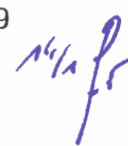


Univ.-Prof. Dr. Ulrich Hufeld
Helmut-Schmidt-Universität /
Universität der Bundeswehr Hamburg
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht
Hufeld@hsu-hh.de

Deutscher Bundestag
2. Untersuchungsausschuss
der 19. Wahlperiode

MAT A SV-1/1

zu A-Drs.: 19(29)49



Deutscher Bundestag
2. Untersuchungsausschuss

Anhörung

„Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge

insbesondere europa-, haushalts- und vergaberechtliche Aspekte“

BT-Drucksache 19/13437

16. Januar 2019

Stellungnahme

Prof. Dr. Ulrich Hufeld

I. Vorbelastung künftiger Haushalte – Ermächtigungsprinzip

Die Hoheit des Parlaments über Einnahmen und Ausgaben – das parlamentarische Budgetrecht – ist ein Eckpfeiler der demokratischen Verfassung. Indem der Bundestag im jährlichen Haushaltsplan in der Genauigkeit einer Jahresplanung (Jährigkeit und Jährlichkeit) alle im Haushaltsjahr fälligen Ausgaben veranschlagt (Vollständigkeit, Fälligkeitsprinzip), verwirklicht er sein Budgetrecht aus Art. 110 GG.

Jedoch trägt die mit der Fälligkeit im Haushaltsjahr verknüpfte Ausgabenermächtigung nicht die Vorbelastung künftiger Haushalte in den nachfolgenden Haushaltsjahren. Politisch können Vorfestlegungen unabweisbar sein, zumal bei öffentlicher Auftragsvergabe im Zuge längerfristiger Planung (Infrastruktur, Verteidigung u.a.). Hier geht es offenkundig um eine wesentliche Politikfähigkeit. Das Haushaltsverfassungsrecht will diese Gestaltungskraft nicht einschränken, aber wiederum dem Parlament vorbehalten. Wie die im Haushaltsjahr fälligen Ausgaben, so sind auch Vorbelastungen künftiger Haushalte abhängig von gegenwärtiger Ermächtigung.

Mit Rücksicht auf die Politikfähigkeit des Bundes einerseits, das parlamentarische Budgetrecht andererseits, unterscheidet das Haushaltsrecht drei Ermächtigungstitel:

- die **Ausgabenermächtigung** für die im kommenden, planerisch abgeschlossenen Haushaltsjahr kassenwirksamen Zahlungen;
- die **Verpflichtungsermächtigung** zur Begründung von Verbindlichkeiten, die in späteren Haushaltsjahren sicher oder hoch wahrscheinlich fällig werden;
- die **Gewährleistungsermächtigung** zur Begründung von (Risiko-)Verbindlichkeiten, die in späteren Haushaltsjahren möglicherweise kassenwirksam werden.

Wer das Ermächtigungsprinzip untertunnelt, untergräbt die Ausgabenhoheit des Parlaments. Ausgaben ohne Deckung im Budget, ohne Rückhalt in einer Ausgaben-, Verpflichtungs- oder Gewährleistungsermächtigung, sind verfassungswidrig. Der Begriff „Ermächtigung“ verdeutlicht die haushaltspolitische Primärfunktion des Bundestages und die Abhängigkeit der Bundesregierung von parlamentarischer Erlaubnis, verweist aber auch auf die allgemeinpolitische Gestaltungsfähigkeit im Zugriff auf gegenwärtige und künftige Ressourcen.

Zu bedenken ist auch: Die Institute der Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung sind Machtbefähigungen für die Gegenwart, schränken aber die Politikfähigkeit in der Zukunft ein. Daraus erklärt sich der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt auch und gerade für zukunftsbezogene und -belastende Verpflichtungen und Gewährleistungen. Die Gebundenheit an frühere Vorfestlegungen, über die politisch vor Jahren, womöglich vorvergangenen Wahlperioden entschieden worden ist, soll demokratisch-parlamentarisch abgesichert sein. Das Phänomen der „Politik-Vorfestlegung in der Zeit“ verbindet den Staatskredit mit Eventualverbindlichkeiten aus staatlicher Bürgschaft, Garantie und sonstiger Gewährleistung. Art. 115 GG unterstellt heikle Institute der Vorgreiflichkeit einem strengen Vorbehalt des Gesetzes.

