



Bonn, den 15. März 2017

Öffentliche Anhörung

des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages

am 20. März 2017, 14 bis 16 Uhr, in Berlin

Schriftliche Stellungnahme des Bundesrechnungshofes

zu den Entwürfen eines

- **Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 18/11131)**
- **Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften (BT-Drs. 18/11135)**

hier:

Kontrollrechte BRH und sonstige Regelungen

Bezüge: BWV-Stellungnahme vom 18. November 2016
BWV-Stellungnahme vom 25. November 2016
Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss vom
20. Januar 2017

1. Kontrollrechte des Bundesrechnungshofes

Artikel 114 Absatz 2 Satz 2 Grundgesetz-Entwurf (E)

1.1 Ein Schritt in die richtige Richtung

Mit der vorgesehenen Änderung von Artikel 114 Absatz 2 Grundgesetz sollen die Erhebungsrechte des Bundesrechnungshofes bei Stellen außerhalb der Bundesverwaltung gestärkt werden, wenn diese Stellen im Bereich der Mischfinanzierungstatbestände Bundesmittel erhalten und verausgaben.

Unbeschadet der Tatsache, dass der Bundesrechnungshof seit langem die Mitfinanzierung fremder Aufgaben durch den Bund (Mischfinanzierung) insbesondere aufgrund ihrer vielfältigen dysfunktionalen Effekte grundsätzlich

kritisch bewertet,¹ ist die vorgeschlagene Regelung ein Schritt in die richtige Richtung. Denn wenn schon „finanzverfassungssystematisch gesündigt“² wird, muss der Bund zumindest effektive und über die geltende Rechtslage hinausreichende Kontrollrechte auf allen begünstigten Ebenen haben.

Für den Bereich der externen Finanzkontrolle des Bundes schlägt der Gesetzesentwurf diesen Weg ein. Die Verankerung entsprechender Erhebungsrechte für den Bundesrechnungshof auf Verfassungsebene ist folgerichtig. Sie ist aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³ unabdingbar und als gleichsam kompensatorische Maßnahme zur Wahrung des Bundesinteresses notwendig.

1.2 Kreis der Erhebungsadressaten zu eng gefasst

Allerdings ist der Kreis der Erhebungsadressaten zu eng gefasst. Denn die im Gesetzesentwurf vorgesehene Regelung gewährt dem Bundesrechnungshof den Erhebungszugriff nur auf die „*mit der Mittelbewirtschaftung beauftragten Dienststellen der Landesverwaltung*“. Diese Einschränkung ist nicht sachgerecht. Denn bei den hier in Rede stehenden Mischfinanzierungstatbeständen (Artikel 91a, 91b, 104b, 104c und 125c Grundgesetz)⁴ werden die vom Bund zur Verfügung gestellten Mittel oftmals nicht durch die Länder selbst, sondern von anderen Akteuren verausgabt (Endempfänger), wie zum Beispiel von Kommunen und Hochschulen. Deshalb ist es unabdingbar, dass der Bundesrechnungshof auch bei diesen Stellen, die nicht unmittelbar der Landesverwaltung zuzurechnen sind, Erhebungen zur zweckentsprechenden Verwendung der Bundesmittel durchführen kann. Ansonsten liefe das Erhebungsrecht in einem für den Bundeshaushalt finanziell bedeutsamen Teil der Mischfinanzierung leer.

Der Bundesrechnungshof hatte deshalb bereits in seinem Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO vom 20. Januar 2017 an den Haushaltsausschuss des Deutschen

¹ Grundlegend hierzu das BWV-Gutachten zur Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern, 2007.

² So zutreffend der Sachverständige Prof. Dr. Waldhoff in seiner Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Haushaltsausschusses zu Artikel 104b und Artikel 104c Grundgesetz am 6. März 2017.

³ Beschluss vom 7. September 2010 zu § 6a Zukunftsinvestitionsgesetz (BVerfGE 127, 165).

⁴ So die Aufzählung der Mischfinanzierungstatbestände in der Gesetzesbegründung zu Artikel 114 Grundgesetz (BT-Drs. 18/11131, S. 18, Nr. 8).

