



## Nur zur dienstlichen Verwendung

## Stenografisches Protokoll der 4. Sitzung - endgültige Fassung -

### 2. Untersuchungsausschuss

Berlin, den 16. Januar 2020, 13.00 Uhr  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1  
Paul-Löbe-Haus, Saal E.200

Vorsitz: Vorsitzender Udo Schiefner, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt	Seite
<b>Sachverständigenanhörung</b>	
<b>zum Europarecht</b>	<b>10</b>
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität Bielefeld Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität Mannheim	
<b>zum Haushaltsrecht</b>	<b>45</b>
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des Saarlandes	
<b>Vergabefragen</b>	<b>66</b>
Anhörung der Sachverständigen RA Dr. Marco Núñez Müller, Kanzlei Chatham RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters	

Der Sachverständige Prof. Dr. Franz C. Mayer hat Korrekturwünsche übermittelt, siehe Anlage 1  
Der Sachverständige Prof. Dr. Friedemann Kainer hat Korrekturwünsche übermittelt, siehe Anlage 2  
Der Sachverständige Prof. Dr. Ulrich Hufeld hat Korrekturwünsche übermittelt, siehe Anlage 3  
Der Sachverständige Prof. Dr. Christoph Gröpl hat Korrekturwünsche übermittelt, siehe Anlage 4  
Der Sachverständige RA Dr. Marco Núñez Müller hat Korrekturwünsche übermittelt, siehe Anlage 5  
Der Sachverständige RA Dr. Jan Endler hat Korrekturwünsche übermittelt, siehe Anlage 6



**Nur zur dienstlichen Verwendung**



Nur zur dienstlichen Verwendung

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<u>CDU/CSU</u> Frieser, Michael Lange, Ulrich Warken, Nina		<u>CDU/CSU</u> Kießling, Michael Kuffer, Michael Sendker, Reinhold	
<u>SPD</u> Lühmann, Kirsten ✕ Schiefner, Udo		<u>SPD</u> ✕ ✕Korkmaz-Emre, Elvan Müller (Chemnitz), Detlef	
<u>AfD</u> Wiehle, Wolfgang		<u>AfD</u> Mrosek, Andreas	
<u>FDP</u> Jung Dr., Christian		<u>FDP</u> ✕ Luksic, Oliver	



Nur zur dienstlichen Verwendung

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<u>DIE LINKE.</u> Cezanne, Jörg		<u>DIE LINKE.</u> Lutze, Thomas	_____
<u>BÜ90/GR</u> Kühn (Dresden), Stephan		<u>BÜ90/GR</u> Krischer, Oliver	_____





### Nur zur dienstlichen Verwendung

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
AfD	_____	_____
FDP	_____	_____
DIE LINKE.	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

#### Fraktionsmitarbeiter

Name (bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Henning Finck	FDP	<i>Finck</i>
Kobus, Anna	CDU/CSU	<i>Kobus</i>
Dr. Krzykowski, Konstantin	CDU/CSU	<i>K. Krzykowski</i>
Wendt, Christine	CDU/CSU	<i>Wendt</i>
Santos, Stephanie	CDU/CSU	<i>Santos</i>
Leizic, Sela	Grüne	<i>Leizic</i>
Köhler, Florian	"	<i>Köhler</i>
Hauswirth, Anne	SPD	<i>Hauswirth</i>
Dichen, Dominik	SPD	<i>Dichen</i>
Kunkel, Vera	SPD	<i>Kunkel</i>



Nur zur dienstlichen Verwendung

Fraktionsmitarbeiter

Name (bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Kraul, Felix	SPD	F. Kraul
HARUNA, TOBIAS	SPD	T. Haruna
LEDERER, ANIC	FDP	A. Lederer
Uoch, Matthias	FDP	M. Uoch
D. Teser, Andreas	CDU/CSU	A. Teser
Falk Rodig	ADP	F. Rodig
Bosch, Lukas	CDU/CSU	L. Bosch
Nikos Kotulla	Pet 1	N. Kotulla
Elisabeth Mosini	Pet 1	E. Mosini
Wegner, Martina	LINKE	M. Wegner
Boester, Alexander	CDU/CSU	A. Boester
WASSERMANN, FRIEDRICH	SPD	F. Wassermann
RIEDL, Sebastian	CSU	S. Riedl
Krolla, Patrick	CDU	P. Krolla
Krause, Tom	Linke	T. Krause



Nur zur dienstlichen Verwendung

Bundesrat			
Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amtsbezeichnung
Baden-Württemberg	_____	_____	_____
Bayern	_____	_____	_____
Berlin	_____	_____	_____
Brandenburg	_____	_____	_____
Bremen	_____	_____	_____
Hamburg	_____	_____	_____
Hessen	_____	_____	_____
Mecklenburg-Vorpommern	_____	_____	_____
Niedersachsen	_____	_____	_____
Nordrhein-Westfalen	F. Suermann	<i>F. Suermann</i>	RR
Rheinland-Pfalz	_____	_____	_____
Saarland	_____	_____	_____
Sachsen	_____	_____	_____
Sachsen-Anhalt	_____	_____	_____
Schleswig-Holstein	_____	_____	_____
Thüringen	_____	_____	_____



Nur zur dienstlichen Verwendung

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte in Druckschrift)	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amtsbezeichnung
BNI	JETHG PETRA	[Handwritten Signature]	Leitung
BNI	Hönlke Norlene	[Handwritten Signature]	RR'in
"	Matthias Schramper	[Handwritten Signature]	ORR
	Susanne REIFF	[Handwritten Signature]	GR'in
BNI	Dr. Brahm	[Handwritten Signature]	Stellv. Bf
BKAmt	Julia Vinnai	[Handwritten Signature]	RDin
BMLW	Simm VAVI	[Handwritten Signature]	RR
BK-Dir	Dorte Rung-Johanna	[Handwritten Signature]	RR
RMP	Fritz	[Handwritten Signature]	RD
BNI	Nickel	[Handwritten Signature]	RI
Büro Sandkes	Lehja Dieckmann	[Handwritten Signature]	
BNI	Dancla Julia	[Handwritten Signature]	MinRM
SV Prof. Dr. Hayer	Karina Ostloff	[Handwritten Signature]	
BNI	Lindemann Axel	[Handwritten Signature]	ORR
BWV	Dr. Sonja Eisenberg	[Handwritten Signature]	RDin
BWV	Ana Danicke	[Handwritten Signature]	RORin
BNI	Stadler, Stefan	[Handwritten Signature]	RDIR
BNI	Kyrtin, Jana	[Handwritten Signature]	RDIR
"	Nayer Anu	[Handwritten Signature]	"
"	Bianca Hübsch	[Handwritten Signature]	
"	Claudia Kielkne	[Handwritten Signature]	





## Nur zur dienstlichen Verwendung

(Beginn: 13.00 Uhr)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich eröffne dann die 4. Sitzung des 2. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode, begrüße Sie recht herzlich hier im Ausschuss und begrüße natürlich auch recht herzlich die Öffentlichkeit und die Pressevertreter.

Und vielleicht vorweg sei mir noch erlaubt: Sie haben ja auch in den letzten Tagen und Wochen davon gehört, dass es Unterlagen gibt, die in der Geheimschutzstelle derzeit noch liegen, und dass es ja hier auch Diskussionen gab über die Einstufung zahlreicher Unterlagen hier im Ausschuss und von Ausschussmitgliedern und ich auch angekündigt hatte, das zum Thema in einer Obleterunde zu machen. Die hat gestern Abend stattgefunden mit der Staatssekretärin des BMVI Frau Dr. Zieschang. Und wir sind uns gestern darüber natürlich einig gewesen, dass es selbstverständlich ist, dass der berechtigte Schutz von Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder die Wahrung von Betriebsgeheimnissen sicherzustellen ist, auch durch die entsprechende Einstufung - auf der einen Seite. Die Arbeit des Ausschusses darf jedoch nicht unangemessen behindert oder erschwert werden - auf der anderen Seite. Und wir sind nach wie vor natürlich alle hier im Untersuchungsausschuss für eine maximale Transparenz, die auch versprochen wurde. Und das muss heißen, dass wirklich nur verschlossen bleibt, was verschlossen bleiben muss.

Und mit diesem Ergebnis sind wir dann gestern Abend auch auseinanderggegangen. Die Staatssekretärin hat zugesagt, in einem, ich nenne ihn mal, dynamischen Prozess alle relevanten Unterlagen schnell noch mal auch daraufhin prüfen zu lassen, ob die vorgenommenen Einstufungen als Verschlussache geändert werden können.

Die Obleute des Ausschusses haben sich darauf verständigt, dann erneut im Februar zu sehen, wie dieser dynamische Prozess durchgeführt wurde und ob hier eben auch Arbeitserleichterungen durch Rückstufungen für den Ausschuss erreicht wurden. - Dies als Information.

Lassen Sie mich, bevor ich zum eigentlichen Gegenstand der heutigen Sitzung komme, noch einige Vorbemerkungen machen.

Ton- und Bildaufnahmen sind während der öffentlichen Beweisaufnahme nicht zulässig. Ein Verstoß gegen dieses Gebot kann nach dem Hausrecht des Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern gegebenenfalls auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Ich rufe den **einzigen Tagesordnungspunkt** heute auf: Beweisaufnahme, und zwar die öffentliche Anhörung von Sachverständigen aufgrund des Beweisbeschlusses SV-1. Es wird Beweis erhoben zum Untersuchungsauftrag des Bundestages auf der Drucksache 19/15543 durch eine

### Sachverständigenanhörung

#### zum Europarecht

Anhörung der Sachverständigen

Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität  
Bielefeld

Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität  
Mannheim

#### zum Haushaltsrecht

Anhörung der Sachverständigen

Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt  
Universität/Universität der Bundeswehr  
Hamburg

Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des  
Saarlandes

### Vergabefragen

Anhörung der Sachverständigen

RA Dr. Marco Núñez Müller, Kanzlei  
Chatham

RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Als zeitlicher Rahmen sind für jeden Block in etwa zwei Stunden vorgesehen. Die beiden Sachverständigen sollen jeweils in acht bis zehn Minuten eine zusammenfassende Einführung geben. Dann erfolgen einführende Fragen und schließlich die Befragung in einer offenen Fragerunde durch die Mitglieder des Ausschusses ohne festes Zeitkontingent für die Fraktionen. Zum Abschluss der jeweiligen Runde erhalten die beiden Sachverständigen dann für rund fünf Minuten die Gelegenheit zu einer zusammenfassenden Bewertung ihrer Ausführungen bzw. der Diskussion.

Als Erstes möchte ich hier vor allen Dingen auch begrüßen als Sachverständige zum Themenkreis Europarecht Herrn Professor Dr. Friedemann Kainer von der Universität Mannheim - herzlich willkommen! - und Herrn Professor Dr. Franz Mayer von der Universität Bielefeld. Auch Ihnen recht herzliches Willkommen! Haben Sie beide vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und dem Ausschuss für diese Anhörung zur Verfügung stehen.

Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an, auch darauf möchte ich hinweisen. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzungen zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des Protokolls gelöscht.

Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen.

Gibt es dazu jetzt noch Fragen, zum Ablauf und zu den Regelungen? - Das ist nicht der Fall.

Dann möchte ich die beiden Sachverständigen, Herrn Professor Dr. Kainer und Herrn Professor Dr. Mayer, belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf

die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. - Gibt es dazu noch Fragen? - Nicht der Fall.

Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. - Haben Sie dazu noch Fragen? - Nicht der Fall.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie beide bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. Wir gehen da am besten nach dem Alphabet vor; Herr Professor Kainer, wenn Sie da bitte den Anfang machen.

### **Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:**

Ja, mein Name ist Friedemann Kainer, Professor an der Universität Mannheim. Die ladungsfähige dienstliche Adresse ist das Schloss Mannheim an der Universität Mannheim, 68131 Mannheim. Mein Alter ist 48 Jahre.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Mein Name ist Franz Mayer. Ich bin Professor an der Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft. Alter: 51 Jahre. Und die Anschrift ist Universitätsstraße 25 in <sup>1</sup>Bielefeld.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann kommen wir jetzt schon zum nächsten Punkt. Ich möchte Ihnen beiden entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand der Anhörung zu äußern. Wie schon erwähnt, wäre es gut, wenn Sie sich jeweils auf circa acht bis zehn Minuten beschränken könnten. - Auch hier alphabetisch. Wenn Sie bitte beginnen würden, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren! Zunächst einmal vielen Dank für die Einladung in den Untersuchungsausschuss und zu der Gelegenheit, Ihnen meine Überlegungen zu der europarechtlichen Rechtslage in Bezug auf die Pkw-Infrastrukturabgabe zu äußern.

Ich möchte zunächst mal allgemeine Bemerkungen machen zur Frage der Vereinbarkeit und insbesondere dann etwas genauer zur Frage, ob die Entscheidung des Verkehrsministeriums, den Vertrag über die Infrastrukturleistungen vor dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu schließen, vertretbar gewesen ist, und dann im zweiten Schritt etwas genauer auf die Rechtslage des Artikels 18 AEUV, der Grundfreiheiten und des Artikels 92 eingehen.

Für die Frage der Vertretbarkeit spielen naturgemäß zwei Umstände eine Rolle: zum einen die rechtswissenschaftliche Beurteilung ex ante und zum anderen die Frage - rechtswissenschaftliche Beurteilungen sind immer eine Diskussion des Für und Wider, geben also ein Risiko wieder -, wie dieses Risiko, und zwar das Risiko einer negativen Entscheidung, aus der Sicht der Bundesregierung bewertet werden musste. Ich kann als Sachverständiger zum Europarecht natürlich nur zur ersten Frage Stellung nehmen.

Wenn man die Wahrscheinlichkeit einer negativen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs beurteilen möchte, dann müssen wir zwischen zwei Diskriminierungstatbeständen, zwischen zwei Rechtsgrundlagen differenzieren, und zwar zwischen Artikel 18 AEUV einerseits - das ist das allgemeine Diskriminierungsverbot - und Artikel 92 AEUV andererseits, das ist das verkehrsrechtliche Diskriminierungsverbot. An den Artikel 18 AEUV schließen sich dann die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote an - das ist Artikel 34, Warenverkehrsfreiheit, und Artikel 56 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit -, die allerdings von ihrem Tatbestand her im Prinzip mit dem Artikel 18 vergleichbar sind, während Artikel 92 - deswegen die Differenzierung - anders konstruiert ist.

Bei Artikel 18 AEUV und den Grundfreiheiten war das Meinungsbild zur Rechtmäßigkeit der Benutzungsgebühr gemischt; es brauchte die Bundesregierung nach meiner Auffassung nicht unbedingt von einem Verstoß auszugehen. „Gemischt“ heißt: Es gab Auffassungen der Literatur, die von der Rechtswidrigkeit ausgingen - man muss sagen: das war die Mehrheit -; es gab Ausführungen der Literatur, die von einer Vereinbarkeit der Maut oder Infrastrukturabgabe - ich spreche jetzt mal vereinfachend von „Maut“, Sie wissen aber, was gemeint ist; eine Mindermeinung oder geringere Meinung vielleicht -, die von der Rechtmäßigkeit ausgegangen ist.

Meines Erachtens sprachen damals, also aus Ex-ante-Sicht, gute Gründe dafür, die Maut schon gar nicht als diskriminierend einzuschätzen - ich möchte in einem zweiten Schritt das ausführen -; denn, kurz gefasst, durch die Regelungen des Infrastrukturgesetzes in Verbindung mit der Reduktion der Kfz-Steuer wurde meiner Ansicht nach - so habe ich das auch in zwei Ausschusssitzungen hier vertreten - lediglich eine bestehende Inländerdiskriminierung ausgeglichen. Dann ist zweitens zu berücksichtigen, dass die Kommission das bereits eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren zurückgenommen hat und sozusagen als Hüterin der Verträge, wenn man so möchte, grünes Licht gegeben hat - wohl wissend allerdings,

<sup>1</sup> Ergänzung des SV um: „33501“, siehe Anlage 1, S. 12





## Nur zur dienstlichen Verwendung

dass die Kommission natürlich keine abschließende Beurteilung über die Rechtslage abgeben kann; das macht natürlich der Europäische Gerichtshof. Und drittens, das dritte Argument: Die deutsche Maut, der Vorschlag oder das Gesetz, entsprach im Kern dem Konzept der Eurovignetten-Richtlinie, die in ihrem Artikel 7k, allerdings für Fahrzeuge über dreieinhalb Tonnen, eine Kompensation der Maut an anderer Stelle, also etwa durch eine Reduktion der Kfz-Steuer, erlaubt hat.

Diese Argumente - es gibt vielleicht noch das eine oder andere mehr, auf die ich noch kommen möchte - sind keine schlechten Argumente. Und dass sie gute Argumente sind, zeigen die Schlussanträge des Generalanwalts am Europäischen Gerichtshof Nils Wahl vom 6. Februar 2019. Der Generalanwalt hatte die Diskriminierung nach Artikel 18 und dann auch nach Artikel 92 AEUV abgelehnt, weil er der Auffassung war, dass in- und ausländische Halter nicht miteinander vergleichbar seien. Letztlich mag dahinter die Überlegung stehen, dass die deutsche Maut lediglich eine Inländerbenachteiligung ausgleichen sollte.

Mit Blick auf Artikel 92 AEUV, das verkehrsrechtliche Diskriminierungsverbot, waren die Stimmen aus der deutschen Rechtswissenschaft deutlich skeptischer. Ich selbst habe auch in den Ausschusssitzungen hier die Meinung vertreten, dass Artikel 92 wahrscheinlich der Stolperstein für die deutsche Maut sein würde. Der Gutachter des Bundesverkehrsministeriums, der Kollege Hillgruber, sah dies anders und hat dafür auch inhaltlich recht gute Gründe genannt. Es war unwahrscheinlich - hat er selbst geschrieben -, dass der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung ändern würde. Der Artikel 92 ist ein „stand still“, ein Stillhaltegebot. Es war nicht zu erwarten, dass der Gerichtshof in diese Richtung gehen würde; aber es gab zumindest Argumente dafür, dass der Europäische Gerichtshof auf der Grundlage der Eurovignetten-Richtlinie, möglicherweise jedenfalls, die Rechtswidrigkeit abgelehnt hätte.

Dessen ungeachtet wäre allerdings ein isolierter Verstoß gegen Artikel 92 AEUV, also hätte der

EuGH den anderen Verstoß nach Artikel 18 abgelehnt, natürlich lästig gewesen, aber hätte der Infrastrukturabgabe nicht notwendigerweise das Genick gebrochen. Artikel 92 AEUV erfasst ja lediglich - was heißt „lediglich“?, erfasst - und schützt gewerbliche Verkehrsunternehmen. Das ist ein relativ kleiner Teil bei den Fahrzeugbewegungen unter dreieinhalb Tonnen; deswegen wäre das wahrscheinlich möglich gewesen, diese Fahrzeuge von der Maut auszunehmen, wenn der Europäische Gerichtshof so entschieden hätte. In dem Fall wäre es wahrscheinlich möglich gewesen, die Maut eben dann insoweit so lange auszusetzen, bis eine europäische Regelung dann gekommen wäre, die ja auch unterwegs ist.

Ich weise aber darauf hin - zusätzlich -, dass der Generalanwalt auch einen Verstoß gegen Artikel 92 AEUV ausdrücklich zurückgewiesen hat und dass auch die Kommission keine Einwände gegen den weiteren Fortgang des Verfahrens in Deutschland hatte und damit auch gegen Artikel 92 zumindest jedenfalls keinen Verstoß gesehen haben muss, sonst hätte man das Vertragsverletzungsverfahren ja nicht zurücknehmen müssen.

Im Übrigen entspricht die deutsche Regelung in der Tat jedenfalls im Kern dem Konzept der Eurovignetten-Richtlinie und der von der Kommission auch angedachten Einführung einer sekundärrechtlichen Regelung für Pkw-Maut-Systeme, jedenfalls im Ansatz. Diese Regelung dispensiert ja gerade - also das ist der Artikel 7k in der Eurovignetten-Richtlinie der geltenden Fassung - von Artikel 92 AEUV; und daher kann man zumindest die Meinung vertreten, dass die Bundesregierung darauf hoffen konnte, aber nicht sicher vertrauen durfte, dass der Europäische Gerichtshof diese Regelungen bei seiner Entscheidung in Betracht ziehen würde, wie das eben der Generalanwalt gemacht hatte.

So, wenn ich noch ein bisschen Zeit habe, dann würde ich noch zu Artikel 18 und zur Diskriminierung nach Artikel 18 etwas vertieft ausführen: Warum kein Verstoß gegen Artikel 18?

Intuitiv haben viele, auch die Öffentlichkeit und viele Beobachter, das Gefühl gehabt, nachdem in



## Nur zur dienstlichen Verwendung

der politischen Welt der Begriff von der „Ausländermaut“ gekommen ist und verwendet wurde, dass man in der deutschen Infrastrukturabgabe eine Ausländerdiskriminierung sehen müsste, die ja nach Artikel 18 AEUV, nach den Grundfreiheiten verboten ist.

Für eine richtige Einschätzung der Rechtslage muss man aber den Begriff der Diskriminierung genau anschauen. Auf den Punkt gebracht ist eine Diskriminierung eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten, anders formuliert: Gleiches muss gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden. Im europarechtlichen Kontext muss man dann prüfen, ob die Ungleichbehandlung gerade auf oder jedenfalls mittelbar auf der Staatsangehörigkeit beruht oder an sie anknüpft.

Wenn wir diese Grundsätze auf die Infrastrukturabgabe in Verbindung mit der Änderung des Kfz-Steuergesetzes anwenden, so müssen wir uns also fragen, ob die ausländischen Halter im Ergebnis schlechter behandelt werden als die inländischen Halter. Dies hat der Europäische Gerichtshof ja bejaht und damit die Diskriminierung angenommen. Auf den ersten Blick stimmt das: Inländer zahlen nach der Konzeption nicht mehr, lediglich Ausländer müssen einen Beitrag bezahlen. Damit scheint sich also Diskriminierung geradezu aufzudrängen. Aber gegen diesen Eindruck sprechen doch eine Reihe von Argumenten; das ist sozusagen der erste Teil, was ich vorhin gesagt habe: Es liegt schon überhaupt keine Diskriminierung vor.

Bevor ich das näher erläutere, zunächst mal eine Zwischenüberlegung. Verboten ist nach dem europäischen Recht, nach dem Diskriminierungsverbot, lediglich die Ausländerdiskriminierung. Eine Inländerdiskriminierung ist nicht verboten; das heißt, wenn beispielsweise eine staatliche Leistung nur von Inländern bepreist wird oder Gebühr nur von Inländern erhoben wird, aber nicht von Ausländern, also Inländer schlechter behandelt werden als Ausländer, liegt hierin zwar eine Diskriminierung, die aber europarechtlich als Inländerdiskriminierung irrelevant ist.

Wenn jetzt diese Inländerdiskriminierung ausgeglichen wird und eine Gebühr erhoben wird in Zukunft auch für Ausländer, dann ist es ein Ausgleich der Inländerdiskriminierung und als solches mit dem Europarecht vereinbar. Nehmen Sie an, es liegt eine solche Inländerdiskriminierung vor und es will der nationale Gesetzgeber eine Gebühr einführen, aufgrund derer in Zukunft eben Ausländer mit einer Gebühr belegt werden: Dann ist das Ergebnis eine Gleichbehandlung, obwohl das Gesetz, das diese neue Gebühr einführt, für sich betrachtet diskriminierend zu sein scheint; denn dieses Gesetz enthält ja lediglich eine Gebühr für Ausländer. Daraus lernen wir, dass das europarechtliche Diskriminierungsverbot konstruiert ist, auf das Ergebnis zu schauen, das Ergebnis zu beurteilen und nicht die einzelne Maßnahme. Im Übrigen kommt es auch nicht auf die Intention des Gesetzgebers an; entscheidend ist alleine das Ergebnis.

Gewendet auf die Maut müssen wir uns fragen, ob die ausländischen Halter nach Einführung der Infrastrukturabgabe für eine Berechtigung zur Nutzung der deutschen Autobahnen für einen bestimmten Zeitabschnitt mehr zahlen müssen als die deutschen Halter. Dies ist meines Erachtens nicht oder jedenfalls nicht zwingend der Fall. Die Regelungen um die Maut haben meiner Ansicht nach - und so habe ich das hier auch schon früher vertreten - lediglich die bestehende Inländerbenachteiligung abgebaut; inländische und ausländische Halter zahlen nun für die Nutzung der Autobahnen. Wäre die Infrastrukturabgabe nicht kompensiert worden, wie das durch die Änderung der Pkw-Steuer, Kfz-Steuer gemacht worden ist, wäre die Inländerdiskriminierung aufrechterhalten worden. Im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof hat dies der Generalanwalt Wahl letztlich jedenfalls richtig gesehen. Der Kollege Mayer schreibt in seinem Gutachten, das wäre ein bisschen verkünstelt. Dem mag ich mich anschließen: Die Schlussanträge sind schwer zu lesen. Aber im Ergebnis ist das meines Erachtens richtig gesehen worden.

Jetzt kann man gegen diese Überlegung einen Punkt einwenden: Die deutschen Halter zahlen bei der Infrastrukturabgabe eine Pauschalabgabe,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

während die ausländischen Autofahrer oder Halter, wenn sie die Autobahn nutzen, eben nach Zeitabschnitten bezahlen müssen, also jedenfalls nach einer konkreten Möglichkeit der Nutzung. Meiner Ansicht nach führt dieses Problem aber nicht dazu, dass eine Diskriminierung vorliegt, sondern lediglich eine Inländerdiskriminierung perpetuiert wird. Die inländischen Halter müssen nämlich für das ganze Jahr immer im Voraus zahlen - es sei denn, sie nutzen überhaupt nicht die Autobahn, dann können sie ja befreit werden, oder sie müssen eben voll zahlen, und darin liegt eine Inländerdiskriminierung. Die Frage der Proportionalität - ich sehe schon, ich soll zum Ende kommen - der Preise hat die Kommission ja bejaht; vor dem Europäischen Gerichtshof spielte das keine Rolle.

Auf die anderen Punkte weise ich noch mal hin: Die Regelung hält sich an die Eurovignetten-Richtlinie. Wenn dieser Ansatz der deutschen Bundesregierung eine Diskriminierung darstellte, müsste streng genommen auch die Eurovignetten-Richtlinie diskriminierend sein; auch der europäische Gesetzgeber ist an Artikel 18 AEUV gebunden. Das ist nie, bislang nicht, behauptet worden. Und daher spricht viel dafür, zu sagen, dass hier eine Diskriminierung nicht vorliegt, weil eben vom Ergebnis her betrachtet inländische und ausländische Fahrer gleichmäßig behandelt werden. - Danke schön.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, vielen Dank. - Dann möchte ich Herrn Professor Mayer bitten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ganz herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, für die Einladung in den Ausschuss.

Meine Damen und Herren! Ich bin seit 2008 in 28 Anhörungen oder Fachgesprächen in acht verschiedenen Ausschüssen des Deutschen Bundestages als Sachverständiger gehört worden. In keinem einzigen Fall stellte sich für mich die Rechtslage von Beginn an so eindeutig dar wie im Falle der Pkw-Maut.

Die Erde ist keine Scheibe; und die offene oder verdeckte Anknüpfung an das Unterscheidungsmerkmal Staatsangehörigkeit ist im Unionsrecht

rechtswidrig. Entsprechend hat der Europäische Gerichtshof im Urteil vom 18. Juni 2019 gegen Deutschland auf die Vertragsverletzungsklage Österreichs hin eine europarechtswidrige Ungleichbehandlung aus dem Umstand begründet - ich zitiere -

dass die Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen aufgrund der Steuerentlastung, die ihnen zugutekommt, de facto nicht der wirtschaftlichen Belastung unterliegen, die die Infrastrukturabgabe bedeutet.

Zitat Ende; das ist in Randnummer 52 des Urteils. Das ist der Kern des Urteils.

War das Urteil überraschend? Nein. Ich selbst habe bei verschiedenen Anhörungen im Verkehrsausschuss des 18. Deutschen Bundestages, einmal am 18. März 2015 und dann am 20. März 2017, die Einführung einer Infrastrukturabgabe, Pkw-Maut, für europarechtswidrig gehalten. Ich zitiere aus meiner Stellungnahme vom März 2017 - Zitat -:

Die Einordnung als europarechtswidrig wird von den meisten Europarechtlern geteilt. Auch das Europäische Parlament geht weiterhin von einer Europarechtswidrigkeit aus, genauso wie benachbarte Mitgliedstaaten und der Fachbereich Europa der Bundestagsverwaltung.

Wenn aber 2015 wie 2017 deutlich absehbar war, dass die Pkw-Maut vor dem EuGH scheitern würde - und das ist ja die Frage, um die es hier geht -, dann hätte dies in jegliche Überlegungen, jegliche Überlegungen etwa zum Eingehen vertraglicher Verpflichtungen gegenüber Betreibern, zumindest als Möglichkeit zwingend eingestellt werden müssen.

Aber konnte man nicht doch mit guten Gründen anderer Auffassung sein? Ich will zur Analyse dieser Frage zunächst einige allgemeine Überlegungen anstellen und dann nochmals die zeitlichen Abläufe zurückgehen.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft. Recht entzieht sich nicht selten einer mathematisch-formelhaften Eindeutigkeit, in der stets klar berechnet werden könnte, was noch rechtmäßig ist und was nicht. Letztlich kommt es darauf an, wie eine Rechtsfrage mehrheitlich in der maßgeblichen Interpretationsgemeinschaft gesehen wird. Und wenn es dort entsprechende Mehrheiten gibt, dann kann auch im Recht einmal - natürlich nur im übertragenen Sinne - die Erde eine Scheibe sein. Erfahrungswissen spielt dabei eine Rolle. Vorliegend erstaunt, dass die Lehren aus der gescheiterten Lkw-Maut nicht gezogen wurden; man hatte ja schon mal Schiffbruch erlitten mit einem ähnlichen Konzept.

Wichtiger ist ferner - ich möchte es die „Was-Frage“ nennen -: Um welche Materie geht es? Und das Diskriminierungsverbot gehört nun mal gewissermaßen zur DNA, zum genetischen Grundcode des Europarechts, und zugleich war die Andersbehandlung der Ausländer ja politisch gewollt, sodass sehr, sehr klar war, dass der EuGH hier sehr genau hinschauen würde. Das war sicher absehbar.

Dann noch zur Wer-Frage der maßgeblichen Interpreten in der Interpretationsgemeinschaft. Zu europarechtlichen Fragen gibt es wie zu allen rechtlichen Fragen viele Stimmen von durchaus unterschiedlichem Gewicht. Die autoritative Letztentscheidung kommt dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zu; das Bundesverfassungsgericht ist hier wirklich mal außen vor. Dass der Gerichtshof befasst werden würde, war unausweichlich. Hätte es kein Vertragsverletzungsverfahren gegeben, so hätten spätestens betroffene ausländische Unionsbürger über Klagen vor deutschen Gerichten und daran anschließend ein Vorlageverfahren den EuGH befasst. Das Ganze wäre dann möglicherweise noch sehr viel teurer geworden.

Bis die Letztentscheidung ergangen ist, wird nicht selten zu einer Rechtsfrage mehr als eine Meinung bestehen; Sie sehen das ja heute. Zu einer Aussage über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit gelangt man dann nicht nach einer einfachen Formel. Quantitative Mehrheit ist

ein Indiz, aber kein sicheres. Aber vorliegend waren nach meiner Wahrnehmung allerdings bereits die Mehrheitsverhältnisse in der Fachwelt doch außergewöhnlich deutlich; es gab erkennbar mehr Stimmen, die die Gesetzgebung für europarechtswidrig hielten.

Es kommt aber immer auch darauf an, wer welche Auffassung vertritt; von daher geht es immer auch um eine Gewichtung der verschiedenen Äußerungen, gewissermaßen die qualitative Mehrheit, wenn es so etwas gibt. Faktoren können dabei sein: Qualifikation, bestätigte Expertise, Erfahrung, manchmal auch Anciennität, Ansehen, Ausgewiesenheit und Anerkennung der jeweiligen spezifischen Scientific Community; beim Europarecht kommt noch eine spezifische interkulturelle Sensibilität hinzu. Auch unter all diesen Aspekten war nach meinem Eindruck die Meinung im Kreise der ausgewiesenen Europarechtler im In- und Ausland eindeutig.

In den Anhörungen im Verkehrsausschuss 2015 und 2017 war diese eindeutige Mehrheitslage in der Europarechtlergemeinschaft nicht abgebildet. Trotzdem musste allen auch nach den Anhörungen im Verkehrsausschuss zumindest klar gewesen sein, dass der EuGH zwingend befasst werden würde und dass eine Gegenargumentation zu dem durch das Verkehrsministerium beauftragten Gutachter Hillgruber bestand. Aus der Bundestagsverwaltung waren die europarechtlichen Bedenken ja bereits früh deutlich artikuliert worden, was seinerzeit zu einer Rücktrittsforderung an die verantwortlichen Beamten der Bundestagsverwaltung geführt hatte.

Auch die nach der Verabschiedung des Gesetzes eingetretenen Ereignisse auf europäischer Ebene waren nicht geeignet, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, ohne Beanstandung der Europarechtswidrigkeit durch den EuGH davonzukommen. Ein erstes durch die Europäische Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren wurde im Mai 2017 eingestellt, korrekt. Daraus hätte man indessen keine Folgerungen für den möglichen Ausgang eines EuGH-Verfahrens ziehen dürfen, und zwar gleich aus mehreren Gründen: Erstens war auf der formalen Ebene, wie bereits gesagt, die Befassung des EuGH spätestens über



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Vorlageverfahren absolut sicher; zudem waren Vertragsverletzungsverfahren durch Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen - so ist es ja dann auch gekommen -; und hinzu kommt, dass in den damaligen Medienberichten davon die Rede war, dass Deutschland über den früheren Kabinettschef des Kommissionspräsidenten Juncker, Martin Selmayr, auf die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens hingewirkt hätte. Sollte dies zutreffen, musste erst recht allen Beteiligten klar gewesen sein, dass die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens keinerlei Aussagegehalt über den Bestand der Regelungen vor dem EuGH hat.

Auf das durch Österreich angestrebte Vertragsverletzungsverfahren hin kam es dann zu einem Verfahren vor dem EuGH. Vertragsverletzungen Mitgliedstaat gegen Mitgliedstaat sind sehr, sehr selten - fünf Stück in all den Jahren seit 1957 -; aber sie sind eben auch nicht ausgeschlossen. Allerdings haben andere Mitgliedstaaten neben Österreich anfänglich auch klagen wollen, haben es dann doch nicht getan. Aber auch dies, dieser Rückzug, hätte keinesfalls als Indiz dafür gewertet werden dürfen, dass eine Rechtsauffassung sich durchsetzt und die Gesetzgebung unangetastet bleibt. Hier spielt möglicherweise vor allem eine Rolle, dass man es sich nicht mit dem größten Mitgliedstaat verderben wollte, weniger, dass man die Erfolgsaussichten vor dem EuGH für zu gering hielt; Österreich hat ja dann doch geklagt.

Am 6. Februar 2019 verkündete der Generalanwalt in dem Verfahren seine Schlussanträge. Darin empfahl er dem EuGH, die Vertragsverletzungsklage abzuweisen. Diese Empfehlung war für die Europarechtsgemeinde in hohem Maße überraschend. Nun konnte man nicht mehr sicher ausschließen, dass man sich dem Punkt näherte, an dem die maßgeblichen Akteure der Interpretationsgemeinschaft, die Richter des EuGH, feststellen würden, dass die Erde doch eine Scheibe ist.

Allerdings ist für einen Europarechtler auch sehr klar, dass die Schlussanträge keine sichere Prognose über den Ausgang des Verfahrens zulassen. Der berühmteste aller EuGH-Fälle, in der Rechtsache Van Gend & Loos, ist seinerzeit 1963 vom

EuGH gegen den Rat des - übrigens deutschen - Generalanwalts entschieden worden. Immer wieder folgt der EuGH der Empfehlung des Generalanwaltes nicht. Der amtierende Generalanwalt im vorliegenden Fall hat in der Vergangenheit bereits Rechtssachen anders beurteilt als der EuGH. Jedenfalls aber liegen die Schlussanträge des Generalanwaltes ohnehin zeitlich deutlich nach den hier im Ausschuss im Vordergrund stehenden verbindlichen Vertragsabschlüssen aus 2018.

Schließlich entschied der EuGH, und zwar als Große Kammer, also mit 15 Richtern, mit Urteil vom 18. Juni 2019, dass die geplante Gesetzgebung mit dem Europarecht unvereinbar ist. Bei dieser Besetzung, 15 von 28 Richtern, kann man nicht davon ausgehen, dass zufällig eine Minderheitsformation der 28 EuGH-Richter irgendwie unrichtig geurteilt hat.

Was für Folgerungen kann man ziehen? Der ganze Vorgang wirft neben Fragen der politisch-administrativen Verantwortung auch die Frage nach dem Umgang mit und dem Stellenwert von wissenschaftlichem Sachverstand im Hinblick auf politische Entscheidungen auf. Konkret stellt sich die Frage, wie im politischen Prozess die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, Verfassungsrecht und Unionsrecht, sichergestellt werden kann. Diese Frage stellt sich freilich nur, wenn nicht in Zweifel steht, dass die Bindung an das Verfassungs- und Europarecht absolute Priorität vor der politischen Handlungslogik hat. Schlicht auf die spätere Klärung durch ein Höchstgericht zu verweisen, ist zu einfach.

Lassen Sie mich daher zum Abschluss Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz in Erinnerung bringen - Zitat -:

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank, Herr Professor Mayer. - Dann können wir in die erste



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Fragerunde einsteigen. Wer wünscht das Wort? - Dann fangen wir beim Herrn Sendker an; dann folgen Herr Kühn, Herr Luksic, Herr Cezanne und Frau Lühmann.

**Reinhold Sendker (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe einige Fragen an Herrn Dr. Kainer. Zunächst einmal fokussiere ich auf die Eröffnung des Vergabeverfahrens zu dem Zeitpunkt Juni 2017 und möchte Sie dazu fragen, ob da aus Ihrer Sicht schon ein europarechtliches Risiko bestanden hat. Wie beurteilen Sie das? Zu dem Zeitpunkt hatte ja die Republik Österreich, wie wir alle wissen, die Klage noch nicht eingereicht. Und sprechen nicht grade aus europäischer Sicht auch Argumente für die Erhebung einer Infrastrukturabgabe? Ich denke an die Stärkung der Nutzerfinanzierung und dergleichen mehr. - Frage eins.

Frage zwei: der Zeitpunkt danach - die Österreicher haben dann ja die Klage eingereicht, das war im August 2017 -: Das Vergabeverfahren wurde Ende des Jahres, Ende 2018, dann abgeschlossen, trotz der Klage und der bestehenden Verträge mit den Betreiberfirmen. Ich möchte Sie fragen - sehr konkret -: Waren zu dem Zeitpunkt nicht auch der gesetzliche Auftrag, der hier bestand, und auch drohende Einnahmenausfälle wichtige Gründe für die rasche Vergabeentscheidung? Ich verbinde das auch mit der Frage, wie Sie die europarechtliche Problematik, das Risiko zu diesem Zeitpunkt, also Ende 2018, einschätzen. - Dies mal zum Einstieg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Soll ich gleich antworten, oder?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Sie wollen dann bitte gleich antworten, ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Herr Sendker, die zweite Frage ist eigentlich recht einfach zu beantworten - Sie fragen, ob nach 2018 gesetzliche Gründe dafür gesprochen haben würden, die Maut einzuführen -: Na ja, einerseits gab es natürlich das Gesetz; andererseits

muss man natürlich darauf achten: Wenn das Gesetz gegen Artikel 18 AEUV verstoßen würde, also unvereinbar wäre, dann würde natürlich aufgrund des Vorrangs des Europarechts das deutsche Recht unanwendbar sein. Das heißt, man konnte nicht sozusagen die europarechtliche Lage ausblenden im Jahre 2018, sondern man musste weiterhin eben schauen und prüfen: Wie würde - wie Herr Mayer das eben gesagt hat und dargestellt hat und ich auch - dann am Ende eine ja sicher vorausliegende Entscheidung eines Europäischen Gerichtshofs ausfallen?

Ich glaube auch nicht, dass sich wirklich etwas geändert hat von 2017 bis 2018. Immerhin hat die Kommission das Verfahren zurückgezogen, also das würde ich schon als ein starkes Signal sehen. Die Kommission ist ja ein Organ der Europäischen Union. Welche Einflussnahme es auch immer gab, sie ist Hüterin der Verträge und ein dem europäischen Gemeinwohl verpflichtetes Organ. Es ist natürlich eine politische Entscheidung, ob ein Verfahren aufgenommen wird - muss man auch sagen -; andererseits wurde das intensiv geprüft. Und man hat dann ja auch von deutscher Seite die Sätze angepasst und hat daraufhin grünes Licht bekommen von der Kommission. Also 2017 gab es sicher deswegen gute Gründe, zu sagen: Man kann von der Rechtmäßigkeit ausgehen. - Aber die Kommission ist eben kein Gericht; sie trifft nicht die letzte Entscheidung. Und daher kam es letztendlich natürlich dann auf die rechtliche Beurteilung an, und zwar die rechtliche Beurteilung aus der Rechtswissenschaft und der Sachverständigen, die sich hier geäußert haben.

Sie haben noch nach der Nutzerfinanzierung gefragt. Ja, es ist ja das Konzept der Europäischen Kommission gewesen, stärker von einer steuererhobenen Straßenfinanzierung umzuschwenken auf eine Nutzerfinanzierung. Insofern hat natürlich das gewählte Konzept, das ja auch sozusagen reinpasst in die Eurovignetten-Richtlinie, was für sich. Man hat es nicht eins zu eins umgesetzt, weil die deutschen Nutzer, die deutschen Halter, ja eben eine Jahresvignette kaufen müssen, so dass dieses Nutzungskonzept nicht vollumfänglich eingeführt wurde. Ich nehme auch an, dass man in diesem Verfahren einen anderen Stand



## Nur zur dienstlichen Verwendung

gehabt hätte - denn der Europäische Gerichtshof hat ja auch das genau geprüft: ist das jetzt nutzerfinanziert? -, wenn man die deutschen Nutzer, die deutschen Halter, eben nach den wirklich gefahrenen Zeitabschnitten bepreist hätte.

Ich bleibe mal dabei: Es gab gute Gründe, von der Europarechtmäßigkeit auszugehen; aber es hat sich von 2017 bis 2018 nicht wirklich viel geändert, abgesehen davon, dass die Klagedrohung der Österreicher eben konkreter wurde. Aber da stimme ich Herrn Mayer vollständig zu: Dass von einer Klage auszugehen war oder irgendwann das zum Europäische Gerichtshof kommen würde, damit war zu rechnen.

Andererseits - das darf ich noch mal hinzufügen -: Darauf, dass es irgendwann aufgrund einer Vorlage - die ja unabsehbar ist; das kann heute sein, das kann in zehn Jahren sein - zum Europäischen Gerichtshof kommt, kann man natürlich nicht warten. Ich meine, auf so einen Umstand kann man nicht warten. Man muss eben nur sauber prüfen, wie die europarechtliche Lage ist.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Herr Kühn.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Herr Professor Mayer, Sie haben ausgeführt, dass Sie erstaunt sind, dass die Lehren aus der gescheiterten Lkw-Maut nicht gezogen wurden.

(Sachverständiger  
Prof. Dr. Franz C. Mayer  
nickt)

Da gab es ja eine entsprechende Entscheidung, glaube ich, im Mai 1992. Die Lkw-Maut war ja damals de facto gleich konstruiert wie die Pkw-Maut, Kompensation der Maut sozusagen für die Inländer in Form von Steuerentlastungen, wenn gleich wir da über sozusagen gewerbliche Fahrzeuge reden. Aber da würde ich Sie noch mal bitten, auszuführen: Welche Schlussfolgerungen hätten denn aus diesem Urteil von 92 gezogen werden müssen auf den Fall, der hier sozusagen Gegenstand des Untersuchungsausschusses ist? Hätte man da nicht eigentlich - ich sage es mal

mit meinen Worten - gewarnt sein müssen? - Das wäre meine erste Frage.

Die zweite Frage ist noch mal die Frage nach dem Status quo. Es ist formuliert worden, dass es also vor der Einführung der Pkw-Maut eine Inländerdiskriminierung oder eine -benachteiligung gegeben hat oder, andersrum ausgedrückt, sozusagen Ausländer, ausländische Fahrzeughalter, bevorteilt sind durch die fehlende Maut und die Tatsache, dass sie eben keine Kfz-Steuer zum Beispiel zahlen müssen. Kann man sozusagen diesen Status quo vor der Maut überhaupt gelten lassen angesichts dessen, dass wir ja sozusagen Doppelbesteuerungsabkommen haben? - Das wäre meine zweite Frage.

Und die dritte Frage. Sie haben sehr ausführlich noch mal darauf hingewiesen, dass ja die große Kammer sich in der mündlichen Anhörung mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt hat. Ich will noch mal sagen, dass vor der Entscheidung, also vor der Unterschriftsleistung unter den Betreibervertrag am 30.12.2018, bekannt war, dass Anfang Februar 2019 sozusagen der Generalanwalt sein Urteil oder vielmehr seine Empfehlung abgeben will. Das war also bekannt. Sie haben das sehr ausführlich jetzt dargestellt, dass die große Kammer sich damit beschäftigt hat. Können Sie vielleicht noch mal skizzieren oder beschreiben, welche Signalwirkung sozusagen allein daraus abzuleiten war? Hätte man also im November 2018 schon da aufmerksam sein müssen, dass sich eben gerade ausgerechnet die große Kammer mit dem Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung auseinandersetzt? - Das wären meine Fragen zunächst.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank für die Fragen. - Zunächst zu der ersten Frage, diese ganze Geschichte mit der Lkw-Maut. Es ist in der Tat für mich auch ganz eigentümlich, fast schon verstörend gewesen, jetzt auch in der Vorbereitung dieser Sitzung zu sehen, wie sich hier in gewissem Sinne Rechtsgeschichte wiederholt. Man liest diese Lkw-Maut-Saga und denkt: „Das gibt's doch nicht; das ist genau dieselbe Geschichte, die jetzt auch passiert ist“, also dass man auf der einen Seite alle belastet, aber



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dann über eine Hintertür Teile wieder privilegiert, dass man dann damit Schiffbruch erleidet, dass man dieselben Diskussion darüber führt: „Was sind jetzt genau die Vergleichsgruppen?“ usw.

Und natürlich kann man sagen: „Es ist lange Jahre später“ und: „Es war ein etwas anderer Kontext“ - Stichwort Artikel 92 - usw. Aber wenn Sie mich fragen, was man denn für Schlussfolgerungen aus der Lkw-Maut-Saga hätte ziehen müssen, dann sage ich: Ja, man hätte doch zumindest sehr, sehr vorsichtig sein müssen. Und man hätte sich zumindest klarmachen müssen: Es könnte wieder so kommen. - Und wie ich versucht habe in meiner einleitenden Darstellung zu erläutern: Es gab nicht wirklich solide Anhaltspunkte dafür, dass es diesmal ganz anders kommen würde.

Natürlich können wir über diese Dinge streiten, und Herr Kainer hat jetzt gerade auch zu diesem Bereich zum Teil noch mal eine Auffassung, die nicht alle haben, die andere nicht haben; aber nur weil man sagt: „Eigentlich war dieses Lkw-Schwerlastabgabenerteil damals irgendwie falsch“, geht das doch nicht weg. Man bräuchte doch Anhaltspunkte dafür, dass beim EuGH, dass in der Rechtsprechung sich was<sup>2</sup> geändert hat; und die sehe ich einfach nicht. Also ganz klare Antwort: Man hätte auf jeden Fall extrem vorsichtig sein müssen.

Insgesamt scheint sich der Verlauf ja wirklich auch zu wiederholen, auch in der ganzen Anlage der Diskussion. Was damals passiert ist, ist ja, dass man es<sup>3</sup> dann halt einfach europaeinheitlich, europaweit geregelt hat. Und in diese Richtung strebt man ja irgendwo auch. Das ist ja dann das, was möglicherweise dann irgendwann mal in der Langfristentwicklung der Dinge das Ergebnis sein wird. Also, von daher gibt es da eine große Parallelität.

Dann zu der Frage: Was ist denn jetzt genau mit der Inländerdiskriminierung? Sind denn nicht eigentlich die Ausländer sogar bevorzugt gewesen, und hat man dann hier gleichsam eine gewisse

Gerechtigkeit wiederhergestellt? Es ist bei der Diskussion über Gleichheitstatbestände immer die Frage, wie man die Vergleichsgruppen bildet. Man kann da sehr trickreich vorgehen, und man kann da<sup>4</sup> Diskriminierungen kreieren und wieder wegzaubern, aber an der Stelle: Die Sache mit der Kfz-Steuerfreiheit für die Ausländer, die hier im Inland unterwegs sind - das ist doch kein Privileg, sondern das ist europarechtlich vorgegeben.

Und dann muss man wieder die Vergleichsgruppen richtig bilden. Es sind nicht die Deutschen hier und die Ausländer hier, sondern es sind die EU-Ausländer hier und wir Deutschen im EU-Ausland. Auch wir Deutsche sind im EU-Ausland von der Kfz-Steuer verschont. Man muss also hier die Symmetrie richtig anlegen; dann sieht man, dass das mit der Ausländerprivilegierung so einfach nicht stimmt.

Da<sup>5</sup> kann man auch alle möglichen weiteren Beispiele zu bilden; das ist ja dann auch immer wieder getan worden in den anderen Anhörungen und im Schrifttum. Aber mein Gefühl ist: Das ist eigentlich nicht wirklich das, worum es Ihnen hier gehen sollte, weil die Sache ist doch entschieden vom EuGH. Und was doch jetzt eigentlich die Frage ist, ist: „Wie absehbar war es, dass der EuGH so entscheidet?“, weil sonst, glaube ich, würden wir uns hier im Zweifel wieder in dieser Situation befinden, dass es ein paar wenige so sehen, die Mehrheit es anders sieht; aber das haben wir, glaube ich, jetzt hinter uns.

Die Große Kammer und die Signalwirkung der Großen Kammer: Ich bin mir nicht so sicher, ob das so die ganz entscheidende Signalwirkung war. Das war sicher ein Signal. Aber wenn ich mich jetzt mal in die hoffende, möglicherweise immer noch hoffende Perspektive derjenigen, die denken, die vielleicht wirklich ernsthaft gedacht haben: „Da passiert jetzt was ganz Wildes, und der EuGH ändert seine Rechtsprechung“, versetze, dann könnte das natürlich auch in die andere Richtung ein Signal sein, wenn da eine andere große, wichtige Formation agiert. Deswegen

<sup>2</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 1, S. 20

<sup>3</sup> Ergänzung des SV zu: „die LKW-Maut“, siehe Anlage 1, S. 20

<sup>4</sup> Ergänzung des SV zu: „dabei“, siehe Anlage 1, S. 20

<sup>5</sup> Ergänzung des SV zu: „dazu“, siehe Anlage 1, S. 20





## Nur zur dienstlichen Verwendung

glaube ich nicht, dass man das so<sup>6</sup> sehen kann. Ich würde wirklich bei dem bleiben, was ich eingangs gesagt habe: Man musste bis zum Schluss abwarten, also auch die Empfehlung des Generalanwalts war kein sicheres Zeichen. Es war offen bis zum Schluss. Von daher hat sich da eigentlich über den ganzen Zeitraum nichts geändert; bei der Aussage bleibe ich.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Herrn Luksic und dann die Frau Lühmann, dann den Herrn Cezanne und dann den Herrn Wiehle.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wenn möglich, würde ich es gerne in Fragekomplexe teilen und immer erst die Antwort abwarten, um dann noch mal nachzufragen.

Ja, ich teile Ihre Auffassung, Professor Mayer, dass das Ganze entschieden ist und insofern andere Aspekte in der Bewertung jetzt wichtiger sind, weil eine Ex-ante-, rückgeführte Diskussion uns weniger weiterhilft.

Meine erste Frage wäre allerdings an Herrn Professor Kainer, was die Risikobewertung angeht. Also, im Nachhinein hat sich ja die Rechtsauffassung von Herrn Mayer, die er auch in der Anhörung damals im Ausschuss auf Seite 7 im Punkt 20 seiner Stellungnahme dargestellt hat, klar durchgesetzt. Sie haben ja auch gesagt, mehrheitlich war das damals die vorherrschende Meinung.

Deswegen meine Frage: Sie haben eben auf den politischen Prozess in der Kommission verwiesen. Herr Mayer sagte auch den Namen „Selmayr“. Ich glaube, es ist wichtig, festzuhalten, dass die Fachebene, glaube ich, bei ihren Bedenken geblieben ist. Und wie würden Sie es dann auch bewerten, dass die Kommission in dem Verfahren nicht als Streithelfer der Bundesrepublik Deutschland zur Seite getreten ist? Ist dies nicht auch ein Indikator, dass die Fachebene es anders gesehen hat?

Und Sie haben auch selber den Generalanwalt angesprochen. Da dessen erstes Plädoyer im Februar 2019 war, die Verträge allerdings im Dezember 2018 unterschrieben wurden: Musste man also insofern nicht dieses Risiko einpreisen? Ich darf auch hinzufügen, dass der Bundesrechnungshof klar festgehalten hat, dass zwar in den Risikoworkshops das Risiko eines Urteils als gering eingeschätzt wurde, aber in der Gesamtprojektleitungsgruppe als „wesentliches Problem“ eingestuft war. Und deswegen teile ich die Auffassung vom Kollegen Kühn: Artikel 60, große Kammer war meines Erachtens auch ein Indikator einer besonderen Bedeutung. Deswegen die Frage: Meinen Sie, dass es deswegen von der Risikobewertung her nicht notwendig war aufgrund dieser Indikatoren, das auch in der Vertragsgestaltung angemessen abzubilden?

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Zu Ihrer ersten Frage, ob die Kommission als Streithelfer für Deutschland hätte auftreten können, ob das eine Bedeutung hat. Ich weiß nicht. Die Europäische Kommission hat natürlich auch eine neutrale Rolle. Ich weiß nicht. Jetzt muss ich gestehen: Keine Ahnung, ob bei den früheren vier Verfahren, wo es Vertragsverletzungsverfahren zwischen Mitgliedstaaten gab, die Kommission mal als Streithelfer aufgetreten ist.

Man mag es allerdings vielleicht bewerten: Es hat sich auch kein anderer Mitgliedstaat auf die deutsche Seite gestellt; umgekehrt haben aber die Niederlande sich auf die Seite Österreichs gestellt. Daraus kann man natürlich ableiten, was man möchte, nicht?

Wahrscheinlich war die Kommission gut beraten, in der Sache neutral zu sein. Immerhin - ich bleibe dabei -: Es war nach wie vor das Konzept der Europäischen Kommission in der Eurovignetten-Richtlinie, das hier von der deutschen Bundesregierung letztendlich in ein Gesetz gegossen worden ist.

Ich würde noch was anderes zu dem Punkt, wo Sie sagten: „Eine Ex-ante-Betrachtung bringt uns

<sup>6</sup> Ergänzung des SV zu: „so klar als Signal“, siehe Anlage 1, S. 20



## Nur zur dienstlichen Verwendung

jetzt hier nicht weiter“, sagen. Ich meine schon irgendwo, es bringt uns weiter, weil wir ja das Risiko abschätzen müssen. Welches Risiko gab es denn? Da müssen wir uns schon auf die Argumente einlassen. Welche Argumente sprachen für, welche gegen die Auffassung der Bundesregierung? Herr Mayer hat eben noch mal mit der Symmetrie argumentiert von Kfz-Steuerregimen in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Ich meine, es war einerseits richtig; andererseits: Es gibt für den Bereich unter dreieinhalb Tonnen keine Verpflichtung, bestimmte Steuersätze einzuhalten. Und wenn ein Mitgliedstaat neu in die Europäische Union eintritt mit einem Regime, wie Deutschland es hatte, wären wir nicht von einer Rechtswidrigkeit, von einem Artikel-18-Problem, ausgegangen, nicht? Also, wenn wir vom Ergebnis her schauen, finde ich immer noch, liegt eigentlich eine Diskriminierung nicht vor. Aber das Verfahren, die Maßnahmen als solche, war natürlich einseitig zulasten der Ausländer gerichtet. Also, ich bleibe dabei: Man muss schon auf die Sache eingehen.

Und dann haben Sie natürlich recht: Das Risiko, das war hier nicht vollständig unerheblich. Es gab eben, wie gesagt, durchaus in der Literatur eine überwiegende Auffassung, die diese Maut, diese Infrastrukturabgabe, sehr kritisch sah, ja. Und jetzt ist es natürlich eine politische oder vielleicht sogar rechtliche Frage, das zu bewerten: „Hat hier die Bundesregierung oder das Verkehrsministerium gegen Haushaltsrecht verstoßen?“ usw.

**Oliver Luksic (FDP):** Also, was die Risikobewertung angeht, möchte ich Sie, Herr Mayer, bitten, sich einzulassen auch vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der Kündigung am Tag des EuGH-Urteils. Sie und auch die Mehrheit der Rechtswissenschaftler haben ja zu Recht vorher darauf verwiesen, dass die Kombination von Infrastrukturabgabengesetz und Kfz-Steuer durch die daraus resultierende wirtschaftliche Belastung bei Ausländern europarechtswidrig ist. Und das Gerichtsurteil ist ja insofern zu interpretieren, dass

man nicht eine Maut als solches nicht machen muss, sondern nur *diese* Form der Maut.

Deswegen ist meine Frage: Meiner Auffassung nach war ja die Bundesrepublik Deutschland gar nicht verpflichtet, die Kündigung deswegen am gleichen Tag zu veranlassen; und auch der zeitliche Ablauf der Kündigung verwirrt mich etwas. Wie ist denn Ihre Meinung? Wenn man Kenntnis über das Urteil und auch diese Bewertung erlangt - die wird ja auch ein bisschen nachgereicht; es war ja so, dass es morgens das Urteil gab, dann gab es eine Pressekonferenz, eine Taskforce und am gleichen Tag noch eine Kündigung -, ist es dann Ihrer Meinung nach möglich, in so kurzer Zeit sachgerecht die Urteilsbegründung zu lesen und auch das komplexe Vertragswerk zu berücksichtigen? Und deswegen interessiert mich Ihre Meinung zur Notwendigkeit der Kündigung, zum zeitlichen Ablauf der Kündigung.

Und Sie haben ja eben ausdrücklich gesagt: Es hätte im Vertrag genau dieses Risiko festgehalten werden müssen. - Auch da noch mal der Hinweis auf den Bundesrechnungshof, der ja gesagt hat, dass die Gesamtprojektleitungsgruppe das anders bewertet hat als die Risikoworkshops.

Meine Bitte wäre, die zwei Frageaspekte zu beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, also, ich bleibe dabei: Ich halte die Europarechtswidrigkeit hier für so offensichtlich, dass ich mich sogar frage, ob den Betreibern, den zivilrechtlichen Vertragspartnern, die das doch hätten sehen müssen, auch jetzt im weiteren Verlauf, je nachdem, wie sich die Haftungsgespräche entwickeln, doch da auch eine gewisse Verantwortung dafür, dass das so gekommen ist, einfach zugeschrieben werden kann, weil auch die doch ganz klar wissen mussten: Das geht nicht gut.

Jetzt zu der Frage: „Musste man denn an der Stelle kündigen?“, Risikobewertung. Ich wiederhole es noch mal<sup>7</sup>: Also, ich halte das Risiko durchgehend bis zum Zeitpunkt der Verkündung

<sup>7</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 22



## Nur zur dienstlichen Verwendung

des Urteils für gleichbleibend hoch, sehe da nicht wirklich einen Knick, mit Ausnahme eben<sup>8</sup> der Schlussanträge des Generalanwaltes kurz vorher<sup>9</sup>.

Wahrscheinlich hat man Pläne in der Schublade gehabt - Plan A, Plan B -, je nachdem, in welche Richtung die Entscheidung geht. Und dann ist es letztlich bei der Art und Weise, wie das Problem sich stellt, dann doch, glaube ich, relativ schnell überschaubar gewesen: „Was genau ist jetzt passiert? Ist im Prinzip dasselbe passiert wie seinerzeit mit der Lkw-Maut“ - das war ja letztlich das, was wir hier feststellen - „oder ist da irgendwas anderes passiert?“

Aber es gibt noch einen weiteren Punkt, der einen doch eigentlich nachdenklich machen muss, ob man an der Stelle so<sup>10</sup> hätte kündigen müssen, und der auch wieder zu einem der Ausgangspunkte des Problems zurückführt. Der Ausgangspunkt ist ja letztlich hier so eine bestimmte politische Zielsetzung, die einfach komplett querliegt zu dem, was die europäische Integration will. Man hätte die Maut natürlich am Leben lassen können. Das Problem war ja die Kombination mit der Steuerentlastung. Also die Steuerentlastung hätte man einkassieren können, und dann wäre die europarechtliche Beanstandung weg gewesen.

Das wäre aber politisch natürlich extrem schwer zu verkaufen gewesen, weil es ganz konkret bedeutet hätte: Es wäre für die Nutzer der Fahrzeuge hier im Inland eben dann<sup>11</sup> teurer geworden unter dem Strich. Man hätte dann die Zusage, die man politisch gegeben hatte in all den Jahren, seitdem man sich das politisch auf die Fahnen geschrieben hatte, seit 2013, nicht einhalten können, hätte als wortbrüchig dagestanden. Und damit hat man dann offenbar also ein politisches Schadenskalkül angestellt, bei dem sich dann vielleicht doch überraschend schnell die Entscheidung offenbar konzentriert hat auf die Lösung aus den Verträgen. Aber ich stelle mir vor, dass das ja auch Teil der Arbeit dieses Untersuchungsausschusses ist, genauer

herauszufinden, wie diese Abläufe im Einzelnen waren.

Aber was ich hier aus rechtlicher Sicht noch mal beisteuern kann, ist die ganz nüchterne Beobachtung: Die Maut - das hat der EuGH ausdrücklich gesagt - war nicht das Problem; die Kopplung mit der Entlastung war das Problem. Also die Entlastung hätte man aufheben können, und dann hätte man weiter mit der Maut voranmachen können.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank. - Ich habe noch eine Nachfrage.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, jetzt noch eine Frage, weil die Frau Lühmann sich gemeldet hat; es sind noch einige Meldungen. Der Herr Sender hat sich auch ein zweites Mal gemeldet.

