG

Die hinter dem dänischen Modell stehende Logik einer Staatsfinanzierung (entweder im Wege direkter Staatskredite oder indirekt durch staatlich garantierte Kreditaufnahmen) von Aufgaben des Baus, der Erhaltung und des Betriebs von Querungsvorhaben könnte mit dem Sinn und Zweck des FStrPrivFinG kollidieren und in diesem Sinne offenbaren, dass das F-Modell – jedenfalls in der derzeit geltenden Fassung – gewissermaßen „das falsche Instrument“ zur Umsetzung des dänischen Modells ist.

Kern einer Staatsfinanzierungslogik ist die an sich plausible Vorstellung, die Einsetzung einer öffentlichen Realisierungs- und Betriebsgesellschaft eröffne Tragfähigkeitsvorteile insofern, als die Finanzierungskosten erheblich

unter den Vergleichskosten einer privaten Finanzierung liegen. Während haftendes Eigenkapital privater Investoren mit einer entsprechenden Risikomarge zu bedienen sei und dadurch zu hohen Finanzierungskosten führe, welche die Mautgebühr erheblich erhöhten, trüge eine öffentliche Bereitstellung der notwendigen Finanzmittel zu einer erheblichen Senkung der Finanzierungskosten und angesichts moderaterer Mauthöhen insgesamt dazu bei, dass die Tragfähigkeit der Refinanzierung stabilisiert werde. Dieses Kalkül setzt allerdings voraus, dass eine staatliche Gesellschaft keine oder nur sehr geringe Risikokosten kalkulieren und refinanzieren müsste, weil sie in etwaigen Unterdeckungssituationen für Liquiditätsbedarfe in beliebiger Größenordnung entweder Ausgleichszuweisungen aus dem Haushalt erhalten würde oder sich zumindest auf zusätzliche, durch Staatsgarantien gedeckte Finanzierungsmittel verlassen könnte (Nachfinanzierung). Bei Abwesenheit eines wirtschaftlichen Verlustrisikos auf der Projektebene, so die Überlegung, könnte haftendes und daher knappes (teures) Eigenkapital im Falle einer Staatsfinanzierung letztlich vollständig substituiert werden (s. o.)

Es ist allerdings fraglich, ob sich eine staatliche Realisierungs- und Betriebsgesellschaft bei rechtmäßiger Umsetzung des F-Modells überhaupt in einer so komfortablen Situation einer notfalls unlimitierten „Haushaltsdeckung“ befinden darf. Denn Voraussetzung für einen Ansatz von Risikokosten in Höhe von Null wäre ja in der Tat zunächst, dass die staatliche Einheit in Konstellationen, in denen ihre Kosten für Erhaltung, Unterhaltung und Betrieb einschließlich der Abschreibungen auf die realisierte Querung nicht durch Mauterlöse gedeckt sind, entweder Zugriff auf gesellschaftsexterne Mittel, mithin auf Mittel ihres Gesellschafters und damit auf Haushaltsmittel, oder aber auf zusätzliche Kreditmittel hat, die durch Staatsgarantie gedeckt sind.

- (i) Gesetzesimmanente Schranken im Hinblick auf eine „Parallelfianzierung“ von Sonderbauwerken aus Nutzungsentgelten und Haushaltsmitteln

Das F-Modell dient der Erschließung haushaltsexterner Mittel und bedient sich hierzu der außersteuerlichen sog. Nutzerfinanzierung. Rechtsbegrifflich bedeutet das Konzept der Benutzerfinanzierung eine mehr oder weniger strikte Zweckbindung vom Nutzer erhobener Mittel für den Bundesfernstraßenbau,

vgl. Bartlsperger, a. a. O., S. 295,

wobei das Mautaufkommen unmittelbar vom privaten Betreiber vereinbart wird (vgl. § 2 Abs. 1 Sätze 4 und 5 FStrPrivFinG). Durch die parafiskalisch organisierte Zweckbindung vom Nutzer erhobener Mittel wird die Sachfinanzierungsverantwortung des Bundes bzw. Baulastträgers ergänzt bzw. in Höhe der von Nutzern bereitgestellten Mittel entlastet. Im Verhältnis zur Sachfinanzierungsverantwortung der Bundesfernstraßenverwaltung für die in ihrer Baulast stehenden Straßen erfüllt die Benutzerfinanzierung damit zunächst einmal eine Komplementärfunktion.

Es sprechen allerdings gewichtige Gründe für die Annahme, dass die Sachfinanzierungsverantwortung des ordentlichen Baulastträgers im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG nicht nur ergänzt, sondern verdrängt und in diesem Sinne durch die im F-Modell vorgesehene spezielle Nutzerfinanzierung ersetzt wird. Bei dieser Sichtweise könnte es dann allerdings systemfremd sein, wenn der mauterhebenden Stelle außer dem Mautaufkommen unbegrenzt weitere Finanzierungshilfen gewährt bzw. durch entsprechende Risikoübernahmen seitens des Straßenbaulastträgers zugänglich gemacht würden. Der hiermit betretene Fragenkreis führt zur finanzverfassungsrechtlichen Einordnung des im FStrPrivFinG geregelten Finanzierungsmodells.

