

**MAT A SV-1/3**

zu A-Drs.: 19(29)49

15/1  
f

# **Gutachtliche Stellungnahme**

zu haushaltsrechtlichen Fragen  
im Zusammenhang mit den vom  
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur  
im Jahr 2018 geschlossenen Verträgen  
zur Umsetzung der Infrastrukturabgabe

erstattet  
im Auftrag des  
**Deutschen Bundestages,  
2. Untersuchungsausschuss  
der 19. Wahlperiode**

begleitend zur Anhörung als Sachverständiger  
am Donnerstag, dem 16. Januar 2020  
in Berlin, Paul-Löbe-Haus

von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Gröpl  
St. Ingbert, 15.1.2020

Dienstadresse:  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht  
Universität des Saarlandes,  
Campus B4.1, 66123 Saarbrücken

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	2
<b>A. Auftrag</b> .....	3
<b>B. Sachstand</b> .....	4
I. Sachstand gemäß dem Rechtsgutachten Hufeld/ Wagner-von Papp .....	4
1. Zwei Verträge .....	4
2. Folgen bei Kündigung der Verträge .....	5
II. Ergebnisse des Gutachtens Hufeld/von Papp im Überblick .....	7
III. Ergänzungen .....	8
<b>C. Haushaltsrechtliche Würdigung</b> .....	9
I. Keine Erforderlichkeit einer Gewährleistungsermächtigung .....	9
1. Das Konzept des Gutachtens Hufeld/Wagner-von Papp .....	9
2. Kein lückenloses System des geltenden Haushaltsrechts für Ermächtigungen zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren .....	11
a) Ausgabeermächtigungen .....	12
b) Verpflichtungsermächtigungen .....	12
c) Planstellen .....	13
d) Gewährleistungsermächtigungen .....	13
aa) Bürgschaft .....	14
bb) Sonstige Gewährleistung .....	14
cc) Garantie .....	15
dd) Stellungnahme .....	16
3. Alternativität statt Kumulation der Ermächtigungsgrundlagen .....	19
a) „Binarität“ als Dichotomie .....	20
b) Unbehelflichkeit in der Praxis .....	20
c) Keine Doppelermächtigungen in der bisherigen Haushaltspraxis .....	20
II. Grundsätzliche Legitimation durch die vorhandenen Verpflichtungsermächtigungen .....	21
1. Verpflichtungsermächtigung .....	22
2. Haushaltsplan 2018 .....	22
3. Verfügbarkeit der Verpflichtungsermächtigungen .....	22
a) Vereinbarter Angebotspreis .....	22
b) Verpflichtungen zu weiteren Zahlungen? .....	23
4. Keine vorsorgliche Veranschlagung von Schadensersatz .....	25
III. Beachtung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit .....	26
1. Rechtsgrundlagen .....	26
2. Durchführung von „Risikoworkshops“ und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen – Risikobewertung .....	27
3. Schadensersatzvereinbarung im „Vertrag Erhebung“ („Betriebsvertrag“) .....	28
a) Bundesrechnungshof .....	28
b) Kritische Rechtsgutachten und Stellungnahmen .....	29
c) Rechtfertigendes Gutachten von Linklaters .....	30
d) Entgegnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur .....	31
e) Stellungnahme .....	31
IV. Ergebnisse .....	32

## A. Auftrag

Mit Schreiben vom 7.1.2020 bittet der Auftraggeber unter Bezugnahme auf den Beschluss zur Einsetzung des 2. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode vom 27.11.2019 (BT-Drucks. 19/15543) und den Beweisbeschluss SV-1 des 2. Untersuchungsausschusses vom 12.12.2019 um die Erstattung eines Gutachtens zur haushaltsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Thema „Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge“.

Die dabei vor allem interessierenden Aspekte betreffen die Frage, ob und inwieweit das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur insbesondere bei dem am 20.12.2018 geschlossenen Vertrag zur Umsetzung der Infrastrukturabgabe („Vertrag Erhebung“ = „Betreibervertrag“)

- I. einer Gewährleistungsermächtigung bedurft hätte,
- II. eine verfügbare Verpflichtungsermächtigung in Anspruch nehmen durfte,
- III. die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachtet hat.

Das Gutachten wird unparteiisch erstattet.

## B. Sachstand

### I. Sachstand gemäß dem Rechtsgutachten Hufeld/ Wagner-von Papp

Nach dem Rechtsgutachten „Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe vor dem Urteil des EuGH vom 18. Juni 2019: Budgetflüchtige Risikoverwaltung? – Rechtliche Würdigung am Maßstab des Haushaltsverfassungsrechts“ von Univ.-Prof. Dr. Ulrich Hufeld und Univ.-Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M., im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 19.8.2019,

im Folgenden „Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp“,

S. 6 ff., stellt sich der Sachstand wie folgt dar,

hier nicht wiedergegeben sind die Fußnoten-Anmerkungen des Gutachtens Hufeld/von Papp:

#### 1. Zwei Verträge

Die Erhebung und Kontrolle der Infrastrukturabgabe – „Pkw-Maut“ –

(die Bezeichnung „Pkw-Maut“ ist abgabenrechtlich nicht treffsicher, da die Infrastrukturabgabe nicht als streckenbezogene Nutzungsgebühr, für die allein die Bezeichnung Maut zutrifft, konzipiert war, sondern zeitbezogene Nutzungsgebühr, vgl. im Einzelnen Heffinger, Die Infrastrukturabgabe, 2018, S. 88 f.; im Folgenden wird die Bezeichnung „Pkw-Maut“ aufgrund ihrer Gängigkeit gleichwohl verwendet, wenn auch in Anführungszeichen)

ist in zwei Verträgen geregelt,

- a) dem Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe zwischen der Bundesrepublik Deutschland („Auftraggeber“) einerseits sowie der autoTicket GmbH („Betreiber“) und der CTS Eventim AG & Co. KGaA („Gesellschafter 1“) und der Kapsch TrafficCom AG („Gesellschafter 2“) andererseits nebst Anlagen, verhandelt am 30.12.2018 in Berlin („Vertrag Erhebung“ oder „Betreibervertrag“), und
- b) dem Vertrag über die Planung, Entwicklung, Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems zwischen der Bundesrepublik Deutschland („Auftraggeber“) und der MTS Maut & Telematik Services GmbH („Auftragnehmer“) und der Kapsch TrafficCom AG („Gesellschafter“) nebst Anlagen vom 22.10.2018 („Vertrag Kontrolle“ – im Gutachten Hufeld/von Papp bezeichnet als „Vertrag Automatische Kontrolle“).

## 2. Folgen bei Kündigung der Verträge

Die beiden Verträge sehen Regelungen zur Kündigung des jeweiligen Vertrages durch den Auftraggeber aufgrund „ordnungspolitischer Gründe“ vor, zu denen unter anderem zählen: „Entscheidungen [...] europäischer Gerichte [...], die eine Kündigung durch den Auftraggeber (ganz oder teilweise) erforderlich oder dem Auftraggeber die Weiterführung des Vertrags in der bestehenden Form unzumutbar machen, auch soweit eine solche [...] Entscheidung [...] bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist.“

Die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung sind in den beiden Verträgen unterschiedlich geregelt:

- a) Im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) ergibt sich die Rechtsfolge einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen aus Ziffer 30.5.4, die in den hier relevanten Teilen wie folgt lautet:

*„(i) Kündigt der Auftraggeber den Vertrag gemäß [...] Ziffer 26.3.4v) [Anm. der Gutachter Hufeld/Wagner-von Papp: also aufgrund ordnungspolitischer Gründe], [...] ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 erfüllt ist, [...] und*

*(ii) handelt es sich dabei jeweils um einen Fall der Beendigung ohne Übernahme [...],*

*hat der Betreiber Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises, wie er sich auf Basis der Anlage 29.5.1 ergeben würde, wenn ein Angebot Dritterwerb Aktiva angenommen worden wäre; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen oder durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen (einschließlich der Verwendung in Verbundenen Unternehmen) erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen. Außerdem gilt Ziffer 20.9.1e) entsprechend [Anm. der Gutachter Hufeld/Wagner-von Papp: letztere Ziffer erlegt den Betreiberparteien eine Schadensminderungsobliegenheit auf]. Der Betreiber hat detailliert dazu vorzutragen und zu beziffern, was er sich anrechnen lässt und was nicht und jegliche Nichtanrechnung detailliert zu begründen. Darüberhinausgehende Ansprüche der Betreiberparteien sind ausgeschlossen, soweit dieser Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder vorsätzliches Handeln des Auftraggebers den Anspruch begründet. [...]“.*

Anlage 29.5.1 zum „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“), auf den die oben zitierte Ziffer 30.5.4 verweist, bestimmt für den Fall der Kündigung durch den Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen, ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 vorliegt, als Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände den Bruttounternehmenswert, wie er sich aus Anlage 28.4.1 Teil A ergibt, aber ohne die Abzüge, die dort für die Ermittlung des Equity Values vorgesehen sind. Allerdings soll der Bruttounternehmenswert bei Rückstellungen in der Bilanz des Betreibers für Pensionen und ähnliche Verpflichtungen i.S.d. § 266 Abs. 3 lit. B Nr. 1 HGB angepasst werden, sofern nicht die Verpflichtungen beim Verkäufer verbleiben oder bereits in der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts berücksichtigt wurden. Die exakten Modalitäten der Anpassung des Bruttounternehmenswerts sind unklar, da die Formulierung der entsprechenden Vertragsklausel unvollständig ist.

Gemäß Anlage 28.4.1 Teil A 1. wird der

*„objektivierte Gesamtunternehmenswert (Bruttoundernehmenswert, Enterprise Value) des Betreibers [...] mit Hilfe der Discounted Cash-Flow Methode (DCF) auf Basis der Bruttokapitalisierung (WACC-Ansatz) als objektivierter Unternehmenswert gemäß den Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) (IDW S 1) in der zum Bewertungsstichtag aktuellen Fassung ermittelt („Bruttoundernehmenswert“).“*

Zur Ermittlung des Bruttoundernehmenswertes

*„ist die Restlaufzeit des Vertrages bis zum Ende der Ordentlichen Laufzeit (bzw. etwaiger Verlängerungszeiträume) zugrunde zu legen; eine etwaige Kündigung des Vertrages bleibt hierbei unberücksichtigt.“*

Die „Ordentliche Laufzeit“ ist definiert in Ziffer 26.2.1 des „Vertrags Erhebung“ („Betreibervertrag“) und beginnt danach

*„mit dem Vertragsbeginn [Anm. der Gutachter Hufeld/Wagner-von Papp: dies ist gem. Ziffer 26.1.1 des Vertrages Erhebung der 1.1.2019, 00.00 Uhr] und endet zwölf Jahre nach Beginn der Erhebung [...].“*

Die Rechtsfolge einer Kündigung durch den Auftraggeber allein aufgrund ordnungspolitischer Gründe ist nach dem Vertrag demgemäß der objektivierte Unternehmenswert (Bruttoundernehmenswert) nach WACC, wie er sich ergäbe, wenn die Tätigkeit über zwölf Jahre nach Beginn der Erhebung fortgeführt worden wäre.