(Stephan Kühn (Dresden)  
(BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Der Herr Kühn auch!)

Wenn dann noch Fragen sind: Wir machen ja auch noch eine zweite Runde. Und der Herr Kühn wird ja dann auch noch fragen. - Die eine Frage von Ihnen noch.

**Oliver Luksic (FDP):** Gut. Ich würde noch eine letzte Frage stellen, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Danke für die klare Einschätzung, die ich voll und ganz teile.

Sie haben eben gesagt, das sei sehr evident gewesen, dass es anders hätte kommen können, und Sie haben auch das Wort „der Betreiber“ genannt. Wie würden Sie denn bewerten, dass, wenn es tatsächlich ein Angebot vonseiten der Betreiber gab, man das quasi ausgeschlagen hat und gewartet hat, bis das Urteil kommt?

Und wie bewerten Sie, dass man von 3 auf 2 Milliarden beim Angebot, beim ersten finalen Angebot, runtergegangen ist und noch die Firma Toll Collect hier eingebunden hat? Ich frage, ob man

<sup>8</sup> Ergänzung des SV zu: „allenfalls“, siehe Anlage 1, S. 22

<sup>9</sup> Ergänzung des SV zu: „vor dem Urteil“, siehe Anlage 1, S. 22

<sup>10</sup> Ergänzung des SV zu: „sofort“, siehe Anlage 1, S. 22

<sup>11</sup> Ergänzung des SV zu: „doch“, siehe Anlage 1, S. 23



## Nur zur dienstlichen Verwendung

das europarechtlich nicht auch als Beihilfe werten kann, nach § 107 AEUV, weil ja eine einzige Firma begünstigt wurde? Hätte man dies nicht wenigstens damals prüfen können oder sollen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Also, wenn von der Betreiberseite sogar das Angebot kam, zu warten, dann stärkt das doch eigentlich die Wahrnehmung, dass man hier wirklich insgesamt bei allen, die rechtlich damit zu tun hatten, das Gefühl hatte: Wir warten besser ab, bis die Dinge klar sind. - Und ich bin auch in den Anhörungen im Verkehrsausschuss 2015, 2017 an manchen Stellen schier fassungslos gewesen, dass man diese enormen Haftungsrisiken in Kauf nimmt, was da eben auch an Geldern zum Teil ja unterwegs schon ausgegeben wurde. Ich kann das nicht nachvollziehen. Also, von daher natürlich: Wenn sogar die Betreiber sagen: „Lasst uns noch warten!“, kann ich nicht nachvollziehen, warum man darauf nicht eingeht.

Ob das unter dem Aspekt der Beihilfe dann auch noch einen Europarechtstatbestand erfüllt, müsste man mal prüfen. Ich würde jetzt aus dem Stand dazu keine Aussage wagen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann haben wir jetzt Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Danke sehr. - Meine ersten Fragen richten sich auf das Vertragsverletzungsverfahren, das eingestellt wurde. Meine Fragen richte ich an Sie beide; denn Sie haben ja beide eingangs betont, dass es zu den einzelnen Punkten unterschiedliche rechtliche Bewertungen gibt; und insofern finde ich es auch interessant, zu den einzelnen Punkten Ihre jeweilige Einschätzung zu sehen, eigentlich zu allen Fragen.

Und daher meine Fragen an Sie beide. Herr Kainer, Sie hatten vorhin gesagt, dass die EU-Kommission keine rechtliche Einordnung macht, wenn sie Vertragsverletzungsverfahren einstellt oder nicht. Das hat mich etwas verwirrt. Ich dachte schon: Ein Verletzungsverfahren ist ja ein rechtlicher Akt, in dem ich feststelle: Recht wurde verletzt. Und dann muss eigentlich die

Rücknahme eines solchen Verfahrens auch einer rechtlichen Bewertung unterliegen. Daher meine Frage an Sie beide: Wie werten Sie das? Sind Einstellungen und natürlich dann im Umkehrschluss auch Eröffnungen von Vertragsverletzungsverfahren rein juristisch zu sehen, oder sind es politische Entscheidungen? Inwieweit gibt es da einen Ermessensspielraum? Also was hat die Kommission an Ermessen zu den Möglichkeiten?

Und die zweite Frage in diesem Komplex ist: Die Kommission hat ja die Entscheidung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, warum sie das zurückgezogen hat, nicht begründet. Ist das normal, dass man eine Entscheidung dann einfach so zurücknimmt, oder ist es eher üblich, dass man die begründet? Und was kann man daraus schließen, dass es eben nicht begründet wurde? Oder haben Sie eine Einschätzung zu der Frage: „Warum ist es in dem Fall nicht begründet worden, wenn es nicht normal ist?“? Wenn das immer so ist, erübrigt sich diese Frage.

Und das Letzte in dem Komplex. Wir haben ja damals die Regeln geändert, indem wir auch eine Umweltkomponente eingeführt haben in die Maut. Kann man daraus irgendwelche Rückschlüsse ziehen, dass die Kommission gesagt hat: „Okay, unter dem Umweltaspekt lassen wir euch das durchgehen“, oder hatte das keinen Einfluss Ihrer Meinung nach? - Danke sehr.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Frau Lühmann. - Die erste Frage betrifft die Frage: Ist die Europäische Kommission verpflichtet, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten? - Ist sie nicht; da hat sie ein Ermessen, es einzuleiten. Und ich schließe daraus, dass sie auch ein Ermessen hat, ein Verfahren auch wieder zurückzunehmen.

Allerdings: Ermessen ist immer etwas, was Sie auf der Grundlage von juristischen Überlegungen machen; also Sie können ein Ermessen nicht ausüben nach dem Motto: Ich mache das jetzt mal hier, und ein anderes Mal mache ich das nicht. - Auch die Kommission ist gewissermaßen zur Neutralität und Gleichbehandlung verpflichtet; die kann nicht einfach Verfahren zurücknehmen,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

wenn sie der festen Auffassung wäre, das wäre rechtswidrig.

Im Übrigen spielen dabei immer politische Erwägungen auch eine Rolle, also die Kommission ist nicht verpflichtet, in jedem Fall, bei jeder Rechtswidrigkeit ein Vertragsverletzungsverfahren vorzunehmen. Und sie kann auch darauf vertrauen, dass die Sache dann zum Beispiel durch ein Vorlageverfahren europarechtlich gelöst wird.

Das ändert aber nichts daran, dass - gerade weil auch juristische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, mag es auch auf der Fachebene Streit gegeben haben - das natürlich ein starkes Signal ist und auch für die juristische Beurteilung eine Rolle spielt; aber es ist eben immer auch politisch. Wischiwaschi:

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Ich gebe zu, das ist nicht ganz einfach und klar zu beantworten.

Das Zweite war dann: Warum ist die Rücknahme nicht begründet worden? Na ja, man hat sie ja im Grunde begründet. Es gab ja eine Presseverlautbarung. Man hat sich geeinigt, Frau Bulc und Herr Dobrindt haben ja sich, also in der Pressemitteilung jedenfalls - das kann man nachlesen -, auf die neuen Sätze geeinigt, die auch die Umweltkomponente hatten. Und ich kann daraus schon eine Begründung ersehen. Eine formelle Begründung gibt es meines Wissens nicht.

Und die dritte Frage, das waren die Umweltgesichtspunkte. Die haben ja, glaube ich, auch von Anfang an eine gewisse Rolle gespielt und sind dann aber noch mal verstärkt worden. Ich glaube, man hat darauf hoffen mögen, dass mehr Umweltschutz bei der Frage der Rechtfertigung einer möglichen Diskriminierung eine Rolle spielen würde. Und die Kommission drängte ja auch in die Richtung einer stärkeren Berücksichtigung des Umweltschutzes. Also auf dieser politischen Ebene hat es auf jeden Fall eine Rolle gespielt.

Rechtlich gesehen: Der Europäische Gerichtshof hat sich ja mit dem Umweltschutz auseinandergesetzt und das als Rechtfertigung für die Diskriminierung zurückgewiesen, schon weil der EuGH - das muss man zugeben - da überhaupt keine Geeignetheit gesehen hat, weil - das ist ja das Problem - die deutsche Abgabe ja eben nicht direkt nutzungsbezogen ist, ne? Aber die starke Berücksichtigung wird politisch eine Rolle gespielt haben.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Es ist in der Tat eine nicht ganz einfach zu beantwortende Frage mit dem Vertragsverletzungsverfahren und was da eigentlich genau passiert. Ich denke, das liegt daran, dass sich ganz allgemein schon immer hier so ein gewisses Spannungsfeld ergeben<sup>12</sup> hat und sich dieses Spannungsfeld noch mal verstärkt hat in jüngerer Zeit. Und die Spannung liegt zwischen einerseits dem in den Verträgen und auch in der Tradition sich so gefestigt habenden Anspruch und Titel der Kommission, als „Hüterin der Verträge“ aufzutreten. Die Kommission soll, wenn Sie so wollen, die Rechtsaufsicht über die Rechtsgemeinschaft haben; sie soll aufpassen, dass die Mitgliedstaaten sich an das Recht halten. Und wie gesagt: Stichwort „Hüterin der Verträge“, da schwingt ganz viel mit, da könnte man jetzt auch in so eine ganz tief grundierte staatsrechtliche Reflexion eintreten und beleuchten, wo das herkommt, was das mit Verfassungsgerichten zu tun hat, wer sonst noch so als Hüter des Rechts in Betracht kommt. Aber hier hat man eben diese Hüterrolle der Kommission. Und das ist per se in der Tat so etwas schiedsrichterlich Unparteiisches, Unparteiliches.

Auf der anderen Seite ist auch die Kommission ein politischer Akteur - das ist auch schon immer so gewesen - und hat dementsprechend hier natürlich möglicherweise auch politische Pressionen, denen sie ausgesetzt ist; sie hat selbst politische Präferenzen. Und diese Dinge vertragen sich natürlich nicht mit dieser neutralen Hüterrolle.

<sup>12</sup> Ergänzung des SV zu: „besteht“, siehe Anlage 1, S. 25



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Da ist die Kommission dann wirklich eine andere Hüterin als zum Beispiel der Hüter der Verfassung bei uns jetzt in Karlsruhe.

Und das potenziert sich jetzt noch dadurch, dass gerade die Juncker-Kommission sich eben ganz besonders stark die Politisierung der Kommission auf die Fahnen geschrieben hat. Und auch das ist eine verfassungstheoretische Debatte: Ist es nicht so, dass wir in der europäischen Integration nicht so sehr ein Demokratiedefizit haben, sondern ein Politikdefizit? Ist es nicht so, dass wir uns eine politische Kommission wünschen, von der wir dann eben auch entscheiden können, ob wir sie dann beim nächsten Mal abwählen oder wiederwählen?

Aber diese Politisierung verträgt sich halt nicht mit der Hüteraufgabe beim Vertragsverletzungsverfahren, was eben gefragt worden ist: die Beihilfekontrolle, die Wettbewerbskontrolle. Also, das wird uns auch in der Zukunft noch weiter beschäftigen. Hier ist auch die ganze Spitzenkandidatenthematik irgendwo im Hintergrund mit diesem Grundthema verbunden. Also je mehr man die Kommission politisiert, desto schwieriger wird es mit der Hüteraufgabe. Aber, wie gesagt, das ist auch in der Vergangenheit schon Thema gewesen.

Diese Vertragsverletzungsverfahren sind eben etwas ganz eigentümlich Opakes. Das haben auch Sie hier im Bundestag, wenn ich mich recht entsinne, immer wieder leidvoll erfahren müssen, weil das ist ja einer der letzten Bereiche, in dem Sie da<sup>13</sup> noch nicht so ganz umfassend informiert werden über das, was eigentlich passiert, wenn dann da mal die Voranfragen sind. Das Ganze hat ja so einen gestuften Verlauf, das ist ja enorm diskursmäßig aufgezogen; also man redet ja erst ganz lange miteinander, bevor man zum EuGH geht. Und da werden Briefe ausgetauscht. Und dann können Regierungen noch sagen: Ja, wir wissen, wir halten uns nicht an diese Pflicht; aber wir kriegen das in drei Monaten hin, versprochen, bis dahin ist die Richtlinie umgesetzt.

Und dann hat man aber kein Interesse vonseiten der Kommission, dass andere Mitgliedstaaten mitkriegen, dass man Deutschland zum Beispiel diese drei Monate noch gibt, während man bei Luxemburg sofort zum EuGH gehen würde. Deswegen bleiben diese Dinge unter Verschluss und sind nicht öffentlich, kriegen Sie ja auch nicht so richtig mit. Also, das ist jedenfalls immer ein Thema gewesen bei der Parlamentsbeteiligung in Europafragen, was genau Sie da eigentlich auch mitentscheiden dürfen.

Das führt dann zu Ihrer zweiten Frage. Wie die dann reagieren vonseiten der Kommission auf das, was von den Mitgliedstaaten kommt als Argument auf den Erstvorwurf „Ihr habt die Verträge verletzt“, bevor man zum EuGH geht, in diesem Vorverfahren, das wissen wir gar nicht so genau. Also was da für Antwortspielräume von der Kommission genutzt werden, wie die sich gegenüber den großen Mitgliedstaaten verhalten und wie die mit den kleinen umspringen - ich hätte da jetzt so eine Vermutung, aber vielleicht ist die ja ganz falsch -, das ist alles sehr stark im Dunkeln, und von daher sind wir bei diesen Vertragsverletzungsverfahren in der Tat also unter verschiedensten Aspekten auf schwankendem Boden und in einem Spannungsfeld.

Wie gesagt, die zweite Frage ist das, was wir hier als Begründung, als Nichtbegründung<sup>14</sup> diskutieren. Diese Pressetermine, Pressemitteilung, die es da gegeben hat, kann man das als Begründung zählen? Entspricht das dem Standard? Das weiß letztlich wahrscheinlich wirklich nur der Juristische Dienst der Kommission; die haben die ganzen Akten zu den Vertragsverletzungsverfahren. Ich würde behaupten, das wissen noch nicht mal die Ministerialbeamten vom Prozessführungsreferat hier im BMVI<sup>15</sup>, wie das genau mit den anderen Mitgliedstaaten gehandhabt wird.

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Das weiß man wohl wirklich nur in der Kommission. Deswegen kann ich hier - ich bin ja hier zur

<sup>13</sup> Ergänzung des SV zu: „dann doch“, siehe Anlage 1, S. 26

<sup>14</sup> Ergänzung des SV um: „der Verfahrenseinstellung“, Anlage 1, Seite 26

<sup>15</sup> Richtigstellung des SV: „BMWi“, siehe Anlage 1, S. 26



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Wahrheit verpflichtet - auch nur auf diese meine Mutmaßung hinweisen.

Wie ist es nun mit dieser Umweltkomponente? Könnte das der entscheidende Grund oder ein Aspekt, ein wichtiger Aspekt, gewesen sein, weswegen die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren zurückgezogen hat? Ich mache noch mal<sup>16</sup> auf meine Wahrnehmung aufmerksam - wobei auch ich nicht Angehöriger des Juristischen Dienstes der Kommission bin, sondern hier von außen, von Hörensagen nur berichten kann -, dass es zumindest eine konkurrierende Erzählung gibt, die darauf hinausläuft, dass man eben den Juristischen Dienst politisch angeleitet hat, hier in eine bestimmte Richtung zu entscheiden. Und dann brauchte man halt irgendeine Begründung und hat dann möglicherweise eben mit der Umwelt einen Grund gefunden, von dem man dachte: Da kann man ja eigentlich nichts gegen haben, schon gar nicht in Deutschland,

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

wenn hier mit Umwelt argumentiert wird.

Das hat sich dann aber ein bisschen als Bumerang erwiesen. Beim EuGH ist ja das Umweltargument eher nach hinten losgegangen, weil das war ja dann der Aspekt, wo gesagt wurde: Da wird ja sogar überkompensiert. - Deswegen ist also diese ganze Konstruktion an der Stelle besonders wenig zu halten.

Also, um Ihre Frage noch mal ganz deutlich zu beantworten: Ich glaube nicht, dass wegen des Umweltaspektes die Kommission umgelenkt hat. Ich glaube eher im Gegenteil, dass das Umweltargument eben<sup>17</sup> das Argument war, mit dem man am besten die aus rein politischen Gründen beschlossene Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens nach außen einigermassen gesichtswährend begründen konnte.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Herrn Cezanne auf der

Rednerliste, den Herrn Wiehle; und dann kommt der Herr Sendker und dann der Herr Jung.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich möchte doch noch mal zurückkommen auf die Frage der Risikobewertung vor dem Vertragsabschluss. Herr Professor Kainer, Sie haben ja in eigenen Gutachten, auch was den Artikel 92 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union angeht, eine gewisse Skepsis zum Ausdruck gebracht. Sie haben vorhin gesagt gegenüber dem Gutachten von Herrn Hillgruber, es sei da nicht zu erwarten gewesen, dass die Kommission ihre Rechtsprechung ändert. Sie selber haben jetzt noch mal formuliert, vor dem Vertragsabschluss sei es nicht vollständig unerheblich gewesen, dieses Risiko, dass es nicht funktioniert.

Wie sicher waren Sie denn, dass es funktionieren wird? Ich gebe Ihnen mal eine Zahl; das Ministerium hat uns mal auf Nachfrage gesagt, sie hätten eine interne Risikobewertung, dass die Gefahr eines negativen EuGH-Urteils bei 15 Prozent liegt. Wir haben keine Unterlagen, um nachzuprüfen oder nachzuvollziehen, wie diese Zahl zustande kommt. Sie entspricht ungefähr der Zahl der Urteile des EuGH, wo man dem Schlussantrag nicht gefolgt ist. Ob das jetzt eine gründliche Bewertung ist, stelle ich jetzt mal anheim. Also, wie sicher waren Sie damals, dass das alles gut geht? Und die gleiche Frage richte ich gerne auch noch an Herrn Professor Mayer. Dazu haben Sie ja schon deutlich was gesagt;

(Heiterkeit des Sachver-  
ständigen  
Prof. Dr. Friedemann  
Kainer)

ich möchte noch mal nachhaken. Sie haben jetzt auch in Ihrer Einlassung über das Diskriminierungsverbot als DNA des Europarechts gesprochen, ohne das weiter auszuführen. Das geht ja sehr tief. Also, wenn das die DNA ist, hätte man ja vielleicht annehmen können, dass das schon eine sehr, sehr bedeutende Rechtsnorm ist, die in

<sup>16</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 26

<sup>17</sup> Ergänzung des SV zu: „schlicht“, siehe Anlage 1, S. 26



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dieser Frage eine große Rolle spielen wird. - Danke schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Herr Cezanne, für die Frage. - Ich wiederhole das, was ich 2017 hier gesagt habe; ich habe gesagt: Es besteht eine nicht unerhebliche, und zwar über 15 Prozent liegende Wahrscheinlichkeit,

(Heiterkeit des  
Abg. Jörg Cezanne (DIE  
LINKE))

dass die Maut, die Infrastrukturabgabe, in Verbindung mit der Steuersenkung gegen Artikel 92 AEUV verstoßen würde. - Warum? Artikel 92 AEUV ist ein „Stand still“-Gebot, ein Stillstandsgebot, was verhindern soll, dass der nationale Gesetzgeber in die Wettbewerbsfähigkeit in irgendeiner Weise zum Nachteil von Ausländern eingreift; das heißt, es darf nicht einmal eine bestehende Inländerbenachteiligung durch ein Gesetz ausgeglichen werden.

Der Gesetzgeber muss sozusagen dann über die europäische Schiene gehen. Im Artikel 92 sind zwei Möglichkeiten: Entweder es gibt einen einstimmigen Beschluss des Rates, oder es gibt eine sekundärrechtliche Regelung. Die Idee dahinter war ursprünglich, sozusagen verkehrsrechtliches Sekundärrecht zu beschleunigen. Ich hatte damals, 2017, gesagt: Dieser Grund ist vollständig weggefallen; erstens ist Artikel 92 mittlerweile eine Mehrheitsentscheidung, nicht mehr einstimmig, zweitens gibt es bereits jede Menge Sekundärrecht in dem Bereich, und drittens ist das „Stand still“-Gebot mit übergeordneten Gründen des Unionsrechts, nämlich mit dem Wettbewerbsprinzip, ganz unvereinbar, weil eben Inländerdiskriminierungen bestehen bleiben.

Aber ich hatte eben auch gesagt - das habe ich auch eingangs gesagt -, dass der Europäische Gerichtshof 1992 so entschieden hat. Und Änderungen der Rechtsprechungen in Luxemburg, anders als beim Bundesarbeitsgericht beispielsweise,

sind nicht so häufig; das heißt, da ist er eher zögerlich, nicht? Und ob die Argumentation „Es gibt da eine Richtlinie, die genau das vorsieht“, verfangt, war unsicher. Ich hatte aber auch gesagt, dass man das hätte isolieren können, indem man den gewerblichen Verkehr, der ja nur ein kleinerer Teil ist, ausgenommen hätte.

Darf ich, Herr Cezanne, Herr Vorsitzender, noch auf das DNA-Argument eingehen, weil mir das sehr wichtig erscheint? - In der Tat ist die Nichtdiskriminierung im europäischen Recht ein Kernbestandteil der genetischen Ausstattung<sup>18</sup>. Meiner Ansicht nach schlägt das aber in beide Richtungen um. Es soll nicht nur die Ausländerbenachteiligung verboten werden, es sollte an und für sich auch die Inländerbenachteiligung jedenfalls ausgeglichen werden müssen, weil bestehende Inländerbenachteiligungen letztendlich zu einer Ablehnung des Europarechts oder der europäischen Integration führen. Wenn wir nicht in der Lage sind - gemünzt auf die Infrastrukturabgabe -, eine Maut einzuführen, wie sie die Österreicher, die Franzosen usw. haben, dann fördert das nicht gerade die Europafreundlichkeit. Also deswegen: DNA in beide Richtungen. Und das spricht sehr stark gegen die Fortführung des Artikels 92, den ich für sehr reformbedürftig halte, ändert aber nichts an der Risikoeinschätzung. - Das war meine Antwort.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Also, diese Risikobewertung, 15 Prozent: Ich will gleich klar offen sagen, es gibt dieses berühmte römische Wort „Judex non calculat“, die Juristen haben es nicht so mit Zahlen. Von daher würde ich mich nie versteigen dazu, eine solche exakte Aussage ernsthaft im juristischen Bereich zu machen.

Aber wenn ich eine Zahl nennen wollte, dann wäre aus meiner Sicht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Ganze beim EuGH scheitert, bis zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes so bei 95 Prozent gewesen und danach bei 90 Prozent. Also, diese 15 Prozent finde ich wirklich einigermaßen putzig. Und es kann in der Tat sein; das war ja so 2017, als in „F.A.Z. Einspruch“

<sup>18</sup> Ergänzung des SV um: „der EU“, siehe Anlage 2, S.28





## Nur zur dienstlichen Verwendung

diese Studie veröffentlicht wurde, in wie viel Prozent der Fälle der Gerichtshof den Generalanwälten nicht folgt.

Aber auch da bin ich nicht sicher, ob diese Herangehensweise die Natur des Rechts trifft. Ich habe ja eingangs gesagt: Recht ist keine exakte Wissenschaft. Bei uns kann die Erde auch mal eine Scheibe sein, wenn nur hinreichend viele Leute sagen: Die Erde ist eine Scheibe.

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Es gibt Methoden, die jetzt im Vordringen befindlich sind, sich dem Thema mit künstlicher Intelligenz zu nähern. Es hat in Frankreich jetzt<sup>19</sup> diese Entscheidung gegeben, durch Strafanordnung zu verbieten, dass man über KI richterliche Entscheidungen eines konkreten Spruchkörpers, eines konkreten Richters untersucht, um daraus dann eben eine Prognose über die vermutliche künftige Entscheidungspraxis dieses Richters oder dieses Gerichtes zu erhalten. Also mit KI kommt man da offenbar einigermaßen weit. Jetzt weiß ich nicht, wie tief das Verkehrsministerium hier eingestiegen ist an der Stelle; aber das scheint mir doch eine relativ neue Technologie zu sein. Jedenfalls in Frankreich wäre es auch verboten.

Ich meine aber immer noch - vielleicht ist das ja auch einfach der typische konservative Juristenzug, wir schauen einfach<sup>20</sup> doch eher in den Rückspiegel -, das Eigentümliche des Rechts ist es, dass diese ganzen Dinge extrem komplex sind, eher von der Chaostheorie vielleicht erfasst werden können als von KI.

(Heiterkeit der Abg. Kirsten  
Lühmann (SPD), Detlef  
Müller (Chemnitz) (SPD)  
und Oliver Luksic (FDP))

Es sind so viele kleine Elemente, die da zusammenspielen bei so einer Bewertung - ich habe es ja vorhin versucht zu skizzieren -: Erfahrung, konkrete kleine Elemente, im Europarecht dann

auch eben diese spezifische europaweite Rechtskultur und in Verbindung damit, dass man eben auch immer mitdenken muss, dass im Europäischen Gerichtshof eben ganz überwiegend Juristen sitzen, die ganz anders sozialisiert sind als wir deutsche Juristen. Und all das macht es extrem komplex. Ich sage trotzdem nicht: völlig unmöglich. Ich meine ja, ich habe mir 2015 und 2017 angemaßt, eine Prognose zu treffen, und sie ist ja dann auch eingetroffen. Ist vielleicht ein Glückstreffer gewesen; aber ich glaube schon, dass ich das auch damals wie heute begründen konnte und dass diese Begründung auch zu dem passt, was der EuGH entschieden hat. - Also nochmal: Die Prognose 15 Prozent würde ich als reichlich abwegig bezeichnen.

Die Sache mit der DNA. Wenn ich das kurz ausführen darf, was ich damit meine: Ich habe es auch in meiner schriftlichen Stellungnahme erwähnt als Argument dafür, dass es hier nicht um die ordentliche mehr oder weniger überschießende oder nicht überschießende Umsetzung einer Richtlinie ging, sondern es ging hier um den genetischen Code des Europarechts. Das hat ja interessanterweise auch der Generalanwalt in seinem ersten Satz genauso gesagt. Er hat gesagt: „Diskriminierung ist verboten.“ Das ist sozusagen der Ausgangspunkt, mit dem er in diese Schlussanträge startet.

Aber was eben dahintersteckt sozusagen auf so einer europaverfassungsrechtlichen Ebene, ist eben, dass es hier nicht nur um dieses Ökonomische - gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle - geht, sondern im Kern steht hinter diesem Diskriminierungsverbot die Friedensidee der europäischen Integration. Das ist letztlich das, was die übersteigerten Nationalismen irgendwo aus diesem gesamten europäischen Rechtsraum heraushalten soll, dass man eben die anderen nicht einfach nur deswegen, weil sie eine andere Staatsangehörigkeit haben, anders behandeln darf.

Das ist auch kompetenzrechtlich eine durchaus wichtige Feststellung, weil wir das oft zum Beispiel im Steuerrecht dann als Kritik hören von den national geprägten Steuerrechtlern, wenn

<sup>19</sup> vgl. Ergänzung des SV zu: „kürzlich“, siehe Anlage 1, S. 28

<sup>20</sup> vgl. Ergänzung des SV zu: „dann“, siehe Anlage 1, S. 28



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dann mal wieder was<sup>21</sup> gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen hat im Steuerrecht: Wie kann die Europäische Union! Es gibt doch keine Kompetenz der Europäischen Union für das Steuerrecht. - Richtig verstanden geht es drum<sup>22</sup>, dass über dieses Diskriminierungsverbot bestimmte öffentliche Macht einfach gar nicht mehr da ist. Das hat ein französischer Kollege mal<sup>23</sup> als die „compétences abolies“ bezeichnet, die „abgeschafften Kompetenzen“; die sind weg. Weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene kann man Regelungen treffen, bei denen man das Tatbestandsmerkmal „Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit“ einsetzt. Und das ist eben so<sup>24</sup> wichtig für die Architektur des Europarechts. Das ist auch etwas, was die Briten nicht verstanden haben im Brexit-Prozess, als sie versucht haben, sich an der Stelle Ausnahmen herauszuverhandeln; das war völlig ausgeschlossen. An der Stelle kann das Europarecht keinen Spielraum lassen, weil sonst die Grundidee des Europarechts weg ist. Und deswegen war ich mir absolut sicher, dass der EuGH hier eben sehr genau hingucken wird.

Ich darf vielleicht noch einen Vergleich bringen, um das noch mal<sup>25</sup> zu veranschaulichen: Ich meine - und ich hoffe, ich tue dem Grundgesetz da jetzt nicht Unrecht -, dass es von der Dimension her durchaus vergleichbar ist mit der Art und Weise, wie wir im deutschen Verfassungsrecht die Menschenwürde als den Kerncode des Grundgesetzes ansehen. Man kann da ganz viele Vergleiche bilden. Wenn Sie daran denken, dass wir die Menschenwürde für nicht abwägbare halten und damit eben Lehrbuch-, vielleicht auch mal reale Beispiele kreieren, die man auch im Gespräch mit den Nichtjuristen nicht so ohne Weiteres erklären kann, also dass wir, wenn man einen Terroristen hat, der irgendwo eine Bombe versteckt hat, die 3 Millionen Menschen umbringen kann, und man, wenn man diesen Terroristen foltern würde, 3 Millionen Menschenleben retten könnte, trotzdem von der Verfassung her sagen: Das geht nicht; die Menschenwürde ist keiner Abwägung mehr zugänglich. - Das versteht

der Nichtjurist, die Nichtjuristin nicht ohne Weiteres. Vielleicht ist das hier genauso, wenn man bei diesen Diskriminierungsverboten auch das Gefühl hat: „Das ist doch unfair; die Ausländer müssen keine Maut zahlen, ich muss Maut zahlen, wenn ich nach Italien fahre“ usw. Also, auf der Ebene schien mir das Ganze vergleichbar.

Und jeder deutsche Verfassungsrechtler, jede deutsche Verfassungsrechtlerin würde bei dem Versuch, irgendwo an dieser Interpretationsschraube zu drehen - das steht ja nicht wirklich so in Artikel 1 drin, sondern das ist eine Setzung, die sich hier die maßgebliche Interpretationsgemeinschaft zu eigen gemacht hat unter Anleitung des Bundesverfassungsgerichts -, scheitern. Es gibt ganz wenige Kollegen, die das mal versucht haben; aber es ist dann sofort klar: Das geht nicht. Ähnlich klar schien mir das eben auch hier mit dem Versuch, am Diskriminierungsverbot rumzudrehen, und deswegen habe ich auch diesen Vergleich angestellt und diesen Hinweis gegeben: Der genetische Code des Europarechts - hier ging es schon um etwas ganz, ganz Wichtiges und Besonderes.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Wiehle.

**Wolfgang Wiehle (AfD):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine Damen und Herren, ich möchte Fragen formulieren, die ich an Sie beide, Herr Professor Kainer und Herr Professor Mayer, stellen möchte, genau in dem Zusammenhang interessanterweise, was Sie, Herr Professor Mayer, gerade angesprochen haben, ob jetzt das Diskriminierungsverbot absolut ist oder ob es da nicht Abwägungen gibt, wie Sie das einschätzen.

Denn wenn ich die Materie richtig kenne, gibt es durchaus Abwägungen in dem Sinne, dass auch der EuGH sagt: Na ja, dieses allgemeine Diskriminierungsverbot nach Artikel 18 AEUV: Es kann Rechtfertigungsgründe für einen Verstoß dagegen geben. - Der EuGH hat dann aber einen Lastenausgleich, also im Sinne von „Halter und Führer

<sup>21</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 1, S. 29

<sup>22</sup> Ergänzung des SV zu: „darum“, siehe Anlage 1, S. 29

<sup>23</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 29

<sup>24</sup> Ergänzung des SV zu: „eminent“, siehe Anlage 1, S. 29

<sup>25</sup> Ergänzung des SV zu: „weiter“, siehe Anlage 1, S. 29



## Nur zur dienstlichen Verwendung

von Fahrzeugen, die im Ausland zugelassen werden, sollten einen Teil der Kosten für die deutschen Bundesfernstraßen zahlen“, verworfen als Rechtfertigungsgrund. Eine Kohärenz der Steuersysteme in Europa hätte er aber als Rechtfertigungsgrund akzeptiert.

Und wenn man das in dem Licht betrachtet, dann stellt sich ja die Frage: Hätte das - und da bitte ich Sie beide, Licht drauf zu werfen - im Vorfeld schon erkannt werden müssen, also gab es schon vor diesem Urteil Vorzeichen dafür, dass der EuGH Abwägungen in der einen Weise akzeptiert, in der anderen nicht? Und hätte die Bundesregierung dann die Möglichkeit gehabt und vielleicht auch diese Möglichkeit nehmen müssen, um die Gesetze für die Infrastrukturabgabe und die anderen, begleitenden Änderungen anders zu gestalten? Konkreter: Sehen Sie das so, dass eine Diskriminierung, also ein Verstoß gegen Artikel 18 AEUV, gerechtfertigt wäre durch das Ziel, die Kohärenz der Steuersysteme in Europa zu wahren, um diese unionsfreundlich zu vereinheitlichen? Hinweis dazu: Deutsche Autofahrer müssen ja im Ausland für eine Autobahnbenutzung bisweilen Vignette bezahlen, und da könnte ja durchaus, wenn man das klug gestaltet, eine Kohärenz der Steuersysteme gestärkt werden, wenn man das bei uns entsprechend nachvollzieht.

Darauf aufbauend dann die Frage: Welche europarechtsfreundliche rechtliche Gestaltung eines Mautsystems stünde aus Ihrer Sicht der Bundesregierung zur Verfügung oder hätte zur Verfügung gestanden, um ein Mautsystem in Deutschland in derselben Weise einzuführen wie in Österreich?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, vielen Dank für die Frage, Herr Wiehle. - Die Kohärenz der Steuersysteme ist ein sehr schwieriger Rechtfertigungsgrund, der mitunter geprüft wird vom Europäischen Gerichtshof, wenn es um die Frage geht, dass das nationale Steuerrecht in irgendeiner Form zu einer Diskriminierung führt, weil irgendwie irgendeine Abzugsmöglichkeit beispielsweise Inländern vorbehalten ist.

Dieser Rechtfertigungsgrund wird nur dann gewährt, wenn sozusagen jede andere Form der steuerrechtlichen Gestaltung zu erheblichen Ungerechtigkeiten führen würde - kann man so sagen, so ganz grob -, Kohärenz des eigenen Steuersystems. Das ist aber vom Europäischen Gerichtshof in, ich würde mal fast sagen, 95 Prozent aller Fälle zurückgewiesen worden, weil es immer irgendwie anders geht. Aber es gibt ein paar Fälle, wo man mit der Kohärenz, weil das eigene Steuersystem sonst nicht mehr zu gerechten Ergebnissen führen würde, also die Gleichbehandlung der eigenen Staatsbürger nicht mehr gewährleistet wäre, mal durchgreifen kann. Das ist aber wirklich ein Ausnahmefall und spielt meines Erachtens jetzt keine Rolle im Zusammenhang mit der Frage: Wie ist es sozusagen in Bezug auf andere Steuersysteme?

Der erste Punkt, den Sie gefragt haben: Gibt es Abwägungen bei den Diskriminierungsverboten? - Selbstverständlich. Da bin ich, sagen wir mal, zumindest graduell etwas anderer Auffassung als Herr Mayer, wobei er aber andererseits auch recht hat. Man muss hier unterscheiden zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen. Unmittelbare Diskriminierungen sind Diskriminierungen, bei der die Differenzierung an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sprich: Ich erhebe Gebühren für Ausländer, die höher sind als für Inländer, und zwar knüpfe ich an die Staatsangehörigkeit an; oder ich erlaube die Ausübung eines Berufs nur für Deutsche. Solche Diskriminierungen gab es mitunter in der Anfangszeit. Die sind prinzipiell unter ganz engen Voraussetzungen rechtfertigungsfähig; es gibt im Vertrag Rechtfertigungsregelungen. Aber in der Regel scheitert es. Es scheitert eigentlich immer. Es gibt, glaube ich, überhaupt keinen einzigen Fall, wo so eine Regelung, wo so ein Berufsverbot für Ausländer zulässig gewesen wäre - ich glaube, einmal aus gesundheitlichen Gründen; das ist aber wirklich ein Ausnahmefall. Insoweit hat er recht.

Aber bei mittelbaren Diskriminierungen, also Diskriminierungen, wo die Differenzierung an einem neutralen Kriterium ansetzt, das aber dann mehrheitlich, so wie jetzt in dem Mautfall, Ausländer betrifft - ich meine, „ausländische Halter“



## Nur zur dienstlichen Verwendung

trifft auch Deutsche, die im Ausland eben halten, aber überwiegend sind natürlich ausländische Staatsangehörige betroffen -: Das lässt sich sehr wohl rechtfertigen. Hier ist sozusagen der Unrechtsgehalt so viel geringer, dass man ganz normal einen Rechtfertigungsgrund anführen kann: Das muss geeignet sein, erforderlich und - prüft der Europäische Gerichtshof selten - angemessen im eigentlichen Sinne. Da gibt es sehr viele Fälle, wo man gerechtfertigt hat, aber im Steuerrecht mit der Kohärenz nicht.

Dann hatten Sie noch gefragt: Gab es Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber es anders europarechtsfreundlich hätte ausführen können? - Na ja, gut. Diese Frage ist natürlich eine offene Frage. Man hätte die Maut nicht einführen können; man hätte warten können, bis die Richtlinie eingeführt wird. Ich hatte das vorhin schon mal gesagt: Wenn die Maut also wirklich abhängig von der Nutzung eingeführt worden wäre, wenn also die deutschen Halter, die inländischen Halter, ebenfalls nach Zeitabschnitten bepreist worden wären, ohne dass es einen solchen Zwang gegeben hätte, mag das der Europäische Gerichtshof vielleicht anders gesehen haben.

Auch hier stimmt, was Herr Mayer gesagt hat: Dieser Eindruck einer „Ausländermaut“ - so wurde das eben so oft genannt - hat so stark in der Öffentlichkeit und sicher auch vor dem Europäischen Gerichtshof den Eindruck erweckt, dass hier eine Diskriminierung beabsichtigt war, und hat sicher auch ein bisschen die Wahrnehmung verzerrt. Das gehört zur DNA des Europarechts, dass eben Ausländer nicht benachteiligt werden. Wenn man genauer hinschaut, muss man die Sache vielleicht differenzierter anschauen. Man hätte es anders machen können, sicher.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann als Nächster der Herr Sendker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Aber die Fragen waren auch an mich gerichtet, oder?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ach so, sorry. Ja, selbstverständlich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ich würde nämlich gern darauf antworten, weil ich das durchaus für eine wichtige Frage halte, und will versuchen, sie in aller Kürze zu beantworten.

Ich glaube, man muss sich zuerst klarmachen: Das Diskriminierungsverbot gilt tatsächlich nicht absolut, also hier hört dann auch die von mir vielleicht ja auch überstrapazierte Parallele zu der Menschenwürde und ihrem Stellenwert auf. Vielleicht ist aber auch diese Absolutheit wirklich etwas sehr, sehr Besonderes, wie eben auch die Menschenwürde was sehr Besonderes ist.

Es fängt schon damit an, dass wir Bereichsausnahmen im Europarecht haben. Es gibt bestimmte Bereiche der öffentlichen Verwaltung, die sind den Diskriminierungsverboten von vornherein entzogen: der diplomatische Dienst, Richterschaft; Militär ist schon ein bisschen schwieriger. Aber ich sage meinen Studenten immer: Alles, was schießen und stempeln darf,

(Heiterkeit)

also da, wo wirklich der Kernbereich der Hoheitsgewalt noch unterwegs ist, da können Sie tatsächlich immer noch <sup>26</sup> entscheiden. Sie müssen es nicht, aber wenn Sie da sagen: „Da kommen jetzt nur deutsche Staatsangehörige rein“, dann ist an der Stelle Schluss mit den Diskriminierungsverboten des Europarechts.

Die Diskriminierungsverbote sind, wie wir ja heute schon verschiedentlich gehört haben, an verschiedenen Stellen im Vertrag auch aufgehängt, und wir diskutieren jetzt die ganze Zeit bei der Maut über dieses allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18; aber an sich ist das ja in der Warenverkehrsfreiheit oder in der Dienstleistungsfreiheit möglicherweise viel naheliegender auch im Mautkontext gewesen. Und so wäre es ja möglicherweise dann auch gekommen,

<sup>26</sup> Ergänzung des SV um: „als Mitgliedstaat selbst“, siehe Anlage 1, S. 32



## Nur zur dienstlichen Verwendung

wäre das Ganze nicht über das Vertragsverletzungsverfahren zum EuGH gekommen, sondern es hätte irgendein Pizzalieferant oder jemand, der eine andere Dienstleistung erbringt, sich über diese Maut in Deutschland so aufgeregt, dass er oder sie zum Gericht gegangen wäre, und dann hätte man das über die Grundfreiheit geprüft. Dann hätte man die Frage eben prüfen müssen - jetzt wieder unterstellt, es ist eine Diskriminierung -: Ist die<sup>27</sup> möglicherweise gerechtfertigt? Und auch da möchte ich doch ganz klar sagen: Auch der Vertrag sieht seit 1957 vor, dass an bestimmten Stellen Schluss ist mit Europarecht, mit Nichtdiskriminierung, und zwar ausdrücklich im Bereich von öffentlicher Sicherheit, Gesundheit und Ordnung. Da können Sie, wenn Sie da verhältnismäßig agieren als Mitgliedstaat, weiter<sup>28</sup> auch nach der Staatsangehörigkeit unterscheiden.

Allerdings sind diese Fälle dann eben doch sehr selten. Und<sup>29</sup> weil es eben auch die offenen Diskriminierungen gibt, also wo man wirklich im Tatbestand reinschreibt: „Deutsche Staatsangehörigkeit ist das Unterscheidungsmerkmal“, hat der Gerichtshof ja sehr früh die mittelbare Diskriminierung entwickelt, über die wir uns hier ja der Sache nach unterhalten. Das ist ja das Phänomen, dass man im Tatbestand nicht wirklich reinschreibt: „deutsche Staatsangehörigkeit“, „französische Staatsangehörigkeit“ und so<sup>30</sup>, aber irgendwas<sup>31</sup> anderes - Wohnsitz zum Beispiel oder Geburtsort -, aber das Ergebnis ist genau so, als hätte man im Tatbestand explizit „Staatsangehörigkeit“ reingeschrieben. Das nennen wir die mittelbare Diskriminierung.

Der EuGH hat aber ziemlich bald gemerkt, dass auch das eigentlich sehr schwer zu messen<sup>32</sup> ist. Und deswegen hat er etwas entwickelt, was in dieser ganzen Debatte<sup>33</sup> und auch heute kaum vorgekommen ist, was aber im EuGH-Urteil vor-

kommt, und das ist die Kategorie des Beschränkungsverbot. Es gibt nämlich im Europarecht, jedenfalls bei den Grundfreiheiten, auch eine Kategorie, die nichtdiskriminierende Beschränkungen - wir nennen es<sup>34</sup> dann verkürzt: Beschränkungsverbot - verbietet, wobei diese allerdings auch unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden können.

Und das Interessante ist, dass, weil das<sup>35</sup> ja im Ausgangspunkt etwas weniger aggressiv daherkommt als eine Diskriminierung, wofür wir nur diese ganz engen Rechtfertigungsmöglichkeiten haben, die explizit im Vertrag stehen, der Gerichtshof im Laufe der Zeit für diese Beschränkungen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt hat. Und dazu gehört unter anderem auch die Kohärenz des Steuersystems; dazu gehört der Verbraucherschutz; dazu gehört der Umweltschutz. Der steht nämlich so auch nicht in den Verträgen. Die Verträge sind von 1957, da kannte man das Wort „Umweltschutz“ noch nicht mal<sup>36</sup>.

Und das Interessante ist, dass wir die ganze Diskussion über Diskriminierung - ja oder nein? - auch in den Ausschussanhörungen, in diesen ganzen Gutachten, die da vorgelegt worden sind, eigentlich auch hätten weglassen können und uns gleich fragen können: Ja gut, geschenkt. Es ist keine Diskriminierung; aber dann ist es immer noch eine nichtdiskriminierende Beschränkung für jemand<sup>37</sup>, der seine Dienstleistungsfreiheit ausüben will und dann durch die Maut eben darin behindert wird und die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit als weniger attraktiv wahrnimmt. - Und dann braucht man einen Rechtfertigungsgrund. Man wäre also auch in bestimmtem Sinne, ohne sich diese ganzen Gedanken über die Diskriminierung zu machen, zu dem Punkt gekommen: Können wir es rechtfertigen?

<sup>27</sup> Ergänzung des SV zu: „diese“, siehe Anlage 1, S. 32

<sup>28</sup> Ergänzung des SV zu: „weiterhin“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>29</sup> Ergänzung des SV zu: „Gerade“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>30</sup> Ergänzung des SV zu: „so weiter“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>31</sup> Ergänzung des SV zu: „irgendetwas“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>32</sup> Ergänzung des SV zu: „fassen“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>33</sup> Ergänzung des SV zu: „Maut-Debatte“, siehe Anlage 1, S. 32

<sup>34</sup> Ergänzung des SV zu: „das“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>35</sup> Ergänzung des SV um: „mitgliedstaatliche Handeln“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>36</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 33

<sup>37</sup> Ergänzung des SV zu: „jemanden“, siehe Anlage 1, S. 33



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Der Gerichtshof macht das; der prüft die Dienstleistungsfreiheit im Urteil unter dem Gesichtspunkt des Beschränkungsverbotes. Der prüft Artikel 18, weil Artikel 18 ist eigentlich auch nur denkmöglich als Diskriminierungsverbot. Das führt dann zu bestimmten Problemen bei der Rechtfertigung. Da passt das mit der Kohärenz der Steuersysteme möglicherweise gar nicht so richtig; aber ich glaube, jetzt gehe ich zu sehr in die europarechtlichen Details.

Alles, was ich sagen will: Es gibt tatsächlich diese Rechtfertigungsmöglichkeit der Kohärenz der Steuersysteme; die wird vom EuGH auch angesprochen. Aber bei der Dienstleistungsfreiheit - und um die Geschichte abzukürzen -: Er<sup>38</sup> sieht hier einfach nicht das Argument. Also, das Argument ist zulässig, aber die Argumente fehlen trotzdem, weil er sieht nicht wirklich, wo das, was da vorgetragen, gemacht wird, zu einem kohärenteren Steuersystem beiträgt. Im Gegenteil: Durch diese Steuerausnahmen, die da geschaffen werden zugunsten der Inländer, die ja gleichzeitig trotzdem davon profitieren, dass sie dann in Frankreich, Italien, Österreich usw. ja nicht die dortige Kfz-Steuer zahlen müssen, sieht der EuGH hier letztlich nicht wirklich ein valides Argument. Es geht also, es wäre gegangen mit der Kohärenz der Steuersysteme.

Und um Ihre Frage auch noch mal ganz konkret zu beantworten - was hätte man denn machen können, was wären denn hier Hinweise gewesen? -: Ja, es ist eigentlich der ganz einfache Zusammenhang, den wir ja vorhin schon festgestellt hatten. Man hätte das Ganze sehr schön europarechtskonform machen können mit der Maut, wenn man eben diese Privilegierung, diese sozusagen<sup>39</sup> Rückzahlung über die Hintertür der Kfz-Steuerentlastung schlicht weggelassen hätte. Da<sup>40</sup> hätte es gar kein europarechtliches Problem gegeben. - Das wäre die Antwort.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, vielen Dank. - Ich habe bisher dann noch eins, zwei, drei, vier Wortmeldungen

(Abg. Kirsten Lühmann  
(SPD) meldet sich)

- fünf Wortmeldungen -, und ich möchte darauf hinweisen, dass wir so um 14.50 Uhr, 14.55 Uhr dann für eine Stunde die Sitzung unterbrechen. Sollten wir, was ich im Moment nicht sehe, davon ausgehen, dass wir den Punkt hier abschließen können, wäre das natürlich schön, wenn es dann bis kurz vor drei passiert. Ansonsten möchte ich dann die Beratung eine Stunde später, also so gegen 15.50 Uhr, wenn die Abstimmungen im Plenum hinter uns liegen, fortsetzen. - Dies nur als Hinweis.

Jetzt haben wir den Herrn Sendker, den Herrn Kühn, den Herrn Jung, den Herrn Cezanne und die Frau Lühmann.

**Reinhold Sendker** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, ich habe noch zwei Nachfragen an Professor Kainer und das, was er vorgetragen hat.

Von Ihrem Kollegen Professor Mayer ist ja eben noch mal deutlich gemacht worden, dass schon im Vorfeld erkennbar gewesen sein soll, dass hier ein Verstoß gegen Europarecht vorliegt durch die Infrastrukturabgabe. Ganz so eindeutig, nach den Erklärungen, die wir hier gehört haben, ganz besonders Ihren Erklärungen, scheint ja die Lage dann doch nicht gewesen zu sein. Sie sprachen von einem starken Signal der Kommission - das haben wir ja auch im Vorfeld politisch wahrgenommen und gewürdigt -, und Sie haben auch hingewiesen auf das Plädoyer von dem Generalanwalt aus Schweden. Das war auch sehr, sehr eindeutig.

Insofern darf ich Sie noch einmal bitten, die Frage aufzunehmen, warum denn europäische Akteure so unterschiedliche Ansichten zur Rechtmäßigkeit der Maut vertreten, ganz besonders auch fokussiert auf den Artikel 92 AEUV. Da ist ja noch mal der Hinweis gegeben worden, dass es hier in der Frage der Diskriminierung - Casus knacksus - ja völlig unterschiedliche Auffassungen gegeben hat: schwedischer Generalan-

<sup>38</sup> Ergänzung des SV zu: „Der EuGH“, siehe Anlage 1, S. 34

<sup>39</sup> Ergänzung des SV zu: „Quasi-“, siehe Anlage 1, S. 34

<sup>40</sup> Ergänzung des SV zu: „dann“, siehe Anlage 1, S. 34



## Nur zur dienstlichen Verwendung

walt gegenüber auch dem Gericht, dem allerletzten. Ich darf noch mal darauf hinweisen und Sie fragen: Gibt es denn bei einem solchen Auseinanderdriften nicht klassischen Handlungsbedarf bei dieser Vorschrift, die ja seit einigen Jahren besteht?

Mir hat auch gut gefallen und mich überzeugt, wenn Sie sagen, im Letzten gelte es doch, das Ergebnis zu betrachten. Das ist eindeutig, das hat der schwedische Generalanwalt gemacht. Und vielleicht ist das auch ein Einstieg, hier mehr Verständnis zu erhalten. KI halte ich nicht für ganz so zukunftsfähig in dieser Frage; ich will das auch so verstehen. Und vor dieser Perspektive erbitte ich dann auch Ihre Antwort.

Eine zweite Frage. Der Generalanwalt Herr Wahl hat in seinem Schlussbericht auch noch mal deutlich gemacht, dass die geplante Infrastrukturabgabe mit den Grundsätzen der EU nach Benutzerprinzip und Verursacherprinzip völlig im Einklang stünde. Vor diesem Hintergrund frage ich Sie, ob der jetzige Zustand - das folgt dann ja daraus - hier in Deutschland nicht einer Inländerdiskriminierung gleichkommt - müsste man ja eigentlich dann so bezeichnen -, und würde Sie auch fragen, ob Sie regulatorische Möglichkeiten sehen, dem entgegenzutreten und eine solche Inländerdiskriminierung aufzuheben. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ob der Verstoß gegen Europarecht eindeutig war - ich kann wiederholen, was ich vorhin gesagt habe, und vielleicht noch mal etwas verdeutlichen -: Man ist in der Rechtswissenschaft nie in einer eindeutigen Situation, wenn nicht das Gesetz glasklar in einer Richtung ist. Und der Diskriminierungstatbestand - Herr Sendker, danke für die Frage - ist überhaupt nicht klar. Es ist eine außerordentlich schwierige Norm, es gehört vielleicht zu den schwierigsten Normen überhaupt. Mit dem Diskriminierungstatbestand haben sich Platon und Aristoteles auseinandergesetzt; ich glaube, es ist die „Nikomachische Ethik“ oder vielleicht „Nomoi“, eines von diesen beiden.

Dort kann man das seitenweise lesen, wie schwierig es ist, zu prüfen, ob eine Regelung gleichbehandelt oder nicht. Da gibt es das berühmte Flötenbeispiel - das kennen Sie vielleicht - von Aristoteles: Wie verteile ich Flöten, wann ist es gerecht? Je nach dem Ziel. - Also ein außerordentlich schwieriger Tatbestand, wo man nicht so ohne Weiteres vorher sagen kann, dass es klar ist oder nicht.

Ich glaube - und ich habe das auch schon mehrfach gesagt -, was in dieser Situation ab 2013 eine große Rolle gespielt hat, war die politische Auseinandersetzung, die vor allen Dingen diesen unseligen Begriff der „Ausländermaut“ dann aufgenommen hat, der sicher auch irgendwo in die juristische Diskussion und auch in das Verständnis, in die Rezeption dieses ganzen Vorschlages hineingeführt hat.

Also für mich war das nicht eindeutig. Ich gebe Ihnen völlig recht, dass die Tatsache, dass der Generalanwalt später gesagt hat: „Das war kein Verstoß“, und auch dass die Kommission das gesagt hat, ein starkes Indiz gewesen ist. Aber ich hatte auch darauf hingewiesen: Es blieb ein Risiko.

Zu dem Artikel 92 AEUV. Ich halte den für sehr reformbedürftig und hatte das ja vorhin schon mal gesagt, weil er schlicht und ergreifend Inländerdiskriminierungen perpetuiert. Nun kann man sagen, das kommt heute kaum noch vor, weil das Verkehrsrecht - und der Artikel 92 erfasst ja das Verkehrsrecht, also den gewerblichen Verkehr - ist heute praktisch durchreguliert auf der europäischen Seite.

Ein Teil, der noch nicht erfasst ist, ist in der Tat eben der gewerbliche Verkehr unter 3,5 Tonnen. Und darüber sprechen wir jetzt. Dazu gibt es einen Richtlinienvorschlag von 2017, und dieser Richtlinienvorschlag von 2017 ändert die Eurovignetten-Richtlinie und soll zukünftig diese Möglichkeit der Kompensationsfähigkeit von einer Maut auch auf Fahrzeuge unter 3,5 Tonnen ausdehnen. Das heißt, der Regelungsansatz, den die deutsche Bundesregierung hier verwendet hat - den Abbau einer Inländerdiskriminierung und auch die Heranziehung von ausländischen



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Haltern -, der findet sich wieder in der europäischen Rechtspolitik.

Ich weiß nicht, ob Herr Mayer hier widersprechen würde, weil das ja letztlich eine geltende Regelung ist: Ich wage die Prognose, dass, wenn die Kommission und Parlament und Rat diese Eurovignetten-Richtlinienänderung irgendwann verabschieden, das rechtmäßig sei und dass niemand kommen wird und sagen würde, dass das rechtswidrig ist, obwohl es ganz ähnlich laufen würde, wie das jetzt die Bundesregierung vorgehabt hat. Der Artikel 92 ist also erheblich reformbedürftig, auch wenn man zugeben muss, dass die Relevanz nicht mehr groß ist; aber gerade in diesem Fall zeigt sie sich eben.

Dann hatten Sie gefragt, ob es nicht eine Inländerdiskriminierung ist, wenn eben nur Inländer bezahlen, und was man dagegen tun kann. Die deutsche Infrastrukturabgabe hatte zumindest den Plan, dass zukünftig proportional nach Nutzung bepreist wird. Das halte ich für sachgerecht und angemessen. Man kann sich über die Details streiten - ist vielleicht nicht mein Fachgebiet -, ob das verkehrsrechtlich oder umweltschutzmäßig sinnvoll gewesen ist oder ob es eine Überkompensation gegeben hat im einen oder anderen Fall, vielleicht aus Umweltschutzgesichtspunkten; schwer zu sagen.

Richtig ist jedenfalls, dass die Kfz-Steuer nicht vollständig kompensiert worden ist; ich glaube, der Satz ist ungefähr 7,2 Milliarden Kfz-Steuer von Pkw letztes Jahr, und das Aufkommen der Infrastrukturabgabe war mal auf 3,7 Milliarden geschätzt worden insgesamt, Inländer und Ausländer. Also, von einer vollständigen Kompensation kann doch gar nicht die Rede sein. Also, es sollten die Ausländer proportional nach ihrer Nutzung bepreist werden. Ob das ganz genau aufging, kann ich nicht beurteilen; aber es wurde jedenfalls von der Europäischen Kommission nicht infrage gestellt.

Wie kann man die Inländerdiskriminierung abbauen? Ich halte es nach wie vor für ein Problem, auch europapolitisch für ein Problem; denn das gehört, wie gesagt, eben auch zur DNA, dass wir

uns als Inländer nicht schlechter behandeln müssen als Ausländer. Das ist auch ein verfassungsrechtliches Problem im Übrigen, dass Inländer schlechter behandelt werden als Ausländer.

Es sollte abgestellt werden; aber es läuft jetzt. Und die einzige Möglichkeit nach diesem Urteil ist eben, darauf zu warten, dass diese Richtlinie fertig ist. Sie hängt im Moment. Es gibt da eine erste Lesung im Parlament, im Europäischen Parlament. Es gibt Änderungsvorschläge. Und jetzt wird es gerade im Rat immer wieder behandelt; es gab eine ganze Reihe von Ratssitzungen zu diesem Thema. Das muss man abwarten, und dann kann man auch auf der deutschen Ebene wieder tätig werden, wenn diese Richtlinie umgesetzt wird.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann haben wir den Herrn Kühn auf der Rednerliste.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine erste Frage geht an Herrn Professor Kainer. Sie waren ja auch wie Herr Mayer hier schon in verschiedenen Anhörungen zu dem Sachverhalt oder zumindest in einer Anhörung. Sie haben das Bild gezeichnet, dass es ein gemischtes Bild gibt, was die juristische Einschätzung der Europarechtskonformität dieser Infrastrukturabgabe angeht. Herr Mayer hat ein Stück weit gesagt, da gebe es eine überwiegende rechtswissenschaftliche Meinung, die die Maut für europarechtswidrig gehalten hat.

Aber auch ausgehend sozusagen von dem mehrschichtigen Bild aus den Anhörungen, die wir ja im Verkehrsausschuss gehabt haben: Können Sie noch mal sagen, wie Sie das bewerten, dass dann das Bundesverkehrsministerium zu einer Risikoinschätzung von 15 Prozent gekommen ist? Herr Mayer hat ja schon eine andere Zahl genannt; Sie hatten nach meiner Auffassung signalisiert, dass Sie das auch als zu niedrig bewerten. Aber vielleicht können Sie das noch mal einordnen, wie Sie das einschätzen, dass nach mehreren Anhörungen, auch hier im Verkehrsaus-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

schuss, die ja ein differenziertes Bild gegeben haben, dann am Ende 15 Prozent Risikobewertung rauskommt?

Herr Professor Mayer, Sie würde ich gerne noch mal mit einem Zitat aus dem Gutachten von Professor Hillgruber konfrontieren - Professor Hillgruber ist ja derjenige, der sehr zahlreiche Gutachten und Stellungnahmen für das Bundesverkehrsministerium zu dem Sachverhalt formuliert hat, die auch auf der Website des Bundesverkehrsministeriums veröffentlicht sind - und da um eine Einschätzung bitten hinsichtlich der Frage sozusagen der Rechtfertigung. Er schreibt nämlich auf Seite 55 und 56 seines Gutachtens aus dem Jahr 2014:

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vorgesehene Maßnahmenkombination aus Einführung einer Infrastrukturabgabe ... und Schaffung korrespondierender Freigrenzen bei der Bemessung der Kfz-Steuer als solche keine (mittelbare) Diskriminierung von EU-Ausländern darstellt bzw. dem Grunde nach durch die Notwendigkeit eines Lastenausgleichs als zwingendes Allgemeininteresse europarechtlich gerechtfertigt ist.

Insofern

verstößt das Vorhaben ... weder ... gegen Art. 92 ... noch ... 18 ...

Es ist in gewisser Weise eine Wiederholung von Fragen, die wir schon gestellt haben; aber ich würde, weil das eine Aussage ist, auf die sich das Verkehrsministerium ja offensichtlich auch bei seiner Risikoabschätzung und Fortführung des Prozesses bezogen hat, noch mal Ihre fachliche Einschätzung dazu hören.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, das ist für Juristen immer die Herausforderung: Man bekommt als Rechtsanwalt oder

Rechtsanwältin oder eben als Gutachter, Gutachterin eine Frage: „Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit?“, und Sie kommen dann letztendlich mit Argumenten zu diesem oder jenem Ergebnis. Also, es sind immer Argumente, die Sie miteinander abwägen.

Ich persönlich habe das wirklich sehr sorgfältig gemacht, auch in mehreren Aufsätzen übrigens mich mit dem Thema beschäftigt, und habe mich auch mit dem Diskriminierungstatbestand intensiv beschäftigt über vielleicht schon zehn Jahre hinweg und war eben der Auffassung: Man muss sich das sehr im Detail anschauen und genauer als nur die Maßnahme selbst; sondern - das hatte, glaube ich, Herr Sendker eben auch noch mal gesagt - man muss auf das Ergebnis schauen und nicht auf die Maßnahme als solche. Und vor dem Hintergrund, von dem Gesichtspunkt her muss man sozusagen abstrahieren von diesen beiden Regelungen und einen Schritt weitergehen und sagen: Wird jetzt nach Nutzung bepreist oder nicht? - Von daher kam ich zu einem anderen Ergebnis als 95 Prozent.