Im Schrifttum wird das F-Modell als „benutzerfinanziertes baulastspezifisches Betreibermodell“,

Begriff bei Bartlsperger, a. a. O., S. 296,

bezeichnet, dessen finanzwirtschaftliche Bedeutung die Herausnahme der projektspezifischen Sachfinanzierungsverantwortung aus dem Haushalt sei. In der Folge würde die Sachfinanzierung von Bundesfernstraßen aus allgemeinen Mitteln des Bundeshaushalts vollständig substituiert,

Bartlsperger, a. a. O., S. 303, 320 f. In diesem Sinne auch Uechtritz, Mautfinanzierung des Alaufstiegs – Einstieg in die Nutzerfinanzierung des Fernstraßenbaus, VBIBW 2002, 317 („dauerhafte“ Entlastung der öffentlichen Haushalte), und Rinke, Privatfinanzierung und Privatisierung, in: Kodal/Krämer (Hrsg.), Straßenrecht, 6. Auflage 2006, Kapitel 16, S. 403, Rn. 28.2 („nachhaltige und dauerhafte Entlastung“).

Bei dieser Sichtweise kommt dem Typus „spezielle Benutzerfinanzierung“ dann allerdings eine Sperrwirkung in der Weise zu, dass die Risikoverteilung in einem nach dem FStrPrivFinG realisierten Vorhaben neben der Verwertung des Mautaufkommens durch den Privaten bzw. durch eine

sonstige zur Mauterhebung berechnete, ggf. auch staatliche Stelle einer zusätzlichen Inanspruchnahme von allgemeinen Haushaltsmitteln entgegensteht. Unmittelbar einleuchtend wird die Abschirmung des staatlichen Haushalts vor den Finanzierungslasten aus einem nach dem F-Modell realisierten Vorhaben, wenn man den Kern des F-Modells darin erblickt, dass dem Privaten mit den Aufgaben des Baus, der Erhaltung, des Betriebs und der Finanzierung gemäß § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG nichts anderes als die Straßenbaulast für eine konkrete Projektstrecke bzw. eine Sonderbaulast auf Zeit „zur Ausführung“ übertragen wird. Der damit einhergehende Wechsel der Finanzierungsverantwortung versperrt für die betreffende Projektstrecke dann grundsätzlich aber auch den parallelen Zugang zu Haushaltsmitteln.

Diese aus der „Konstruktionslogik“ des F-Modells abzuleitende Restriktion deutet im Übrigen auch der historische Gesetzgeber an, wenn er zur Begründung des FStrPrivFinG ausführt:

„Zweck der Neuregelung ist, (...) Möglichkeiten insbesondere zur privaten Finanzierung von Straßenbauvorhaben, die wegen anderweitiger Prioritäten z. Z. durch eine Haushaltsfinanzierung nicht realisiert werden können, im Wege der Privatfinanzierung zu verwirklichen. (...) Der Gesetzesentwurf hat auf die Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte keinen Einfluss.“ (BT-Drs. 12/6884, S. 5 – Hervorhebung diesseits)

Das FStrPrivFinG hat die mit dem Übergang der Finanzierungslast auf einen Privaten eigentlich einhergehende „Entlastung“ des Staates allerdings nicht strikt umgesetzt. Gewährt der Straßenbaulastträger anlässlich der Etablierung des Nutzerfinanzierungsregimes dem Privaten eine Anschubfinanzierung, so ist das als systemkonforme Maßnahme zur Herstellung von tragfähigen Refinanzierungsbedingungen anzusehen, welche von § 3 Abs. 3 Satz 8 FStrPrivFinG ausdrücklich vorgesehen ist. Dem zuständigen Straßenbaulastträger steht es im Rahmen des Gesetzeszwecks überdies frei, mit dem Privaten neben der Überlassung des Mautaufkommens und einer Anschubfinanzierung auch ein an Tragfähigkeitsgesichtspunkten orientiertes „Paket“ an sonstigen notwendigen Ergänzungsleistungen zu vereinbaren, bevor er dem Privaten anschließend Bau, Erhaltung, Betrieb sowie (andauernde) Finanzierung zur Ausführung überträgt, dieses dann allerdings unter Abschirmung des Haushalts vor Inanspruchnahmen, welche nicht schon im Konzessionsvertrag angelegt sind (z. B. im Hinblick auf unvorhersehbare Mehrkosten),

zu den damit angesprochenen Maßnahmen einer gezielten Risikointervention vor Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung zur Ausführung siehe Sachstandsbericht F-Modell, Schlussbericht, BMVBS 2006, S. 51 ff.

- (ii) Zur Einordnung staatlicher Finanzierungsgarantien nach dänischem Vorbild aus Sicht des im FStPrivFinG geregelten F-Modells

Die Besonderheit des dänischen Modells besteht nun allerdings darin, dass es zu einer effektiven Inanspruchnahme des Haushalts gar nicht kommen soll. Der dänische Staat bleibt in die Refinanzierung der realisierten Querungsvorhaben zwar insoweit involviert, als er im Falle etwa notwendiger Nachfinanzierungen der betreffenden Projektgesellschaft deren zusätzlich aufzunehmende Kredite oder Darlehen garantiert. Jedoch soll der dänische Staat in Unterdeckungssituationen nach hiesigem Modellverständnis keine Haushaltsmittel zur Verfügung stellen. Die mit der Straßenbaulast belastete Projektgesellschaft soll insoweit auch nicht durch Zahlungen des dänischen Staates von ihren Zahlungsverpflichtungen befreit werden, sondern hat die für das betreffende Querungsvorhaben veranlassten und finanzierten Investitionskosten vollständig aus Mauterlösen zu refinanzieren. Dabei wirken die staatlichen Garantien „als Schutzschirm“, unter dem die staatliche Projektgesellschaft ihre Zahlungsfähigkeit zwar dauerhaft sicherstellen kann und unter dem die Refinanzierungszeit für das Vorhaben notfalls auch sehr langwierige Zeiträume in Anspruch nehmen kann, die auf der Grundlage eines Konzessionsmodells mit Privatfinanzierung in der Regel nicht darstellbar sein dürften. Fraglich ist, ob ein derartiger „Schutzschirm“ nach Sinn und Zweck des FStrPrivFinG noch als zulässiges Mittel der Risikointervention zugunsten tragfähiger Refinanzierungsbedingungen angesehen werden kann.

