



Bericht

an den
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages

nach § 88 Abs. 2 BHO

zur Verschmelzung der Deutsche Einheit Fernstraßen-
planungs- und -bau GmbH auf die Autobahn GmbH
des Bundes

Dieser Bericht enthält das vom Bundesrechnungshof abschließend im Sinne
des § 96 Abs. 4 BHO festgestellte Prüfungsergebnis. Er ist auf der
Internetseite des Bundesrechnungshofes veröffentlicht
(www.bundesrechnungshof.de)

Gz.: V 5 - 2018 - 1129

Bonn, den 25. Juni 2020

Inhaltsverzeichnis

0	Zusammenfassung	3
1	Vorbemerkung	6
1.1	Anlass des Berichts	6
1.2	Begleitung der Reform durch den Bundesrechnungshof	6
2	Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH	7
2.1	Bisherige Aufgaben der DEGES	7
2.2	Auswirkungen der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung auf die Beteiligung des Bundes an der DEGES	8
3	Planungen des BMVI zu einer Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH	9
3.1	Verstoß gegen die Aufgabentrennung von Bund und Ländern	10
3.2	Verstoß gegen das Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz	11
3.3	Verstoß gegen das Vergaberecht	12
4	Zusammenfassende Empfehlungen	13

0 Zusammenfassung

Der Bundesrechnungshof begleitet die Umsetzung der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung. Kernstück dieser Reform ist die Umwandlung der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen in Bundesverwaltung bis spätestens zum 31. Dezember 2020. Die Bundesstraßen verbleiben grundsätzlich in der Auftragsverwaltung der Länder.

Der vorliegende Bericht befasst sich mit der beabsichtigten Verschmelzung der „Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH“ (DEGES) auf die „Die Autobahn GmbH des Bundes“ (Autobahn GmbH).

Der Bundesrechnungshof weist mit diesem Bericht auf Probleme und Folgen der geplanten Art und Weise der Verschmelzung hin und gibt Empfehlungen für mögliche Änderungen.

Die Stellungnahmen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) wurden berücksichtigt.

0.1 Vor der Reform der Verwaltung der Bundesfernstraßen planten, bauten und unterhielten die Länder als Auftragsverwaltung Bundesautobahnen und Bundesstraßen. Dem Bund oblag die Rahmenplanung, die Finanzierung und die Fachaufsicht über die Länder.

Nach der Reform plant, baut und unterhält ausschließlich der Bund die Bundesautobahnen und bedient sich dafür der Autobahn GmbH. Er kann auch die Bundesstraßen planen, bauen und betreiben, wenn ein Land ihm diese Pflichten überträgt. Ansonsten bleiben die Länder als Auftragsverwaltung dafür verantwortlich. (Nummer 1)

0.2 Zwölf Länder konnten sich über ihre Gesellschafterstellung bislang der DEGES bedienen. Dabei beauftragten sie die DEGES sowohl mit Bundesfernstraßen- als auch mit Landesprojekten. In dieser Gesellschaft sind der Bund und besagte Länder gemeinsam Gesellschafter. Der Bundesrechnungshof hat bereits in der Vergangenheit empfohlen, diese verfassungsrechtlich unzulässige Mischverwaltung aufzulösen. Im Zuge der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung hatte er seine Empfehlung erneuert. Die Länder sollten ihre Beteiligungen an der DEGES auf den Bund übertragen. Der sollte sie dann auf die Autobahn GmbH verschmelzen. Dies hätte den Vorteil, dass das Personal der

DEGES der Autobahn GmbH für die Verwaltung der Bundesautobahnen zur Verfügung stünde. (Nummer 2)