II. Die Garantie-Zusage im Pkw-Maut-Vertrag „Erhebung“

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat sich im Vertrag „Erhebung“ mit der autoTicket GmbH am 30. Dezember 2018 auf eine Eventualverbindlichkeit eingelassen (u. sub 1). Für diese – ungewisse – (Risiko-)Verbindlichkeit stand das Institut der Verpflichtungsermächtigung von vornherein nicht zur Verfügung (u. sub 2). Das BMVI war angewiesen auf eine Gewährleistungsermächtigung im Format des Art. 115 GG (u. sub 3). Die gesetzliche Ermächtigung lag nicht vor.

1. Die Garantie-Klausel 30.5.4 im Vertrag „Erhebung“

Im Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe (Vertrag „Erhebung“) zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der autoTicket GmbH sowie der CTS Eventim AG & Co. KGaA und der Kapsch TrafficCom AG vom 30. Dezember 2018 findet sich die Garantie-Klausel 30.5.4 für den Fall, dass der Auftraggeber (der Bund) den Vertrag aus ordnungspolitischen Gründen kündigt, darunter „Entscheidungen [...] europäischer Gerichte“. Rechtsfolge der Kündigung ist ein Schadensersatz, der das unionsrechtlich – durch ein Urteil des EuGH – veranlasste Scheitern einseitig und vollständig auf den Auftraggeber verlagert: Der Bund hat für das volle positive Interesse über die gesamte Laufzeit von zwölf Jahren (Erfüllungsinteresse) einzustehen.¹

Diese konditionierte Ersatzpflicht ist kein Annex, keine Nebenpflicht, sondern selbständige Garantie. Sie geht aufs Ganze, spiegelt den Vertrag selbst, indem sie nach Anrechnung dessen, „was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen“ (30.5.4), den Bund für den Gewinnanteil im Preis eintreten lässt. Das verschuldensunabhängige Einstandsversprechen der Klausel 30.5.4 überführt den Preis, eine der wesentlichen Eigenschaften des Geschäfts (*essentialia negotii*), in einen substanzerhaltenden Ersatzanspruch. Dieser Substanzerhaltungsanspruch im Garantiefall, bezogen auf den Vertrag selbst und seine gesamte Laufzeit, ist offenkundig kein Nebenanspruch, die draus resultierende Schuld keine Nebenpflicht. Die Substanzerhaltung perpetuiert das Erfüllungsinteresse der Betreiber bei „*Einzug der Infrastrukturabgabe*“ (vgl. die Überschrift Titel 532 34, Einzelplan 12, Haushaltsplan 2018) auch *bei Nicht-Einzug* der Abgabe infolge konzeptioneller Unionsrechtswidrigkeit.

Der Blick auf die Zeitachse macht bewusst, dass der Garantie-Zusage ein haushaltswirtschaftlich hohes Risiko von Anfang an eingeschrieben war. Denn 2018 war absehbar, dass der EuGH 2019, spätestens im Frühjahr 2020 entscheiden wird, vor oder jedenfalls mit Beginn der Vertragslaufzeit bis Anfang der 2030er Jahre. Damit war offenkundig, dass sich im Garantiefall, nach einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen, das Substanzerhaltungs-Risiko nicht etwa für eine Restlaufzeit, sondern vollumfänglich realisiert, ohne Aussicht auf Einnahmen aus der Abgabenerhebung.

¹ Ausführliche vertrags- und zivilrechtliche Analyse: *Florian Wagner-von Papp*, in: Hufeld/Wagner-von Papp, Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe vor dem Urteil des EuGH vom 18. Juni 2019: Budgetflüchtige Risikoverwaltung?, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 19.8.2019, S. 6 ff., 30 ff.

