

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1532

**Das unveräußerliche Eigentum des Bundes
an der Gesellschaft privaten Rechts
nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n. F.**

Von

Magali Jud



Duncker & Humblot · Berlin

MAGALI JUD

Das unveräußerliche Eigentum des Bundes
an der Gesellschaft privaten Rechts
nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n. F.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1532

Das unveräußerliche Eigentum des Bundes
an der Gesellschaft privaten Rechts
nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.

Von

Magali Jud



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19024-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59024-7 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit ist im Schwerpunkt in den Jahren 2017 bis 2021 entstanden. Die Idee zu dieser Untersuchung entwickelte ich im Zuge der Kommentierung des neu gefassten Art. 90 GG von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Ibler, meinem Doktorvater, im Jahre 2017 (7. Auflage des Kommentars zum Grundgesetz v. Mangoldt/Klein/Starck), bei welcher ich ihn unterstützen durfte. Fertiggestellt Anfang des Jahres 2023 – nach wenigen letzten Anpassungen – wurde die Arbeit vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen, Literatur sowie Rechtsprechung sind bis August 2023 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater gilt mein tiefer Dank für die Begleitung des vorliegenden Werkes. Insbesondere aufgrund der weitreichenden zivilrechtlichen Bezüge bin ich ihm für die Annahme des Themas und die Betreuung der Untersuchung dankbar. Er half mir stets mit seinen klugen und weitsichtigen Anmerkungen, diese Arbeit weiter zu verbessern. Außerdem danke ich ihm für die gewinnbringende und lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl.

Weiterhin bedanke ich mich bei Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher für die Begutachtung dieser umfangreichen Arbeit mit ihrem verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Schwerpunkt und die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Das Engagement der beiden Gutachter stärkt meine Untersuchung im Grenzbereich zwischen dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht.

Meinen Kollegen Dr. Matthias Bittlingmaier und Fabian Haller sowie meiner Schwägerin Dr. Ricarda-Charlotte Jud danke ich herzlich für die Hilfe beim Korrekturlesen und für die kritischen Anmerkungen. Auch meinen übrigen KollegInnen am Lehrstuhl, Herrn Codrin Timu, Frau Catalina Ibáñez Gutiérrez und Herrn Julian Hahr, möchte ich für die kollegiale Zeit danken.

Mein tiefer Dank gilt meiner Familie. Meinem Vater Wilfried, meiner Mutter Christine, meinem Bruder Christopher mit Sohn Friedrich und meiner Schwester Clarissa mit Hund Rocket danke ich für den Beistand in allen Lebenslagen und die Zuversicht, die sie mir schenken. Das größte Maß an Geduld und Rücksichtnahme habe ich von meinem Partner Torsten und seinem Sohn Noah eingefordert. Stets großzügig und vorbehaltlos unterstützten mich die beiden über die Jahre hinweg und gaben mir Raum, meine Doktor-

arbeit fertigzustellen. Ich bin glücklich, sie alle an meiner Seite zu wissen. Ihnen ist dieses Werk gewidmet.

Singen, im Januar 2024

Magali Jud

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einleitung 21

- A. Anlass und Ziel der Untersuchung 22
- B. Entstehungsgeschichte Art. 90 GG n.F. 27
- C. Privatisierung der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen 66
- D. Ergebnisse zu Kapitel 1 105

2. Kapitel

Die „Gesellschaft privaten Rechts“ (Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n.F.) 111

- A. Einführung 112
- B. Zivilrechtliche Betrachtung der „Gesellschaft privaten Rechts“ 126
- C. Die „Gesellschaft privaten Rechts“ aus öffentlich-rechtlicher Perspektive . 186
- D. Ergebnisse zu Kapitel 2 273

3. Kapitel

Das Eigentum 279

- A. Einführung 280
- B. Historische Betrachtung 285
- C. Das Eigentum im Zivilrecht 290
- D. Das Eigentum im öffentlichen Recht 315
- E. Ergebnisse zu Kapitel 3 420

4. Kapitel

Das unveräußerliche Eigentum des Bundes an der Gesellschaft privaten Rechts nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. 426

- A. Der Bund als Eigentümer 429
- B. Rechtsnatur des Eigentums i. S. v. Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. 431

C. Bezugsgegenstand, Umfang, Begriff und Inhalt	436
D. Beschränkung der Eigentümerbefugnisse: „unveräußerlich(en)“	490
E. „Privatrechtliche[r] (Verwaltungs-)Unterbau“, Konzernstrukturen	499
F. „Präzisierung“ des Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. durch Abs. 2 S. 4, 5	504
G. Ergebnisse zu Kapitel 4	520