- 0.3 Der Bund plant, die Anteile der Länder an der DEGES zu kaufen und die Gesellschaft anschließend auf die Autobahn GmbH zu verschmelzen. Auf der Grundlage eines Gutachtens geht das BMVI davon aus, dass die Autobahn GmbH die von der DEGES begonnenen Bundesstraßenprojekte der Länder weiterführen darf, auch wenn das jeweilige Land seine Bundesstraßen nicht dem Bund übertragen hat. Dies soll auch für Verkehrsprojekte der Länder gelten, mit denen die DEGES beauftragt wurde. Die Autobahn GmbH würde dann Aufgaben der Auftragsverwaltung der Länder und der Landesverwaltungen übernehmen. Dies widerspräche der vom Grundgesetz vorgegebenen Aufgabentrennung und würde wiederum zu einer unzulässigen Mischverwaltung führen. (Nummer 3.1)
- 0.4 Das BMVI würde sich mit der Art und Weise der geplanten Verschmelzung über die Vorgaben aus dem Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz (InfrGG) hinwegsetzen. Die Übernahme von Planung und Bau für Bundesstraßen, die in der Auftragsverwaltung der Länder verbleiben, gehört nach dem InfrGG nicht zu den Aufgaben der Autobahn GmbH. (Nummer 3.2)
- 0.5 Wenn die Länder ihre Anteile an der DEGES an den Bund verkaufen, endet ihre Gesellschafterstellung. Sie können die DEGES nicht mehr im Wege der In-House-Vergabe beauftragen. Das BMVI sieht dies genauso. Es hat erkannt, dass nach der Rechtsprechung der Wegfall der In-House-Fähigkeit als wesentliche und damit vergabepflichtige Vertragsänderung anzusehen ist. Trotz dieser Erkenntnis stellt das BMVI auf den Einzelfall ab. Für eine solche Einzelfallbetrachtung ist aber kein Raum. Nach der Rechtsprechung ist der Wegfall der In-House-Fähigkeit eine wesentliche Vertragsänderung, die immer eine Ausschreibungspflicht nach sich zieht. Sämtliche Aufträge, die die Länder an die DEGES vergeben haben, wären neu auszuschreiben. Bei Verstößen gegen das Vergaberecht drohen Schadensersatzforderungen. (Nummer 3.3)

- 0.6 Der Bundesrechnungshof hält die Pläne des BMVI für die Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH für verfassungsrechtlich bedenklich und mit dem Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz nicht vereinbar. Eine Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH ist aus seiner Sicht nur dann möglich, wenn die Trennung der Verwaltungszuständigkeiten gewahrt bleibt.

Nur wenn die Länder die Auftragsverwaltung für die Bundesstraßen selbst wahrnehmen können, darf die DEGES auf die Autobahn GmbH verschmolzen werden. Ansonsten müssen die Länder die Übernahme der Bundesstraßen in Bundesverwaltung beantragen.

Erst wenn geklärt ist, ob die Länder selbst verantwortlich bleiben können oder die Bundesstraßen abgeben, darf der Bund die Anteile der Länder an der DEGES kaufen. (Nummer 4)

1 Vorbemerkung

1.1 Anlass des Berichts

Gegenstand der vom Bundestag und Bundesrat beschlossenen Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ist u. a. die Reform der Bundesfernstraßenverwaltung. Kernstück dieser Reform ist die Umwandlung der Auftragsverwaltung für die Bundesautobahnen in Bundesverwaltung bis spätestens zum 31. Dezember 2020. Die Bundesstraßen verbleiben in der Auftragsverwaltung der Länder, es sei denn, ein Land beantragt, die Bundesstraßen in diesem Land ebenfalls in Bundesverwaltung zu übergeben. Bis zum 31. Dezember 2018 musste der Bund einem solchen Antrag zustimmen. Seitdem steht die Zustimmung in seinem Ermessen. Bis zum 31. Dezember 2018 haben die drei Stadtstaaten diesen Antrag gestellt.

Die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen überträgt der Bund einer Gesellschaft privaten Rechts. Hierfür hat er am 13. September 2018 die „Die Autobahn GmbH des Bundes“¹ (Autobahn GmbH) gegründet. Zudem wird am 1. Januar 2021 das Fernstraßen-Bundesamt (FBA)² seine Arbeit aufnehmen. Das FBA nimmt insbesondere hoheitliche Aufgaben wahr, zum Beispiel als Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde in den Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren für den Bau von Bundesautobahnen.