2. Reichweite der Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2018

Das materielle Recht der Infrastrukturabgabe im InfrAG und der flankierende Titel 532 34 im Einzelplan 12 des Bundeshaushalts 2018 („Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“) können auf der Linie des BMVI als „Auftrag“ gelten „vom Gesetzgeber an die Bundesregierung und das Bundesverkehrsministerium, die Pkw-Maut baldmöglichst umzusetzen“². Indessen wollten und durften das InfrAG und der Haushaltsplan 2018 keine Handhabe bieten für eine Substanzerhaltungsgarantie im Zuschnitt der Klausel 30.5.4.

Das Sachgesetz (InfrAG) steuert nicht die haushaltswirtschaftlichen Folgen; das Haushaltsrecht begründet eigenständigen Ermächtigungsbedarf (s.o. sub I). Der Haushaltsplan 2018 sah geringfügige Ausgabenermächtigungen vor „im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Erhebung der Infrastrukturabgabe“ (Titelgruppe 03) – vor allem aber eine Verpflichtungsermächtigung mit Fälligkeiten für die Haushaltsjahre 2020 bis 2032 im Umfang von 2,08 Mrd. Euro (Titel 532 34). Mit der haushaltsplanerischen Vorsorge für Vergabeverfahren, Abschluss von Verträgen und deren langjährige Durchführung hat sich das Parlament für die Instrumente der (vermeintlichen) Gewissheit oder (vermeintlich) hohen Wahrscheinlichkeit entschieden, für die Vorausbelastung durch Verpflichtungsermächtigung im Format des § 38 BHO. Daran war das BMVI gebunden. Dass der Bundestag diese Ermächtigung mit einer Gewährleistungsermächtigung fusionieren und im Haushaltsplan implizit vertragliche Gewährleistungsrisiken auf dem Risiko-Niveau des Art. 115 Abs. 1 GG, § 39 BHO freigeben wollte, ist nicht ersichtlich. „Ausgaben für den Einzug“ (Titel 532 34) umzuwidmen in einen Titel für garantierte Substanzerhaltung *bei Nicht-Einzug*, wäre unvereinbar mit Zweckbindung (§§ 17, 45 BHO) und Kategorie der Verpflichtungsermächtigung (§ 38 BHO). Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung stehen tatbestandlich (Gewissheit/Ungewissheit) im Verhältnis der Exklusivität.

3. Garantie-Zusage ohne Ermächtigungsrückhalt

Mit dem Ermächtigungstitel 532 34 „Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“ verfügte das BMVI über haushaltsrechtlichen Rückhalt für das (vermeintlich sichere oder doch hoch wahrscheinliche) Szenario der Vertragsdurchführung 2020–2032, allenfalls für unselbständige Abwicklungskosten im (vermeintlich unwahrscheinlichen) Kündigungsfall, etwa Auf-

² www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/Maut/top-4-fragen-und-antworten.html (Zugriff: 11.1.2020).

wendungsersatz für erbrachte Leistungen. Diesem Muster entspricht der Vertrag „Automatische Kontrolle“ vom Oktober 2018 mit der MTS Maut & Telematik Services GmbH und der Kapsch TrafficCom AG³; diese übliche, an § 648a Abs. 5 BGB angelehnte Vertragsgestaltung ist haushaltsrechtlich nicht zu beanstanden.

Demgegenüber ist die Selbständigkeit und Außerordentlichkeit des Garantieverprechens im Vertrag „Erhebung“ mit Händen zu greifen. Mit der Zusage ökonomischer Substanzerhaltung für den Garantiefall (s.o. sub 1) hat sich das BMVI ersichtlich von einer vertragsüblichen Risikoverteilung gelöst und ein Vertragsgewährleistungsrisiko übernommen – ohne Rückhalt in einem „Art. 115-Gesetz“. Die politisch gewillkürte „Übernahme“ (Art. 115 Abs. 1 GG), eine vertragsrechtlich und haushaltspolitisch eigenständige Risikoübernahme, mithin *außerordentlichen Haftungsrisikopolitik*, ist ein „Garantie“-Fall i.S. des Art. 115 Abs. 1 GG. Diese Norm will die zivilrechtlich atypische, haushaltsrechtlich außerordentliche, vielleicht erwünschte Risikokalkulation und Risikopolitik nicht verbieten, wohl aber dem haushaltsverfassungsrechtlich elementaren Ermächtigungsprinzip, hier der *Gewährleistungsermächtigung* unterstellen.