5. Kapitel

Zusammenfassung in Thesen 527

A. Kapitel 1	527
B. Kapitel 2	528
C. Kapitel 3	530
D. Kapitel 4	534
Literaturverzeichnis	537
Sachwortregister	582

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	21
A. Anlass und Ziel der Untersuchung	22
I. Anlass der Untersuchung	22
II. Ziel der Untersuchung	25
III. Gang der Untersuchung	26
B. Entstehungsgeschichte Art. 90 GG n.F.	27
I. Reformbestrebungen	28
1. Defizite der Bundesauftragsverwaltung	28
2. Defizite bei der Finanzierung	30
3. Verbesserungsvorschläge	31
a) Überführung der Verwaltung in Bundesverwaltung und Einschaltung einer privatrechtlichen Gesellschaft	31
b) Beibehaltung der Bundesauftragsverwaltung	37
4. Verfassungsrechtliche Bewertung	39
II. Die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft i. S. d. VIFGG „im Eigentum des Bundes“	39
III. Entstehungsgeschichte des Art. 90 GG n.F. unter besonderer Berücksichtigung des Abs. 2 S. 3	40
1. Koalitionsvertrag	40
2. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Art. 90 GG	41
a) Ergebnisse der begleitenden Beratung	42
b) Gesetzentwurf der Bundesregierung Dezember 2016	45
aa) Entwurf Gesetz zur Änderung des GG	45
bb) Entwurf Begleitgesetz	46
3. Kritik	49
4. Haushaltsausschuss	52
a) Anhörung am 27.03.2017	52
b) Beschlussempfehlung zum Entwurf der GG-Änderung	55
c) Beschlussempfehlung zum Entwurf des Begleitgesetzes	56
IV. Schlussfolgerungen	59
1. Keine spezifische juristische Vorstellung des grundgesetzändernden Gesetzgebers vom Eigentum nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	59
2. Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. als Privatisierungsschranke	60
3. Aussagen der Gesetzesmaterialien zum Begleitgesetz	61

a) Eigentum als sog. Alleineigentum	62
b) Staatsnähe der Infrastrukturgesellschaft	63
4. Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. nicht nur Innehalten der Gesellschafts- anteile	64
5. Keine Konkretisierung durch sog. wirtschaftliches Eigentum	66
C. Privatisierung der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen	66
I. Privatisierung von Verwaltungsaufgaben	68
1. Privatisierungsformen	69
2. Die Kapitalprivatisierung	71
3. Einordnung des Art. 90 Abs. 2 GG n.F.	73
II. Bundesverwaltung der Bundesautobahnen	74
1. Bundesverwaltung	74
a) Unmittelbare und mittelbare Bundesverwaltung	75
b) Bundesverwaltung nach Art. 87d Abs. 1 GG	77
2. Private Organisationseinheiten innerhalb der Bundesverwaltung	77
a) Privatrechtliche Organisationseinheiten als Teil der Bundesver- waltung	78
b) Private Organisationseinheiten innerhalb der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen nach Art. 90 Abs. 2 GG n.F.	79
3. Verwaltungsorganisationsrechtliche Erwägungen	82
a) Vonselbständigung von Verwaltungseinheiten	82
aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben	83
bb) Leitung und Aufsicht	85
cc) Einwirkung	87
dd) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 2, 3 GG n.F.	88
b) Demokratische Legitimation	90
aa) Die Modi demokratischer Legitimation	91
bb) Demokratische Legitimation und vonselbständigte Verwal- tungseinheiten	92
cc) Privatrechtliche Organisationseinheiten des Staates und ihre demokratische Legitimation	95
dd) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 GG n.F.	97
c) Organisationsrechtlicher/institutioneller Gesetzesvorbehalt	98
d) Rechtsstaatliche Anforderungen	99
III. Schlussfolgerungen	101
D. Ergebnisse zu Kapitel 1	105

2. Kapitel

Die „Gesellschaft privaten Rechts“ (Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n.F.)	111
A. Einführung	112
I. Anzahl privatrechtlicher Gesellschaften nach Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n.F.	114

1. Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH (DEGES)	115
2. Verordnungsermächtigung § 22 Abs. 1 FStrG	118
3. Anzahl der Tochtergesellschaften	118
II. Begriff „Gesellschaft privaten Rechts“	118
III. Die „Gesellschaft privaten Rechts“ als Einmann-/Einpersonengesellschaft	121
IV. Die „Tochtergesellschaften“	123
B. Zivilrechtliche Betrachtung der „Gesellschaft privaten Rechts“	126
I. Juristische Person und Rechtssubjektivität von Gesellschaften	126
1. Juristische Person und Rechtssubjektivität	127
2. Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Person	131
3. Willensfähigkeit der juristischen Person	132
4. Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 2, 3 GG n.F.	133
II. (Kapital-)Gesellschaftsrecht/Organisationsverfassungen	134
1. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	137
a) Rechte und Pflichten der Gesellschafter	137
b) Die Organe der GmbH und ihr Verhältnis zueinander	138
aa) Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung	138
bb) Fakultativer und obligatorischer Aufsichtsrat	140
c) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	141
2. Die Aktiengesellschaft (AG)	142
a) Rechte und Pflichten der Aktionäre	142
b) Die Organe der AG und ihr Verhältnis zueinander	143
aa) Der Vorstand als leitendes Organ	144
bb) Der Aufsichtsrat	146
cc) Die Hauptversammlung	148
dd) Der Einfluss der Organe auf die AG	149
c) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	150
III. Das Unternehmen im Zivilrecht	151
1. Gegenüberstellung der Begriffe Unternehmen und Gesellschaft	152
2. Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n.F.	155
IV. Konzernrecht	155
1. Allgemein	157
a) Der Begriff „Konzernrecht“	158
b) GmbH-Konzernrecht	159
2. Die Geltung des Konzernrechts für das Verhältnis Bund, Infrastrukturgesellschaft und Tochtergesellschaften	159
a) Das Unternehmen nach § 15 AktG	160
b) Der (Allein-)Gesellschafter als Unternehmen nach § 15 AktG	161
c) Abhängige und herrschende Unternehmen, § 17 AktG	162
d) Die öffentliche Hand als Unternehmer i. S. d. § 15 AktG	164
e) Anwendung auf das Verhältnis Bund, Infrastrukturgesellschaft und Tochtergesellschaften	166

aa) Verhältnis Bund und Infrastrukturgesellschaft	167
bb) Verhältnis Infrastrukturgesellschaft und Tochtergesellschaften	168
cc) Verhältnis Bund, Infrastrukturgesellschaft und Tochtergesellschaften	169
3. Folgen	169
4. Möglichkeiten	170
a) Möglichkeiten i. R. e. sog. faktischen Konzerns	171
b) Möglichkeiten eines Vertragskonzerns	173
5. Der Begriff „einheitliche(n) Leitung“ nach § 18 AktG	175
6. GmbH-Konzern	177
7. Schlussfolgerungen	179
V. Zusammenfassung	182
C. Die „Gesellschaft privaten Rechts“ aus öffentlich-rechtlicher Perspektive	186
I. Der Begriff „Gesellschaft“ im GG	187
II. Die juristische Person aus öffentlich-rechtlicher Perspektive	188
1. Allgemein	188
2. Die „juristische Person“ im GG	191
3. Schlussfolgerung	193
III. Verwaltungsprivatrecht	193
IV. Die „Gesellschaft privaten Rechts“ des Bundes und öffentlich-rechtliche Vorgaben/Bindungen	195
1. Zulässigkeit des Einsatzes privatrechtlicher Organisationsformen	196
2. Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung der Infrastrukturgesellschaft	197
3. Öffentlich-rechtliche Vorgaben für die privatrechtliche Organisationsform	198
a) Europarechtliche Vorgaben	199
aa) Vorliegen eines Unternehmens	199
bb) Das öffentliche Unternehmen	205
cc) Europarechtliche Schranken und Vorgaben für öffentliche Unternehmen	206
dd) Die Infrastrukturgesellschaft als öffentliches Unternehmen i. S. d. Art. 106 AEUV	207
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben	209
aa) Die Einwirkungspflicht	209
(1) Demokratische Legitimation durch Einwirkung	210
(2) Ausgleich bzw. Substitution der sachlich-inhaltlichen und personell-organisatorischen Legitimation	212
(3) Verselbständigung der privatrechtlichen Gesellschaft in öffentlicher Hand	214
(4) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	215
bb) Das Wirtschaftlichkeitsprinzip	217
(1) Verfassungsrang des Wirtschaftlichkeitsprinzips	218