1.2 Begleitung der Reform durch den Bundesrechnungshof

Der Bundesrechnungshof begleitet die Umsetzung der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung. Dazu prüft er während der sogenannten Transformationsphase, wie der Bund den Übergang der Aufgaben und des Personals auf die Autobahn GmbH und das FBA vorbereitet.

Der vorliegende Bericht befasst sich mit der beabsichtigten Verschmelzung der Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH (DEGES) auf die Autobahn GmbH zum 1. Januar 2020.

Diese Verschmelzung ist nicht Gegenstand der von Bundestag und Bundesrat beschlossenen Neuregelung. Gleichwohl hat sie weitreichenden Einfluss auf die

¹ Zunächst lautete der Firmenname „Infrastrukturgesellschaft des Bundes für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen“; Umfirmierung am 17. Januar 2019.

² Das FBA wurde am 1. Oktober 2018 als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur errichtet.

Reform der Bundesfernstraßenverwaltung und damit die Ausgestaltung der Autobahn GmbH. Der Bundesrechnungshof weist mit diesem Bericht auf Probleme und Folgen der Verschmelzung hin und gibt Empfehlungen für mögliche Änderungen. Er hat seine Prüfungserkenntnisse erstmalig am 3. Dezember 2018 in einem Bericht an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zusammengefasst. Die Stellungnahmen des BMVI hat der Bundesrechnungshof zum Anlass genommen, nunmehr dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages zu berichten. Sie sind im vorliegenden Bericht berücksichtigt.

2 Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH

2.1 Bisherige Aufgaben der DEGES

(1) Der Bund und die neuen Länder gründeten nach der Wiedervereinigung die DEGES, da die neuen Länder über keine Straßenbauverwaltungen verfügten, die die anfallenden Aufgaben hätten bewältigen können. Ziel der Bundesregierung war es, die verkehrs- und wirtschaftspolitischen Effekte der Verkehrsprojekte „Deutsche Einheit“ so schnell wie möglich zu realisieren.³ Zunächst waren an der DEGES neben dem Bund die fünf neuen Länder beteiligt. Inzwischen sind noch sieben weitere Länder hinzugekommen. Der Anteil des Bundes an der DEGES beträgt 29,08 %.

Die Verkehrsprojekte „Deutsche Einheit“ sind inzwischen weitestgehend fertiggestellt. Die DEGES führt aber zunehmend andere Bundesautobahn-, Bundesstraßen- und Landesstraßenprojekte für die beteiligten Länder aus. Verantwortlich für die Projektbearbeitung sind die Länder (Artikel 90 Absatz 3 Grundgesetz).

(2) Die gemeinsame Beteiligung von Bund und Ländern an der DEGES ist aus Sicht des Bundesrechnungshofes unzulässig. Er hatte deshalb schon in der Vergangenheit angemahnt, die Beteiligung aufzulösen. Denn Bund und Länder müssen die ihnen durch das Grundgesetz zugewiesenen Aufgaben getrennt, d. h. eigenverantwortlich mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrnehmen (Verbot der Mischverwaltung und -finanzierung, Artikel 30 und 83 sowie 104a Absatz 1 Grundgesetz). Die Aufgaben der

³ Siehe Begründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Fernstraßenbaugesetzes (4. FStrAbÄndG) vom 22. Oktober 1992, Bundestags-Drucksache 12/3480, S. 9.

DEGES zählen zu den Aufgaben der Auftragsverwaltung der Länder (Artikel 90 Absatz 3 Grundgesetz). Es mag dahinstehen, ob in der damaligen Situation aufgrund der Wiedervereinigung eine Beteiligung des Bundes an der DEGES ausnahmsweise zulässig war. Heute fehlt dieser Sachgrund jedenfalls, da die Verkehrsprojekte „Deutsche Einheit“ mittlerweile fast komplett fertiggestellt sind. Eine gemeinsame Beteiligung von Bund und Ländern an der DEGES ist deshalb nicht mehr zu rechtfertigen.