- b) Auch im „Vertrag Kontrolle“ sind ordnungspolitische Gründe als Kündigungsgrund für den Auftraggeber vorgesehen (Ziffer 32.3.2s). Die Rechtsfolgen im Falle der Kündigung durch den Auftraggeber aufgrund ordnungspolitischer Gründe sind in Ziffer 33.4.2 geregelt. Die Entschädigung ist nach Vertragsphasen gestaffelt.

In „Phase 1 und 2“ ist derjenige Anteil der „Festen Vergütung I“ zu entrichten, der dem Anteil der errichteten bzw. beschafften „Technischen Lösung“ zum Stichtag des Wirksamwerdens der Kündigung entspricht, zuzüglich des Wertes nachgewiesener Ansprüche Dritter gegen den Auftragnehmer aufgrund der vorzeitigen Beendigung der Verträge (breakage costs) abzüglich des Wertes der Zahlungsansprüche und Gewinne des Auftragnehmers aufgrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung (breakage gains), der Zahlungsansprüche des Auftragnehmers gegen Versicherungen im Zusammenhang mit der Kündigung sowie derjenigen Aufwendungen, die eine der Auftragnehmerparteien erspart, und desjenigen, was eine Auftragnehmerpartei erwirbt oder zu erwerben schuldhaft unterlässt. Die Bestandteile sind auf den Stichtag des Wirksamwerdens der Kündigung zu diskontieren. Im Gegenzug kann der Auftraggeber entweder Übertragung des Eigentums an den existierenden „Physischen Komponenten“ verlangen oder ihren Abbau sowie ihre Entsorgung.

Bei einer Kündigung durch den Auftraggeber aufgrund ordnungspolitischer Gründe in „Phase 3“ ergibt sich ein Anspruch auf einmalige Zahlung, die sich

zusammensetzt aus der auf die restliche „Ordentliche Laufzeit“ bezogenen anteiligen „Festen Vergütung I“ sowie indexierten anteiligen „Festen Vergütung II“ und den nachgewiesenen Ansprüchen Dritter gegen den Auftragnehmer aufgrund der vorzeitigen Beendigung der Verträge (breakage costs). Hier-von abgezogen werden die gleichen Abzugsposten wie bei Kündigung in Phase I sowie zusätzlich der Verkehrswert des Sachvermögens (außer den „Physischen Komponenten“) zum Stichtag des Wirksamwerdens der Kündigung sowie das Barvermögen des Auftragnehmers. Die Bestandteile sind in der gleichen Weise zu diskontieren wie bei Kündigung in Phasen 1 oder 2. Im Gegenzug kann der Auftraggeber bei Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen in Phase 3 lediglich verlangen, dass der Auftragnehmer „Optionale Leistungen“ zum Rückbau der Technischen Lösung erbringt.

## II. Ergebnisse des Gutachtens Hufeld/von Papp im Überblick

Die hier interessierenden wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens Hufeld/von Papp lauten wie folgt,

Siehe dort S. 4 f. (die Nummerierung folgt der des Gutachtens Hufeld/von Papp):

- „3. Der Bund übernimmt durch Verpflichtung (§ 38 BHO) unbedingte Verwaltungsschulden. Mit der Gewährleistung (§ 39 BHO) lässt er sich auf potentielle Schulden im ungewissen Haftungsfall ein. Die Verpflichtung ist kalkulierbar, die Gewährleistung ein Kalkulationsproblem. Art. 115 Abs. 1 GG nimmt den Bundestag in die Haushaltsverantwortung für alle Gewährleistungsformate. Risikopolitik mit der ihr zugrundeliegenden Risikobewertung wird dem Parlament vorbehalten, der Regierung vorenthalten.
4. Art. 115 Abs. 1 GG, § 39 Abs. 1 BHO zielen auf politisch gewillkürte, haushaltspolitisch eigenständige, in der Vertragsgestaltung atypische Risiken (außerordentliche Haftungsrisikopolitik). Sie verlangen deshalb eine „der Höhe nach“ bestimmte, zudem ausdrückliche, gerade auf das besondere Gewährleistungsrisiko bezogene Grundlegung durch Bundesgesetz.
5. Das Haushaltsrecht begründet zweifachen Ermächtigungsbedarf für Verträge, die alternative Szenarien programmieren und „Art. 115-Risiken“ einschließen. Die Verpflichtungsermächtigung deckt nicht die Übernahme von Haftungsrisiken im „Art. 115-Format“. Sie erlaubt Vorbelastungen aus der (vermeintlich) sicheren/wahrscheinlichen Vertragsdurchführung. Nur die gesetzliche Gewährleistungsermächtigung kann die Risikoübernahme für den Fall der (vermeintlich) unwahrscheinlichen Haftung tragen.
6. Die zivilrechtliche Qualifikation ergibt, dass sich das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in den Maut-Verträgen vom Oktober und Dezember 2018 auf selbständige Garantieverprechen eingelassen hat. Die Risikoverteilung im Vertrag „Automatische Kontrolle“ entspricht immerhin dem gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB. Die Garantie im Vertrag „Erhebung“ sieht dagegen eine Schadensersatzzahlung vor, die ein aus Sicht der Vertragsparteien zufälliges Risiko vollständig und einseitig auf den Bund

verlagert. Dieser hat nach Kündigung aus wichtigem Grund für das volle positive Interesse des Betreibers über die gesamte Laufzeit von zwölf Jahren einzustehen. Die Abrede weicht gravierend vom gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB ab.

7. Für die selbständige Garantie im Vertrag „Automatische Kontrolle“ kommt eine teleologische Reduktion des Art. 115 Abs. 1 GG in Betracht. Hingegen ist das Garantieverprechen im Vertrag „Erhebung“ eine Gewährleistungszusage im Anwendungsbereich des Art. 115 Abs. 1 GG: außerordentliche Haftungsrisikopolitik. Die Vertragsgestaltung bürdet dem Bund haushaltspolitisch eigenständige, atypische Risiken auf.
8. Die Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2018 (Einzelplan 12) deckt künftige „Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“. In Übereinstimmung mit den Budgetfunktionen (Lenkung, Legitimation und Kontrolle) hat der Bundestag die Verpflichtungsermächtigung mit einer „spezialisierten“ Zweckbindung versehen, „speziell“ zugeschnitten auf die Durchführung der Maut-Betreiberverträge.
9. Die Erklärung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom Juli 2019 legt nahe, dass das Ministerium den Haushaltsplan 2018 auch für die riskante Garantie im Vertrag „Erhebung“ in Anspruch nehmen will. Mit Ausdehnung der Verpflichtungsermächtigung auf Risiken im „Art. 115-Format“ wird der zweifache Ermächtigungsbedarf überspielt.
10. Der Adressat der Verpflichtungsermächtigung, der eine implizite Risikoermächtigung für sich reklamiert, verletzt budgetflüchtig Haushaltsverfassungs- und einfaches Haushaltsrecht (Art. 115 Abs. 1 GG, §§ 38, 39 BHO). Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat im Dezember 2018 das Risikoermessen an sich gezogen, das Art. 115 Abs. 1 GG dem Parlament vorbehält, freihändig der Garantie im Vertrag „Erhebung“ zugestimmt und damit ohne Ermächtigungsgrundlage die künftige Haushaltsplanung des Bundes mit einem Gewährleistungsrisiko vorbelastet.“

### III. Ergänzungen

Ob der Sachverhalt, von dem das Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp ausgeht, vollumfänglich zutrifft, ist fraglich. Zweifel bestehen insbesondere an der Darstellung, die Verträge seien ausschließlich aus ordnungspolitischen Gründen gemäß seiner Ziffer 30.5.4 gekündigt worden. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat dies zurückgewiesen und auch aus anderen Gründen gekündigt, insbesondere weil die Vertragspartner ihre vertraglichen Leistungen nicht erfüllt und zudem nach der Kündigung die Verträge vorsätzlich und treuwidrig verletzt hätten,

Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Stellungnahme zum Berichtsentwurf des Bundesrechnungshofs vom 25.10.2019, S. 8 unten = MAT A BMVI-4/1\_a3, Blatt 200.

## C. Haushaltsrechtliche Würdigung

Die freiheitlichen demokratischen Verfassungs- und Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland zeichnet sich insbesondere mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG durch die rechtsstaatliche Gebundenheit der Staatsgewalt aus. Namentlich die vollziehende Gewalt (Exekutive) ist an Gesetz und Recht gebunden. Der daraus folgende Vorrang des (Parlaments-)Gesetzes liefe leer, wenn die Exekutive nicht für alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Einzelnen sowie darüber hinaus für alle wesentlichen Maßnahmen einer gesetzlichen Grundlage bedürfte (sog. Wesentlichkeitslehre),

vgl. statt aller nur Gröpl, Staatsrecht I, 11. Aufl. 2019, Rn. 455.

Bereits im 19. Jahrhundert „erkämpften“ sich die Volksvertretungen in den meisten damaligen deutschen Staaten die Mitwirkung an der Feststellung des Haushaltsplans, in Preußen seit 1850 in Form eines Gesetzes,

vgl. Gröpl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Komm. z. GG, Art. 110 Rn. 56 (64 ff.) m.w.N. (Stand d. Bearb.: Sept. 2015).

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in Bezug auf die beiden im Oktober und Dezember 2018 abgeschlossenen Verträge zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ haushaltsrechtlicher Ermächtigungen bedurfte und – bejahendenfalls – welcher.

### I. Keine Erforderlichkeit einer Gewährleistungsermächtigung

Für den Abschluss der Verträge zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ vom 22.10. und 30.12.2018 war die Inanspruchnahme einer Gewährleistungsermächtigung nach Art. 115 Abs. 1 Fall 2 GG nicht erforderlich.

#### 1. Das Konzept des Gutachtens Hufeld/Wagner-von Papp

Eine andere Ansicht vertritt Ulrich Hufeld im Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp: Er geht von einem zweifachen Ermächtigungsbedarf aus und fordert sowohl die Inanspruchnahme einer Verpflichtungsermächtigung als auch die einer Gewährleistungsermächtigung,

vgl. Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, insb. S. 52 f.