(2) Wirtschaftlichkeitsprinzip und Organisationsentscheidungen der öffentlichen Hand	220
(3) Ausgleich zwischen dem Wirtschaftlichkeitsprinzip und demokratischer Legitimation	221
(4) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 GG n.F.	223
cc) Art. 87 ff. GG, insbesondere der „Sonderfall“ der „Eisenbahnen des Bundes (...) als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form“ nach Art. 87e Abs. 3 GG	224
(1) Das „Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form“ nach Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG	225
(2) Subjektivrechtlicher Charakter	227
(3) Vergleich mit und Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 2–4 GG n.F.	228
c) Einfachrechtliche Vorgaben	231
d) Verwaltungsgesellschaftsrecht	232
e) Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft	237
f) Zusammenfassung: Öffentlich-rechtliche Vorgaben für privatrechtliche Organisationsformen	237
4. Betrachtung des Einsatzes von Kapitalgesellschaften durch die öffentliche Hand	240
a) Die GmbH aus öffentlich-rechtlicher Perspektive	242
b) Die AG aus öffentlich-rechtlicher Perspektive	243
aa) Demokratische Legitimation nach dem Urteil des BVerfG v. 07.11.2017 (BVerfGE 147, 50)	244
bb) §§ 394 f. AktG	245
cc) Vertragliche Gestaltung	247
dd) Spezialgesetzliche Bestimmungen	248
ee) Schlussfolgerungen	249
c) Das Konzernrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive	250
d) Unternehmerische Mitbestimmung und Demokratieprinzip	254
aa) Unternehmerische Mitbestimmung und demokratische Legitimation der privatrechtlichen Gesellschaft der öffentlichen Hand	255
bb) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 2, 3 GG n.F.	259
e) Haftung	259
aa) Haftung des Bundes für Gesellschaftsverbindlichkeiten aufgrund öffentlichen Rechts	261
bb) Haftung nach Konzernrecht	264
cc) Europarechtliche Einflüsse	267
f) Schlussfolgerung Betrachtung der Kapitalgesellschaften aus öffentlich-rechtlicher Perspektive	268
V. Zusammenfassung	269
D. Ergebnisse zu Kapitel 2	273

3. Kapitel

Das Eigentum

279

A. Einführung	280
I. Allgemein	280
II. Eigenständiges Staatseigentum?	282
III. Eigentum in den Wirtschaftswissenschaften	284
B. Historische Betrachtung	285
I. Das klassische römische Recht	286
II. Die deutsche Rechtstradition	286
III. Die deutsche Verfassungstradition	290
C. Das Eigentum im Zivilrecht	290
I. Sachenrecht	291
1. Das Eigentum nach § 903 BGB	291
2. Sachbegriff des BGB	294
3. Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	295
II. Deliktsrecht	296
1. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	298
2. Das Mitgliedschaftsrecht	300
III. Weitere Bezugsobjekte des zivilrechtlichen Eigentums?	301
IV. Wirtschaftliches Eigentum	303
1. Der Begriff „wirtschaftliches Eigentum“ im Steuerrecht	303
2. Das sog. wirtschaftliche Eigentum im Zivilrecht	306
a) § 246 HGB	306
b) Beschreibung von Treuhandkonstellationen	306
c) Das sog. wirtschaftliche Eigentum und das Eigentum im zivilrechtlichen Sinne	307
d) „Wirtschaftliches Eigentum“ der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft	308
3. Das sog. wirtschaftliche Eigentum und der ökonomische Eigentumsbegriff	308
4. Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	308
V. Eigentum und Gesellschaftsrecht	309
VI. Zusammenfassung	312
D. Das Eigentum im öffentlichen Recht	315
I. Europarecht	318
II. Verfassungsrecht	322
1. Eigentumsgarantie Art. 14 GG	322
a) Anteilseigentum	325
aa) Das Anteilseigentum nach der Rspr. des BVerfG	325
bb) Kritik am „gesellschaftsrechtlich vermittelten Eigentum“	327
cc) Deutung des „gesellschaftsrechtlich vermittelten Eigentums“	329

dd) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	330
b) Eigentum und Unternehmen	331
aa) Eigentumsschutz des Rechts am eingerichteten und ausgeüb-	
ten Gewerbebetrieb	332
bb) Unternehmenseigentum und Unternehmer-Eigentümer	333
cc) Der unternehmerisch tätige Gesellschafter	335
c) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	337
2. Gemeineigentum i. S. d. Art. 15 GG	341
3. Das Eigentum im Abschnitt VIII des Grundgesetzes	342
a) Das Eigentum des Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. als öffentliches	
Eigentum?	342
aa) Das sog. öffentliche Eigentum	344
(1) Das sog. öffentliche Eigentum nach Otto Mayer	344
(2) Kritik am sog. öffentlichen Eigentum	346
(3) Die Bezeichnung des Eigentums der öffentlichen Hand	
als „öffentliches Eigentum“	348
bb) Sachbegriff.	348
cc) Öffentliches Eigentum und öffentliches Unternehmen	349
dd) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	351
b) Eigentum nach Art. 89 Abs. 1 GG	353
c) Eigentum nach Art. 90 Abs. 1 GG	356
aa) Eigentum nach Art. 90 Abs. 1 GG a.F.	356
bb) Eigentum nach Art. 90 Abs. 1 S. 1 GG n.F.	357
cc) Unveräußerlichkeit nach Art. 90 Abs. 1 S. 2 GG n.F.	361
dd) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	363
(1) Übereinstimmende Formulierung	364
(2) Das sog. wirtschaftliche Eigentum.	365
d) Eigentum an „Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher	
Form“, Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG	366
aa) Entstehungsgeschichte	369
(1) Entstehungsgeschichte Art. 87e GG	370
(2) Begleitgesetze	372
(3) Das Eigentum nach Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG in den	
Gesetzesmaterialien	372
(4) Das Eigentum nach Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG im Schrift-	
tum	373
(5) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	374
bb) Gesetzesvorhaben EBNeuOG	375
(1) Vorarbeiten	375
(2) Gesetzentwurf der Bundesregierung	377
(3) Kritik	380
(4) Erkenntnisse für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	384
cc) Erkenntnisse zum Eigentum nach Art. 87e Abs. 3 GG aus	
dem Urteil des BVerfG v. 07.11.2017 (BVerfGE 147, 50) ..	385