Zu den zulässigen Formen einer Risikointervention des ordentlichen Straßenbaulastträgers vor Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung auf einen Privaten zur Ausführung zählt der Sachstandsbericht zum F-Modell flexibilisierte Konzessionslaufzeiten, die der technischen Nutzungsdauer des Bauwerks entsprechen, sowie die projektindividuelle Ausgestaltung und Bereitstellung tragfähigkeitsschaffender Ergänzungsfinanzierungen des Straßenbaulastträgers, sei es in Form von Anschubfinanzierungen oder in Form von Unterdeckungsreserven, die – in vor Konzessionsvergabe festgelegter Höhe - während der Projektlaufzeit bereitgestellt werden,

*Sachstandsbericht F-Modell, Schlussbericht, BMVBS
2006, S. 52 f., 58.*

Generell bezwecken als tragfähigkeitsfördernd festgestellte Maßnahmen der Risikointervention dabei die Herstellung wirtschaftlich tragfähiger Realisierungsvoraussetzungen vor Übergang der Finanzierungsverantwortung auf den Privaten. Nachdem bestimmte Interventionsmaßnahmen unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten als wirtschaftlich und zweckmäßig beurteilt wurden, etwa um dadurch die Verkehrswirksamkeit eines Vorhabens sicherzustellen, wird die Sachfinanzierungsverantwortung des ordentlichen Straßenbaulastträgers mit Übertragung der baulastspezifischen Finanzierungsverantwortung auf den Privaten (zur Ausführung) dann allerdings durch die spezielle Benutzerfinanzierung nach dem FStrPrivFinG ersetzt,

*Sachstandsbericht F-Modell, Schlussbericht, BMVBS
2006, S. 51 f.*

Wendet man diese Maßstäbe auf das Versprechen des Staates an, dem künftigen Träger der Finanzierungslast nach dessen Bedarf Kreditgarantien bereitzustellen, so ist zunächst festzustellen, dass sich aus Sicht des Straßenbaulastträgers im Einzelfall selbst diese Zusage als zweckmäßig erweisen mag. Das wird etwa dann anzunehmen sein, wenn sich auf andere Weise kein tragfähiges Refinanzierungsmodell für das betreffende Que rungsvorhaben darstellen bzw. wenn sich die angestrebte Verkehrswirksamkeit des Vorhabens erst durch derartige Garantiever sprechen sicherstellen lässt. Jedenfalls wenn eine tatsächliche Inanspruchnahme des Haushalts während der Projektlaufzeit ausgeschlossen und in diesem Sinne gewährleistet ist, dass nach Bereitstellung einer Anschubfinanzierung keine weiteren Haushaltsmittel mehr in das Projekt fließen, könnten entsprechende Garantien unter dem Blickwinkel „Risikointervention“ möglicherweise auch noch als zulässige Maßnahmen angesehen werden.

Die Vereinbarkeit eines pauschalen Kreditgarantiever sprechens mit dem FStrPrivFinG dürfte dann allerdings daran scheitern, dass bei einer so weitreichenden Risikoabsicherung durch den Staat faktisch kein privates Eigenkapital mehr notwendig ist, welches Haftungs- und Ausfallfunktion übernimmt. Auf die Bereitstellung privaten Haftungskapitals und die Übernahme entsprechender Ausfallrisiken stellt das FStrPrivFinG aber gerade ab. Das zeigt sich daran, dass mit der Mautgebühr auch kalkulatorische Kosten auf die Nutzer umgelegt werden dürfen, wozu neben den Abschreibungen die Eigenkapitalverzinsung gehört (vgl. § 3 Abs. 3 Sätze 2 und 5 FStrPrivFinG). Letztere umfasst dabei auch einen dem jeweiligen unter-

nehmerischen Risiko angemessenen Risikozuschlag auf das eingesetzte Eigenkapital (§ 3 Abs. 4). Die Übernahme und Absorption von Projekt- und Refinanzierungsrisiken gerade durch *privates* Haftungskapital dürfte damit ein weiterer Kern des im Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz geregelten F-Modells sein, der dem Rechtsanwender nicht zur Disposition steht. Würden dem Privaten so weitreichende Garantien gewährt, dass er das Vorhaben faktisch ohne eigene Risiken und somit ohne haftendes Eigenkapital durchführen kann, so wäre dies aller Voraussicht nach nicht mehr mit dem FStrPrivFinG zu vereinbaren, selbst wenn sich die Bereitstellung eines „Schutzschirms“ dabei für sich genommen noch als zweckmäßige Maßnahme der Risikointervention des ordentlichen Straßenbaulasträgers rechtfertigen lassen mag.