Diese Forderung nach einem zweifachen Ermächtigungsbedarf erhebt er, obwohl seine zentrale Prämisse auf einem „binären System“ des Haushaltsrechts beruht, das für jede Festlegung des Bundes auf – sichere oder mögliche – Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren zwingend einen gegenwärtigen Ermächtigungstitel verlange, und zwar

- Verpflichtungsermächtigungen für sichere und hoch wahrscheinliche „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§ 38 Abs. 1 Satz 1 BHO) und
- Gewährleistungsermächtigungen für mögliche „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§ 39 Abs. 1 BHO).

Der auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite selbständige § 39 Abs. 1 BHO spiegele den Verfassungsimperativ des Art. 115 Abs. 1 GG: Dieser unterwerfe die Risiko-„Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren“ einem besonders herausgehobenen, unhintergehbaren Parlamentsvorbehalt.

Dies gründet Ulrich Hufeld auf einen „Totalitätsgrundsatz“, wonach schlechthin alle Einnahmen und Ausgaben in den Haushaltsplan einzustellen seien. „Alle“ stehe voran in Art. 110 GG; Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung führten ergänzend das Kriterium der „Voraussichtlichkeit“ und die Kategorie der Verpflichtungsermächtigung ein (§ 8 Abs. 2 HGrG; § 11 Abs. 2 BHO). In der Gesamtschau und im Rekurs auf die Wendung „voraussichtlich zu leistende Ausgaben“ zeigt sich die Unnachgiebigkeit der Vorgabe, „alles“ zu erfassen. Vor allem aber will der Vollständigkeitsgrundsatz die Titelansätze auf der Ausgaben-seite nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach veranschlagt sehen. Der Haushaltsplan verletze den Grundsatz – sei unvollständig –, wenn eine „voraussichtliche“ Ausgabe nicht eingestellt oder falsch taxiert werde. Das Haushaltsgesetz wiederum sei unvollständig und verletze den Totalitätsgrundsatz, wenn eine Eventualverbindlichkeit ohne Ermächtigungstitel begründet werde,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 16.

Mit Gewährleistungsermächtigungen lasse sich der Bund auf bedingte Haftungsschulden, auf potentielle Schulden im ungewissen Haftungsfall ein,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 20 f.

Der Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG stelle sich dar als „Verschärfung der formellen Vorgaben aus Art. 110 und als spezielle Ausprägung des Demokratieprinzips“,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 22, mit Verweis auf E. Reimer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 115 Rn. 6 (Stand 2015).

Sein „Erfordernis einer speziellen, über die Verpflichtungsermächtigungen des Haushaltsplans hinausgehenden gesetzlichen Ermächtigung“ erklärt sich aus den Risiken der Kreditfinanzierung und den Risiken einer Wahrscheinlichkeitskalkulation in der Handhabung von Gewährleistungen – mithin aus Versuchungen einer exekutivischen, riskanten Vorbelastung künftiger Haushalte,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 22, mit Verweis auf Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 62 (Stand 2009).

Die parlamentarisch kontrollierte „Eingehung“ etwaiger Haftungsschulden sei verfassungskonform; die exekutivisch freihändige, unkontrollierte „Eingehung“ verletze Art. 115 Abs. 1 GG. Die Verfassungsnorm konkretisiere die Kontrollfunktion des Budgetrechts insbesondere für Risikohandeln und Risikoverträge. Die öffentliche Bewertung und „Eingehung“ der Art. 115-Risiken ist Sache des Parlaments,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 22.

Eine „Haftungsrisikopolitik“ des Bundes solle – über die allgemeine Kontrollfunktion des parlamentarischen Budgetrechts hinaus – dem besonderen Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG unterworfen sein. Die teleologische Interpretation des Art. 115 Abs. 1 GG stehe vor der Aufgabe, alle Gewährleistungsvarianten (mithin auch die „sonstigen Gewährleistungen“) einzubeziehen, die jener Kategorie der eigenständigen Haftungsrisikopolitik zugehören,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 23.

Zu den alternativen Tatbestandsvoraussetzungen des Parlamentsvorbehalts gehören – neben der hier nicht relevanten Aufnahme von Krediten – die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen. Während der Bürgschaftsvertrag eine eigenständige Inpflichtnahme des Bürgen in einer Dreiecksstruktur begründet, meint Ulrich Hufeld, dass für den Garantievertrag das Dreiecksverhältnis nicht charakteristisch sei. *Insoweit* verweist Ulrich Hufeld zur Verfassungsauslegung auf die Darlegungen des Mitgutachters Florian Wagner-von Papp zum Bürgerlichen Recht,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 24 mit Verweis auf S. 31 f.

Dabei oszilliert die Ansicht Ulrich Hufelds zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Zivilrecht: Einerseits sei wesentlich, dass Art. 115 Abs. 1 GG bei der Garantie auf die selbständige Haftungsübernahme abziele. Insoweit korrespondiere „das haushaltsverfassungsrechtliche Anliegen mit der zivilrechtlichen Unterscheidung zwischen unselbständiger und selbständiger Garantie“. Die „Formate des Zivilrechts, die eine Außerordentlichkeit der Haftung anzeigen, [hätten] auch für Art. 115 Abs. 1 GG indizielle Bedeutung. Verfehlt wäre jedoch eine strikt zivilrechtsakzessorische Auslegung der Kompetenznorm,“

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 24.

Zudem möchte Ulrich Hufeld die Schadensersatzvereinbarung offenbar sowohl als eine selbständige Garantiezusage als auch „i.S. des Oberbegriffs (Art. 115 Abs. 1 GG)“ als „Gewährleistung“ einordnen,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 56.

## **2. Kein lückenloses System des geltenden Haushaltsrechts für Ermächtigungen zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren**

Die vorgehend geschilderte Rechtsansicht des Gutachtens Hufeld/Wagner-von Papp überzeugt nicht. Sie überspannt die verfassungsrechtlichen Anforderungen hin zu einer Rechtslage, die verfassungs- und rechtspolitisch wünschenswert sein mag („status de constitutione/lege ferenda“). Allerdings entspricht das nicht dem geltenden Recht. Daher unterlagen weder die Bundesregierung noch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur den von Ulrich Hufeld postulierten haushaltsrechtlichen Verpflichtungen.

**a) Ausgabeermächtigungen**

Tatsache ist, dass dem geltenden Verfassungs- und einfachen Haushaltsrecht hinsichtlich Ausgaben in *künftigen* Haushaltsjahren – anders als Ulrich Hufeld dies durch Auslegung gewinnen möchte – *kein lückenloses* „binäres System“ zu entnehmen ist, das darüber hinaus unter Umständen doppelte Ermächtigungen fordert. Richtig ist der Ausgangspunkt, dass für Ausgaben, die im beplanten Haushaltsjahr voraussichtlich fällig und kassenwirksam werden,

Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zur BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 12,

in aller Regel eine Ausgabeermächtigung erforderlich ist, die sich auf den Willen des Haushaltsgesetzgebers zurückführen lässt.

Dies ergibt sich namentlich aus Art. 110 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG, § 2 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 4, § 8 Abs. 2, § 27 Abs. 1 Satz 1 HGrG, § 2 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 4, § 11 Abs. 2, § 45 Abs. 1 Satz 1 BHO; vgl. Tappe, in: Gröpl (Hrsg.), Kommentar zur BHO/LHO, § 45 Rn. 10 ff.

Bereits hier bestehen jedoch Ausnahmen, die freilich im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter von Bedeutung sind,

insbesondere die Gewährung außer- und überplanmäßiger Ausgabeermächtigungen durch das Bundesministerium der Finanzen nach Maßgabe von Art. 112 GG, § 37 BHO.

**b) Verpflichtungsermächtigungen**

Für Ausgaben, die in künftigen Haushaltsjahren fällig und kassenwirksam werden, enthält das geltende Haushaltsverfassungsrecht bereits seinem Wortlaut nach kein abschließendes System, schon gar kein „binäres“. Allein Art. 115 Abs. 1 GG schreibt vor, dass die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmaren Ermöglichung durch Bundesgesetz bedürfen. Gar nicht die Rede ist in der Haushaltsverfassung des Grundgesetzes von Verpflichtungsermächtigungen, also die haushaltsrechtliche Berechtigung der mittelbewirtschaftenden Verwaltung, eine Verpflichtung einzugehen, die erst in künftigen Haushaltsjahren zur Leistung von Ausgaben führen wird. Dieses Institut ressortiert lediglich im einfachen Gesetzesrecht,

namentlich in den §§ 5, 8 Abs. 2 Nr. 3, § 10 Abs. 2 Satz 1, § 12 Abs. 2, § 15 Abs. 3, § 20 Abs. 2 Satz 2, §§ 22, 27 Abs. 1 Satz 2 HGrG, §§ 6, 11 Abs. 2 Nr. 3, § 13 Abs. 2 Satz 1, §§ 16, 17 Abs. 1 Satz 1, § 20 Abs. 2, § 34 Abs. 3, §§ 38 und 45 Abs. 1 BHO;

vgl. im Übrigen Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zur BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 14 f.; Gröpl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 110 Rn. 128 (Stand der Bearb.: Sept. 2015).

Zudem kennt auch das einfache Haushaltsrecht Ausnahmen, in denen Verpflichtungen zur Leistungen von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren nicht als Verpflichtungsermächtigungen in den Haushaltsplan eingestellt werden,

so etwa nach Maßgabe von § 22 Abs. 4 und 5, § 24 HGrG, § 38 Abs. 4 und 5, § 40, § 64 Abs. 5 BHO;

vgl. auch Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 471 f.

Eine besonders wichtige Ausnahme stellen die sog. impliziten Staatsschulden dar, d.h. vor allem die Anwartschaften in den nicht-kapitalgedeckten Altersversorgungssystemen, so Heun, in: Dreier (Hrsg.), Komm. z. Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 15; Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), Komm. z. GG, Art. 115 Rn. 88 (56. EL Okt. 2009); Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Komm. z. GG, 8. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 18.

### c) Planstellen

Unbekannt ist der Verfassung des Weiteren das haushaltsrechtliche Institut der Planstelle, das nach § 28 Abs. 1 HGrG, § 49 BHO erforderlich ist, um einem Beamten ein Amt zu verleihen oder ihn zu befördern. Denn insbesondere die Ernennung eines Beamten auf Lebenszeit (§ 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 11 BBG, § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 10 BeamtStG) zieht grundsätzlich die Verausgabung von Personalmitteln bis zum Tod des Beamten nach sich, bei Ansprüchen auf Witwen- und Waisenbezüge sogar darüber hinaus. Die Planstelle als Bewirtschaftungsermächtigung zur Ernennung eines Lebenszeitbeamten, desgleichen andere Stellen für die Einstellung anderer Personen in den öffentlichen Dienst finden ihre Grundlage – wie schon hinsichtlich Verpflichtungsermächtigungen – lediglich im einfachen Gesetzesrecht,

namentlich § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 17 Abs. 4, §§ 21, 47, 49, 50, § 115 BHO,

nicht aber in der Verfassung.