Bundestages empfohlen, den Begriff „Dienststellen der Landesverwaltung“ durch den umfassenderen Begriff der „Stellen“ zu ersetzen.⁵

Hierzu im Gegensatz sah das Bundesministerium für Finanzen (BMF) die im Gesetzentwurf gewählte Formulierung als ausreichend an.⁶ Der Begriff „Dienststellen der Landesverwaltung“ umfasse auch Kommunen und Hochschulen, wenn die Länder die Bundesmittel aus der Mischfinanzierung an diese weiterleiteten. Sie seien dann Teil der „mittelbaren Landesverwaltung im weiteren Sinne“. Diese Auffassung ist in der Rechtswissenschaft umstritten. Ihr liegt ein grundsätzlicher Meinungsstreit über Begriff und Reichweite der mittelbaren Staatsverwaltung zugrunde, der bis in die Weimarer Republik zurückreicht.

Bleibe es bei der jetzigen Regelung, sähe sich der Bundesrechnungshof in der Praxis gezwungen, die weite Auslegung des Begriffs „Dienststellen der Landesverwaltung“ ggf. auch gegenüber „unwilligen“ Kommunen und Hochschulen durch Verwaltungsakte mit Anordnung des Sofortvollzugs durchzusetzen und sich vor Gericht zu verteidigen, wenn diese die Erhebungsanordnungen gerichtlich angreifen. Die faktische Reichweite seiner Erhebungsrechte wäre damit in der Praxis davon abhängig, welcher Rechtsmeinung die jeweils beteiligten Akteure anhängen, inwieweit sie im Einzelfall geneigt sind, ihre jeweilige Meinung gerichtlich einzuklagen und wie am Ende die jeweils zuständigen Instanz- und Obergerichte entscheiden würden. Wesentliche Ressourcen der externen Finanzkontrolle des Bundes würden damit durch Rechtsstreitigkeiten absorbiert, ohne dass dem ein entsprechender Erhebungsertrag gegenüber stünde. Dies würde nicht nur zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für den Bundesrechnungshof selbst und seine potenziellen Erhebungsadressaten führen. Auch der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages wäre im Unklaren darüber, bezüglich welcher Verwendungsebenen der Bundesrechnungshof ihm in seiner Funktion als Haushaltskontrolleur eine informativ-beratende Berichterstattung über die zweckentsprechende Mittelverwendung und Zielerreichung zukommen lassen könnte.

⁵ Ebenso zuvor der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BWV) in seiner Stellungnahme vom 18. November 2016 zum Referentenentwurf des BMF vom 14. November 2016.

⁶ So die Stellungnahme des BMF zum Bericht des BRH vom 20. Januar 2017 an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages, ebenda, S. 10 f.

Deshalb erscheint es aus Sicht des Bundesrechnungshofes dringend geboten, von vorneherein eine klare, begrifflich eindeutige und rechtlich unangreifbare Regelung zu treffen, auf deren Grundlage der Bundesrechnungshof künftig die Verwendungspraxis der Mischfinanzierungsmittel des Bundes bei allen mittelverwendenden Stellen umfassend ermitteln kann. Dem dient der bereits eingebrachte Textvorschlag, an dem der Bundesrechnungshof festhält. Für diesen spricht im Übrigen auch, dass der Begriff „Stellen“ – anders als der Begriff der „Dienststelle der Landesverwaltung“ – dem Grundgesetz terminologisch nicht fremd ist⁷ und auch die Bundeshaushaltsordnung von „Stellen“ spricht, wenn es darum geht, dass der Bundesrechnungshof außerhalb der Bundesverwaltung Erhebungen durchführen kann.⁸

1.3 Aufsichtsrechte der Bundesverwaltung ungenügend

Während der Gesetzentwurf mit der o. g. Änderung des Artikel 114 Absatz. 2 Grundgesetz für die externe Finanzkontrolle den Weg der Stärkung der bundesseitigen Rechte eingeschlagen hat, ist dies in Bezug auf die Aufsichts- und Kontrollrechte der Bundesexekutive nicht der Fall. Im Gegenteil: Die ursprünglich im Referentenentwurf vom 14. November 2016 für die Bundesverwaltung vorgesehenen Aufsichtsrechte bei Finanzhilfen sind im jetzt von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf entfallen.⁹ Als die Bundesseite vermeintlich „stärkendes“ Moment der Verwendungskontrolle ist lediglich eine Ergänzung in Artikel 104b Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz-E vorgesehen, nach der „*die Einzelheiten der Unterrichtung*“ (nach Satz 1)¹⁰ „*der Bund im Einvernehmen mit den betroffenen Ländern vereinbaren*“ kann. Im Vergleich zur geltenden Rechtslage ist dies eine unterhalb der qualitativen Wahrnehmungsschwelle liegende „Verbesserung“ der Aufsicht des Bundes. Sie gibt dem Bund – anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen – kein Instrumentarium an die Hand, gegenüber den Ländern auf eine zweckentsprechende Mittelverwendung hin-

⁷ Siehe Artikel 13 Absatz 4 Satz 2, 17, 82 Absatz 1 Satz 2 und 129 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz.