2.2 Zwischenergebnis

Die nach dem derzeitigen Gesetzestext gegebene tatbestandliche Konzentration des FStrPrivFinG auf einen *Privaten* steht der Realisierung der WEQ als „staatsgarantiertes F-Modell“ mit einer staatlichen Realisierungs- und Projektgesellschaft nach dänischem Vorbild entgegen. Eine vollständige Risikoübernahme durch den Staat im Wege eines pauschalen Kreditgarantieversprechens löst zudem Zweifel an der Vereinbarkeit einer solchen Gestaltung mit der vom FStrPrivFinG vorausgesetzten Rolle des Privaten als Risikoträger aus. Das FStrPrivFinG taugt *de lege lata* somit nicht für eine Umsetzung der WEQ nach dem dänischen Modell.

3. Schaffung einer „neuen“ Rechtsgrundlage zur Erhebung einer Nutzermaut durch eine staatliche Gesellschaft

Da eine Umsetzung des dänischen Modells im derzeit bestehenden Rechtsrahmen aufgrund der zuvor dargestellten Erwägungen und rechtlichen Risiken nicht ratsam erscheint, ist die Frage zu beantworten, ob und wie das dänische Modell durch Schaffung einer neuen Rechtsgrundlage für die WEQ Anwendung finden könnte.

3.1 Auswahl des Belastungskonzeptes durch den zwecksetzungskompetenten Gesetzgeber

Sofern der Gesetzgeber Abgaben auf die Benutzung öffentlicher Straßen erheben möchte, ist er grundsätzlich frei in der Auswahl bzw. Gestaltung des Abgabetatbestandes. Restriktionen folgen im Bereich der Belastung von Straßen mit Abgaben aus 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, zuletzt geändert durch Art. 1 der ÄndRL 2013/22/EU vom 13. Mai 2013 (nachfolgend „Wegekostenrichtlinie“) sowie im nationalen Recht aus den finanzverfassungsrechtlichen Maßgaben zur Umsetzung des vom Gesetzgeber konkret intendierten Belastungstatbestandes.

3.2 Maßgaben der Wegekostenrichtlinie

Der sachliche Anwendungsbereich der Wegekostenrichtlinie ist für die WEQ eröffnet. Die WEQ gehört im Falle ihrer Realisierung zum Autobahnnetz der Bundesrepublik Deutschland, auf dem nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Wegekostenrichtlinie Maut- und/oder Benutzungsgebühren jedenfalls erhoben werden dürfen. Soweit für die WEQ und für vergleichbare Querungsvorhaben der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist, gelten die Regelungen der Richtlinie allerdings nur, soweit Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht ab 3,5 t betroffen sind [vgl. Art. 2 lit. d)]. Das schließt eine Erstreckung von nach der Wegekostenrichtlinie zulässigen Belastungssystemen auf Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von weniger als 3,5 t aber nicht aus.

Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 2 der Wegekostenrichtlinie kann ein Mitgliedstaat, der auf seinem Straßennetz eine Benutzungsgebühr erhebt, auch Mautgebühren für die Benutzung von Brücken, Tunneln und Gebirgspässen erheben. Diese Norm ist im Zusammenhang zu sehen mit der Vorgabe, dass Mitgliedstaaten an sich für eine von der Wegekostenrichtlinie erfasste Fahrzeugklasse nicht gleichzeitig Maut- und Benutzungsgebühren für ein und denselben Straßenabschnitt erheben dürfen (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 der Wegekostenrichtlinie). Für Brücken, Tunnel und Gebirgspässe gilt insoweit die erwähnte Ausnahme. Hinsichtlich der hier zu prüfenden Frage, ob für Brücken, Tunnel oder Gebirgspässe und damit auch für die WEQ überhaupt ein spezifisches Kostenanlastungsregime geschaffen werden könnte, ergibt sich aus der Wegekostenrichtlinie insoweit somit keine Sperrwirkung.

Was die konkrete Ausgestaltung des Kostenanlastungsregimes anbetrifft, so ist der zuständige Gesetzgeber durch die Wegekostenrichtlinie jedoch auf die Erhebung von „Mautgebühren“ verwiesen. Mautgebühren sind nach Art. 2 lit. b) der Wegekostenrichtlinie für eine Fahrt eines Fahrzeugs auf einem bestimmten Verkehrsweg zu leistende Zahlungen, deren Höhe sich nach der zurückgelegten Wegstrecke und dem Fahrzeugtyp richtet und die eine Infrastrukturgebühr und/oder eine Gebühr für externe Kosten beinhaltet.

ten. Dabei bezeichnet „Infrastrukturgebühr“ eine Abgabe zur Anlastung der infrastrukturbezogenen Bau-, Instandhaltungs-, Betriebs- und Ausbaurkosten, die einem Mitgliedstaat entstehen [vgl. Art. 2 lit. b) ba) der Wegekostenrichtlinie], und „Gebühr für externe Kosten“ eine Abgabe zur Anlastung der Kosten, die einem Mitgliedstaat durch verkehrsbedingte Luftverschmutzung und/oder Lärmbelastung entstehen [vgl. Art. 2 lit. b) bb) der Wegekostenrichtlinie].