(1) Verantwortlichkeit der Bundesregierung für die unternehmerische Tätigkeit der DB AG	386
(2) Folgen für die Rechtsform AG für öffentliche Unternehmen	387
(3) Folgen für die Anwendung des privaten Gesellschaftsrechts für Gesellschaften der öffentlichen Hand	388
(4) Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	389
dd) Eigentum i. S. d. Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG	390
(1) Kompetenzrechtlicher Gehalt	391
(2) Eigentum zur Durchsetzung weiterer Verfassungsvorgaben	391
(3) Die Bindung an weitere Verfassungsbestimmungen als Folge des Eigentums	397
(4) Formale Komponente des Eigentums	399
(5) Materielle Komponente des Eigentums	401
(6) Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums	402
ee) Zusammenfassung der Bedeutung der aus Art. 87e Abs. 3 GG gewonnenen Erkenntnisse für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	404
(1) Sinn und Zweck des Eigentums	404
(2) Die unterschiedlichen Bezugsgegenstände des Eigentums	405
(3) Kompetenzsichernder Gehalt	406
(4) Formale und materielle Komponente des Eigentums	407
(5) Bindung an weitere Verfassungsbestimmungen	409
(6) Inhalts- und Schrankenbestimmung	409
III. Weitere Zuordnungsobjekte/Bezugsobjekte	410
IV. Zusammenfassung	414
E. Ergebnisse zu Kapitel 3	420

4. Kapitel

Das unveräußerliche Eigentum des Bundes an der Gesellschaft privaten Rechts nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	426
A. Der Bund als Eigentümer	429
B. Rechtsnatur des Eigentums i. S. v. Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F.	431
I. Kein Staatseigentum	431
II. Das Eigentum als (verwaltungs)organisationsrechtliches Eigentum	431
III. Kein sog. wirtschaftliches Eigentum	434
IV. Kein sog. mittelbares Eigentum	435
V. Schlussfolgerung	436
C. Bezugsgegenstand, Umfang, Begriff und Inhalt	436

I.	Bezugsgegenstand und Umfang	437
1.	Bezugsgegenstand	437
a)	Unterscheidung Eigentum an einer „Gesellschaft privaten Rechts“ und Eigentum an den Anteilen einer Gesellschaft privaten Rechts	437
b)	Kapitalgesellschaften GmbH und AG als relevante Rechtsformen und die juristische Person des Privatrechts als Bezugsgegenstand des Eigentums	438
c)	Abgrenzung zum „Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher Form“ als Bezugsgegenstand des Eigentums nach Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG	440
2.	Umfang	441
II.	Begriff	444
1.	Sog. Verfassungsrechtlicher Eigentumsbegriff	444
2.	Zivilrechtlicher Eigentumsbegriff und Eigentumsbegriff im öffentlichen Sachenrecht	445
3.	Anwendung auf eine privatrechtliche Gesellschaft	448
a)	Herrschaft(smacht)/Beherrschung im Gesellschaftsrecht	448
aa)	Leitung i. S. d. § 76 Abs. 1 AktG	448
bb)	Konzernrechtliche Begrifflichkeiten	449
(1)	Beherrschender Einfluss, § 17 AktG	449
(2)	Einheitliche Leitung, § 18 AktG	450
(3)	Leitungsmacht, § 308 AktG	450
cc)	Allgemeine Begrifflichkeiten	451
b)	Bedeutung für Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n. F.	452
4.	Schlussfolgerung	455
III.	Inhalt	455
1.	Allgemein	456
2.	Formale und materielle Komponente des Eigentums	457
a)	Formale Komponente	458
b)	Materielle Komponente	460
3.	Verwaltungsorganisationsrechtlicher Gehalt des Eigentums	461
4.	Art. 90 Abs. 2 GG n. F. als „gesetzesgeprägte Verfassungsnorm“	462
a)	Verweis auf das private Gesellschaftsrecht nach Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n. F.	462
b)	Regelungsbefugnis und -auftrag Art. 90 Abs. 2 S. 6 GG n. F.	463
5.	Befugnisse/Rechte	465
a)	Innengesellschaftliche Betrachtung	465
aa)	Befugnisse bei der Gründung der privatrechtlichen Gesellschaft	465
bb)	Befugnisse im „Lebensstadium“	466
(1)	GmbH	467
(2)	AG	468