⁸ Vgl. § 91 Absatz 1 Satz 1 BHO.

⁹ Dieser sah in Artikel 104b Absatz 2 Grundgesetz folgende Regelung vor: „*Zur Gewährleistung der zweckentsprechenden Mittelverwendung kann die Bundesregierung Bericht und Vorlage der Akten verlangen, Erhebungen bei allen Behörden durchführen und im Einzelfall zur Sicherung der zweckentsprechenden Mittelverwendung Weisungen gegenüber obersten Landesbehörden erteilen.*“

¹⁰ Nach Artikel 104b Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz sind Bundestag, Bundesregierung und Bundesrat auf Verlangen über die Durchführung der Maßnahmen und die erzielten Verbesserungen zu unterrichten.

zuwirken, wo dies aus übergreifender Bundessicht zum Zwecke der Erreichung der gesamtstaatlichen Zielsetzung notwendig erscheint.

Dieser Wegfall der Akzessorietät von Steuerungsrechten der Bundesverwaltung zu den Erhebungsrechten des Bundesrechnungshofes schwächt die Rolle des Bundes entscheidend. Eine autonome Bundesaufsicht aus eigenem Recht wird nicht etabliert. Wenn die Bundesexekutive aber über keine autonomen, von der Zustimmung der Länder unabhängigen Aufsichtsrechte verfügt, kann sie letztendlich nicht für die Sicherstellung der zweckentsprechenden Verwendung der Bundesmittel gegenüber den Ländern verantwortlich gemacht werden. Dies schränkt im Ergebnis auch die Gestaltungs- und Einflussmöglichkeiten des Parlaments in seiner Funktion als Haushaltsgesetzgeber, Haushaltskontrolleur und Beschlussorgan im jährlichen Entlastungsverfahren ein.

Zudem verkennt der Regelungsvorschlag mit seinem Verzicht auf autonome und substantielle Ingerenzrechte der Bundesexekutive die verfassungsrechtliche Rolle der externen Finanzkontrolle in Abgrenzung zur Exekutive: Die Steuerung und Kontrolle der Verwendung von Bundesmitteln durch Länder und Kommunen ist Aufgabe der Bundesexekutive. Spiegelbildlich hierzu hat der Bundesrechnungshof zu prüfen, ob und wie die Bundesexekutive ihre Steuerungs- und Kontrollaufgaben gegenüber den Ländern wahrnimmt. Sieht der Bundesrechnungshof insoweit Schwachstellen, kann er hierüber auch dem Parlament, insbesondere dem Haushaltsausschuss und seinem Rechnungsprüfungsausschuss berichten. Diese können ihrerseits mit Maßgabenbeschlüssen die verantwortlichen Bundesstellen zum Handeln auffordern. Dieser bewährte Gleichklang wird bei der jetzt vorgelegten Regelungssystematik für den gesamten Bereich der Mischfinanzierungstatbestände in erheblichem Maße gestört.

Der Bundesrechnungshof hält deshalb an seiner Auffassung fest, dass für alle Mischfinanzierungstatbestände autonome und substantielle Ingerenzrechte für den Bund in Anlehnung an die im Referentenentwurf ursprünglich vorgesehen Instrumente etabliert werden sollten.