Sofern es im Zusammenhang mit der WEQ darum geht, den künftigen Nutzern der WEQ die Kosten für Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung des Querungsvorhabens *vollständig* anzulasten, so ist die Mautgebühr als Infrastrukturgebühr im Sinne der Wegekostenrichtlinie somit ein geeignetes Instrument, auf das der Gesetzgeber zugreifen könnte. Dies ergibt sich zusammenfassend aus der Zweckbestimmung der Infrastrukturgebühr, die in Art. 7b Abs. 1 der Wegekostenrichtlinie wie folgt niedergelegt ist:

„Die Infrastrukturgebühren beruhen auf dem Grundsatz der Anlastung von Infrastrukturkosten. Die gewogenen durchschnittlichen Infrastrukturgebühren müssen sich an den Baukosten und den Kosten für Betrieb, Instandhaltung und Ausbau des betreffenden Verkehrswegeetzes orientieren. Die gewogenen durchschnittlichen Infrastrukturgebühren können auch eine Kapitalverzinsung und/oder eine Gewinnmarge zu Marktbedingungen umfassen.“

Ein in der Sache gleichartiges Kostenanlastungssystem regelt in Bezug auf die Projektstrecken von Tunneln, Brücken oder Gebirgspässen im nationalen Recht bereits das FStrPrivFinG. Nach dessen § 3 Abs. 2 Satz 1 richten sich die Mautgebühren nach den Kosten für Bau, Erhaltung, Betrieb und weiteren Ausbau der jeweiligen Strecke. Würde der Gesetzgeber für die WEQ ein Kostenanlastungsregime etablieren wollen, dass auf die Refinanzierung der *vollständigen* Kosten für Bau, Betrieb, Instandhaltung und Ausbau abzielt, so könnte er sich insoweit auf den Typus Infrastrukturgebühr gem. Art. 2 lit. b) in Verbindung mit Art. 7 b Abs. 1 der Wegekostenrichtlinie berufen.

Der Typus Infrastrukturgebühr könnte vom Gesetzgeber im Übrigen auch dann gewählt werden, wenn nicht die *vollständige* Refinanzierung der Querungskosten für Bau, Instandhaltung und Betrieb angestrebt wird, sondern durch die Mautgebühr nur eine Teilkostendeckung erzielt werden soll. Dieses ergibt sich aus Art. 7b Abs. 2 der Wegekostenrichtlinie, der wie folgt lautet:

„Die berücksichtigten Kosten müssen sich auf das Netz oder den Teil des Netzes, auf dem Infrastrukturgebühren erhoben werden, und auf die gebührenpflichtigen Fahrzeuge beziehen. Die Mitgliedstaaten können beschließen, nur einen Prozentsatz dieser Kosten anzulasten.“

Der Gesetzgeber hat sonach die Wahl, Infrastrukturgebühren als vollkostendeckende Gebühren oder alternativ auch nur als teilkostendeckende Gebühren zu regeln. Das F-Modell dient in Deutschland derzeit der Refinanzierung der mit einem Querungsvorhaben verbundenen Kosten des Baus, der Erhaltung, des Betriebs, und der Finanzierung auf Vollkostenbasis, weshalb aus Sicht des Straßenbaulastträgers das dem Privaten einmal überantwortete Projekt dann folgerichtig auch den Charakter einer sog. kostenrechnenden Einrichtung bekommt. Diese Festlegung ist aber ausweislich von Art. 7b Abs. 2 der Wegekostenrichtlinie nicht zwingend, vielmehr könnte der Straßenbaulastträger unter Hinweis auf bestimmte Zweckmäßigkeitserwägungen auch eine Infrastrukturgebühr erheben, die lediglich Teilkosten refinanziert. Da Art. 7 Abs. 2 Satz 2 der Wegekostenrichtlinie für Brücken, Tunnel und Querungsvorhaben pauschal die Erhebung von Mautgebühren zulässt, die Definition der Infrastrukturgebühr, welche Bestandteil der Mautgebühr ist, aber keinen Unterschied dahingehend macht, ob die Gebühr für ein (Teil-)Netz oder für ein Sonderbauwerk erhoben wird, ist davon auszugehen, dass Teilkostenregime nach der Wegekostenrichtlinie auch für Brücken, Tunnel und Gebirgspässe zulässig sind.

Gestaltungsspielräume belässt die Wegekostenrichtlinie dem nationalen Gesetzgeber auch hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung des Gebührenregimes im Hinblick auf die Frage, ob Infrastrukturen – wie vom FStrPrivFinG derzeit vorgesehen – jeweils nur von einem privaten Konzessionsnehmer erhoben werden dürfen oder auch durch eine staatliche Einheit. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass die Wegekostenrichtlinie den Typus Mautgebühr bzw. Infrastrukturgebühr für Tunnel zwingend mit einer privatwirtschaftlichen Realisierungsform verbindet. Das zeigt sich zunächst daran, dass Art. 7 b Abs. 1 Satz 3 vorsieht, dass bei der Bemessung der Infrastrukturgebühren auch eine Kapitalverzinsung und/oder eine Gewinnmarge zu Marktbedingungen berücksichtigt werden *kann*. Dem dürfte zu entnehmen sein, dass der Kalkulationstatbestand „Kapitalverzinsung/Gewinnmarge“ bei der Bemessung der Mautgebühr nicht zwingend in Ansatz zu bringen ist, sondern nur dann, wenn das zugrunde liegende Realisierungsmodell den Ansatz dieses Kalkulationsbestandteiles nahelegt bzw. erfordert. Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn sich ein Mit-