cc) Befugnis zur Auflösung der Gesellschaft	470
dd) Umwandlungsbefugnis	471
b) Befugnisse des Bundes als Eigentümer im Außenverhältnis zur Infrastrukturgesellschaft – Externe Betrachtung	471
aa) Externe Mittel der Beherrschung	472
bb) Keine Befugnisse bzgl. des Gesellschaftsvermögens	472
cc) Beleihung auf Verfassungsebene?	472
6. Schranken/Pflichten	474
a) Innergesellschaftliche Betrachtung	474
aa) Einwirkungspflicht	474
bb) Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Bundes als Mitglied der Gesellschaft	475
cc) Haftung gegenüber der Gesellschaft	477
b) Pflichten des Bundes als Eigentümer im Außenverhältnis zur Infrastrukturgesellschaft – Externe Betrachtung	478
aa) Kontrolle	479
(1) Rechts- und Fachaufsicht	479
(2) Parlamentarische Kontrolle	481
(3) Finanzkontrolle	483
bb) Haftung	484
cc) Pflicht zur Mitwirkung bei der Evaluation der Rechtsform	485
IV. Eigentum zur Sicherung der demokratischen Legitimation	485
1. Historische Betrachtung	486
2. Vergleich mit Art. 87e Abs. 3 GG	486
3. Privatrechtliche Verselbständigung der Infrastrukturgesellschaft?	487
4. Eigentum zur Sicherung der demokratischen Legitimation der Infrastrukturgesellschaft und Legitimationsniveau des Art. 90 Abs. 2 GG n.F.	488
5. Derzeitige einfachrechtliche Konzeption	489
D. Beschränkung der Eigentümerbefugnisse: „unveräußerlich(en)“	490
I. Begriff der Veräußerung	490
1. Entstehungsgeschichte	491
2. Verfügungsbefugnis und Art. 14 GG	492
3. Veräußerung nach Art. 90 Abs. 1 S. 2 GG n.F.	492
4. Begriff der Veräußerung nach § 15 GmbHG	493
II. Veräußerung einer Gesellschaft	494
1. Übergang des Unternehmens durch Anteilsveräußerung	494
2. Übertragung von Unternehmensgegenständen	495
3. Unveräußerlichkeit des Eigentums des Bundes an der Infrastruktur- gesellschaft	495
a) Systematik	495
b) Sinn und Zweck der Unveräußerlichkeit	496
III. Unveräußerlichkeit und „wirtschaftliches Eigentum“	497

IV. Privatisierungsschranke	498
E. „Privatrechtliche[r] (Verwaltungs-)Unterbau“, Konzernstrukturen	499
I. Geltung des privaten Gesellschaftsrechts auch für Tochtergesellschaften	500
II. Einfluss des Eigentums des Bundes an der Infrastrukturgesellschaft nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. auf „deren Tochtergesellschaften“? . .	501
III. Aussagen des Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. über die Tochtergesellschaften	501
1. Leitungsbefugnis des Bundes	502
2. Leitungspflicht des Bundes	503
IV. Schlussfolgerung	503
F. „Präzisierung“ des Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. durch Abs. 2 S. 4, 5	504
I. Wechselwirkung mit Art. 90 Abs. 2 S. 4 GG n.F.	504
1. „Unmittelbare ... Beteiligung“, Art. 90 Abs. 2 S. 4 GG n.F.	505
2. „Mittelbare Beteiligung“, Art. 90 Abs. 2 S. 4 GG n.F.	505
a) „Mittelbare Beteiligung“ im privatrechtlichen Gesellschaftsrecht	505
b) Formen der Unternehmensüberlassung	508
aa) Nießbrauch am Unternehmen	508
bb) Treuhand am Unternehmen	509
cc) Unternehmensüberlassung und Art. 90 Abs. 2 S. 3, 4 GG n.F.	509
c) Schlussfolgerung	510
3. Tochtergesellschaften	511
II. Wechselwirkung mit Art. 90 Abs. 2 S. 5 GG n.F.	512
1. Begriff der Öffentlich-Privaten-Partnerschaft	513
2. Auswirkungen von ÖPP	514
3. Einbindung Privater durch den Bund	515
4. Einbindung Privater durch die Infrastrukturgesellschaft	516
5. Schlussfolgerung	518
G. Ergebnisse zu Kapitel 4	520