Ich weiß aber auch - und ich habe auch diese europarechtliche Sensibilität, ich mache Europarecht seit mehr als 20 Jahren -: Das kann auch anders gesehen werden, weil der Diskriminierungstatbestand so im Zentrum des Europarechts steht. Deswegen habe ich hier ja auch gesagt: Meiner Auffassung nach nicht, aber es gibt ein Risiko, dass so entschieden wird. - Bei Artikel 92 habe ich das Risiko höher eingeschätzt; ich habe es nicht mit Zahlen, aber bestimmt mehr als 15 Prozent. Und wenn ich sozusagen selbst ein Haus gebaut hätte auf der Grundlage einer solchen Risikoentscheidung, hätte ich vielleicht erwartet. Aber es ist natürlich was anderes, wenn ein Staat entscheiden muss und vielleicht Einnahmeausfälle hat in hoher Höhe; da mag das vielleicht anders sein. Aber das letztendlich zu differenzieren, ist eine politische und keine juristische Aufgabe.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Ich möchte vielleicht eingangs



## Nur zur dienstlichen Verwendung

doch noch mal<sup>41</sup> dem deutlich entgegneten, dass es irgendwie so eine Eins-zu-eins-Konstellation ist, so dieses „zwei Juristen, drei Meinungen“, wie es ja auch in den Ausschüssen, in den Anhörungen in 2015, 2017, war; ich saß auf der einen Seite, Herr Hillgruber saß auf der anderen Seite.

Also, ich habe in meiner Stellungnahme noch mal eine ganze Reihe von Zitaten rausgesucht, die das aus meiner Sicht wirklich deutlich stützen, dass es hier eine ganz überwiegende Mehrheit der Europarechtler gibt, die das so bewerten wie ich. Ich zitiere hier Herrn Michl:

So sieht ein unionsrechtliches Himmelfahrtskommando aus.

In der Rückbewertung, in der Ex-ante-Sicht.

Anderes Zitat, Beitrag im Verfassungsblog<sup>42</sup>:

... eine ... Frage, über die eigentlich Einigkeit besteht: So geht es jedenfalls nicht.

Dann in der Anmerkung zur EuGH-Entscheidung<sup>43</sup> von einem Herrn Pießkalla in der „Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht“: „von Beginn an zum Scheitern verurteilt.“

Kollege Frenz schreibt:

Eine solche Gesamtschau ... war allerdings von vornherein geboten ... Nach dem System des EU-Rechts war kein anderes Ergebnis möglich.

Dann noch ein Letzter hier, schreibt auch im Verfassungsblog im Juni 2019:

Zuvor hatte es eigentlich kaum eine Stimme aus der Fachwelt gegeben, die nicht die evidente Rechtswidrigkeit des Mautvorhabens angenommen hatte ...

Und das kann man endlos weiter fortsetzen. Also, das vielleicht noch mal, um klarzustellen, dass wir hier wirklich mit einem enormen Gefälle reden.

Der Kollege Hillgruber hat, wenn ich recht sehe, eigentlich nur ein Gutachten verfasst zu dieser Frage. Ich weiß nicht, vielleicht ist das ja auf verschiedenen Websites des Verkehrsministeriums dann abgelegt. Aber es ist dieses Gutachten aus 2014. Er hat dann später<sup>44</sup> noch einen Beitrag, einen Fachbeitrag, veröffentlicht.

Ich kann zu seiner Einschätzung, dass hier keine Diskriminierung vorliegt, eigentlich nur das wiederholen, was ich vorhin gesagt habe: Es ist eben eine Möglichkeit, so zu argumentieren, aber sie ist aus meiner Sicht fernliegend und, wie mir der EuGH ja jetzt auch bestätigt, falsch.

Und in dem Gutachten gibt es auf jeden Fall einen, wenn Sie so wollen, auch, wie ich glaube, echten europarechtlichen Fehler - was vielleicht auch damit zu tun hat, dass Herr Hillgruber, den ich sehr schätze als Kollegen, jetzt nicht unbedingt ausgerechnet als Europarechtler überwiegend hervorgetreten ist -: Die ganze Dimension des Beschränkungsverbot, über die ich vorhin gesprochen habe, die kommt schlicht nicht vor, was für mich eben auch schon ein Hinweis darauf ist, dass man hier die europarechtliche Gesamtdimension einfach nicht überschaubar hat.

Und deswegen wäre es bei den Summen, um die es hier geht, doch allemal angezeigt gewesen, zumindest eine zweite Meinung einzuholen, wenn es wirklich um die Rechtslage gegangen wäre. Dass man das nicht gemacht hat, deutet für mich darauf hin - ich habe es in meinem Eingangsstatement gesagt -, dass die Rechtslage möglicherweise nachrangig war, sondern es hier ein politisches Ziel gab. Von daher wurde in der Tat vom Ergebnis her argumentiert und die Rechtslage dann eben weitgehend ausgeblendet. Das hat sich aber letztlich, wie ich glaube, verheerend gerächt.

<sup>41</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 38

<sup>42</sup> Ergänzung des SV um: „im Mai 2015“, siehe Anlage 1, S. 38

<sup>43</sup> Ergänzung des SV um: „von 2019“, siehe Anlage 1, S. 38

<sup>44</sup> Ergänzung des SV um: „in 2016“, siehe Anlage 1, S. 39



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, vielen Dank. - Dann müssen wir jetzt hier leider unterbrechen für eine Stunde. Auf der Rednerliste stehen dann anschließend der Herr Jung, der Herr Cezanne und die Frau Lühmann.

Dann treffen wir uns also um 15.50 Uhr wieder hier im Saal. Bis dahin gute Zeit.

(Unterbrechung von  
14.52 bis 16.18 Uhr)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, dann kann ich die unterbrochene Sitzung wieder eröffnen - noch mal vielen Dank für Ihr Verständnis -, und wir können die Beratungen fortsetzen. Wir haben im Moment noch drei Kolleginnen und Kollegen auf der Rednerliste: den Kollegen Jung, den Kollegen Cezanne und die Kollegin Lühmann. - Herr Dr. Jung, bitte.

**Dr. Christian Jung (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich habe eine Frage an Herrn Professor Mayer. Herr Professor Mayer, Sie waren ja jetzt in Ihrer Bewertung vor der Pause ziemlich eindeutig. Was mich persönlich interessieren würde, wäre Ihre persönliche Einschätzung: Konnte Herr Minister Scheuer als juristischer Laie zu einer anderen Bewertung der Rechtslage kommen? Weil man hat ja auch im Ministerium immer wieder so Taskforces, wo man vielleicht auch Persönlichkeiten wie Sie dabei hat, auch auf Beamtenebene, die da auch klar sagen, was Sache ist. Wie konnte es denn dann dazu kommen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank. - Die Frage habe ich mir in den letzten Jahren auch oft gestellt: „Wie kann<sup>45</sup> es dazu kommen?“, weil die europarechtlichen Zusammenhänge sind - ich bleibe dabei - zumindest nicht zu 100 Prozent eindeutig, und es geht um sehr viel Geld.

Ich glaube nicht, dass man das jetzt gleichsam an der Person und Figur des politisch verantwortlichen Ministers so konkret festmachen kann, dass der das hätte überblicken müssen. Von daher

geht es hier ein Stück weit auch um Systemversagen. In der Ministerialbürokratie gibt es definitiv Europarechtsexperten, die Zusammenhänge überblicken und auch die verschiedenen Positionen, die es da gibt, einordnen und gewichten können.

Ich will daran erinnern, dass ja auch eine der ganz frühen Äußerungen hier aus dem Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages kam, eine sehr ausführliche und, wie ich finde, auch handwerklich nicht zu beanstandende, nüchterne Deskription der Rechtslage. Man kann es fortsetzen: Der Bundesrat hat ja auch eine Rolle gespielt. Irgendwann ist das ja auch mal beim Bundespräsidenten gewesen. Es gab also eine ganze Reihe von Akteuren.

Insgesamt muss man ja auch noch mal<sup>46</sup> festhalten: Einen ganz entscheidenden Akt hat ja letztlich dann auch für das, was heute hier aufgeklärt werden soll, der Deutsche Bundestag durch seine Funktion als Gesetzgeber gesetzt. Das Gesetz wurde ja nicht vom Minister alleine gemacht, sondern es hat hier eine Mehrheitsentscheidung gegeben. Von daher hat es<sup>47</sup> schon etwas von einem systemischen Versagen.

Ich würde meinen, dass es im Idealfall auch eine Aufgabe und ein Ertrag dieses Ausschusses sein könnte, zu versuchen, sicherzustellen, dass sich so etwas möglichst nicht wiederholt. Es würde in der Tat möglicherweise dafürsprechen, dass man überlegt, an welchen entscheidenden Schnittstellen man versucht, systemisch etwas einzubauen, was solche Entscheidungen verhindert oder irgendwie noch mal<sup>48</sup> überprüfbar macht: ein Vier- oder Sechsaugenprinzip, nicht nur ein Gutachter, sondern irgendwie zwei oder drei oder irgend so was<sup>49</sup>. Ich glaube, das könnte eine Lehre sein. Aber klar: An einer bestimmten Stelle gab es dann offenbar auch ganz klare politische Entscheidungen.

Um auch wieder auf die Parlamentsdienste hier zurückzukommen: Das war ja zu einem sehr frühen Zeitpunkt eine sehr heftige, konfrontative

<sup>45</sup> Ergänzung des SV zu: „konnte“, siehe Anlage 1, S. 40

<sup>46</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 40

<sup>47</sup> Ergänzung des SV zu: „das“, siehe Anlage 1, S. 40

<sup>48</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 1, S. 40

<sup>49</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 1, S. 40



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Situation, in die da die Fachbeamten gebracht worden sind. Das hatte natürlich auch was<sup>50</sup> Entmutigendes möglicherweise für alle anderen, die auf der Fachebene die eine oder andere Überlegung hatten. Also von daher: Wenn man jetzt nach einer Erklärung für den konkreten Kausalverlauf sucht, sieht man beim näheren Hinsehen dann eben doch, was das eine oder andere erklären könnte. Aber ich bleibe dabei: Es sollte idealerweise am Ende auch etwas stehen, was in die Zukunft versucht sicherzustellen, dass sich so etwas nicht wiederholt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Erst Herr Cezanne, dann Frau Lühmann, bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich würde gerne bei Herrn Professor Mayer da noch mal ein bisschen nachhaken, weil das wäre natürlich auch meine Hoffnung, dass man so einen Untersuchungsausschuss ja auch deshalb macht, weil man gerne was lernen würde. Nun ist es mit den Lernprozessen in der Politik so eine Sache. Da geht es um Macht und Einfluss, und da ist es nicht so ganz offen.

Sie haben das jetzt angesprochen. Sie haben ja selber auch schon mal angesprochen, welche Rolle Sachverständigenaussagen eigentlich spielen sollten. Hätten Sie denn da außer dem, was Sie jetzt ja auch nur angedeutet haben, also Vier- oder Sechsaugenprinzip, Vorschläge oder Vorstellungen, wie wir das hier sinnvoller gestalten können, wie sich der Bundestag als Ganzes oder so ein Ausschuss wie wir im Verkehrsausschuss über die Rechtslage so informieren müssen, dass man eben nicht nur so einen Showdown zwischen zwei Sachverständigen organisiert?

Zur Verantwortung, zur Gesamtverantwortung, haben Sie ja schon was gesagt. Aber trotzdem: Wenn Sie da noch gute Ratschläge für uns hätten, wären wir sehr dankbar.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank. - Es ist eine schwierige Frage, und ich glaube, auf die Frage gibt es auch keine einfache,

allgemeingültige Antwort; aber sie kommt natürlich an verschiedenen Stellen hoch. Ich habe im Kontext der Euro-Krise auch eine bestimmte Rolle hier gehabt, habe seinerzeit im ersten Euro-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht den Bundestag vertreten. Da stellte sich dann auch zu einem bestimmten Zeitpunkt der Vorsitzende des Rechtsausschusses die Frage: Wie kriege ich eigentlich raus<sup>51</sup>, wie wir uns verfassungskonform verhalten als Abgeordnete? - Und das ist gar nicht so einfach. Man kann natürlich ein Gutachten beauftragen. Dann kommt aber sofort die Gegenseite mit dem<sup>52</sup> anderen Gutachter. Und dann kann man versuchen, das eben so numerisch gegenüberzustellen: Ja, ich habe aber mehr Gutachter. - Ich habe ja anfangs versucht, ein bisschen aufzuschlüsseln, dass das mit dem Numerischen nicht ganz so aufgeht, und darum geht es ja dann auch eigentlich nicht, wenn man wirklich, wie zum Beispiel in der Euro-Krise, versucht, herauszufinden: Wo liegt denn jetzt dieser Mehrheitskonsens der Interpretationsgemeinschaft?

Man kann versuchen, sich Modelle, die man im Ausland hat, anzugucken. Ich glaube, in Österreich hat man, was jetzt das Verfassungsrecht angeht, einen Verfassungsdienst beim Kanzleramt angesiedelt, der irgendwie noch mal so eine etwas andere Funktion hat als die herkömmliche Rechtsstelle in der Ministerialbürokratie. Man kann - das gibt es zum Beispiel im Bereich des Völkerrechts hier bei uns schon beim Auswärtigen Amt - versuchen, mit Beiräten etwas zu machen. Das Auswärtige Amt hält sich einen Völkerrechtsbeirat, in dem die völkerrechtlichen Kollegen in einer größeren Mannstärke drinsitzen, und damit hat man einen gewissen Pluralismus der Meinungen. Wenn die dann alle in eine Richtung gehen, dann hat man vielleicht so eine gewisse Orientierung, was dann wohl doch das geltende Völkerrecht sein könnte.

Aber das hat natürlich immer einen Nachteil, wenn Sie anfangen, irgendwelche Rechtsdienste aufzubauen. Es ist zum Beispiel ganz eigentlich: Der Deutsche Bundestag hat kein Justizariat im Sinne eines Legal Service. Das Europäische

<sup>50</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 1, S. 42

<sup>51</sup> Ergänzung des SV zu: „heraus“, siehe Anlage 1, S. 42

<sup>52</sup> Ergänzung des SV zu: „einem“, siehe Anlage 1, S. 42



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Parlament hat einen Legal Service, hat einen Juristischen Dienst, genau wie die Kommission. Warum ist das eigentlich so? Nun, beim Europäischen Parlament kann man eben studieren, dass eine Schattenseite natürlich ist, dass es sich dann, wenn Sie die Fachleute, die Fachebene, so mit Entscheidungsmacht ausstatten, natürlich auch schnell verselbstständigen kann; dann wird es ein eigenständiger Machtfaktor. Das sind die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages nach meiner Beobachtung bisher nicht.

Aber, wie gesagt, gerade vergleichende Beobachtungen zeigen - auch in der Parlamentsverwaltung -: Je mehr Entscheidungsmacht, je mehr Einfluss Sie da aus der Hand geben, desto mehr gibt es da ein Verselbstständigungsrisiko.

Für das ganz konkrete Thema hier ist natürlich auch eine Überlegung, die man haben kann, die Unwucht, die wir auch in anderen Zusammenhängen beobachten: Wenn die Gerichte sich nicht sicher sind mit dem Europarecht, dann können die im Wege der Vorlage den Europäischen Gerichtshof anrufen, Artikel 267 AEUV; die Verwaltung kann das nicht. Das war sozusagen schon draußen in der Territorialverwaltung beim berühmten DocMorris-Fall mit den Apotheken im Saarland so ein Thema. Da<sup>53</sup> hätte man auch gerne gewusst: Wie ist denn jetzt die Europarechtslage? Aber das zuständige Ministerium kann halt nicht einfach beim EuGH eine Vorlage machen; das können nur die Gerichte. Man musste<sup>54</sup> also erst das Gerichtsverfahren provozieren, damit die dann vorlegen.

Das ist jetzt natürlich eine ganz wilde Idee, dass man vielleicht, wenn es, wie hier jetzt, um solche Dimensionen wie 500 Millionen Euro geht, bei irgendeiner der künftigen Vertragsrevisionen noch mal an irgendeiner Stelle überlegt, ob man nicht doch irgendeine Gutachtenmöglichkeit zum EuGH - die Gutachtenmöglichkeit gibt es ja jetzt nur sehr eingeschränkt - eröffnet, damit der Letztinterpret das beurteilt.

Auch hier müssen Sie sehen: Wenn Sie anfangen, solche Gutachtenmöglichkeiten einzurichten, hat das auch sofort politisches Missbrauchspotenzial und macht natürlich den EuGH noch mächtiger. Das Bundesverfassungsgericht hatte das in seinen Anfangsjahren; das konnte man einfach mit Gutachten<sup>55</sup> befassen. Die wollten das dann weghaben; das hat man in den 50er-Jahren wieder abgeschafft, weil das natürlich dann auch sofort instrumentalisiert wurde. Also: Es gibt bei fast jeder Lösung Licht und Schatten. Aber der einfache Ratschlag wäre: Es ist halt besser, es gucken ein paar mehr Leute drauf<sup>56</sup>, so eine gewisse pluralistische und Filterstruktur, damit solche Dinge sich nicht wiederholen können. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Sie haben meine erste Frage damit teilweise schon beantwortet; denn wir waren ja genau in der Situation als SPD-Fraktion, dass im Koalitionsvertrag die Europarechtskonformität stand, wir aber vor Gesetzesverabschiedung das nicht abschließend klären konnten. Denn Sie wissen ja: Es gab nicht nur ein Gutachten, und zwar das eine vom Ministerium, sondern durchaus mehrere, auch zu anderen Fragen, zum Beispiel wie viele Einnahmen das bringt; aber niemand konnte uns letztendlich sagen, wer recht hat. Sie haben es selber angesprochen: Mit Mehrheiten zu arbeiten, ist, glaube ich, in dem Fall auch sehr schwierig. Bei Einstimmigkeit würde ich da noch zucken, aber bei Mehrheiten nicht.

Zum Vorlagerecht beim EuGH. Das haben wir als SPD sehr bedauert, dass wir nicht vorher den EuGH fragen können. Wir haben also auch versucht, da irgendwas rauszuhören. Die haben sich aber standhaft geweigert, auch nur irgendetwas in diese Richtung verlaublich zu lassen, sodass wir eigentlich erst dieses Gesetz machen mussten, um dann zu gucken, ob es Bestand hat oder nicht. Von der Systematik her - Sie haben es selber gesagt: wenn das Gesetz da ist, dann muss

<sup>53</sup> Ergänzung des SV zu: „damals“, siehe Anlage 1, S. 44

<sup>54</sup> Richtigstellung des SV: „müsste daher“, Anlage 1, S. 44

<sup>55</sup> Ergänzung des SV zu: „Gutachtenfragen“, siehe Anlage 1, S. 44

<sup>56</sup> Ergänzung des SV zu: „darauf“, siehe Anlage 1, S. 44



## Nur zur dienstlichen Verwendung

man damit ja auch umgehen - hätte man es lieber nicht gemacht. Aber wenn wir es nicht gemacht hätten, hätten wir nicht gewusst: Ist es europarechtskonform oder nicht? Dazu hatte ich die Frage, die Sie schon beantwortet haben.

Jetzt habe ich es so verstanden, dass man versuchen sollte, wenn so eine Frage noch einmal aufkommt, dass man dann die Möglichkeit hat, Tendenzen abfragen zu können. Geht das nur mit einem Gutachten, oder meinen Sie, es geht auch mit einer Vorabentscheidung oder so was in der Richtung? Denn Gutachten - das sehe ich so wie Sie - bergen immer ein Missbrauchspotenzial. Wenn, dann müsste es eine Entscheidung sein. Können Sie sich das vorstellen? - Das wäre die erste Frage.

Und die zweite und dritte Frage sind eigentlich nur sehr kurz. Wir werden in den späteren Zeugenvernehmungen die Frage zu klären haben: „Was ist der Zeitfaktor?“; die geht auch wieder bitte an Sie beide. Mit welcher Verfahrensdauer war vor dem EuGH zu rechnen? War das klar, dass die im Sommer entscheiden, oder hätte das auch genauso gut noch ein Jahr länger dauern können?

Ganz zu Anfang Ihrer Aussagen hat einer von Ihnen - ich habe leider nicht notiert, wer - mal gesagt: Ein Gesetz, das für sich genommen diskriminierend ist, kann durch ein korrespondierendes Gesetz dann europarechtskonform sein. - Das heißt, das Gesetz alleine zählt nicht immer, sondern es gibt manchmal auch ein Zusammenspiel von Gesetzen, die sie dann europarechtskonform machen. Hier hatten wir ja nun genau den umgekehrten Fall, dass die kombinierte Wirkung verschiedener Maßnahmen dann zu einer Europarechtswidrigkeit geführt hat. Gibt es vergleichbare Fälle? Ist das jetzt der erste Fall, wo das so war, oder ist das eigentlich häufiger schon der Fall gewesen?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte schön. Wer möchte anfangen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Noch mal zu der Frage, wie man dann versucht, sozusagen aus der politischen Entscheidungssituation heraus die Rechtslage zu klären. Ich will Sie trotzdem im Grundsatz eher warnen, weil ich habe das gerade in der Euro-Krise gesehen. Es gibt dann natürlich schon das Risiko, wenn Sie als politische Entscheidungsträger dann anfangen, nur noch in Rechtskategorien zu denken, wie Juristen zu denken, sozusagen zu versuchen, zu antizipieren: Was könnte das Verfassungsgericht an Gedanken hegen? - Das ist nicht die Aufgabe des politischen Prozesses.

In der Euro-Krise war das eine merkwürdige Verkehrung der Rollen. Im politischen Raum wurde nur noch mit verfassungsrechtlichen Argumenten hantiert, und in Karlsruhe ging es eigentlich sozusagen um politische Grundentscheidungen, und die Richter haben eigentlich politische Grundentscheidungen getroffen. Das ist eine verkehrte Welt. Die haben nicht wirklich die Legitimation dafür, und es ist nicht die Rolle der politischen Entscheidungsträger, sich sozusagen nur mit den rechtlichen Kategorien zu befassen.

Es geht schon um die Frage: Was ist politisch gewollt, und was ist politisch richtig? Und das Recht soll dann eben die Leitplanken dafür geben<sup>57</sup>. Ich glaube, wirklich nur in dieser Zusammenschau macht das auch Sinn. Vielleicht sehe ich das ja verzerrt oder falsch; aber meine Wahrnehmung dessen, was hier passiert ist, ist, dass es hier eben doch eine gewisse Unwucht gegeben hat. Man hat, glaube ich, zu sehr sozusagen den politischen Aspekt betont. Es kam zu wenig auf die rechtlichen Leitplanken an. Das ist vielleicht dann das, was man auch für die Zukunft mitnehmen muss: dass es eben extrem gefährlich ist, wenn man sagt: Wir wollen was, und wie die Rechtslage ist, das schauen wir uns irgendwann später an, oder wir lassen es die Gerichte entscheiden. - Man muss schon diese beiden Dinge zusammen sehen.

Das ist jetzt natürlich etwas sehr allgemein, was ich Ihnen hier als Antwort auf Ihre Frage gebe; aber es ist wirklich letztlich der Appell, das mit

<sup>57</sup> Ergänzung des SV zu: „abgeben“, siehe Anlage 1, S. 45



## Nur zur dienstlichen Verwendung

den Juristen nicht sozusagen zu überziehen, weil Sie sonst natürlich auch dann die Macht, die politische Macht, die Ihnen legitimerweise verliehen worden ist, an die Juristen abgeben. Das ist ja auch nicht der Sinn des Parlaments und der politischen Entscheidungsträger.

Ich würde also noch mal dafür plädieren, es im Zweifel eben dann - und das ist ja auch die Idee hier im Parlament - über weit diskursiv ermittelte, pluralistisch abgesicherte, im Verfahren ermittelte Lösungen zu versuchen und eben aber doch das Recht als Leitplanke sehr ernst zu nehmen. Aber eigentlich ist es in unserem politischen Prozess normalerweise gar nicht das Problem. Das Typische in unserem politischen Prozess ist eigentlich, dass wir sehr stark juristisch argumentieren und typischerweise dann eben auch die wirklich konfliktuellen Sachen in verfassungsrechtliche Fragen verpacken, die dann nach Karlsruhe gehen, und die entscheiden dann, wie es ist, und dann hat das eine enorme Befriedungsfunktion, wenn es aus Karlsruhe kommt, obwohl die eigentlich dann auch politische Entscheidungen treffen.

Aber es ist, wie gesagt, eine Frage, die mich, seit ich das damals erlebt habe im ersten Euro-Verfahren, diesen völlig ratlosen Rechtsausschussvorsitzenden, der fragte: „Wie könnten wir rauskriegen, wie die Verfassungsrechtslage ist?“, umtreibt. Es gibt darauf keine richtige Antwort, sondern die richtige Antwort ist: Es ist nicht die erste Frage. Die erste Frage ist das, was politisch richtig, gewollt, legitim usw. ist. Das muss aber flankiert sein - das müssen Sie zusammen denken - mit den Rechtsfragen. Es ist, wie gesagt, keine einfache Antwort.

Die Frage nach der Verfahrensdauer kann ich schnell beantworten. Da gibt es so Erfahrungswerte: 15 Monate, sagt man da so. Das kann natürlich deutlich schneller gehen. Es gibt auch Beschleunigungsmöglichkeiten, Eilverfahren usw. beim Europäischen Gerichtshof.

Hätte es<sup>58</sup> noch ein Jahr länger da<sup>59</sup> herumliegen können? - Weiß ich nicht. Ein Jahr kommt mir jetzt schon ziemlich lang vor. In Anbetracht der Bedeutung - Stichwort: die Formation, die entschieden hat, mit den 15 Richtern - hatte man ja in Luxemburg schon auf dem Schirm, dass das was<sup>60</sup> Wichtiges ist.

Dann noch die letzte Frage, dass hier die Eigentümlichkeit bestand, dass das Zusammenspiel von Regeln bestimmte Effekte ergeben hat, und ob das etwas ist, was wir in der Vergangenheit schon beobachtet haben: Ja, bei der Lkw-Maut; das war ja genau dasselbe. Das war ja auch dieses Zusammenspiel von einer gesetzlichen Regelung, die sozusagen eine Belastung für alle war, und einer anderen gesetzlichen Regelung, die eine Entlastung für einige war. Erst in der Zusammenschau ergab es aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs diesen diskriminierenden Effekt. Dementsprechend kann man jedenfalls für die Zukunft dann auch noch mal - aber das ist an sich jetzt auch mit der Lkw-Maut-Entscheidung, wie ich meine, schon absehbar gewesen - die Erkenntnis mitnehmen, dass sich der EuGH jedenfalls an der Stelle nicht hinter die Fichte führen lässt. Der guckt sich Gesamtzusammenhänge und ökonomische Effekte an. Dementsprechend würde man bei einer künftigen ähnlichen, vergleichbaren Konstellation allemal auf diese Präzedenzfälle verweisen.

Dazu könnte man jetzt noch viel sagen, weil das natürlich auch für Sie als Gesetzgeber ein Problem ist, weil Sie ja möglicherweise nur einen Teil dieser<sup>61</sup> Regelung machen, und dann kommt der andere Teil woandersher. Das ist auch ein weiteres Beispiel dafür, dass es hier in der Tat um komplexe Zusammenhänge geht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Frau Lühmann, beim Thema Verfahrensdauern würde ich hinzufügen wollen, dass der Europäische Gerichtshof etwas anders strukturiert ist als deutsche Gerichte. Es hat nämlich der Präsident im Europäischen Gerichtshof eine sehr starke Stellung. Der kann die Rechtssachen bestimmten

<sup>58</sup> Ergänzung des SV auf: „das Verfahren“, siehe Anlage 1, S. 46

<sup>59</sup> Ergänzung des SV auf: „beim EuGH“, siehe Anlage 1, S. 46

<sup>60</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 1, S. 46

<sup>61</sup> Ergänzung des SV zu: „einer“, siehe Anlage 1, S. 46



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Kammern zuweisen, der kann bestimmen, dass eine große Kammer entscheidet, und der kann auch sehr stark die Sachen beschleunigen oder verlangsamen. In der Wightman-Entscheidung - das war die Entscheidung über den Brexit-Austritt und die Frage der Rücknahme der Austrittsnotifizierung - hat der Europäische Gerichtshof in sagenhaften drei Monaten entschieden. Das ist irre, wenn man überlegt, wie viele Schritte dazwischenliegen, zum Beispiel Übersetzen und alles. Der Trend geht zu kürzeren Verfahrensdauern. Der Europäische Gerichtshof wird immer schneller. Das hat verschiedene Gründe. Ich glaube auch nicht, dass es noch ein Jahr länger gegangen wäre. Aber man kann sich beim Europäischen Gerichtshof, was die Verfahrensdauer anbelangt, nicht so sicher sein. Tendenziell kann man sagen: Je bedeutender etwas ist, desto höher ist die Tendenz, dass es auch schneller gehen wird. Aber das ist keine ganz fixe Angelegenheit. Wie gesagt, man kann das vorher nicht so sicher sagen.

Das Dritte, was Sie gefragt hatten, betraf die Kombination von Maßnahmen. Es ist so, dass der Europäische Gerichtshof in der Rechtsprechung zu Grundfreiheiten, aber auch sicher zum Diskriminierungsverbot immer eine effektbasierte, eine wirkungsbasierte Prüfungsweise hat. Also er schaut immer: Was ist die Wirkung von Maßnahmen insgesamt? Wir hatten viele Entscheidungen, wo mehrere Gesetze, ob das internationales Privatrecht war in Verbindung mit irgendeiner bestimmten Norm oder ob das im Steuerrecht war, verschiedene steuerrechtliche Gesetzgebungen, dann erst zusammen zu einer Diskriminierung geführt haben. Das ist Alltagsgeschäft.

Deswegen: Das Argument, dass man die beiden Maßnahmen getrennt sehen müsste, hier Steuer-senkung und da Infrastrukturabgabe, hat mir nie eingeleuchtet. Das muss man als Gemeinsames sehen. Dann muss mal halt schauen: Was ist der Effekt des Ganzen? Ist das, wie ich sage, nur ein Abbau von Inländerdiskriminierung, oder ist es, so wie andere eben gesagt haben, eine Diskriminierung? Aber der Effekt, die Wirkung ist das Entscheidende, und das können viele verschiedene Maßnahmen sein.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, vielen Dank. - Das war die letzte Wortmeldung. Wir haben unser Zeitfenster von 120 Minuten deutlich überschritten; aber ich denke, es ist auch richtig, dass wir alles zu Ende diskutieren.

Ich frage jetzt noch mal formell: Gibt es noch Anmerkungen, Wortmeldungen? - Das ist nicht der Fall. Wird noch mal eine Zusammenfassung von den beiden Herren gewünscht, oder reichen uns die Beiträge? - Das ist auch nicht der Fall. - Ja, bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Entschuldigung, wenn ich mir gestatte, noch mal um das Wort zu bitten. Ein Gesichtspunkt war mir noch wichtig, und zwar eine Reaktion zu dem, was Herr Mayer vorhin zu den Beschränkungsverboten gesagt hat; ich hatte noch keine Gelegenheit, darauf zu reagieren. Dem würde ich allerdings dezidiert widersprechen wollen. Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten in ihrer Dimension als Beschränkungsverbote liegt nicht vor; deswegen mussten weder das Verkehrsministerium noch Herr Hillgruber noch andere sich damit beschäftigen. Das hat jetzt europarechtlich diffizile Fragestellungen. Ich muss aber festhalten: Nach meiner sehr klaren Auffassung ist das nicht der Fall. Das hat mit Marktzugang und mit der Beschränkung der Grundfreiheiten zu tun. Da erlaube ich mir, noch mal drauf hinzuweisen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Professor Mayer, Sie wollen auch noch mal kurz?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, ich bleibe bei meiner Auffassung und verweise darauf, dass der EuGH es ja auch so gesehen hat. - Werden wir noch ein Schlusswort kriegen, oder wäre es das?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Wenn keines mehr gewünscht ist, dann brauchen wir auch jetzt das Schlusswort nicht mehr.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Dann nicht.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, es ist alles ganz klar geklärt worden. - Ich darf Sie noch darauf hinweisen, dass es ein Stenografisches Protokoll geben wird. Das wird Ihnen dann zugesandt. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss hier beschlossen werden. Über diesen Beschluss erhalten Sie dann eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. - Haben Sie dazu noch Fragen?

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

Dann darf ich mich abschließend ganz herzlich bei Ihnen für Ihre Ausführungen bedanken. - In fünf Minuten können wir dann mit dem zweiten Thementeil fortfahren. Es sind noch kleine Umbauarbeiten notwendig. - Noch mal herzlichen Dank.

(Beifall)

(Unterbrechung von  
16.40 bis 16.44 Uhr)



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Dann kommen wir zum zweiten Themenblock: Haushaltsrecht. - Ich darf Sie recht herzlich begrüßen, Herr Professor Dr. Gröpl und Herr Professor Dr. Hufeld. Ich muss auch Ihnen zunächst mal einige Dinge noch zur Kenntnis geben bezüglich der Formalien. Erst mal vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und hier für die Anhörung zur Verfügung stehen.

Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des Protokolls gelöscht. Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen. - Haben Sie dazu Fragen?

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

- Nicht der Fall. - Dann muss ich Sie vor der Anhörung hier noch einmal belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren

wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. - Auch hier frage ich Sie, ob es da noch Fragen gibt.

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

- Das ist nicht der Fall. - Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- und Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. - Auch hier gibt es von Ihnen keine Anmerkungen.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. Ich denke, wir gehen da alphabetisch vor. - Ich möchte Sie bitten, Herr Professor Dr. Gröpl, damit zu beginnen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Herr Vorsitzender, vielen Dank. - Mein Name ist Christoph Gröpl. Ich bin Universitätsprofessor an der Universität des Saarlandes<sup>62</sup>. Ladungsfähige Anschrift: Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht, Campus B4 1, 66123 Saarbrücken.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Danke, Herr Vorsitzender. - Mein Name ist Ulrich Hufeld, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg. 52 Jahre alt. Ladungsfähige Anschrift, die Sie auch genutzt haben: Stratenbarg 40a, 22393 Hamburg.

<sup>62</sup> Richtigstellung des SV: ...“und 54 Jahre alt.“, siehe Anlage 4, S. 45



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Zunächst möchte ich Ihnen beiden, wenn Sie dies wünschen, entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand dieser Anhörung zu äußern. Wie schon erwähnt, wäre es gut, wenn Sie sich dabei jeweils auf circa acht bis zehn Minuten beschränken könnten. - Herr Professor Gröpl.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Die sogenannte Pkw-Maut, die Infrastrukturabgabe, sollte nicht nur Staatseinnahmen generieren, sondern ihre Umsetzung, Einführung hat auch Geld gekostet, wie wir inzwischen wissen, und hätte auch Geld gekostet. Immer dann, wenn der Staat, wenn die Verwaltung Geld ausgibt, Geld in die Hand nimmt, muss das legitimiert sein. In einer Demokratie legitimiert das Parlament Ausgaben, das heißt also, der Deutsche Bundestag legitimiert Ausgaben, die die Bundesverwaltung einschließlich der Bundesministerien tätigt.

Jetzt stellt sich bei der Pkw-Maut die Frage, welche Ermächtigungen des Parlaments gegenüber der Bundesregierung, gegenüber dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur insbesondere, erforderlich waren. Diskutiert werden eine Gewährleistungsermächtigung und/oder eine Verpflichtungsermächtigung, im Übrigen auch eine Ausgabeermächtigung.

Im einschlägigen Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2018 war eine Ausgabeermächtigung veranschlagt. Der Bundestag hat also das Bundesministerium für Verkehr zu einer Ausgabe ermächtigt. Und im Übrigen war in viel höherem Maße eine Verpflichtungsermächtigung enthalten. Das heißt: Im Jahr 2018 hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur - ich kürze, wenn Sie erlauben, ab: Bundesverkehrsministerium - eine Verpflichtung eingehen können durch Abschluss eines Vertrages oder mehrerer Verträge in Höhe dieser Verpflichtungsermächtigung von gut 2 Milliarden Euro, die dann - und das ist das Entscheidende, die Abgrenzung zur Ausgabeermächtigung - nicht im

Jahr 2018 selbst zu zahlen gewesen wäre, sondern in künftigen Jahren. Das war im Haushaltsplan 2018 enthalten.

Jetzt ist abgesehen davon die Frage: Wäre eine Gewährleistungsermächtigung erforderlich gewesen? Das ist eine andere Art, über die wir, wenn Sie das wünschen, heute noch ausführlich diskutieren können. Eine Gewährleistungsermächtigung ermächtigt oder berechtigt oder befugt die Verwaltung, einerseits Bürgschaftsverträge einzugehen oder Garantien zu übernehmen oder sonstige Gewährleistungen, die nur möglicherweise in Zukunft zu Ausgaben führen.

Meine Überzeugung und Auffassung ist die, dass zum Abschluss der beiden Verträge - und insbesondere kritisch ist wahrscheinlich der Vertrag „Erhebung“, der Betreibervertrag - eine Gewährleistungsermächtigung nicht erforderlich war.

Danach stellt sich die Frage: Hat denn die Verpflichtungsermächtigung, die im Haushaltsplan 2018 erteilt war, ausgereicht? Da haben wir einen Meinungsstreit. Der Bundesrechnungshof sagt in seinem Bericht nach § 88 Absatz 2 <sup>63</sup>Bundeshaushaltsordnung: Ja, im Großen und Ganzen hat die Verpflichtungsermächtigung ausgereicht, allerdings wurde sie zu gewissen Teilen überschritten. - Also, nur im Großen und Ganzen Ja.

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, also Bundesverkehrsministerium, bestreitet das und sagt, nein, es hat sich auch ermächtigungskonform verhalten, insbesondere seien die Ausgaben, die der Bundesrechnungshof aufgelistet hat, die den Verpflichtungsermächtigungsrahmen überschreiten, im Jahr 2018 nicht absehbar gewesen.

Dann natürlich die letzte Frage: War abgesehen von einer Verpflichtungsermächtigung oder von einer Gewährleistungsermächtigung das Verhalten der Bundesregierung und des Bundesverkehrsministeriums insbesondere wirtschaftlich? Im Grundgesetz sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit relativ versteckt

<sup>63</sup> Ergänzung des SV zu: „der“, siehe Anlage 4, S. 46



## Nur zur dienstlichen Verwendung

und nur am Rande erwähnt - leider -, in Artikel 114 Absatz 2 des Grundgesetzes im Zusammenhang mit dem Bundesrechnungshof. Da heißt es nur, dass der Bundesrechnungshof das gesamte Verhalten der Bundesverwaltung, Bundesregierung<sup>64</sup> überprüft anhand der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Das wird<sup>65</sup> aber seit Jahrzehnten schon, übertragen als Verfassungsgrundsatz, auf den gesamten Haushaltskreislauf bezogen. Das heißt, nicht nur der Bundesrechnungshof hat die Aufgabe, am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu überprüfen, sondern vorgelagert ist schon die Bundesverwaltung verpflichtet, sich wirtschaftlich und sparsam zu verhalten bei der Ausführung des Haushaltsplans. Und davor ist auch noch das Parlament, der Deutsche Bundestag, verpflichtet, bei seiner Haushaltsgesetzgebung die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Und noch einen Schritt davor sind bei der Aufstellung des Haushaltsplans durch die Bundesverwaltung und dann zentral durch das Bundesministerium der Finanzen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Jetzt das Entscheidende: Das ergibt sich aus Verfassungsrecht, nicht nur aus einfachem Gesetzesrecht; denn da steht es ohnehin schon drin, insbesondere in § 7 der Bundeshaushaltsordnung. Aber das ist verfassungsrechtlich untermauert.

Nun die Frage: War das Verhalten<sup>66</sup> wirtschaftlich und sparsam, oder hat es gegen diese Grundsätze verstoßen? Das werden wir heute, wenn Sie wünschen und mögen, wahrscheinlich auch noch vertieft zu klären haben. Das hängt meiner Ansicht nach von zivilrechtlichen Vorfragen ab. Das heißt: Waren die Verträge, insbesondere der Vertrag „Erhebung“, so wie er abgeschlossen wurde am 30. Dezember 2018, marktüblich? Waren die Regelungen, insbesondere zum Schadensersatz, angemessen oder nicht? Wenn das der Fall war, das heißt, wenn die Regelungen marktkonform waren, marktüblich waren, wenn vor allem insbesondere keine weiteren Bieter hätten gefunden werden können, dann - zu dem Ergebnis komme

ich - wären die Verträge angemessen gewesen und hätten die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Ergebnis nicht verletzt.

Abgesehen davon, von diesem materiellen Ergebnis, müsste man noch auf das Verfahren schauen. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit fordern auch, dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur begleitend zu seinen Vertragsverhandlungen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anstellt, Risikosysteme einbringt.<sup>67</sup> Auch da hat das Bundesverkehrsministerium vorgetragen, dass das intensiv der Fall gewesen sein soll. Der Bundesrechnungshof sieht das eher kritischer. Da würde ich vorschlagen, dass das dann in dem weiteren Verfahren des Untersuchungsausschusses geklärt werden sollte. - So weit meine Stellungnahme. Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann darf ich Sie bitten, Herr Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Verehrte Abgeordnete, ich danke Ihnen für diese Ladung. - Man muss hier im Hohen Hause nicht erwähnen und schon gar nicht betonen, dass das Budgetrecht des Parlaments ein bedeutendes Erbe der deutschen Parlamentsgeschichte ist. Ich will aber trotzdem eine ganz kurze historische Vorbemerkung machen; denn zu den Erstaunlichkeiten des heutigen demokratischen Haushaltsverfassungsrechts gehört, dass es nicht nur auf eine Demokratietradition seit der Paulskirchenverfassung zurückgeht, sondern auch und ganz wesentlich auf eine parlamentsgeschichtliche Tradition in monarchischer Zeit. Und wenn vom Königsrecht des Parlaments und vom Kronjuwel die Rede ist, dann hat diese Redeweise einen historischen Hintersinn; denn sie verweist sozusagen auf die Kampfbereitschaft, auf die Selbstbehauptungsbereitschaft des ganzen Parlaments. Das liegt in gewisser Weise quer zum parlamentarischen Regierungssystem, das wir natürlich in der Konstellation Regierung, Parlamentsmehrheit versus Opposition denken. Im

<sup>64</sup> Richtigstellung des SV: „die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes“, siehe Anlage 4, S. 46

<sup>65</sup> Richtigstellung des SV: „Diese Grundsätze werden“, siehe Anlage 4, S. 46

<sup>66</sup> Ergänzung des SV um: „des Bundesverkehrsministeriums“, siehe Anlage 4, S. 47

<sup>67</sup> Richtigstellung des SV: ...anstellt „und die Risikoverteilung bewertet.“, siehe Anlage 4, S. 47



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Haushaltsverfassungsrecht hat sich erhalten, dass auch die Abgeordneten, die die Regierung heute im parlamentarischen Regierungssystem tragen, kein Interesse daran haben können, dass sich die Exekutive abkoppelt und sich Ministerien bereithalten, freihändig Ausgaben zu bewirtschaften.

Wie sichert der Bundestag seine Hoheit über den Bundeshaushalt? Indem er das Ermächtigungsprinzip hochhält, einen lückenlosen Ermächtigungsvorbehalt. Das heißt, die Ausgabenbewirtschaftung der Exekutive muss umfassend abgesichert sein - das hat der Kollege erwähnt -, entweder in einer Ausgabenbewilligung für das ausgeplante Haushaltsjahr oder pro futuro in Verpflichtungsermächtigungen oder Gewährleistungsermächtigungen, also für aktuelle, für künftige und für künftig potenzielle Ausgaben. Oft haben wir nur die Festlegungen für das nächste Haushaltsjahr im Blick, also die handgreiflichen Ausgabenermächtigungen. Bei einem längerfristigen Vertrag, der 2018 abgeschlossen wird für eine Laufzeit 2020 bis 2030, verschiebt sich die Perspektive, und wir müssen ins Auge fassen die Pro-futuro-Ermächtigungen, Verpflichtungsermächtigungen und Gewährleistungsermächtigungen.

Erstes Zwischenfazit: Ermächtigungsfreie Ausgabenpolitik darf es nicht geben, und auch und gerade die Vorbelastungen, Vorausbindungen künftiger Haushaltsgesetzgeber und Haushaltsplaner müssen im Zeitpunkt der Maßnahmen abgesichert sein. Daraus folgt für einen Betreibervertrag, den der Bund Ende 2018 abschließt: Alle dort begründeten vertraglichen Verbindlichkeiten waren angewiesen auf gegenwärtigen, also damals gegenwärtigen, Ermächtigungsrückhalt, auf Rückhalt im Haushalt 2018, also jene Verbindlichkeiten, die bei wahrscheinlicher Vertragsdurchführung entstanden wären, also Verpflichtungsermächtigungen, aber auch diejenigen, die aus einer möglichen Kündigung erwachsen mochten.

Die haushaltsrechtliche Würdigung der Betreiberverträge muss ansetzen beim Titel 532 34. Das ist die voluminöse Verpflichtungsermächtigung im Umfang von 2,08 Milliarden Euro, also die Erlaubnis für den Bund, noch in 2018 den Bund

festzulegen auf Ausgaben in den Jahren 2020 bis 2032. Diese Verpflichtungsermächtigung 532 34 hat den Vertrag abgesichert, nachdem er abgeschmolzen worden war auf 1,975 Milliarden Euro. Wenn man mal absieht von den spärlichen Festlegungen betreffend den Vertrag „Automatische Kontrolle“, blieben für den Vertrag „Erhebung“ übrig aus der erwähnten Verpflichtungsermächtigung 1,977 Milliarden Euro. Und fast auf den Cent genau ist der Vertrag „Erhebung“ abgeschlossen worden mit einem Volumen von 1,975 Milliarden Euro. Damit lag eine Deckung in der Verpflichtungsermächtigung vor; aber diese Verpflichtungsermächtigung war auch ausgeschöpft.

Damit komme ich zu den Problemzonen.

Erstens. Nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes lag das erste finale Angebot der autoTicket GmbH, Gesellschafter Kapsch und Eventim, bei 3,065 Milliarden Euro. Dieses Volumen ist, wie erwähnt, abgeschmolzen worden auf 1,975 Milliarden. Aber diese abgeschmolzenen Kosten sind nicht spurlos verschwunden, sondern zu einem Teil verlagert worden. Wenn ich jetzt von Teilverlagerung spreche, habe ich im Auge, dass naheliegt, dass das BMVI auch Wirtschaftlichkeitseffekte dadurch erzielt hat, dass es etwa die Mitbenutzung der Terminals von Toll Collect angestrebt und ermöglicht hat.

Gleichwohl sind nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofs die Kosten verlagert worden. Der Bundesrechnungshof nennt zwei Zahlen. Dem Bund wären im Verhältnis zu Toll Collect Kosten entstanden, weil nach diesen Feststellungen Toll Collect auf bestimmte Preise im Verhältnis zur autoTicket GmbH festgelegt werden sollte, und einen Differenzbetrag hätte der Bund übernommen. Der Bundesrechnungshof spricht insoweit in dem Dreiecksverhältnis von Lasten von 144 Millionen Euro.

Zweiter Kostenpunkt, aus der Variabilisierung der Vergütungen: Der Posten „Feste Vergütungen“ ist verkleinert worden, um das Vertragsvolumen abzuschmelzen, der Teil der variablen Vergütungen ist erhöht worden. Auf die Details kommen wir vielleicht noch zu sprechen. Jedenfalls ergibt sich als Zwischenergebnis, dass über



## Nur zur dienstlichen Verwendung

500 Millionen Euro von der Verpflichtungsermächtigung nicht mehr gedeckt waren. Wenn diese Feststellungen des Bundesrechnungshofs zutreffen, haben wir einen offenkundigen und nicht unerheblichen Konflikt mit dem Ermächtigungsvorbehalt - dafür lag überhaupt keine Ermächtigung vor -, mit den Grundsätzen der Vorrangigkeit, der Vollständigkeit, der Haushaltswahrheit und der Haushaltsklarheit.

Zweite Problemzone: die erstaunliche Klauselziffer<sup>68</sup> 30.5.4. Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete, das war eine Garantiezusage des Bundes, dass der Bund für den Fall der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen den Vertragspartner schadlos hält und - nicht im Umfang einer Nebenpflicht, sondern vollumfänglich - das Erfüllungsinteresse, untechnisch formuliert, die Zusage ökonomischer Substanzerhaltung oder, wie die Zivilrechtler sagen würden, das positive Interesse garantiert. Das war zivilrechtlich eine selbstständige Garantie, und es war ein Garantiefall im Sinne des Artikels 115 Absatz 1 Grundgesetz, also aus der Perspektive 2018 eine ungewisse, künftig potenzielle Ausgabe des Bundes. Das war außerordentliche Risikopolitik im Sinne des Artikels 115 Absatz 1.

Ich musste vorhin an diese Verfassungsnorm denken, als Sie sich gefragt haben: Welche Lehren kann man eigentlich für die Zukunft ziehen? Eine Lehre könnte sein: Gewaltenteilung. Artikel 115 ist ein Modus der Gewaltenteilung, geteilte Verantwortung. Diese politische Verantwortung für eine Eventualverbindlichkeit, für ein hohes Risiko soll und muss das Parlament nach Artikel 115 übernehmen.

Wenn Sie diese beiden Posten, 500 Millionen Euro, die der Bundesrechnungshof festgestellt hat, plus 500 Millionen Euro, wenn wir mal sehr vorläufig abstellen auf die erhobene Forderung von 560 Millionen Euro vonseiten Kapsch und Eventim, zusammenrechnen, dann kommen Sie zu einer Ermächtigungslücke im Haushalt 2018 von mehr als 1 Milliarde Euro. Es ist aber wich-

tig, zu betonen, dass diese nicht gedeckten Ausgaben, entweder Verlagerung oder Garantiefall, nicht gleichzeitig hätten zustande kommen können. Das sind ja Szenarien, die sich wechselseitig ausschließen.

Im Szenario Vertragsdurchführung, wenn die Maut unionsrechtlich gebilligt worden wäre, hätte das BMVI in späteren Haushaltsjahren nachträglich um Ermächtigungstitel nachsuchen müssen, um die verlagerten Kosten abzusichern. Und umgekehrt: Im real gewordenen Szenario „Unionsrechtswidrigkeit der Maut“ hat sich die Abdeckung der verlagerten Ausgaben erledigt. Dafür ist - das ist Stand heute - die Garantiezusage aktuell geworden.

Ich fasse zusammen - vier Punkte.

Erstens. Alle Vorfestlegungen im Zuge der Verhandlungssituation 2018, die in Folgejahren kassenwirksam werden oder werden konnten, waren abhängig von zukunftsbezogenen Ermächtigungsgrundlagen, entweder einer Verpflichtungsermächtigung oder einer Gewährleistungsermächtigung.

Zweiter Punkt. Die Verpflichtungsermächtigung, die vorhanden war, konnte die Garantiezusage aus der Klausel 30.5.4 schon kategorial nicht tragen, weil es eine Verpflichtungsermächtigung war für sichere oder hochwahrscheinliche Ausgaben. Diese beiden Institute, Verpflichtungsermächtigung und Gewährleistungsermächtigung, stehen im Verhältnis der Exklusivität. Nach der Zweckbestimmung war diese Verpflichtungsermächtigung ausdrücklich reserviert für die Durchführung des Vertrages und stand schon dieser Zweckbestimmung nach für eine Nichtdurchführung des Vertrages nicht zur Verfügung.

Dritter Punkt. Die Garantiezusage war als solche abhängig von einer Ermächtigung, unabhängig davon, ob sie später gezogen wird. Es spielt also

<sup>68</sup> Richtigstellung des SV: „Klausel im Vertrag „Erhebung“ Ziffer 30.5.4“, siehe Anlage 3



## Nur zur dienstlichen Verwendung

keine Rolle, ob sich etwa jetzt Kapsch und Eventim durchsetzen mit der Forderung von 560 Millionen Euro.

Und viertens. Wenn die tatsächlichen Feststellungen des Bundesrechnungshofs zutreffen, waren die teilverlagerten Ausgaben schon deshalb nicht gedeckt von der Verpflichtungsermächtigung, weil diese ausgeschöpft war. - So weit für den Augenblick. Danke.

(Oliver Luksic (FDP): Was war der letzte Satz?)

- Die war ausgeschöpft.<sup>69</sup>

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann können wir wieder in die Fragerunde einsteigen. Wer wünscht das Wort? - Herr Luksic und dann Herr Cezanne.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Herr Professor Gröpl, ich würde gern vor allem die Seite 23 f. Ihrer schriftlichen Stellungnahme ansprechen, weil ich da, sage ich mal, den Kern des Streits sehe, der hier zu diskutieren ist.

Sie haben auf Seite 12 Ihrer Ausführungen dargestellt - ich zitiere -:

Richtig ist der Ausgangspunkt, dass für Ausgaben, die im beplanten Haushaltsjahr ... fällig und kassenwirksam werden ..., eine Ausgabeermächtigung erforderlich ist, die sich auf den Willen des Haushaltsgesetzgebers zurückführen lässt.

Meiner Meinung nach war die von Professor Hufeld angesprochene VE ein sehr ausdrücklicher Wille, dass exakt bis zu 2,08 Milliarden Euro ausgegeben werden sollen. Jetzt haben wir ja erfahren, dass es diese - Professor Hufeld hat es „abschmelzen“ genannt - Kostenreduktion von 3 auf 2 Milliarden Euro gibt, die Sie nur kurz streifen auf den Seiten 23 f., also zum einen das Thema

Toll Collect, aber vor allem auch, dass fixe Kosten in variable Vergütungsmodelle überführt wurden, was also der Hauptteil dieser 1 Milliarde ist. Meiner Meinung nach geht es ja um den Vollständigkeitsgrundsatz, den auch Professor Hufeld angesprochen hat.

Deswegen: Würden Sie vor diesem Hintergrund nicht sagen, dass die VE des Haushaltsgesetzgebers hier überdehnt wurde, wie es ja auch der Bundesrechnungshof festhält, weil eben diese über 500 Millionen hier nicht abgedeckt wurden?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Vielen Dank. - Der Vollständigkeitsgrundsatz ist natürlich ein elementarer Grundsatz. Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 Grundgesetz besagt, dass alle Ausgaben und Einnahmen des Haushaltsjahres im Haushaltsplan zu veranschlagen sind. Der bezieht sich aber nur auf Ausgaben und damit auf Ausgabeermächtigungen, die im Haushaltsjahr, also im beplanten Jahr selbst, fällig und kassenwirksam werden. Das Schlimme ist: Im geltenden Verfassungsrecht haben wir ja, vielleicht anders, als Herr Kollege Hufeld das meint, meiner Ansicht nach große Lücken. Wir haben leider in Bezug auf Zukunftslasten nicht alles abgedeckt. Das heißt, das Parlament lässt hier Lücken oder darf Lücken lassen. Wenn Sie zum Beispiel an Haushaltsstellen denken, also an Planstellen, mit denen Sie ja auch täglich konfrontiert werden bei Ihren Mitarbeitern, wenn sie verbeamtet sind - bei Beschäftigten gibt es zwar keine Planstellen, aber andere Stellen -, wenn ein unkündbarer Beamter ernannt wird oder ein Arbeitnehmer unkündbar wird, dann sind das lebenslängliche Lasten, und es geht sogar noch darüber hinaus. Wir haben dann eventuell Versorgungsansprüche seiner Witwe, ihres Witwers, der Kinder usw. All das ist im Verfassungsrecht nicht festgelegt - leider.

Dann haben wir im Übrigen die Verpflichtungsermächtigungen, die im Verfassungsrecht auch

<sup>69</sup> Richtigstellung des SV des SV: „Die Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2018 war

ausgeschöpft, konnte deshalb die weiteren, teilverlagerten Ausgaben nicht absichern.“, Anlage 3



## Nur zur dienstlichen Verwendung

nicht festgelegt sind, sondern die durch eine Reform des einfachen Haushaltsgesetzes ins Recht eingeführt wurden - zum Glück. Aber eine Lückenlosigkeit haben wir im Verfassungsrecht leider nicht.

Was wir auch nicht haben im Verfassungsrecht, ist die implizite Staatsverschuldung. Wir haben nämlich die Pensionslasten der Beamten, die wir einstellen, auch nicht abgebildet. Also insoweit ist leider unser geltendes Haushaltsrecht sehr, sehr lückenhaft. Man kann also nicht sagen, dass hier alles schon wunderbar verfassungsrechtlich abgedeckt ist und dass das Parlament verfassungsrechtlich verpflichtet ist, alles zu legitimieren. - Das war der Vorspann.

Jetzt die Frage: Wie sieht das aus mit der Verpflichtungsermächtigung? Da bitte ich Sie, vielleicht im weiteren Verfahren den Sachverhalt wirklich genau zu klären. Ich habe auf den Seiten 23 und 24 in der Tat die beiden Meinungen wiedergegeben, nämlich einerseits des Bundesrechnungshofs, der sagt - so ähnlich, wie Sie das dargestellt haben, Herr Abgeordneter -: Ja, es gab Verlagerungen; Festkosten wurden in variable Kosten umgewandelt. - Da lässt sich dann also zwischen den Zeilen lesen: Die wussten wohl genau, dass diese Kosten entstehen, aber man wollte sie nicht offenlegen. - Wenn das der Fall wäre, wenn sich das herausstellt, dann - da gebe ich Ihnen recht, und gebe ich auch meinem Kollegen Ulrich Hufeld recht - hätten wir einen Haushaltsverstoß<sup>70</sup>; denn nach einfachem Gesetzesrecht, § 11 Absatz 2 Nummer 3 Bundeshaushaltsordnung, müssen alle voraussichtlichen Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt werden. Das zentrale Wort ist „voraussichtlich“. War das im Jahr 2018 voraussichtlich? Das heißt, wurde da wirklich, wenn man es mal platt ausdrückt, getrickt, um die Grenze der Verpflichtungsermächtigung einzuhalten, oder nicht? Das Bundesverkehrsministerium stellt sich ja auf den konträren Standpunkt und sagt: „Nein, es war im Jahr 2018 bei Abschluss des Vertrages überhaupt nicht voraussehbar; gerade in Bezug auf Toll

<sup>70</sup> Richtigstellung des SV: „Haushaltrechtsverstoß“, siehe Anlage 4, S. 51

<sup>71</sup> Richtigstellung des SV: „juristische Subsumtion“, siehe Anlage 4, S. 51

Collect“ - das habe ich in meiner Stellungnahme auf den Seiten 24 und 25 wiedergegeben - „war das überhaupt nicht absehbar. Es waren im Jahr 2018 noch gar keine Verhandlungen erfolgt zwischen der“ - das sind ja leider alles englische Begriffe, obwohl wir hier in Deutschland leben - „autoTicket GmbH und Toll Collect GmbH“ - komischerweise, also die Verhandlungen haben noch gar nicht stattgefunden. Wenn das der Fall gewesen ist, dass sie nicht stattgefunden hätten, dann waren natürlich eventuelle Kostenüberschreitungen auch gar nicht voraussehbar, also nicht voraussichtlich, und dann hätte kein Haushaltsverstoß vorgelegen, weil dann nichts zu veranschlagen gewesen wäre. Insoweit muss ich mich leider eben nur auf die Tatsachen stützen, die mir geliefert wurden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Ja, bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wenn es so wäre, dass es im BMVI Bedenken gegeben hat und es dort auch Vorlagen gibt, die gesagt haben, man müsse eine außerplanmäßige oder eine überplanmäßige Verpflichtungsermächtigung einholen, würde das Sie in Ihrem Urteil noch mal stärker dahin tendieren lassen, dass es hier einen Verstoß gegen das Vollständigkeitsprinzip gibt, oder hätte das für Sie keinen Einfluss auf Ihre Auffassung?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Nein, es ist letztlich eine Subsumtion - juristisch <sup>71</sup>- unter den Begriff „voraussichtlich“. Das muss auch gerade im Bundesverkehrsministerium subsumiert werden, und zwar realitätsgerecht. Es muss also geschätzt werden: Was kommt auf die Bundesrepublik Deutschland, die sich durch den Vertrag verpflichtet, zu? Wenn sich herausstellen sollte, dass im Bundesverkehrsministerium letztlich offen zutage getreten ist, dass diese Kosten auf jeden Fall absehbar sind<sup>72</sup> mit ganz hoher Wahrscheinlichkeit zu dem Zeitpunkt, dann wäre die<sup>73</sup> Verpflichtungsermächtigung einzuholen

<sup>72</sup> Richtigstellung des SV: „waren“, siehe Anlage 4, S. 51

<sup>73</sup> Richtigstellung des SV: „eine“, siehe Anlage 4, S. 51





## Nur zur dienstlichen Verwendung

gewesen, als überplanmäßige wahrscheinlich. Aber so stellt es das Bundesverkehrsministerium, wie ich es gelesen habe, ja nicht dar. Die sagen: Wir wussten das im Jahr 2018 nicht.

Wenn ich vielleicht ganz kurz noch sagen darf: Allein die Kostenreduktion in Höhe von 1 Milliarde Euro ist ja jetzt nichts Anrüchiges; sondern wenn es dem Bundesverkehrsministerium tatsächlich gelingt oder gelungen ist, die Kosten für die Einführung der Pkw-Maut zu reduzieren, und das auch in haushaltsrechtlich vertretbarer, fairer Weise, dann wäre das für die Bundesrepublik Deutschland nur gut gewesen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, noch eine Frage, und dann, würde ich sagen, kommen wir zum Nächsten. Bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, das werden wir dann in der Tat noch weiter diskutieren. Ich glaube, da ist die Aktenlage relativ klar. - Ich möchte Sie noch mal fragen zu dem letzten Punkt, den auch Herr Hufeld angesprochen hat, der Ziffer 30.5.4, was er als Garantiezusage beschrieben hat. Wir haben eben in der europarechtlichen Diskussion gehört, dass der eine Gutachter sagt, es gab ein Eintrittsrisiko von über 90 Prozent, dass das Urteil negativ ausgeht, und der andere Gutachter meinte auch, dass die 15 Prozent, die vom Bundesverkehrsministerium angegeben waren, sehr viel zu niedrig seien. Zitat war, man könne kein Haus auf dieser Grundlage bauen. Es gibt auch unterschiedliche Einschätzungen im Risikomanagement, was die Workshops angeht, die die 15 Prozent nennen. Aber es gab auch eine Gesamtprojektleitungsgruppe, wo das anders beziffert wurde und anders benannt wurde, als wesentliches Problem.