Art. 115 Abs. 1 GG berücksichtigt auf der Tatbestandsseite zivilrechtliche Vertragstypen, die außerordentliche Haftungsbereitschaft indizieren. Letztlich aber verfolgt die Norm einen genuin staatsorganisationsrechtlichen, näherhin haushaltsverfassungsrechtlichen Kontroll- und Kompetenzzuweisungszweck. Das ist entstehungsgeschichtlich verbürgt. Die preußischen Vorläufer von 1848 und 1850 erfassten die „Uebernahme von Garantien zu Lasten des Staates“, die Reichsverfassung von 1871 die „Uebernahme einer Garantie zu Lasten des Reichs“ (Art. 73), die Weimarer Reichsverfassung von 1919 die „Übernahme einer Sicherheitsleistung zu Lasten des Reichs“ (Art. 87). Das Grundgesetz hat zunächst den Begriff der „Sicherheitsleistung“ übernommen, 1969 die „Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen“ an seine Stelle gesetzt. Durchweg geht es um eine „außerordentliche“ (Art. 73 RV 1871), in ihrer Haushaltswirksamkeit ungewisse Risikoübernahme, um eine politisch verselbständigungsfähige „Übernahme“-Entscheidung außerhalb der haushaltswirtschaftlichen Routine. Mit der Außerordentlichkeit der Risikopolitik korrespondiert der besondere Gesetzesvorbehalt.

³ Die Regelung Ziff. 33.4.2 im Vertrag „Automatische Kontrolle“ (Oktober 2018) kopiert im Wesentlichen das Haftungsregime, das, bei Inanspruchnahme des dispositiven Rechts, kraft des § 648a Abs. 5 BGB gegolten hätte; dazu ausführlich *Wagner-von Papp* (o. Fn. 1), S. 8 ff. Insoweit handelt es sich nicht um ein außerordentliches Haftungsrisiko und nicht um eine darauf bezogene haushaltspolitisch relevante Risikoübernahme i.S. des Art. 115 Abs. 1 GG.

Art. 115 Abs. 1 GG, § 39 BHO verlangen eine „der Höhe nach“ bestimmte, zudem eine ausdrückliche, gerade auf das besondere Risiko bezogene *Gewährleistungsermächtigung*. Diese, nur diese eröffnet und begrenzt den Erlaubniskorridor. Die *Verpflichtungsermächtigung* 2018 im Einzelplan 12 gab künftige „Ausgaben für den Einzug“ frei – für eine Gewährleistung bei Nicht-Einzug war sie schon kategorial nicht geeignet. Diese mit Art. 115 Abs. 1 GG bewirkte Trennung der Ermächtigungstitel spiegelt sich auch in der Zweiteilung der §§ 38, 39 BHO.

