

## **Bestimmung der Rechtsform einer Bundesfernstraßengesellschaft**

Tagung „Reformmodelle für die  
Organisation und Finanzierung der  
Bundesfernstraßen“  
am 01.06.2016 in Berlin

**RA Dr. Holger Weiß**

## Vorstellung

### **Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte PartmbB (W2K)**

auf das Verwaltungsrecht und das öffentliche Wirtschaftsrecht spezialisierte Kanzlei mit Standorten in Stuttgart und Freiburg  
mit Fokus auf dem Infrastrukturrecht, vor allem in Netzsektoren (Energie, Wasser, TK, Verkehr Straße / Schiene).

#### **Dr. Holger Weiß**

- Rechtsanwalt und Partner bei W2K
- gemeinsam mit Prof. Dr. Dominik Kupfer  
Leitung des Infrastruktur-Teams der Kanzlei
- Schwerpunkte im Infrastrukturrecht (Energie, TK, Verkehr Straße / Schiene), Vergaberecht und Beihilfenrecht
- Lehrbeauftragter an der Hochschule Kehl



# Übersicht

**A. Bedeutung der Rechtsformwahl**

**B. Implikationen der Rechtsformwahl**

**C. Fazit**

## A. Bedeutung der Rechtsformwahl

- Gesetzgeber kann durch Errichtungsgesetz sowohl privat-rechtliche als auch öffentlich-rechtliche Rechtsformen anpassen.
- Dadurch (theoretische) Relativierung der typischen Vor- und Nachteile verschiedener Rechtsformen.
- Aber: Gestaltungsmöglichkeiten müssen auch praktisch genutzt werden. Verschiedene Implikationen sind zu bedenken.

## **B. Implikationen der Rechtsformwahl**

**I. Demokratische Legitimation**

**II. Notwendigkeit eines Errichtungsgesetzes**

**III. Handlungsformen**

**IV. Vergaberecht**

**V. Personal**

**VI. Kapitalmarktkonditionen**

## I. Demokratische Legitimation

- Auslagerung von Kompetenzen auf eine BFS-G birgt Risiken der Verselbständigung und Entfernung.
- Staatliche Aufgabenverantwortung und Demokratieprinzip fordern ein hinreichendes Legitimationsniveau. Anforderungen hängen vom Aufgabenzuschnitt der Gesellschaft ab. Steuerungsmöglichkeiten hängen von der Rechtsform ab.
- Wichtig ist: Welche Kompetenzen sollen der BFS-G zukommen? Wie kann und soll steuernder Einfluss wirksam wahrgenommen werden?
- Besondere Schwierigkeiten bei Aktiengesellschaft.
- Bei Ausübung von Staatsgewalt mögliches Konfliktpotential bei privatrechtlicher Rechtsform mit mitbestimmten Aufsichtsrat.

## II. Notwendigkeit eines Errichtungsgesetzes

- Gründung einer Anstalt des öffentlichen Rechts bedarf eines Gesetzes (Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG)
- Gründung von Personen in Privatrechtsform ist grundsätzlich ohne Gesetz möglich. Anders bei Beleihung oder Modifikation bestimmter privatrechtlicher Regelungen.
- Aspekt der demokratischen Legitimation spricht für die Errichtung durch Gesetz.

### III. Handlungsformen

- Gesellschaft in Privatrechtsform kann grundsätzlich nur in den Rechtsformen des Privatrechts handeln.
  - Beispiel: Erhebung privatrechtlicher Entgelte, Schaffung von Vollstreckungstiteln im Zivilrechtsweg
- Handeln in öffentlich-rechtlicher Rechtsform erfordert Beleihung.
- Hinweis: Handlungsform hat vielfältige Konsequenzen – z. B. Anwendbarkeit des Kartellrechts.

## IV. Vergaberecht

- Organisationsform kann bei Auftrags-/Konzessionsbeziehungen zwischen Staat und BFS-G vergaberechtliche Implikationen haben.
- Direktvergabe auf Grund Inhouse-Privileg setzt nach § 108 Abs. 1 GWB 2016 unter anderem eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle voraus.
- Dies ist bei der Verfassung der BFS-G zu bedenken.
- Bei der Aktiengesellschaft sind die Kontrollmöglichkeiten auf Grund aktienrechtlicher Regelungen (insb. zur Unabhängigkeit des Vorstands) grundsätzlich beschränkt.
- Dies könnte die Inhouse-Fähigkeit der BFS-G gefährden.

## V. Personal

- Rechtsformwahl kann deutliche Auswirkungen haben:
  - Dienstherrnfähigkeit
  - Betriebsverfassungsrecht und Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat
- Dienstherrnfähigkeit könnte für Anstalt sprechen. Allerdings sorgfältige Abwägung (intertemporale Lastenverschiebung, Kumulation von Sonderrisiken...)
- Private Rechtsform führt zur Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes und insb. zur Einrichtung eines Betriebsrats.
- Ab bestimmter Mitarbeiterzahl Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats und zur teilweisen Besetzung mit Arbeitnehmervertretern (Drittelbeteiligungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz).

## VI. Kapitalmarktkonditionen

- Bei BFS-G mit Kompetenz zur Kreditaufnahme ermöglicht Staatsgarantie günstigere Kapitalmarktkonditionen.
- Je nach Rechtsform kommen unterschiedliche Garantiefornen in Betracht.
- Bei privater Rechtsform: Bürgschaften, privatrechtliche Garantien
- Bei Anstalt grds. denkbar: Gewährträgerhaftung / Anstaltslast; sonst auch hier Bürgschaften / privatrechtliche Garantien
- In jedem Fall: Beihilfenrecht prüfen !

## C. Fazit

- Bedeutung der Rechtsformwahl einer BFS-G wird durch die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers relativiert.
- Aber: Die Implikationen verschiedener (unmodifizierter) Rechtsformen sind zu bedenken.
- Eine sorgfältige Prüfung – in Abhängigkeit vom konkreten Aufgabenzuschnitt der Gesellschaft – ist zu empfehlen.

# Haben Sie Fragen?

**RA Dr. Holger Weiß**

**Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

- Kaiser-Joseph-Straße 247 • 79098 Freiburg •
  - Tel.: 0761-2 111 49-0 • Fax: 0761-2 111 49-45 •
- E-Mail: [freiburg@w2k.de](mailto:freiburg@w2k.de)