Vor diesem Hintergrund, dass auch der Bundesrechnungshof dies herausgestellt hat und auch beide Europarechtler das Risiko des Scheiterns als zumindest mal weit über 15 Prozent eingeschätzt haben: Hätte man Ihrer Meinung nach dies nicht, wie es Kollege Hufeld eben angedeutet hat, den ich auch noch mal bitten würde, dazu Stellung zu nehmen, auch angemessen berücksichtigen müssen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Da besteht wahrscheinlich zwischen dem Kollegen Hufeld und mir ein Dissens, eine Meinungsverschiedenheit. Natürlich stimme ich Ihnen zu: Angemessen berücksichtigen, ja; aber ich meine nicht, dass neben der Verpflichtungsermächtigung eine spezifische Gewährleistungsermächtigung erforderlich gewesen wäre.

Vielleicht nur noch ganz kurz mal zu der Sache „Risiko 15 Prozent, mehr oder weniger“. Da haben wir ja in der Vorrunde auch schon gehört: Das lässt sich mathematisch eh nicht so genau sagen. Bloß, weil ich hinten saß und ein bisschen zugehört habe, muss ich sagen: Ganz so kritisch wie Herr Kollege Mayer aus Bielefeld sehe ich das nicht. Ich habe zum Thema „Unionsrechtskonformität der Pkw-Maut“ selbst eine Dissertation betreut. Mein Doktorand kam zum Ergebnis der Unionsrechtsmäßigkeit.

(Oliver Luksic (FDP): War aber falsch!)

So eindeutig war das nicht. Der hat schon tief geschürft über zwei Jahre lang, und der hat alles berücksichtigt. Also, wie gesagt, da würde ich vielleicht ein bisschen Fragezeichen setzen. So eindeutig war das nicht. Das ist auch schon wieder eine politische Bewertung von Juristen.

Abgesehen davon kommen wir da jetzt in den Artikel 115. Der Artikel 115 Absatz 1 Grundgesetz sagt ja, dass wir einer Gewährleistungsermächtigung bedürfen für Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen. Ich glaube, wir sind hier alle einer Meinung: Eine Bürgschaft war es nicht; es lag kein Bürgschaftsvertrag vor.

„Garantie“ wäre jetzt so der Punkt, um den wir uns wahrscheinlich streiten sollten. Ich glaube, Herr Kollege Hufeld meint, es habe eine selbstständige Garantie vorgelegen - das wird er wahrscheinlich auch gleich selbst sagen -; ich meine, nicht. Denn was war denn dieser Vertrag „Erhebung“ eigentlich? Es war zivilrechtlich ein gemischter Vertragstypus, der darauf abgezielt hat, die Pkw-Maut einführen zu helfen und sie dann auch in den Betrieb gehen zu lassen. Schadenser-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

satzpflichten wurden natürlich da auch mit geregelt. Aber das ist ja das Wesen des Zivilrechts, dass wir, wenn Leistungspflichten nicht erfüllt werden, dann in das Leistungsstörungenrecht reinkommen. Das ist so richtig schönes zweites, drittes, viertes, fünftes Semester; das ist Hauptstoff für uns Juristen im Staatsexamen. Das ist jedem Vertrag immanent. Unser Bürgerliches Gesetzbuch gibt<sup>74</sup> für Leute, die nicht so viel Zeit haben wie die Vertragsparteien hier, ein gesetzliches Leistungsstörungenrecht vor. Hier, bei einem Vertrag in diesem Umfang, wurde es natürlich ausgehandelt, einzeln bestimmt und in den Vertrag, abweichend vom BGB zum Teil, hineingeschrieben. Aber das ist doch nicht der Hauptzweck des Vertrags gewesen, sondern der Hauptzweck war die Umsetzung der Pkw-Maut.

Für mich liegt eine Garantie im Sinne von Artikel 115 Absatz 1 Grundgesetz nur dann vor, wenn Hauptzweck des Vertrags die Garantie ist, und die lag offensichtlich nicht vor. Man darf da, finde ich, auch nicht Hauptzweck und Nebenzweck und<sup>75</sup> Hauptpflicht und Nebenpflicht verwechseln. Vielleicht war der Schadensersatz keine Nebenpflicht. Da würde jetzt wahrscheinlich der Zivilrechtler sagen: Das waren Sekundäransprüche, deren Rechtsgrundlage dafür gelegt wurde. - Aber es war jedenfalls nicht der Hauptzweck. Da sagt ja die ganz überwiegende Literatur, die ich da auch gesichtet und reingeschrieben habe: Hauptzweck des Vertrags war die Umsetzung der Pkw-Maut. - Deswegen haben wir meiner Ansicht nach keinen Garantiefall im Sinne von Artikel 115 Absatz 1.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Ich glaube, es hat nie einen klareren Garantiefall gegeben.

(Heiterkeit)

<sup>74</sup> Richtigstellung des SV: „schlägt“, siehe Anlage 4, S. 52

<sup>75</sup> Richtigstellung des SV: „mit“, siehe Anlage 4, S. 52

<sup>76</sup> Richtigstellung des SV: „Er hat zusätzlich – eventualiter und selbständig – eine Ersatzzahlungspflicht im ökonomisch gleichwertigen Garantie-Umfang übernommen: eine volle Einstandspflicht im Garantiefall, gerichtet auf das positive Interesse, gerade nicht auf das negative Interesse.“, siehe Anlage 3

Wir sind nicht im Leistungsstörungenrecht. Der Bund als Auftraggeber hat überhaupt keine Nebenpflichten; der hat nur eine Zahlungspflicht. Und er hat eine Ersatzzahlungspflicht im gleichen Umfang übernommen<sup>76</sup>. Deswegen habe ich das im Gutachten untechnisch eine „ökonomische Substanzerhaltung“ genannt.

Und wenn ich bei Artikel 115 bleiben darf, aber noch mal eine Anmerkung machen darf zu dem Hinweis, dass wir ein lückenhaftes Ermächtigungsprinzip haben: Ja, wir haben ein Problem mit impliziten Staatsschulden; das stimmt. Dass es aber Lücken dieser Art gibt, sollte uns nicht Anlass sein, weitere Lücken aufzureißen. Deshalb bestreite ich energisch, auch wenn der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz nicht vorkommt, dass der Bundestag frei wäre oder umgekehrt die Regierung frei wäre, den Bund<sup>77</sup> auf zukünftige Ausgaben festzulegen ohne Rückhalt einer parlamentarischen Erlaubnis. Das würden wir dann, weil uns der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz fehlt, über Vollständigkeit steuern<sup>78</sup>.

Aber jedenfalls darf der Streit um Geschlossenheit oder Lückenhaftigkeit des Ermächtigungsprinzips nicht dazu führen, dass wir Artikel 115 schleifen. Wir würden dem Haushaltsverfassungsrecht einen Tord antun, wenn wir Artikel 115 schleifen. Und das wäre eine Interpretation zulasten des Parlaments,<sup>79</sup> sollte aus der Mitte des Hauses, von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss das Zeichen ausgehen, dass wir Artikel 115<sup>80</sup> interpretatorisch minimieren.

Deswegen ist es so gefährlich, mit den Begriffen „Nebenpflicht“ und „Leistungsstörungenrecht“ zu arbeiten. Der Bund hat versprochen, entweder im Fall der Vertragsdurchführung Kapsch und Eventim einen Gewinn von, ich sage jetzt nicht abgesichert, 500 Millionen Euro zu garantieren. Das ist

<sup>77</sup> Richtigstellung des SV: ... nicht vorkommt „dass die Regierung frei wäre“, den Bund, siehe Anlage 3

<sup>78</sup> Richtigstellung des SV: ... fehlt, „über den Haushaltsgrundsatz der“ Vollständigkeit ..., siehe Anlage 3

<sup>79</sup> Richtigstellung des SV: ... Parlaments. „Auf keinen Fall“ sollte ..., siehe Anlage 3

<sup>80</sup> Ergänzung des SV um: „des Grundgesetzes“, siehe Anlage 3



## Nur zur dienstlichen Verwendung

der Gewinnanteil im Preis von den 1,9 Milliarden. Der Gewinnanteil mag 500 Millionen sein. Und genau die werden jetzt eingefordert, abzüglich ersparter Aufwendungen. Da kann mir niemand sagen, das sei Leistungsstörungenrecht, so wie wenn die Bundeswehr ein paar Mannschaftsbusse verkauft und verspricht, das 18 Monate zu reparieren, wenn ein paar Kratzer drankommen; das ist Leistungsstörungenrecht. Wenn wir diesen Weg gehen, haben wir einen Verfassungsbegriff auf null gebracht. Dann gibt es keine Garantien mehr. Und wir dürfen vom Parlament aus nicht die Hand reichen, den Artikel 115 restriktiv zu interpretieren.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann der Kollege Cezanne bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön. - Ich möchte noch mal ein anderes Thema aufgreifen. Herr Professor Gröpl, Sie haben zum Thema der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ja gesagt, die hätten eben stattgefunden, weil das BMVI sagt, sie haben stattgefunden. Das ist natürlich für mich jetzt als jemand, der das parlamentarisch überprüfen soll, so ein bisschen unbefriedigend, wie Sie vielleicht verstehen werden, weil das ja gar nichts darüber sagt, was die Qualität angeht und wie ordentlich das gemacht worden ist.

Sie kennen das ja vielleicht auch; nach dem, was uns jetzt in den Akten vorliegt, ist die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung fünf Monate nach Vertragsabschluss erstellt worden. Mit dieser Information: Wie bewerten Sie denn dann die Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vonseiten des Ministeriums? Und die gleiche Frage auch bitte an Herrn Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Danke schön. - Natürlich haben Sie sicherlich mehr Akten und bessere Akteneinsicht als ich. Ich musste mich auf die Unterlagen verlassen, die mir vorgelegt wurden; und das war<sup>81</sup> der Abschlussbericht des Bundesrechnungshofs und die Stellungnahme des Bundesverkehrsministeriums

darauf. Und wenn ich zwei sich widersprechende Behauptungen habe, kann ich nicht von vornherein sagen: „Weil ich das Verkehrsministerium in die Pfanne hauen will, glaube ich dem Bundesrechnungshof“, sondern ich muss dann sagen: Gut, ich kann es nicht klären. - Das ist dann, wenn Sie das wünschen, natürlich Ihre Aufgabe, wirklich definitiv auch festzustellen: Was war eigentlich genau los?

Zu Ihrer Frage, ob Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen fünf Monate danach in Ordnung sind: Ich würde sagen, der § 7 der Bundeshaushaltsordnung, wo das drinsteht, fordert begleitende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen natürlich vor allem im Vorfeld. Ich würde jetzt nicht von vornherein behaupten, dass nach Vertragsschluss keinerlei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen mehr stattfinden dürfen; aber das Schwergewicht des Risikomanagements und der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung muss vor Vertragsschluss natürlich stattfinden.

Insoweit: Wenn Sie sagen: „fünf Monate nach Vertragsschluss“, muss ich das so glauben. Ich weiß es nicht; also es wäre dann quasi klärungsbedürftig. Also, dem Grunde nach, denke ich, haben Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stattgefunden. Zu klären ist jetzt, wie tief die gingen, ob die vielleicht geschönt waren oder nicht, ob die belastbar waren oder nicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Ich muss den gleichen Vorbehalt anbringen; also ohne Aktenkenntnis kann ich die Frage nicht vollständig beantworten. Aber ich halte es durchaus für möglich, dass das BMVI auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten die Operation „Abschmelzung“ betrieben hat. Das liegt sogar nahe. Das ändert nichts daran, dass die Abschmelzung nicht im vollen Umfang gelungen ist und dann jeder Euro jenseits des Ermächtigungsumrahmens lag.

Und in puncto Wirtschaftlichkeit noch der Hinweis auf den langen Abschnitt im Beratungsbericht des Bundesrechnungshofes, dass das Vergaberecht ein Garant der Wirtschaftlichkeit ist. Das

<sup>81</sup> Richtigstellung des SV: „waren“, siehe Anlage 4, S. 53



## Nur zur dienstlichen Verwendung

werden Sie ja in der dritten Runde noch klären. Sollte es Verletzungen des Vergaberechts gegeben haben, liegt natürlich nahe, dass ein Wirtschaftlichkeitsrisiko bestand. Wenn man also einerseits Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anstellt, andererseits das Vergaberecht unterläuft - wenn das so gewesen sein sollte; damit habe ich mich nicht beschäftigt -, dann ist das ein ambivalentes Verhalten.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Kollegen Kühn, die Kollegin Lühmann und den Kollegen Kiebling auf der Rednerliste. - Herr Kühn.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Wir haben ja heute noch weitere Sachverständige speziell zu diesen Vergaberechtsfragen. Und die Kanzlei Chatham hat dazu, wie auch andere Gutachter, die Aussage formuliert, dass die Entschädigungsregelungen unüblich und unangemessen sind, also der Punkt 30.5.4. Und da wollte ich jetzt beide noch mal explizit nach fragen.

Einmal: Es gibt offenbar unterschiedliche Meinungen sozusagen zu der Frage: Wann greift der Artikel 115 Grundgesetz? Ich habe das so verstanden, dass, wenn es tatsächlich hier um atypische außerordentliche Risiken geht, genau das dann sozusagen der Punkt ist. Und wenn Entschädigungsregelungen sozusagen unüblich und unangemessen sind in der Form, dass der entgangene Gewinn über die gesamte Laufzeit des Vertrages ja dann sozusagen im Falle einer aus ordnungspolitischen Gründen erfolgten Kündigung anfallen würde, dann bitte ich einfach noch mal sozusagen, das noch mal einzuordnen. Aus meiner Sicht erschließt sich mir das sozusagen, dass es dann ein Fall für Artikel 115 ist.

Und das Zweite wäre die Frage noch mal an Professor Hufeld zu diesen variablen Vergütungsbestandteilen des Vertrags, wie Sie das sozusagen vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Grundsätze und natürlich auch mit einem Blick auf eben genau diese Frage der Verpflichtungsermächtigung beurteilen, dass diese Punkte dort in

der Form eine große Rolle in dem Vertrag spielen, auch vom Volumen; Sie haben es ja schon angesprochen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Zur ersten Frage. Die Außerordentlichkeit der Klausel ergibt sich unter zivilrechtlichen Vorzeichen schon daraus, dass sehr drastisch von § 648a BGB abgewichen wird. Das ist eine Vorschau<sup>82</sup> aus dem Werkvertragsrecht. Und jedem leuchtet ein, wenn man aus wichtigem Grunde kündigt als Auftraggeber, dass es einen Unterschied macht, ob man dem Werkunternehmer dann Aufwendungen erstattet - das ist das Modell des § 648a Absatz 5 - oder ob man ihm das schuldet, was er über die Laufzeit eines Vertrages verdient hätte. Das ist also die offenkundige Außerordentlichkeit nur unter zivilrechtlichen Vorzeichen.

Ich stemme mich aber dagegen, den Artikel 115 zivilrechtsakzessorisch auszulegen, streng akzessorisch. Man kann diese Außerordentlichkeit unter zivilrechtlichen Vorzeichen sehr wohl als Indiz werten, auch verfassungsrechtlich. Letztlich müssen aber die Begriffe „Bürgschaft“, „Garantie“, „sonstige Gewährleistungen“ in Artikel 115 Absatz 1 unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen ausgelegt werden, und das heißt: im Zeichen der Gewaltenteilung, der Verantwortung des Bundestages. Man könnte sagen, dass Artikel 115 Absatz 1 ein festgeschriebener Erstrecht-Schluss ist. Wenn schon das Parlament die sicheren Ausgaben der Zukunft ermächtigen muss, dann doch erst recht die Risikoausgaben. Und da steckt ein politisches Moment drin. Man muss es ja wollen. Das ist ein Stück Politik, wenn man diese Risikoverbindlichkeiten, diese Eventualverbindlichkeiten übernimmt. Man muss Hermesbürgschaften wollen, man muss einen Europäischen Stabilitätsmechanismus wollen, dann kann man einen § 1 ESMFinG schreiben - das ist ein Artikel-115-Fall -: Ja, wir stellen Garantiesummen für den ESM zur Verfügung für den Bürgschaftsfall. - Da steckt so viel Politik drin, dass wir letztlich zu einer verfassungsrechtlichen Auslegung des Artikels 115 finden müssen und es nicht ankoppeln dürfen an Zivilrecht. Aber

<sup>82</sup> Richtigstellung des SV: „Vorschrift“, siehe Anlage 3



## Nur zur dienstlichen Verwendung

selbst wenn man das tut, ist hier offenkundig, dass der Werkunternehmer mit einer üppigen Garantie ausgestattet worden ist.

Und das noch nebenbei: Es kommt natürlich nicht darauf an, ob man die Garantiezusage mit ökonomischer Substanzerhaltung in eine Ziffer 30.5.4 packt oder einen urkundlich davon abgekoppelten Garantievertrag abschließt. Das spielt überhaupt keine Rolle. Deswegen ist auch mit Händen zu greifen, dass hier zwei Ermächtigungen erforderlich waren, für beide Szenarien: für das Szenario Vertragsdurchführung und für das Szenario Garantiefall.

Zweite Frage betraf die variable Vergütung. Da kann ich mich nur stützen auf die Informationen, die der Bundesrechnungshof geliefert hat. Ich habe das so verstanden, dass es Kalkulationen gab, etwa bezogen auf die Zahl der Widersprüche, die dann vonseiten des privaten Betreibers abgewickelt werden müssen, also Widerspruch im Sinne eines Rechtsbefehls<sup>83</sup>. Und die Variabilität hätte sich dann daraus ergeben, dass man je nach Zahl der Widersprüche und des daraus resultierenden Verwaltungsaufwandes dann zu variablen Vergütungen gefunden hätte. Das ist dann eine Frage der richtigen Fallzahlkalkulation, welchen Umfang dann die variable Vergütung angenommen hätte. Das kann ich nicht fachmännisch beurteilen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielleicht kurz zu der Behauptung, dass der entgangene Gewinn jetzt<sup>84</sup> zu leisten ist über<sup>85</sup> die gesamte Vertragslaufzeit von zwölf Jahren, also 2019 bis 2031: Soweit mir die Unterlagen vorliegen, also die Gutachten vor allem, die ich gelesen habe, ist das die Ansicht der überwiegenden Gutachten, überwiegend auch von der Opposition in Auftrag gegeben. Dem widerspricht das Gutachten von Linklaters, natürlich im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums.

Bloß, festgehalten werden muss: Linklaters behauptet, der Schadensersatz muss nicht geleistet werden bis zum Jahr 2031 fiktiv, was dann der Bruttounternehmenswert wäre, sondern maßgeblich ist, so Linklaters, der Kündigungstichtag am 30. September 2019. Im Übrigen behauptet Linklaters, dass solche Klauseln marktüblich seien und dass bei solch großen Geschäften es nicht auf Verschulden- oder Vertreten-Müssen ankomme, sondern auf die Sphärentheorie<sup>86</sup>. Und dass ein Gericht ein Urteil fällt, was vielleicht den anderen Organen des Staates nicht gefällt, mag sein; aber es liegt trotzdem in der Risikosphäre des Staates. Schließlich behauptet das Bundesverkehrsministerium auch: Ja, es wäre, wenn man eine solche Klausel nicht bereit gewesen wäre abzuschließen, überhaupt kein anderer Bieter vorhanden gewesen. - Also, nicht dass Sie mich jetzt falsch verstehen: Ich bin jetzt kein Linklaters-Anwalt, und ich möchte auch nicht jetzt Linklaters da vertreten, sondern ich sage nur, was ich gelesen habe, dass es also bisher noch nicht völlig klar ist, ob das wirklich so ist,<sup>87</sup> der entgangene Gewinn über<sup>88</sup> zwölf Jahre<sup>89</sup>. Ich denke mal, wenn ich jetzt an Ihrer Stelle säße, das würde mich brennend interessieren; das muss man natürlich irgendwie klären.

Dann zur Frage vom Artikel 115. Wer meine Veröffentlichungen im Finanzverfassungsrecht und sonstigen Finanzrecht kennt, der weiß, dass ich ihn auf keinen Fall schleifen möchte.

(Oliver Luksic (FDP): Aha!  
Gut!)

Auch ich bin ein Riesenanhänger von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; insoweit sind wir sehr, sehr nah zusammen.

Ich denke allerdings, dass wir ihn hier nicht gebraucht haben, weil wir nicht im Anwendungsbereich von Artikel 115 sind, sondern im Anwen-

<sup>83</sup> Richtigstellung des SV: „Rechtbehelfs“, siehe Anlage 3

<sup>84</sup> Richtigstellung des SV: „als Schadenersatz“, siehe Anlage 4, S. 55

<sup>85</sup> Richtigstellung des SV: „für“, siehe Anlage 4, S. 55

<sup>86</sup> Richtigstellung des SV: „Verantwortungssphären“, siehe Anlage 4, S. 55

<sup>87</sup> Ergänzung des SV um: „dass“, siehe Anlage 4, S. 56

<sup>88</sup> Richtigstellung des SV: „für“, siehe Anlage 4, S. 56

<sup>89</sup> Ergänzung des SV um: „geleistet werden muss.“, siehe Anlage 4, S. 56



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dungsbereich von Artikel 110, verfassungsrechtlich so ausgelegt, wie Kollege Hufeld es auch schon angedeutet hat, nämlich: Verpflichtungsermächtigungen ergeben sich aus dem Artikel 110. Und wir hatten ja die Verpflichtungsermächtigungen von über 2 Milliarden Euro im Haushaltsplan 2018. Und die hat das Bundesverkehrsministerium in Anspruch nehmen dürfen, und die hat es auch in Anspruch genommen. Die Frage ist, ob es überschritten wurde oder nicht; das hatten wir gerade diskutiert.

Bloß, ich meine im Gegensatz zum Kollegen Hufeld: Eine Kumulation einer Verpflichtungsermächtigung und einer Gewährleistungsermächtigung ist nicht erforderlich, ist vom Verfassungsrecht nicht so vorgesehen und gibt es, soweit ich sehe, in der Praxis bisher auch überhaupt nicht, sondern: Wenn Verträge abgeschlossen werden, die Verpflichtungen begründen über ein Jahr hinweg, Verwaltungsschulden begründen, dann braucht man dafür eine Verpflichtungsermächtigung. Und davon sind dann auch Leistungsstörungen erfasst, die ich so sehe, die du nicht so siehst. Denn das war die Eingehung der Verpflichtung<sup>90</sup> einerseits zur Hauptleistungspflicht, nämlich zur Installation der Pkw-Maut, und eventuell bei Leistungsstörungen zu Schadenersatz. Diese Verpflichtung hat im Jahr 2018 stattgefunden, wenn auch erst am 30. Dezember.

Und wenn man dann die Beträge vergleicht oder wenn man die sich anguckt: Die Verpflichtungsermächtigungen waren über 2 Milliarden Euro wert, und der Betrag war so hoch. Und der Schadenersatz, den jetzt die Betreiber, die potenziellen Betreiber, verlangen, wenn sie damit jemals durchkommen, beträgt 500 Millionen Euro; das heißt ein Viertel, aber immerhin auch nur ein Viertel.

Wäre es jetzt vielleicht so gewesen, dass in dem Vertrag, in dem Vertrag „Erhebung“, eine Garantie versprochen worden wäre, die annähernd so hoch gewesen wäre wie die Vertragsleistung, könnte man vielleicht mal drüber nachdenken, ob wir nicht eventuell auf Artikel 115 gehen

könnten. Aber so sehe ich das nicht; es war eben kein Kaufvertrag über fünf Brötchen, die dann vielleicht zu hart waren oder ins Wasser gefallen sind, sondern das war ein Vertrag über eine Infrastrukturabgabe für ein 80-Millionen-Land, plus Ausländer, die unsere Straßen auch benutzen. Also das war schon eine andere Kategorie.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Darf ich dazu eine ergänzende Bemerkung machen?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, Sie dürfen dazu gerne kurz ergänzen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Vielen Dank. - Also, wenn die 560 Millionen, die gefordert worden sind, der Gewinnanteil im Preis waren, dann war das eine fabelhafte Rendite. Das muss man sagen.

Und zu der Frage „Kumulation von Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung“: Wenn zwei Tatbestände erfüllt sind, dann muss man mit beiden Rechtsfolgen leben. Und wenn die Praxis das bisher so nicht gehandhabt hat, dann waren das entweder marktübliche Klauseln, und es gab keinen Anlass, noch eine Gewährleistungsermächtigung draufzusatteln, oder es war eine rechtswidrige Praxis.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Entschuldigung, darf ich - -

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, nun kommen wir zur nächsten Wortmeldung.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ich habe dazu noch eine Frage.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, Sie sind doch jetzt dran, Frau Lühmann. - Frau Lühmann, dann der Herr Kießling und dann der Herr Wiehle.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Also ich bin dran. - Herr Gröpl, ich möchte da auch weitermachen, auch wenn jetzt meine Frage riskant ist; denn Sie haben vorhin ein Beispiel gebracht, das mir nicht

<sup>90</sup> Richtigstellung des SV: „Zahlungsverpflichtung“, siehe Anlage 4, S. 56



## Nur zur dienstlichen Verwendung

einleuchtend war, nämlich: Die Planstelle eines Beamten oder einer Beamtin beinhaltet eben schon die Pensionsverpflichtungen unter anderem auch durch Einzahlungen in den Pensionsfonds. Also da haben wir es gerade gemacht.

Ich bitte Sie aber trotzdem um ein Beispiel. Wenn ich Sie richtig verstanden habe - und das leuchtet mir irgendwo ein -: Wenn ich einen haushaltsrechtlichen Sachverhalt habe - den Abschluss eines Vertrages -, kann ich dann nicht zwei verschiedene Normen nehmen, also einmal eine Verpflichtungsermächtigung und einmal dann die Garantie. Das bestreiten Sie - das habe ich eben auch gehört -, leuchtet mir aber irgendwie ein.

Und um mir das klarer zu machen: Könnten Sie vielleicht uns mal sagen, was denn für Sie ein klassischer Fall des Artikels 115 wäre, damit wir es noch mal hören? Weil jetzt sagen wir immer: Das eine ist es, das andere ist es nicht. - Vielleicht wird es uns dann deutlicher, wenn Sie sagen: Nee, das wäre jetzt ein Fall eines Artikels 115. - Denn ich kenne das noch nicht, dass irgendein Vertrag abgeschlossen wird und ich da zwei haushaltsrechtliche Genehmigungen für brauche; aber vielleicht wird es durch ein Beispiel klarer.

Ich habe noch zwei rechtliche Fragen, ich hoffe, relativ einfache. Das ist eine Verpflichtungsermächtigung, die ist ausgebracht beginnend mit dem Jahr 2018. Was würde haushaltsrechtlich passieren, wenn diese Verpflichtungsermächtigung nicht im Jahre 2018 in Anspruch genommen wird, sondern erst im Jahre 2019 oder 2020? Grundsätzlich, nicht auf diesen Fall; das ist eine grundsätzliche Frage.

Und die zweite Frage ist auch schon angeklungen. Wir werden uns gleich noch über das Vergaberecht auseinandersetzen. Was passiert rein rechtlich, wenn ich einen Vergaberechtsverstoß mache im Haushaltsrecht? Also, wird dann meine Ermächtigung nichtig, oder hat das gar nichts miteinander zu tun? Bewege ich mich in dem einen Rechtsfeld völlig unabhängig vom anderen? - Diese grundsätzliche Frage habe ich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielen Dank. - Planstellen und Pensionsfonds sind meiner Ansicht nach zwei verschiedene Dinge. Ab und an wird vorgesorgt für Zukunftslasten -

**Kirsten Lühmann (SPD):** Immer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** - aus Planstellen von Beamten, wenn der Versorgungsfall eintritt, sprich: wenn die in den Ruhestand treten. Aber Sie wissen, dass diese Pensionsfonds gerade auf der Ebene der Länder eine ganz große Farce sind.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Wir reden vom Bund.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Die Länder haben teilweise die Doppik; da haben sie es ganz klar abgebildet, sogar im richtigen Haushalt. Hier sind sie ja woanders abgebildet.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Mit dem Pensionsfonds des Bundes habe ich mich persönlich noch nicht befasst.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ich sitze im Beirat.

(Oliver Luksic (FDP): Sehr gut!)

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Gerne. - Allerdings: Bei Rheinland-Pfalz wissen Sie vielleicht, dass es da ein krachendes Urteil gab, bei dem ich Prozessvertreter war vorm Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz. Dieser gesamte Landesfinanzierungsfonds war ein einziges Karussell und damit krachend verfassungswidrig. Und ich glaube, Rheinland-Pfalz ist da nicht der einzige Fall; deswegen bin ich bei Pensionsfonds wirklich sehr, sehr skeptisch. Da müsste man den Pensionsfonds des Bundes mal anschauen. Ist ja jetzt heute nicht unser Thema.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Genau.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

### Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:

Fälle von Artikel 115 des Grundgesetzes sind eigentlich aufgelistet in § 3 des Bundeshaushaltsgesetzes oder des jährlichen Haushaltsgesetzes - nicht Bundeshaushaltsordnung, sondern Haushaltsgesetz. Das sind klassischerweise Hermesbürgschaften oder Absicherungen von Exporten, von Geschäften, die die deutsche Industrie mit dem Ausland macht, um den Export zu fördern, oder - Kommentarliteratur bringt das Beispiel - in der Rüstungsindustrie: Wenn ein neues Kampfflugzeug oder ein Panzer entwickelt wird und Deutschland erklärt sich bereit, hundert Panzer zum Beispiel abzunehmen oder hundert - na, wie heißen diese? -

**Kirsten Lühmann (SPD):** Waffensysteme.

### Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl: -

Airbus-Transporter, und kann das jetzt dann aus Kostengründen nicht machen, dann kann es sein, dass in Verträgen vereinbart wird, dass dann die mitentwickelnden Länder zu entschädigen sind in gewisser Weise, weil deren Kosten oder Entwicklungskosten dann vielleicht höher werden.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Das sind Fälle dieser Art. - Keine Übertragbarkeit habe ich mir noch aufgeschrieben, genau. Was ist eigentlich mit dem Jahreswechsel? Sehr gute Frage, die habe ich mir nämlich auch gestellt, die haben wir uns auch gestellt. Die Verpflichtungsermächtigungen waren nur veranschlagt für das Haushaltsjahr 2018, das heißt, nur in dem Jahr hätte und hat das Bundesverkehrsministerium die in Anspruch nehmen können. Ab 01.01.2019 sind die<sup>91</sup> dann verfallen. Es gab keine Übertragbarkeit. Also, „Übertragung“ und „Übertragbarkeit“ ist so der haushaltsrechtliche Begriff für das Übertragen ins nächste Haushaltsjahr, also Verschieben ins nächste Haushaltsjahr. Das gibt es bei Verpflichtungsermächtigungen, soweit ich mich informieren konnte, nicht; das gibt es nur bei Ausgabeermächtigungen.

Das heißt, das Bundesverkehrsministerium hätte eigentlich rechtzeitig Verpflichtungsermächtigungen beantragen müssen im Haushaltsaufstellungsverfahren für das Haushaltsjahr 2019. Sie stehen aber da nicht drin. Und die Gründe, warum das nicht passiert ist oder was da überhaupt gelaufen ist in Diskussionen zwischen Bundesverkehrsministerium, Bundesfinanzministerium und dem politischen Bereich, die sind mir oder das ist mir nicht bekannt.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Entschuldigung, wenn ich da noch mal nachfrage, -

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja.

**Kirsten Lühmann (SPD):** - aber das brauchten Sie doch nicht, nachdem Sie den Vertrag abgeschlossen haben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja. Das stimmt, selbstverständlich.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja, okay.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Sie brauchten das nicht. Bloß, Sie haben doch, wenn ich Sie richtig verstanden habe, die Frage gestellt: Wären die in 2019 auch noch verfügbar gewesen? - So habe ich Sie verstanden.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Genau. Ja, das wären sie nicht?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Das wären Sie nicht. - Vielleicht letzter Punkt noch, Vergaberecht, Ermächtigungswirkung: Das Vergaberecht ist, wie Kollege Hufeld vorhin schon gesagt hat, im Grunde eine Konkretisierung der Wirtschaftlichkeit, soll auf Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung hinwirken. Das heißt, wenn man die Pflicht hat, eine Vergabe öffentlich auszuschreiben, dann hat man die Chance, wenn das Vergabeverfahren fair läuft, auf das wirtschaftlichste Angebot, auf das günstigste und leistungsfähigste Angebot. Mit Ermächtigungen

<sup>91</sup> Richtigstellung des SV: „wären sie“, siehe Anlage 4, S. 58





## Nur zur dienstlichen Verwendung

im Haushaltsplan hat das Vergaberecht nichts zu tun.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Also auch ein Vergaberechtsverstoß würde keinen Verstoß des Haushaltsrechts nach sich ziehen oder automatisch implizieren?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ein Verstoß gegen die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist denkbar, das schon, aber kein Verstoß - jedenfalls grundsätzlich, wenn nicht ein Spezialfall vorliegt -, dass die Verwaltung Gelder ausgegeben hat ohne Ermächtigung, das nicht.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja. Genau, das nicht. Gut.

(Sachverständiger  
Prof. Dr. Ulrich Hufeld  
meldet sich zu Wort)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Professor.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Nur kurz ergänzend zu der Frage, ob es sein kann, dass man für einen Vertrag zwei Ermächtigungen benötigt. Es waren zwei Verträge: der programmierte Durchführungsvertrag - dafür lag das haushaltsrechtliche Programm vor -, und dann hat das BMVI einen zweiten Vertrag draufgesetzt. Ich habe schon darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, ob dieser selbstständige Garantievertrag in eine Vertragsurkunde integriert wird.

Und dieses Szenario war nicht programmiert.<sup>92</sup> Der Bundesrechnungshof hat dargestellt, dass die Betreiber zunächst einen Risikoaufschlag wollten auf den Angebotspreis. Dann hätten Kapsch und Eventim das Risiko übernommen. Die wollten sich das bezahlen lassen, das Risiko; aber nach einem negativen EuGH-Urteil wäre es dann anders gekommen.<sup>93</sup> Und dieses Risiko hat dann der Bund auf sich genommen, weil diese Verhand-

lungsposition nach der Darstellung des Bundesrechnungshofs vonseiten Kapsch und Eventim zurückgenommen worden ist; die haben dann nicht mehr gesagt: „Wir arbeiten mit einem Risikoaufschlag auf den Angebotspreis“, sondern: Wir wollen, dass ihr das Risiko so vollständig übernehmt, dass unser Gewinn garantiert wird.

Und zu der Frage „Was ist eine Garantie?“, darauf zielt ja Ihre Frage auch. Wir haben in<sup>94</sup> der Bundeshaushaltsordnung eine sehr verlässliche Verwaltungsvorschrift. Und den einen Satz aus der VV-BHO darf ich vorlesen, weil er so glasklar die Garantie definiert:

Garantien sind ... Verträge, mit denen der Bund ein vermögenswertes Interesse ... des Garantieempfängers dadurch sichert, dass er verspricht, für ein bestimmtes Ergebnis einzustehen, insbesondere die Gefahr eines künftigen, noch ungewissen Schadens ganz oder teilweise zu übernehmen.

Also, wenn ein Student unsere Klausel 30.5.4 unter diese Definition subsumiert, dann bekommt er volle Punktzahl und noch einen Bonus obendrauf.

(Heiterkeit der Abg.  
Jörg Cezanne (DIE LINKE),  
Oliver Luksic (FDP) und  
Kirsten Lühmann (SPD) -  
Sachverständiger  
Prof. Dr. Christoph Gröpl  
meldet sich zu Wort)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Sie wollen noch kurz ergänzen aus Ihrer Sicht?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Wenn ich darf. - Also, da möchte ich gerne widersprechen, weil ich diesen Vertrag als einheitlichen Vertrag sehe, wie vorhin schon gesagt. Nur ganz kurz: Der Hauptzweck war die Umsetzung der Pkw-Maut, und für den Fall der

<sup>92</sup> Richtigstellung des SV: „Das Szenario, dass der Garantiefall eintreten und eine Eventualverbindlichkeit fällig werden könnte, war haushaltsplanerisch gerade nicht programmiert und damit parlamentarisch nicht gebilligt.“, siehe Anlage 3

<sup>93</sup> Richtigstellung des SV: ... „die Übernahme der Risiken für den Fall, dass der EuGH gegen die Maut entscheidet.“, siehe Anlage 3

<sup>94</sup> Richtigstellung des SV: „zu“, siehe Anlage 3



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Leistungsstörung hat man dann diesen<sup>95</sup> Bruttounternehmenswert vereinbart, dessen genaue Rechtswirkung ja noch zu klären ist.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Danke noch mal für Ihren Hinweis. - Dann hat der Kollege Kießling das Wort.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** Sehr geehrter Professor Dr. Gröpl, ich möchte noch mal auf den Punkt eingehen, weil der Bundesrechnungshof spart ja nicht mit kritischen Worten, aber, sage ich mal, das, was Herr Hufeld fordert, wird ja nicht erwähnt beim Bundesrechnungshof, bei dieser Bewertung. Jetzt meine Frage stellt sich natürlich dann schon: Was hat den Bundesrechnungshof bewogen, das nicht zu erwähnen, Ihrer Einschätzung nach, dass diese Absicherung oder diese doppelte Absicherung nicht gefordert wurde? Steht beim Bundesrechnungshof ja nicht drin. Und jetzt habe ich da schon Diskrepanzen. Herr Hufeld, Sie fordern es; der Bundesrechnungshof hat es nicht beanstandet. Welche Einschätzung haben Sie, Herr Gröpl, zu diesem Punkt?

Und dann eine weitere Frage: Ist die Forderung nach einer solchen doppelten Berücksichtigung der einzelnen Sachverhalte in einem Haushalt mit den Grundsätzen der Haushaltsaufstellung überhaupt vereinbar?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielen Dank. - Mit Verlaub, ich meine, so was<sup>96</sup> gab es eben bisher auch noch nicht, nämlich ein und denselben Vertrag, den die Bundesrepublik Deutschland abschließt, zwei Ermächtigungen zu unterwerfen, nämlich <sup>97</sup>Verpflichtungsermächtigung und <sup>98</sup>Gewährleistungsermächtigung.

Davon abgesehen: Was wäre die Konsequenz in der Praxis, wenn wir also jetzt da vielleicht sogar mal eine Gerichtsentscheidung bekämen oder wenn jedenfalls der Bundesgesetzgeber jetzt sagen würde: „Es ist zusätzlich erforderlich anlässlich des Pkw-Maut-Skandals“? Dann sehe ich in der Praxis nur eine Förmelerei; denn was würde

dann im Haushaltsaufstellungsverfahren von den Behörden, von den Ministerien gemacht werden? Es würde immer eine Doppelabsicherung gefordert; das heißt, im Haushaltsplan würde wie bisher auch gebeten<sup>99</sup> werden,

Verpflichtungsermächtigungen zu veranschlagen, und im Übrigen würde man § 3 des jetzigen Haushaltsgesetzes in seiner Struktur auf 20, 30 Seiten verlängern und sagen: Gut, und für alle gescheiterten Verträge lassen wir uns vorsorglich eine Gewährleistungsermächtigung erteilen.

Und dann möchte ich in aller Bescheidenheit und mit großem Respekt die Abgeordneten fragen, ob die<sup>100</sup> da wirklich noch draufschauen würden. Das würde man angesichts der vielen Arbeit, die Sie haben, die auch der Haushaltsausschuss hat, glaube ich, einfach auch so absegnen und sagen: Na ja, klar, das steht da in dem § 3 des jeweiligen Haushaltsgesetzes drin. Das sind die Gewährleistungsermächtigungen für den Fall, dass es schiefgeht. - Es wäre in der Praxis nichts gewonnen.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** Ich hätte noch eine Nachfrage, -

**Stellvertretende Vorsitzende Nina Warken:** Noch eine Nachfrage, ja.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** - und zwar die Nachfrage, die Einschätzung: Hat der Bundesrechnungshof Ihrer Einschätzung nach das auch gesehen, dass das ein Vertrag ist, weil er, wie gesagt, diese Forderung nicht erwähnt hat?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, so sehe ich das.

**Stellvertretende Vorsitzende Nina Warken:** So, vielen Dank. - Dann ist als Nächstes dran Herr Kollege Wiehle.

**Wolfgang Wiehle (AfD):** Ja. - Frau Vorsitzende! Meine Damen und Herren! Ich möchte eine Frage an Herrn Professor Gröpl richten und eine Frage

<sup>95</sup> Richtigstellung des SV: „den“, siehe Anlage 4, S. 60

<sup>96</sup> Richtigstellung des SV: „etwas“, siehe Anlage 4, S. 60

<sup>97</sup> Ergänzung des SV um: „einer“, siehe Anlage 4, S. 60

<sup>98</sup> Ergänzung des SV um: „einer“, siehe Anlage 4, S. 60

<sup>99</sup> Richtigstellung des SV: „beantragt“, siehe Anlage 4, S. 60

<sup>100</sup> Richtigstellung des SV: „sie“, siehe Anlage 4, S. 60



## Nur zur dienstlichen Verwendung

an beide, also Herrn Professor Gröpl und Herrn Professor Hufeld.

Ich fange mal an mit der Frage an Herrn Professor Gröpl, und zwar beziehe ich mich auf das wahrscheinlich ja bevorstehende Schiedsverfahren, in dem es um die im Raum stehende Forderung der Betreiber von 560 Millionen Euro geht. Und Sie sagten ja schon: Es gibt da auch ganz andere Interpretationsmöglichkeiten zu dieser Forderung. - Und ich möchte an dieser Stelle im Sinne des Steuerzahlers fragen, ob Sie uns im Untersuchungsausschuss in bestimmter Weise zur Vorsicht mit Vermutungen und Spekulationen raten würden, also in dem Sinne: Wir könnten aus Versehen einen bestimmten Ausgang des Schiedsverfahrens wahrscheinlicher machen. Oder würden Sie sagen: „Das ist eigentlich einerlei, in welcher Weise wir hier formulieren, das Schiedsverfahren wird sowieso eine vollständig eigenständige Erkenntnisfindung haben“? - Das ist meine Frage an Herrn Professor Gröpl speziell.

Und an Sie beide möchte ich die Frage richten: Wir wissen ja jetzt, dass das Vertragsvolumen selber nach der Überarbeitung des Angebots, des sogenannten finalen Angebots, 1,975 Milliarden für die Mauterhebung ist. Und der Haushaltstitel enthielt dafür 1,977 Milliarden in der Nummer 532 34. Ist das - ganz abgesehen davon, dass es vielleicht noch Nebenausgaben gibt, die da auch noch hätten drin sein müssen -, wenn man so knapp einen vorhandenen Haushaltstitel ausfüllt auf der Basis von einem zivilrechtlich geschlossenen Vertrag, also gar nicht eigenem Verwaltungshandeln, noch angemessen, oder ist das eigentlich zu sehr auf Kante genäht, ist man da außerhalb von dem Bereich, den man eigentlich bei normalem Haushaltsgebaren verantworten kann?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, das ist eine interessante Sache mit dem Schiedsverfahren. Ich denke mal, dass sich natürlich die daran beteiligten Schiedsrichter auch die Unterlagen dieses Untersuchungsausschusses hier ansehen werden. Natürlich sind sie rechtlich zur

Neutralität verpflichtet und dürfen sich dadurch nicht beeinflussen lassen; aber ich denke mal, dass man das in einem Schiedsurteil auch zitieren dürfte, die Unterlagen, soweit sie öffentlich sind, die Erkenntnisse des Untersuchungsausschusses, des 2. Untersuchungsausschusses. Und das, denke ich schon, könnte als eines von vielen Argumenten dienen. Es wäre meiner Ansicht nach im Schiedsverfahren eine Meinung neben anderen Meinungen, die man dann mit- und gegeneinander abwägen müsste.

Zur zweiten Frage. Haushaltstitel, also Ausgabermächtigungen und Verpflichtungsermächtigungen und auch Gewährleistungsermächtigungen und natürlich im Übrigen auch Kreditermächtigungen sind dazu da, dass man nicht - - Entschuldigung, können ausgeschöpft werden; ich wollte jetzt sagen: „sind dazu da, dass man sie ausschöpft“, aber das ist falsch, nein. Die Verwaltung ist nur ermächtigt, Ausgaben zu tätigen, Verpflichtungsermächtigungen und sonstige Ermächtigungen in Anspruch zu nehmen.

Aber da sehe ich keine rechtlichen Bedenken. Man kann da auf Kante nähen, soweit - und jetzt kommt wieder dieses Gesetzeswort, dieser Gesetzesbegriff - das Ganze „voraussichtlich“ nicht zu Mehrausgaben führt, „Voraussichtlichkeit“ als Kernbegriff<sup>101</sup>. Es muss also punktgenau realitätsgerecht geschätzt werden. Und wenn Anhaltspunkte dafür da sind, dass man zu gut oder zu schlecht geschätzt hat, obwohl man bessere Kenntnisse hatte, dann, gebe ich Ihnen recht, ginge es um einen Haushaltsverstoß. Aber ansonsten, wenn man sagt: „Mensch, wir haben die jetzt runtergehandelt von 3 Milliarden auf“ - was war es? - „1,975 Milliarden, und das passt gerade, und das wussten die auch, weil wir denen vorher gesagt haben: ‚Wir können nicht mehr Geld bereitstellen‘“, dann ist das als solches ein legales, haushaltsrechtmäßiges Ergebnis.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Herr Abgeordneter Wiehle, der Bundesrechnungshof hat zu Ihrer Frage sehr klar Stellung genommen.

<sup>101</sup> Richtigstellung des SV: „entscheidendes Kriterium“, siehe Anlage 4, S. 61



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Er hat nicht beanstandet, dass dann der abgeschlossene Vertrag im Volumen sehr knapp nur gedeckt ist von der Verpflichtungsermächtigung. Er hat aber geschrieben, das sei nur eine formelle Deckung;

(Oliver Luksic (FDP): Ja!)

denn materiell hat es gerade nicht gereicht, weil ein Teil der Milliarde, die am Ende der Abschmelzungsoperation stand, dann doch wieder beim Bund gelandet wäre. Und das ist eine bemerkenswerte Formulierung in einem Bundesrechnungshofbericht, wenn er sagt: Ein Titel wird eingehalten, aber nur formell. - Also der Bundesrechnungshof hat zu Recht mitgedacht die weiteren und von dieser VE nicht abgedeckten Kosten.

Und vielleicht noch eine Bemerkung zu der Besorgnis, der Bundestag könne mit Haushaltsbürokratie belastet werden, wenn er Artikel 115 ernst nimmt: Also, mit Verfassungsrecht müssen wir sorgfältig umgehen, und der Bundestag muss auf Gewährleistungsermächtigungen die gleiche Sorgfalt verwenden wie auf Verpflichtungsermächtigungen, mindestens die gleiche Sorgfalt. Wir würden so auch nicht mit dem Institut VE, Verpflichtungsermächtigung, umgehen und sagen: Ja, dann taucht irgendwo ein Zahlenwerk auf, und der Bundestag segnet das blind ab. - Es gibt diese Norm, und wenn die Praxis bisher anders gelaufen ist, dann schlage ich vor, dass sich die Praxis am Verfassungsrecht orientiert, nicht das Verfassungsrecht an der Praxis. Also den Vorrang der Verfassung auch noch mitzuschleifen, das ginge zu weit.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Nächster Beitrag, Wortmeldung: Herr Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ja, Herr Professor Hufeld, das kann ich nur unterstreichen, was Sie eben gesagt haben. Ich möchte noch mal eingehen auf Ihre Stellungnahme, Seite 7 und Seite 52. Sie haben ja eben ausgeführt, es kommt auf das Materielle an. Jetzt lassen wir mal die Garantie außen vor; da gibt es Interpretationsdifferenzen.

Der Hauptbatzen ist ja auch das Abschmelzen durch die dynamische Vergütung. Da möchte ich noch mal drauf zurückkommen - Sie haben das ja an zwei Punkten angesprochen - und möchte Sie bitten, hier Ihre Begriffe noch mal ein Stück weit zu präzisieren in dem Zusammenhang. Sie haben einmal gesagt, es gibt das Gebot der haushaltswirtschaftlichen Totalität. Dann haben Sie von der Blankettermächtigung gesprochen. Und Sie haben ausdrücklich gesagt, das Vollständigkeitsgebot bezieht sich auf § 11 Absatz 2 Nummer 3 Bundeshaushaltsordnung. Und Sie haben auf eine Unterrichtungspflicht hingewiesen bei Vorfestlegung von grundsätzlicher und finanzieller Bedeutung, was den § 38 Absatz 3 Bundeshaushaltsordnung angeht. - Meine Bitte wäre an Sie, dies genauer auszuführen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Also, Totalität ist nur ein anderer Ausdruck für das Gebot der Vollständigkeit. Das habe ich eingangs ausgeführt - mag es auch die Lücken geben, die der Kollege erwähnt hat -: Der Ehrgeiz des Parlaments muss sein, die Haushaltswirtschaft und die Ausgabenpolitik von Regierung und Verwaltung vollständig zu programmieren; denn die Herausforderung besteht ja auch gerade darin, den Haushalt in der Balance zu halten. Das ist ein ganz wichtiger Aspekt dieses Totalitätsgrundsatzes. Nur in der Gesamtschau und im vollständigen Haushalt kann entschieden werden, ob Einnahmen und Ausgaben in einen Ausgleich gebracht werden.

Deswegen ist es auch so gefährlich, wenn das Ermächtigungsprinzip überschritten wird, so wie es der Bundesrechnungshof kritisiert hat, dann später Nachforderungen eingestellt werden müssen. Dann wird sozusagen rückwirkend die Balance 2018 gestört. Und der Bundesrechnungshof hat auch gesagt: Wenn sich erweist, dass eine Verpflichtungsermächtigung im bestimmten Umfang nicht trägt, dann muss das als Indiz dafür behandelt werden, dass entweder die Wirtschaftlichkeit nicht stimmt oder ein anderer Programmierungsfehler stattgefunden hat.

Und der zweite Teil Ihrer Frage zielt auf einzelne Verfahrenskomponenten in der Bundeshaushalts-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ordnung. Es gibt die 10.2-Vorlage, wenn sich erweist, dass ein Titel gesprengt wird, und es gibt in einzelnen Bereichen spezifische Unterrichtspflichten. Und typischerweise ist dann das BMF beteiligt und muss beteiligt werden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Zusatzfrage, bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank. - Herr Professor Gröpl, die Verpflichtungsermächtigung ist ja eine Art Kostenobergrenze. Und jetzt gibt es natürlich hier die Frage, ob sich nicht entweder die Nettoeinnahmen durch das Gesetz geändert haben oder ob es durch die Anforderungen und Leistungsmodifikation auch nach unten die Variabilisierung von Kosten, von fixen in variable, Änderungen gibt.

Sie haben eben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit angesprochen. Da möchte ich Ihnen eine Frage stellen: Die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die greift allerdings auf Quellen zurück, die am 18. Dezember - da war die ja - noch gar nicht vorlagen. Also, es gab zum Beispiel ein Mengengerüst, das erst am 22. März 2019 vorgelegt wurde. Vor dem Hintergrund: Halten Sie da die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, auch den Zuschlag auf der Grundlage, für wirklich belastbar, wenn man im Nachhinein diese Punkte einbringt? Das wäre noch mal der Punkt, der mir wichtig wäre, wenn Sie den darstellen könnten, weil das, glaube ich, auch ein zentraler Punkt ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, das Generalthema, auf das Sie zu Recht abstellen, ist die Schätzgenauigkeit. Die Schätzgenauigkeit ergibt sich aus <sup>102</sup>Verfassungsrecht, aus dem Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 des Grundgesetzes: <sup>103</sup>Vollständigkeit des Haushaltsplans. Macht ja nur einen Sinn, wenn die Verwaltung und dann letztlich auch der Haushaltsausschuss des Parlaments und der Bundestag selbst schätzgenau vorgehen. Dagegen wird, fürchte ich, häu-

figer auf Bundes- und Landesebene verstoßen; jedenfalls fürchte ich, dass man ab und zu, nicht häufig, aber ab und zu, nicht so genau schätzt.

**Oliver Luksic (FDP):** Ist die Frage, ob wissentlich oder nicht, ne?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja. - Das als Vorbemerkung. - Das Zweite, was Sie schildern bezüglich der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, dass da Zahlen im Dezember oder Punkte im Dezember drin sind, die eigentlich im Dezember noch gar bekannt gewesen sein konnten, wenn ich Sie da richtig verstanden habe: Also, ich kenne die nicht, habe die deswegen auch nicht lesen können. Erscheint mir dann auch nicht plausibel. Das wären Punkte, die auf jeden Fall zu klären sind. Natürlich muss eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, wenn sie rechtlichen Maßstäben standhält, sich intensiv mit den Tatsachen befassen und schätzgenau sein. Und wenn da irgendwas verbogen wird, dann haben wir ein Problem.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, jetzt habe ich noch eine Wortmeldung. - Gibt es weitere Wortmeldungen? Ich frage schon mal vorweg. - Scheint im Moment nicht der Fall zu sein. - Dann hat Herr Cezanne noch mal das Wort. Bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich möchte da eigentlich gern noch mal weitermachen. Sie haben uns ja vorhin drauf hingewiesen, dass man die Frage der Verlagerung von Vertragsbestandteilen jetzt noch nicht abschließend würdigen kann, sondern wir uns das im Detail angucken müssen.

Jetzt aber wirklich als Hilfe bitte, um erkennen zu können, ob das haushaltsrechtlich relevant ist oder ob ich nur mit meinem kaufmännischen Blick darauf vielleicht auch fehllaufe. Wir haben in dem Gutachten oder in der Stellungnahme des Bundesrechnungshofs drei Punkte, die aufgeführt werden, was dort in der Verlagerung passiert ist. Das eine ist diese Übernahme, die Mitnutzung der Zahlstellenterminals bei Toll Collect. Das hat

<sup>102</sup> Ergänzung des SV um: „dem“, siehe Anlage 4, S. 63

<sup>103</sup> Ergänzung des SV um: „Die Pflicht zur“, siehe Anlage 4, S.63



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dazu geführt, dass die Anbieter ihr Angebot um 360 Millionen gesenkt haben. Für 216 Millionen gibt es offensichtlich Zahlungen, vorgesehene Zahlungen an Toll Collect, die diese Mitnutzung ausgleichen sollen. Aber es wird davon ausgegangen, dass der Bund an Toll Collect die restlichen 144 Millionen erstattet. Das sind 40 Prozent der reduzierten Vertragssumme. - Also, ich als Kaufmann würde sagen: Irgendwie ein schlechtes Geschäft.

Bei den variablen Vergütungen ist es so, dass ursprünglich 500 000 Vorgänge abgegolten sein sollen. Diese Zahl wurde auf 250 000 gesenkt. Das sind also die Bearbeitung von Zusatzschreiben, steht hier, Feststellung von Ausnahmen, Härtefällen, Bearbeitung von Widersprüchen, also keine ganz einfachen Verfahren.

Wären das denn aus Ihrer Sicht, sagen wir mal, Dinge, die das Haushaltsrecht sehr wohl berühren würden, oder ist das jetzt eine Größenordnung, wo man sagen würde: „Na ja, kaufmännisch nicht sauber, aber haushaltsrechtlich nicht so relevant“? Dass Sie es nicht abschließend bewerten können, ist klar, aber so als Indiz für uns, wo wir nachbohren sollten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Das hat auch der Bundesrechnungshof nicht vollständig durchgerechnet. Er hat sogar an einzelnen Stellen „z. B.“ geschrieben, also nur beispielhaft Zahlen genannt. Aber er hat immerhin zwei Zahlen als Mindestvolumina sozusagen gelistet, und wenn man die addiert, ist man über den 500 Millionen.

Und wenn Sie meiner Einschätzung zu Artikel 115 folgen, dann kommt man zu der Ermächtigungslücke von mehr als 1 Milliarde. Das sollte man nicht mehr als Petitesse behandeln. Haushaltsrecht hat auch mit Volumina zu tun, deswegen möchte ich schon festhalten an dem

Plädoyer, dass auch Gewährleistungsermächtigungen mit der gleichen Sorgfalt behandelt werden wie Verpflichtungsermächtigungen.

In der Summe waren das 2 Milliarden. Wenn man durch die Jahre geht, sieht man: Das waren pro Jahr sozusagen nur 165 Millionen. Daran sieht man: Das sind schon haushaltsrechtlich relevante Volumina. Und das, was der Bundesrechnungshof genannt hat, bewegt sich ja über dieser Jahresrate. Das sind schon relevante Volumina.<sup>104</sup>

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:**

Also, da stimme ich Herrn Hufeld natürlich zu. Das sind relevante Volumina, selbstverständlich. Das schmerzt und tut weh.

Und die Frage ist, welche Konsequenzen man daraus zieht. Das A und O auch gerade bei Ihren Fragen ist die Schätzgenauigkeit, die Voraussichtlichkeit. Jede Verwaltungsbehörde, jeder Beauftragte für den Haushalt und jedes Ministerium ist verpflichtet, genau zu schätzen und nicht irgendwas unter den Tisch fallen zu lassen.

Und erst mal muss ich das dem Bundesverkehrsministerium unterstellen, dass genau geschätzt wurde. Es wird auch in der Stellungnahme dargelegt. Das kritisiert der Bundesrechnungshof substantiiert. Und jetzt kommt es eben drauf an, was die Wahrheit ist. Die Zahlen, die Sie genannt haben, die geben Anlass, das zu untersuchen.

Schlechtes Geschäft? - Ja klar, das könnte ein schlechtes Geschäft<sup>105</sup> sein. Andererseits muss man immer bedenken: Wie sieht es aus, hat der Markt überhaupt Bieter hergegeben, gab es Bieter? Wenn es keine anderen Bieter gegeben hätte - ist rein hypothetisch jetzt -, dann wäre das Bundesverkehrsministerium berechtigt gewesen, den Vertrag so abzuschließen; denn es war ja gesetzlich - nicht haushaltsgesetzlich, aber sachgesetzlich - verpflichtet, die Infrastrukturabgabe umzusetzen.

<sup>104</sup> Richtigstellung des SV: „Der Haushalt 2018 hat für die Maut-Durchführung ca. 2 Milliarden freigegeben. In der Vertragslaufzeit der Jahre 2020 bis 2032 waren das pro Jahr „nur“ 165 Millionen. Was der Bundesrechnungshof allein den verlagerten Ausgaben zugeschlagen hat, bewegt sich oberhalb

dieser Jahresrate. In der Gesamtschau zeigt sich: Wir haben mit haushaltswirtschaftlich relevanten Volumina zu tun!“, siehe Anlage 3

<sup>105</sup> Ergänzung des SV um: „gewesen“, siehe Anlage 4, S. 64



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Jörg Cezanne** (DIE LINKE): Darf ich noch eine Nachfrage?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, bitte.

**Jörg Cezanne** (DIE LINKE): Und wenn man mögliche Bieter, die ja ursprünglich mal geboten haben, gar nicht gefragt hat, ob sie zu den Konditionen anbieten wollen: Wie wäre das zu bewerten?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, das ist eine Frage, die wir in der nächsten Runde dann auch noch mal diskutieren können, „Was wäre, wenn ...?“. Oder bestehen Sie jetzt auf einer Beantwortung, Herr Cezanne?

**Jörg Cezanne** (DIE LINKE): Ja, dankbar wäre ich schon. Aber gut.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Wir bewegen uns wirklich da im Spekulativen. Und wir haben ja eigentlich Sachverständige zum Haushaltsrecht. Und darum, denke ich, sollten wir das zu einem späteren Zeitpunkt klären, ohne das irgendwie unter den Tisch fallen zu lassen. Einverstanden? - Gut.

Gibt es weitere Fragen? - Das ist nicht der Fall. Wird eine abschließende Zusammenfassung noch gewünscht, oder können wir darauf verzichten?

(Kirsten Lüthmann (SPD):  
Wir können darauf verzichten!)

- Wir können drauf verzichten. Wenn es da keinen Widerspruch gibt, können wir so verfahren.

Dann darf ich mich recht herzlich bei Ihnen bedanken und Ihnen mitteilen, dass Ihnen das Stenografische Protokoll dieser Anhörung zugesandt wird. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss beschlossen werden. Und über diesen Beschluss

erhalten Sie eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. Ergeben sich aus Ihrer Sicht dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall. Dann noch mal ganz recht herzlichen Dank für Ihre Ausführungen.

(Beifall des Abg.  
Andreas Mrosek (AfD))

Dann machen wir wieder fünf Minuten Pause für die Umbauarbeiten.

(Unterbrechung von  
18.11 Uhr bis 18.24 Uhr)



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, dann können wir die Sitzung fortsetzen und die Formalien schon mal erledigen. Ich gehe davon aus, dass alle Kollegen wieder im Saal sind. Gleich vorweg eine Info zur Technik: Ich möchte bitten, immer das Mikrofon zu benutzen, damit die Aufzeichnung auch vernünftig gelingen kann, da wir ja nachher unter Umständen keine Stenografen mehr haben.

Ich möchte zunächst mal die beiden Sachverständigen zum Themenkreis Vergabe begrüßen, Herrn Rechtsanwalt Dr. Jan Endler von der Kanzlei Linklaters aus Berlin und Herrn Rechtsanwalt Dr. Marco Núñez Müller von der Kanzlei Chatham aus Hamburg. Herzlich willkommen! Vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und dem Ausschuss für diese Anhörung zur Verfügung stehen.

Ich möchte darauf hinweisen: Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellen des Protokolls gelöscht. Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Ich möchte Sie vor Ihrer Anhörung zunächst belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im

Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist auch nicht der Fall.

Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuftem Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist auch nicht der Fall.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Befragung oder der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. - Vielleicht nach der alphabetischen Reihenfolge, Herr Dr. Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Mein Name ist Jan Endler. Ich bin 56 Jahre alt und bin Partner bei Linklaters. Und da ist auch meine ladungsfähige Anschrift zu finden. Das ist Potsdamer Platz 5 in 10785 Berlin.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke. - Herr Núñez Müller.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Mein Name ist Marco Núñez Müller. Ich bin 59 Jahre alt. Dienstliche Anschrift: Chatham Partners, Neuer Wall 50, 20354 Hamburg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön.