### d) Gewährleistungsermächtigungen

Bei näherer Betrachtung erweist sich auch der Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG als lückenhaft: Er erfordert ein Bundesgesetz als Ermächtigungsgrundlage zum einen für die Aufnahme von Krediten (Kreditermächtigungen – Fall 1), zum anderen für die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und anderen Gewährleistungen (Gewährleistungsermächtigungen – Fall bzw. Fallgruppe 2). Andere Zukunftsbelastungen des Haushalts werden davon nicht umfasst; Art. 115 Abs. 1 GG stellt insofern also keine „Generalklausel“ dar, im Übrigen aber auch keine Auffangbestimmung für alle sonst nicht geregelten Bewirtschaftungsmaßnahmen, die Zukunftsbelastungen nach sich ziehen.

So auch Reimer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Ed. 1.3.2015, Art. 115 Rn. 22: „Zukünftige ungewisse Verbindlichkeiten werden nur erfasst, wenn es sich um Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen handelt, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können.“

So gehört insbesondere auch die sofortige und unbedingte Schuldübernahme und der Schuldbetritt des Bundes nicht zu den Geschäften, die einer gesetzlichen Ermächtigung gemäß Art. 115 Abs. 1 GG bedürfen,

so Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), Komm. z. GG, Art. 115 Rn. 86 (56. EL Okt. 2009); Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Komm. z. GG, 8. Aufl. 2018,

Art. 115 Rn. 18; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 12.

Daher ist der Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 GG ernst zu nehmen; er darf nicht teleologisch erweitert werden. Zudem überzeugt es nicht, den drei dort in der zweiten Fallgruppe genannten Begriffen (Bürgschaft, Garantie, sonstige Gewährleistung, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können) überschneidende Anwendungsbereiche zuzuschreiben,

wie Ulrich Hufeld dies offenbar auf S. 56 des Gutachtens Hufeld/Wagner-von Papp tut.

Gegen die Möglichkeit einer solchen „Idealkonkurrenz“ sprechen der Verfassungswortlaut, der die drei Begriffe nebeneinanderstellt, und – daraus folgend – das Erfordernis der Typenklarheit.

#### *aa) Bürgschaft*

Die Bürgschaft lehnt sich an den gleichlautenden bürgerlich-rechtlichen Vertragstypus in den §§ 765 ff. BGB an, der „eine eigenständige Inpflichtnahme des Bürgen in der Dreiecksstruktur begründet“. Hier verpflichtet sich der Bund als Dritter, als der Bürge für die Verbindlichkeit eines Schuldners gegenüber einem Gläubiger einzustehen,

so auch das Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 24 m.w.N.

Unstreitig ist, dass es sich bei den hier vorliegenden Verträgen Erhebung und Kontrolle nicht um Bürgschaftsverträge handelt,

so auch das Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 37 f.

#### *bb) Sonstige Gewährleistung*

Bei sonstigen Gewährleistungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 GG handelt es sich nach einhelliger Ansicht um einen Auffangbegriff für Rechtsgeschäfte, deren Hauptzweck die Übernahme des finanziellen Risikos eines Dritten durch den Bund ist,

Heun, in: Dreier (Hrsg.), Komm. z. GG, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 15; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Komm. z. GG, 8. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 17; Wendt, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Komm. z. GG, 7. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 28; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 12; insoweit unklar: Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), Komm. z. GG, Art. 115 Rn. 81 (56. EL Okt. 2009); Jarass, in: ders./Pieroth, Komm. z. GG, 15. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 4; Schmidt-Bleibtreu (Begr.)/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Komm. z. GG, 14. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 7.

Da die vorliegend zu beurteilenden Verträge nicht Risiken eines Dritten, sondern der jeweiligen Vertragspartner absichern, erweisen sich sonstige Gewährleistungen von vornherein als nicht einschlägig.

cc) *Garantie*

Umstritten ist, ob ein Dreiecksverhältnis auch für „Garantien“, den zweiten Unterfall von Gewährleistungsermächtigungen in Art. 115 Abs. 1 GG, charakteristisch ist.

Nach Ekkehart Reimer erfasst Art. 115 Abs. 1 Fall 2 GG gegenständlich alle Sicherheitsleistungen durch den Bund, zusätzlich aber auch Risikoübernahmen außerhalb der üblichen zivilrechtlichen Kreditsicherungsinstrumente, z.B. Kreditaufträge. Bloße Verpflichtungsermächtigungen und die Begründung von Pensionslasten sollen dagegen nicht unter Art. 115 Abs. 1 GG fallen, auch wenn der Wortlaut der Norm dies nicht zwingend erkennen lässt,

Reimer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Ed. 1.3.2015, Art. 115 Rn. 24.

Nach Ansicht von Werner Heun dienen sowohl Bürgschaften als auch Garantien und sonstige Gewährleistungen denselben Zwecken, nämlich der Übernahme der Haftung für bestimmte Risiken *Dritter*. Zudem setze Art. 115 Abs. 1 GG voraus, dass es sich um eine Risikoübernahme handelt, die *Hauptzweck* des Vertrags ist,

Heun, in: Dreier (Hrsg.), Komm. z. GG, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 15.

Hanno Kube ist der Meinung, durch eine Garantie im Sinne von Art. 115 Abs. 1 GG werde, anders als bei der Bürgschaft, nicht die Haftung für fremde Schuld übernommen, sondern Ersatz für den Fall eines im Rahmen einer Unternehmung entstandenen Schadens oder auch Gewähr für einen bestimmten Ertrag oder sonstigen Erfolg versprochen. Im Gegensatz zur Bürgschaft soll der Garantievertrag nicht zu einer Schuld akzessorisch sein,

Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), Komm. z. GG, Art. 115 Rn. 80 (56. EL Okt. 2009), insoweit ähnlich Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Komm. z. GG, 8. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 17; Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 115 GG Rn. 14 (Stand 2012); Höfling/Rixen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Komm. z. GG, Art. 115 Rn. 161 (Stand 2003).

Allerdings schreibt Kube weiter, dass sonstige Gewährleistungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 GG solche seien, die ähnlichen wirtschaftlichen Zwecken wie Bürgschaften und Garantien dienen, bei denen also ebenfalls die Risikoübernahme *Hauptzweck* der Vereinbarung ist,

Kube, ebd., Art. 115 Rn. 81.

Daher fielen Gewährleistungen, die lediglich auf vertraglichen Nebenpflichten beruhen, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 115 Abs. 1 GG. Denn die Risikoübernahme bilde dabei gerade nicht den *Hauptzweck* des Vertrags. Hier nennt Kube ausdrücklich Gewährleistungen für Sachmängel bei Verkaufsgeschäften,

Kube, ebd., 115 Rn. 87.

Dieselbe Ansicht vertritt Andreas Nebel,

in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 115 GG Rn. 14 (Stand 2012).

Rudolf Wendt hält dafür, dass Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen durch eine Risikoübernahme gekennzeichnet seien, welche die Haftung für Verpflichtungen oder Erfolge *Dritter* zum Gegenstand habe,

Wendt, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Komm. z. GG, 7. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 26.

Allerdings wird dies wenig später insofern relativiert, als durch den Garantievertrag im Unterschied zur Bürgschaft nicht die Haftung für eine fremde Schuld übernommen, sondern Ersatz desjenigen Schadens versprochen werde, welcher einer Person aus ihrer Unternehmung entsteht, oder es werde Gewähr für einen bestimmten Ertrag oder sonstigen Erfolg versprochen,

Wendt, ebd., Art. 115 Rn. 28.

Jedenfalls fordert auch Wendt, dass die Risikoübernahme *Hauptzweck* des Vertrags sein müsse. Gewährleistungen, die sich nur aus vertraglichen Nebenpflichten ergeben, z.B. Gewährleistungen für Sachmängel bei Verkäufen, seien keine Gewährleistungen im Sinne des Art. 115 Abs. 1 GG, da die Risikoübernahme gerade *nicht* den Hauptzweck des Vertrags bilde,

Wendt, ebd., Art. 115 Rn. 26 und 29.

Nach Heintzen ist eine Garantie die Verpflichtung, einem anderen für das Ausbleiben eines Nachteils oder für den Eintritt eines Vorteils finanziell einzustehen; ein Beispiel sei die Zusage des Bundes, für den Fall, dass er selbst nicht eine bestimmte Anzahl von Militärflugzeugen abnimmt, den anderen am Bau dieses Flugzeugs beteiligten Staaten für die so entstehenden Mehrkosten einzustehen; ein anderes Beispiel sei eine Staatsgarantie für die Leihgaben von Kunstausstellungen,

Heintzen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 12.

Für Hans D. Jarass sichern Garantien als vertragliche *Hauptpflicht* Risiken des Leistungsempfängers nur bei Geschäften mit Dritten ab,

Jarass, in: ders./Pieroth, Komm. z. GG, 15. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 4.

Die gleiche Ansicht vertritt Hans-Günter Henneke,

in: Schmidt-Bleibtreu (Begr.)/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Komm. z. GG, 14. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 7.

#### *dd) Stellungnahme*

Vor diesem Hintergrund kann entgegen der Auffassung von Ulrich Hufeld,

siehe die Nachweise oben sub C I 1,

nicht davon ausgegangen werden, dass der Begriff der Garantie im Sinne von Art. 115 Abs. 1 GG geklärt sei.

## (1) Dreiecksverhältnis

Nicht völlig entschieden ist namentlich die Frage, ob eine Garantie im haushaltsverfassungsrechtlichen Sinne ein Dreiecksverhältnis voraussetzt. Bejahendenfalls wäre Art. 115 Abs. 1 Fallgruppe 2 GG auf die vorliegende Konstellation nicht anwendbar. Ist diese Frage aber nicht zweifelsfrei beantwortet, durfte sich das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur der vertretbaren Rechtsauffassung anschließen, wonach auch die Garantie ein rechtliches Dreiecksverhältnis voraussetzt. Dann aber fallen die „Verträge Erhebung“ und „Kontrolle“ von vornherein nicht unter den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 Fallgruppe 2 GG, weshalb schon aus diesem Grunde keine gesonderte bundesgesetzliche Ermächtigungsgrundlage (Gewährleistungsermächtigung) für den Vertragsabschluss erforderlich war.

## (2) Haupt- oder Nebenzweck – Haupt- oder Nebenpflicht

Nach dem oben gegebenen Meinungsüberblick wird wohl einhellig angenommen, dass eine Garantie im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Fallgruppe 2 GG ausscheidet, wenn sie bloß einen Nebenzweck des jeweiligen Vertrags darstellt. Anders gewendet: Der besondere Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG betrifft nur solche Garantien, bei denen die Risikoübernahme den *Hauptzweck* des Vertrags bildet.