5. Kapitel

Zusammenfassung in Thesen

A. Kapitel 1	527
B. Kapitel 2	528
C. Kapitel 3	530
D. Kapitel 4	534
Literaturverzeichnis	537
Sachwortregister	582

1. Kapitel

Einleitung

Im Jahr 2017 änderten sich die verfassungsrechtlichen Bestimmungen für die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen.¹ Art. 90 GG regelt im Abschnitt VIII des Grundgesetzes die Eigentumsverhältnisse (Abs. 1) an den und die Verwaltung der Bundesautobahnen (Abs. 2) und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs (Abs. 3, 4). U. a. wird nunmehr die Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung geführt, Art. 90 Abs. 2 S. 1 GG n.F. Eine Besonderheit besteht darin, dass der Bund sich gemäß Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n.F. einer privatrechtlichen Gesellschaft bedienen kann. Nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. steht „diese Gesellschaft“ im „unveräußerlichen Eigentum des Bundes“. Die Neufassung des Art. 90 GG lässt hierbei Fragen offen.² Einer dieser Fragen geht die vorliegende Untersuchung nach: Was meint Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F., wenn er eine Gesellschaft privaten Rechts, die der Bund zur Verwaltung der Bundesautobahnen einsetzen kann, in dessen unveräußerliches Eigentum stellt. Schnell scheint eine Lösung gefunden: Unveräußerliches Eigentum an einer Gesellschaft muss wohl die Inhaberschaft aller Anteile bedeuten.³ Doch wird sich zeigen, dass das (unveräußerliche) Eigentum nach Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. über dieses Verständnis hinausgeht. Der Schwerpunkt der Auseinandersetzung mit Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. liegt auf der Konkretisierung dessen zentraler Begrifflichkeiten: „diese Gesellschaft“, „Eigentum“ und „unveräußerlich(en)“. Zudem werden die Einbettung dieser Gesellschaft in die Bundesverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 S. 1 GG n.F. sowie der Gehalt des Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. in Abgleich mit den weiteren Sätzen des Art. 90 Abs. 2 GG n.F. erforscht.

¹ Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) v. 13.07.2017, BGBl. I, S. 2347.

² S. a. *Ibler*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90, Rn. 3 f.

³ So z. B. *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019), Rn. 49; *Hermes*, in: Dreier, GG III, 3. Aufl. 2018, Art. 90, Rn. 44; *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand 2023, Art. 90, Rn. 14, 15; *Sachs*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 90, Rn. 18; *Faßbender*, in: BK GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018), Rn. 153; *Maiwald*, in: S/H/H GG, 15. Aufl. 2021, Art. 90, Rn. 5; *Wolff*, in: HK GG, 13. Aufl. 2022, Art. 90, Rn. 7; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 90, Rn. 5; *Bickenbach*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 90, Rn. 68; *Herber*, in: Kodal, StraßenR, 8. Aufl. 2021, Kap. 1, Rn. 64.

A. Anlass und Ziel der Untersuchung

I. Anlass der Untersuchung

Der Anlass der Untersuchung ist die Grundgesetzänderung vom 13.07.2017⁴ mit Wirkung zum 20.07.2017. Durch sie sollten nicht nur die bundesstaatlichen Finanzbeziehungen neu geregelt, sondern auch die Grundlagen für eine verbesserte Erfüllung staatlicher Aufgaben im Bundesstaat geschaffen werden.⁵ Hierbei erhielt Art. 90 GG eine neue Fassung⁶:

(1) ¹Der Bund bleibt Eigentümer der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. ²Das Eigentum ist unveräußerlich.

(2) ¹Die Verwaltung der Bundesautobahnen wird in Bundesverwaltung geführt. ²Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen. ³Diese Gesellschaft steht im unveräußerlichen Eigentum des Bundes. ⁴Eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung Dritter an der Gesellschaft und deren Tochtergesellschaften ist ausgeschlossen. ⁵Eine Beteiligung Privater im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften ist ausgeschlossen für Streckennetze, die das gesamte Bundesautobahnnetz oder das gesamte Netz sonstiger Bundesfernstraßen in einem Land oder wesentliche Teile davon umfassen. ⁶Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.