**RD Rolfdieter Bohm (BT):** Könnten Sie die Mikrofontaste benutzen?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Ist klar.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Zunächst möchte ich Ihnen beiden, wenn Sie dies wünschen, entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand Ihrer Vernehmung zu äußern. Wie ich schon erwähnte, wäre es wünschenswert, wenn Sie einen Zeitrahmen von acht bis zehn Minuten einhalten würden. Anschließend steigen wir dann in die Befragung ein. - Auch hier würde ich vorschlagen, dass Sie, Herr Dr. Endler, mit Ihrem Statement beginnen.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, vielen Dank. - Ich will mit einer kurzen Vorbemerkung anfangen, die ist, glaube ich, wichtig, auch für die weitere Eruiierung<sup>106</sup> bei Ihnen. Wir haben als Linklaters das Vergabeverfahren Lkw<sup>107</sup>-Maut nicht begleitet, sodass wir in die maßgeblichen Dokumente, die die rechtliche Beurteilung beinhalten - Vergabevermerke, Vergabeunterlagen -, auch keinen Einblick nehmen konnten. Das ist aber, glaube ich, sehr wichtig. Deswegen habe ich einen Vorschlag an Sie, diese entsprechend heranzuziehen, sich möglicherweise von den Beteiligten auch erläutern zu lassen, wie sie zu meiden sind; denn man muss eben sagen: Das ist eigentlich das rechtlich Angemessene, dass man sich das anschaut, und dann auf der Grundlage zu entsprechenden Äußerungen kommt. Das ist einfach eine Voraussetzung dafür, wie man hier vorgehen kann. Deswegen ist das, was wir jetzt vortragen werden, im Wesentlichen von den öffentlichen Äußerungen des Bundesrechnungshofs, also den Rügen, getragen. Ich habe versucht, die Beanstandungen, um die es hier geht, zu sortieren. Ich habe zunächst nach der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens gefragt, eine allgemeine, sehr generelle Frage. Dann eben die Frage: Durfte nach Abgabe des finalen Angebots mit den verbliebenen Bietern noch verhandelt werden? Hätten andere Bieter berücksichtigt werden müssen? - Und zum Schluss: Über was durfte hier eigentlich verhandelt werden? - Das sind, glaube ich, so die

Fragen, die wir aus dem<sup>108</sup> herauskristallisiert haben.

Vielleicht allgemein zum Verhandlungsverfahren als gewählte Verfahrensart. Ich will das jetzt kurz halten, um mich nicht völlig in der Zeit zu vergaloppieren. Ich nehme an, Sie haben sich damit schon vertraut machen können. Das ist hier im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben worden. Ein Verhandlungsverfahren ist eines der wenigen Verfahren, wo man überhaupt verhandeln darf. Es gibt also auch andere Verfahren, die sind viel formstrenger und deswegen auch nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig. Diese Ausnahmefälle treten dann ein, wenn etwa die Risikoverteilung so komplex ist, dass man sie durch Verhandeln erst ermitteln muss, wird typischerweise für komplexe PPP-Strukturen oder Infrastrukturprojekte immer genutzt. Deswegen kann ich nur sagen: Nicht nur hier ist es so geschehen, sondern alle Mautverfahren<sup>109</sup>, die wir in Europa kennen oder begleitet haben, sind immer im Verhandlungsverfahren verhandelt und durchgeführt worden. Das ist hier mehrstufig ausgestaltet. Das will ich vielleicht gar nicht weiter ausführen. Ich will nur darauf hinweisen, dass es eben Zulässigkeit von Verhandlungen gibt. Das ist einer der wesentlichen Punkte. Da gibt es auch eine Norm, die ich hier kurz einführen möchte, und zwar § 17, der in Absatz 10<sup>110</sup> zunächst sagt, dass der Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Angebote mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern, grundsätzlich verhandeln darf. - Das ist der Ausgangspunkt.

Dann gibt es in Satz 2 bestimmte Begrenzungen, dass über gesamte Angebote verhandelt werden darf mit Ausnahme der in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestkriterien und Zuschlagskriterien. Das ist eine Begrenzung. Dann gibt es noch eine weitere Begrenzung, die hier eine Rolle spielt, dass nach<sup>111</sup> Absatz 10 und Absatz 14<sup>112</sup>, wenn endgültige Angebote eingeholt worden sind, über diese endgültigen Angebote auch nicht

<sup>106</sup> Richtigstellung des SV: „Evaluierung“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>107</sup> Richtigstellung des SV: „Pkw“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>108</sup> Ergänzung des SV um: „den Anmerkungen des Bundesrechnungshofes“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>109</sup> Richtigstellung des SV: „Mautprojekt“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>110</sup> Ergänzung des SV um: „Vergabeverordnung“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>111</sup> Ergänzung des SV um: „§ 17“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>112</sup> Ergänzung des SV um: „darf“, siehe Anlage 6, S. 67



## Nur zur dienstlichen Verwendung

mehr verhandelt werden soll. - Ich glaube, das sind Punkte, die Sie kennen sollten, weil sie wichtig für die rechtlichen Erörterungen sind.

Dann würde ich gleich zu der zweiten Frage springen: Waren Verhandlungen über das finale Angebot des verbleibenden Bieters vergaberechtlich zulässig? Hier geht es tatsächlich um den Verstoß gegen die Norm des Bundesrechnungshofes, die ich eben erwähnte, der, wenn wir ihn richtig verstehen, gesagt hat: Hier ist doch ein finales Angebot eingeholt worden. Deswegen ist nach § 17 Absatz 10<sup>113</sup> eine weitere Verhandlung mit denen gar nicht mehr möglich gewesen, sondern da gab es ein Verhandlungsverbot. Hier muss ich auf meine Eingangsbemerkung kurz zurückgehen. Ob das tatsächlich jetzt schon das endgültige Angebot war, können Sie eigentlich nur entscheiden, wenn Sie die Vergabeunterlagen kennen.

Ich habe gesehen, dass sich der Rechnungshof und das Ministerium hier nicht einig sind, ob die Vergabeunterlagen oder vielleicht auch die Bietergespräche vorgesehen haben, über diese weiteren Angebote noch mal zu sprechen oder sie zu erläutern. Dann wäre klar, dass es keine abschließenden Angebote sind oder keine endgültigen; aber ich kann es Ihnen schlicht nicht beantworten. Es wäre ein Punkt, dem man nachgehen muss, ob das so ist.

Die aber vielleicht interessante Frage, die ich kurz aufnehmen möchte, ist die: Angenommen, das BMVI hätte - als diese Angebote eingeholt worden sind - gedacht, das sind die finalen Angebote. Das ist, glaube ich, ein Punkt, den man rechtlich etwas vertiefen kann. Also, dann stellt sich eben die Frage: Wäre es endgültig verboten gewesen, zu verhandeln, oder hätte man vielleicht diese Endgültigkeit der Angebote irgendwie noch einmal infrage stellen und aufheben können? Das ist eine Frage, mit der man sich befassen muss. Diese Regelung<sup>114</sup>, die ich Ihnen vorgelesen habe, ist sehr neu; sie ist erst mit der Vergabereform 2016 eingeführt worden. Deswegen werden Sie dazu wenig

Rechtsprechung oder vielmehr gar keine finden und auch relativ wenig Kommentarliteratur, wie sie zu handhaben ist. Es hilft immer ein bisschen, sich über den Grund der Norm anzunähern. Ich glaube, der Grund ist relativ klar: Was man verhindern möchte, wenn endgültige Angebote abgegeben werden, ist, dass, wenn der Auftraggeber feststellt, dass derjenige<sup>115</sup>, den man eigentlich vielleicht als liebsten Partner hätte, gar nicht vorliegt, er das Verfahren dann einfach wieder eröffnet und sagt: „Wir machen eine neue Verhandlungsrunde“, mit der Hoffnung, dann zu einem besseren oder dem eigentlich gewünschten Ergebnis zu kommen. Also, ein offensichtlicher Schutz der Bieter vor weiterem Wettbewerb.

Das ist ein Thema, mit dem sich die Rechtsprechung auch früher schon befasst hat, insbesondere wenn der Auftraggeber sich in seinen Regeln selber gebunden hatte und gesagt hat: Das geht nicht mehr. - Und da stellte sich eben auch schon die Frage: Ist es dann zulässig, noch mal zu verhandeln? Und da hat die Rechtsprechung eben herausgearbeitet, dass die Wiederaufnahme von Verhandlungen grundsätzlich auch nach der Abgabe finaler Angebote unter engen Voraussetzungen erlaubt ist, wenn es dazu einen ausreichenden sachlichen Grund gibt und man das Verfahren transparent und nicht diskriminierend fortsetzt. Der sachliche Grund - dazu gibt es auch eine Entscheidung vom Kammergericht Berlin - mag darin liegen, dass eben die Wiederaufnahme der Verhandlungen noch erhebliche wirtschaftliche Vorteile erwarten lässt, die bislang möglicherweise nicht thematisiert oder besprochen worden sind.

Wir sind der Auffassung, dass diese Grundsätze auch weiterhin Geltung beanspruchen sollen, man diese sachlichen Gründe haben kann und deswegen eigentlich hier die Frage zu beantworten ist, ob der Übergang und die unmittelbaren Verhandlungen mit diesem einen Bieter eben möglich waren, ohne gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen. Das ist eigentlich die

<sup>113</sup> Ergänzung des SV um: „Vergabeverordnung“, siehe Anlage 6, S. 67

<sup>114</sup> Ergänzung des SV um: „aus der Vergabeverordnung“, siehe Anlage 6, S. 68

<sup>115</sup> Ergänzung des SV um: „Bieter“, siehe Anlage 6, S. 68



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Frage: Hätte man sachliche andere Bieter berücksichtigen müssen, oder konnte man mit dem einen Bieter jetzt weiterverhandeln?

Und das führt dann auch zu der zweiten Frage, die beim Rechnungshof nach meinem Verständnis aufgebockt ist: Hätten denn alle anderen Bieter auch wieder berücksichtigt werden müssen? Ich glaube, im Normalfall wäre es so gewesen, dass, wenn mehrere Angebote abgegeben worden wären, es diese Norm und diese Voraussetzung verlangt hätte, dann auch mit mehreren Bietern verhandeln zu müssen. Das scheint uns völlig unstrittig zu sein. Hier haben wir aber die Besonderheit - Sie wissen das aus dem Verfahren -, dass eben nur ein finales Angebot abgegeben worden ist und die anderen Bieter in dem Verfahren auf eine Angebotsabgabe verzichtet haben. Das ist eine etwas andere Situation.

Das BMVI hat dann eben mit diesem einen Bieter verhandelt, und wir meinen, dass das nach vergaberechtlichem Grundsatz wohl auch zulässig sein wird, und zwar letztlich, weil wir das Diskriminierungsverbot hier so auslegen würden, dass wir sagen: Wir haben zwei verschiedene Sachverhaltsgruppen. Wir haben einen Bieter, der ein vergabekonformes Angebot abgegeben hat im Einklang mit den entsprechenden Vergabeunterlagen, der damit auch einen bestimmten Anspruch in dem Verfahren errungen hat, dass man mit ihm spricht, dass man über dessen Zuschlagsfähigkeit<sup>116</sup> nachdenkt. Und wir haben drei Bieter, die eigentlich durch die Nichtabgabe der Angebote erklärt haben, dass sie unter diesen Bedingungen eigentlich gar nicht weitermachen können, vergaberechtlich damit eigentlich auch ihre Stellung als Bieter verloren haben. Und wir glauben, dass, wenn man das Diskriminierungsprinzip anwenden würde, man die nicht einfach alle gleich behandeln kann, sondern dass man diese unterschiedlichen Gruppen<sup>117</sup> berücksichtigen muss, sodass man eben mit dem einen, der das Angebot abgegeben hat, auch weiter verfahren darf. Der sachliche Grund, wenn man so will, warum man diesen

einen bevorzugt handhaben und die anderen nicht berücksichtigen kann, liegt darin, dass der eben ein vergabekonformes Angebot aus dieser Runde abgegeben hat.

Dann stellt sich die weitere Frage - und auch die ist dann entsprechend umstritten -: Worüber darf dann eigentlich verhandelt werden? Also, welche Verhandlungen dürfen geführt werden? Da gibt es zwei Themenkreise, die ich kurz erwähnen will.

Der erste Themenbereich ist, glaube ich - das habe ich auch beim Bundesrechnungshof gefunden -, die Frage, ob denn über Mindestanforderungen verhandelt worden ist. Und Sie erinnern sich an die Eingangsnorm, die ich genannt habe. Das wäre nach § 17 Absatz 10 Satz 2<sup>118</sup> im Grundsatz unzulässig. Hier ist der Grund für dieses Verhandlungsverbot darin zu finden, dass man eigentlich mit Wertungskriterien und Mindestkriterien den Bietern so eine Art stabilen Rahmen für das gesamte Verfahren geben möchte. Was Mindestkriterien sind, führt wieder in die Vergabeunterlagen. Ja, das ist wieder schwierig zu beantworten. Man muss in den Vergabeunterlagen ermitteln, was der Auftraggeber als Mindestkriterien hat formulieren wollen. Hier gibt es auf jeden Fall welche. Für uns ist das sicherlich eine funktionale Leistungsbeschreibung gewesen, in der man üblicherweise eine ganze Reihe von Mindestkriterien formulieren wird, die dann für das System - egal, wie der Bieter es entwickeln will - als wichtige Voraussetzungen einzuhalten sind. Das wiederum lässt sich aber ehrlicherweise nur beantworten, wenn man wieder die Vergabeunterlagen und Angebote anguckt. Insofern ist es eigentlich auch wieder ein Auftrag oder eine Bitte an Sie, wenn Sie dem<sup>119</sup> nachgehen wollen. Das muss man, glaube ich, mit diesen Unterlagen prüfen.

Wir können nur darauf hinweisen, dass das, was vom Rechnungshof diskutiert worden ist, jetzt nicht so ohne Weiteres danach klingt, dass wir

<sup>116</sup> Ergänzung des SV um: „seines Angebotes“, siehe Anlage 6, S. 68

<sup>117</sup> Ergänzung des SV um: „Sachverhaltsgruppen“, siehe Anlage 6, S. 69

<sup>118</sup> Ergänzung des SV um: „Vergabeverordnung“, siehe Anlage 6, S. 69

<sup>119</sup> Ergänzung des SV um: „konkret“, siehe Anlage 6, S. 69



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Verstöße gegen Mindestanforderungen sehen. Ich glaube, die Punkte waren vorhin schon ermittelt worden. Es ging einmal um „Änderungen<sup>120</sup> Vergütungsstruktur“, „variable, fixe Kriterien“. Das scheint uns ehrlicherweise ein typischer kommerzieller Punkt in Verhandlungen zu sein. Also, wir glauben nicht, dass das eine Mindestanforderung ist, wie wir sie vergaberechtlich in den Verfahren<sup>121</sup> üblicherweise kennen.

Und dann gibt es natürlich das Thema der Mitnutzung des Zahlstellen-Terminals. Auch da scheint es uns weniger um Mindestanforderungen zu gehen als um den Umfang der zu erbringenden Leistung, also, wie man den definieren will. Deswegen kann ich nur sagen: Aus dem, was uns hier vorliegt, können wir diese Mindestanforderung, über die verhandelt worden ist, im Grundsatz zunächst mal nicht erkennen.

Dann gibt es einen zweiten Punkt, der würde auch zu einer Art von Verhandlungsverbot führen, nämlich die Frage, ob eigentlich so verhandelt worden ist, dass der ausgeschriebene Beschaffungsgegenstand sich substantiell verändert hat. Auch das ist ein Punkt, dem man nachgeben müsste. Das liegt so ein bisschen nahe, weil wir diese gewaltige Angebotssummenveränderung haben von 3 auf die 2 Milliarden Euro. Die Rechtsprechung hat dazu nun wirklich eine Vielzahl von Kriterien herausgearbeitet und sagt: Das ist auf jeden Fall der Fall, wenn wir einen Aliud haben, also einen völlig anderen Leistungsgegenstand. Ich könnte mir das zum Beispiel vorstellen, wenn man die Vignette gegen eine streckenbezogene Maut austauschen würde in so einem Verfahren; das wäre offenkundig nicht dasselbe, aber wäre vielleicht ein Beispiel dafür.

Ansonsten ist das anhand von vielen Einzelumständen<sup>122</sup> festzulegen und darf jedenfalls das Substrat des Beschaffungsgegenstandes nicht berühren. Da muss man jetzt auch wieder in die<sup>123</sup> Informationen gucken: Was ist hier

offensichtlich noch verhandelt worden? Hat das wirklich diesen Beschaffungsgegenstand verändert? Das sehen wir wiederum zweifelhaft. Hinsichtlich der Anpassung der Vergütungssysteme scheint das nicht so richtig. Das ist ein typischer Verhandlungspunkt, der aber den Beschaffungsgegenstand nicht verändert. Hier wäre der typische Ansatzpunkt ganz offensichtlich die Herausnahme der Toll-Collect-Leistungen. Die könnte man am ehesten da unterbringen, also diese Teilleistungen durch die Mitnutzung des Zahlstellensystems von Toll Collect. Aber wenn man das versucht zu eliminieren, dann bleibt natürlich der Auftrag weiterhin auf das Beschaffungsziel gerichtet, die Entwicklung, Errichtung, den Betrieb des Maut-Systems zu wahren.

Ein weiterer Punkt. Es ist auch vertraglich so, dass der Betreiber für die Erhebung der Maut und für die Zahlstelleninfrastruktur verantwortlich bleibt, von daher insoweit gar nichts geändert hat, sodass wir das daraus eigentlich nicht so richtig ableiten könnten.

Dann vielleicht ein letzter Punkt, den ich nur ganz kurz erwähnen will - vielleicht mag man da gleich in der Diskussion darauf eingehen -, das ist ein vergaberechtlicher Punkt, das Thema Spitzentreffen: dass sich in den Verhandlungen eben Hausspitzen getroffen haben. Darüber wissen wir ehrlicherweise wenig. Ich kenne das aus Vergabeverfahren, wenn es zu sehr grundlegenden Themen kommt, ob man das überhaupt hinbekomme. Es ist natürlich zulässig. Auch die Spitze kann sich natürlich<sup>124</sup> beteiligen, aufklären, vielleicht auch verhandeln. Sie muss sich dann natürlich an dieselben Regeln halten wie das Verhandlungsteam im Übrigen auch. Wir würden auch

<sup>120</sup> Ergänzung des SV um: „der“, siehe Anlage 6, S. 69

<sup>121</sup> Richtigstellung des SV: „Vergabeverfahren“, siehe Anlage 6, S. 69

<sup>122</sup> Richtigstellung des SV: „Einzelkriterien“, siehe Anlage 6, S. 70

<sup>123</sup> Ergänzung des SV um: „vorliegenden“, siehe Anlage 6, S. 70

<sup>124</sup> Ergänzung des SV um: „an dem Verfahren“, siehe Anlage 6, S. 70



## Nur zur dienstlichen Verwendung

grundsätzlich eine entsprechende Dokumentation<sup>125</sup> erwarten, die aber wieder ein bisschen abhängig<sup>126</sup> ist - das finden Sie, ich glaube, in § 8<sup>127</sup>-, weil die Dokumentation eigentlich Entscheidungsvorgängen dient sozusagen, um die darlegen oder nachweisen zu können. Da muss man dann gucken<sup>128</sup>, was inhaltlich besprochen worden ist und wie viel Dokumentation erforderlich ist. Das ist, glaube ich, alles, was ich zu sagen habe.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann darf ich jetzt Sie bitten, Herr Dr. Núñez Müller. Sie kriegen jetzt natürlich auch zwei, drei Minuten mehr, wie Ihr Kollege, wenn Sie möchten.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Vielen Dank. - Ich darf zunächst auf unsere schriftliche Stellungnahme verweisen, die dem Ausschuss zugeleitet worden ist, gestern ebenso die verschiedenen<sup>129</sup> Gutachten zu den sich hier stellenden EU- und beihilferechtlichen Fragen. Ich darf zum Zweiten darauf hinweisen, dass mir - ähnlich wie dem Kollegen - nur ein Bruchteil der hier einschlägigen Dokumente vorgelegen hat, nämlich nur ein Teil der öffentlich zugänglichen und im Übrigen das, was in der Presse verlautbart war. Von daher sind das, was ich hier im Wesentlichen äußere, Teilfeststellungen, insbesondere aber Zweifel am Vorgehen, keine abschließenden Feststellungen, die nur auf der Grundlage einer vollständigen Dokumentenanalyse möglich wären. Ich werde mich hier auf die vergaberechtlichen Zweifel, die wir haben, beschränken, mit einem ganz kurzen beihilferechtlichen Schlusswort, weil ich auch dieses Thema für sehr wichtig halte.

Wir haben Zweifel an der Gestaltung des Vergabeverfahrens, an der Durchführung des Vergabeverfahrens, an nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages und auch an der Frage, warum

hier vergabekonforme Alternativen zu dem Ansatz, der hier vorgenommen<sup>130</sup> wurde, vom BMVI nicht ergriffen wurden.

Zweifel an der Vergabe, an der Gestaltung des Vergabeverfahrens ergeben sich in zwei Punkten, zum einen an der Frage, ob hier eine hinreichende konzeptionelle Ausschreibungsreife schon zu Beginn vorhanden war. Eine solche konzeptionelle Ausschreibungsreife ist nur dann gegeben, wenn keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung entgegenstehen. Ungeklärte rechtliche Vorfragen, die ein Hindernis für die Leistungsausführung darstellen, können die konzeptionelle Ausschreibungsreife ausschließen. Das hat die Vergabestelle naturgemäß in eigener Kompetenz zunächst einmal zu beurteilen. Ihr steht auch ein Beurteilungsspielraum zu. Sie darf dies<sup>131</sup> aber nur dann verneinen<sup>132</sup>, wenn sie beurteilungsfehlerfrei zu dem Schluss kommt, dass keine zivil- oder öffentlich-rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung entgegenstehen.

Wir meinen hier, dass aufgrund der im Raum stehenden Unionsrechtswidrigkeit der Pkw-Maut in der gewählten Form die konzeptionelle Ausschreibungs- und damit Vergabereife im Zweifel stand. Eine entsprechende Entscheidung des EuGH hätte auch rechtlich ein Hindernis darstellen können, jedenfalls aber tatsächlich vor dem Hintergrund nämlich, dass Geschäftsgrundlage aus der Sicht des BMVI für das Gesamtprojekt die Kompensation für Halter deutscher Pkw war, die ja dann in der Tat der EuGH auch für diskriminierend und einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit erklärt hat. Auch die Bieter haben in ihrer ersten Reaktion nach den Erstanteilen dies ähnlich gesehen und deswegen darauf gedrungen, dass die Entschädigungsfolgen geändert werden.

<sup>125</sup> Ergänzung des SV um: „der Gespräche“, siehe Anlage 6, S. 70

<sup>126</sup> Ergänzung des SV um: „von den Inhalten“, siehe Anlage 6, S. 70

<sup>127</sup> Ergänzung des SV um: „Vergabeverordnung“, siehe Anlage 6, S. 70

<sup>128</sup> Richtigstellung des SV: „im Einzelfall prüfen“, siehe Anlage 6, S. 70

<sup>129</sup> Richtigstellung des SV: „gestern zugeleitet worden ist, sowie auf das hiervon zu unterscheidende Gutachten“, siehe Anlage 5, S. 1

<sup>130</sup> Richtigstellung des SV: „verfolgt“, siehe Anlage 5, S. 1

<sup>131</sup> Richtigstellung des SV: „die konzeptionelle Ausschreibungsreife“, siehe Anlage 5, S. 2

<sup>132</sup> Richtigstellung des SV: „bejahen“, siehe Anlage 5, S. 2



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Aus unserer Sicht hat das BMVI diese Ausschreibungsreife nicht beurteilungsfrei<sup>133</sup> bejahen können. Für einen Beurteilungsfehler spricht aus unserer Sicht, dass das Risiko hier viel zu gering angesetzt wurde, das Risiko, was sich nämlich aus dem EuGH-Verfahren ergab. Es wurde hier zunächst nur von einem geringen, später von einem mittleren Risiko ausgegangen, auch nur von einem Verzögerungs-, nicht aber von einem Abbruchrisiko. Von daher hätte aus unserer Sicht das BMVI nicht zu einer Bejahung der Ausschreibungsreife zu dem Zeitpunkt, wo die Ausschreibung hier eingeleitet wurde, kommen können<sup>134</sup>.

Fraglich ist zudem, ob bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen die einschlägigen Standards eingehalten wurden. Wir meinen, dass es hier möglich gewesen wäre, Maßnahmen zu ergreifen, die es insbesondere verhindert hätten, dass es hier zu einem erheblichen Preissprung von den Erstangeboten hin zum ersten finalen Angebot, dem ersten BAFO, kam. Es kann sich nämlich das BMVI nach § 17 Absatz 11 VgV in der Auftragsbekanntmachung die Möglichkeit vorbehalten, den Zuschlag schon auf das Erstangebot zu erteilen. Das ist ein Instrument, was typischerweise zur Preisdisziplinierung der Bieter eingesetzt wird, also die Bieter insbesondere daran hindern soll, mit einem niedrigen Erstangebot reinzugehen und dann anschließend beim BAFO deutlich höher zu bieten, so wie es auch hier vorgekommen ist. Ebenso kann der Auftraggeber die Bieter verpflichten, in Folgeangeboten nach dem Erstangebot den Preis des Erstangebotes nicht zu überschreiten. Auch diese Maßnahme wurde hier nicht ergriffen.

Wir haben dem Bundesrechnungshof folgend auch Zweifel an der Schiedsklausel, die hier gewählt worden ist. Dazu hat der Bundesrechnungshof aus unserer Sicht hinreichend, extensiv ausgeführt, sodass ich hier nicht mehr dazu Stellung nehmen werde.

Wir haben dann insbesondere mehrfache Zweifel an der Durchführung des Vergabeverfahrens in

vielfacher Hinsicht, zum einen, was die Verhandlung mit nur einer von vier Bietergemeinschaften nach Abgabe des finalen Angebots angeht. Das BMVI hatte nach Abgabe des ersten BAFO allein mit der Bietergemeinschaft Paspagon verhandelt. Das verstößt unserer Auffassung nach gegen § 17 Absatz 10 und Absatz 13 der Vergabeverordnung. Es verstößt auch gegen die allgemeinen Grundsätze von Wettbewerb und Transparenz nach § 97 Absatz 1 GWB.

Zum einen steht hier im Raum der § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV. Danach darf ein öffentlicher Auftraggeber mit den Bietern nur über Erst- und Folgeangebote verhandeln, nicht aber über endgültige Angebote, nicht also hier über ein BAFO. Das gebietet schon der faire Preis- und Leistungswettbewerb und die Gleichbehandlung der Bieter. Dies sehen wir hier verletzt.

Wir sehen auch nicht, dass das Urteil oder der Beschluss des Kammergerichts Berlin, den Herr Kollege Dr. Endler hier angeführt hat, einschlägig ist. Das ist ein Beschluss, der noch nach alter Rechtslage, also vor Erlass des § 17 Absatz 10 VgV, ergangen ist. Zum heutigen Zeitpunkt könnte ein solcher Beschluss nicht mehr ergehen. Auch die Sachverhaltsgestaltung des dortigen Verfahrens war eine andere als hier.

Das Verbot, über ein endgültiges Angebot zu verhandeln, gilt auch unabhängig davon, wie viele endgültige Angebote abgegeben wurden. Der Umstand, dass nur ein endgültiges Angebot abgegeben wurde, erlaubt nicht per se, über dieses einzige endgültige Angebot auch zu verhandeln. Denn es ist nie auszuschließen, dass Bieter, die eben kein endgültiges Angebot abgegeben haben, bei Kenntnis des Verhandlungsergebnisses, was ja hier zu einer deutlichen Änderung der Gesamtkonstellation geführt hat, auch noch auf den Zug aufspringen nachträglich und ihrerseits modifizierte Angebote abgeben.

Das BMVI hat hier nach eigenem Eingeständnis Verhandlungsgespräche über das erste BAFO ge-

<sup>133</sup> Richtigstellung des SV: „beurteilungsfehlerfrei“, siehe Anlage 5, S. 2

<sup>134</sup> Richtigstellung des SV: „dürfen“, siehe Anlage 5, S. 2



## Nur zur dienstlichen Verwendung

führt entgegen § 17 Absatz 10, und es hat insbesondere über Änderungen am Betreibervertrag hinsichtlich der Tragung von Portokosten, Einbindung von Toll Collect und Ausdehnung variabler Vergütungsbestandteile verhandelt. Es kann sich nicht darauf berufen, dass es sich solche Verhandlungen vorbehalten hätte. Insbesondere das Informationsmemorandum des Ministeriums sah eine solche Verhandlung nicht vor. Es waren auch nicht lediglich Aufklärungsgespräche, schon nach eigener Einlassung des Ministeriums.

Zum anderen sehen wir darin eine unzulässige Diskriminierung der übrigen Bieter der drei Bietergemeinschaften, die hier kein finales Angebot eingereicht hatten. Hier ist zu verweisen auf den Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 17 Absatz 13 Vergabeverordnung. Hier hat eben das Ministerium nur mit Paspagon nach dem ersten BAFO verhandelt. Wenn es denn eine Neuverhandlung tätigen wollte, was allerdings nach § 17 Absatz 10 auch nicht möglich war, dann hätte es jedenfalls die Bieter, die kein finales Angebot abgegeben hatten, noch nachträglich zur Abgabe eines Angebotes einladen müssen.

Es gab ja auch keine formale Reduzierung des Bieterkreises; insbesondere war eine solche Reduzierung auch nicht in der Auftragsbekanntmachung vorgesehen gewesen. Es hatten lediglich die drei <sup>135</sup> Bietergemeinschaften kein finales Angebot eingereicht.

Zum Dritten meinen wir, dass hier in unzulässiger Weise über Mindestanforderungen verhandelt worden ist. Das verstößt gegen § 17 Absatz 10 Satz 2 der Vergabeverordnung. Das ist im Kern vom Ministerium auch eingestanden worden, indem sich nämlich der Minister mit Schreiben vom 11.09.2019 an den FDP-Fraktionsvorsitzenden dahingehend geäußert hat, dass sich die Klarstellungen und Anpassungen dieser Verhandlungsrunden nicht *wesentlich* auf die Mindestanforderungen ausgewirkt hätten. Nun: Auch

unwesentliche Anpassungen von Mindestanforderungen sind eben nicht gestattet nach § 17 Absatz 10 Satz 2 Vergabeverordnung.

Wir meinen ferner, dass hier gegen die Dokumentationspflicht verstoßen worden ist, weil nämlich vier Verhandlungsrunden mit Paspagon in der Endphase nicht protokolliert worden sind. Wir meinen ferner, dass hier einiges dafür spricht, dass die Vergabeunterlagen für das zweite BAFO, das reduzierte BAFO, von Paspagon nachträglich in unzulässiger Weise verändert worden sind, indem insbesondere zum einen die Mindestanforderung an das Angebot, vor allem aber die Identität des Beschaffungsgegenstandes verändert wurde, indiziert schon quantitativ durch die erhebliche Reduzierung des angebotenen Preises von 3 auf 2 Millionen<sup>136</sup>, insbesondere aber durch die Änderung des Auftrages selbst durch die Einbeziehung von Toll Collect mit entsprechender Leistungsreduzierung aufseiten des Konsortiums zu einem Preis, der teilweise vom Ministerium subventioniert werden sollte.

Wir meinen auch, dass hier Zweifel an der Zuschlagsfähigkeit auf das zweite reduzierte BAFO bestanden, insbesondere weil dieses nicht vollständig gedeckt war durch eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Aus rein formaler Sicht ist darauf hinzuweisen, dass am 18.12.18 hier der Zuschlag erteilt wurde. Noch am 18.12.18 haben die Wirtschaftsprüfer, die mit dieser Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beauftragt waren, Telefonkonferenzen mit dem KBA, mit dem Kraftfahrt-Bundesamt, geführt, um den Sachverhalt aufzuklären. Das ist relativ spät, um hier noch zu einer abschließenden Wirtschaftlichkeitsbewertung zu kommen. Dementsprechend haben diese Wirtschaftsprüfer am 18.12.18 auch nur einen Kurzbericht und keine abschließende Bewertung vorgelegt. Die erfolgte erst am 24. Mai 2019, also nachträglich und nicht als quasi Grundlage der Zuschlagserteilung.

Wir meinen auch, dass die nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages durch Unterbeauftragung von Toll Collect in sich Zweifel wecken.

<sup>135</sup> Ergänzung des SV um: „anderen“, siehe Anlage 5, S. 2

<sup>136</sup> Richtigstellung des SV: „Milliarden Euro“, siehe Anlage 5, S. 2



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Hier hat sich ja Toll Collect verpflichtet, autoTicket, also quasi Paspagon, sein Mautstellennetz zur Verfügung zu stellen zu einer Vergütung durch autoTicket, die marktunüblich niedrig war. Das Delta sollte durch das Ministerium ausgeglichen werden. Hier sehen wir eine wesentliche Änderung des Betreibervertrages im Sinne von § 132 Absatz 1 Satz 1 GWB, die durch diese Norm nicht gedeckt war.

Zum einen nämlich wurde hier ein wesentliches Kostenrisiko auf den Auftraggeber abgewälzt, und zum anderen sind eben die Voraussetzungen, unter denen nach § 132 - eine relativ lange Vorschrift im GWB - ausnahmsweise Änderungen möglich sind, hier nicht eingehalten worden. Insbesondere ist hier das wirtschaftliche Gleichgewicht erheblich verschoben worden, und es ist eben nicht auszuschließen, dass, wenn die anderen drei Bietergemeinschaften von der Einbeziehung von Toll Collect Kenntnis gehabt hätten, auch sie dann entsprechend noch mal ein Angebot eingeholt<sup>137</sup> hätten. Nur: Sie hatten von all dem keine Kenntnis.

Wir meinen ferner, dass die Einbeziehung von Toll Collect hier sogar das Risiko beschworen hat, dass der Lkw-Maut-Vertrag hätte aufgehoben werden können. Der war ja nach der - in Anführungsstrichen - „Verstaatlichung“ von Toll Collect im Wege der Inhousevergabe vergeben worden. Diese Inhousevergabe ist nur unter ganz engen Voraussetzungen möglich. Dazu gehört auch, dass der staatlich beherrschte Auftragnehmer mehr als 80 Prozent seiner Leistung gerade an den Auftraggeber erbringt. Wenn jetzt Toll Collect das<sup>138</sup> nicht mehr an den Auftraggeber, sondern zu einem erheblichen Bestandteil - möglicherweise mehr als 20 Prozent - an die autoTicket hätte erbringen sollen, wäre möglicherweise eine Voraussetzung für die Inhousevergabe nachträglich weggefallen, und das hätte dann rechtlich dazu geführt, dass eben der Lkw-Maut-Vertrag ebenfalls hätte neu ausgeschrieben werden müssen.

Wir meinen auch, dass es hier vergaberechtskonforme Alternativen gegeben hätte, sei es durch eine Beendigung des Vergabeverfahrens, die nach § 63 Vergabeverordnung immer möglich ist, sei es durch eine Zurücksetzung des Verfahrens, eine Aussetzung des Verfahrens oder die schlichte Nichtannahme des zweiten BAFO. Dann hätte sich das Ministerium immer noch darauf verständigen können, ein eigenes Angebot - meinethalben sogar in Form des zweiten BAFO - an den verbliebenen Bieter zu richten, der das dann hätte annehmen oder ablehnen können. Es gab jedenfalls mannigfaltige Alternativen, die die hier eingetretenen Risiken hätten vermeiden können.

Abschließend drei Worte zum Beihilferecht. Wir haben hier zum einen eine erhebliche Beeinträchtigung des Haushalts durch die Entschädigungsfolgen, die von CTS Eventim qua Ad-hoc-Mitteilung mit 560 Millionen<sup>139</sup> bewertet worden sind. Wir haben aber zugleich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, und zwar zukunftsgerichtet, einerseits auf dem Mautmarkt, andererseits auf dem Ticketmarkt, nämlich den beiden Märkten, auf dem Kapsch einerseits und CTS Eventim andererseits tätig sind. Die Wettbewerbsfolgen werden durch diesen Untersuchungsausschuss nicht beherrscht werden können, sondern hier könnten diese wettbewerbsabträglichen Folgen nur durch die Europäische Kommission im Rahmen einer beihilferechtlichen Prüfung abgestellt werden.

Nach unserer Auffassung würde auch die Auszahlung der Entschädigung eine staatliche Beihilfe im Sinne von § 107 Absatz 1 AEUV darstellen. Es handelt sich um eine staatliche Maßnahme, die Auswirkungen auf den staatlichen Haushalt hat. Sie wird den Wettbewerb in den vorgenannten Märkten beeinträchtigen, auch den zwischenstaatlichen Handel, weil es hier auch um ausländische Anbieter geht. Vor allem aber stellt sie eine Begünstigung des Konsortiums dar durch eine marktunübliche Entschädigung für

<sup>137</sup> Richtigstellung des SV: „abgegeben“, siehe Anlage 5, S. 3

<sup>138</sup> Richtigstellung des SV: „ihre Leistung“, siehe Anlage 5, S. 3

<sup>139</sup> Ergänzung des SV um: „Euro“, siehe Anlage 5, S. 3





## Nur zur dienstlichen Verwendung

den Fall - ich bin in zwei Sekunden fertig oder fünf - der Kündigung wegen des EuGH-Urteils.

Da hier eine staatliche Beihilfe vorliegt, greift das beihilferechtliche Durchführungsverbot nach § 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV. Die Bundesregierung darf diese Entschädigungssumme, ungeachtet des Ausgangs des Schiedsverfahrens, nicht ausreichen, es sei denn, es liegt eine Freistellung vor oder eine Kommissionsgenehmigung. Eine Freistellung liegt nicht vor und eine Kommissionsgenehmigung bislang ebenso wenig. Letztere könnte eingeholt werden durch eine Notifizierung, sei es auch als No-Aid-Notifizierung, durch das Ministerium oder aber durch eine Beschwerde der betroffenen Wettbewerber. - Ich danke Ihnen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann bitte ich um Wortmeldungen. - Herr Mrosek, dann Herr Kuffer, dann Herr Luksic, dann Herr Kühn und Frau Lühmann.

**Andreas Mrosek (AfD):** Okay. Danke, Herr Vorsitzender. - Ich bin von Beruf Kapitän, daher: Kurze Fragen, kurze Antworten reichen.

(Heiterkeit)

Entscheidungen muss ich schnell treffen auf der Brücke.

Die Fragen. Der Bundesrechnungshof hat ja eine ganze Menge zusammengetragen, in der Sie ja auch gefischt haben. Sie sagten vorhin, die Ausschreibungsreife wäre nicht gegeben gewesen. Das sehen wir eigentlich auch so; denn es wurde ja noch mal drastisch reduziert. Hätte dann - das ist die erste Frage - neu ausgeschrieben werden müssen, weil es ja eine erhebliche Auftragsreduzierung oder Angebotsreduzierung war, die ja auch vertagt wurde in die nächsten Jahre? Dann hätten ja auch andere Bieter wieder neu bieten können bzw. nicht bloß die Bietergemeinschaften, die ausgestiegen sind, sondern es hätten sich

auch neue gründen können. Hätte das sein müssen? - Das ist jetzt die erste Frage.

Die zweite. Jetzt sind Bieter ausgestiegen, weil sie ausgeschieden sind. Jetzt hat sich ja das Auftragsvolumen geändert. Sie wurden an der neuen Ausschreibung nicht beteiligt. Haben sie ebenfalls jetzt das Recht, Schadenersatzforderungen zu stellen an den Auftraggeber? - Danke.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Das ist eine Frage an mich, nehme ich an.

**Andreas Mrosek (AfD):** Mir ist es egal. Sie können beide.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Ich beginne mal - als Hamburger - mit der letzten Frage. Die hier diskriminierten Bieter haben möglicherweise Schadenersatzansprüche, allerdings beschränkt auf das negative Interesse, nämlich die Kosten, die sie im Rahmen ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren hatten.

Die Frage der Ausschreibungsreife ist die Frage danach, ob dieses Vergabeverfahren zu dem Zeitpunkt, zu dem es eingeleitet wurde, überhaupt hätte eingeleitet werden dürfen. Aus unserer Sicht bestehen dort erhebliche Zweifel, weil eben - jetzt mal bildlich gesprochen - der weiße Elefant der Unionsrechtswidrigkeit des Gesamtpakets, auf dem hier die Vergabe der Verträge beruhte, nämlich Infrastrukturabgabengesetz in Verbindung mit dem zweiten Verkehrsteueränderungsgesetz, die Unionsrechtswidrigkeit dieses Gesamtpakets<sup>140</sup> unter erheblichen Zweifel stellte und auch schon absehbar war, dass Österreich hier vor dem EuGH gegen Deutschland diesbezüglich klagen würde.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich werde versuchen, das kurz zu machen. - Zur Vergabereife. Also, <sup>141</sup>Ausschreibungsreife würde ja tatsächlich bedeuten, dass man das Verfahren<sup>142</sup> hätte noch gar nicht beginnen können zu dem Zeitpunkt, Sie

<sup>140</sup> Richtigstellung des SV: „Vereinbarkeit dieses Gesamtpakets mit Unionsrecht“, siehe Anlage 5, S. 3

<sup>141</sup> Ergänzung des SV um: „solch eine“, siehe Anlage 6, S. 75

<sup>142</sup> Richtigstellung des SV: „Vergabeverfahren“, siehe Anlage 6, S. 75



## Nur zur dienstlichen Verwendung

es also nach der Entscheidung des EuGH erst einreichen können oder einleiten können. Das halten wir, ehrlich gesagt, für zweifelhaft.

Es gibt immer wieder Verfahren<sup>143</sup>, die, auch wenn hoheitliche oder rechtliche Dinge noch nicht geklärt sind, gleichwohl begonnen werden können. Hier ist<sup>144</sup> ja sogar, glaube ich, begonnen worden, bevor die Klage Österreichs überhaupt eingereicht war. Also, das kam erst im Verfahren. Es gibt eine Reihe von Rechtsprechungen dazu, insbesondere bei Planfeststellungsverfahren. Das ist so ein ähnliches Verfahren, wo die offen sind, wo mehrfach entschieden worden ist, dass, wenn die Planfeststellungsverfahren noch nicht abgeschlossen sind - das haben wir etwa bei den A-Modellen immer gehabt - oder auch gerichtliche Verfahren noch offen sind, dies nicht hindert, das Ausschreibungsverfahren zu beginnen. Sie müssen dann im Einzelnen schauen, dass Sie diese Risiken eben vertraglich sachgerecht handhaben. Deswegen: Das überzeugt mich nicht so mit der Ausschreibungsreife.

Der zweite Punkt: mit den Ausschreibungen, also Schadenersatz, nach dem Sie gefragt haben. Das ist natürlich wieder eine Frage, welcher Auffassung Sie hier folgen. Wir sind ja der Auffassung, dass nach diesen Verhandlungen die Bieter, nachdem sie kein Angebot abgegeben haben, mit hoher Sicherheit eben auch keine<sup>145</sup> Verfahrensposition mehr haben. Und dann können sie natürlich auch nicht verlangen, noch mal berücksichtigt zu werden, und hätten natürlich auch keinen Schadenersatzanspruch.

Es ist die Frage, wie man diese verschiedenen Fragen, durch die wir eben gegangen sind, eben auslegt. Und wenn man sagt: „Es ist eben zutreffend, mit dem einem<sup>146</sup> weiterzuverhandeln“ - das ist unsere Position gewesen -, dann sind die anderen Bieter natürlich genauso rechtmäßig ausgeschieden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Kollege Kuffer, bitte.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, vielen Dank. - Herr Dr. Endler, zunächst mal vielen Dank für Ihre Ausführungen. Vielleicht vorneweg: Ich würde Sie gerne sozusagen zu drei Komplexen noch mal fragen, erstens Verhandlungen nach dem finalen Angebot, dann zur Frage der Zuschlagserteilung und schließlich noch mal zu dieser Frage der Entschädigungsregelung.

Zum ersten Punkt, Verhandlungen nach dem möglicherweise finalen Angebot, haben Sie erfreulicherweise relativ intensive Ausführungen gemacht, sodass ich hier einfach noch mal den Versuch unternehme, zusammenzufassen, und Sie dann fragen würde, ob ich Sie da insoweit richtig verstehe. Sie sagen, man muss den Zweck der Regelung des § 17 VgV angucken, und berufen sich dabei, wenn ich Sie richtig verstanden habe, auf die Rechtsprechung, indem Sie sagen: Es geht zunächst mal um Sicherung des geordneten Wettbewerbs. Es geht um die Chancengleichheit und die Diskriminierungsfreiheit gegenüber den Bietern und auch darum, dass man eine einheitliche Frist in der Verfahrenshandhabung hat, wo man sagt: Jetzt ist sozusagen Zeit für den letzten Schuss. - Habe ich Sie da zunächst mal richtig verstanden? Also, Sie hinterfragen den Zweck des § 17 VgV mit den von mir gerade genannten Kriterien.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Wir definieren den Zweck tatsächlich genau so, wie Sie ihn wiedergegeben haben. Es ist ein Versuch, Missbrauch, wie man mit den abschließenden Angeboten umgeht, einzudämmen. Wir kennen das Problem auch aus früheren Sachen und sagen dann: Wenn man sicherstellen kann - das ist ja letztlich die Voraussetzung -, dass es einen vernünftigen Zweck<sup>147</sup> gibt und der Wettbewerb eingehalten wird und es nicht diskriminierend ist, dann darf man voranschreiten. So hat es die

<sup>143</sup> Richtigstellung des SV: „Vergabeverfahren“, siehe Anlage 6, S. 75

<sup>144</sup> Ergänzung des SV um: „die Vergabe“, siehe Anlage 6, S. 75

<sup>145</sup> Ergänzung des SV um: „vergaberechtliche“, siehe Anlage 6, S. 75

<sup>146</sup> Richtigstellung des SV: „verbliebenen Bieter“, siehe Anlage 6, S. 75

<sup>147</sup> Richtigstellung des SV: „Grund“, siehe Anlage 6, S. 75



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Rechtsprechung früher entschieden. Und natürlich hat der Kollege recht: Das ist eine Entscheidung - das habe ich ja auch vorhin gesagt -, die zum alten Recht, also noch nicht zu dieser Norm, ergangen ist. Wir glauben aber, dass das<sup>148</sup> weiterhin gleichwohl Anwendung finden kann. Nur muss man ehrlicherweise sagen: Da stehen sich dann eben zwei Auffassungen gegenüber; das muss vielleicht irgendwann mal durch das Gericht entschieden werden. Wir sind der Meinung: Die besseren Argumente sprechen dafür, das so beizubehalten. Denn die Alternative wäre, ehrlich gesagt: Stellen Sie sich so ein Verfahren, ein zweijähriges Verfahren<sup>149</sup> mit erheblichen Angebotskosten<sup>150</sup>, vor, und man stellt jetzt fest, man hat in dieser Verhandlungsrunde noch nicht alles gefasst. Dann müsste man ja tatsächlich im Übrigen jetzt ein Verhandlungsverbot, wenn man nicht weiterkommt, aufheben. Und das finden wir nicht sachgerecht, wenn es noch einen Grund gibt, dieses Verfahren wirtschaftlich abschließen zu können<sup>151</sup>.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Danke. - Jetzt sagen Sie, die Rechtsprechung ist sozusagen noch zur alten Regelung ergangen. Aber würden Sie mir widersprechen, dass gleichwohl auch für die neue Rechtslage die Kommentarliteratur zumindest in der Beschreibung des Zwecks der Regelung insoweit gleich geblieben ist?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Wie gesagt, in der neuen Regelung ist dieser Zweck geblieben. Die Literatur, die Kommentarliteratur, soweit ich sie gelesen habe, ist schlicht offen. Es gibt welche, die das sehr apodiktisch verstehen, und es gibt welche, die diese alten Überlegungen weiter zur Geltung bringen lassen wollen.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Aber es würde in der Kommentarliteratur zumindest niemand dem Grundsatz widersprechen, der sagt: „Der Zweck

der Regelung des § 17 ist weiterhin sozusagen geordneter Wettbewerb, Chancengleichheit und eine einheitliche Verfahrenshandhabung, was den Zeitpunkt betrifft“?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich kann Ihnen nicht sagen, ob das jetzt in jedem Kommentar so ist; aber das wird jedenfalls von vielen als der zugrundeliegende Zweck verstanden, und wir verstehen das auch. Das macht ja den Sinn dieser Regelung so eigentlich aus.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Verstehe ich Sie dann des Weiteren richtig, dass Sie sagen: „Die Besonderheit liegt dann, wenn man sozusagen von diesen Zwecken des § 17 VgV ausgeht, hier darin, dass am Ende nur noch ein Bieter oder eine Bietergemeinschaft übrig geblieben ist“?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist die Frage, die sich dann stellt. Sie müssen ja diese Voraussetzungen auch wirklich erfüllen. Und da geht es natürlich um die Frage der Diskriminierungsfreiheit. Da hatte ich ja einleitend gesagt: Wenn es jetzt verschiedene Angebote gegeben hätte, scheint es mir völlig klar, dass man alle hätte berücksichtigen müssen. Aber hier ist eben nur noch ein Angebot; das ist die Besonderheit. Die anderen Bieter haben eben gesagt: Auf dieser Grundlage wollen wir kein Angebot abgeben. - Jetzt kann man die Risiken<sup>152</sup> unterschiedlich betrachten. Man kann sagen - wenn ich es richtig verstanden habe -: Man muss eben alle wieder einbinden, damit man überhaupt noch weitermachen darf, vorausgesetzt man kommt darüber. Ich verstehe den Rechnungshof<sup>153</sup> ein bisschen so. Ich glaube, der Rechnungshof bleibt nicht stehen bei der Frage, sondern sagt: Dann hätte er eben alle berücksichtigen müssen. - Aber stellen Sie sich die Position dieses einen Bieters vor, der dieses konforme<sup>154</sup> Angebot abgegeben hat. Der würde sicherlich sagen: Ich habe alles getan, entsprechend euren Anforderungen getan, um

<sup>148</sup> Richtigstellung des SV: „diese Maßstäbe“, siehe Anlage 6, S. 76

<sup>149</sup> Richtigstellung des SV: „Vergabeverfahren“, siehe Anlage 6, S. 76

<sup>150</sup> Ergänzung des SV um: „der Bieter“, siehe Anlage 6, S. 76

<sup>151</sup> Richtigstellung des SV: ...“einen ausreichenden Grund oder eine entsprechende Erwartung gibt, dieses Verfahren

wirtschaftlich in diskriminierungsfreier Art und Weise“ ..., siehe Anlage 6, S.76

<sup>152</sup> Richtigstellung des SV: „Rechtsfolgen“, siehe Anlage 6, S. 76

<sup>153</sup> Richtigstellung des SV: „Bundesrechnungshof“, siehe Anlage 6, S. 76

<sup>154</sup> Richtigstellung des SV: „vergabekonforme“, siehe Anlage 6, S. 76



## Nur zur dienstlichen Verwendung

hier eine Verfahrensposition zu bekommen. Ich bin derjenige, mit dem jetzt eben auch vorrangig gesprochen werden müsste. - Und deswegen glauben wir, dass diese Verfahrensposition zu schützen ist, was dann bedeuten würde, dass Sie aus diesem Grund diskriminierungsfrei mit einem Bieter weiterverhandeln könnten.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Sie haben jetzt auch den Rechnungshof erwähnt. Haben Sie das Gefühl, dass diesem Umstand oder dieser Besonderheit, dass wir eben nur noch einen Bieter hatten, in dem Fall mit allen Auswirkungen auf die Frage des Wettbewerbs und der Diskriminierungsfreiheit, im Rechnungshofbericht ausreichend Raum gegeben wird?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Nein, ich glaube, das spielt gar keine Rolle, soweit ich das verstehe.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Spielte im Rechnungshofbericht keine Rolle?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Nein, nein, nein. Im Rechnungshofbericht gibt es mehrfach, soweit ich das verstanden habe, den Hinweis, wettbewerbliche Verfahren öffnen zu können, etwa auch aus diesem Grund heraus, dann aus dem Grund „Änderung des Leistungsgegenstandes“; das ist hier eine Frage. Es wird eigentlich immer danach gesucht, wie man die anderen informieren und an dem Verfahren wieder beteiligen muss. Aber wir haben diese Unterschiedlichkeit, dass eben hier leider nur noch ein Bieter<sup>155</sup> übrig war in der Form der Abwicklung, die ich gesehen habe.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Also dass quasi an der Stelle eine schematische Antwort gegeben wird durch den Rechnungshof und weniger eine, die am Einzelfall ausgerichtet ist?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Gut, dann können wir diesen Punkt „finales Angebot“, glaube ich, verlassen. Das ist jetzt wirklich sehr, sehr klar geworden. Vielen Dank.

Jetzt zur Frage des Zuschlags. Da ist es ja so, dass das Gutachten für die FDP-Fraktion relativ intensiv ausführt, dass vor einer Bestätigung durch den EuGH ein Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen. Das BMVI ist an der Stelle anderer Ansicht. In dem Zusammenhang wollte ich Sie noch mal fragen: Gibt es aus Ihrer Kenntnis oder Sichtweise eine zwingende - sei es europäische, verfassungsrechtliche oder welche auch immer - Bestimmung, die den Bund verpflichtet hätte, mit der Zuschlagserteilung auf das EuGH-Urteil zu warten?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Eine rechtliche Pflicht, darauf zu warten, sehen wir nicht. Ich glaube, was man berücksichtigen muss, ist - das haben wir immer getan -: Wir gehen ja davon aus, man hat ein rechtmäßiges Angebot in dem Verfahren gehabt, was zuschlagfähig war. Das hat sich aus dem Verfahren ergeben, und nun muss man eben überlegen, wie man verfährt. Denn ich muss vielleicht auch überlegen, welche Alternativen bestehen, und die entsprechend abwägen. Das ist dann eine Abwägungsentscheidung, die man treffen kann. Aufhebung finden wir sehr problematisch. Denn wenn<sup>156</sup> zuschlagfähige Angebote da sind und man jetzt auch die Wirtschaftlichkeit - mal vorbehaltlich all der Punkte, die diskutiert worden sind - hier mal unterstellt - davon, verstehe ich jedenfalls, ist das BMVI zu diesem Zeitpunkt ausgegangen -, dann ist jedenfalls eine Aufhebung, wenn man eine fortbestehende Vergabeabsicht hat, schwierig. Das müsste der Bieter nicht hinnehmen. Deswegen gibt es, glaube ich, jetzt von den Alternativen höchstens noch die Frage, ob man es<sup>157</sup> hätte irgendwie aussetzen können.

Das ist ein Punkt, der ja auch gekommen ist: Hätte man es<sup>158</sup> noch mal aussetzen können? Dazu gibt es natürlich auch keine Pflicht,

<sup>155</sup> Ergänzung des SV um: „mit einem vergabekonformen Angebot“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>156</sup> Ergänzung des SV um: „ein“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>157</sup> Richtigstellung des SV: „das Verfahren bis zu einer Entscheidung“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>158</sup> Richtigstellung des SV: „die Vergabe“, siehe Anlage 6, S. 77



## Nur zur dienstlichen Verwendung

sondern nur <sup>159</sup>eine Abwägung. Und Sie müssen dann eben die verschiedenen Risiken abwägen, die in all diesen <sup>160</sup>Wegen liegen. Ein zuschlagsfähiges Angebot lange hinauszuschieben - das läuft dann über die Bindefrist hinaus -, kann schwierig sein. Vielleicht muss man mit den Beteiligten darüber sprechen. Das ist aber ein Nachteil. Es gibt auch andere Punkte, die eben abgewogen werden müssen. Und wenn man eben der Auffassung ist, dann gibt es keinen rechtlichen Grund <sup>161</sup>, sondern es ist eigentlich eher die vergaberechtliche Normalität, dass man, wenn man das zuschlagsfähige Angebot vorhat <sup>162</sup> und glaubt, es ist wirtschaftlich, es dann auch annimmt.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Sie sprechen von der Abwägung. Können wir mal versuchen, sozusagen ein bisschen das mögliche Abwägungsmaterial freizulegen? Was wären denn sozusagen zulässige Abwägungsbelange, die für eine rasche Vergabeentscheidung, also sprich: eine vor Abschluss des EuGH-Verfahrens, sprechen könnten?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Abwägung impliziert ja zunächst mal, dass man zulässige Handlungsvarianten hat. Die zulässigen Handlungsmöglichkeiten wären nach meinem Verständnis: Zuschlag auf dieses Angebot, wie es eben auch erfolgt ist, und die Alternative wäre möglicherweise, diesen Zuschlag in die Länge zu ziehen, vielleicht das Angebot <sup>163</sup> abzuwarten. Das ist hier das Einzige, was ich jetzt aus den Diskussionen entnommen habe.

Was müssen Sie abwägen? Sie müssen natürlich abwägen, was Sie ja heute Morgen diskutiert haben, nämlich die Wahrscheinlichkeit, ob es hier zu einer nachteiligen Entscheidung kommen kann, also ob es vielleicht hilfreich ist, dieses Risiko noch zu neutralisieren. Sie müssen natürlich abwägen, wenn Sie das Verfahren in die Länge

ziehen, was mit dem Verfahren geschieht. Dieses Verfahren <sup>164</sup> ist ja offensichtlich sehr schwierig gewesen. Dass drei Bieter ausgestiegen sind und nicht mehr da beteiligt sein wollten, bedeutet jetzt nicht, dass es einfach ist und dass der Wettbewerb hier Schlange gestanden hat, sondern es ist, glaube ich, schwierig, das Verfahren <sup>165</sup> abzuschließen. Da muss man eben schauen. Typischerweise sind Verzögerungen von Bieterverfahren in der Praxis immer komplex, immer schwierig, weil die Bindefristen ablaufen für das Angebot. Die wiederum sind oft unterlegt durch Bindefristen der finanzierenden Banken oder der Subunternehmer, sodass Sie einen ganzen Prozess in Gang setzen, wenn Sie das <sup>166</sup> verlängern wollen. Dann gibt es natürlich schlicht Überlegungen: Will man das Projekt schnell realisieren, etwa aus monetären Gründen, um die <sup>167</sup>Einnahmen zu realisieren? Ich meine, das ist ja ein Punkt, dem Sie nachgehen müssen und der natürlich wichtig ist. Rechtlich ist es eben nur so: Da gibt es offensichtlich einen Ermessensraum, den man eben hat, den man eben so und so ausgestalten kann, den wir weitgehend auch schützen würden vom Rechtlichen her. Und so würde es auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung da entsprechend eine Rolle spielen, welche Verfahren man da umsetzen kann. Dieser Ermessensraum ist nur überschritten, wenn es <sup>168</sup> offensichtlich willkürlich wird, und dafür haben wir im Moment keine Anhaltspunkte gesehen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke. - Wir müssen uns für die zweite Runde darauf verständigen, wie oft gefragt werden darf. Ich habe mich sonst immer an drei, vier Fragen orientiert. Oder wir machen es so: Er darf die Frage noch stellen, und dafür dürfen die anderen länger.

<sup>159</sup> Ergänzung des SV um: „die Möglichkeit“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>160</sup> Richtigstellung des SV: „den verschiedenen“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>161</sup> Ergänzung des SV um: „zur Aufschiebung“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>162</sup> Richtigstellung des SV: „vorliegen hat“, siehe Anlage 6, S. 77

<sup>163</sup> Richtigstellung des SV: „Urteil“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>164</sup> Richtigstellung des SV: „Die Vergab“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>165</sup> Ergänzung des SV um: „erfolgreich“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>166</sup> Richtigstellung des SV: „die Bindefrist“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>167</sup> Ergänzung des SV um: „Maut“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>168</sup> Richtigstellung des SV: „das Handeln“, siehe Anlage 6, S. 78



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Ich hätte jetzt noch eine Frage mit ein, zwei Unterfragen. - Müssen Sie entscheiden, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann machen wir das, okay.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Das wäre jetzt auch der letzte Komplex. - Herr Dr. Endler, Frage der Entschädigungsregelung: Da wird ja durch Ihren Kollegen Núñez Müller gesagt, es gäbe sozusagen einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses. Können Sie vielleicht für die Nichtjuristen im Raum noch mal ganz kurz den Unterschied zwischen positivem und negativem Interesse erläutern und im Zusammenhang damit dann die vertragliche Regelung im Betreibervertrag einordnen. Da wäre ich Ihnen ganz dankbar.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Das ist eine nicht ganz einfache Frage. Wir haben uns dazu ja <sup>169</sup> geäußert. Die erste Frage ist vielleicht noch leichter. Negatives Interesse ist alles, was an Aufwendungen <sup>170</sup> erstattet worden ist. Positives Interesse: Sie stellen den Betreiber so, wie er gestanden hätte, wenn das alles <sup>171</sup> ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, also auch ein Blick in die Zukunft, und auch verbunden mit entgangenem Gewinn, wenn der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.

Eine Voraussetzung ist immer, wie man das Risiko hier einordnet und zu was man kommt. Dazu kann ich gerne gesondert noch was sagen. Diese Regelung hat jetzt eine Besonderheit. Sie führt eben nicht, wie das Zivilrecht sagt, einfach zum positiven Interesse, zum Ersatz, wie das zivilrechtlich wäre, sondern sie führt dazu, dass Sie <sup>172</sup> ein relativ komplexes Verfahren haben. Sie müssen eben den Bruttounternehmenswert ermitteln. Dieser Bruttounternehmenswert muss ermittelt werden durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer. Das ist vielleicht etwas, wo man,

ehrlich gesagt, empfehlen kann, dass man sich das vielleicht auch mal von einem Wirtschaftsprüfer erläutern lässt. Das ist nämlich eigentlich nicht nur eine juristische Frage.