Art. 115 Abs. 1 GG will die im Tatbestand erfasste, außerordentliche Haushaltspolitik nicht verhindern. Wohl aber blockiert die Norm eine (Allein-)Entscheidung der Exekutive. Sie befestigt den haushaltsrechtlichen Parlamentsvorbehalt. Die Gewährleistungsermächtigung setzt eine Kalkulation voraus, die Vorteile einer Risikopolitik in Vertragsform und die Haushaltsrisiken gegenüberstellt. Das Grundgesetz determiniert diese Abwägung nicht inhaltlich; Art. 115 Abs. 2 GG („Schuldenbremse“) ist auf die Kredit-, nicht auf die Gewährleistungsermächtigung anwendbar. Das Grundgesetz vertraut auf Kompetenz und Verfahren, auf die parlamentarische Kompetenz und auf das Verfahren der Bundesgesetzgebung. Auf eine Risikoeintrittswahrscheinlichkeit kommt es für den Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG nicht an. Insbesondere ist die parlamentarische Kompetenz nicht abhängig von einer vorgelagerten Risikobewertung anderer Verfassungsorgane. Der Bundesregierung kommt nicht die Kompetenz zu, kraft eigenen Ermessens über Art. 115 Abs. 1 GG zu disponieren, gleichsam den Zugang zu einem Parlamentsvorbehalt zu regulieren. Die Risikobewertung – im Hinblick auf Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe – ist nicht Voraussetzung, sondern Teil des Parlamentsvorbehalts. Sie ist wie die Entscheidung über eine Gewährleistungsermächtigung sowie deren Umfang und Wirtschaftlichkeit Sache des Deutschen Bundestages.

III. Zum Bericht des Bundesrechnungshofs vom November 2019

Am 18. November 2019 hat der Bundesrechnungshof einen Bericht (§ 88 Abs. 2 BHO) über die Verträge zur Infrastrukturabgabe⁴ vorgelegt und insbesondere zur Kostenreduzierung nach Vorlage des finalen Angebots und zum Ermächtigungsrahmen im Bundeshaushaltsplan 2018 (u. sub 1) Stellung genommen. Seine vergaberechtliche Kritik betrifft das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und damit eine Schnittstelle Vergaberecht/Haushaltsrecht (u. sub 2).

⁴ Gz. V 3 – 2019 – 0378.

1. Ausgabenverlagerung

Der Bundesrechnungshof hat festgestellt, dass das „zweite finale Angebot“⁵ der Bieter (auto-Ticket GmbH sowie der CTS Eventim AG & Co. KGaA und der Kapsch TrafficCom AG) mit 1,975 Mrd. Euro mehr als eine Mrd. Euro unter dem ersten finalen Angebot lag. Die Reduktion erkläre sich daraus, dass das BMVI die Leistungsbeschreibung angepasst, insbesondere die Mitbenutzung von Zahlstellenterminals in Aussicht gestellt, zusätzliche variable Vergütungsbestandteile eingeführt sowie eine gesonderte Erstattung von Portokosten zugesagt habe.

Diese Vorgänge können ohne nähere Aktenkenntnis nicht umfassend gewürdigt werden, insbesondere muss die vergaberechtliche Seite hier außer Betracht bleiben. Verbesserte Wirtschaftlichkeit, etwa infolge der Mitbenutzung der Toll Collect-Infrastruktur, ist haushaltsrechtlich gewiss nicht zu beanstanden. Allerdings legen die Befunde des BRH einen Verstoß gegen die Grundsätze der Haushaltswahrheit, -klarheit und -vollständigkeit nahe. So hat der BRH mit Blick auf die Mitbenutzung von Zahlstellenterminals festgestellt, dass Toll Collect im Verhältnis zu den Betreibern der Pkw-Maut festgelegte Beträge in Rechnung stellen sollte. „Darüber hinausgehende Kosten sollte der Bund der Toll Collect direkt erstatten. Die erwarteten Kosten dafür wurden mit 144 Mio. Euro über die ordentliche Vertragslaufzeit von zwölf Jahren veranschlagt.“⁶ Nimmt man die weiteren Maßnahmen hinzu (zusätzliche variable Vergütungsbestandteile, Verlagerung der Portokosten auf den Bund: Umsatzsteuer-Mindereinnahmen oder Zusatzkosten), „hat es das BMVI unterlassen, alle voraussichtlichen Ausgabepositionen aus dem Vertrag „Erhebung“ in Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags in den Angebotspreis einzurechnen“⁷.