Eine gewisse Verwirrung dürfte in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Begriffe Zweck und Pflicht bestehen (Haupt- oder Nebenzweck – Haupt- oder Nebenpflicht). Ulrich Hufeld stellt insoweit ausschließlich auf „Nebenpflicht“ ab,

Stellungnahme zur Anhörung „Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge ...“  
vor dem 2. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages vom  
16.1.2020, MAT A SV-1/1, S. 3.

Für die Schadensersatzvereinbarung aufgrund „ordnungspolitischer Gründe“ im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) verneint Hufeld eine bloße Nebenpflicht und nimmt stattdessen einen „substanzerhaltenden Ersatzanspruch“ an, der „offenkundig kein Nebenanspruch“ sei, ebenso wenig wie „die daraus resultierende Schuld keine Nebenpflicht“,

Hufeld, ebd.

Darauf aber, d.h. auf „Pflichten“ und korrespondierende „Ansprüche“, kommt es gar nicht an.

Zivilrechtsdogmatisch dürfte das im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) vereinbarte Recht auf Schadensersatz einen sog. Sekundäranspruch bei einer Leistungsstörung darstellen.

Wenn Art. 115 Abs. 1 Fallgruppe 2 GG Garantien einem Parlamentsvorbehalt unterwerfen möchte, dann für den Fall, dass es dem Bund in einem Vertragsverhältnis in erster Linie darauf ankommt, eine Garantie zu geben. Dieser Aspekt muss den hauptsächlichen Beweggrund für den Vertrag und den zentralen Inhalt des Vertrags darstellen. Anderenfalls ließe sich nicht vom Vertragstypus einer „Garantie“ sprechen, für die Art. 115 Abs. 1 GG eine besondere parlamentarische Ermächtigung verlangt. Dann aber wird klar: Für Art. 115 Abs. 1 GG kommt es nicht

auf die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflicht (etwa im Sinne von § 241 Abs. 1 und 2 BGB), sondern auf die Differenzierung zwischen Haupt- und *Nebenzweck* an.

In dieser Hinsicht fällt die Einordnung des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreiber-*vertrags*“) wie auch des „Vertrags Kontrolle“ nicht schwer: Dem Bund kam es dabei zu keinem Zeitpunkt primär auf das Entstehenwollen für Leistungsstörungen an, sondern augenfällig auf die Umsetzung der „Pkw-Maut“ in die Praxis. Die Schadensersatzregelungen in den Verträgen wurden nicht getroffen, weil es den Parteien in erster Linie auf ein Garantieverhältnis ankam, sondern weil solche üblicherweise Bestandteil solch überaus komplexer Regelungsgeflechte sind. Insofern entspricht es der gängigen Praxis, ist sozusagen marktüblich, vom dispositiven Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs abzuweichen und „maßgeschneiderte“ Rechtsfolgen für spezifische Tatbestände zu vereinbaren. Der in Ziffer 30.5.4 des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreiber-*vertrags*“) vereinbarte Schadensersatzanspruch ist vielmehr Teil eines Gesamtpakets von Regelungen, die vorrangig der Realisierung der „Pkw-Maut“ dienen. Mithin stellte diese Schadensersatzregelung zu keinem Zeitpunkt den Hauptzweck der Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Vertragspartnern dar. Auch deshalb war im vorliegenden Fall keine Gewährleistungsermächtigung erforderlich.

### (3) Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Garantie

Wegen der herausgearbeiteten Maßgeblichkeit des Vertragszwecks kommt es auf die zivilrechtsgeprägte Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Garantie nicht entscheidend an. Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass sich die Ausführungen und Nachweise im Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp überwiegend auf Kaufverträge beziehen,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 35 ff.,

und nicht, jedenfalls aber nicht primär, auf die hier vorliegenden gemischten Verträge mit Elementen des Dienst- und Werkvertrags,

so auch das Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 41 („atypischer, gemischter Typenkombinationsvertrag mit vor allem werk- und dienstvertraglichen Elementen“).

Im Übrigen sind die Kriterien für selbständige Garantien bereits im zivilrechtlichen Schrifttum nicht unumstritten,

vgl. dazu Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 35 Fn. 118 und 120 mit den Verweisen auf die Ausführungen von Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 50. Ed. (Stand 1.11.2018), § 443 Rn. 1 und 16 f.

Daher darf es mit Blick auf den vorliegenden Fall zivilrechtlich keinesfalls als ausgemacht gelten, dass die Schadensersatzregelungen in den Verträgen Erhebung und Kontrolle als selbständige Garantien zu qualifizieren sind,

so aber das Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 41 und 53 f.

Für diese Unsicherheit in der Vertragsauslegung spricht auch die Erkenntnis von Florian Wagner-von Papp

auf S. 40 f. in Fn. 138 des Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp,

dass die Schadensersatzpflicht bei Kündigung aus „ordnungspolitischen Gründen“ im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) ausdrücklich gar nicht als selbständige Garantie bezeichnet werde, sehr wohl allerdings spezifische andere Garantien (so in Ziffer 22 „selbständige Garantieversprechen“ des Betreibers und des Gesellschafters). Zwar spricht sich Wagner-von Papp insoweit gegen eine Argumentation e contrario aus und qualifiziert auch die Vereinbarung der Schadensersatzpflicht eine selbständige Garantie. Allein diese Erwägungen und Abwägungen legen Unsicherheiten in der zivilrechtlichen Vertragsauslegung offen, die nicht zulasten des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur gehen dürfen.

#### (4) Kein Schluss vom Zivilrecht auf das Verfassungsrecht

Auch vor diesem Hintergrund wäre der Weg einer Übertragung zivilrechtlicher Auslegungsergebnisse auf das Verfassungsrecht nicht gangbar. Gegen die Übernahme zivilrechtlicher Kriterien als Interpretationsdirektive für das Verfassungsrecht spricht nicht zuletzt der Stufenbau der Rechtsordnung, in der das Verfassungsrecht Vorrang genießt, wie dies insbesondere Art. 20 Abs. 3 Halbs. 1 GG klarstellt. Insbesondere dürfen Begriffe des Verfassungsrechts nicht durch das einfache Gesetzesrecht definiert werden,

vgl. BVerfGE 91, 262 (266 f.); Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 115 GG Rn. 14 (Stand 2012).

#### (5) Fazit

Damit ist gegen die Ansicht des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur nichts zu erinnern, wonach eine gesonderte Gewährleistungsermächtigung nach Art. 115 Abs. 1 GG zum Abschluss der Verträge nicht erforderlich war,

so auch Linklaters LLP Berlin, Gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Pkw-Maut, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, 23.10.2019, S. 57;

a.A. ohne eigene Begründung Wurster/Weiss/Kupfer und Neumann, Schmeer und Partner, Rechtliches Kurzgutachten zur Risikovorsorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018 für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung, erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2.9.2019, S. 37.

### 3. Alternativität statt Kumulation der Ermächtigungsgrundlagen

Nicht zu überzeugen vermag die von Ulrich Hufeld vorgetragene These, wonach der Abschluss des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) nicht nur einer Verpflichtungsermächtigung, sondern *zusätzlich* einer Gewährleistungsermächtigung bedurfte,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 52 ff.

### a) „Binarität“ als Dichotomie

Dies folgt bereits aus der Ansicht Ulrich Hufelds selbst, der ein als „binär“ bezeichnetes System von Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigungen postuliert, das für jede Festlegung des Bundes auf – sichere oder mögliche – Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren zwingend einen gegenwärtigen Ermächtigungstitel verlangt. Darauf weist die Systematik des einfachen Gesetzesrechts hin, nämlich die Unterscheidung zwischen

- Verpflichtungsermächtigungen für sichere und hochwahrscheinliche „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§ 38 Abs. 1 Satz 1 BHO) und
- Gewährleistungsermächtigungen für mögliche „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§ 39 Abs. 1 BHO).

Unterstellt, dieses einfachrechtliche System wäre „binär“, und weiter unterstellt, dieses „binäre System“ gälte auch im Verfassungsrecht, dann folgt daraus grundsätzlich, dass eine Bewirtschaftungsmaßnahme *entweder* der einen *oder* aber der anderen Kategorie zuzuordnen ist. Für sichere oder hochwahrscheinliche Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren ist eine Verpflichtungsermächtigung erforderlich, für lediglich mögliche Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren aber eine Gewährleistungsermächtigung – zu ergänzen ist: soweit der Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 Fall 2 GG erfüllt ist,

siehe hierzu oben sub C I 1 d.

Anderenfalls müsste der Haushaltsgesetzgeber bei allen Verpflichtungsermächtigungen, die sich im festzustellenden Haushaltsplan befinden, entscheiden, ob sie nicht nur (hoch-)wahrscheinliche Ausgabeverpflichtungen enthalten, sondern womöglich auch Elemente mit nur möglichen Ausgabeverpflichtungen. Die Abgrenzungskriterien dafür lassen sich aber vielfach nicht im Voraus (*ex ante*) bei der Feststellung des Haushaltsplans durch Haushaltsgesetz feststellen, sondern erst im Nachhinein (*ex post*).

### b) Unbehelflichkeit in der Praxis

Wäre eine doppelte Haushaltsermächtigung in Fällen wie dem vorliegenden erforderlich, was hier nur *colorandi causa* unterstellt werden soll, bestünde die Konsequenz in der Praxis dann voraussichtlich vielfach darin, zusätzlich zur Veranschlagung von Verpflichtungsermächtigungen vorsorglich eine Gewährleistungsermächtigung im Haushaltsgesetz unterzubringen. Dies würde bereits von den Fachressorts bei der Haushaltsaufstellung vorgeschlagen (§ 27 BHO), vom Bundesministerium der Finanzen (§ 28 BHO) sowie von der Bundesregierung übernommen (§ 29 BHO) und von Haushaltsausschuss (§ 95 GOBT) und Bundestagsplenum (§ 1 BHO) ohne weitere Nachfrage „abgesegnet“. Was wäre damit gewonnen? Es überzeugt nicht, das Grundgesetz, insbesondere das Zusammenspiel der Art. 110 und 115 Abs. 1 GG, in diesem Sinne zu interpretieren.