Aber was der Wirtschaftsprüfer tun muss, ist, zum Zeitpunkt der Kündigung eben jetzt zu überlegen, wie dieses <sup>173</sup> Projekt im Abgleich zum Finanzmodell sich eigentlich darstellt, also ob es Risiken gibt, die möglicherweise schon eingetreten sind, oder Risiken, die <sup>174</sup> noch zu erwarten wären, die im Finanzmodell nicht richtig abgebildet worden sind. Wenn Sie in den Wirtschaftlichkeitsvergleich reingucken, sehen Sie, dass es substanzielle Risiken gab, die die Privaten übernommen haben, sowohl bei der Errichtung wie auch bei dem späteren Betrieb. Der Wirtschaftsprüfer muss jetzt beantworten, ob diese Art von Risiken eigentlich richtig abgegolten worden sind. Das kann er auch spezifisch machen mit dem <sup>175</sup> Vertrag. Wenn die Erstellung <sup>176</sup> länger dauert, gibt es Vertragsstrafen, die dann gezahlt werden müssen. Die würden dann möglicherweise anfallen. Das wird er tun, weil es in die Zukunft gerichtet ist im Vergleich zu anderen Erfahrungen aus anderen Projekten. Also: Alles, was an Risikoaufschlüssen genommen werden muss, wird dazu führen - ob substanziell, weiß ich nicht; denn diese Berechnung gibt es ja bislang nicht -, dass der Ertragswert oder der Erstattungswert sich entsprechend reduziert. Das ist insgesamt ein Prozess, der zivilrechtlich diesem entgangenem Gewinn überhaupt nicht immanent ist. Das sind zivilrechtliche Größen, wo es eher eine Erleichterung gibt für den Nachweis solcher Dinge. Aber deswegen ist es, glaube ich, ganz wichtig, um die Relevanz dieser Formel oder dieser Vertragssystematik zu verstehen, dass man leider in diese sehr komplexen Vertragstexte auch wirklich eintreten muss und sich vielleicht erläutern lassen muss,

<sup>169</sup> Ergänzung des SV um: „gutachterlich“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>170</sup> Ergänzung des SV um: „dem Bieter“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>171</sup> Richtigstellung des SV: „der Vertrag“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>172</sup> Ergänzung des SV: „zur Ermittlung des Schadenersatzes“, Anlage 6, S. 78

<sup>173</sup> Richtigstellung des SV: „sich der Status Quo des“, siehe Anlage 6, S. 79

<sup>174</sup> Ergänzung des SV: „zukünftig“, Anlage 6, S. 79

<sup>175</sup> Ergänzung des SV: „Blick auf die Regelungen des“, siehe Anlage 6, S. 79

<sup>176</sup> Richtigstellung des SV: „Errichtung des Systems“, siehe Anlage 6, S. 79



## Nur zur dienstlichen Verwendung

was das bedeutet, dass man eben hier zu so einer Unternehmensbewertung kommt.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Nun sind Sie ja nicht nur im Rechtsgebiet erfahren, sondern auch in der Branche. Was könnten denn aus Ihrer Sicht Gründe sein oder gewesen sein, dass man eben nicht auf das gesetzliche Kündigungsregime und auf das rein negative Interesse rekurriert hat, sondern eine andere Regelung getroffen hat?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** In solchen großen Verfahren - das ist, glaube ich, vorhin schon mal<sup>177</sup> angesprochen worden - ist es ziemlich üblich, sich nicht auf die zivilrechtlichen Maßstäbe zu verlassen, sondern eben Sonderregelungen in den entsprechenden Verträgen zu suchen, die das regeln, die Projektrisiken zuordnen. Der Ausgangspunkt sind tatsächlich die Risikosphären. Und ich glaube, da sind dann so ein bisschen die Unterschiede<sup>178</sup> zu sehen. Also, man kommt vielleicht zu einem Ersatz des negativen Interesses, wenn man glaubt, dass man das verbundene Risiko aus dieser EuGH-Entscheidung teilen kann, also wenn man den Betreiber sozusagen mit einbinden kann. Der Klassiker für so was ist immer die höhere Gewalt, das sind Naturkatastrophen oder Ähnliches. Dann kann man so was teilen, und dann kann man es<sup>179</sup> auch reduzieren. So ist es jedenfalls in den Verträgen. Unsere Auffassung - das haben wir ja entsprechend dargelegt - liegt nun darin, dass das<sup>180</sup> nicht richtig ist, sondern dass für den normativen Rahmen eben die öffentliche Hand einsteht, und das betrifft - das ist ja eben auch schon mal gesagt worden - dann natürlich auch die Unionskonformität der verabschiedeten Regeln. Ich sehe keinen Grund, wie man den Betreiber hier mit in<sup>181</sup> Verantwortung ziehen kann. Dann hat man nach allgemeinen Vertragsstandards eine Regelung, indem eben auch das positive Interesse mit zu bearbeiten oder mit abzuhandeln ist; wir glauben übrigens, auch nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Das hat man eben hier mit dieser

Unternehmensbewertung versucht und damit vielleicht - aber das ist eine Frage, was bewertet werden kann, wie man damit umgeht - eine sogar vorteilhaftere Regelung gefunden, als man es in anderen Verträgen findet.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Vielen Dank. - Danke für die Geduld der Mitdiskutanten.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann habe ich jetzt Herrn Luksic, Herrn Kühn und dann Frau Lühmann.

**Oliver Luksic** (FDP): Vielen Dank Herr Vorsitzender. - Bevor ich zu der Interpretation des § 17 der Vergabeverordnung komme, möchte ich Sie, Herr Endler, noch mal bei zwei Punkten bitten, mich ganz kurz zu bestätigen, wenn ich es richtig verstanden habe. Der erste Punkt war: Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie dem Kollegen Núñez Müller in einem Punkt zugestimmt, in puncto Dokumentationspflicht. Ob man es jetzt Aufklärungsgespräche, Verhandlungsrunden oder Spitzengespräche nennt: Sie haben eben gesagt, es sei notwendig, diese zu dokumentieren. § 9 Absatz 2 Vergabeverordnung sagt ja: Das muss ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert werden. Sie haben das eben bestätigt. Habe ich Sie da richtig verstanden, dass dazu Dokumentationen notwendig sind?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist zutreffend. Wir würden die Dokumentation aller dieser Dinge sehen, immer mit Blick darauf, wie weit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist; darauf hatte ich hingewiesen. Wenn man ein Kennenlernetreffen hat, ist es<sup>182</sup> wahrscheinlich weniger intensiv, als wenn Sie über Punkte<sup>183</sup> verhandeln. Das ist eigentlich der Punkt. Aber so eine Dokumentation im Verfahren würden wir eigentlich für sachgerecht erachten.

<sup>177</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 6, S. 79

<sup>178</sup> Richtigstellung des SV: „Gründe für die unterschiedlichen Auffassungen“, siehe Anlage 6, S. 78

<sup>179</sup> Richtigstellung des SV: „eine entsprechende

Entschädigung des Vertragspartners“, siehe Anlage 6, S. 79

<sup>180</sup> Richtigstellung des SV: „solch eine Risikoteilung her“, siehe Anlage 6, S. 79

<sup>181</sup> Ergänzung des SV um: „die“, siehe Anlage 6, S. 79

<sup>182</sup> Richtigstellung des SV: „die Dokumentation“, siehe

Anlage 6, S. 80

<sup>183</sup> Ergänzung des SV um: „Vertrags“, siehe Anlage 6, S. 80



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, das ist ja schon mal eine wichtige Erkenntnis, dass Sie dem Punkt zustimmen. - Meine zweite Nachfrage, die man, glaube ich, auch relativ kurz beantworten kann, ist: Wenn ich Sie eben richtig verstanden habe, haben Sie wiederholt, was Sie in Ihrem vorherigen Gutachten in Ziffer 3, Seite 39, gesagt haben zum Thema „Gutachten und Stichtagsprüfer“. Wenn ich den Vertrag richtig verstehe, haben Sie das ähnlich interpretiert, und zwar, dass der objektivierte Unternehmenswert nach den Grundsätzen des Instituts der Wirtschaftsprüfer, IDW, zum Kündigungstichtag ermittelt wird. Habe ich Sie da richtig verstanden? Das heißt: Das, was wir in der Pressekonferenz vom 19. Dezember gehört haben von Bundesminister Scheuer, war, dass das von den Betreibern gewählte Verfahren, die dieses Verfahren gewählt haben und jetzt das Institut der Wirtschaftsprüfer angerufen haben, unzulässig sei. Das heißt, diese Aussage würden Sie nicht teilen im Verweis auf Ihr Gutachten, Ziffer 3, Seite 39?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich muss sagen, ich weiß jetzt gar nicht, was in dieser Presseerklärung vermittelt worden ist. Also, das kann ich Ihnen nicht beantworten.

**Oliver Luksic (FDP):** Okay. - Also, ist nachzulesen. Er sagt: Das gewählte Verfahren wäre unzulässig. - Da gibt es in der Tat einen Widerspruch.

Damit würde ich gerne zu des Pudels Kern vorstoßen. Es gibt ja hier, glaube ich, am Tisch bei Ihnen sehr unterschiedliche Interpretationen des § 17, um den es ja hier geht, in der Frage, ob man nach einem finalen Angebot - ich glaube, das Wort „final“ passt ja auch - final nachverhandeln darf oder nicht. Meine erste Frage - meine Frage wäre an beide, damit wir das, glaube ich, hier noch mal in der Breite vertiefen können -: Gibt es nicht auch so etwas wie Vertrauensschutz für die anderen Bieter, dass sich die Vergabebedingungen nicht verändern? Das wäre mein erster Punkt.

Und dann geht es noch mal um die Fragen: Identität des Beschaffungsgrades, Mindestanforderungen - hier gibt es ja, glaube ich, das Formblatt 9 im Vertrag, das hier, glaube ich, relevant ist und genannt werden muss. Und da schließt sich die

Frage an, was die substantielle Änderung angeht - Herr Núñez Müller hat ja auf das Schreiben verwiesen, wo auch Änderungen eingeräumt wurden -, ob 1 Milliarde per se nicht substantiell ist. Zum Zweiten: Wenn doch technisch gesehen so was wie Zahlungsstellen und Terminals mit das Schwierigste sind, wenn ich ein Mautgeschäft aufbauen muss, also wenn ich doch als Betreiber vor die Frage gestellt werde: „Muss ich mit Hunderten Rasthöfen verhandeln, wo ich eine Zahlungsstelle aufbaue?“, erscheint mir das von der Logik der Einführung der Maut mit die schwierigste Aufgabe. Wenn doch dies jetzt durch die Nachverhandlung geändert wurde, indem das die Firma Toll Collect übernehmen wollte, ist das nicht doch eine substantielle und wesentliche Änderung, die wirklich den Vergabegenstand ändert? Das wäre die Frage, die ich an Sie beide stellen wollte mit der Bitte, die eben genannten Begriffe zu präzisieren.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Dann beginne ich zu dem Punkt. Vielleicht zunächst einmal zu dem § 17 Absatz 10 Vergabeverordnung. Ich darf den einmal ganz kurz vorlesen, damit der Gehalt klar wird. Der § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV lautet nämlich wörtlich wie folgt:

Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote ...

So. Über diese Wortlautgrenze des § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV kann sich eine Vergabestelle, darf sich eine Vergabestelle nicht hinwegsetzen, und zwar nicht nur aus Gründen des Wortlauts von § 17 Absatz 10 VgV, sondern weil der § 17 Absatz 10 seinerseits wortlautgleich auf dem Artikel 29 Absatz 3 Satz 1 der entsprechenden Vergaberichtlinie 2014/24 beruht. Das heißt, eine Vergabestelle, die sich über den § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV hinwegsetzen würde, würde damit zugleich die Richtlinienvorschrift, die Grundlage dieser Vergabe der VgV-Bestimmung ist, die die Interpretation des § 17 Absatz 10 der VgV-Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH leiten soll, ebenfalls verletzen. Das ist also





## Nur zur dienstlichen Verwendung

nach unserer Auffassung gänzlich ausgeschlossen.

Vielleicht noch ein kurzer Verweis auf den Beschluss des Kammergerichts, der hier mehrfach erwähnt worden ist. Es ist eben nicht nur so, dass dieser Beschluss des Kammergerichts vor Erlass des § 17 Absatz 10 VgV ergangen ist, der erstmals ausdrücklich die nachträgliche Verhandlung über endgültige Angebote ausgeschlossen hat, sondern das Kammergericht Berlin hat in diesem Beschluss ausdrücklich gesagt, dass eine Vergabestelle in einem Verhandlungsverfahren zwar zunächst eine bestimmte Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bezeichnen darf, diese Erklärung aber später abändern und weitere Verhandlungsrunden eröffnen darf, solange zwei Bedingungen erfüllt sind.

Und die erste dieser Bedingungen lautet, dass diese Neueröffnung einer weiteren Verhandlungsrunde in transparenter und alle Bieter gleichbehandelnder Weise geschieht, und das ist hier eben nicht der Fall gewesen. Diese Bestimmung des § 17 Absatz 10 VgV hat natürlich genauso wie die ausdrückliche Bestimmung des § 17 Absatz 13 VgV sehr viel mit dem Thema Vertrauensschutz für andere Bieter zu tun.

Zu dem Thema, ob hier substanzielle Änderungen vorgenommen worden sind. Das ist hier nach unserer Auffassung evident der Fall, allerspätestens nach dem Eintritt der Toll Collect mit der entsprechenden erheblichen Leistungsentlastung zugunsten des Konsortiums, finanziert durch den Bund, der einen Teil der entsprechenden Vergütung übernommen hat. Hätten die übrigen Bieter das gewusst, dann hätten sie mit hoher Wahrscheinlichkeit auch darauf geboten.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich fange mal mit dem Vertrauensschutzaspekt an. Der Vertrauensschutz kann halt immer nur so weit reichen, wie es rechtlich zulässig ist. Das ist natürlich jetzt das Problem unserer beiden Auslegungen. Also, der Vertrauensschutz gilt eben so lange, so-

lange es tatsächlich ein rechtmäßiges und entsprechendes Verhalten ist. Wir sehen das nicht so nach dem Wortlaut. Es gibt ja unterschiedliche Interpretationsmethoden, die wir rechtlich natürlich auch zur Anwendung bringen würden.

Ich kann auch noch mal auf den § 17 Absatz 14 VgV verweisen. Da steht nämlich das endgültige Angebot auch noch mal<sup>184</sup> drin. Da steht:

Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die ... Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote vor. Er vergewissert sich, dass die endgültigen Angebote Mindestanforderungen erfüllen, und entscheidet über den Zuschlag ...

Also, da kann man so ein bisschen erkennen, was eigentlich mit den endgültigen Angeboten gemeint ist. Man will das nicht mehr tun. Ehrlich gesagt, ist die Überlegung des Kammergerichts Berlin sehr passend. Denn eigentlich geht es darum, ob man diese Endgültigkeit<sup>185</sup>, die man da gesucht hat, eigentlich noch mal widerrufen kann. Dazu sagt das Gesetz aus unserer Sicht erst mal gar nichts. Und wir meinen, dass das unter genau den Voraussetzungen geht, die eben genannt worden sind.

Es muss halt den Verfahrensbedingungen<sup>186</sup> entsprechen. Dazu gehört auch der Diskriminierungsgrundsatz, aber den muss man natürlich dann auf das entsprechende Verfahren anwenden. Da - ich will das jetzt nicht wiederholen - haben wir eben die Besonderheit, dass wir einen Bieter haben, der sich hier eine bestimmte Verfahrensposition geschaffen hat.

Ich glaube nicht, dass dieser Satz sagen soll: Transparenz bedeutet, dass man alle Verfahrensbeteiligten, die irgendwann mal geboten haben und irgendwann ausgeschlossen sind, jetzt irgendwie wieder in das Verfahren bringen kann.

<sup>184</sup> Ergänzung des SV um: „ein“, siehe Anlage 6, S. 81

<sup>185</sup> Ergänzung des SV um: „der Angebote“, siehe Anlage 6, S. 82

<sup>186</sup> Richtigstellung des SV: „Vergabegrundsätzen“, siehe Anlage 6, S. 82



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Das würde ja auch gar nicht gehen. Auf welcher Grundlage? Sie haben ja nicht mal ein Angebot abgegeben.

Deswegen: Das ist, glaube ich, eher eine Frage, ob sie dieses Telos akzeptieren. Es ist klar: Das<sup>187</sup> kommt aus der Richtlinie. Das beeindruckt mich wenig. Da hat man dieselbe Rechtsfrage zu klären. Ehrlicherweise würde so was zum Gericht gehen und müsste wahrscheinlich dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt werden, um das zu klären. Dann hätte man die Auffassung. Aber ich kann eigentlich nur sagen, ich wäre da relativ zuversichtlich, diese Auslegung sozusagen so verteidigen zu können.

Das zweite Thema, Änderung des Vergabestands<sup>188</sup>, hatte ich ja vorhin schon versucht zu beantworten. Wir sehen das eben. Ich hatte ja gesagt: „Was sind die Kriterien?“ und verstehe, dass man überlegen kann, ob die Teilleistungen, die in Toll Collect sind, hier den Beschaffungsgegenstand wesentlich verändert haben. Das kann man sich überlegen. Das scheint der Punkt zu sein, über den ich bei so was auch nachdenken würde.

Ich hatte da aber schon gesagt: Das Beschaffungsziel bleibt eigentlich das Gleiche, das System, das man hat. Wir sehen eben auch keine Veränderung im Betreibervertrag. Es ist ja so, dass man<sup>189</sup> an der Stelle damit beauftragt wird, wenn ich es richtig verstehe, und dann muss man die Leistung von Toll Collect eben durch Subunternehmensvertrag bekommen. Damit bleibt es aber Leistungsgegenstand. Das kann ich jetzt nur aus dem Vertrag sagen. Danach müsste man es angucken. Wir finden das jeweils keinen so erheblichen Punkt, dass wir glauben, dass die Schwelle hier überschritten worden ist. Aber darüber kann man natürlich auch streiten. Aber im Vergleich zu anderen Verfahren, wo es Aufhebungen gibt,

scheint das noch nicht ausreichend zu sein. Alleine die<sup>190</sup> Angebotssumme - da wäre ich relativ eindeutig - scheint mir nicht ausreichend zu sein.

Und dann noch ein letzter Punkt, der immer mit-schwingt - ich weiß das und verstehe auch, dass man das diskutieren muss -, ist natürlich: Wie hätten sich andere Bieter verhalten? Wären die sozusagen, wenn sie das gewusst hätten, wieder dabei gewesen? Das ist natürlich jetzt pure Spekulation, muss ich sagen. Es freut mich, wenn man das so klar weiß. Ich weiß es, ehrlich gesagt, nicht. Vielleicht würde es in der Ermittlung helfen, mal mit dem Ministerium zu sprechen; denn die werden<sup>191</sup> ja sicher darüber gesprochen haben, woran es eigentlich liegt und was in den Verhandlungen die unüberwindbaren Punkte sind, die dazu geführt haben, dass man das Angebot nicht abgibt. In der Regel wird so was in den Verhandlungen sichtbar. Mir ist einfach nicht bekannt, dass die immer nur gesagt haben: Also, wenn da Entlastung geschaffen wird, dann würde ich das<sup>192</sup> möglicherweise auch anders betrachten.

**Oliver Luksic (FDP):** Ich habe dazu eine ganz direkte Nachfrage an beide, damit Sie auch Gelegenheit haben, das zu bewerten. Hätte man denn nach dem ersten finalen Angebot das Verfahren nicht wieder zurückversetzen können, damit auch alle anderen drei die Möglichkeit gehabt hätten, unter den neuen Bedingungen ein Angebot abzugeben? Wäre das nicht eine passende Möglichkeit, die wahrscheinlich deswegen nicht in Betracht gezogen wurde, weil die Verpflichtungsermächtigung des Haushaltsgesetzgebers quasi ein Verfallsdatum hatte?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Also, ich möchte einleitend darauf verweisen, dass uns keine Erkenntnis darüber vorliegt, dass, wie der Kollege eben gesagt hat, die anderen drei Bietergemeinschaften ausgeschlossen worden seien. Nach unserem Eindruck ist es eher so gewesen, dass diese anderen drei Bietergemeinschaften

<sup>187</sup> Richtigstellung des SV: „Die Norm“, siehe Anlage 6, S. 82

<sup>188</sup> Richtigstellung des SV: „Vergabegenstands“, siehe Anlage 6, S. 82

<sup>189</sup> Richtigstellung des SV: „der Betreiber“, siehe Anlage 6, S. 82

<sup>190</sup> Ergänzung des SV um: „Änderung der“, siehe Anlage 6, S. 85

<sup>191</sup> Ergänzung des SV um: „mit den Bietern“, siehe Anlage 6, S. 85

<sup>192</sup> Ergänzung des SV um: „Projekt“, siehe Anlage 6, S. 82



## Nur zur dienstlichen Verwendung

kein finales Angebot mehr abgegeben haben. Aber, wie gesagt, wir kennen nur einen Auszug der Akte<sup>193</sup>.

**Oliver Luksic (FDP):** Dann würde ich gerne zu den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen fragen. Herr Núñez-Müller, Sie haben das auf Seite 19 angesprochen: „4.2 Zuschlag auf Grundlage einer belastbaren abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung?“, die am 18. Dezember 2018 gemacht wurde. Sie verweisen darauf, dass auf Daten zurückgegriffen wurde, die zu dem Zeitpunkt noch gar nicht vorlagen und die erst später kamen. Also, es wäre meine Bitte, diesen Aspekt in 4.2 auszuführen.

Meine Frage an Herrn Endler bezieht sich auf das Vergabeverfahren Toll Collect. Es war ja so, dass der Minister hier ein Vergabeverfahren hatte, wo es vier Konsortien gab, die Interesse hatten, Toll Collect nach der juristischen Sekunde zu übernehmen. Da ist meine Frage an Sie, wie es sein kann, dass dies - das ist ja jetzt bekannt - in den Aufklärungs-, Spitzengesprächen, Verhandlungsrunden ein Thema war und dies im Vertrag auch Eingang findet, dem Betreibervertrag vom 30.12.2018, die dafür notwendige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung aber erst im Januar vorgelegen habe. Wie erklären Sie sich diesen zeitlichen Verzug?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Also, vergaberechtlich darf die Vergabestelle den Zuschlag nur auf wirtschaftliche Angebote erteilen. Und in diesem Zusammenhang muss auch sichergestellt sein, dass das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, wirtschaftlicher ist, als wenn der Staat die Aufgabe, die ja hier übertragen wird, in eigener Regie vollziehen würde.

Hier ist es jetzt so gewesen, dass dazu eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung eingeholt worden ist. Nur, zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 18. Dezember 2018 lag eben eine solche finale Wirtschaftlichkeitsuntersuchung noch nicht vor, sondern allenfalls ein Kurzbericht, ein Vorbericht, der zudem auf in

letzter Minute am selben Tag eingeholten Informationen des Kraftfahrt-Bundesamtes beruhte, und die finale Fassung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung lag eben erst am 24. Mai, fünf Monate nach Zuschlagserteilung und knapp fünf Monate nach Vertragsschluss, vor. Das ist so nicht vorgesehen.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, da haben wir mal ausnahmsweise jetzt einen vergleichbaren Ausgangspunkt. Zur Zuschlagsentscheidung muss natürlich die Wirtschaftlichkeit ermessens<sup>194</sup> sein; das würde ich teilen. Bei Unwirtschaftlichkeit wäre einfach zu prüfen, ob das Verfahren aufzuheben ist. Es besteht jedenfalls die Möglichkeit, das ist ähnlich.

Ich muss sagen: Ich tue mich jetzt schwer, Ihnen konkret zu sagen - das ist ja vorhin schon mal diskutiert worden; das ist vielleicht ein Punkt, dem man nachgehen soll. Ich sehe jetzt nicht, dass irgendwie die abschließende Dokumentation vorliegen muss, schon gar nicht in einem so engen Raum<sup>195</sup>, wo zugeschlagen werden muss, wo alles vielleicht relativ schnell geht, sondern es würde mir genügen, wenn die Wirtschaftlichkeit aus der begleitenden Projektbegleitung heraus hinreichend erwiesen ist. Dabei muss man sich ja immer wieder die Frage stellen, eigentlich bei allen Änderungen und Ähnlichem, ob das hinreichend wirtschaftlich ist. Aber auf welcher Grundlage das erfolgt und wie belastbar das zu diesem Zeitpunkt ist, das kann ich ehrlicherweise nicht beantworten, weil ich es einfach nicht weiß.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann hat jetzt der Kollege Kühn das Wort.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wir haben jetzt schon intensiv über das Thema Mindestbedingungen gesprochen. Herr Núñez-Müller sagt: Die wurden geändert. - Herr Endler, Sie sagen: Die wurden nicht geändert.

<sup>193</sup> Richtigstellung des SV: „... nur den Auszug der Akte, der veröffentlicht wurde.“, siehe Anlage 5, S. 3

<sup>194</sup> Richtigstellung des SV: „nachgewiesen“, siehe Anlage 6, S. 83

<sup>195</sup> Richtigstellung des SV: „Zeitfenster“, siehe Anlage 6, S. 83



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich nehme erst mal wahr, dass die Leistungshöhe von 3 auf 2 Milliarden Euro runtergegangen ist, und zwar nicht nur die Leistungshöhe, sondern auch der Leistungsumfang, und die Parameter deutlich verändert wurden. Mich würde mal interessieren: Was wäre denn - die Frage geht an beide - eine Änderung der Mindestbedingungen? Also, Herr Endler, Sie haben ja gesagt: Es hat keine gegeben. - Herr Núñez-Müller sagt was anderes. Also, wir müssten mal reden: Was wäre es denn in dem konkreten Fall?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Vielleicht darf ich klarstellen: Ich habe extra gesagt: Man muss das in den Unterlagen anschauen. Ja, ich hatte gesagt: Sie müssen sich die Vergabeunterlagen, vielleicht auch die Verträge angucken, um das genau zu evaluieren. Die lagen mir nicht vor. Deswegen kann ich nicht genau sagen, was geschehen ist. So war meine Einlassung dazu.

Aber ich glaube, ich will trotzdem noch mal erklären - das ist wichtig -: Was sind eigentlich Mindestbedingungen? Also, Mindestbedingungen sind etwas - das hatte ich kurz gesagt -, was in den Vergabeunterlagen als etwas beschrieben werden muss, wo der Auftraggeber von Beginn an sagt: Das muss auf jeden Fall eingehalten werden. - Ja, das ist der wesentliche Punkt.

Ich würde erwarten, weil ich es aus anderen Projekten so kenne, dass hier eine funktionale Leistungsbeschreibung vorlag. Das heißt also, Sie erlauben den Bietern, unterschiedliche Konzepte zu entwickeln, sagen ihnen aber, was für Funktionalitäten diese Konzepte haben müssen. Das schreibt man üblicherweise in Mindestbedingungen. Das wird ein ganzer Katalog sein.

Sie hatten eben auf eine Anlage verwiesen; die kenne ich schon wieder nicht ausreichend genau. Aber typischerweise, zum Beispiel in der Lkw-Maut, ist das eben auch erfolgt: Man hat bestimmte Kataloge als Mindestbedingungen erstellt, die dann eben sagen: Das System muss das können und muss das können, und es muss das

können - was man vielleicht aus dem Gesetzlichen ableitet, aus dem ähnlichen System. Das sind Mindestbedingungen. Das hat also zunächst mal mit der Frage, ob Sie 3 oder 2 Milliarden Euro dafür bezahlen müssen, gar nicht so richtig was zu tun.

Also, eben das Vergabeverfahren oder Verhandlungsverfahren erlaubt Verhandlungen, sehr umfangreiche Verhandlungen, insbesondere über die kommerziellen Punkte; das ist ja genau der Sinn. Man kann jetzt das System vielleicht völlig unterschiedlich anbinden. Die Mindestbedingungen müssen eben ermittelt werden. Das sind nur die Bedingungen, die in den entsprechenden Vergabeunterlagen sozusagen von dem Auftraggeber so bezeichnet worden sind. Das ist vielleicht der eine Punkt.

Dann vielleicht ein weiterer Punkt, den ich in diesem Zusammenhang sagen würde. Ich höre immer, dass es so Klarstellungen gibt. Wie gesagt: Man muss sich das wirklich alles im Einzelfall angucken, um das rechtlich sauber bewerten zu können. Ja, diese Regelung ist ein Verhandlungsverbot. Man darf darüber<sup>196</sup> nicht verhandeln; so steht es in der Norm drin.

Ich würde mir aber sehr intensiv darüber Gedanken machen, ob man Klarstellungen vornehmen kann. Ich würde das wahrscheinlich an ähnliche Kriterien koppeln, wie ich sie vorhin schon genannt habe, dass diese Klarstellungen sachlich gerechtfertigt sein müssen und zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen können.

Stellen Sie sich mal<sup>197</sup> eine zweijährige<sup>198</sup> Ausschreibung vor. Nun stellt der Auftraggeber von sich aus irgendwie fest, er hat da irgendwas festgesetzt, was unsinnig ist. Soll der denn das Vergabeverfahren immer aufheben müssen und neu beginnen müssen? Das leuchtet mir jedenfalls nicht ein. Ich verstehe: Das ist ein Verhandlungsverbot; das leuchtet mir völlig ein. Ich würde aber sehen, dass es Klarstellungen oder so was geben kann, solange sie eben

<sup>196</sup> Richtigstellung des SV: „über Mindestbedingungen“, siehe Anlage 6, S.84

<sup>197</sup> Ergänzung des SV um: „ein“, siehe Anlage 6, S. 84

<sup>198</sup> Richtigstellung des SV: „langjährige“, siehe Anlage 6, S. 84



## Nur zur dienstlichen Verwendung

zwischen den Bietern nicht diskriminierend sind.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Die vom Gesetzgeber in § 17 Absatz 10 VgV ausgeschlossene Verhandlung über Mindestanforderungen meint Folgendes: Mindestanforderungen sind zwingende formelle oder inhaltliche Anforderungen, die die Vergabestelle an das abzugebende Angebot stellt. Das kann sich auf Anforderungen an Finanzierungszusagen von Fremdkapitalgebern beziehen, die hier abgegeben werden, oder die Auditierung von Finanzmodellen oder Ähnliches.

Jetzt muss man sich konkret vor Augen halten, dass die Aufforderung zur zweiten finalen Angebotsabgabe hier am 11.12.2018 erging, am Tag, an dem die mündliche Verhandlung vor dem Europäischen Gerichtshof stattgefunden hatte. Mit einer Frist von lediglich 48 Stunden, nämlich bis zum 13. Dezember, sollte das zweite finale Angebot vorliegen. Das sind 48 Stunden. Und ob ein Bieter innerhalb dieser 48 Stunden in der Tat die Mindestanforderungen, die in den Vergabeunterlagen definiert sind, voll einhalten kann oder hier voll eingehalten hat, das wäre in der Tat zu prüfen.

Ich weiß es nicht - ich kenne in dem Punkt die Vergabeunterlagen genauso wenig wie der Kollege -, möchte an der Stelle aber noch mal darauf hinweisen, dass eben das BMVI selbst die Verhandlung über Mindestanforderung gerade nicht vollständig ausgeschlossen hat, sondern der Minister hat in seinem Schreiben an die FDP-Fraktion eben nur gesagt, Klarstellung und Anpassung hätten sich nicht wesentlich auf die Mindestanforderungen ausgewirkt. „Wesentlich“ ist natürlich immer eine Wertungsfrage. Aber jedenfalls wird damit klar, dass es selbst aus der Perspektive des Ministeriums, die durchaus eine andere sein mag als die Perspektive meinethalben der Opposition oder auch der anderen Bieter, hier durchaus Verhandlungen über Mindestanforderungen gegeben hat.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ich komme auf das Thema Aufklärungsgespräche zu sprechen. Da waren Sie, wenn ich das richtig verstanden habe, auch beide der Meinung, dass diese dokumentiert werden müssen. Nun hatte meine Fraktion beim Verkehrsminister schriftlich nachgefragt, welche Arbeitsgespräche der Verkehrsminister und der zuständige Staatssekretär geführt haben. Diese Übersicht ist dann auch auf der Website des Bundesverkehrsministeriums veröffentlicht worden.

Da fanden am 26., am 27. November, am 29. November und am 7. Dezember Gespräche statt, die, wie uns mitgeteilt wurde, nicht dokumentiert wurden, also für die es keine Vermerke gibt. Da steht bei dem Thema zum Beispiel am 26. und 27. Dezember:

Aufklärungsgespräche zum Sachstand Vergabeverfahren „Erhebung“. Thema: „Finales Angebot.“

Ich habe Ihre Ausführungen so verstanden, dass das, um es mal vorsichtig zu formulieren, im Widerspruch mit der Vergabeordnung steht. Würden Sie das bestätigen?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Das steht aus unserer Sicht in Widerspruch zu der Vergabeverordnung. Und soweit Sie jetzt hier auf den Umstand abstellen, dass diese Gespräche nicht protokolliert worden sind, muss man das in den Kontext folgender Gesichtspunkte stellen: Es geht natürlich auch immer darum, hier eine Vergabeakte zu schaffen, die für den Fall, dass hier ein nicht berücksichtigter Bieter ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einleitet, die Vergabekammer instand<sup>199</sup> setzt, nachzuvollziehen, was hier tatsächlich verhandelt worden ist. Und von daher ist die Protokollierungspflicht nach § 9 Absatz 2 nicht nur irgendeine fernliegende formale Orchideenvorschrift, sondern von ganz zentraler Wichtigkeit für den Vertrauensschutz anderer Bieter, aber auch für die Nachprüfbarkeit der

<sup>199</sup> Richtigstellung des SV: „in die Lage versetzt“, siehe Anlage 5, S. 4



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dann betroffenen Zuschlagsentscheidung in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Die Frage ging an Sie beide.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, ich hatte das ja auch gesagt. Ich würde eigentlich hier eher erwarten, dass man so was<sup>200</sup> da<sup>201</sup> erwähnt, dass das da aufgenommen werden würde. Ich bin mir jetzt ehrlich gesagt über die Reichweite<sup>202</sup> nicht sicher; das muss man dann, glaube ich, wieder<sup>203</sup> evaluieren, was da eigentlich geschehen ist. Ich hatte das ja vorhin schon gesagt: Was ich mit solchen Spitzengesprächen und solchen Verfahren üblicherweise verbinde, sind<sup>204</sup> sehr grundlegende Themen, die eigentlich keine Verhandlungen sind. Und hier steht ja ein grundlegendes Thema im Raum. Aber natürlich kann nur das BMVI selber beantworten, ob man möglicherweise darüber gesprochen hat, ob das Verfahren überhaupt weitergehen kann.

Denn wenn einer<sup>205</sup> 3 Milliarden Euro abgibt und man<sup>206</sup> sagt: „Das ist offensichtlich überhaupt nicht in dem Rahmen, in dem wir es haben können“, muss man ja mal - vielleicht auf Spitzenebene - klären, ob es entsprechenden Bewegungsraum gibt, der sich dann ja in den entsprechenden Verhandlungen und weitergehenden Gesprächen entsprechend dokumentiert oder niederschlagen kann. Ich bin mir gar nicht so sicher, wie man dann diese Dokumentation eigentlich erreichen würde; denn das sind eigentlich Punkte, die darüber entscheiden: Lohnt es sich, das Verfahren weiterzumachen, oder müssen wir es aufgeben?

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Darf ich da noch mal nachfragen? - Also, man würde sagen: „Okay, es gab dann ein Gespräch, wo man die Frage gestellt hat: Machen

wir weiter?“, so, wie Sie es beschrieben haben. Aber es gab ja vier solcher Gespräche. Das heißt, das sind vier solcher Gespräche, die dann nicht dokumentiert wurden, mit Anwesenheit des Staatssekretärs und eben auch des Ministers. Das macht ja deutlich, dass die Frage, ob es weitergeht, positiv beschieden wurde. Man hat dann entsprechende Aufklärungsgespräche geführt, um zu einem - in dem Fall ja sozusagen einem zweiten - finalen Angebot zu kommen. Das spricht schon dafür, dass das hätte dokumentiert werden müssen. Oder schätzen Sie das anders ein? - Sie, Herr Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Gut. - Ich meine, ich hatte es ja schon gesagt: Also für mich würde so was<sup>207</sup> in ein Vergabeprotokoll reingehören, wenn man darüber Gespräche führt, ja? Die Frage der Tiefe<sup>208</sup> ist etwas, was ich nicht beantworten kann, weil ich nicht weiß, was gesprochen worden ist. Vielleicht muss man das eben einfach mal klären, und das lässt sich ja vielleicht noch ermitteln, was besprochen ist.

Also, ich habe nur gesagt: Diese Spitzengespräche klingen zwar immer so toll; aber Spitzengespräche sind nach meiner Erfahrung, wenn ich sie erlebt habe, keine Gespräche gewesen, wo man wirklich jetzt verhandelt hat und Anpassungen vorgenommen hat, sondern es sind Punkte, in denen man tatsächlich grundlegender Art überlegt, ob man an diesem Verfahren festhalten kann. Und wenn Sie sich jetzt angucken, wozu die Dokumentation da ist - die soll nämlich gucken: wie kommt es zu der Entscheidung und zu den Abwägungen? -, ist das möglicherweise für die Verhandlung wichtiger. Danach müsste man das entscheiden, was zu dokumentieren ist. Das ist der Punkt, den ich eigentlich sagen wollte.

<sup>200</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 6, S. 85

<sup>201</sup> Richtigstellung des SV: „im Vergabevermerk“, siehe Anlage 6, S. 85

<sup>202</sup> Ergänzung des SV um: „der Reichweite“, siehe Anlage 6, S. 85

<sup>203</sup> Ergänzung des SV um: „im Einzelnen“, siehe Anlage 6, S. 85

<sup>204</sup> Ergänzung des SV um: „Gespräche über“, siehe Anlage 6, S. 86

<sup>205</sup> Richtigstellung des SV um: „ein Bieter ein Angebot“, siehe Anlage 6, S. 86

<sup>206</sup> Richtigstellung des SV um: „der Auftraggeber“, siehe Anlage 6, S. 86

<sup>207</sup> Ergänzung des SV zu: „etwas“, siehe Anlage 6, S. 86

<sup>208</sup> Ergänzung des SV um: „der Dokumentation“, siehe Anlage 6, S. 86



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Dann bitte Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Es ist ja schon sehr viel gefragt worden, auch das, was ich auf meinem Zettel hatte. Es bleiben für mich noch zwei Fragen zur Klarstellung über.

Zum Ersten an Herrn Endler. Ich habe Sie so verstanden - und es geht mir jetzt nicht um den speziellen Fall, sondern es geht mir ums Grundsätzliche -, dass Sie gesagt haben: Selbstverständlich; im neuen Vergaberecht oder in der neuen Bestimmung zum Vergaberecht kann man noch ein finales Angebot nachverhandeln, wenn man das dann mit allen macht. Und wenn alle eben nur einer sind, haben alle anderen Pech gehabt. - Wenn ich dieser Rechtsauffassung folge, glauben Sie nicht, dass dann ein sehr großes Missbrauchspotenzial da drin wäre? Noch mal ganz konkret - nicht in diesem Fall, sondern mir geht es jetzt um das Grundsätzliche -: Ist Ihre Rechtsauffassung oder die Ihres Kollegen eher einschlägig, eingängig?

Was meine ich mit Missbrauchspotenzial? Ganz einfach: Dass ich die Bedingungen so hoch schraube, dass alle anderen Bieter aussteigen, und nur der Bieter/die Bieterin, die mir genehm ist, bleibt noch drin, gibt ein finales Angebot ab. Das verhandele ich dann nach und habe dann eben den, den ich haben will, und habe alle anderen ausgestochen, aber eben mit unfairen Mitteln. Also, das ist die Gefahr, die ich sehe, wenn ich Ihnen recht geben würde. Und daher kommt es mir auch gar nicht so drauf an, ob das wesentliche Änderungen waren, sondern allein die Frage - - Sie haben ja gesagt: Sie wissen es nicht, ob die anderen Bieter da ein finales Angebot unter den Bedingungen abgegeben haben. - Stimmt, kann man nicht wissen. Aber ich hatte Vergaberecht immer so verstanden, dass, weil man das eben nicht weiß, die Bedingungen für alle gleich gemacht werden müssen. - Also diese Frage, und

dann schließe ich noch eine an. Aber vielleicht machen wir erst mal diese.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, das nehme ich gern noch mal auf; vielleicht ist das noch nicht ganz klar verstanden worden. Also, Sie haben ja recht. Das Missbrauchspotenzial - so hatte ich ja selber erläutert - ist eigentlich genau das, was dieser Norm zugrunde liegt, was man ausschließen will. Man will verhindern, dass man<sup>209</sup> eigentlich ohne Grund noch mal<sup>210</sup> in Verhandlungen eintritt, nur weil man die Wertungsreihenfolge ändern möchte. Das ist ja wie: Wenn das endgültig ist, muss halt zugeschlagen werden. Und wenn einem das Ergebnis nicht passt: Verhandlungsverfahren, tolle Sache! Soll man nicht noch mal wieder in Verhandlungen gehen?

Das hat die Rechtsprechung versucht aufzunehmen, dieses Missbrauchspotenzial, indem sie zweierlei verlangt. Sie sagt, es muss einen sachlichen Grund geben - das ist der eine Punkt -, und sie sagt, es müssen diese typischen Verfahrensanforderungen, die eigentlich allgemein im Vergaberecht gelten - Transparenz, Nichtdiskriminierung, vielleicht auch Wettbewerbslichkeit -, eingehalten werden.

Und deswegen hatte ich in meinen Ausführungen am Beginn noch gesagt: Wenn wir jetzt zwei oder drei Angebote hätten, scheint mir das völlig klar zu sein. Wenn man das hätte wieder aufnehmen müssen, hätte man mit allen zwei oder drei Bietern arbeiten müssen. Also, der sachliche Grund scheint mir relativ klar erwiesen zu sein, weil hier so ein großes <sup>211</sup> Potenzial <sup>212</sup> eben sich ja dann auch noch gezeigt hat. Also, es hat sich offensichtlich gelohnt, hier noch mal<sup>213</sup> wirtschaftlich zu verhandeln. Das würde mir reichen zum Nachweis, so als Sinnpunkt. Aber dann stellt sich eben die Frage: Wie geht man denn mit diesem Diskriminierungsthema um? Das ist natürlich nicht ganz einfach. Und ich hatte versucht, darauf hinzuweisen: Wir haben

<sup>209</sup> Richtigstellung des SV: „der Auftraggeber“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>210</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>211</sup> Ergänzung des SV um: „wirtschaftliches“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>212</sup> Ergänzung des SV um: „für Verhandlungen“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>213</sup> Ergänzung des SV zu: „einmal“, siehe Anlage 6, S. 87



## Nur zur dienstlichen Verwendung

eben hier die Besonderheit, dass nur ein Angebot abgegeben ist.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Warum? Ist das nicht vielleicht diskriminierend?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Na ja, also wenn alle zu den gleichen Anforderungen das im Grundsatz - - Also, wenn alle die gleichen Vergabeunterlagen haben, dann kann sich jeder Bieter frei entscheiden, ob er auf dieser Grundlage, die ihm zur Verfügung gestellt ist - mit den <sup>214</sup> Vergabeunterlagen, mit den Verträgen, nach den entsprechenden Verhandlungen -, abgeben will oder nicht abgeben will. Und das ist das faire und freie Recht jeden Bieters, zu sagen: „Das mache ich nicht“, wenn man es mit den Gremien tut. Das ist eine völlig freie Entscheidung.

Es ist doch keine Diskriminierung, wenn sich jetzt einzelne Bieter entscheiden, ein Angebot abzugeben, und andere nicht, sondern das ist eine <sup>215</sup> freie Entscheidung, vielleicht aus unterschiedlichen Gründen. Wir wissen ja - das teile ich -: Hier ist nichts ausgeschlossen worden; das war ein Missverständnis. - Aber ein Bieterkonsortium ist nach meinem Verständnis auseinandergebrochen, ja, die <sup>216</sup> sind sich vielleicht nicht mehr einig gewesen. Zwei andere <sup>217</sup> haben vielleicht gesagt: Da sind immer noch Risiken drin, so wie die Vergabeunterlagen sind, dass wir auf dieser Grundlage nicht bieten können.

Aber ein anderer <sup>218</sup> Bieter hat das getan, und das sind die zugrundeliegenden Unterlagen. Er hat gesagt: „Hier, ich gebe ein vergabekonformes Angebot“, was ja entsprechend geprüft ist. Und damit würde er in jedem Verfahren, was mehrstufig ist, natürlich eine Verfahrensposition erreichen, in der er verlangen kann, dass jetzt geprüft wird, ob man ihm den Zuschlag erteilen kann. Und das müssen Sie bei der Entscheidung, mit wem Sie dann weitermachen, meines Erachtens berücksichtigen. Der <sup>219</sup> würde Ihnen doch sofort auf die

Füße steigen, wenn Sie einfach zurückgehen. Er würde sagen: Wie kommt denn ihr dazu?

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja, aber das würde doch für mich heißen - nehmen wir mal an, ich hätte mich an dem Verfahren beteiligt -, ich muss auf alle Fälle ein Angebot abgeben, auch ein finales - egal ob ich den Zuschlag haben will oder nicht -, nur damit ich dann in der Verhandlungsrunde drin bin und das Angebot dann möglicherweise so verändern kann, dass es für mich wirklich interessant ist. Das wäre ja dann die Folge von Ihrer Auffassung.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Also, Sie müssen ein Angebot abgeben, um weiterhin eine Verfahrensposition zu haben, in der Sie als Bieter in dem Verfahren behandelt werden <sup>220</sup>. Das ist so. Das ist meines Erachtens vergaberechtlich eindeutig.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Danke. - Die zweite Frage, die ich habe, bezieht sich auf die Beihilfe. Es ist ja schon mal nur Herr Núñez Müller gefragt worden, der die Antwort gegeben hat. Das habe ich nicht ganz verstanden, darum noch mal die Frage an Sie beide - vielleicht können Sie es mir und uns noch mal erklären. Sie haben ja die Bedingungen für eine Beihilfe vorgelesen. Jetzt haben wir in diesem Fall ja nicht eine Zahlung an Privatwirtschaftende ohne Gegenleistung, sondern wir haben eine Zahlung, die auf einem Vertrag beruht mit einer Gegenleistung; die ist jetzt nicht erfüllt - ich weiß, es ist jetzt schwierig. Aber es ist ja nicht die klassische Beihilfe, die ich zum Beispiel habe - was haben wir im Beihilferecht? unsere De-minimis-Regelung, also dass wir Teile der Maut zurückgeben: wenn Sie einen Antrag stellen, dann kriegen Sie Geld, um sich Winterreifen oder sowas zu kaufen -, sondern wir haben ja hier eine andere Vertragssituation.

Könnten Sie mir bitte noch mal erklären, warum - obwohl wir hier eine Zahlung aufgrund eines Vertrages haben und nicht eine freiwillige

<sup>214</sup> Ergänzung des SV zu: „gestellten“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>215</sup> Richtigstellung des SV: „ihre“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>216</sup> Ergänzung des SV: „Partner“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>217</sup> Ergänzung des SV: „Bieter“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>218</sup> Richtigstellung des SV: „der ausgewählte“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>219</sup> Ergänzung des SV: „Bieter“, siehe Anlage 6, S. 87

<sup>220</sup> Richtigstellung des SV: „beteiligt bleiben“, siehe Anlage 6, S. 88





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Zahlung eines Bundes - aus Ihrer Sicht trotzdem der Beihilfefall eintritt? Herr Endler - ich weiß nicht, ob Sie dieselbe Ansicht oder eine gegenteilige - -

(Sachverständiger  
Dr. Jan Endler nickt)

- Das dachte ich mir. - Dass Sie mir oder uns dann noch mal erklären, warum das eben nicht der Fall ist.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Vielleicht darf ich beginnen. - Der Beihilfebegriff nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV ist nicht auf Geldzahlungen beschränkt, sondern es gilt: Vom Beihilfebegriff erfasst wird jede Maßnahme welcher Art auch immer, die in irgendeiner Form zu einer marktunüblichen Begünstigung des Gegenübers des Staates führt. Denken Sie beispielsweise an Garantien. Staatliche Garantien führen auch nicht sofort zu einer Geldzahlung. Stattdessen sind sämtliche Maßnahmen - rein auf ihre Auswirkungen konzentriert -, die zu einer marktunüblichen Besserstellung der Gegenseite führen können, vom Beihilfebegriff erfasst.

Aus unserer Sicht liegt hier eine mögliche Beihilfe in mehreren Konstellationen vor: zum einen in dem Abschluss des Vertrages mit der entsprechenden dort normierten Entschädigungsfolge, zum Zweiten - in die Zukunft gerichtet, noch nicht eingetreten - in der Auszahlung eines Betrages, wie er dann etwa vom Schiedsgericht beurteilt werden könnte. Man könnte sich sogar darüber unterhalten, ob nicht die Kündigung des Vertrages, die möglicherweise gar nicht erforderlich war nach Maßgabe des EuGH-Urteils, selbst Beihilfequalität hat, weil sie nämlich zu einer Besserstellung führt, ohne vom EuGH zwingend vorgeschrieben gewesen zu sein.

So, und jetzt die entscheidende Frage. Die anderen Tatbestandsmerkmale sind, glaube ich, hier unstrittig: staatliche Maßnahme: klar, Haushaltsrelevanz: ebenfalls klar; potenzielle Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits im Mautmarkt, andererseits im Ticketing-Markt, in dem CTS Eventim

unterwegs ist, ist auch unstrittig, und die zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung ist auch unstrittig, allein schon weil wir mit Kapsch ein österreichisches Unternehmen haben und in diesem Mautbereich natürlich alle möglichen nationalen, internationalen Unternehmen tätig sind. Das heißt, die Frage der Beihilfeeigenschaft steht und fällt hier mit der Frage, ob wir eine marktunübliche Besserstellung haben. Und das kann sich an mehreren Punkten orientieren.

Jetzt haben die Kollegen in ihren Gutachten darauf hingewiesen, dass ja hier ein offenes, diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchgeführt worden sei. Nun sind darauf zwei Einwände zu entgegnen: Zum einen. Ob das hier offen und diskriminierungsfrei durchgeführt worden ist, ist in der Tat schon auf vergaberechtlicher Ebene zweifelhaft. Vor allem aber hat die Europäische Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, die insoweit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenfasst, klargestellt, dass in den Situationen, in denen am Ende des Tages nur ein einziges Angebot abgegeben wird, der Umstand, dass vorher ein Vergabeverfahren oder ein Bieterverfahren durchgeführt worden ist, nicht per se dazu führen kann, hier anzunehmen, dass dieses einzige Angebot dann automatisch marktüblich sei. Stattdessen sagt die Kommission ausdrücklich in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, dass in der Situation eines einzigen Angebots dann eben separat weitere Nachweise über die Marktüblichkeit der Maßnahme eingeholt werden müssen - sei es in Form eines Wirtschaftsprüfergutachtens, sei es, indem man sich die einschlägige Marktlandschaft anschaut und sich anschaut, ob es eben in der Vergangenheit in diesem Markt völlig gleich gelagerte Sachverhaltsgestaltungen gegeben hat, *pari passu*.

Und aus unserer Sicht ist es eben so<sup>221</sup>, schon angesichts des Umstandes, dass hier ganz überproportional nach ganz kurzer Laufzeit - das EuGH-Urteil ist ja im Juni ergangen, also fünfeinhalb Monate nach Vertragsschluss - schon 560 Millionen als Schadensersatzanspruch im

<sup>221</sup> Richtigstellung des SV: „nicht marktüblich“, siehe Anlage 5, S. 4



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Raum stehen. Das liegt sicher deutlich über dem, was hier die Bieter an eigenen Verfahrenskosten hatten, sondern ist Bezug nehmend<sup>222</sup> auf den Bruttounternehmenswert. Wir, die wir auch zahlreiche Unternehmen etwa in Mautkonzessionsverfahren begleiten, wissen aus unserer Praxis, dass das eine völlig unübliche und noch nie vorgekommene Sachverhaltsgestaltung ist. Bei diesen Konstellationen im Markt wird typischerweise nur ein negatives Interesse vereinbart, nämlich Deckung der Kosten, die bis zum Zeitpunkt der Kündigung entstanden sind, und eben nicht eine Entschädigung auf der Basis einer Fiktion, als sei der Vertrag über zwölf Jahre Laufzeit hier abgewickelt worden.

Von daher kommen wir zu dem Ergebnis: Es liegt hier eine marktunübliche Begünstigung des Konsortiums vor, und damit eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1<sup>223</sup>. Staatliche Beihilfen unterliegen dem Durchführungsverbot gemäß Artikel 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV. Und schon von daher hätte die Bundesregierung eine solche vertragliche Gestaltung nicht treffen dürfen. Sie darf erst recht nicht einen entsprechenden, auf diesem vertraglichen Berechnungsmodus basierenden Entschädigungsbetrag ausreichen, bevor dies nicht geklärt ist, nicht genehmigt ist durch die Kommission. Es muss im Gegenteil als Voraussetzung sichergestellt sein, dass hier eine Genehmigung der Kommission vorliegt. Und die kann eben in verschiedenen Formen eingeholt werden: sei es durch eine Notifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland, sei es im Beschwerdewege, sei es dadurch, dass die Kommission ex officio durch Zeitungsberichte auf das Verfahren gestoßen wird und ex officio ein Beihilfeprüfverfahren einleitet. Aber ohne Kommissionsgenehmigung oder aber eine sehr unwahrscheinliche Entscheidung der Kommission, dass hier doch keine Beihilfe vorliegt, kann hier nicht fortgeführt<sup>224</sup> werden. Und wir sind nach den

Informationen, die wir haben, außerordentlich sicher, dass wir a) eine staatliche Beihilfe im Sinne des Tatbestands Artikel 107 Absatz 1 haben und b) die Genehmigungsfähigkeit für diese Maßnahme nicht gegeben ist.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, Sie werden sich<sup>225</sup> wundern, dass ich dem nicht zustimmen kann. - Schon die ganzen Genehmigungen sind deswegen nicht erforderlich, weil der Ausgangspunkt, der hier im Raum steht - diese marktunübliche Begünstigung -, nicht vorliegt, sondern, ja, es<sup>226</sup> muss immer eine Begünstigung vorliegen. Und - ich glaube, das haben wir im Einzelnen herausgearbeitet und auch in der Stellungnahme versucht darzustellen - für uns ist das eben eine marktkonforme Regelung, die hier vorgenommen worden ist.

Und ich muss wirklich sagen: Also, wir haben das<sup>227</sup> jetzt auch intern im Haus von Linklaters mit den Projekten abgeglichen und haben versucht,<sup>228</sup> so viel wie möglich sichtbar zu machen; vieles ist ja auch vertraulich. Wir glauben einfach, dass diese Zuordnung<sup>229</sup> - das ist ein Risiko, was der Auftraggeber, was der Bund zu tragen hat, und dafür hat er dann auch einzustehen, wenn es schlagend wird - tatsächlich die Marktpraxis ist. Eine marktpraktische Regelung würde auch von der Kommission anerkannt werden; ich kann mir gar nicht vorstellen, dass das nicht der Fall wäre.

Dann will ich aber noch auf einen anderen Punkt hinweisen. Da sind wir dann doch wieder bei dem Bruttounternehmenswert, der hier immer verloren geht<sup>230</sup>, weil das vielleicht so ein bisschen kompliziert ist. Aber wir haben hier einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer, der sich anhand der entsprechenden Risikolage in dem Projekt noch mal im Einzelnen wird überlegen müssen, ob hier<sup>231</sup> möglicherweise zu Unrecht

<sup>222</sup> Richtigstellung des SV: „nimmt Bezug“, siehe Anlage 5, S. 4

<sup>223</sup> Ergänzung des SV um: „AEUV“, siehe Anlage 5, S. 4

<sup>224</sup> Richtigstellung des SV: „fortgefahren“, siehe Anlage 5, S. 4

<sup>225</sup> Ergänzung des SV um: „nicht“, siehe Anlage 6, S. 89

<sup>226</sup> Richtigstellung des SV: „für den Beihilfetatbestand“, siehe Anlage 6, S. 89

<sup>227</sup> Richtigstellung des SV: „die Entschädigungsregelung“, siehe Anlage 6, S. 89

<sup>228</sup> Ergänzung des SV um: „in der gutachterlichen Stellungnahme“, siehe Anlage 6, S. 89

<sup>229</sup> Ergänzung des SV um: „im Betreibervertrag“, siehe Anlage 6, S. 89

<sup>230</sup> Richtigstellung des SV: „aus den Augen gerät“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>231</sup> Ergänzung des SV um: „vom Bieter“, siehe Anlage 6, S. 90



## Nur zur dienstlichen Verwendung

bestimmte Risiken nicht richtig errichtet<sup>232</sup> worden sind, und alles dieses würde ja gar nicht ausgeglichen<sup>233</sup> werden. Hier steht immer die tolle Zahl<sup>234</sup> von 560 Millionen Euro; dazu kann ich nichts sagen. Ich weiß nur, dass diese Bewertung nach meiner Kenntnis bislang überhaupt nicht durchgeführt worden ist, ja? Deswegen muss man das eben mal sehen.

Tatsächlich würden wir der Kommission doch sagen, dass hier ein unabhängiger Wirtschaftsprüfer diesen Wert<sup>235</sup> dahin gehend abgeklopft hat, ob eigentlich die Risiken, die in dem Projekt waren, angemessen bepreist worden sind. Und wenn das nicht der Fall ist, würde sich der Entschädigungsbetrag entsprechend ändern. Das ist ja fast das Stärkste, was Sie machen können, um die Angemessenheit von so einer Kompensationsregelung zu ermitteln.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann hat jetzt der Herr Cezanne das Wort.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich möchte gerne noch mal an dieser Schadenersatzregelung unter einem anderen Gesichtspunkt ansetzen. Herr Dr. Endler, kann denn der Tatbestand, dass der ursprünglich im Vertragstext vorgesehene Nettokaufpreis, der vergolten werden sollte, nicht durchgesetzt werden konnte und stattdessen jetzt dieser - wie soll ich sagen? - Risikoaufschlag gezahlt werden muss, eigentlich auch ein Indiz für das sein, was Herr Núñez Müller als die mangelnde Vergabereife dieses ganzen Verfahrens ansieht? Also, ist das nicht sozusagen ein Indiz dafür? Würde ich jetzt so sehen.

Die zweite Frage dann weiter gehend an Sie beide, bitte. Dann kommt es ja zu der Vorlage dieses Angebots, das den zur Verfügung stehenden Finanzierungsrahmen um eine komplette

Milliarde übersteigt, also, ja, mindestens 33 Prozent. Ist das nicht eigentlich auch noch mal ein weiteres Indiz dafür, dass dieses Projekt so nicht funktionieren kann? Und wäre dann nicht eine sinnvolle Möglichkeit gewesen, zu sagen: „Wir heben dieses Vergabeverfahren auf; der Minister kommt noch mal zum Bundestag und sagt: So, Leute, was ihr uns da aufgetragen habt, funktioniert so nicht. Wir müssen noch mal reden“? - Das wäre eine Variante gewesen.

Und die letzte Frage, die sich mir dann noch mal stellt - das ist jetzt für mich aber wirklich eine offene Frage -: Ist mit der für mich überraschenden Entscheidung, die Toll Collect GmbH, über die wir ja auch gelegentlich mal im Verkehrsausschuss strittige Debatten geführt hatten, nicht zu privatisieren, denn nicht auch noch mal eine neue vergaberechtliche Situation entstanden? Also, hätte man jetzt nicht überprüfen müssen, ob die Toll Collect GmbH das alles nicht vielleicht noch viel besser und vernünftiger und wirtschaftlicher hätte durchführen können? Das hat man ja vorher gar nicht in Erwägung gezogen, weil das Ministerium immer davon ausgegangen ist, dass man den Laden wieder loswerden möchte.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich würde mit dem ersten Punkt beginnen. Die beiden anderen sind, glaube ich, für uns beide. - Das ist die Frage: Ist es ein Zeichen dafür, dass das<sup>236</sup> vielleicht noch gar nicht ausschreibungsreif war, weil sich diese erste Regelung -<sup>237</sup> Nettokaufpreis - nicht hat vermitteln lassen? Also, wenn ich da reinguckt hätte, hätte ich Ihnen, glaube ich, sofort gesagt, dass sie sich nicht vermitteln lässt, weil sie eben keinen angemessenen Ausgleich schafft. Das ist genau das, was in den Verhandlungen schon - - Insofern scheint mir das eher eine bietstrategische<sup>238</sup> Sache zu sein. Man kann natürlich in ein Verfahren gehen und einfach mal ein paar Forderungen reinschreiben, gerade im

<sup>232</sup> Richtigstellung des SV: „angesetzt und bepreist“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>233</sup> Richtigstellung des SV: „entschädigt“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>234</sup> Richtigstellung des SV: „ein Entschädigungsbetrag“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>235</sup> Richtigstellung des SV: „die Entschädigungszahlung“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>236</sup> Ergänzung des SV um: „Projekt“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>237</sup> Ergänzung des SV um: „Ausgleich des“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>238</sup> Richtigstellung des SV: „verhandlungstaktische“, siehe Anlage 6, S. 90



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Verhandlungsverfahren, und gucken, wie weit man damit kommt. Nur ist es dann ja in den Verhandlungsrunden so gewesen, dass alle Bieter, glaube ich, gleichermaßen gesagt haben, das könne nicht die Lösung für dieses Thema sein. Das hat, glaube ich, nichts mit der Ausschreibungsreife zu tun, sondern das ist der normale <sup>239</sup> Verhandlungsprozess oder -ablauf.

Es ist sehr häufig, dass der erste Aufschlag, den der öffentliche Auftraggeber gibt, nicht die Traumwelt der Bieter ist und es dann eben Verhandlungsmöglichkeiten gibt, indem man aufschreibt, was man an Änderungen haben will. Und dann muss man eben darüber sprechen, wie man zueinanderkommen kann. Es muss halt nur so zusammengehen, dass die Bieter sich in der Lage sehen, auf der Grundlage ein Angebot abzugeben. Ich glaube, das muss man eher so verstehen, als dass es die Verhandlungsreife infrage stellt, jedenfalls nach meinem Verständnis.

Dann die Frage zur Aufhebung bei den 3 Milliarden<sup>240</sup>, wenn ich das richtig verstanden habe. Da kommt jetzt das erste Angebot rein; das ist furchtbar teuer; das ist weit weg von dem, was man vorgesehen hat. Ja, dann kann man das natürlich prüfen, man kann überlegen, wie man vorgeht, und ich nehme an, dass das Ministerium das auch getan haben wird. Aber das ist natürlich nur ein Weg. Der alternative Weg ist der, dass man überlegt: Kann ich dieses Angebot durch Verhandlungen noch verbessern? Kann ich damit in einen Bereich kommen, in dem ich es <sup>241</sup> als zuschlagsfähig erachte? Das muss man gegeneinander abwägen. Ich vermute, dass man in den Spitzengesprächen genau dies zu evaluieren versucht hat. Denn Sie können überhaupt nicht sicher sein, wenn Sie ein Angebot <sup>242</sup> von 3 Milliarden haben, dass Sie da noch zu einer Lösung kommen, die sachgerecht ist, die so viel Nachgeben oder Anpassung verlangt. Aber genau das hat man ja versucht. Und aus Sicht des

Ministeriums wird man, glaube ich, sagen, dass der Weg, erst mal diese Verhandlungen zu versuchen, vor diesem Hintergrund möglicherweise richtig war, weil er eben Erfolg gehabt hat.