2. Grundsatz der Öffentlichen Ausschreibung

- **§ 30 HGrG i. V. m. § 55 BHO** (Artikel 10 und 11 Nr. 5 Begleitgesetz-E)

Die Bundesregierung beabsichtigt, den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung auch im Unterschwellenbereich aufzugeben. In Zukunft soll der Auftraggeber frei

wählen dürfen zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. Damit soll das Vergaberecht dort an das des Oberschwellenbereichs angepasst werden, wozu aber keine Verpflichtung besteht. Die Wahlfreiheit soll zu einer Vereinfachung des Vergaberechts führen. Die Prüfungserkenntnisse des Bundesrechnungshofes aus dem Baubereich sprechen dafür, den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung beizubehalten. Die Öffentliche Ausschreibung stellt den größtmöglichen Wettbewerb her und führt so zu einem sparsamen und effizienten Einsatz von Haushaltsmitteln. Bei ihr kann jedes Unternehmen ein Angebot abgeben, was bei Hochbaumaßnahmen des Bundes durchschnittlich sieben bis zehn Bieter auch tun. Für Maßnahmen des Bundesfernstraßenbaus gaben im langjährigen Mittel 19 Bieter Angebote ab. Bei der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist es zulässig, nur drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern. Dass gerade die Unternehmen Angebote abgeben, die die besten Konditionen bieten könnten, ist nicht gewährleistet. Zwischen der Intensität des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit des Vergabeergebnisses besteht ein enger Zusammenhang, woraus bislang die Vorgaben des § 30 HGrG/§ 55 Absatz 1 BHO resultierten. Durch die weiten Beurteilungsspielräume bei der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb könnten Auftraggeber versucht sein, unerwünschte Bewerber auszuschließen. Erhalten die ausgewählten Bieter Kenntnis vom festgelegten Bieterkreis, ergeben sich Manipulationsmöglichkeiten (z. B. Preisabsprachen) zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers. Wird der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung aufgegeben, so bewirkt dies zwar eine Vereinfachung des Vergaberechts. Aus Sicht des Bundesrechnungshofes leiden aber Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit, zudem steigt das Korruptions- und Manipulationsrisiko.

3. Weitere Änderungen in der BHO

- **§ 44 BHO** (Artikel 11 Nr. 3 Begleitgesetz-E)

Nach dem Gesetzentwurf müsste das BMF von der Beleihung juristischer Personen des privaten Rechts mit hoheitlichen Verwaltungsaufgaben nach § 44 Absatz 3 BHO künftig nur noch unterrichtet werden. Bisher bedurfte die Beleihung der Einwilligung des BMF. Aus Sicht des Bundesrechnungshofes ist es aber nach wie vor sachgerecht, über die Einwilligung des BMF eine einheitliche Verwaltungspraxis innerhalb der Bundesverwaltung sicherzustellen, um einen „Wildwuchs“ zu vermeiden. Er stellte bereits unter Geltung der jetzigen Rechtslage bei seinen Prüfungen fest, dass bei den geprüften Stellen nicht selten

spezifische Kenntnisse über die Voraussetzungen und die Umsetzung von Beleihungen nach § 44 Absatz 3 BHO fehlten. Da die Entscheidung für eine Beleihung nach wie vor beim Fachressort liegt, kommt es durch die vorgesehene Änderung auch nicht zu einer nennenswerten Stärkung der Ressortverantwortung. Vor diesem Hintergrund sollte die bisherige Regelung bestehen bleiben, zumal der mit einer Streichung dieser Vorgabe verbundene Bürokratieabbau gering ist.

Mit der Anfügung einer Regelung zum Haftungsrückgriff bei Beliehenen wird eine Forderung des Bundesrechnungshofes aus dem Jahr 2012 – zumindest für den Fall der Beleihung nach § 44 Absatz 3 BHO – umgesetzt.

- **§ 48 BHO** (Artikel 11 Nr. 4 Begleitgesetz-E)

Mit der Festlegung von Altersgrenzen durch die Neuregelung des § 48 BHO wird die bisherige Verwaltungspraxis – im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung – ins Gesetz übernommen. Eine gesetzliche Regelung hält der Bundesrechnungshof für geboten, da die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an die Bestimmtheit einer Ermächtigungsnorm so hoch sind, dass für weitere Ausführungen in einer Rechtsverordnung kaum noch Raum bleiben würde.

Damit die Verknüpfung zu dienstrechtlichen Regelungen deutlicher wird, sollten die neuen Regelungen im Bundesbeamtengesetz (BBG) verortet werden. Es handelt sich um eine Zugangsbedingung zum Beamtenverhältnis und im BBG sind auch andere personenbezogene Berufungsvoraussetzungen zu finden. In den meisten Bundesländern befindet sich die Höchstaltersgrenze ebenfalls in den beamtenrechtlichen Regelungen.