### c) Keine Doppelermächtigungen in der bisherigen Haushaltspraxis

Abgesehen davon ist es dem geltenden Haushaltsrecht grundsätzlich fremd, dass eine Bewirtschaftungsmaßnahme auf zwei kategorial unterschiedliche Ermächtigungen gestützt werden muss. Vielmehr ist der durch das Haushaltsgesetz festgestellte Haushaltsplan

nach Art. 110 Abs. 1 und 2 GG, § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 2 und 3, § 22 Abs. 1 Satz 1 HGrG, § 3 Abs. 1, § 11 Abs. 2 Nr. 2 und 3, § 38 Abs. 1 Satz 1 BHO

die Ermächtigungsgrundlage für Ausgaben (Ausgabeermächtigungen) und Verpflichtungsermächtigungen. Ermächtigungsgrundlage für Kredit- und Gewährleistungsermächtigungen ist hingegen

gemäß Art. 115 Abs. 1 GG, §§ 13, 23 Abs. 1 HGrG, § 18 Abs. 2 und 3, § 39 Abs. 1 BHO und § 1 des Gesetzes zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes (Artikel115-Gesetz – G 115)

das Haushaltsgesetz unmittelbar oder ein anderes Bundesgesetz. Es wäre nicht nachvollziehbar, warum insoweit ein und derselbe Lebenssachverhalt haushaltsrechtlich zweifach legitimiert werden sollte. Dies gilt – ohne dass dies hier von Relevanz wäre – auch für die Aufnahme von Krediten: Maßgeblich sind hier die Kreditermächtigungen im Haushaltsgesetz. Demgegenüber kommt der Veranschlagung der Krediteinnahmen im Haushaltsplan

nach Maßgabe von § 10 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 2 und 3 HGrG sowie § 13 Abs. 2 und 3 Nr. 1 sowie Abs. 4 Nr. 2, 3 und 4 BHO

keine Ermächtigungswirkung zu; die dort genannten Beträge haben lediglich haushaltsrechnerische Bedeutung. Dies ergibt sich bereits aus § 3 Abs. 1 HGrG, § 3 Abs. 1 BHO, wonach nur die im Haushaltsplan veranschlagten Ausgabe- und Verpflichtungsermächtigungen die Verwaltung berechtigen, Ausgaben zu leisten und (Zahlungs-)Verpflichtungen einzugehen.

Entsprechend verfährt die Haushaltspraxis: Die maßgeblichen Vorschriften der jährlichen Haushaltsgesetze,

siehe etwa § 3 des Haushaltsgesetzes 2018 oder des Haushaltsgesetzes 2019,

führen keine Gewährleistungsermächtigungen auf, die aus einem möglicherweise scheiternden Vertragsverhältnis des Bundes erwachsen könnten.

## **II. Grundsätzliche Legitimation durch die vorhandenen Verpflichtungsermächtigungen**

Grundsätzlich war das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur aufgrund der im Haushaltsplan 2018 veranschlagten Verpflichtungsermächtigungen berechtigt, die Verträge vom 22.10. und vom 30.12.2018 abzuschließen. „Das materielle Recht der Infrastrukturabgabe [...] und der flankierende Titel 532 34 im Einzelplan 12 des Bundeshaushalts 2018 [...] können auf der Linie des BMVI als ‚Auftrag‘ gelten ‚vom Gesetzgeber an die Bundesregierung und das Bundesverkehrsministerium, die Pkw-Maut baldmöglichst umzusetzen“,

so auch Hufeld, Stellungnahme zur Anhörung „Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge ...“ vor dem 2. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages vom 16.1.2020, MAT A SV-1/1, S. 4 oben m.w.N.

## 1. Verpflichtungsermächtigung

Nach § 6 BHO berechtigen Verpflichtungsermächtigungen die zuständige mittelbewirtschaftende Stelle zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren. Nach § 11 Abs. 2 Nr. 3 BHO enthält der Haushaltsplan alle im Haushaltsplan voraussichtlich benötigten Verpflichtungsermächtigungen,

hierin kommen die aus Art. 110 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG abgeleiteten Haushaltsgrundsätze der Vollständigkeit und Fälligkeit zum Ausdruck, vgl. Gröpl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Komm. z. GG, Art. 110 Rn. 160 ff. und 258 m.w.N. (Stand d. Bearb.: Sept. 2015).

Zur Absicherung dessen bestimmt § 38 Abs. 1 Satz 1 BHO, dass Bewirtschaftungsmaßnahmen, die den Bund zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können, nur zulässig sind, wenn der Haushaltsplan dazu ermächtigt. Ergänzend sieht § 45 Abs. 1 Satz 1 BHO vor, dass Verpflichtungsermächtigungen grundsätzlich nur zu dem im Haushaltsplan bezeichneten Zweck, soweit und solange der fort dauert, und nur bis zum Ende des Haushaltsjahres in Anspruch genommen werden dürfen.

Wird aufgrund eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedarfs die Eingehung einer Verpflichtung zur Leistung von Ausgaben erforderlich, ohne dass der Haushaltsplan eine entsprechende Ermächtigung enthält oder reicht deren Betrag nicht aus, kann das Bundesministerium der Finanzen nach Maßgabe von § 38 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 37 Abs. 1 Satz 3 BHO eine Ausnahme zulassen. Dann ist eine entsprechende Bewirtschaftungsmaßnahme auch zulässig, wenn der Haushaltsplan keine oder eine nicht ausreichende Verpflichtungsermächtigung erhält (sog. außer- oder überplanmäßige Verpflichtungsermächtigung).

## 2. Haushaltsplan 2018

Der durch § 1 Abs. 1 des Haushaltsgesetzes 2018 festgestellte Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2018 enthielt in seinem Einzelplan 12 (Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur) in Kapitel 1201 (Bundesfernstraßen) bei den Ausgabeermächtigungen die Titelgruppe 03 (Ausgaben im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Erhebung der Infrastrukturabgabe), deren Einzelposten nach § 20 Abs. 2 BHO durch Haushaltsvermerk für gegenseitig deckungsfähig erklärt worden waren. Titel 532 34 bezog sich auf den Zweck „Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“. Hier sprach der Titel für das Haushaltsjahr 2018 eine Ausgabeermächtigung in Höhe von 1 200 000 Euro aus und gewährte darüber hinaus Verpflichtungsermächtigungen in Höhe von 2 080 000 000 Euro.

## 3. Verfügbarkeit der Verpflichtungsermächtigungen

### a) Vereinbarter Angebotspreis

Durch den Abschluss des „Vertrags Kontrolle“ am 22.10.2018 hatte das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur bereits 103 Mio. Euro für Verpflichtungsermächtigungen aus dem Titel 532 34 in Anspruch genommen. Deshalb standen dem Bundesministerium für den Abschluss des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibertrags“) noch Verpflichtungsermächtigungen in Höhe von

1,977 Mrd. Euro zur Verfügung. Der im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) vereinbarte Angebotspreis betrug 1,975 Mrd. Euro,

so Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe vom 18.11.2019, S. 22.

Insoweit bestand für das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur eine ausreichende Verpflichtungsermächtigung; es durfte den „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) abschließen.

Diese Verpflichtungsermächtigung umfasste ihrem Zweck und ihrer Zweckbestimmung nach auch die Befugnis, in Verträgen zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ durch private Betreiber Schadensersatzklauseln zu vereinbaren,

a.A. Hufeld, Stellungnahme zur Anhörung „Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge ...“ vor dem 2. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages vom 16.1.2020, MAT A SV-1/1, S. 4.

Denn Vertragsregelungen dieser Art stellen marktübliche Bedingungen dar,

siehe bereits oben unter C I 2 d dd sowie Linklaters LLP Berlin, Gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Pkw-Maut, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, 23.10.2019, S. 1 f. und S. 39 ff., siehe auch unten sub III 3 d.

Schadensersatzrechtliche Sekundäransprüche sind im Übrigen die gesetzliche Folge von Leistungsstörungen im gesamten Vertragsrecht. Ob und inwieweit die eine oder andere Vertragspartei hierbei für „Zufall“ haftet oder sie ein „Verantwortungssphärenrisiko“ oder gar ein „Verschulden“ treffen muss, ist im Unternehmensbereich grundsätzlich Gegenstand dispositiven Rechts und damit Verhandlungssache der Vertragspartner.

#### **b) Verpflichtungen zu weiteren Zahlungen?**

Allerdings moniert der Bundesrechnungshof

in seinem Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe vom 18.11.2019, S. 22 ff.,

dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) über den Angebotspreis in Höhe von 1,975 Mrd. Euro hinaus weitere Vergütungen vereinbart habe (optionale Leistungen, Zusatzleistungen, weitere variable Vergütungen für Vorgänge und Digitalisierung, die durch den Bund zu tragenden Kosten bei Toll Collect sowie die Portokosten). Nach Inanspruchnahme der veranschlagten Verpflichtungsermächtigung in Titel 532 34 durch den „Vertrag Kontrolle“ in Höhe von 103 Mio. Euro und den Angebotspreis des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) in Höhe von 1,975 Mrd. Euro verblieb in der Verpflichtungsermächtigung nur noch ein Verfügungsbetrag von 2 Mio. Euro. Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass die genannten weiteren Vergütungen weit über diesen Betrag hinausreichen (angeblich

380 Mio. Euro allein für variable Vergütungen nach der vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur selbst zugrunde gelegten Wirtschaftlichkeitsuntersuchung). Hier wäre nach § 38 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 37 Abs. 1 Satz 3 BHO eine überplanmäßige Verpflichtungsermächtigung beim Bundesministerium der Finanzen zu beantragen gewesen,

so Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe vom 18.11.2019, S. 24.

Diesen Darstellungen widerspricht das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur

in seiner Stellungnahme zum Berichtsentwurf des Bundesrechnungshofs vom 25.10.2019, S. 22 f. = MAT A BMVI-4/1\_a3, Blatt 214 f.

ebenso umfänglich wie nachdrücklich, insbesondere bzgl. der Kosten der Toll Collect GmbH: Im Falle des Abschlusses eines Unterauftragnehmervertrags mit dem Betreiber (also mit der autoTicket GmbH) hätte die Toll Collect GmbH von der autoTicket GmbH eine variable Vergütung erhalten sollen, die von der Höhe der Infrastrukturabgabeneinnahmen hätte abhängen sollen, die von gebietsfremden Abgabenschuldnern vereinnahmt worden wären. Nach Ziffer 20.3.3 des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) hätte die Höhe dieser Vergütung allerdings bestimmte Grenzen nicht überschreiten dürfen. Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung sei nicht absehbar gewesen, dass diese Vergütungsgrenzen überschritten hätten werden müssen; dies habe sich erst nachträglich, und zwar im Rahmen der Verhandlungen der autoTicket GmbH mit der Toll Collect GmbH herausgestellt. (Die geplante Überschreitung hätte im Übrigen einem Fremdvergleich mit den Zahlungsverkehrsprovisionen anderer Mautsysteme standgehalten.) Nach Kenntniserlangung dieser Überschreitung sei eine entsprechende Haushaltsanmeldung erfolgt, die im Regierungsentwurf zum Haushalt 2020 (Beschluss der Bundesregierung vom 26.6.2019) umgesetzt worden sei. (In dieser Form ist der Haushaltsplan dann aber infolge des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 18.6.2019 offenbar nicht mehr vom Bundestag beschlossen worden.) Entsprechend seien die Leistungen, die im Vertrag zwischen der autoTicket GmbH und der Toll Collect GmbH vereinbart wurden, dort unter die aufschiebende Bedingung einer haushaltsrechtlichen Bewilligung gestellt worden. Abgesehen davon hätten die höheren Vergütungen ohnehin erst im Oktober 2020 erbracht werden müssen.