2.2 Auswirkungen der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung auf die Beteiligung des Bundes an der DEGES

(1) Nach der Reform planen, bauen und unterhalten die Länder nur noch Bundesstraßen im Wege der Auftragsverwaltung, wenn sie diese nicht an den Bund übertragen haben. Bundesautobahnen und die übertragenen Bundesstraßen plant, baut und unterhält nun ausschließlich der Bund (Artikel 90 Absatz 2 Satz 1 i. V. m. Artikel 143e Absatz 1 Grundgesetz). Er bedient sich hierfür der Autobahn GmbH. Der Bund tritt für die Bundesautobahnen und die ihm übertragenen Bundesstraßen in die Rechte und Pflichten der bisherigen Auftragsverwaltung ein.

Falls die DEGES unverändert bestehen bliebe, übernehme die Autobahn GmbH die Verträge der Länder mit der DEGES zu den Bundesautobahnen und zu den an den Bund übertragenen Bundesstraßen. Solange die Länder und der Bund weiterhin an der DEGES beteiligt wären, würde damit die Mischverwaltung fortbestehen.

(2) Ein wesentliches Element der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung war die Zusammenführung der Aufgaben- und Ausgabenverantwortung für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung und vermögenswirksame Verwaltung der Bundesautobahnen. Deshalb trennte der Gesetzgeber die Zuständigkeiten für Bundesautobahnen (Bund) und Bundesstraßen (grundsätzlich Länder).

Würde die DEGES unverändert bestehen bleiben, würde sie weiterhin im Auftrag der Länder Bundesstraßen realisieren und im Auftrag des Bundes Autobahnen. Bei gleichzeitig unveränderter Gesellschafterstellung würde also die beabsichtigte Aufgabentrennung nicht vollzogen. Aus diesem Grund kann die DEGES in ihrer bisherigen Organisation nicht mehr bestehen bleiben. Der Bundesrechnungshof hatte bereits im Mai 2017 vorgeschlagen, der Bund solle die

Anteile der Länder an der DEGES kaufen und diese anschließend auf die Autobahn GmbH verschmelzen.⁴

Mit dieser Lösung wäre auch sichergestellt, dass das Personal der DEGES der Autobahn GmbH für die Verwaltung der Bundesautobahnen zur Verfügung stünde.

Das BMVI als Vertreter des Bundes in den Gesellschaften DEGES und Autobahn GmbH hat Ende 2018 beschlossen, den Empfehlungen des Bundesrechnungshofes zur Verschmelzung der DEGES grundsätzlich zu folgen.

3 Planungen des BMVI zu einer Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH

Der Bund will die Länderanteile an der DEGES übernehmen und anschließend die DEGES rückwirkend zum 1. Januar 2020 auf die Autobahn GmbH verschmelzen. Die dafür benötigten Haushaltsmittel im Kapitel 1201 Titel 831 02 hat der Gesetzgeber im Bundeshaushalt 2020 qualifiziert gesperrt. Eine notwendige Bedingung für die Aufhebung der Sperre ist die Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) nach § 65 Absatz 2 Satz 1 BHO zu den Anteilskäufen. Das BMVI hat daher mit Antrag vom 1. Oktober 2019 das BMF gebeten, seine Einwilligung zu erteilen, um u. a.

- einen Anteilskauf- und Abtretungsvertrag zum Erwerb der Gesellschaftsanteile der Länder an der DEGES durch den Bund abzuschließen und
- anschließend die Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH des Bundes umzusetzen.

Die an der DEGES beteiligten Länder (bis auf Hamburg) haben keinen Antrag auf Übernahme der Bundesstraßen in Bundesverwaltung gestellt. Sie müssen daher nach dem Verkauf ihrer Anteile an den Bund die Auftragsverwaltung ohne die DEGES sicherstellen.

Der Bundesrechnungshof sieht die Art und Weise der beabsichtigten Verschmelzung kritisch.

⁴ Bericht an den Rechnungsprüfungsausschuss des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages zu Beteiligungen des Bundes im Bereich der Bundesautobahnverwaltung (VIFG, DEGES) vom 5. Mai 2017, Az.: V 5 - 2017 - 0971/VI, ohne Drucksachennummer.