(3) Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften verwalten die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrage des Bundes.

(4) Auf Antrag eines Landes kann der Bund die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in Bundesverwaltung übernehmen.

Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. legt das „unveräußerliche(n) Eigentum des Bundes“ an „diese[r] Gesellschaft“ fest. Dieser Satz bildet den Kern der vorliegenden Untersuchung. Denn es ist nicht aus sich heraus verständlich, was es bedeutet, dass eine Gesellschaft im unveräußerlichen Eigentum des Bundes steht.

⁴ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) v. 13.07.2017, BGBl. I, S. 2347.

⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses v. 31.05.2017, BT-Drs. 18/12588, S. 1; Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 13.02.2017, BT-Drs. 18/11131, S. 1.

⁶ Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) v. 13.07.2017, BGBl. I, S. 2347; s.a. Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses v. 31.05.2017, BT-Drs. 18/12588, S. 5 f.

Die neue Fassung des Art. 90 GG ordnet dem Bund Eigentum an vollkommen unterschiedlichen Bezugsgegenständen⁷ zu: Nicht nur Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. weist dem Bund Eigentum zu. Die Worte „Eigentümer“ und „Eigentum“ finden sich in Art. 90 Abs. 1 GG n.F. und „Eigentum“ in Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. In Art. 90 Abs. 1 S. 1 GG n.F. bezieht sich die Stellung des Bundes als Eigentümer auf die „Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs“. Art. 90 Abs. 1 S. 2 GG n.F. erklärt das Eigentum dann als „unveräußerlich“. Art. 90 Abs. 1 GG n.F. lässt sich mit Art. 89 Abs. 1 GG und vor allem Art. 90 Abs. 1 GG a.F. vergleichen: Bezugsgegenstand sind „...autobahnen“ und „...straßen“. Für das Eigentum nach Art. 90 Abs. 1 GG n.F. wird daher übernommen, was für Art. 89 Abs. 1 GG⁸ und Art. 90 Abs. 1 GG a.F.⁹ von der h.M. vertreten wird¹⁰: Es gibt grundsätzlich kein vom Privatrecht zu unterscheidendes öffentliches Eigentum; das Eigentum an (öffentlichen) Sachen¹¹ ist privatrechtliches Eigentum, wenn auch durch öffentliches Recht überlagert (sog. Theorie des modifizierten Privateigentums)¹².

Diese Erkenntnis, die sich für das Eigentum an (öffentlichen) Sachen seit langem durchgesetzt hat, lässt sich nicht einfach auf Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. übertragen. Das „unveräußerliche(n) Eigentum“ des Abs. 2 S. 3 betrifft „diese Gesellschaft“. Art. 90 Abs. 2 S. 3 GG n.F. knüpft an Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG n.F. an. Demnach „kann“ sich der Bund „einer Gesellschaft privaten Rechts“ zur Erledigung von Aufgaben der Bundesverwaltung der Bundesautobahnen „bedienen“. Der Rückgriff auf die privatrechtliche

⁷ Obschon der Begriff Gegenstand auf eine privatrechtliche Gesellschaft nicht recht passt, soll er weiterhin verwendet werden.

⁸ Z.B. *Ibler*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 89, Rn. 15; *Sachs*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 89, Rn. 9; *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand 2023, Art. 89, Rn. 1; *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 89 (Bearbeitung 2023), Rn. 28.

⁹ Z.B. *Ibler*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 90, Rn. 17; *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 90 (Bearbeitung 2013), Rn. 20.

¹⁰ Vgl. *Ibler*, Die Bundesautobahnen – neue Spielwiesen für Verfassungs-, Verwaltungs-, Zivil- und Wirtschaftsrechtler, FS Ebke 2021, 427, 428; *Ibler*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 90, Rn. 24; *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 90 (Bearbeitung 2019), Rn. 12; *Hermes*, in: Dreier, GG III, 3. Aufl. 2018, Art. 90, Rn. 15; *Sachs*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 90, Rn. 7; *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand 2023, Art. 90, Rn. 1; *Faßbender*, in: BK GG, Art. 90 (Bearbeitung 2018), Rn. 79.

¹¹ Zum Streit, ob es einen öffentlich-rechtlichen Sachbegriff gibt, s. Kap. 3, D. II. 3. a) bb).

¹² Allgemein u. a. *Kluth*, in: Wolff/Bachof u. a., Verwaltungsrecht II, 8. Aufl. 2023, § 76, Rn. 2 ff.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 969 ff.; *Papier/Durner*, in: Ehlers/Pünder, Allg. VwR, 16. Aufl. 2022, § 38, Rn. 18 ff. Näher Kap. 3, D. II. 3. a) aa).