Weitere Kosten wären der Toll Collect GmbH bei einer ggf. erforderlichen Anpassung des Mautstellen-Netztes für Zwecke der Mitnutzung durch die auto-Ticket GmbH entstanden. Diese hätten der Toll Collect GmbH aber von der autoTicket GmbH ersetzt werden müssen. Diese Aufwendungen hätte der Bund der autoTicket GmbH sodann erstatten müssen. Auch insoweit sei jedoch eine Haushaltsanmeldung erfolgt, die am 26.6.2019 von der Bundesregierung in der Haushaltsvorlage beschlossen worden sei. Mithin hätte die Toll Collect GmbH der autoTicket GmbH – entgegen den Darstellungen des Bundesrechnungshofs – sehr wohl Kosten in Rechnung gestellt.

Daraus wird ersichtlich, dass die Darstellungen des Bundesrechnungshofs einerseits und des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur andererseits voneinander abweichen. Dieser Sachverhalt ist noch aufklärungsbedürftig.

Sollten sich die Schilderungen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur als zutreffend erweisen, ist insoweit ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften nicht auszumachen. Denn danach hätte es zum Zeitpunkt des Abschlusses des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) am 20.12.2018 keine Anhaltspunkte für eine Überschreitung des Ansatzes der Verpflichtungsermächtigungen in Titel 532 34 gegeben. Haushaltsrechtlich ausgedrückt wären diese Zahlungsverpflichtungen des Bundes bis zum Ende des Haushaltsjahres 2018 nicht absehbar gewesen; entsprechende Verpflichtungsermächtigungen wären im Sinne von § 11 Abs. 2 Nr. 3 BHO nicht „voraussichtlich benötigt“ worden.

#### **4. Keine vorsorgliche Veranschlagung von Schadensersatz**

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur durfte insbesondere den „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) abschließen, obwohl weder das Haushaltsgesetz 2018 noch der Haushaltsplan 2018 eine Ermächtigung enthielt, die das spezifische Risiko eines Scheiterns des Vertrags durch Kündigung „aufgrund ordnungspolitischer Gründe“ absicherte, das mit der Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe des Kaufpreises (Bruttounternehmenswert) verbunden war.

Die Kündigung des Vertrags vor dem Ende seiner geplanten Durchführung war eine atypische Folge. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von dem Grad der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines für die Umsetzung der „Pkw-Maut“ negativen Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union. Der von den Vertragsparteien vereinbarte Vertragszweck war die Vorbereitung, Errichtung und Inbetriebnahme des Systems der „Pkw-Maut“. Dem entsprach die Zweckbestimmung von Titel 532 34 der Titelgruppe 03 von Kapitel 1201 des Einzelplans 12 im Haushaltsplan 2018. Gemäß § 2 Satz 1 und § 11 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BHO sind im Haushaltsplan diejenigen Ausgabe- und Verpflichtungsermächtigungen zu veranschlagen, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes *voraussichtlich* notwendig sind, die dafür *voraussichtlich* zu leisten oder in Anspruch genommen werden müssen. Mit dem Wort „voraussichtlich“ wird die elementare Erkenntnis zum Ausdruck gebracht, dass es sich beim Haushaltsplan um ein in die Zukunft gerichtetes Rechen- und Regelwerk handelt. Art und Höhe der Haushaltsmittel (Ausgabe- und Verpflichtungsermächtigungen) und der Deckungsmittel (Einnahmen) sind im Rahmen der Aufstellung des Haushaltsplans (§ 28) bei den Voranschlägen (§ 27) möglichst genau zu schätzen. Dieses Gebot der Schätzgenauigkeit ist wichtiger Ausfluss des Grundsatzes der Haushaltswahrheit,

vgl. Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Komm. z. BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 13; Tappe, ebd., § 11 Rn. 26; Gröpl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Komm. z. GG, Art. 110 Rn. 192 (Stand d. Bearb.: Sept. 2015).

Aufgrund der nachvollziehbaren Erwartung der Vertragsparteien, namentlich der „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) werde erfolgreich durchgeführt werden können, waren die damit verbundenen Ausgaben und Zahlungsverpflichtungen

für den Bund zu schätzen und in den Haushaltsplan einzustellen. Eines gesonderten Ansatzes möglicher Schadensersatzverpflichtungen des Bundes bedurfte es nicht. Anderenfalls müssten bei allen Verträgen, die der Bund abschließt, vorsorglich Ausgabe- oder Verpflichtungsermächtigungen für mögliche Schadensersatzzahlungen veranschlagt werden, ohne dass sich diese realistischerweise schätzen ließen, weil und solange das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis noch nicht eingetreten ist. Darüber hinaus müsste – außerhalb zivilrechtlicher Vertragsverhältnisse – für jedes außenwirksame Handeln des Bundes haushaltsrechtliche Vorsorge für Schadensersatzzahlungen getroffen werden, weil der Bund nach Maßgabe des Staatshaftungsrechts Dritten für staatliches Unrecht haftet (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB u.a.). Dies entspräche weder der Haushaltspraxis noch dem Haushaltsrecht, da im Rechtsstaat eine Vermutung für rechtmäßiges Handeln des Bundes besteht und Schadensersatzzahlungen die Ausnahme darstellen, mithin nicht „voraussichtlich“ im Sinne von § 2 Satz 1 und § 11 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BHO sind.

Abgesehen davon läge nach derzeitigem Kenntnisstand eine mögliche Schadensersatzzahlung des Bundes innerhalb des Betragsrahmens der Verpflichtungsermächtigung aus dem einschlägigen Titel 1201 532 34.

### **III. Beachtung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**

Vor und beim Abschluss der Verträge zur Umsetzung des „Pkw-Maut“ hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit insoweit beachtet, als Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Risikobewertungen durchgeführt wurden. Ob die Vereinbarung der Rechtsfolgen einer Kündigung aufgrund „ordnungspolitischer Gründe“ gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstieß, hängt von zivilrechtlichen Beurteilungen und von der Marktüblichkeit ab, die durch das vorliegende Gutachten nicht zu beantworten sind.

#### **1. Rechtsgrundlagen**

Nach § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 Satz 1 BHO sind nicht nur bei der Aufstellung, sondern auch bei der Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Gemäß § 19 Abs. 2 HGrG, § 34 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 BHO dürfen Ausgabe- und Verpflichtungsermächtigungen nur soweit und nicht eher in Anspruch genommen werden, als sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind. Diese Bestimmungen sind Ausfluss des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots, das in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG zum Ausdruck kommt und für jedwede staatliche Tätigkeit gilt,

Gröpl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Komm. z. GG, Art. 110 Rn. 202 ff. m.w.N. (Stand d. Bearb.: Sept. 2015).

Demzufolge war auch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur beim Abschluss der Verträge zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ an die Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden.

## 2. Durchführung von „Risikoworkshops“ und Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen – Risikobewertung

Ausfluss der Verpflichtung auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist nach § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 BHO die Pflicht, für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen und dabei die Risikoverteilung zu berücksichtigen.

Vor und während der Vergabeverfahren zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen angestellt. Zuvor waren für das Vergabeverfahren „Erhebung“ im Juni 2017 vier „Risikoworkshops“ durchgeführt worden, es folgten zwei Termine im August und Dezember 2018 vor der Erstellung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung,

so die Feststellungen des Bundesrechnungshofs, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe vom 18.11.2019, S. 7 f. und dort Fn. 4.

Allerdings ist der Bundesrechnungshof zu der Auffassung gelangt, dass nicht nachgewiesen ist, ob und wie das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung das Risiko berücksichtigt hat, dass das damals zu erwartende Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union zu einer Unionsrechtswidrigkeit der Infrastrukturabgabe führt („negatives Urteil“),

Bundesrechnungshof, ebd., S. 9.

Demgegenüber erklärte das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, es habe das Risiko einer partiellen oder vollständigen Unvereinbarkeit der Infrastrukturabgabe mit Unionsrecht sowohl in den „Risikoworkshops“ als auch beim Projektmanagement in der Gesamtprojektleitungsgruppe berücksichtigt und bewertet („mehrfaches Riskmanagement“). Eine vollständige Unvereinbarkeit habe es mit einem vollständigen Scheitern der Infrastrukturabgabe gleichgesetzt. Es habe alle denkbaren Szenarien von einer fast unveränderten Fortsetzung bis hin zu einer durch das Gericht veranlassten Einstellung des Projektes berücksichtigt. Allerdings habe es das Risiko mit einer geringen Eintrittswahrscheinlichkeit fortlaufend bewertet,

vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Stellungnahme zum Berichtsentwurf des Bundesrechnungshofs vom 25.10.2019, S. 7 = MAT A BMVI-4/1\_a3, Blatt 199; siehe auch Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe vom 18.11.2019, S. 9.

Damit ist unstrittig, dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur seiner Verpflichtung zu Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nachgekommen ist und damit dem Grunde nach erfüllt hat. Meinungsverschiedenheiten bestehen lediglich hinsichtlich deren Vollständigkeit, insbesondere was ein „negatives Urteil“ des Gerichtshofs der Europäischen Union betrifft. Dies ist eine Wertungsfrage, bei der haushaltsrechtlich auch von Belang ist, dass § 7 Abs. 2 Satz 1 BHO nur „angemessene“ Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

verlangt. Diese Angemessenheit enthält ein Regulativ zur umfassenden Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen: Die Kosten, die eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung verursacht, müssen im Verhältnis zum dadurch erzielbaren Nutzen stehen. Mit anderen Worten muss die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ihrerseits wirtschaftlich sein,

Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zur BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 31. Nach Nr. 2.3.1 I 1 VV-BHO ist die nach den Erfordernissen des Einzelfalls einfachste und wirtschaftlichste Methode anzuwenden.

Gelangt man vor diesem Hintergrund zur der Auffassung, dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur

- das Risiko eines „negativen Urteils“ des Gerichtshofs der Europäischen Union berücksichtigt hat, liegt insoweit kein Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 BHO vor,
- dieses Risiko mit einer zu niedrigen Eintrittswahrscheinlichkeit bewertet hat, würde daraus eine Fehleinschätzung des Ministeriums folgen,
- dieses Risiko gar nicht berücksichtigt hat, wäre darin eine Unvollständigkeit der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu erblicken.