gliedstaat gem. Art. 7h Abs. 1 lit. b) der Wegekostenrichtlinie dazu entschließt, Mautsysteme mit sog. konzessionsgebundenen Mautgebühren zu etablieren [vgl. auch Art. 2 lit. h) der Wegekostenrichtlinie]. In diesem Fall hat der betreffende Mitgliedstaat der Kommission spätestens 6 Monate vor dem Einsatz eines neuen Infrastrukturgebührensystems die Konzessionsverträge sowie ein sog. Basismodell zu übermitteln, in dem u. a. eine Schätzung der im Rahmen der Konzession zu erwartenden Infrastrukturkosten gem. Art. 7b Abs. 1, das prognostizierte Verkehrsaufkommen, aufgeschlüsselt nach Fahrzeugtypen, und die vorgesehene Höhe der Mautgebühren abzubilden sind. Für den Fall der in Art. 7h Abs. 1 lit. a) geregelten Mautsysteme *ohne* konzessionsgebundene Mautgebühren sind hingegen der Kommission lediglich zu melden eindeutige Angaben zu den vom Mautsystem erfassten Fahrzeugen sowie zur Ausdehnung des Netzes bzw. der Strecke sowie die Parameter, die zur Berechnung der verschiedenen Infrastrukturkostenbestandteile herangezogen werden.

Aus dem geschilderten Normenkomplex geht zusammenfassend hervor, dass die Mitgliedstaaten nach der Wegekostenrichtlinie über Gestaltungsspielräume dahingehend verfügen, ob sie ein Infrastrukturgebührenregime auf Basis eines konzessionsgebundenen Systems durch Private etablieren lassen oder auf Basis nichtkonzessionsgebundener Mautgebührensyste-me durch staatliche Einheiten. Damit lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass der deutsche Gesetzgeber durch die Wegekostenrichtlinie keinen Einschränkungen unterworfen wäre, würde er sich entscheiden, für die WEQ ein Kostenanlastungs- und Refinanzierungsregime nach dem dänischen Vorbild zu schaffen und hierbei eine staatliche Realisierungs- und Betriebs-gesellschaft anstelle eines Privaten vorzusehen.

3.3 Verfassungskonforme Umsetzung des Kostenanlastungsmechanismus nach nationalem Recht

Macht der deutsche Gesetzgeber von dem durch die Wegekostenrichtlinie eröffneten Spielraum Gebrauch, so unterliegt er in der Umsetzung des Anlastungskonzeptes dem einschlägigen Verfassungs- und einfachen Recht. Diesbezüglich können an dieser Stelle nicht sämtliche rechtlichen Maßstäbe vorgetragen und geprüft werden, die ein etwaiges Gesetz zu erfüllen hätte. Nachfolgend äußern wir uns jedoch zur Frage der Zuständigkeit zum Erlass eines entsprechenden Gesetzes sowie – nicht abschließend – zu dessen materiellen Eckpunkten.

3.3.1 Gesetzgebungszuständigkeit

Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht (Art. 70 GG). Sachlich einschlägig für den Erlass von Gesetzen betreffend die Erhebung von Abgaben für die Benutzung öffentlicher Straßen ist der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 2 Nr. 22 GG („*Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen*“). Dieser Kompetenztitel ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung, bei der die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur haben, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Unter anderem hinsichtlich des hier einschlägigen Kompetenztitels „*Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen*“ bestimmt des Weiteren Art. 72 Abs. 2 GG, dass der Bund das Gesetzgebungsrecht innehat, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Nach diesen Maßstäben liegt das Gesetzgebungsrecht für ein neu zu schaffendes Gesetz betreffend die Erhebung von nicht konzessionsgebundenen Mautgebühren an Brücken, Tunneln und Gebirgspässen beim Bund. Dieser hat u. a. durch das BFStrMG und das FStrPrivFinG in der Vergangenheit bereits mehrfach von dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG Gebrauch gemacht. Bereits bei isolierter Betrachtung dieser Gesetze bestehen gute Gründe für die Annahme, dass der Bund durch die Regelungen zur Lkw-Maut und zur Mautgebühr nach dem F-Modell dabei erschöpfend von der Materie „*Erhebung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen*“ Gebrauch gemacht hat. Dass sich für die Belastung der Nutzung öffentlicher Straßen mit Abgaben ausweislich der Wegekostenrichtlinie auch noch andere als die bisher etablierten Kostenanlastungssysteme regeln lassen, ändert an diesem Befund im Ergebnis nichts. Dass der Bundesgesetzgeber insonderheit die Möglichkeit der Erhebung der hier in Rede stehenden nicht konzessionsgebundenen Mautgebühren für Sonderbauwerke auf Bundesautobahnen bisher noch nicht wahrgenommen hat, hindert weder die Annahme eines bisher schon erschöpfenden Gebrauchmachens von dem hier einschlägigen Kompetenztitel, noch wird insoweit eine Länderzuständigkeit eröffnet. Denn einer bundesgesetzlichen Regelung bedarf es jedenfalls, um einen ansons-

ten zu befürchtenden Zustand der Rechtszersplitterung zu vermeiden (Art. 72 Abs. 2 GG). Auf diese Vorschrift hat sich der Bund z. B. auch im Zusammenhang mit Erlass des FStrPrivFinG gestützt.