Zur Frage „Verstaatlichung Toll Collect“ gibt es vielleicht noch einen Punkt. Es ist ja vorhin schon mal angesprochen worden, ob das nicht überhaupt alles<sup>243</sup> infrage stellt, weil wir kein In-housegeschäft mehr haben. Dazu müssten die Erträge <sup>244</sup> aber 20 Prozent <sup>245</sup> erreichen, substanziell sein, was sie hier möglicherweise nicht sind, würde ich mal vermuten. Aber die andere Frage: Gehört so etwas in die staatliche Eigenstellung, <sup>246</sup> Nutzung eigener Ressourcen? Das kann ich mir vorstellen. Ich weiß aber einfach nicht, was im Wirtschaftlichkeitsvergleich entsprechend behandelt worden ist. Also, da hätte ich eine gewisse Sympathie für das, was Sie sagen. Ich würde mir eben überlegen, was die staatliche Eigenerfüllung hat, und die kann natürlich auf das zurückgreifen, was an <sup>247</sup> Ressourcen da ist. Das muss man sich aber angucken; das ist eine Frage des Wirtschaftlichkeitsvergleichs. Ich würde aber verstehen, wenn man darüber nachdenkt, ob man da eine Lösung finden kann.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Wir haben die Frage der Vergabereife in der Tat bislang vor allem festgemacht an dem Problem EuGH-Verfahren, das zu den maßgeblichen Zeitpunkten eben nicht gelöst war. Wenn es jetzt Bezug nehmend auf die 3 Milliarden und das Überschreiten des Finanzrahmens hier so gewesen wäre, dass das Bundesministerium frühzeitig mit einem Angebot in der Region von 3 Milliarden rechnen musste, haushaltsrechtlich aber die Voraussetzung zur Bedienung dieser 3 Milliarden gar nicht geschaffen hat, mithin diese 3 Milliarden hätte auch gar nicht zahlen können, dann wäre das möglicherweise auch ein Problem mangelnder Ausschreibungsreife, weil natürlich die

<sup>239</sup> Ergänzung des SV um: „Verlauf eines“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>240</sup> Ergänzung des SV um: „Angebots“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>241</sup> Ergänzung des SV um: „wirtschaftlich“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>242</sup> Ergänzung des SV um: „in Höhe“, siehe Anlage 6, S. 90

<sup>243</sup> Richtigstellung des SV: „die ganze Projektstruktur“, siehe Anlage 6, S. 91

<sup>244</sup> Ergänzung des SV um: „von Toll Collect“, siehe Anlage 6, S. 91

<sup>245</sup> Ergänzung des SV um: „des Umsatzes“, siehe Anlage 6, S. 91

<sup>246</sup> Ergänzung des SV um: „die“, siehe Anlage 6, S. 91

<sup>247</sup> Ergänzung des SV um: „staatlichen“, siehe Anlage 6, S. 91



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Vergabestelle ihrerseits auch sicherstellen muss, dass sie den Vertrag, den sie hier schließen will, am Ende auch erfüllen kann. Und wenn das frühzeitig infrage stand für das Ministerium, würden sich in der Tat auch auf der Ebene Vergabereife hier Fragen stellen.

Zu der Frage - in Anführungsstrichen - „Verstaatlichung der Toll Collect durch Ausübung der Call-Option betreffend deren Geschäftsanteile“. Mein Eindruck ist, dass die Ziehung dieser Call-Option relativ früh für das Bundesverkehrsministerium im Raum stand, nämlich schon im Herbst 2018. Dann stellt sich halt die Frage, warum das nicht frühzeitig eingeführt worden ist in die Gespräche mit den verschiedenen Bietern. Die Situation war doch so, dass zunächst einmal Erstangebote abgegeben wurden, dann ein finales Angebot<sup>248</sup> aufgerufen wurde, nur einer<sup>249</sup> angeboten hat; die anderen sahen die Probleme nicht ausgeräumt, haben eben kein finales Angebot abgegeben. Das finale Angebot von autoTicket erschien dem Bund zu hoch. Er öffnete dann plötzlich Verhandlungen über ein finales Angebot, was man nach dem Wortlaut der Vergabeverordnung nicht darf, und brachte dann die Alternative mit hinein, dass der Vertragspartner das ganze Mautstellennetz, die Mautstelleninfrastruktur gar nicht selbst erstellen müsse, was ein sehr kostspieliges Unterfangen ist, sondern dass das die Toll Collect für ihn tun könne und dass der Bund zusätzlich einen Teil des Preises, den die Toll Collect dafür fordern würde, selbst übernehmen würde. Das ist schon eine dramatische Änderung des Kontextes, auf den hier geboten wurde, was dann eben auch dazu geführt hat, dass das gewinnende Konsortium hier den Angebotspreis von über 3 auf unter 2 Milliarden Euro senken konnte. Nur, die entscheidende Frage ist an der Stelle: Hätten die anderen drei das gewusst, dass die Toll Collect hier einspringt, dass der Bund die Kosten entsprechend subventioniert, dann wäre das möglicherweise für die etwas gewesen, was sie aus der Abschreckungshaltung gelöst hätte und es ihnen ermöglicht hätte, sie encouragiert hätte, hier ein Angebot abzugeben. Davon sind

<sup>248</sup> Richtigstellung des SV: „... zur Abgabe eines finalen Angebots ...“, siehe Anlage 5, S. 4

<sup>249</sup> Richtigstellung des SV: „... ein finales Angebot abgegeben wurde; ...“, siehe Anlage 5, S. 5

sie eben abgehalten worden, weil sie völlig im Dunkeln standen und überhaupt nicht wussten, was hier zwischen dem Bund einerseits und autoTicket besprochen wurde.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. - Dann habe ich noch eine Wortmeldung vom Herrn Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich würde gerne zwei Aspekte noch ansprechen, die, glaube ich, noch nicht so tief beleuchtet wurden, mit der Bitte an beide zur Stellungnahme, vielleicht erst Herr Endler und dann Herr Núñez Müller.

Das eine ist das Risikomanagement, das ja eine ganz entscheidende Rolle spielt für Vertragsgestaltung, Strafen und alles, was da noch kommt. Herr Núñez Müller hat es ja in seiner Erwiderung dargestellt. Ich möchte Sie auch noch informieren, dass eben beide europarechtlichen Gutachter sich einig waren, dass die Zahl von 15 Prozent, die in Risikoworkshops genannt wurde, viel zu niedrig war. Also die Aussage von Herrn Professor Mayer war: 90 bis 95 Prozent. Und Aussage von Herrn Professor Kainer war: Auf dieser Grundlage hätte man kein Haus bauen können. - Meine Bitte wäre, das zu berücksichtigen, wie auch die Tatsache, dass der Bundesrechnungshof darauf hinweist, dass in den Risikoworkshops diese 15 Prozent genannt wurden, aber in der Gesamtprojektleitungsgruppe von einem wesentlichen Problem gesprochen wurde, also einer ganz anderen Risikostufe. Insofern die Frage - vielleicht erst Herr Endler, dann Herr Núñez Müller - zum Risikomanagement: War das gut? Und was leitet sich aus dem Risikomanagement alles für die Vertragsgestaltung und das weitere Verfahren ab?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, ich war beim Risikomanagement ja nicht dabei, ich kann Ihnen aber vielleicht sagen: Erwarten wir in solch umfangreichen Projekten ein entsprechendes Risikomanagement? Das tun wir selbstverständlich. Ich habe gesehen, dass es<sup>250</sup> aufgesetzt worden

<sup>250</sup> Richtigstellung des SV: „solche ein System“, siehe Anlage 6, S. 92



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ist, unter Beteiligung der Berater. Wir arbeiten üblicherweise dann eben auch mit der Ermittlung aller projektkonkreten Risiken. Da wird natürlich so eine Frage - offenes Verfahren<sup>251</sup> - selbstverständlich aufgenommen und entsprechend bewertet und immer nachgeführt werden müssen. Ob und wie das erfolgt ist? Da kann ich wirklich nur vorschlagen - da fehlen mir einfach die Informationen, muss ich sagen -, mit den Beteiligten zu sprechen. Das ist sicherlich ein wichtiger Punkt. Man würde erwarten, dass das sachgerecht gehandhabt wird.

Jetzt konkret - ich war ja nicht dabei -: Juristen zucken ja, wenn Leute mit „15 Prozent“ oder so was ankommen. So<sup>252</sup> Zahlen finde ich immer schwierig. „15“ ist, glaube ich, vom Bund, und „90“ sagt der andere. Na ja, was auch immer; ich verstehe das. Mir ist in der Diskussion immer aufgefallen: Also, erst mal ist ja völlig klar - das sagt jeder, den man fragen würde -: Ein offenes Gerichtsverfahren hat ein Risiko. Das braucht man gar nicht infrage zu stellen; das ist eben einfach da. Das muss man sich ja angucken. Jetzt muss man natürlich sehen: Man schließt Verträge ab - mit offenen Risiken. Das tut man, weil sonst müssten wir alles abwarten, könnten überhaupt nichts abschließen. Es ist halt so, dass all diese komplexen Dinge Risiken haben. Dies ist nun ein normatives Risiko; aber es wäre für mich jetzt nicht so anders zu handhaben als andere Risiken. Man muss sie halt bewerten und damit umgehen.

Schauen muss man natürlich - das werden Sie sicher alles gehört haben - auf das Datum, als es um den Zuschlag ging. Ich habe immer von unzähligen Gutachten gelesen, die da<sup>253</sup> eingeholt worden sind. Also mein Eindruck war - deswegen haben wir damals auch gesagt, wir können das jedenfalls nachvollziehen, innerhalb des Ermessens -, dass man<sup>254</sup>, als der Zuschlag erteilt worden ist - das war, glaube ich, im Nachgang zu der mündlichen Verhandlung - - Man hatte,

wenn ich das richtig verstehe, die Prozessvertreter da mit eingebunden und hatte vielleicht den Eindruck: Es<sup>255</sup> ist ganz gut gelaufen, weil nicht so viele Fragen an uns<sup>256</sup> gegangen sind. - Das würde ich ähnlich beschreiben. Wir wissen auch immer: „Das Verfahren läuft nicht so gut“, wenn wir viel gefragt werden. Ich hatte dann auch verstanden - das hat mir auch immer eingeleuchtet -, dass sich dieser Eindruck in der Einschätzung des Generalanwalts - zwar nicht in der Zeit vorher, aber in der nachliegenden Einschätzung - niedergeschlagen hatte.

Deswegen kann ich jetzt nicht sagen, ob 15 Prozent richtig sind. Aber zu dem Zeitpunkt<sup>257</sup>, wenn ich die Informationen zusammennehme, könnte ich mir schon vorstellen, dass man das auch ausgewogener oder anders betrachtet.

Das ist alles, was ich dazu sagen kann. Ich meine, Sie haben darüber heute schon mit den Kollegen<sup>258</sup> gesprochen. Ich will nur sagen: Das Risikomanagement vermag natürlich auch dieses Risiko zu ermitteln. Wenn man dann zum Abschluss kommt, muss man eben die ganzen verschiedenen Themen, die man hat, gegeneinander abwägen. Das kann man aber tun. - Das müssen Sie dann vielleicht evaluieren. Ich hatte ja vorhin schon auf Punkte hingewiesen, die dann eben auch zu berücksichtigen sind: Das ist der gesetzgeberische Auftrag; das ist die Tatsache: Das Projekt beginnt nicht; das ist das Problem, dass man ein zuschlagsreifes Angebot hat. Alles das sind Punkte, die auch Risiken implizieren, die man irgendwie bewerten muss und wo man dann zu einer Lösung kommen muss.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Natürlich kann man sich auf den Satz zurückziehen: Auf See und vor Gericht ist man in Gottes Hand.

<sup>251</sup> Richtigstellung des SV: „Gerichtsverfahren“, siehe Anlage 6, S. 92

<sup>252</sup> Richtigstellung des SV: „Solche“, siehe Anlage 6, S. 92

<sup>253</sup> Richtigstellung des SV: „zur Frage des Prozessrisikos“, siehe Anlage 6, S. 92

<sup>254</sup> Richtigstellung des SV: „der Bund zum Zeitpunkt“, siehe Anlage 6, S. 92

<sup>255</sup> Richtigstellung des SV: „Das Verfahren“, siehe Anlage 6, S. 92

<sup>256</sup> Richtigstellung des SV: „den Bund“,

<sup>257</sup> Ergänzung des SV um: „des Zuschlags“, siehe Anlage 6, S. 92

<sup>258</sup> Richtigstellung des SV: „anderen Sachverständigen“, siehe Anlage 6, S. 92



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Natürlich sind alle Prozessverfahren, Gerichtsverfahren mit Unsicherheiten verbunden. Allerdings, auf der anderen Seite, erstens: Die von Ihnen genannten Divergenzen in der Risikobewertung, -beifferung sprechen für sich. Auch die internen Differenzen zwischen „15 Prozent“ nach außen und „wesentlichen Problemen“ in der Innenkommunikation sprechen für sich.

Für mich sprechen aber drei weitere Punkte gegen [sic!] <sup>259</sup> ein fehlerhaftes Risikomanagement an dieser Stelle:

Erstens. Die zeitliche Taktung einerseits des Vergabeverfahrens, andererseits des EuGH-Verfahrens lag doch entweder vollständig oder mindestens teilweise in den Händen des Bundes. Der Bund hätte auf eine Beschleunigung des EuGH-Verfahrens und damit schnellere Rechtssicherheit über die Unionskonformität des Gesetzgebungspakets drängen können. Er hätte ein beschleunigtes Verfahren beantragen können.

Er hätte <sup>260</sup> auch schnell antworten können, statt die Verfahrensfristen jedes Mal auszureizen, bis zum letzten Tag; denn schließlich hat der Bund selbst gesagt, dass er vor Gericht nur das vorgetragen hat, was ihm vorher als Gutachten geliefert worden war von demjenigen, der sowohl Prozessbevollmächtigter wie vorher Gutachter gewesen war. Also, der Bund hätte selbst auf eine Beschleunigung des EuGH-Verfahrens drängen können, auf eine schnellere Rechtssicherheit.

Zugleich hat der Bund natürlich die volle Kontrolle gehabt über die zeitliche Taktung des Vergabeverfahrens. Und er hätte hier sehr wohl mehrere Maßnahmen treffen können, um sicherzustellen, dass der Zuschlag erst ergeht, nachdem der EuGH seine letzte und letztinstanzliche Entscheidung getroffen hat, und der Zuschlag nicht schon erteilt wird auf der Basis des Verlaufs einer mündlichen Verhandlung, die nach meiner langjährigen Erfahrung vor dem EuGH nur sehr eingeschränkte Hinweise darauf gibt, wie der EuGH am Ende des Tages urteilen wird.

Es kommen folgende Indizien hinzu, die für ein schlechtes Risikomanagement sprechen: Man muss sich noch einmal vor Augen führen, dass wir hier über ein - in Anführungsstrichen - „gesetzgeberisches Koppelungsgeschäft“ sprechen. Wir haben hier eine Infrastrukturabgabe für alle, gekoppelt mit einer steuerlichen Kompensation nur für die Halter deutscher Fahrzeuge. Und auf der anderen Seite stehen das Diskriminierungsverbot nach EU-Recht und die Warenverkehrsfreiheit nach AEUV. Das sind wirklich Grundfreiheiten, Grundnormen der EU. Hier liegt doch eine Ungleichbehandlung der Halter deutscher Pkws gegenüber den Haltern anderer EU-Pkws auf der Hand. Das hat man hier sehr konfrontativ gemacht, indem man gekoppelt hat. Da hätte man sicherlich sehr viel Risiko rausnehmen können, indem man eine weichere Entschädigungs- oder Kompensationsregelung für die Halter deutscher Pkws gefunden hätte, indem man das eben nicht zeitgleich gekoppelt hätte oder indem man nicht eine volle Kompensation, sondern meinetwegen eine Abschichtung nach Bemessungsgrundlagen gewählt hätte oder indem man vielleicht die ersten zwei, drei, vier Jahre auf eine Kompensation verzichtet hätte und eine Kompensation erst dann eingeführt hätte. Aber nein, man wollte eben aus politischen Gründen dem Wähler gegenüber nicht wortbrüchig werden und hat damit eine Schwachstelle geschaffen, in die zunächst Österreich und dann auch der EuGH gestoßen sind.

Es kommt hinzu, dass das EuGH-Verfahren sukzessive erhebliche Indizien zutage gefördert hat, die das Risiko für Deutschland erhoben <sup>261</sup> haben:

Zum einen hat die Kommission darauf verzichtet, diesem Verfahren als Streithelfer Deutschlands beizutreten. Mit anderen Worten: Die Kommission hat darauf verzichtet, den Einstellungsbeschluss vor dem EuGH zu verteidigen, den sie mit und zugunsten Deutschlands doch selbst gefasst hatte. Das ist in der Geschichte der durch Mitgliedstaaten gegen andere Mitgliedstaaten eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren einmalig.

<sup>259</sup> Richtigstellung des SV: „für“, siehe Anlage 5, S. 5

<sup>260</sup> Ergänzung des SV um: „im EuGH-Verfahren“, siehe Anlage 5, S. 5

<sup>261</sup> Richtigstellung des SV: „erhöht“, siehe Anlage 5, S. 5



## Nur zur dienstlichen Verwendung

In der Praxis dieser Verfahren war es bisher immer so, dass die Kommission einem der beiden Streithähne als Streithelfer beigetreten ist. Hier hat sie darauf verzichtet. Und das ist aus Sicht des EuGH schon ein klares Signal. Wenn das Unionsorgan, das als Hüter der Verträge auftritt, das zur Überwachung der Einhaltung von EU-Recht berufen ist, darauf verzichtet, die eigene Einstellungsentscheidung vor dem EuGH zu verteidigen und dem entsprechenden Mitgliedstaat beizuspringen, dann ist das ein klares Signal an den EuGH, dass diese Einstellungsentscheidung rein politisch und eben nicht rechtlich motiviert war. So hat sich die Kommission dann letztlich auf Anfrage ja auch geäußert.

Hinzu kommt das Indiz „große<sup>262</sup> Kammern“: Große Kammern werden und können eben auch nur einberufen werden bei erheblichen Schwierigkeiten oder besonderer Bedeutung. Die<sup>263</sup> sind typischerweise ein Signal dafür, dass der EuGH eine Grundlagenentscheidung treffen will und auch breite Legitimität sucht. Das ist immer dann angezeigt, wenn man, sagen wir mal, einen Bruch mit der Vergangenheit anstrebt.

Und zum Dritten - das haben wir auch in unserem Gutachten dargelegt - drängt sich der Eindruck auf, jedenfalls nach dem Wortlaut des EuGH-Urteils, dass Deutschland das eigene Paket eben nur unvollständig verteidigt hat, sich nur auf den Standpunkt gestellt hat, hier liege gar keine Diskriminierung von Haltern ausländischer Pkws vor oder hier liege gar keine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor. Man hat aber keine zweite Verteidigungslinie eingezogen, indem man gesagt hat: „Hier liegt möglicherweise eine Ungleichbehandlung vor; aber die ist gerechtfertigt aus den Gründen A, B, C“ oder: „Hier liegt möglicherweise eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor; die ist aber begründet, gerechtfertigt durch die Erwägungen A, B, C.“ Diese zweite Verteidigungslinie wurde nie im Verfahren geführt. Das hat der EuGH in verschiedenen Textstellen seines Urteils auch ausdrücklich so benannt. Von daher hat Deutschland das

eigene Risiko auch durch die eigene Verfahrensführung erhöht.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, jetzt hat der Herr Luksic noch eine Nachfrage. Ich möchte aber auch darum bitten, sich an dem Thema zu orientieren, das wir hier haben. Es geht hier um Vergaberecht. Europarecht haben wir heute Mittag schon behandelt. Also bitte ich, konkret darauf zu achten, dass man dazu die Fragen stellt und vor allen Dingen auch keine Wertungen vornimmt zu anderen Bereichen, die eigentlich hier schon diskutiert wurden. Ich finde, wir sollten uns jetzt wirklich über das Vergaberecht unterhalten. - Herr Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Das war ja, glaube ich, der Fall, weil das Risikomanagement vergaberechtlich eine wichtige Rolle spielt, auch in der Vertragsgestaltung. - Eben wurde die Kündigung angesprochen. Ich bitte beide Sachverständigen, darauf einzugehen. Ich glaube, da liegen Sie vielleicht gar nicht so weit auseinander. Hier gibt es, glaube ich, drei Aspekte:

Herr Núñez Müller, ich habe Sie eben richtig verstanden - das ist, wie ich sehe, auch überwiegend Konsens bei den Juristen -, dass nach dem Urteil des EuGH eigentlich gar keine zwingende Notwendigkeit bestand, die Pkw-Maut nicht umzusetzen, sondern dass es vor allem um die Verknüpfung zwischen dem Infrastrukturabgabengesetz und der Senkung der Kfz-Steuer ging? Also, würden Sie beide der These zustimmen, dass man eine andere Maut hätte einführen können?

Daran anschließend, was den Ablauf der Kündigung angeht: Das ging ja sehr schnell. Sie haben eben beide die Verfahren vor dem EuGH angesprochen und Ihre Erfahrungen vor Gericht. Wie ist es zu bewerten, dass das noch am selben Tag bewertet wurde? Es gab ja Urteilsverkündung, Pressekonferenz, Taskforce „Kündigung“ innerhalb weniger Stunden. Also, aus Ihrer Erfahrung mit solchen Prozessen: Wie schnell kann man denn von dem Urteil Kenntnis nehmen und eine

<sup>262</sup> Richtigstellung des SV: „Große“, siehe Anlage 5, S. 5

<sup>263</sup> Richtigstellung des SV: „Sie“, siehe Anlage 5, S. 5





## Nur zur dienstlichen Verwendung

angemessene Bewertung der Gründe des Urteils und des langen Vertragswerks vornehmen?

Daran anschließend die Frage, ob beide der rechtlichen Bewertung zustimmen, dass eine Kündigung, wenn sie nur wegen ordnungspolitischer Gründe, also nur wegen des EuGH-Urteils, stattgefunden hat, zu einem Schadenersatzanspruch führt. - Vielen Dank.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Nach meiner Auffassung ist es in der Tat so, dass das EuGH-Urteil nicht zwingend zur Kündigung Veranlassung gab. Es besteht ja hier eine Treuepflicht des Mitgliedstaates, ein solches EuGH-Urteil zu beachten, sprich: die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit in einem solchen Urteil abzustellen. Wie er dies tut, obliegt ihm; er muss es aber natürlich inhaltlich tun. Und hier hat eben der EuGH entsprechend den Anträgen Österreichs gerade und nur die Kopplung, nämlich die Einführung der Infrastrukturabgabe für alle bei gleichzeitiger Kompensation nur für die Deutschen, für unionswidrig erklärt. Sprich: Hätte man Letzteres außen vor gelassen, hätte es der Kündigung nicht bedurft. Man hätte also so fortfahren können, dass man die Infrastrukturabgabe einleitet und nur eben darauf verzichtet, die Halter deutscher Pkws zu kompensieren. Das wäre möglich gewesen. Dann hätte übrigens das Konsortium sich quasi den Bruttounternehmenswert durch entsprechende Leistungen über die Vertragslaufzeit verdienen müssen.

Was den Ablauf der Kündigung angeht: Das ist<sup>264</sup> in der Tat sehr schnell unstrittig. Urteilserlass: 18. Juni; unstrittig erstes Kündigungsschreiben: ebenfalls 18. Juni. Von den Abläufen her ist es so: Diese Urteile des EuGH werden erlassen um 9.30 Uhr, frühestens, und die Urteile liegen typischerweise nicht schon am Eingang des Sitzungssaales aus, und sie werden auch nicht gleich im Internet veröffentlicht, sondern es ist schon eine der, sagen wir mal, komplizierteren anwaltlichen Aufgaben, möglichst schnell an den Urteilstext zu kommen, der erst die abschließende Analyse ermöglicht. Wenn man im Sekretariat des EuGH anruft, kriegt man eben allenfalls den Tenor,

nicht die Begründung geliefert, und das eben auch frühestens, sagen wir mal, eine Stunde nach der Verkündung. Also, vor dem Hintergrund, dass der Urteilstext im Zweifel nicht vor Mittag vorlag und sich hier doch sehr komplexe Fragen stellten, ist es schon sehr schnell gelaufen, bis man hier zu der Entscheidung gelangt ist, den Betreibervertrag zu kündigen. - Jetzt habe ich, offen gesagt, die dritte Frage vergessen.

**Oliver Luksic (FDP):** Kündigung nur wegen Urteils, gibt es dann automatisch einen Schadenersatzanspruch?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Nach meinem Verständnis des Betreibervertrages gibt es, bezogen auf diesen Kündigungsgrund, eine spezifische Entschädigungsfolge, die im Ergebnis leistungsunabhängig zu einer Entschädigung in Höhe des Bruttounternehmenswertes führt.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich will mich, ehrlich gesagt, jetzt nicht zu sehr an Spekulationen beteiligen, sondern ich würde Ihnen tatsächlich vorschlagen, dies mit denjenigen zu besprechen, die<sup>265</sup> die Kündigung entschieden haben. Das ist ja ein politischer Akt, kein rechtlicher. Natürlich können Sie kündigen, das steht Ihnen frei, mit den entsprechenden Folgen.

Ein Hinweis vielleicht - das weiß ich aus den Abstimmungen -: Nach unserem Verständnis hatte man sich relativ intensiv Gedanken gemacht, auch im Vorfeld, ob es alternative Gestaltungsformen gibt. Und wir meinen auch - das ist uns damals erläutert worden -, dass es im Vertrag alle möglichen Regeln gibt, die Anpassungen erlaubt hätten. Warum man anders vorangegangen ist, müsste man sich aber auch von den Prozessbeteiligten erklären lassen. Daher würde ich annehmen, dass die verschiedenen Varianten - kommt man mit einer Anpassung durch, oder kündigt man - eigentlich schon während der Verhandlungen und auch danach relativ intensiv besprochen gewesen sein müssen; denn sonst kann man den Vertrag nicht darauf aufbauen. Ich weiß, dass

<sup>264</sup> Richtigstellung des SV: „war“, siehe Anlage 5, S. 5

<sup>265</sup> Ergänzung des SV um: „über“, siehe Anlage 6, S. 96



## Nur zur dienstlichen Verwendung

es<sup>266</sup> auch eine gewisse Hoffnung gab, dass die Entscheidung niemals so stark ausfallen würde. Diese Hoffnung war, glaube ich, ein bisschen geprägt durch die Erfahrungen, die man im Vertragsverletzungsverfahren mit der Kommission gemacht hatte, die ja dann mehr oder weniger auf so eine Spreizungsregelung gekommen war; also ein völlig anderer Punkt, den man anders adressieren konnte. Also, das müsste man sich mal angucken. - Deswegen glaube ich, dass es da<sup>267</sup> möglicherweise sehr viel mehr Vorlauf und sehr viel mehr Überlegungen gab.

Der zweite Punkt. Von den Handlungsalternativen hängt auch ein bisschen ab, wie schnell man reagieren kann. Wenn so etwas entsprechend vorbereitet ist und man sich darüber Gedanken gemacht hat, kann man natürlich auch schnell eine Entscheidung treffen. - Ja, das ist es.

**Oliver Luksic (FDP):** Der dritte Punkt vielleicht noch ganz kurz: Ist Folge der Kündigung nur wegen eines ordnungspolitischen Grundes automatisch Schadenersatz? Würden Sie der Auffassung zustimmen, dass das automatisch so wäre?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist so. Alles, was wir bislang angeschaut haben, war ja immer bezogen auf den explizit genannten Grund, das Normative, dass das aufgrund der Gerichtsentscheidung würde nicht gehalten werden können. Ob man zu anderen Kündigungsgründen, Teilkündigungen hätte kommen können - das hätte man ja alles anpassen müssen - und den Vertrag hätte aufrechterhalten können, das kann ich Ihnen nicht sagen. Das muss man sich im Einzelnen angucken.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann Herr Kühn und dann Frau Lühmann.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich komme noch mal auf die Risikobewertung, das Risikomanagement im Vergabeprozess zurück, was ja nicht zu trennen ist von den parallel lau-

fenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof. Herr Endler hat ja schon das Thema „mündliche Verhandlung“ angesprochen und gesagt, dass es sozusagen ein gutes Signal war, dass wenige Fragen kamen. Nur hat der EuGH ja - das ist die Frage an Herrn Núñez Müller - extra bei der Kommission nachgefragt, warum sie denn das Vergabeverfahren eingestellt hat. Ist das üblich, und wie ist das zu bewerten? Also: Hätten da sozusagen die Alarmglocken schrillen müssen?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Es ist durchaus üblich, dass der EuGH zur Aufklärung Fragen stellt, sei es an die Verfahrensbeteiligten, sei es an ein nichtbeteiligtes Organ wie die Kommission. Das ist hier vielleicht deswegen noch eher wahrscheinlich gewesen, weil die Kommission sich ja nicht proaktiv selbst beteiligt hatte und dementsprechend der EuGH niemanden im Verfahren hatte, der ihm über die Gründe der Einstellung aus dem Kreis der Verfahrensbeteiligten selbst hätte Auskunft geben können. Die Alarmglocken hätten nicht läuten müssen bei dieser Nachfrage; die Alarmglocken hätten läuten müssen spätestens bei der Antwort, die die Kommission gegeben hat, die nämlich sehr deutlich gemacht hat, dass die Einstellung primär politisch - und zwar wörtlich, nach wörtlicher Einlassung der Kommission - oder jedenfalls politisch im Sinne einer Konsensbildung über die Pkw-Maut motiviert war. Die Kommission hat, jedenfalls in der Einlassung, so wie ich sie im EuGH-Urteil referiert sehe, nicht auf rechtlicher Ebene ihre Einstellung gerechtfertigt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Frau Lühmann, bitte.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Wir sind hier ganz weit aus unserem eigentlichen Thema raus; aber, Herr Vorsitzender, ich stelle auch noch eine Frage, die einfach zwingend ist. Herr Núñez Müller, Sie haben eben ausgeführt, dass die Kündigung nicht zwingend gewesen wäre, man hätte dem Urteil auch Rechnung tragen können, indem man ein-

<sup>266</sup> Richtigstellung des SV: „auf Seiten des Bundes“, siehe Anlage 6, S. 96

<sup>267</sup> Richtigstellung des SV: „auf Seiten des Bundes“, siehe Anlage 6, S. 96



## Nur zur dienstlichen Verwendung

fach den einen Teil verwirklicht und den anderen nicht, nämlich die Entlastung bei der Kfz-Steuer. Stimmen Sie mir zu, dass das nicht umzusetzen, eines erneuten Beschlusses des Bundestages bedurft hätte?

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Das ist hier in der Tat eine trickreiche Frage. Sie werden wahrscheinlich ein Ja von mir hören wollen; aber ich würde aus europarechtlicher Perspektive antworten: Infolge des Feststellungsurteils des EuGH ist das Zweite Verkehrsteueränderungsgesetz in seiner Bezugnahme auf das Infrastrukturabgabengesetz unanwendbar geworden, und zwar, weil eben das EU-Recht Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht genießt. Sprich: Der Deutsche Bundestag mag das jetzt noch aufheben oder auch nicht, er darf es jedenfalls - und das entsprechende Ministerium - nicht mehr anwenden. Und ob jetzt der Deutsche Bundestag rein verfassungsrechtlich das hätte aufheben müssen, das ist eine Frage, die Verfassungsrechtler beantworten müssen. Zu diesem erlauchten Kreis gehöre ich nicht, jedenfalls nicht in erster Linie.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Aber wenn Sie das so sagen, dass ein Teil des Gesetzes nur nicht angewandt werden muss, dann kann doch auch der andere Teil nicht angewandt werden; also dann war es doch die freie Entscheidung. Das Gericht hat doch nur gesagt: Beide Gesetze zusammen dürfen nicht angewandt werden. So. Und jetzt ist die Entscheidungsfrage: Wende ich das eine nicht an, wende ich das andere nicht an, oder wende ich beide nicht an? Aber man kann doch nicht einfach sagen: Den Auftrag des Bundestages setze ich jetzt in einem Fall nicht um; und ich entscheide mal frei, welcher Fall das ist.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Der EuGH hat nur auf die beiden Gesetze in ihrer Wechselwirkung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Diskriminierung zugunsten deutscher Pkw-Halter und die Warenverkehrsfreiheitsbeeinträchtigung durch die Besserstellung deutscher Pkw-Halter geantwortet. Er hat sich an keiner Stelle kritisch auseinandergesetzt mit der Infrastrukturabgabenerhebung an und für sich. Von daher würde sowohl aus dem Tenor des

EuGH-Urteils wie aus den Urteilsgründen nur eine Unanwendbarkeit dessen folgen, was hier der EuGH als EU-widrig gesehen hat, nämlich der positiven Diskriminierung zugunsten deutscher Pkw-Halter durch die Kompensation und der Warenverkehrsbeeinträchtigung durch ebendiese Kompensation.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Das geht doch nicht. Damit wäre doch der gesamte Wille des Deutschen Bundestages konterkariert worden.

**Sachverständiger Dr. Marco Núñez Müller:** Der EuGH kümmert sich, offen gestanden, nicht so sehr darum - er ist dafür auch gar nicht zuständig -, wie die verfassungsrechtlichen Gegebenheiten in einem Mitgliedstaat sind. Der EuGH stellt fest, ob bestimmte Maßnahmen EU-widrig sind. Aus der Treupflicht der Mitgliedstaaten und der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt eben, dass sich ein Mitgliedstaat an ein solches Urteil halten muss. Wie er dies tut, welche verfassungsrechtlichen Maßnahmen er da ergreift, ist ihm völlig überlassen. Jedenfalls auf EU-rechtlicher Ebene steht fest: Diese Kompensation war ab Erlass des EuGH-Urteils nicht mehr anwendbar.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, das war die letzte Wortmeldung. Ich frage jetzt noch mal in die Runde: Können wir die Anhörung an der Stelle beenden? - Wird abschließend eine Zusammenfassung der beiden Sachverständigen gewünscht? - Das ist auch nicht der Fall.

Dann möchte ich mich recht herzlich bedanken und Sie beide noch mal darauf hinweisen, dass Ihnen nach der Fertigstellung das Stenografische Protokoll dieser Anhörung zugesandt wird. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss beschlossen werden. Über diesen Beschluss erhalten Sie dann auch eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß



## Nur zur dienstlichen Verwendung

§ 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. Haben Sie aus Ihrer Sicht dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall. Dann noch mal herzlichen Dank.

Ich schließe hiermit die Sitzung, bedanke mich für das Interesse.

Die nächste öffentliche Beweisaufnahmesitzung wird am 30. Januar 2020 um 13.00 Uhr beginnen.

Ich wünsche den Kolleginnen und Kollegen noch einen schönen Abend.

(Schluss: 20.35 Uhr)

**PA29 2UA Postfachaccount PA29**

---

**Von:** Franz Mayer <franz.mayer@uni-bielefeld.de>  
**Gesendet:** Freitag, 14. Februar 2020 04:24  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Betreff:** Re: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020  
**Anlagen:** 04.StenoProt.vorläufig.Mayer\_Krainer\_Hufeld\_Gröpl\_Nunez\_Endler KORR MAYER.docx;  
04.StenoProt.vorläufig.Mayer\_Krainer\_Hufeld\_Gröpl\_Nunez\_Endler KORR MAYER.pdf

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei übersende ich die durchgesehene und ergänzte Aufzeichnung meiner Ausführungen. Ich habe mir erlaubt, meine Anmerkungen in ein Word-Dokument im Änderungen-verfolgen Modus einzutragen, um Übertragungsfehler zu minimieren. Diese Version anbei als Word-Datei und als PDF-Datei (lediglich die ersten 47 Seiten des Dokuments). Ich habe keine Formatierungen korrigiert, wo also in der Word-Datei Worte gesperrt und mit Trennzeichen oä erscheinen, ist das technisch bedingt und kein Änderungswunsch. Bei den eingerückten wörtlichen Zitaten habe ich zum Teil Anführungszeichen ergänzt, sollte das nicht üblich sein, erübrigt sich dieser Änderungsvorschlag.

Werden wir die Endfassung erhalten und wird diese öffentlich sein?

Bitte bestätigen Sie mir kurz Eingang dieser Mail.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Franz Mayer

Am 06.02.20 um 14:20 schrieb PA29 2UA Postfachaccount PA29:

- > Sehr geehrter Herr Professor Mayer,
- >
- > sehr geehrter Herr Professor Kainer,
- >
- > sehr geehrter Herr Professor Hufeld,
- >
- > sehr geehrter Herr Professor Gröpl,
- >
- > sehr geehrter Herr Dr. Nunez Müller,
- >
- > sehr geehrter Herr Dr. Endler,
- >
- >
- >
- > im Anhang finden Sie - wie Ihnen vom Vorsitzenden am Ende Ihrer
- > Anhörung zugesagt - das vorläufige stenografische Protokoll zur
- > Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar
- > 2020 mit Bitte, gem. §§ 28 i.V.m. 26 PUAG den entsprechenden Teil, zu
- > dem Sie gesprochen haben zu prüfen, und dem Ausschuss evtl. Änderungs-
- > bzw. Ergänzungswünsche schriftlich innerhalb von zwei Wochen, d.h. bis
- > zum

>  
>  
>  
> \*/Donnerstag, den 27. Februar 2020/\*,  
>  
>  
>  
> mitzuteilen.  
>  
>  
>  
> Für Ihre Bemühungen und Ihr Verständnis bedanken wir uns bereits im  
> Vorfeld und verbleiben  
>  
>  
>  
> mit freundlichen Grüßen  
>  
> i.A. Anja Netterscheidt  
>  
>  
>  
> Anja Netterscheidt  
>  
> Deutscher Bundestag  
>  
> 2. Untersuchungsausschuss der 19. Wahlperiode  
>  
> - Sekretariat PA 29 -  
>  
> Platz der Republik 1  
>  
> 11011 Berlin  
>  
>  
>  
> Tel.: +49 (0)30/227-31703  
>  
> Fax: +49 (0)30/227-30315  
>  
> E-Mail:  
>  
> 2.untersuchungsausschuss@bundestag.de  
>  
>  
>  
> Datenschutz:  
>  
> <https://www.bundestag.de/datenschutz>  
>  
>  
>  
>  
>  
>  
>

-----  
Franz MAYER \* Professor, Dr. jur., LL.M. (Yale)

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik Fakultät für  
Rechtswissenschaft Universität Bielefeld

D-33501 Bielefeld

Fon: +49-521-106-4412, -6964

Voicemail: -154412 \*

Fax: -154412, -89016

@ (permanent): fmayer@aya.yale.edu

<http://www.jura.uni-bielefeld.de/mayer/>

twitter: [http://twitter.com/prof\\_mayer](http://twitter.com/prof_mayer)

facebook: <http://on.fb.me/1SrZaXZ>

instagram: <http://instagram.com/mayerprof/>  
-----



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Stenografisches Protokoll**  
 der 4. Sitzung  
 - vorläufige Fassung\* -
**2. Untersuchungsausschuss**

Berlin, den 16. Januar 2020, 13.00 Uhr  
 10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1  
 Paul-Löbe-Haus, Saal E.200

Vorsitz: Vorsitzender Udo Schiefner, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt	Seite
<b>Sachverständigenanhörung</b>	
<b>zum Europarecht</b>	<b>10</b>
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität Bielefeld Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität Mannheim	
<b>zum Haushaltsrecht</b>	<b>45</b>
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des Saarlandes	
<b>Vergabefragen</b>	<b>66</b>
Anhörung der Sachverständigen RA Dr. Marco Nunez Müller, Kanzlei Chatham RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters	

## \* Hinweis:

Die Stenografischen Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen werden grundsätzlich weder vom Ausschuss noch von den jeweiligen Zeugen oder Sachverständigen redigiert bzw. korrigiert. Zeugen und Sachverständigen wird das Stenografische Protokoll über ihre Vernehmung regelmäßig mit der Bemerkung zugesandt, dass sie Gelegenheit haben, binnen zwei Wochen dem Ausschusssekretariat Korrekturwünsche und Ergänzungen mitzuteilen. Etwaige Korrekturen und Ergänzungen werden sodann durch das Sekretariat zum Zwecke der Beifügung zum entsprechenden Protokoll verteilt.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

(Beginn: 13.00 Uhr)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich eröffne dann die 4. Sitzung des 2. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode, begrüße Sie recht herzlich hier im Ausschuss und begrüße natürlich auch recht herzlich die Öffentlichkeit und die Pressevertreter.

Und vielleicht vorweg sei mir noch erlaubt: Sie haben ja auch in den letzten Tagen und Wochen davon gehört, dass es Unterlagen gibt, die in der Geheimschutzstelle derzeit noch liegen, und dass es ja hier auch Diskussionen gab über die Einstufung zahlreicher Unterlagen hier im Ausschuss und von Ausschussmitgliedern und ich auch angekündigt hatte, das zum Thema in einer Obleuterunde zu machen. Die hat gestern Abend stattgefunden mit der Staatssekretärin des BMVI Frau Dr. Zieschang. Und wir sind uns gestern darüber natürlich einig gewesen, dass es selbstverständlich ist, dass der berechtigte Schutz von Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder die Wahrung von Betriebsgeheimnissen sicherzustellen ist, auch durch die entsprechende Einstufung - auf der einen Seite. Die Arbeit des Ausschusses darf jedoch nicht unangemessen behindert oder erschwert werden - auf der anderen Seite. Und wir sind nach wie vor natürlich alle hier im Untersuchungsausschuss für eine maximale Transparenz, die auch versprochen wurde. Und das muss heißen, dass wirklich nur verschlossen bleibt, was verschlossen bleiben muss.

Und mit diesem Ergebnis sind wir dann gestern Abend auch auseinandergegangen. Die Staatssekretärin hat zugesagt, in einem, ich nenne ihn mal, dynamischen Prozess alle relevanten Unterlagen schnell noch mal auch daraufhin prüfen zu lassen, ob die vorgenommenen Einstufungen als Verschlussache geändert werden können.

Die Obleute des Ausschusses haben sich darauf verständigt, dann erneut im Februar zu sehen, wie dieser dynamische Prozess durchgeführt wurde und ob hier eben auch Arbeitserleichterungen durch Rückstufungen für den Ausschuss erreicht wurden. - Dies als Information.

Lassen Sie mich, bevor ich zum eigentlichen Gegenstand der heutigen Sitzung komme, noch einige Vorbemerkungen machen.

Ton- und Bildaufnahmen sind während der öffentlichen Beweisaufnahme nicht zulässig. Ein Verstoß gegen dieses Gebot kann nach dem Hausrecht des Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern gegebenenfalls auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Ich rufe den **einzigen Tagesordnungspunkt** heute auf: Beweisaufnahme, und zwar die öffentliche Anhörung von Sachverständigen aufgrund des Beweisbeschlusses SV-1. Es wird Beweis erhoben zum Untersuchungsauftrag des Bundestages auf der Drucksache 19/15543 durch eine

### Sachverständigenanhörung

#### zum Europarecht

Anhörung der Sachverständigen

Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität Bielefeld

Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität Mannheim

#### zum Haushaltsrecht

Anhörung der Sachverständigen

Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg

Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des Saarlandes

#### Vergabefragen

Anhörung der Sachverständigen

RA Dr. Marco Nunez Müller, Kanzlei Chatham

RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Als zeitlicher Rahmen sind für jeden Block in etwa zwei Stunden vorgesehen. Die beiden Sachverständigen sollen jeweils in acht bis zehn Minuten eine zusammenfassende Einführung geben. Dann erfolgen einführende Fragen und schließlich die Befragung in einer offenen Fragerunde durch die Mitglieder des Ausschusses ohne festes Zeitkontingent für die Fraktionen. Zum Abschluss der jeweiligen Runde erhalten die beiden Sachverständigen dann für rund fünf Minuten die Gelegenheit zu einer zusammenfassenden Bewertung ihrer Ausführungen bzw. der Diskussion.

Als Erstes möchte ich hier vor allen Dingen auch begrüßen als Sachverständige zum Themenkreis Europarecht Herrn Professor Dr. Friedemann Kainer von der Universität Mannheim - herzlich willkommen! - und Herrn Professor Dr. Franz Mayer von der Universität Bielefeld. Auch Ihnen recht herzliches Willkommen! Haben Sie beide vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und dem Ausschuss für diese Anhörung zur Verfügung stehen.

Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an, auch darauf möchte ich hinweisen. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzungen zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des Protokolls gelöscht.

Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen.

Gibt es dazu jetzt noch Fragen, zum Ablauf und zu den Regelungen? - Das ist nicht der Fall.

Dann möchte ich die beiden Sachverständigen, Herrn Professor Dr. Kainer und Herrn Professor Dr. Mayer, belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf

die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. - Gibt es dazu noch Fragen? - Nicht der Fall.

Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuftem Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. - Haben Sie dazu noch Fragen? - Nicht der Fall.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie beide bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. Wir gehen da am besten nach dem Alphabet vor; Herr Professor Kainer, wenn Sie da bitte den Anfang machen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, mein Name ist Friedemann Kainer, Professor an der Universität Mannheim. Die ladungsfähige dienstliche Adresse ist das Schloss Mannheim an der Universität Mannheim, 68131 Mannheim. Mein Alter ist 48 Jahre.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Mein Name ist Franz Mayer. Ich bin Professor an der Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft. Alter: 51 Jahre. Und die Anschrift ist Universitätsstraße 25 in [33501](#) Bielefeld.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann kommen wir jetzt schon zum nächsten Punkt. Ich möchte Ihnen beiden entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand der Anhörung zu äußern. Wie schon erwähnt, wäre es gut, wenn Sie sich jeweils auf circa acht bis zehn Minuten beschränken könnten. - Auch hier alphabetisch. Wenn Sie bitte beginnen würden, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren! Zunächst einmal vielen Dank für die Einladung in den Untersuchungsausschuss und zu der Gelegenheit, Ihnen meine Überlegungen zu der europarechtlichen Rechtslage in Bezug auf die Pkw-Infrastrukturabgabe zu äußern.

Ich möchte zunächst mal allgemeine Bemerkungen machen zur Frage der Vereinbarkeit und insbesondere dann etwas genauer zur Frage, ob die Entscheidung des Verkehrsministeriums, den Vertrag über die Infrastrukturleistungen vor dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu schließen, vertretbar gewesen ist, und dann im zweiten Schritt etwas genauer auf die Rechtslage des Artikels 18 AEUV, der Grundfreiheiten und des Artikels 92 eingehen.

Für die Frage der Vertretbarkeit spielen naturgemäß zwei Umstände eine Rolle: zum einen die rechtswissenschaftliche Beurteilung ex ante und zum anderen die Frage - rechtswissenschaftliche Beurteilungen sind immer eine Diskussion des Für und Wider, geben also ein Risiko wieder -, wie dieses Risiko, und zwar das Risiko einer negativen Entscheidung, aus der Sicht der Bundesregierung bewertet werden musste. Ich kann als Sachverständiger zum Europarecht natürlich nur zur ersten Frage Stellung nehmen.

Wenn man die Wahrscheinlichkeit einer negativen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

beurteilen möchte, dann müssen wir zwischen zwei Diskriminierungstatbeständen, zwischen zwei Rechtsgrundlagen differenzieren, und zwar zwischen Artikel 18 AEUV einerseits - das ist das allgemeine Diskriminierungsverbot - und Artikel 92 AEUV andererseits, das ist das verkehrsrechtliche Diskriminierungsverbot. An den Artikel 18 AEUV schließen sich dann die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote an - das ist Artikel 34, Warenverkehrsfreiheit, und Artikel 56 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit -, die allerdings von ihrem Tatbestand her im Prinzip mit dem Artikel 18 vergleichbar sind, während Artikel 92 - deswegen die Differenzierung - anders konstruiert ist.

Bei Artikel 18 AEUV und den Grundfreiheiten war das Meinungsbild zur Rechtmäßigkeit der Benutzungsgebühr gemischt; es brauchte die Bundesregierung nach meiner Auffassung nicht unbedingt von einem Verstoß auszugehen. „Gemischt“ heißt: Es gab Auffassungen der Literatur, die von der Rechtswidrigkeit ausgingen - man muss sagen: das war die Mehrheit -; es gab Ausführungen der Literatur, die von einer Vereinbarkeit der Maut oder Infrastrukturabgabe - ich spreche jetzt mal vereinfachend von „Maut“, Sie wissen aber, was gemeint ist; eine Mindermeinung oder geringere Meinung vielleicht -, die von der Rechtmäßigkeit ausgegangen ist.

Meines Erachtens sprachen damals, also aus Ex-ante-Sicht, gute Gründe dafür, die Maut schon gar nicht als diskriminierend einzuschätzen - ich möchte in einem zweiten Schritt das ausführen -; denn, kurz gefasst, durch die Regelungen des Infrastrukturgesetzes in Verbindung mit der Reduktion der Kfz-Steuer wurde meiner Ansicht nach - so habe ich das auch in zwei Ausschusssitzungen hier vertreten - lediglich eine bestehende Inländerdiskriminierung ausgeglichen. Dann ist zweitens zu berücksichtigen, dass die Kommission das bereits eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren zurückgenommen hat und sozusagen als Hüterin der Verträge, wenn man so möchte, grünes Licht gegeben hat - wohl wissend allerdings, dass die Kommission natürlich keine abschließende Beurteilung über die Rechtslage abgeben kann; das macht natürlich der Europäische Gerichtshof. Und drittens, das dritte Argument: Die



## Nur zur dienstlichen Verwendung

deutsche Maut, der Vorschlag oder das Gesetz, entsprach im Kern dem Konzept der Eurovignetten-Richtlinie, die in ihrem Artikel 7k, allerdings für Fahrzeuge über dreieinhalb Tonnen, eine Kompensation der Maut an anderer Stelle, also etwa durch eine Reduktion der Kfz-Steuer, erlaubt hat.

Diese Argumente - es gibt vielleicht noch das eine oder andere mehr, auf die ich noch kommen möchte - sind keine schlechten Argumente. Und dass sie gute Argumente sind, zeigen die Schlussanträge des Generalanwalts am Europäischen Gerichtshof Nils Wahl vom 6. Februar 2019. Der Generalanwalt hatte die Diskriminierung nach Artikel 18 und dann auch nach Artikel 92 AEUV abgelehnt, weil er der Auffassung war, dass in- und ausländische Halter nicht miteinander vergleichbar seien. Letztlich mag dahinter die Überlegung stehen, dass die deutsche Maut lediglich eine Inländerbenachteiligung ausgleichen sollte.

Mit Blick auf Artikel 92 AEUV, das verkehrsrechtliche Diskriminierungsverbot, waren die Stimmen aus der deutschen Rechtswissenschaft deutlich skeptischer. Ich selbst habe auch in den Ausschusssitzungen hier die Meinung vertreten, dass Artikel 92 wahrscheinlich der Stolperstein für die deutsche Maut sein würde. Der Gutachter des Bundesverkehrsministeriums, der Kollege Hillgruber, sah dies anders und hat dafür auch inhaltlich recht gute Gründe genannt. Es war unwahrscheinlich - hat er selbst geschrieben -, dass der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung ändern würde. Der Artikel 92 ist ein „stand still“, ein Stillhaltegebot. Es war nicht zu erwarten, dass der Gerichtshof in diese Richtung gehen würde; aber es gab zumindest Argumente dafür, dass der Europäische Gerichtshof auf der Grundlage der Eurovignetten-Richtlinie, möglicherweise jedenfalls, die Rechtswidrigkeit abgelehnt hätte.

Dessen ungeachtet wäre allerdings ein isolierter Verstoß gegen Artikel 92 AEUV, also hätte der EuGH den anderen Verstoß nach Artikel 18 abgelehnt, natürlich lästig gewesen, aber hätte der Infrastrukturabgabe nicht notwendigerweise das Genick gebrochen. Artikel 92 AEUV erfasst ja lediglich - was heißt „lediglich“?, erfasst - und

schützt gewerbliche Verkehrsunternehmen. Das ist ein relativ kleiner Teil bei den Fahrzeugbewegungen unter dreieinhalb Tonnen; deswegen wäre das wahrscheinlich möglich gewesen, diese Fahrzeuge von der Maut auszunehmen, wenn der Europäische Gerichtshof so entschieden hätte. In dem Fall wäre es wahrscheinlich möglich gewesen, die Maut eben dann insoweit so lange auszusetzen, bis eine europäische Regelung dann gekommen wäre, die ja auch unterwegs ist.

Ich weise aber darauf hin - zusätzlich -, dass der Generalanwalt auch einen Verstoß gegen Artikel 92 AEUV ausdrücklich zurückgewiesen hat und dass auch die Kommission keine Einwände gegen den weiteren Fortgang des Verfahrens in Deutschland hatte und damit auch gegen Artikel 92 zumindest jedenfalls keinen Verstoß gesehen haben muss, sonst hätte man das Vertragsverletzungsverfahren ja nicht zurücknehmen müssen.

Im Übrigen entspricht die deutsche Regelung in der Tat jedenfalls im Kern dem Konzept der Eurovignetten-Richtlinie und der von der Kommission auch angedachten Einführung einer sekundärrechtlichen Regelung für Pkw-Maut-Systeme, jedenfalls im Ansatz. Diese Regelung dispensiert ja gerade - also das ist der Artikel 7k in der Eurovignetten-Richtlinie der geltenden Fassung - von Artikel 92 AEUV; und daher kann man zumindest die Meinung vertreten, dass die Bundesregierung darauf hoffen konnte, aber nicht sicher vertrauen durfte, dass der Europäische Gerichtshof diese Regelungen bei seiner Entscheidung in Betracht ziehen würde, wie das eben der Generalanwalt gemacht hatte.

So, wenn ich noch ein bisschen Zeit habe, dann würde ich noch zu Artikel 18 und zur Diskriminierung nach Artikel 18 etwas vertieft ausführen: Warum kein Verstoß gegen Artikel 18?

Intuitiv haben viele, auch die Öffentlichkeit und viele Beobachter, das Gefühl gehabt, nachdem in der politischen Welt der Begriff von der „Ausländermaut“ gekommen ist und verwendet wurde, dass man in der deutschen Infrastrukturabgabe eine Ausländerdiskriminierung sehen müsste,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

die ja nach Artikel 18 AEUV, nach den Grundfreiheiten verboten ist.

Für eine richtige Einschätzung der Rechtslage muss man aber den Begriff der Diskriminierung genau anschauen. Auf den Punkt gebracht ist eine Diskriminierung eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten, anders formuliert: Gleiches muss gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden. Im europarechtlichen Kontext muss man dann prüfen, ob die Ungleichbehandlung gerade auf oder jedenfalls mittelbar auf der Staatsangehörigkeit beruht oder an sie anknüpft.

Wenn wir diese Grundsätze auf die Infrastrukturabgabe in Verbindung mit der Änderung des Kfz-Steuergesetzes anwenden, so müssen wir uns also fragen, ob die ausländischen Halter im Ergebnis schlechter behandelt werden als die inländischen Halter. Dies hat der Europäische Gerichtshof ja bejaht und damit die Diskriminierung angenommen. Auf den ersten Blick stimmt das: Inländer zahlen nach der Konzeption nicht mehr, lediglich Ausländer müssen einen Beitrag bezahlen. Damit scheint sich also Diskriminierung geradezu aufzudrängen. Aber gegen diesen Eindruck sprechen doch eine Reihe von Argumenten; das ist sozusagen der erste Teil, was ich vorhin gesagt habe: Es liegt schon überhaupt keine Diskriminierung vor.

Bevor ich das näher erläutere, zunächst mal eine Zwischenüberlegung. Verboten ist nach dem europäischen Recht, nach dem Diskriminierungsverbot, lediglich die Ausländerdiskriminierung. Eine Inländerdiskriminierung ist nicht verboten; das heißt, wenn beispielsweise eine staatliche Leistung nur von Inländern bepreist wird oder Gebühr nur von Inländern erhoben wird, aber nicht von Ausländern, also Inländer schlechter behandelt werden als Ausländer, liegt hierin zwar eine Diskriminierung, die aber europarechtlich als Inländerdiskriminierung irrelevant ist.

Wenn jetzt diese Inländerdiskriminierung ausgeglichen wird und eine Gebühr erhoben wird in Zukunft auch für Ausländer, dann ist es ein Ausgleich der Inländerdiskriminierung und als solches mit dem Europarecht vereinbar. Nehmen Sie

an, es liegt eine solche Inländerdiskriminierung vor und es will der nationale Gesetzgeber eine Gebühr einführen, aufgrund derer in Zukunft eben Ausländer mit einer Gebühr belegt werden: Dann ist das Ergebnis eine Gleichbehandlung, obwohl das Gesetz, das diese neue Gebühr einführt, für sich betrachtet diskriminierend zu sein scheint; denn dieses Gesetz enthält ja lediglich eine Gebühr für Ausländer. Daraus lernen wir, dass das europarechtliche Diskriminierungsverbot konstruiert ist, auf das Ergebnis zu schauen, das Ergebnis zu beurteilen und nicht die einzelne Maßnahme. Im Übrigen kommt es auch nicht auf die Intention des Gesetzgebers an; entscheidend ist alleine das Ergebnis.

Gewendet auf die Maut müssen wir uns fragen, ob die ausländischen Halter nach Einführung der Infrastrukturabgabe für eine Berechtigung zur Nutzung der deutschen Autobahnen für einen bestimmten Zeitabschnitt mehr zahlen müssen als die deutschen Halter. Dies ist meines Erachtens nicht oder jedenfalls nicht zwingend der Fall. Die Regelungen um die Maut haben meiner Ansicht nach - und so habe ich das hier auch schon früher vertreten - lediglich die bestehende Inländerbenachteiligung abgebaut; inländische und ausländische Halter zahlen nun für die Nutzung der Autobahnen. Wäre die Infrastrukturabgabe nicht kompensiert worden, wie das durch die Änderung der Pkw-Steuer, Kfz-Steuer gemacht worden ist, wäre die Inländerdiskriminierung aufrechterhalten worden. Im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof hat dies der Generalanwalt Wahl letztlich jedenfalls richtig gesehen. Der Kollege Mayer schreibt in seinem Gutachten, das wäre ein bisschen verkünstelt. Dem mag ich mich anschließen: Die Schlussanträge sind schwer zu lesen. Aber im Ergebnis ist das meines Erachtens richtig gesehen worden.

Jetzt kann man gegen diese Überlegung einen Punkt einwenden: Die deutschen Halter zahlen bei der Infrastrukturabgabe eine Pauschalabgabe, während die ausländischen Autofahrer oder Halter, wenn sie die Autobahn nutzen, eben nach Zeitabschnitten bezahlen müssen, also jedenfalls nach einer konkreten Möglichkeit der Nutzung. Meiner Ansicht nach führt dieses Problem aber nicht dazu, dass eine Diskriminierung vorliegt,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

sondern lediglich eine Inländerdiskriminierung perpetuiert wird. Die inländischen Halter müssen nämlich für das ganze Jahr immer im Voraus zahlen - es sei denn, sie nutzen überhaupt nicht die Autobahn, dann können sie ja befreit werden, oder sie müssen eben voll zahlen, und darin liegt eine Inländerdiskriminierung. Die Frage der Proportionalität - ich sehe schon, ich soll zum Ende kommen - der Preise hat die Kommission ja bejaht; vor dem Europäischen Gerichtshof spielte das keine Rolle.

Auf die anderen Punkte weise ich noch mal hin: Die Regelung hält sich an die Eurovignetten-Richtlinie. Wenn dieser Ansatz der deutschen Bundesregierung eine Diskriminierung darstellte, müsste streng genommen auch die Eurovignetten-Richtlinie diskriminierend sein; auch der europäische Gesetzgeber ist an Artikel 18 AEUV gebunden. Das ist nie, bislang nicht, behauptet worden. Und daher spricht viel dafür, zu sagen, dass hier eine Diskriminierung nicht vorliegt, weil eben vom Ergebnis her betrachtet inländische und ausländische Fahrer gleichmäßig behandelt werden. - Danke schön.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, vielen Dank. - Dann möchte ich Herrn Professor Mayer bitten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ganz herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, für die Einladung in den Ausschuss.

Meine Damen und Herren! Ich bin seit 2008 in 28 Anhörungen oder Fachgesprächen in acht verschiedenen Ausschüssen des Deutschen Bundestages als Sachverständiger gehört worden. In keinem einzigen Fall stellte sich für mich die Rechtslage von Beginn an so eindeutig dar wie im Falle der Pkw-Maut.

Die Erde ist keine Scheibe; und die offene oder verdeckte Anknüpfung an das Unterscheidungsmerkmal Staatsangehörigkeit ist im Unionsrecht rechtswidrig. Entsprechend hat der Europäische Gerichtshof im Urteil vom 18. Juni 2019 gegen Deutschland auf die Vertragsverletzungsklage Österreichs hin eine europarechtswidrige Ungleichbehandlung aus dem Umstand begründet - ich zitiere -,

dass die Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen aufgrund der Steuerentlastung, die ihnen zugutekommt, de facto nicht der wirtschaftlichen Belastung unterliegen, die die Infrastrukturabgabe bedeutet.

Zitat Ende; das ist in Randnummer 52 des Urteils. Das ist der Kern des Urteils.

War das Urteil überraschend? Nein. Ich selbst habe bei verschiedenen Anhörungen im Verkehrsausschuss des 18. Deutschen Bundestages, einmal am 18. März 2015 und dann am 20. März 2017, die Einführung einer Infrastrukturabgabe, Pkw-Maut, für europarechtswidrig gehalten. Ich zitiere aus meiner Stellungnahme vom März 2017 - Zitat -:

Die Einordnung als europarechtswidrig wird von den meisten Europarechtlern geteilt. Auch das Europäische Parlament geht weiterhin von einer Europarechtswidrigkeit aus, genauso wie benachbarte Mitgliedstaaten und der Fachbereich Europa der Bundestagsverwaltung.