3.1 Verstoß gegen die Aufgabentrennung von Bund und Ländern

(1) Das BMVI geht davon aus, dass die Autobahn GmbH die von der DEGES begonnenen Bundesstraßenprojekte der Länder weiterführen darf, auch wenn das jeweilige Land die Bundesstraßen nicht an den Bund übertragen hat. Dies soll auch für Verkehrsprojekte der Länder gelten, mit denen die DEGES beauftragt wurde. Da die Autobahn GmbH nach der Verschmelzung in alle bestehenden Verträge der DEGES mit den Ländern eintreten würde, würde sie daher auch Aufgaben der Auftragsverwaltung der Länder übernehmen. Der Bundesrechnungshof hatte im laufenden Prüfungsverfahren zu bedenken gegeben, dass damit weiterhin eine unzulässige Mischverwaltung bestünde. Das BMVI folgte dem nicht und hat ein verfassungsrechtliches Gutachten beauftragt. Das Gutachten kommt zu dem Schluss, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, solange die Länder auf die eigentlich von ihnen zu realisierenden Projekte weiterhin entscheidenden Einfluss nehmen dürfen. Zu vergabe- oder steuerlichen Risiken äußert sich das Gutachten nicht.

(2) Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵ in den Artikeln 83 ff. Grundgesetz erschöpfend geregelt. Sie sind nicht abdingbares Recht. Bund und Länder können über die dort niedergelegte Kompetenzverteilung nicht verfügen, auch nicht mit Zustimmung der betroffenen Körperschaft.⁶ Eine Planungs-, Verwaltungs- und Entscheidungsbefugnis gleich welcher Art, die das Grundgesetz dem Aufgabenbereich der Länder zuweist, darf der Bund ohne Übertragung der entsprechenden Sachkompetenz durch das Grundgesetz nicht selbst mitausüben.⁷

Diesen Aspekt lässt der Gutachter des BMVI außer Acht. Es mag sein, dass die Länder ihre Entscheidungshoheit und eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung behalten. Genau dies beeinträchtigt aber zugleich die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der für den Bund handelnden Autobahn GmbH. Diese müsste nämlich, ohne eine Wahl zu haben, die Bundesstraßenprojekte

⁵ Vgl. BVerfGE 32, 145 [156]; BVerfGE 41, 291 [311] = NJW 1976, 1443; BVerfGE 63, 1 [39] = NVwZ 1983, 537; BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04 = NVwZ 2008, 183 Rn. 152.

⁶ Vgl. BVerfGE 32, 145 [156].

⁷ Vgl. BVerfGE 108, 169 [182] = NVwZ 2003, 1497 = NJW 2004, 354.

der Länder übernehmen. Die Autobahn GmbH müsste u. U. gegen den Willen des Bundes planerische Entscheidungen nach dem Willen der Länder treffen.

Das Gutachten des BMVI ist insgesamt ungeeignet, den geplanten Verschmelzungsvorgang zu bewerten. Es blendet die für die Verwaltungspraxis besonders relevanten Themenbereiche bewusst aus und befasst sich weder mit den vergaberechtlichen Aspekten der geplanten Verschmelzung noch betrachtet es steuerliche Auswirkungen. Unabhängig von den verfassungsrechtlichen Fragestellungen, ist eine Beauftragung der Autobahn GmbH durch die Länder auch aus den folgenden Gründen unzulässig.

3.2 Verstoß gegen des Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz

(1) Nach § 5 Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz (InfrGG)⁸ sowie dem Gesellschaftsvertrag sind Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung sowie die vermögensmäßige Verwaltung und die Finanzierung der Bundesautobahnen Gegenstand der Autobahn GmbH. Gemäß § 1 Absatz 3 InfrGG gilt dies auch für Bundesstraßen, die der Bund in Bundesverwaltung übernommen hat. Die Autobahn GmbH ist zudem für das Finanzmanagement aller Bundesstraßen zuständig.

Das BMVI und der Bundesrechnungshof sind sich einig darin, dass die Ausführung von Planung und Bau für Bundesstraßen in Auftragsverwaltung (der Länder) sowie von Verkehrsprojekten der Länder nicht vom Unternehmensgegenstand der Autobahn GmbH gedeckt ist.