Eine Landeskompetenz zum Erlass eines entsprechenden Gesetzes ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG. Hiernach bedarf die Erhebung von Gebühren für den Gemeingebrauch von Bundesfernstraßen einer besonderen gesetzlichen Regelung. Mit diesem Gesetzesvorbehalt eröffnet das FStrG den Ländern im Ergebnis auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungskompetenz an Bundesfernstraßen (Auftragsverwaltung) eine entsprechende Gebührenerhebungskompetenz. Ebenso wenig hat der Bund in Gestalt von § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG hinsichtlich der Erhebung von Gebühren für dem Gemeingebrauch gewidmete Straßen eine Öffnungsklausel zugunsten einer ausnahmsweisen Gesetzgebungskompetenz der Länder begründet. Das wird u. a. daran deutlich, wie der Bund in der fraglichen Materie „*Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen*“ seine Gesetzgebungszuständigkeit selbst begründet. So heißt es in der Gesetzesbegründung zum FStrPrivFinÄndG 2002:

„Zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit sowie zur Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse ist eine einheitliche Regelung für die mautgebührenpflichtige Nutzung der Strecken erforderlich. Bundesweit gleiche Bedingungen für die Erteilung von Konzessionen an Private sowie eine bundegesetzliche Verankerung der Refinanzierungsmöglichkeiten des Privaten gewährleisten einheitliche Lebensverhältnisse. (...) Da privat finanzierte Strecken auch landesgrenzenübergreifend denkbar sind, ist eine bundeseinheitliche Regelung sachgerecht“ (BT-Drs. 14/8447, Seite 9 – Hervorhebung diesseits).

Zuständig zum Erlass eines Gesetzes betreffend die Erhebung von nicht konzessionsgebundenen Mautgebühren an Brücken, Tunneln und Gebirgspässen wäre im Ergebnis somit der Bund.

3.3.2 Materielle Eckpunkte der Abgabenerhebung

Machte der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch, so wäre zunächst zu entscheiden, ob er eine nicht konzessionsgebundene Mautgebühr für Sonderbauwerke auf Bundesautobahnen in einem neuen Fachgesetz regelt oder „lediglich“ in einem (weiteren) FStrPrivFinÄndG. Hierzu ist festzustellen, dass eine bloße „Umetikettierung“ des vom FStrPrivFinG vorausgesetzten „Privaten“ in eine „auch öffentlich beherrschte Einheit“ vo-

raussichtlich nicht nur auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen würde (s. o.), sondern auch dem besonderen Regelungsbedürfnis für nicht konzessionsgebundene Mautgebühren nicht gerecht werden könnte. Während z. B. eine Anschubfinanzierung auch im Falle nicht konzessionsgebundener Mautgebühren je nach Ausgestaltung des diesem Gebührentypus zugrunde zu legenden Organisationsmodells sachlich noch zweckmäßig sein mag,

vgl. in diesem Sinne auch Art. 7b Abs. 2 Satz 2 der Wegkostenrichtlinie,

erweisen sich die im FStrPrivFinG derzeit enthaltenen Regelungen zur Eigenkapitalverzinsung für nicht konzessionsgebundene Mautsysteme möglicherweise als sachfremd. In der Folge wäre der Komplex kalkulatorische Kosten für den Typus „nicht konzessionsgebundene Mautgebühr“ somit ggf. abweichend von den für den Typus „konzessionsgebundene Mautgebühr“ bestehenden Bestimmungen zu regeln. Ob und in welcher Hinsicht sich die Kostenanlastung für beide Gebührentypen auch im Übrigen nach unterschiedlichen Maßgaben zu richten hätte, z. B. im Hinblick auf etwaige Endchaftsregelungen, wäre im Einzelnen zu prüfen. Entsprechendes gilt für die Frage, ob es für den Typus „nicht konzessionsgebundene Mautgebühr“ einer Beleihung der staatlichen Realisierungs- und Betriebsgesellschaft mit dem Recht zur Mauterhebung bedarf, wie diese Beleihung ggf. zu gestalten ist oder ob die betreffende Einheit bereits kraft ihres Rechtsstatus Hoheitsrechte einschließlich des Rechtes zur Mauterhebung innehat. Weitere Ausgestaltungsoptionen für nicht konzessionsgebundene Mautsysteme wären ebenfalls zu prüfen, so etwa die Frage, ob unter der Modellvariante „staatliche Realisierungs- und Betriebsgesellschaft“ ein Organisationsmodell möglich ist, bei dem sich die Gesellschaft operativ vor allem auf die Finanzierungsfunktion konzentriert, während sie mit den Aufgaben Bau und Erhaltung sowie ggf. auch Betrieb und Mauterhebung einen privaten Betreiber beauftragt (z. B. auf der Grundlage eines Verfügbarkeitsmodells).

Aus heutiger Sicht scheint es unter Berücksichtigung derartiger Überlegungen als eher unwahrscheinlich, dass die Schaffung einer Rechtsgrundlage zur Umsetzung des dänischen Modells mit nur kleinen Änderungen am FStrPrivFinG gemacht sein wird. Zumindest empfehlenswert erscheint die Aufnahme eines besonderen Titels für „nicht konzessionsgebundene Mautgebühren“ in das Gesetz, dem ein Titel mit Regelungen für „konzessionsgebundene Mautgebühren“ vorangestellt sein könnte. Einzelheiten zur Gesetzes- und Regelungskonzeption sind dem Gesetzgeber vorbehalten.