Aufgrund der Darlegungen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur erscheint es unwahrscheinlich, dass das Ministerium das Risiko eines „negativen Urteils“ des Gerichtshofs der Europäischen Union überhaupt nicht bedacht und berücksichtigt hat,

Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Stellungnahme zum Berichtsentwurf des Bundesrechnungshofs vom 25.10.2019, S. 6 ff. = MAT A BMVI-4/1\_a3, Blatt 198.

Sollte es zu einer Fehleinschätzung des Risikos bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung gekommen sein, führte dies nicht zu einer massiven Missachtung der haushaltsrechtlichen Verpflichtungen des Ministeriums. Ein schwerwiegender Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wäre ausgeschlossen.

### **3. Schadensersatzvereinbarung im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“)**

#### **a) Bundesrechnungshof**

Der Bundesrechnungshof hält die im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) vereinbarte Schadensersatzregelung für nicht angemessen. Der Auftragnehmer könne selbst kurz nach Abschluss des Vertrages nahezu den vollen unternehmerischen Gewinn über die gesamte Laufzeit fordern, wenn der Vertrag allein aufgrund „ordnungspolitischer Gründe“, also namentlich infolge eines „negativen Urteils“ des Gerichtshofs der Europäischen Union gekündigt wird. Dieser von den Bietern in den Vertragsverhandlungen geforderte hohe Schadensersatzanspruch hätte das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur veranlassen müssen, den Abschluss des Vertrages am 30.12.2018 vor der Verkündung des zu erwartenden Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union zu überdenken,

Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe vom 18.11.2019, S. 4 f. und S. 10 ff.

Die Folge, das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur habe dadurch gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstoßen, zieht der Bundesrechnungshof daraus jedoch nicht.

#### **b) Kritische Rechtsgutachten und Stellungnahmen**

Verschiedentlich beauftragte Gutachter gelangen zu ähnlichen Ergebnissen wie der Bundesrechnungshof:

- Nach Meinung von Florian Wagner-von Papp sieht der „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) eine Schadensersatzzahlung vor, die ein aus Sicht der Vertragsparteien zufälliges Risiko vollständig und einseitig auf den Bund verlagert. Dieser habe nach Kündigung aus wichtigem Grund für das volle positive Interesse des Betreibers über die gesamte Laufzeit von zwölf Jahren einzustehen. Die Abrede weiche gravierend vom gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB ab,

Gutachten Hufeld/Wagner-von Papp, S. 5 und 42 ff.

- Gleicher Ansicht ist Ulrich Hufeld: Er qualifiziert die genannte Schadensersatzklausel als Versprechen „ökonomischer Substanzerhaltung für den Garantiefall“, mit der sich das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur „ersichtlich von einer vertragsüblichen Risikoverteilung gelöst und ein Vertragsgewährleistungsrisiko übernommen“ habe; darin sei eine „außerordentliche Haftungspolitik“ zu erkennen,

Hufeld, Stellungnahme zur Anhörung „Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge ...“ vor dem 2. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages vom 16.1.2020, MAT A SV-1/1, S. 5.

- Im Gutachten von Chatham und Partner wird die Auffassung vertreten, dass die Regelungen zu den Folgen einer Kündigung des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) für den Fall eines „negativen Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union dem Auftragnehmer den entgangenen Gewinn über die gesamte restliche Vertragslaufzeit zusprechen. Diese weitreichende Entschädigung sei als unüblich einzustufen und erscheine unangemessen,

Chatham Partners LLP, PKW-Maut – Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils und angemessene Berücksichtigung in den vergebenen Aufträgen, erstellt im Auftrag der Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 23.8.2019, S. 4 f., 15 ff., 23 ff.

- Das Kurzgutachten von Wurster/Weiss/Kupfer und Neumann, Schmeer und Partner gelangt zum dem Ergebnis, dass die Bestimmungen des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) für die Konstellation eines „negativen Urteils“ des Gerichtshofs der Europäischen Union keine differenzierte und sach-

gerechte Regelung trafen. Damit werden dem Bund keine klare und angemessene Möglichkeit eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen. Denn die vorgesehenen Rechtsfolgen einer Kündigung seien insoweit unangemessen. Der auf den Bruttoundernehmenswert der Betreiber-Gesellschaft gerichtete Schadensersatzanspruch stelle im Ergebnis eine auf das positive Interesse gerichtete Garantie dar, mit der die Bundesrepublik Deutschland das Risiko eines negativen Urteils vollständig auf sich nimmt. Der Betreiber werde wirtschaftlich so gestellt, als ob das EuGH-Urteil gar nicht ergangen wäre und er den planmäßigen Gewinn über die gesamte Vertragslaufzeit erzielen könnte. Eine derartige Regelung weicht denkbar deutlich von den einschlägigen gesetzlichen Leitbildern ab. Sie bewirke keine angemessene Risikoverteilung, sondern enthalte ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, das einen unter Umständen zeit- und kostenaufwendigen Rechtsstreit über das Vorliegen sonstiger Kündigungsgründe vorprogrammiere. Die im Vertrag vorgesehenen Optionen der Bundesrepublik Deutschland zum Erwerb des Unternehmens oder seiner Aktiva seien für den Fall, dass die „Pkw-Maut“ infolge eines „negativen Urteils“ nicht erhoben wird, praktisch wertlos,

Wurster/Weiss/Kupfer und Neumann, Schmeer und Partner, Rechtliches Kurzgutachten zur Risikovorsorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018 für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung, erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2.9.2019, S. 5 f., 24 ff.

Trotz der zitierten Kritik ist festzustellen, dass dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in keinem der Rechtsgutachten ein Verstoß gegen die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit attestiert wird.

### **c) Rechtfertigendes Gutachten von Linklaters**

Eine andere Ansicht als der Bundesrechnungshof und die vorzitierten Rechtsgutachten vertritt Linklaters in seinem vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur beauftragten Gutachten:

Danach entsprächen die Kündigungsregelungen im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) marktüblichen Vertragsstandards und seien als angemessen zu beurteilen. Die Differenzierung nach Verantwortungssphären sei üblich. Die rechtsstaatliche Unabhängigkeit der Gerichte und damit deren fehlende Beeinflussbarkeit durch die Exekutive stelle die grundsätzliche Verantwortung des Staates nicht infrage. Demgemäß sei die Erstattung des objektivierten Bruttoundernehmenswerts unter Anrechnung ersparter Kosten und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten bei einer Kündigung infolge eines „negativen Urteils“ des Gerichtshofs der Europäischen Union eine angemessene Kündigungsfolge,

Linklaters LLP Berlin, Gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Pkw-Maut, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, 23.10.2019, S. 1 f. und S. 39 ff.

Besonders bemerkenswert ist, dass Linklaters verneint, der Bund sei zum Ersatz des entgangenen Gewinns für die gesamte restliche Vertragslaufzeit verpflichtet.

Stichtag für die Berechnung der „Entschädigung“ sei nicht die gesamte ausstehende Vertragslaufzeit von zwölf Jahren, sondern der Zeitpunkt der Kündigung am 30.9.2019,

Linklaters, ebd., S. 2, 39, 42 f., 46 f., 49.

Zudem hätte eine Vereinbarung einer Kompensation, wonach lediglich die tatsächlich angefallenen Kosten zu ersetzen wäre, zu kurz gegriffen, weil die mit dem Vertrag verbundenen Risiken für die Betreiber vollkommen ausgeblendet worden wären. Dies hätte einem angemessenen Nachteilsausgleich widersprochen und wäre in den Vertragsverhandlungen vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur nicht durchsetzbar gewesen,

Linklaters, ebd., S. 2, 22 ff.

#### **d) Entgegung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur**

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur schließt sich den Ausführungen von Linklaters ausdrücklich an. Die im „Vertrag Erhebung“ („Betreibervertrag“) vereinbarte Regelung stelle eine angemessene Kündigungsfolge dar. Zudem weist das Ministerium darauf hin, dass auf diese Risikoordnung im Vergabeverfahren *alle Bieter* bestanden hätten, dass also ohne eine solche Vereinbarung eine Umsetzung der „Pkw-Maut“ am Markt nicht möglich gewesen wäre,

Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Stellungnahme zum Berichtsentwurf des Bundesrechnungshofs vom 25.10.2019, S. 9 = MAT A BMVI-4/1\_a3, Blatt 201.

#### **e) Stellungnahme**

Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit namentlich des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) hängt – wie vorstehend herausgearbeitet – maßgeblich ab von

- der Würdigung der zivilrechtlichen Rechtsfolgen der von Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ausgesprochenen mehrfachen Kündigungen aus dem Jahr 2019 sowie
- von der Marktüblichkeit und damit Angemessenheit der einschlägigen Vereinbarungen.

Diese Aufgabe ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens und kann daher hier nicht geleistet werden. Zu beachten ist überdies, dass bei einem EU-weiten Vergabeverfahren nicht unbedingt das Schadenersatzrecht des deutschen Zivilrechts zur Anwendung kommen muss oder kann. Auch damit wird ein wesentlicher Maßstab für die oben wiedergegebenen kritischen Gutachten ein Stück weit fragwürdig.

Mithin muss die Antwort auf die Frage, ob der Inhalt namentlich des „Vertrags Erhebung“ (des „Betreibervertrags“) gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstößt, hier offenbleiben.

#### IV. Ergebnisse

1. Für den Abschluss der Verträge zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ vom 22.10. und 30.12.2018 war die Inanspruchnahme einer Gewährleistungsermächtigung nach Art. 115 Abs. 1 Fall 2 GG nicht erforderlich.
2. a) Grundsätzlich war das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur aufgrund der im Haushaltsplan 2018 veranschlagten Verpflichtungsermächtigungen haushaltsrechtlich berechtigt, die Verträge abzuschließen.  
b) Kleinere Verstöße gegen das Haushaltsrecht können sich ergeben, wenn und soweit dabei Zahlungsverpflichtungen eingegangen wurden, die den Gesamtbetrag der veranschlagten Verpflichtungsermächtigungen überschreiten.
3. a) Vor und beim Abschluss der Verträge zur Umsetzung der „Pkw-Maut“ hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit insoweit beachtet, als angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Risikobewertungen durchgeführt wurden.  
b) Ob die Vereinbarung der Rechtsfolgen einer Kündigung aufgrund „ordnungspolitischer Gründe“ gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstieß, hängt von zivilrechtlichen Beurteilungen und von der Marktüblichkeit ab, die durch das vorliegende Gutachten nicht zu beantworten sind.

gez. Gröpl