Das BMVI ist jedoch der Ansicht, der Unternehmensgegenstand müsse hierfür nicht erweitert werden, da die Planung und der Bau der nicht übertragenen Bundesstraßen gar nicht zum dauerhaften Gegenstand der Autobahn GmbH werden sollen. Es gehe nur darum, dass die Gesellschaft bereits abgeschlossene Verträge in einem zeitlich begrenzten Übergangszeitraum abwickelt. Der Gesellschaftsvertrag lasse Geschäfte bereits dann zu, wenn sie geeignet erscheinen, dem Gegenstand des Unternehmens zu dienen (siehe § 2 Absatz 4 Gesellschaftsvertrag). Diese dienende Funktion liege hier vor.

(2) Das BMVI setzt sich über die Vorgaben des InfrGG hinweg. Die Übernahme von Bundesstraßen, die in Auftragsverwaltung verbleiben sowie

⁸ Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz – (InfrGG) vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122, 3141), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 29. November 2018 (BGBl. I S. 2237) geändert worden ist.

Verkehrsprojekte der Länder gehören nach dem InfrGG nicht zum Zweck der Autobahn GmbH. Das Gesetz ist eindeutig. Der Wortlaut entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der der Autobahn GmbH keine weiteren Aufgaben übertragen wollte. Er ist Grenze jeder weiteren Auslegung.

Der Hinweis des BMVI, diese Aufgabe sei nicht dauerhaft, vermag hieran nichts zu ändern. Der Autobahn GmbH ist diese Aufgabe vom Gesetzgeber nicht übertragen worden, mithin darf die Gesellschaft sie nicht wahrnehmen, auch nicht vorübergehend. Entgegen der Auffassung des BMVI kann eine solche vorübergehende Aufgabenwahrnehmung auch nicht dem Gesellschaftszweck „dienen“, weil sie mit dem InfrGG unvereinbar ist.

3.3 Verstoß gegen das Vergaberecht

(1) Solange die Länder an der DEGES beteiligt sind, können sie die DEGES im Wege einer sogenannten „In-House-Vergabe“ mit der Umsetzung von Projekten beauftragen. Hierbei müssen sie kein Vergabeverfahren durchführen.⁹ Das BMVI und der Bundesrechnungshof sind sich einig, dass mit dem Verkauf der Länderanteile und somit dem Entfall der Gesellschafterstellung der Länder in der DEGES auch die In-House-Fähigkeit der DEGES gegenüber den Ländern endet. Neue Projekte können die Länder nach dem Anteilsverkauf nicht mehr auf diesem Weg auf die DEGES übertragen. Weiterhin sind das BMVI und der Bundesrechnungshof der Auffassung, dass der Wegfall der In-House-Fähigkeit von der Rechtsprechung als wesentliche und damit vergabepflichtige Vertragsänderung angesehen wird.

Gleichwohl ist das BMVI bei laufenden Projekten der Ansicht, dass im Einzelfall anhand des Stands der Vertragsdurchführung, der Marktgängigkeit und des Restvolumens zu entscheiden sei, ob eine Beendigung der laufenden Verträge und eine Neuvergabe durch das jeweilige Land geboten sei. Weiter sei mit der Verschmelzung der Wettbewerb im Bereich der Dienstleistungsverträge nicht verfälscht, da sich am Aufgabenumfang und -inhalt (Planung und Bau von Bundesfernstraßen) nichts ändere. Zudem läge bei der Verschmelzung im Wesentlichen eine Neuorganisation (Stichwort: Umstrukturierung) vor. Die DEGES-Geschäftsanteile würden nicht an private Dritte übertragen. Darüber

⁹ Eine „In-House-Vergabe“ ist gemäß § 108 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dann möglich, wenn der öffentliche Auftraggeber alleine oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über das Unternehmen eine Kontrolle ausübt „wie über seine eigenen Dienststellen“. Dies ist hier der Fall.

hinaus bestünden Zweifel, ob hier überhaupt eine marktgängige Leistung vorliege.