Seine Zwecksetzungskompetenz hätte der Bundesgesetzgeber ferner im Hinblick auf die Frage auszuüben, ob er sowohl die konzessionsgebundene als auch die nicht konzessionsgebundene Mautgebühr für Sonderbauwerke wie die WEQ auf Vollkostenbasis oder auf Teilkostenbasis erhebt. Sofern sich der Gesetzgeber für den Typus nicht konzessionsgebundene Mautgebühr am bisherigen F-Modell orientiert und auch hier – nach Gewährung einer etwaigen „Anschubfinanzierung“ bzw. nach Zurückbehalten von Teilkosten im Haushalt (s. o.) – eine im Übrigen vollständige außersteuerliche Kostenanlastung beim Nutzer anstrebt, so wäre insbesondere sicherzustellen, dass das Gesetz hinreichend konkrete Regelungen zur Ausstattung der staatlichen Einheit mit „comfort“ enthält. Zur notwendigen finanzverfassungsrechtlichen Rechtfertigung der nicht konzessionsgebundenen Mautgebühr als sog. Sachkompetenzabgabe wäre es nämlich sachdienlich, wenn die innere Rechtfertigung der außersteuerlichen Abgabebelastung auch in dieser Gestaltung darauf gestützt werden könnte, dass der ordentliche Baulastträger und mithin der allgemeine Staatshaushalt fortan nicht mehr mit den Finanzierungslasten des Vorhabens belastet wird, sondern nur noch die Funktion des „Schutzschirms“ (s. o.) übernimmt. Angesprochen sind hier Fragen der Übertragung der Straßenbaulast für das betreffende Querungsvorhaben auf die in Rede stehende staatliche Einheit in der Weise, dass die Sachfinanzierungsverantwortung des ordentlichen Straßenbaulastträgers ersetzt wird (s. o.). Dieses bereits dem F-Modell zugrunde liegende Konstruktionsprinzip wäre zur Abschirmung der nicht konzessionsgebundenen Mautgebühr vor finanzverfassungsrechtlichen Bedenken zu übertragen, wobei Einzelheiten zu prüfen wären. Generell ist die Begründung von Sonderbaulasten aber in der Tat nicht nur für Private denkbar, sondern auch zwischen unterschiedlichen Gebietskörperschaften,

vgl. Tegtbauer, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, Kapitel 15, Rn. 7.2.

Sofern die Straßenbaulast für die WEQ, zumindest aber die Finanzierungslast für deren Bau, Erhaltung und Betrieb auf eine staatliche Einheit übertragen werden sollte, wäre sicherzustellen, dass die gleichzeitige Gewährung staatlicher Kreditgaranzien mit dieser Gestaltung vereinbar ist. In diesem Zusammenhang wären auch beihilfenrechtliche Maßgaben zu berücksichtigen.

Zu regeln wären in dem Gesetz ferner die Maßgaben, unter denen die staatliche Realisierungs- und Betriebsgesellschaft zur Aufnahme von Krediten befugt ist (z. B. Zustimmungsvorbehalt des Bundesfinanzministers im Einzelfall ja/nein, Regelungen zur Schuldenverwaltung). In diesem Zu-

sammenhang ist bereits heute darauf hinzuweisen, dass sich die haushaltsrechtliche „Staatsferne“ von Kreditaufnahmen einer staatlichen Realisierungs- und Betriebsgesellschaft nach deutschem Haushaltsrecht – bei hier nur möglicher kursorischer Betrachtung – als eher problematisch erweisen dürfte. Die von dieser Einheit aufgenommenen Kredite dürften daher dem Haushalt derjenigen Gebietskörperschaft zuzurechnen sein, welche die Gesellschaft kontrolliert. Würde das zu erlassende Bundesgesetz etwa das Land Schleswig-Holstein bzw. dessen Oberste Landesstraßenbaubehörde dazu ermächtigen, eine Realisierungs- und Betriebsgesellschaft für die WEQ zu gründen, so wären die von dieser Gesellschaft (Anstalt) aufgenommenen Kredite grundsätzlich dem Landeshaushalt zuzurechnen, wenn nicht die Ausstattung der Einheit mit Kreditgaranzien durch den für die Zweckausgaben der Querung finanzierungszuständigen Bund (Art. 104a Abs. 2 GG) letztlich eine Zurechnung zum Bundeshaushalt rechtfertigt bzw. erzwingt. Die Verwaltungs- bzw. Wahrnehmungskompetenz des Landes Schleswig-Holstein im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung der Bundesfernstraßen einerseits und die Finanzierungskompetenz des Bundes für Bundesfernstraßen andererseits wären bei der konkreten Ausgestaltung des Organisationsmodells, welches einer nicht konzessionsgebundenen Mautgebühr zugrunde liegen kann, zu berücksichtigen.

Ob aufgenommene Kreditmittel unter dem Gesichtspunkt der sog. Maastricht-Kriterien dem Gesamtstaat Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen wären oder aber „*off-balance*“ (im Unternehmenssektor) erfasst werden könnten („Maastrichtneutralität“), wäre zu prüfen.

4. Ergebnis

Als Alternative zur konzessionsgebundenen Mautgebühr nach dem F-Modell (FStrPrivFinG) sieht die Wegekostenrichtlinie die Möglichkeit der Erhebung von nicht konzessionsgebundenen Mautgebühren vor, auf deren Grundlage sich im Grundsatz auch das dänische Modell realisieren ließe. Sofern der deutsche Gesetzgeber zur Erhebung nicht konzessionsgebundener Mautgebühren für Querungsvorhaben eine gesetzliche Grundlage schafft, könnten auf dieser Grundlage – unter Einschaltung einer staatlichen Realisierungs- und Betriebsgesellschaft bei gleichzeitiger Erschließung haushaltsexterner Mittel (Nutzermaut) – auch die WEQ oder vergleichbare Vorhaben realisiert werden.