Wenn die Feststellungen des BRH zutreffen, lag der reduzierte Angebotspreis – nach der Anpassung der Leistungsbeschreibung – mit 1,975 Mrd. Euro nahe bei den verfügbaren 1,977 Mrd. Euro (2,08 abzüglich des für den Vertrag „Automatische Kontrolle“ in Anspruch genommenen Teils der Verpflichtungsermächtigungen). Wenn das Volumen der Verpflichtungsermächtigung im Titel 532 34 (Einzelplan 12 des Bundeshaushalts 2018) für künftige „Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“ annähernd ausgeschöpft war, dann war die ungedeckte Vorausbelastung künftiger Haushalte „in Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags“

⁵ Die im Bericht des BRH gesetzten Anführungszeichen dürften als Hinweis darauf zu verstehen sein, dass eine Neufassung des finalen Angebots vergaberechtlich ausgeschlossen war.

⁶ BRH, Bericht V 3 – 2019 – 0378, S. 14.

⁷ BRH, Bericht V 3 – 2019 – 0378, S. 24.

ein Verstoß gegen das Ermächtigungsprinzip. Eine Bewirtschaftungsmaßnahme ohne Ermächtigungsgrundlage (s.o. sub I) ist unzulässig, verstößt gegen den Parlamentsvorbehalt im Haushaltsverfassungsrecht und gegen §§ 10 Abs. 2, 38 Abs. 1 Satz 3 BHO. Über „erhebliche Änderungen der Haushaltsentwicklung“ (§ 10 Abs. 2 BHO) hätte das BMVI Bundestag und Bundesrat unterrichten (Notwendigkeit einer § 10 Absatz 2-Vorlage) und ggf. auf eine überplanmäßige Verpflichtungsermächtigung (§ 38 Abs. 1 Satz 3 BHO) hinarbeiten müssen.

2. Schnittstelle Vergaberecht/Haushaltsrecht

Ein Verstoß gegen das Vergaberecht hat haushaltsrechtliche Relevanz. Die Verpflichtung aus § 55 Abs. 1 BHO zur öffentlichen Ausschreibung kann als haushaltsrechtliche Brücke zwischen dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsmaßstab (Art. 114 Abs. 2 GG, § 7 BHO) und den konkreten Anforderungen des Vergaberechts gelten. Ein Vergabeverfahren mit wettbewerbsbeschränkenden, die Chancengleichheit durchkreuzenden Verhaltensweisen – insbesondere das individuell unzulässig nachverhandelte Angebot⁸ und die daraus resultierende Privilegierungsgefahr – reduziert die Auswahl zwischen Angeboten und die Aussicht auf das wirtschaftlichste Angebot.

Der BRH hat festgestellt, dass dem BMVI am Ende des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb (§ 17 VgV) nur ein „endgültiges Angebot“ (§ 17 Abs. 10 Satz 1 VgV) vorlag, das finale Angebot der autoTicket GmbH und deren Gesellschafter CTS Eventim AG & Co. KGaA und Kapsch TrafficCom AG. Das BMVI habe das Angebot im November und Dezember 2018 in individuellen Aufklärungs- und Verhandlungsgesprächen nachverhandelt, gegen § 17 VgV⁹. An der Verringerung des Angebotspreises um mehr als ein Drittel sei abzulesen, dass Leistungsbeschreibung und Angebotsinhalt wesentlich verändert worden seien.¹⁰

Wenn diese Befunde zutreffen, werfen sie ein Licht auf die klassische Fiskalfunktion der wettbewerblichen Vergabe. Mag das Vergaberecht auch drittschützende Wirkung zugunsten anderer Bieter haben, schützt es zuallererst das Wirtschaftlichkeitsprinzip. Auf eine ordnungsgemäße Haushaltswirtschaft wirkt der Deutsche Bundestag hin als Organ der demokratischen Finanzkontrolle und Entlastungsorgan (Art. 114 Abs. 1 GG).

⁸ Markus Groß, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 55 Rn. 17 zum „Verbot des Nachverhandelns“ als wesentliches Kennzeichen des Wettbewerbsprinzips.

⁹ § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV sperrt die Verhandlung der „endgültigen Angebote“.

¹⁰ BRH, Bericht V 3 – 2019 – 0378, S. 13 ff., 17.