(2) Nach der Rechtsprechung ist der Wegfall der In-House-Fähigkeit eine wesentliche Vertragsänderung, die immer eine Ausschreibungspflicht nach sich zieht.¹⁰ Für eine Einzelfallbetrachtung ist daher kein Raum. Trotzdem stellt das BMVI auf den Einzelfall ab.

Entgegen der Vermutung des BMVI ist auch Wettbewerb möglich. Die von der DEGES erbrachten Leistungen sind marktgängig: Die Planung und Überwachung von Baumaßnahmen sind Leistungen, die auch von privaten Ingenieurbüros erbracht werden können.

Eine Neuvergabe ist auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil angeblich nur eine bloße Umstrukturierung vorliegt. Zwar werden die Gesellschaftsanteile nicht an private Dritte verkauft. Dennoch ist der Gesellschafterwechsel mit erheblichen Konsequenzen für die In-House-Fähigkeit verbunden: Sie geht für die Länder verloren. Es handelt sich auch nicht um eine bloße Neuorganisation. Die Autobahn GmbH unterscheidet sich wesentlich von der DEGES. Sie

- ist als Beliehene hoheitlich tätig,
- übernimmt die Aufgaben des Betriebsdienstes und der Finanzierung und
- ist für das gesamte Netz in der Baulast des Bundes zuständig (aber gerade nicht mit Aufgaben betraut, die in der Baulast der Länder liegen).

Sämtliche Aufträge, die die Länder an die DEGES vergeben haben, wären somit neu auszuschreiben. Bei Verstößen gegen das Vergaberecht drohen Schadensersatzforderungen.

4 Zusammenfassende Empfehlungen

Der Bundesrechnungshof hält die Pläne des BMVI für die Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH für verfassungsrechtlich bedenklich und dem Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz zuwiderlaufend. Eine Verschmelzung der DEGES auf die Autobahn GmbH ist aus seiner Sicht nur dann möglich, wenn die Trennung der Verwaltungszuständigkeiten gewahrt bleibt.

Der Bund darf darüber hinaus nicht tatenlos zusehen, wenn einzelne Länder die verfassungsrechtliche Aufgabe der Auftragsverwaltung nicht erfüllen

¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011 – VII-Verg 20/11.

können. Wie Länder künftige Bundesstraßenprojekte selbst bearbeiten wollen, die sie bislang mangels leistungsfähiger Auftragsverwaltung ausschließlich der DEGES übertragen haben, bleibt unklar. Denn auch wenn die Autobahn GmbH nach der Verschmelzung sämtliche von der DEGES begonnenen Projekte für die Auftragsverwaltungen weiterbearbeitet, löst dies nicht das Problem der Länder; die bisher nicht aufgebaute leistungsfähige Auftragsverwaltung fehlt nach wie vor. Die betroffenen Länder werden dann neue Bundesstraßenprojekte nicht in eigener Zuständigkeit abwickeln können. Das BMVI hat bislang nicht aufgezeigt, wie es mit den Ländern diesen Zustand auflösen will.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt daher, dass der Bund diesen Ländern zugesagt, einem Antrag auf Übernahme der Bundesstraßen in Bundesverwaltung nach Artikel 90 Absatz 4 Grundgesetz zuzustimmen.

Stellen die Länder keinen Antrag auf Übernahme der Bundesstraßen in Bundesverwaltung, obwohl sie nicht über eine eigene leistungsfähige Auftragsverwaltung verfügen, müssen sie eine solche aufbauen. Ebenso könnten die betroffenen Länder gemeinsam eine eigene Landesgesellschaft für die Auftragsverwaltung der Bundesstraßen einrichten. Diese sogenannte „Gelbe DEGES“ würde ohne Beteiligung des Bundes im Auftrag der Länder die Auftragsverwaltung für die Bundesstraßen wahrnehmen. Diese könnte zudem die Verkehrsprojekte der Länder übernehmen.

Der Bund darf die Anteile der Länder an der DEGES erst kaufen, wenn sichergestellt ist, dass diese

- die Auftragsverwaltung für die Bundesstraßen selbst wahrnehmen oder
- die Übernahme der Bundesstraßen in Bundesverwaltung beantragt haben.

Ahrendt



Moebus

Ringel