Wenn aber 2015 wie 2017 deutlich absehbar war, dass die Pkw-Maut vor dem EuGH scheitern würde - und das ist ja die Frage, um die es hier geht -, dann hätte dies in jegliche Überlegungen, jegliche Überlegungen etwa zum Eingehen vertraglicher Verpflichtungen gegenüber Betreibern, zumindest als Möglichkeit zwingend eingestellt werden müssen.

Aber konnte man nicht doch mit guten Gründen anderer Auffassung sein? Ich will zur Analyse dieser Frage zunächst einige allgemeine Überlegungen anstellen und dann nochmals in die zeitlichen Abläufe zurückgehen.

Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft. Recht entzieht sich nicht selten einer mathematisch-formelhaften Eindeutigkeit, in der stets klar berechnet werden könnte, was noch rechtmäßig ist und was nicht. Letztlich kommt es darauf an, wie eine Rechtsfrage mehrheitlich in der maßgeblichen Interpretationsgemeinschaft gesehen wird.





### Nur zur dienstlichen Verwendung

Und wenn es dort entsprechende Mehrheiten gibt, dann kann auch im Recht einmal - natürlich nur im übertragenen Sinne - die Erde eine Scheibe sein. Erfahrungswissen spielt dabei eine Rolle. Vorliegend erstaunt, dass die Lehren aus der gescheiterten Lkw-Maut nicht gezogen wurden; man hatte ja schon einmal Schiffbruch erlitten mit einem ähnlichen Konzept.

Wichtiger ist ferner - ich möchte es die „Was-Frage“ nennen -: Um welche Materie geht es? Und das Diskriminierungsverbot gehört nun einmal gewissermaßen zur DNA, zum genetischen Grundcode des Europarechts, und zugleich war die Andersbehandlung der Ausländer ja politisch gewollt, sodass sehr, sehr klar war, dass der EuGH hier sehr genau hinschauen würde. Das war sicher absehbar.

Dann noch zur Wer-Frage der maßgeblichen Interpreten in der Interpretationsgemeinschaft. Zu europarechtlichen Fragen gibt es wie zu allen rechtlichen Fragen viele Stimmen von durchaus unterschiedlichem Gewicht. Die autoritative Letztentscheidung kommt dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zu; das Bundesverfassungsgericht ist hier wirklich mal außen vor. Dass der Gerichtshof befasst werden würde, war unausweichlich. Hätte es kein Vertragsverletzungsverfahren gegeben, so hätten spätestens betroffene ausländische Unionsbürger über Klagen vor deutschen Gerichten und daran anschließend ein Vorlageverfahren den EuGH befasst. Das Ganze wäre dann möglicherweise noch sehr viel teurer geworden.

Bis die Letztentscheidung ergangen ist, wird nicht selten zu einer Rechtsfrage mehr als eine Meinung bestehen; Sie sehen das ja auch heute. Zu einer Aussage über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit gelangt man dann nicht nach einer einfachen Formel. Quantitative Mehrheit ist ein Indiz, aber kein sicheres. Vorliegend waren nach meiner Wahrnehmung allerdings bereits die Mehrheitsverhältnisse in der Fachwelt doch außergewöhnlich deutlich; es gab erkennbar mehr Stimmen, die die Gesetzgebung für europarechtswidrig hielten.

Es kommt aber immer auch darauf an, wer welche Auffassung vertritt; von daher geht es immer auch um eine Gewichtung der verschiedenen Äußerungen, gewissermaßen die qualitative Mehrheit - wenn es so etwas gibt. Faktoren können dabei sein: Qualifikation, bestätigte Expertise, Erfahrung, manchmal auch Anciennität, Ansehen, Ausgewiesenheit und Anerkennung in der jeweiligen spezifischen Scientific Community; beim Europarecht kommt noch eine spezifische interkulturelle Sensibilität hinzu. Auch unter all diesen Aspekten war nach meinem Eindruck die Meinung im Kreise der ausgewiesenen Europarechtler im In- und Ausland eindeutig.

In den Anhörungen im Verkehrsausschuss 2015 und 2017 war diese eindeutige Mehrheitslage in der Europarechtlergemeinschaft nicht abgebildet. Trotzdem musste allen auch nach den Anhörungen im Verkehrsausschuss zumindest klar gewesen sein, dass der EuGH zwingend befasst werden würde und dass eine Gegenargumentation zu dem durch das Verkehrsministerium beauftragten Gutachter Hillgruber bestand. Aus der Bundestagsverwaltung waren die europarechtlichen Bedenken ja bereits früh deutlich artikuliert worden, was seinerzeit zu einer Rücktrittsforderung an die verantwortlichen Beamten der Bundestagsverwaltung geführt hatte.

Auch die nach der Verabschiedung des Gesetzes eingetretenen Ereignisse auf europäischer Ebene waren nicht geeignet, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, ohne Beanstandung der Europarechtswidrigkeit durch den EuGH davanzukommen. Ein erstes durch die Europäische Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren wurde im Mai 2017 eingestellt - das ist korrekt. Daraus hätte man indessen keine Folgerungen für den möglichen Ausgang eines EuGH-Verfahrens ziehen dürfen, und zwar gleich aus mehreren Gründen: Erstens war auf der formalen Ebene, wie bereits gesagt, die Befassung des EuGH spätestens über Vorlageverfahren absolut sicher; zudem waren Vertragsverletzungsverfahren durch Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen - so ist es ja dann auch gekommen. Hinzu kommt, dass in den damaligen Medienberichten davon die Rede war, dass Deutschland über den früheren Kabinetts-

Franz MAYER 10.2.2020 04:15  
Gelöscht: ;

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:52  
Gelöscht: s

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:52  
Gelöscht: -

Franz MAYER 10.2.2020 04:18  
Gelöscht: ;

Franz MAYER 10.2.2020 04:15  
Gelöscht: Aber v

Franz MAYER 10.2.2020 04:19  
Gelöscht: -

Franz MAYER 10.2.2020 04:18  
Gelöscht: ;

Franz MAYER 10.2.2020 04:19  
Gelöscht: und h



## Nur zur dienstlichen Verwendung

chef des Kommissionspräsidenten Juncker, Martin Selmayr, auf die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens hingewirkt hätte. Sollte dies zutreffen, musste erst recht allen Beteiligten klar gewesen sein, dass die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens keinerlei Aussagegehalt über den Bestand der Regelungen vor dem EuGH hatte.

Auf das durch Österreich angestrebte Vertragsverletzungsverfahren hin kam es dann zu einem Verfahren vor dem EuGH. Vertragsverletzungen Mitgliedstaat gegen Mitgliedstaat sind sehr, sehr selten - fünf Stück in all den Jahren seit 1957 -; aber sie sind eben auch nicht ausgeschlossen. Allerdings haben andere Mitgliedstaaten neben Österreich anfänglich auch klagen wollen, haben es dann doch nicht getan. Aber auch dies, dieser Rückzug, hätte keinesfalls als Indiz dafür gewertet werden dürfen, dass eine Rechtsauffassung sich durchsetzt und die Gesetzgebung unangetastet bleibt. Hier spielt möglicherweise vor allem eine Rolle, dass man es sich nicht mit dem größten Mitgliedstaat verderben wollte, weniger, dass man die Erfolgsaussichten vor dem EuGH für zu gering hielt. Österreich hat ja dann auch geklagt.

Am 6. Februar 2019 verkündete der Generalanwalt in dem Verfahren seine Schlussanträge. Darin empfahl er dem EuGH, die Vertragsverletzungsklage abzuweisen. Diese Empfehlung war für die Europarechtsgemeinde in hohem Maße überraschend. Nun konnte man nicht mehr sicher ausschließen, dass man sich dem Punkt näherte, an dem die maßgeblichen Akteure der Interpretationsgemeinschaft, die Richter des EuGH, feststellen würden, dass die Erde doch eine Scheibe ist.

Allerdings ist für einen Europarechtler auch sehr klar, dass die Schlussanträge keine sichere Prognose über den Ausgang des Verfahrens zulassen. Der berühmteste aller EuGH-Fälle, in der Rechtsache Van Gend & Loos, ist seinerzeit 1963 vom EuGH gegen den Rat des - übrigens deutschen - Generalanwalts entschieden worden. Immer wieder folgt der EuGH der Empfehlung des Generalanwaltes nicht. Der amtierende Generalanwalt im vorliegenden Fall hat in der Vergangenheit bereits Rechtssachen anders beurteilt als der EuGH.

Jedenfalls aber liegen die Schlussanträge des Generalanwaltes ohnehin zeitlich deutlich nach den hier im Ausschuss im Vordergrund stehenden verbindlichen Vertragsabschlüssen aus 2018.

Schließlich entschied der EuGH, und zwar als **Große Kammer**, also mit 15 Richtern, mit Urteil vom 18. Juni 2019, dass die geplante Gesetzgebung mit dem Europarecht unvereinbar ist. Bei dieser Besetzung, 15 von 28 Richtern, kann man nicht davon ausgehen, dass zufällig eine Minderheitsformation der 28 EuGH-Richter irgendwie unrichtig geurteilt hat.

Was für Folgerungen kann man ziehen? Der ganze Vorgang wirft neben Fragen der politisch-administrativen Verantwortung auch die Frage nach dem Umgang mit und dem Stellenwert von wissenschaftlichem Sachverstand im Hinblick auf politische Entscheidungen auf. Konkret stellt sich die Frage, wie im politischen Prozess die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, Verfassungsrecht und Unionsrecht, sichergestellt werden kann. Diese Frage stellt sich freilich nur, wenn nicht in Zweifel steht, dass die Bindung an das Verfassungs- und Europarecht absolute Priorität vor der politischen Handlungslogik hat. Schlicht auf die spätere Klärung durch ein Höchstgericht zu verweisen, ist zu einfach.

Lassen Sie mich daher zum Abschluss Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz in Erinnerung bringen - Zitat -:

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank, Herr Professor Mayer. - Dann können wir in die erste Fragerunde einsteigen. Wer wünscht das Wort? - Dann fangen wir beim Herrn Sendker an; dann folgen Herr Kühn, Herr Luksic, Herr Cezanne und Frau Lühmann.

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:54

Gelöscht: g

Franz MAYER 10.2.2020 04:20

Gelöscht: ;

Franz MAYER 10.2.2020 04:20

Gelöscht: doch





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Reinhold Sendker** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe einige Fragen an Herrn Dr. Kainer. Zunächst einmal fokussiere ich auf die Eröffnung des Vergabeverfahrens zu dem Zeitpunkt Juni 2017 und möchte Sie dazu fragen, ob da aus Ihrer Sicht schon ein europarechtliches Risiko bestanden hat. Wie beurteilen Sie das? Zu dem Zeitpunkt hatte ja die Republik Österreich, wie wir alle wissen, die Klage noch nicht eingereicht. Und sprechen nicht gerade aus europäischer Sicht auch Argumente für die Erhebung einer Infrastrukturabgabe? Ich denke an die Stärkung der Nutzerfinanzierung und dergleichen mehr. - Frage eins.

Frage zwei: der Zeitpunkt danach - die Österreicher haben dann ja die Klage eingereicht, das war im August 2017 -: Das Vergabeverfahren wurde Ende des Jahres, Ende 2018, dann abgeschlossen, trotz der Klage und der bestehenden Verträge mit den Betreiberfirmen. Ich möchte Sie fragen - sehr konkret -: Waren zu dem Zeitpunkt nicht auch der gesetzliche Auftrag, der hier bestand, und auch drohende Einnahmehinfortfälle wichtige Gründe für die rasche Vergabeentscheidung? Ich verbinde das auch mit der Frage, wie Sie die europarechtliche Problematik, das Risiko zu diesem Zeitpunkt, also Ende 2018, einschätzen. - Dies mal zum Einstieg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Soll ich gleich antworten, oder?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Sie wollen dann bitte gleich antworten, ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Herr Sendker, die zweite Frage ist eigentlich recht einfach zu beantworten - Sie fragen, ob nach 2018 gesetzliche Gründe dafür gesprochen haben würden, die Maut einzuführen -: Na ja, einerseits gab es natürlich das Gesetz; andererseits muss man natürlich darauf achten: Wenn das Gesetz gegen Artikel 18 AEUV verstoßen würde, also unvereinbar wäre, dann würde natürlich aufgrund des Vorrangs des Europarechts das deutsche Recht unanwendbar sein. Das heißt, man konnte nicht sozusagen die europarechtliche

Lage ausblenden im Jahre 2018, sondern man musste weiterhin eben schauen und prüfen: Wie würde - wie Herr Mayer das eben gesagt hat und dargestellt hat und ich auch - dann am Ende eine ja sicher vorausliegende Entscheidung eines Europäischen Gerichtshofs ausfallen?

Ich glaube auch nicht, dass sich wirklich etwas geändert hat von 2017 bis 2018. Immerhin hat die Kommission das Verfahren zurückgezogen, also das würde ich schon als ein starkes Signal sehen. Die Kommission ist ja ein Organ der Europäischen Union. Welche Einflussnahme es auch immer gab, sie ist Hüterin der Verträge und ein dem europäischen Gemeinwohl verpflichtetes Organ. Es ist natürlich eine politische Entscheidung, ob ein Verfahren aufgenommen wird - muss man auch sagen -; andererseits wurde das intensiv geprüft. Und man hat dann ja auch von deutscher Seite die Sätze angepasst und hat daraufhin grünes Licht bekommen von der Kommission. Also 2017 gab es sicher deswegen gute Gründe, zu sagen: Man kann von der Rechtmäßigkeit ausgehen. - Aber die Kommission ist eben kein Gericht; sie trifft nicht die letzte Entscheidung. Und daher kam es letztendlich natürlich dann auf die rechtliche Beurteilung an, und zwar die rechtliche Beurteilung aus der Rechtswissenschaft und der Sachverständigen, die sich hier geäußert haben.

Sie haben noch nach der Nutzerfinanzierung gefragt. Ja, es ist ja das Konzept der Europäischen Kommission gewesen, stärker von einer steuererhobenen Straßenfinanzierung umzuschwenken auf eine Nutzerfinanzierung. Insofern hat natürlich das gewählte Konzept, das ja auch sozusagen reinpasst in die Eurovignetten-Richtlinie, was für sich. Man hat es nicht eins zu eins umgesetzt, weil die deutschen Nutzer, die deutschen Halter, ja eben eine Jahresvignette kaufen müssen, so dass dieses Nutzungskonzept nicht vollumfänglich eingeführt wurde. Ich nehme auch an, dass man in diesem Verfahren einen anderen Stand gehabt hätte - denn der Europäische Gerichtshof hat ja auch das genau geprüft: ist das jetzt nutzerfinanziert? -, wenn man die deutschen Nutzer, die deutschen Halter, eben nach den wirklich gefahrenen Zeitabschnitten bepreist hätte.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich bleibe mal dabei: Es gab gute Gründe, von der Europarechtmäßigkeit auszugehen; aber es hat sich von 2017 bis 2018 nicht wirklich viel geändert, abgesehen davon, dass die Klagedrohung der Österreicher eben konkreter wurde. Aber da stimme ich Herrn Mayer vollständig zu: Dass von einer Klage auszugehen war oder irgendwann das zum Europäische Gerichtshof kommen würde, damit war zu rechnen.

Andererseits - das darf ich noch mal hinzufügen -: Darauf, dass es irgendwann aufgrund einer Vorlage - die ja unabsehbar ist; das kann heute sein, das kann in zehn Jahren sein - zum Europäischen Gerichtshof kommt, kann man natürlich nicht warten. Ich meine, auf so einen Umstand kann man nicht warten. Man muss eben nur sauber prüfen, wie die europarechtliche Lage ist.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Herr Kühn.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Herr Professor Mayer, Sie haben ausgeführt, dass Sie erstaunt sind, dass die Lehren aus der gescheiterten Lkw-Maut nicht gezogen wurden.

(Sachverständiger  
Prof. Dr. Franz C. Mayer  
nickt)

Da gab es ja eine entsprechende Entscheidung, glaube ich, im Mai 1992. Die Lkw-Maut war ja damals de facto gleich konstruiert wie die Pkw-Maut, Kompensation der Maut sozusagen für die Inländer in Form von Steuerentlastungen, wenn gleich wir da über sozusagen gewerbliche Fahrzeuge reden. Aber da würde ich Sie noch mal bitten, auszuführen: Welche Schlussfolgerungen hätten denn aus diesem Urteil von 92 gezogen werden müssen auf den Fall, der hier sozusagen Gegenstand des Untersuchungsausschusses ist? Hätte man da nicht eigentlich - ich sage es mal mit meinen Worten - gewarnt sein müssen? - Das wäre meine erste Frage.

Die zweite Frage ist noch mal die Frage nach dem Status quo. Es ist formuliert worden, dass es also

vor der Einführung der Pkw-Maut eine Inländerdiskriminierung oder eine -benachteiligung gegeben hat oder, andersrum ausgedrückt, sozusagen Ausländer, ausländische Fahrzeughalter, bevorzugt sind durch die fehlende Maut und die Tatsache, dass sie eben keine Kfz-Steuer zum Beispiel zahlen müssen. Kann man sozusagen diesen Status quo vor der Maut überhaupt gelten lassen angesichts dessen, dass wir ja sozusagen Doppelbesteuerungsabkommen haben? - Das wäre meine zweite Frage.

Und die dritte Frage. Sie haben sehr ausführlich noch mal darauf hingewiesen, dass ja die große Kammer sich in der mündlichen Anhörung mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt hat. Ich will noch mal sagen, dass vor der Entscheidung, also vor der Unterschriftsleistung unter den Betreibervertrag am 30.12.2018, bekannt war, dass Anfang Februar 2019 sozusagen der Generalanwalt sein Urteil oder vielmehr seine Empfehlung abgeben will. Das war also bekannt. Sie haben das sehr ausführlich jetzt dargestellt, dass die große Kammer sich damit beschäftigt hat. Können Sie vielleicht noch mal skizzieren oder beschreiben, welche Signalwirkung sozusagen allein daraus abzuleiten war? Hätte man also im November 2018 schon da aufmerksam sein müssen, dass sich eben gerade ausgerechnet die große Kammer mit dem Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung auseinandersetzt? - Das wären meine Fragen zunächst.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank für die Fragen. - Zunächst zu der ersten Frage, diese ganze Geschichte mit der Lkw-Maut. Es ist in der Tat für mich auch ganz eigentümlich, fast schon verstörend gewesen, jetzt auch in der Vorbereitung dieser Sitzung zu sehen, wie sich hier in gewissem Sinne Rechtsgeschichte wiederholt. Man liest diese Lkw-Maut-Saga und denkt: „Das gibt's doch nicht; das ist genau dieselbe Geschichte, die jetzt auch passiert ist“, also dass man auf der einen Seite alle belastet, aber dann über eine Hintertür Teile wieder privilegiert, dass man dann damit Schiffbruch erleidet, dass man dieselben Diskussion darüber führt: „Was sind jetzt genau die Vergleichsgruppen?“ usw.



Nur zur dienstlichen Verwendung

Und natürlich kann man sagen: „Das ist lange Jahre später“ und: „Es war ein etwas anderer Kontext“ - Stichwort Artikel 92 - usw. Aber wenn Sie mich fragen, was man denn für Schlussfolgerungen aus der Lkw-Maut-Saga hätte ziehen müssen, dann sage ich: Ja, man hätte doch zumindest sehr, sehr vorsichtig sein müssen. Und man hätte sich zumindest klarmachen müssen: Es könnte wieder so kommen. - Und wie ich versucht habe in meiner einleitenden Darstellung zu erläutern: Es gab nicht wirklich solide Anhaltspunkte dafür, dass es diesmal ganz anders kommen würde.

Natürlich können wir über diese Dinge streiten, und Herr Kainer hat jetzt gerade auch zu diesem Bereich zum Teil eine Auffassung, die nicht alle haben, die andere nicht haben; aber nur weil man findet: „Eigentlich war dieses Lkw-Schwerlastabgabenurteil damals irgendwie falsch“, geht das doch nicht weg. Man bräuchte doch Anhaltspunkte dafür, dass beim EuGH, dass in der Rechtsprechung sich etwas geändert hat. Und die sehe ich einfach nicht. Also ganz klare Antwort: Man hätte auf jeden Fall extrem vorsichtig sein müssen.

Insgesamt scheint sich der Verlauf ja wirklich zu wiederholen, auch in der ganzen Anlage der Diskussion. Was damals passiert ist, ist ja, dass man die LKW-Maut dann einfach europäinheitlich, europaweit geregelt hat. Und in diese Richtung strebt man ja irgendwo jetzt auch. Das ist dann das, was möglicherweise irgendwann einmal in der Langfristentwicklung der Dinge das Ergebnis sein wird. Von daher gibt es da eine große Parallelität.

Dann zu der Frage: Was ist denn jetzt genau mit der Inländerdiskriminierung? Sind denn nicht eigentlich die Ausländer sogar bevorzugt gewesen, und hat man dann nicht hier gleichsam eine gewisse Gerechtigkeit wiederhergestellt? Es ist bei der Diskussion über Gleichheitstatbestände immer die Frage, wie man die Vergleichsgruppen bildet. Man kann da sehr trickreich vorgehen, und man kann dabei Diskriminierungen kreieren und wieder wegzaubern. Aber: Die Sache mit der Kfz-Steuerfreiheit für die Ausländer, die hier im Inland unterwegs sind, das ist doch kein Privileg, sondern das ist europarechtlich vorgegeben.

Und man muss die Vergleichsgruppen richtig bilden. Es sind nicht die Deutschen hier und die Ausländer hier, sondern es sind die EU-Ausländer hier und wir Deutschen im EU-Ausland. Auch wir Deutsche sind im EU-Ausland von der dortigen Kfz-Steuer jeweils verschont. Man muss also hier die Symmetrie richtig anlegen; dann sieht man, dass das mit der Ausländerprivilegierung so einfach nicht stimmt.

Dazu kann man auch alle möglichen weiteren Beispielen bilden. Das ist auch immer wieder getan worden, in den anderen Anhörungen und im Schrifttum. Aber mein Gefühl ist: Das ist nicht wirklich das, worum es Ihnen hier gehen sollte, weil die Sache ist doch entschieden vom EuGH. Was doch jetzt die eigentliche Frage ist, ist: „Wie absehbar war es, dass der EuGH so entscheidet?“ Sonst, glaube ich, würden wir uns hier im Zweifel wieder in dieser Situation befinden, dass es ein paar wenige so sehen, die Mehrheit es anders sieht; aber das haben wir, glaube ich, jetzt hinter uns.

Die Große Kammer und die Signalwirkung der Großen Kammer: Ich bin mir nicht so sicher, ob das die ganz entscheidende Signalwirkung war. Das war sicher ein Signal. Aber wenn ich mich jetzt mal in die hoffende, möglicherweise immer noch hoffende Perspektive derjenigen, die denken, die vielleicht wirklich ernsthaft gedacht haben: „Da passiert jetzt was ganz Wildes, und der EuGH ändert seine Rechtsprechung“, ver-setze, dann könnte das natürlich auch in die andere Richtung ein Signal sein, wenn da eine andere große, wichtige Formation agiert. Deswegen glaube ich nicht, dass man das so klar als Signal sehen kann. Ich würde bei dem bleiben, was ich ein-gangs gesagt habe: Man musste bis zum Schluss abwarten, auch die Empfehlung des General-anwalts war kein sicheres Zeichen. Es war offen bis zum Schluss. Von daher hat sich da eigent-lich über den ganzen Zeitraum nichts geändert. Bei der Aussage bleibe ich.

Vorsitzender Udo Schiefner: Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Herrn Luksic und dann die Frau Lühmann, dann den Herrn Cezanne und dann den Herrn Wiehle.

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:56  
Gelöscht: Es  
Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:00  
Gelöscht: dann ...an muss man w ... [5]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:01  
Gelöscht: zu  
Franz MAYER 10.2.2020 04:28  
Gelöscht: ;...Dd ... [6]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:01  
Gelöscht: ja dann ...uch immer v ... [7]  
Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:57  
Gelöscht: noch mal ...ine Auffas ... [1]

Franz MAYER 10.2.2020 04:29  
Gelöscht: , weil ...s ... [8]  
Franz MAYER 10.2.2020 04:24  
Gelöscht: ;... Uu ... [2]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:02  
Gelöscht: g...oße Kammer und d ... [9]  
Franz MAYER 10.2.2020 04:24  
Gelöscht: auch

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:58  
Gelöscht: es  
Franz MAYER 10.2.2020 04:24  
Gelöscht: halt

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:58  
Gelöscht: ja ...ann das, was ... [3]

Franz MAYER 10.2.2020 04:30  
Gelöscht: also ...uch die Empfet ... [10]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:59  
Gelöscht: ; ...a...er an der Stelle ... [4]  
Franz MAYER 10.2.2020 04:25  
Gelöscht: -



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wenn möglich, würde ich es gerne in Fragekomplexe teilen und immer erst die Antwort abwarten, um dann noch mal nachzufragen.

Ja, ich teile Ihre Auffassung, Professor Mayer, dass das Ganze entschieden ist und insofern andere Aspekte in der Bewertung jetzt wichtiger sind, weil eine Ex-ante-, rückgeführte Diskussion uns weniger weiterhilft.

Meine erste Frage wäre allerdings an Herrn Professor Kainer, was die Risikobewertung angeht. Also, im Nachhinein hat sich ja die Rechtsauffassung von Herrn Mayer, die er auch in der Anhörung damals im Ausschuss auf Seite 7 im Punkt 20 seiner Stellungnahme dargestellt hat, klar durchgesetzt. Sie haben ja auch gesagt, mehrheitlich war das damals die vorherrschende Meinung.

Deswegen meine Frage: Sie haben eben auf den politischen Prozess in der Kommission verwiesen. Herr Mayer sagte auch den Namen „Selmayr“. Ich glaube, es ist wichtig, festzuhalten, dass die Fachebene, glaube ich, bei ihren Bedenken geblieben ist. Und wie würden Sie es dann auch bewerten, dass die Kommission in dem Verfahren nicht als Streithelfer der Bundesrepublik Deutschland zur Seite getreten ist? Ist dies nicht auch ein Indikator, dass die Fachebene es anders gesehen hat?

Und Sie haben auch selber den Generalanwalt angesprochen. Da dessen erstes Plädoyer im Februar 2019 war, die Verträge allerdings im Dezember 2018 unterschrieben wurden: Musste man also insofern nicht dieses Risiko einpreisen? Ich darf auch hinzufügen, dass der Bundesrechnungshof klar festgehalten hat, dass zwar in den Risikoworkshops das Risiko eines Urteils als gering eingeschätzt wurde, aber in der Gesamtprojektleitungsgruppe als „wesentliches Problem“ eingestuft war. Und deswegen teile ich die Auffassung vom Kollegen Kühn: Artikel 60, große Kammer war meines Erachtens auch ein Indikator einer besonderen Bedeutung. Deswegen die Frage: Meinen Sie, dass es deswegen von der Risikobewertung her nicht notwendig war aufgrund

dieser Indikatoren, das auch in der Vertragsgestaltung angemessen abzubilden?

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Zu Ihrer ersten Frage, ob die Kommission als Streithelfer für Deutschland hätte auftreten können, ob das eine Bedeutung hat. Ich weiß nicht. Die Europäische Kommission hat natürlich auch eine neutrale Rolle. Ich weiß nicht. Jetzt muss ich gestehen: Keine Ahnung, ob bei den früheren vier Verfahren, wo es Vertragsverletzungsverfahren zwischen Mitgliedstaaten gab, die Kommission mal als Streithelfer aufgetreten ist.

Man mag es allerdings vielleicht bewerten: Es hat sich auch kein anderer Mitgliedstaat auf die deutsche Seite gestellt; umgekehrt haben aber die Niederlande sich auf die Seite Österreichs gestellt. Daraus kann man natürlich ableiten, was man möchte, nicht?

Wahrscheinlich war die Kommission gut beraten, in der Sache neutral zu sein. Immerhin - ich bleibe dabei -: Es war nach wie vor das Konzept der Europäischen Kommission in der Eurovignetten-Richtlinie, das hier von der deutschen Bundesregierung letztendlich in ein Gesetz gegossen worden ist.

Ich würde noch was anderes zu dem Punkt, wo Sie sagten: „Eine Ex-ante-Betrachtung bringt uns jetzt hier nicht weiter“, sagen. Ich meine schon irgendwo, es bringt uns weiter, weil wir ja das Risiko abschätzen müssen. Welches Risiko gab es denn? Da müssen wir uns schon auf die Argumente einlassen. Welche Argumente sprachen für, welche gegen die Auffassung der Bundesregierung? Herr Mayer hat eben noch mal mit der Symmetrie argumentiert von Kfz-Steuerregimen in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Ich meine, es war einerseits richtig; andererseits: Es gibt für den Bereich unter dreieinhalb Tonnen keine Verpflichtung, bestimmte Steuersätze einzuhalten. Und wenn ein Mitgliedstaat neu in die Europäische Union eintritt mit einem Regime, wie Deutschland es hatte, wären wir nicht von einer Rechtswidrigkeit, von einem Artikel-18-Problem, ausgegangen, nicht? Also, wenn wir vom Ergebnis her schauen, finde ich immer noch, liegt eigentlich eine Diskriminierung nicht vor. Aber das



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Verfahren, die Maßnahmen als solche, war natürlich einseitig zulasten der Ausländer gerichtet. Also, ich bleibe dabei: Man muss schon auf die Sache eingehen.

Und dann haben Sie natürlich recht: Das Risiko, das war hier nicht vollständig unerheblich. Es gab eben, wie gesagt, durchaus in der Literatur eine überwiegende Auffassung, die diese Maut, diese Infrastrukturabgabe, sehr kritisch sah, ja. Und jetzt ist es natürlich eine politische oder vielleicht sogar rechtliche Frage, das zu bewerten: „Hat hier die Bundesregierung oder das Verkehrsministerium gegen Haushaltsrecht verstoßen?“ usw.

**Oliver Luksic (FDP):** Also, was die Risikobewertung angeht, möchte ich Sie, Herr Mayer, bitten, sich einzulassen auch vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der Kündigung am Tag des EuGH-Urteils. Sie und auch die Mehrheit der Rechtswissenschaftler haben ja zu Recht vorher darauf verwiesen, dass die Kombination von Infrastrukturabgabengesetz und Kfz-Steuer durch die daraus resultierende wirtschaftliche Belastung bei Ausländern europarechtswidrig ist. Und das Gerichtsurteil ist ja insofern zu interpretieren, dass man nicht eine Maut als solches nicht machen muss, sondern nur *diese* Form der Maut.

Deswegen ist meine Frage: Meiner Auffassung nach war ja die Bundesrepublik Deutschland gar nicht verpflichtet, die Kündigung deswegen am gleichen Tag zu veranlassen; und auch der zeitliche Ablauf der Kündigung verwirrt mich etwas. Wie ist denn Ihre Meinung? Wenn man Kenntnis über das Urteil und auch diese Bewertung erlangt - die wird ja auch ein bisschen nachgereicht; es war ja so, dass es morgens das Urteil gab, dann gab es eine Pressekonferenz, eine Taskforce und am gleichen Tag noch eine Kündigung -, ist es dann Ihrer Meinung nach möglich, in so kurzer Zeit sachgerecht die Urteilsbegründung zu lesen und auch das komplexe Vertragswerk zu berücksichtigen? Und deswegen interessiert mich Ihre Meinung zur Notwendigkeit der Kündigung, zum zeitlichen Ablauf der Kündigung.

Und Sie haben ja eben ausdrücklich gesagt: Es hätte im Vertrag genau dieses Risiko festgehalten werden müssen. - Auch da noch mal der Hinweis auf den Bundesrechnungshof, der ja gesagt hat, dass die Gesamtprojektleitungsgruppe das anders bewertet hat als die Risikoworkshops.

Meine Bitte wäre, die zwei Frageaspekte zu beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, ich bleibe dabei: Ich halte die Europarechtswidrigkeit hier für so offensichtlich, dass ich mich sogar frage, ob den Betreibern, den zivilrechtlichen Vertragspartnern, die das doch hätten sehen müssen, auch jetzt im weiteren Verlauf, je nachdem, wie sich die Haftungsgespräche entwickeln, auch eine gewisse Verantwortung dafür, dass das so gekommen ist, zugeschrieben werden kann, weil auch die doch ganz klar wissen mussten: Das geht nicht gut.

Jetzt zu der Frage: „Musste man denn an der Stelle kündigen?“ Risikobewertung. Ich wiederhole es noch einmal: Ich halte das Risiko durchgehend bis zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils für gleichbleibend hoch, sehe da nicht wirklich einen Knick, mit Ausnahme allenfalls der Schlussanträge des Generalanwaltes kurz vor dem Urteil.

Wahrscheinlich hat man Pläne in der Schublade gehabt - Plan A, Plan B -, je nachdem, in welche Richtung die Entscheidung geht. Und dann ist es letztlich bei der Art und Weise, wie das Problem sich stellt, dann doch, glaube ich, relativ schnell überschaubar gewesen: „Was genau ist jetzt passiert? Ist im Prinzip dasselbe passiert wie seinerzeit mit der Lkw-Maut“ - das war ja letztlich das, was wir hier feststellen - „oder ist da irgendwas anderes passiert?“

Aber es gibt noch einen weiteren Punkt, der einen doch recht nachdenklich machen muss, nämlich ob man an der Stelle sofort hätte kündigen müssen, und der auch wieder zu einem der Ausgangspunkte des Problems zurückführt. Dieser Ausgangspunkt ist letztlich eine bestimmte politische Zielsetzung, die einfach komplett querliegt zu dem, was die europäische Integration will.

Man hätte die Maut natürlich am Leben lassen

Franz MAYER 10.2.2020 04:31  
**Gelöscht:** also,

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:04  
**Gelöscht:** doch da

Franz MAYER 10.2.2020 04:31  
**Gelöscht:** einfach

Franz MAYER 10.2.2020 04:31  
**Gelöscht:** Also, ich

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:04  
**Gelöscht:** eben

Franz MAYER 10.2.2020 04:32  
**Gelöscht:** her

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:05  
**Gelöscht:** eigentlich

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:06  
**Gelöscht:** er

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:06  
**Gelöscht:** ja

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:06  
**Gelöscht:** hier

Franz MAYER 10.2.2020 04:32  
**Gelöscht:** so



### Nur zur dienstlichen Verwendung

können. Das Problem war ja die Kombination mit der Steuerentlastung. Die Steuerentlastung hätte man einkassieren können, dann wäre die europarechtliche Beanstandung weg gewesen.

Das wäre aber politisch natürlich extrem schwer zu verkaufen gewesen, weil es ganz konkret bedeutet hätte: Es wäre für die Nutzer der Fahrzeuge hier im Inland eben doch teurer geworden, unter dem Strich. Man hätte dann die Zusage, die man politisch gegeben hatte in all den Jahren, seitdem man sich das politisch auf die Fahnen geschrieben hatte, seit 2013, nicht einhalten können, hätte als wortbrüchig dagestanden. Und da hat man dann offenbar ein politisches Schadenskalkül angestellt, bei dem sich dann offenbar - vielleicht doch überraschend schnell - die Entscheidung konzentriert hat auf die Lösung aus den Verträgen. Aber ich stelle mir vor, dass genau das ja auch Teil der Arbeit dieses Untersuchungsausschusses ist, genauer herauszufinden, wie diese Abläufe im Einzelnen waren.

Was ich hier aus rechtlicher Sicht nochmals beisteuern kann, ist die ganz nüchterne Beobachtung: Die Maut - das hat der EuGH ausdrücklich gesagt - war nicht das Problem; die Kopplung mit der Entlastung war das Problem. Also; die Entlastung hätte man aufheben können, und dann hätte man weiter mit der Maut voranmachen können.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank. - Ich habe noch eine Nachfrage.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, jetzt noch eine Frage, weil die Frau Lühmann sich gemeldet hat; es sind noch einige Meldungen. Der Herr Sender hat sich auch ein zweites Mal gemeldet.

(Stephan Kühn (Dresden)  
(BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Der Herr Kühn auch!)

Wenn dann noch Fragen sind: Wir machen ja auch noch eine zweite Runde. Und der Herr Kühn wird ja dann auch noch fragen. - Die eine Frage von Ihnen noch.

**Oliver Luksic (FDP):** Gut. Ich würde noch eine letzte Frage stellen, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Danke für die klare Einschätzung, die ich voll und ganz teile.

Sie haben eben gesagt, das sei sehr evident gewesen, dass es anders hätte kommen können, und Sie haben auch das Wort „der Betreiber“ genannt. Wie würden Sie denn bewerten, dass, wenn es tatsächlich ein Angebot vonseiten der Betreiber gab, man das quasi ausgeschlagen hat und gewartet hat, bis das Urteil kommt?

Und wie bewerten Sie, dass man von 3 auf 2 Milliarden beim Angebot, beim ersten finalen Angebot, runtergegangen ist und noch die Firma Toll Collect hier eingebunden hat? Ich frage, ob man das europarechtlich nicht auch als Beihilfe werten kann, nach § 107 AEUV, weil ja eine einzige Firma begünstigt wurde? Hätte man dies nicht wenigstens damals prüfen können oder sollen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Also, wenn von der Betreiberseite sogar das Angebot kam, zu warten, dann stärkt das doch eigentlich die Wahrnehmung, dass man hier wirklich insgesamt bei allen, die rechtlich damit zu tun hatten, das Gefühl hatte: Wir warten besser ab, bis die Dinge klar sind. - Ich bin schon in den Anhörungen im Verkehrsausschuss 2015, 2017 an manchen Stellen schier fassungslos gewesen, dass man diese enormen Haftungsrisiken in Kauf nimmt, was da an Geldern zum Teil ja unterwegs schon ausgegeben wurde. Ich kann das nicht nachvollziehen. Also, von daher natürlich: Wenn sogar die Betreiber sagen: „Lasst uns noch warten!“, kann ich nicht nachvollziehen, warum man darauf nicht eingeht.

Ob das unter dem Aspekt der Beihilfe dann auch noch einen Europarechtstatbestand erfüllt, müsste man genauer prüfen. Ich würde jetzt aus dem Stand dazu keine Aussage wagen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann haben wir jetzt Frau Lühmann.

Franz MAYER 10.2.2020 04:33

**Gelöscht:** Also d

Franz MAYER 10.2.2020 04:33

**Gelöscht:** und

Franz MAYER 10.2.2020 04:33

**Gelöscht:** dann

Franz MAYER 10.2.2020 04:34

**Gelöscht:** - mit

Franz MAYER 10.2.2020 04:34

**Gelöscht:** also

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:07

**Gelöscht:** offenbar

Franz MAYER 10.2.2020 04:36

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 10.2.2020 04:36

**Gelöscht:** Aber w

Franz MAYER 10.2.2020 04:36

**Gelöscht:**

Franz MAYER 10.2.2020 04:37

**Gelöscht:** Und i

Franz MAYER 10.2.2020 04:37

**Gelöscht:** auch

Franz MAYER 10.2.2020 04:39

**Gelöscht:** eben auch

Franz MAYER 10.2.2020 04:39

**Gelöscht:** mal





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Kirsten Lühmann (SPD):** Danke sehr. - Meine ersten Fragen richten sich auf das Vertragsverletzungsverfahren, das eingestellt wurde. Meine Fragen richte ich an Sie beide; denn Sie haben ja beide eingangs betont, dass es zu den einzelnen Punkten unterschiedliche rechtliche Bewertungen gibt; und insofern finde ich es auch interessant, zu den einzelnen Punkten Ihre jeweilige Einschätzung zu sehen, eigentlich zu allen Fragen.

Und daher meine Fragen an Sie beide. Herr Kainer, Sie hatten vorhin gesagt, dass die EU-Kommission keine rechtliche Einordnung macht, wenn sie Vertragsverletzungsverfahren einstellt oder nicht. Das hat mich etwas verwirrt. Ich dachte schon: Ein Verletzungsverfahren ist ja ein rechtlicher Akt, in dem ich feststelle: Recht wurde verletzt. Und dann muss eigentlich die Rücknahme eines solchen Verfahrens auch einer rechtlichen Bewertung unterliegen. Daher meine Frage an Sie beide: Wie werten Sie das? Sind Einstellungen und natürlich dann im Umkehrschluss auch Eröffnungen von Vertragsverletzungsverfahren rein juristisch zu sehen, oder sind es politische Entscheidungen? Inwieweit gibt es da einen Ermessensspielraum? Also was hat die Kommission an Ermessen zu den Möglichkeiten?

Und die zweite Frage in diesem Komplex ist: Die Kommission hat ja die Entscheidung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, warum sie das zurückgezogen hat, nicht begründet. Ist das normal, dass man eine Entscheidung dann einfach so zurücknimmt, oder ist es eher üblich, dass man die begründet? Und was kann man daraus schließen, dass es eben nicht begründet wurde? Oder haben Sie eine Einschätzung zu der Frage: „Warum ist es in dem Fall nicht begründet worden, wenn es nicht normal ist?“? Wenn das immer so ist, erübrigt sich diese Frage.

Und das Letzte in dem Komplex. Wir haben ja damals die Regeln geändert, indem wir auch eine Umweltkomponente eingeführt haben in die Maut. Kann man daraus irgendwelche Rückschlüsse ziehen, dass die Kommission gesagt hat: „Okay, unter dem Umweltaspekt lassen wir euch

das durchgehen“, oder hatte das keinen Einfluss Ihrer Meinung nach? - Danke sehr.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Frau Lühmann. - Die erste Frage betrifft die Frage: Ist die Europäische Kommission verpflichtet, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten? - Ist sie nicht; da hat sie ein Ermessen, es einzuleiten. Und ich schließe daraus, dass sie auch ein Ermessen hat, ein Verfahren auch wieder zurückzunehmen.

Allerdings: Ermessen ist immer etwas, was Sie auf der Grundlage von juristischen Überlegungen machen; also Sie können ein Ermessen nicht ausüben nach dem Motto: Ich mache das jetzt mal hier, und ein anderes Mal mache ich das nicht. - Auch die Kommission ist gewissermaßen zur Neutralität und Gleichbehandlung verpflichtet; die kann nicht einfach Verfahren zurücknehmen, wenn sie der festen Auffassung wäre, das wäre rechtswidrig.

Im Übrigen spielen dabei immer politische Erwägungen auch eine Rolle, also die Kommission ist nicht verpflichtet, in jedem Fall, bei jeder Rechtswidrigkeit ein Vertragsverletzungsverfahren vorzunehmen. Und sie kann auch darauf vertrauen, dass die Sache dann zum Beispiel durch ein Vorlageverfahren europarechtlich gelöst wird.

Das ändert aber nichts daran, dass - gerade weil auch juristische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, mag es auch auf der Fachebene Streit gegeben haben - das natürlich ein starkes Signal ist und auch für die juristische Beurteilung eine Rolle spielt; aber es ist eben immer auch politisch. Wischiwaschi:

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Ich gebe zu, das ist nicht ganz einfach und klar zu beantworten.

Das Zweite war dann: Warum ist die Rücknahme nicht begründet worden? Na ja, man hat sie ja im Grunde begründet. Es gab ja eine Presseverlautbarung. Man hat sich geeinigt, Frau Bulc und



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Herr Dobrindt haben ja sich, also in der Pressemitteilung jedenfalls - das kann man nachlesen -, auf die neuen Sätze geeinigt, die auch die Umweltkomponente hatten. Und ich kann daraus schon eine Begründung ersehen. Eine formelle Begründung gibt es meines Wissens nicht.

Und die dritte Frage, das waren die Umweltgesichtspunkte. Die haben ja, glaube ich, auch von Anfang an eine gewisse Rolle gespielt und sind dann aber noch mal verstärkt worden. Ich glaube, man hat darauf hoffen mögen, dass mehr Umweltschutz bei der Frage der Rechtfertigung einer möglichen Diskriminierung eine Rolle spielen würde. Und die Kommission drängte ja auch in die Richtung einer stärkeren Berücksichtigung des Umweltschutzes. Also auf dieser politischen Ebene hat es auf jeden Fall eine Rolle gespielt.

Rechtlich gesehen: Der Europäische Gerichtshof hat sich ja mit dem Umweltschutz auseinandergesetzt und das als Rechtfertigung für die Diskriminierung zurückgewiesen, schon weil der EuGH - das muss man zugeben - da überhaupt keine Geeignetheit gesehen hat, weil - das ist ja das Problem - die deutsche Abgabe ja eben nicht direkt nutzungsbezogen ist, ne? Aber die starke Berücksichtigung wird politisch eine Rolle gespielt haben.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Es ist in der Tat eine nicht ganz einfach zu beantwortende Frage mit dem Vertragsverletzungsverfahren und was da eigentlich genau passiert. Ich denke, das liegt daran, dass hier ganz allgemein schon immer ein gewisses Spannungsfeld besteht und sich dieses Spannungsfeld noch mal verstärkt hat in jüngerer Zeit. Die Spannung liegt zwischen einerseits dem in den Verträgen und auch in der Tradition sich so gefestigt habenden Anspruch und Titel der Kommission, als „Hüterin der Verträge“ aufzutreten. Die Kommission soll, wenn Sie so wollen, die Rechtsaufsicht über die Rechtsgemeinschaft haben; sie soll aufpassen, dass die Mitgliedstaaten sich an das Recht halten.

Stichwort „Hüterin der Verträge“; da schwingt ganz vieles mit. Dazu könnte man jetzt auch in eine ganz tief grundierte staatsrechtliche Reflexion eintreten und beleuchten, wo das herkommt, was das mit Verfassungsrichtungen zu tun hat, wer sonst noch so als Hüter des Rechts in Betracht kommt. Aber man hat eben diese Hüterrolle der Kommission. Und das ist per se in der Tat etwas schiedsrichterlich Unparteiisches, Unparteiliches.

Auf der anderen Seite ist auch die Kommission ein politischer Akteur - das ist auch schon immer so gewesen. Es gibt dementsprechend natürlich möglicherweise auch politische Pressionen, denen sie ausgesetzt ist; sie hat selbst politische Präferenzen. Und diese Dinge vertragen sich nicht mit dieser neutralen Hüterrolle. Da ist die Kommission dann wirklich eine andere Hüterin als zum Beispiel der Hüter der Verfassung bei uns in Karlsruhe.

Das potenziert sich jetzt noch dadurch, dass gerade die Juncker-Kommission sich ganz besonders stark die Politisierung der Kommission auf die Fahnen geschrieben hat. Und auch das ist eine verfassungstheoretische Debatte: Ist es nicht so, dass wir in der europäischen Integration nicht so sehr ein Demokratiedefizit haben, sondern ein Politikdefizit? Ist es nicht so, dass wir uns eine politische Kommission wünschen, von der wir dann eben auch entscheiden können, ob wir sie dann beim nächsten Mal abwählen oder wiederwählen?

Aber diese Politisierung verträgt sich nicht gut mit der Hüteraufgabe beim Vertragsverletzungsverfahren, und dem, was eben gefragt worden ist: Bei- hilfenkontrolle, Wettbewerbskontrolle. Das wird uns auch in der Zukunft noch weiter beschäftigen. Hier ist auch die ganze Spitzenkandidatenthematik irgendwo im Hintergrund mit diesem Grundthema verbunden. Je mehr man die Kommission politisiert, desto schwieriger wird es mit der Hüteraufgabe. Aber, wie gesagt, das ist auch in der Vergangenheit schon Thema gewesen.

Diese Vertragsverletzungsverfahren sind et- was ganz eigentümlich Opakes. Das haben auch

- Franz MAYER 10.2.2020 04:41  
**Gelöscht:** Und wie gesagt:
- Franz MAYER 10.2.2020 04:41  
**Gelöscht:** ,
- Franz MAYER 10.2.2020 04:41  
**Gelöscht:** ,
- Franz MAYER 10.2.2020 04:41  
**Gelöscht:** d
- Franz MAYER 10.2.2020 04:42  
**Gelöscht:** so
- Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:10  
**Gelöscht:** hier hat
- Franz MAYER 10.2.2020 04:44  
**Gelöscht:** so
- Franz MAYER 10.2.2020 04:45  
**Gelöscht:** - und
- Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:10  
**Gelöscht:** Sie hat
- Franz MAYER 10.2.2020 04:45  
**Gelöscht:** hier
- Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:11  
**Gelöscht:** natürlich
- Franz MAYER 10.2.2020 04:46  
**Gelöscht:** jetzt
- Franz MAYER 10.2.2020 04:46  
**Gelöscht:** Und d
- Franz MAYER 10.2.2020 04:46  
**Gelöscht:** eben
- Franz MAYER 10.2.2020 04:47  
**Gelöscht:** halt
- Franz MAYER 10.2.2020 04:47  
**Gelöscht:** die
- Franz MAYER 10.2.2020 04:47  
**Gelöscht:** die
- Franz MAYER 10.2.2020 04:47  
**Gelöscht:** Also, d
- Franz MAYER 10.2.2020 04:40  
**Gelöscht:** sich
- Franz MAYER 10.2.2020 04:40  
**Gelöscht:** hier
- Franz MAYER 10.2.2020 04:40  
**Gelöscht:** so
- Franz MAYER 10.2.2020 04:40  
**Gelöscht:** ergeben hat
- Franz MAYER 10.2.2020 04:41  
**Gelöscht:** Und d
- Franz MAYER 10.2.2020 04:48  
**Gelöscht:** Also j
- Franz MAYER 10.2.2020 04:48  
**Gelöscht:** eben





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Sie hier im Bundestag, wenn ich mich recht entsinne, immer wieder leidvoll erfahren müssen, weil das ja einer der letzten Bereiche ist, in dem Sie dann doch noch nicht so ganz umfassend informiert werden über das, was eigentlich passiert, wenn etwa das Vorverfahren abläuft. Das Ganze hat ja einen gestuften Verlauf und ist enorm diskursmäßig aufgezo- gen. Man redet ja erst ganz lange miteinander, bevor man zum EuGH geht.

Und da werden auch Briefe ausgetauscht. Da können Regierungen noch sagen: Ja, wir wissen, wir halten uns nicht an diese Pflicht; aber wir kriegen das in drei Monaten hin, versprochen, bis dahin ist die Richtlinie umgesetzt.

Man hat aber kein Interesse vonseiten der Kommission, dass andere Mitgliedstaaten mitkriegen, dass man Deutschland - zum Beispiel - diese drei Monate noch gibt, während man bei Luxemburg sofort zum EuGH gehen würde. Deswegen bleiben diese Dinge unter Verschluss und sind nicht öffentlich, kriegen Sie im Parlament dann ja auch nicht so richtig mit. Das ist jedenfalls immer ein Thema gewesen bei der Parlamentsbeteiligung in Europafragen, was genau Sie da eigentlich auch mitentscheiden dürfen.

Das führt dann zu Ihrer zweiten Frage. Wie die dann reagieren vonseiten der Kommission auf das, was von den Mitgliedstaaten kommt als Argument auf den Erstvorwurf „Ihr habt die Verträge verletzt“, bevor man zum EuGH geht, in diesem Vorverfahren, das wissen wir gar nicht so genau. Was da für Antwortspielräume von der Kommission genutzt werden, wie die sich gegenüber den großen Mitgliedstaaten verhalten und wie die mit den kleinen umspringen - ich hätte da jetzt so eine Vermutung, aber vielleicht ist die ja ganz falsch -, das ist alles sehr stark im Dunkeln. Von daher sind wir bei diesen Vertragsverletzungsverfahren in der Tat unter verschiedensten Aspekten auf schwankendem Boden und in einem Spannungsfeld.

Die zweite Frage betrifft auch die Begründung oder Nichtbegründung - der Verfahrenseinstellung. Diese Pressemitteilung, die es da gegeben hat, kann man das als Begründung zählen? Entspricht das dem Standard? Das weiß

letztlich wahrscheinlich wirklich nur der Juristische Dienst der Kommission. Die haben die ganzen Akten zu den Vertragsverletzungsverfahren.

Ich würde behaupten, das wissen ansonsten noch nicht einmal die Ministerialbeamten vom Prozessführungsreferat hier im BMWi wie das genau mit den anderen Mitgliedstaaten gehandhabt wird.

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Das weiß man wohl wirklich nur in der Kommission. Deswegen kann ich hier - ich bin ja hier zur Wahrheit verpflichtet - auch nur auf diese meine Mutmaßung hinweisen.

Wie ist es nun mit dieser Umweltkomponente? Könnte das der entscheidende Grund oder ein Aspekt, ein wichtiger Aspekt, gewesen sein, weswegen die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren zurückgezogen hat? Ich mache noch einmal auf meine Wahrnehmung aufmerksam - wo bei ich nicht Angehöriger des Juristischen Dienstes der Kommission bin, sondern hier nur von außen, nur von Hörensagen berichten kann -, dass es zumindest eine konkurrierende Erzählung gibt, die darauf hinausläuft, dass man eben doch den Juristischen Dienst politisch angeleitet hat, hier in eine bestimmte Richtung zu entscheiden. Und dann brauchte man dafür irgendeine Begründung und hat dann möglicherweise eben mit der Umwelt einen Grund gefunden, von dem man dachte: Da kann man ja eigentlich nichts gegen haben, schon gar nicht in Deutschland,

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

wenn hier mit Umwelt argumentiert wird.

Das hat sich dann aber ein bisschen als Bumerang erwiesen. Beim EuGH ist ja das Umweltargument eher nach hinten losgegangen, weil das ja dann der Aspekt war, zu dem gesagt wurde: Da wird ja sogar überkompensiert. - Deswegen ist also diese ganze Konstruktion an der Stelle besonders wenig haltbar.

Also, um Ihre Frage noch mal ganz deutlich zu beantworten: Ich glaube nicht, dass wegen des

Franz MAYER 10.2.2020 05:02

Gelöscht: ...Dd...e haben die g... [15]

Franz MAYER 10.2.2020 04:48

Gelöscht: ist...ja einer der letzt... [11]

Franz MAYER 10.2.2020 04:51

Gelöscht: Und dann

Franz MAYER 10.2.2020 04:51

Gelöscht: Und dann...an hat m... [12]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:14

Gelöscht: auch

Franz MAYER 10.2.2020 18:03

Gelöscht: nur...berichten kann... [16]

Franz MAYER 10.2.2020 04:56

Gelöscht: Also w...as da für... [13]

Franz MAYER 10.2.2020 18:04

Gelöscht: war...a dann der Asp... [17]

Franz MAYER 10.2.2020 05:00

Gelöscht: Wie gesagt, die...ie z... [14]



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Umweltaspektes die Kommission umgelenkt hat. Ich glaube eher im Gegenteil, dass das Umweltargument schlicht das Argument war, mit dem man am besten die aus rein politischen Gründen beschlossene Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens nach außen einigermaßen gesichtswahrend begründen konnte.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Herrn Cezanne auf der Rednerliste, den Herrn Wiehle; und dann kommt der Herr Sendker und dann der Herr Jung.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich möchte doch noch mal zurückkommen auf die Frage der Risikobewertung vor dem Vertragsabschluss. Herr Professor Kainer, Sie haben ja in eigenen Gutachten, auch was den Artikel 92 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union angeht, eine gewisse Skepsis zum Ausdruck gebracht. Sie haben vorhin gesagt gegenüber dem Gutachten von Herrn Hillgruber, es sei da nicht zu erwarten gewesen, dass die Kommission ihre Rechtsprechung ändert. Sie selber haben jetzt noch mal formuliert, vor dem Vertragsabschluss sei es nicht vollständig unerheblich gewesen, dieses Risiko, dass es nicht funktioniert.

Wie sicher waren Sie denn, dass es funktionieren wird? Ich gebe Ihnen mal eine Zahl; das Ministerium hat uns mal auf Nachfrage gesagt, sie hätten eine interne Risikobewertung, dass die Gefahr eines negativen EuGH-Urteils bei 15 Prozent liegt. Wir haben keine Unterlagen, um nachzuprüfen oder nachzuvollziehen, wie diese Zahl zustande kommt. Sie entspricht ungefähr der Zahl der Urteile des EuGH, wo man dem Schlussantrag nicht gefolgt ist. Ob das jetzt eine gründliche Bewertung ist, stelle ich jetzt mal anheim. Also, wie sicher waren Sie damals, dass das alles gut geht? Und die gleiche Frage richte ich gerne auch noch an Herrn Professor Mayer. Dazu haben Sie ja schon deutlich was gesagt;

(Heiterkeit des Sachverständigen  
Prof. Dr. Friedemann  
Kainer)

ich möchte noch mal nachhaken. Sie haben jetzt auch in Ihrer Einlassung über das Diskriminierungsverbot als DNA des Europarechts gesprochen, ohne das weiter auszuführen. Das geht ja sehr tief. Also, wenn das die DNA ist, hätte man ja vielleicht annehmen können, dass das schon eine sehr, sehr bedeutende Rechtsnorm ist, die in dieser Frage eine große Rolle spielen wird. - Danke schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Herr Cezanne, für die Frage. - Ich wiederhole das, was ich 2017 hier gesagt habe; ich habe gesagt: Es besteht eine nicht unerhebliche, und zwar über 15 Prozent liegende Wahrscheinlichkeit,

(Heiterkeit des  
Abg. Jörg Cezanne (DIE  
LINKE))

dass die Maut, die Infrastrukturabgabe, in Verbindung mit der Steuersenkung gegen Artikel 92 AEUV verstoßen würde. - Warum? Artikel 92 AEUV ist ein „Stand still“-Gebot, ein Stillstandsgebot, was verhindern soll, dass der nationale Gesetzgeber in die Wettbewerbsfähigkeit in irgendeiner Weise zum Nachteil von Ausländern eingreift; das heißt, es darf nicht einmal eine bestehende Inländerbenachteiligung durch ein Gesetz ausgeglichen werden.

Der Gesetzgeber muss sozusagen dann über die europäische Schiene gehen. Im Artikel 92 sind zwei Möglichkeiten: Entweder es gibt einen einstimmigen Beschluss des Rates, oder es gibt eine sekundärrechtliche Regelung. Die Idee dahinter war ursprünglich, sozusagen verkehrsrechtliches Sekundärrecht zu beschleunigen. Ich hatte damals, 2017, gesagt: Dieser Grund ist vollständig weggefallen; erstens ist Artikel 92 mittlerweile eine Mehrheitsentscheidung, nicht mehr einstimmig, zweitens gibt es bereits jede Menge Sekundärrecht in dem Bereich, und drittens ist das „Stand still“-Gebot mit übergeordneten Gründen des Unionsrechts, nämlich mit dem Wettbewerbsprinzip, ganz unvereinbar, weil eben Inländerdiskriminierungen bestehen bleiben.

Franz MAYER 10.2.2020 18:05

Gelöscht: eben



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Aber ich hatte eben auch gesagt - das habe ich auch eingangs gesagt -, dass der Europäische Gerichtshof 1992 so entschieden hat. Und Änderungen der Rechtsprechungen in Luxemburg, anders als beim Bundesarbeitsgericht beispielsweise, sind nicht so häufig; das heißt, da ist er eher zögerlich, nicht? Und ob die Argumentation „Es gibt da eine Richtlinie, die genau das vorsieht“, verfangt, war unsicher. Ich hatte aber auch gesagt, dass man das hätte isolieren können, indem man den gewerblichen Verkehr, der ja nur ein kleinerer Teil ist, ausgenommen hätte.

Darf ich, Herr Cezanne, Herr Vorsitzender, noch auf das DNA-Argument eingehen, weil mir das sehr wichtig erscheint? - In der Tat ist die Nichtdiskriminierung im europäischen Recht ein Kernbestandteil der genetischen Ausstattung. Meiner Ansicht nach schlägt das aber in beide Richtungen um. Es soll nicht nur die Ausländerbenachteiligung verboten werden, es sollte an und für sich auch die Inländerbenachteiligung jedenfalls ausgeglichen werden müssen, weil bestehende Inländerbenachteiligungen letztendlich zu einer Ablehnung des Europarechts oder der europäischen Integration führen. Wenn wir nicht in der Lage sind - gemünzt auf die Infrastrukturabgabe -, eine Maut einzuführen, wie sie die Österreicher, die Franzosen usw. haben, dann fördert das nicht gerade die Europafreundlichkeit. Also deswegen: DNA in beide Richtungen. Und das spricht sehr stark gegen die Fortführung des Artikels 92, den ich für sehr reformbedürftig halte, ändert aber nichts an der Risikoeinschätzung. - Das war meine Antwort.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Also, diese Risikobewertung, 15 Prozent: Ich will gleich klar und offen sagen, es gibt dieses berühmte römische Wort „*Judex non calcat*“, die Juristen haben es nicht so mit Zahlen. Von daher würde ich mich nie dazu versteigen, eine solche exakte Aussage ernsthaft im juristischen Bereich zu machen.

Aber wenn ich eine Zahl nennen wollte, dann wäre aus meiner Sicht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Ganze beim EuGH scheitert, bis zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes so

bei 95 Prozent gewesen und danach bei 90 Prozent. Also, diese 15 Prozent finde ich wirklich einigermaßen putzig. Nun könnte es in der Tat sein - das war so um 2017 - dass eine in „F.A.Z. Einspruch“ veröffentlichte Studie dazu, in wie viel Prozent der Fälle der Gerichtshof den Generalanwältinnen nicht folgt, diese Zahl erklärt,

Aber auch da bin ich nicht sicher, ob die ganze, He-rangehensweise die Natur des Rechts trifft. Ich habe ja eingangs gesagt: Recht ist keine exakte Wissenschaft. Bei uns kann die Erde auch einmal eine Scheibe sein, wenn nur hinreichend viele Leute sagen: Die Erde ist eine Scheibe.

(Heiterkeit des Abg. Oliver Luksic (FDP))

Es gibt Methoden, die jetzt im Vordringen befindlich sind, die sich dem Thema mit künstlicher Intelligenz nähern. Es hat in Frankreich kürzlich diese Entscheidung gegeben, durch Strafanordnung zu verbieten, dass man über KI richterliche Entscheidungen eines konkreten Spruchkörpers, eines konkreten Richters untersucht, um daraus dann eine Prognose über die vermutliche künftige Entscheidungspraxis dieses Richters oder dieses Gerichtes zu erhalten. Mit KI kommt man da offenbar einigermaßen weit. Jetzt weiß ich nicht, wie tief das Verkehrsministerium eingestiegen ist an der Stelle; aber das scheint mir doch eine relativ neue Technologie zu sein. Jedenfalls in Frankreich wäre es auch verboten.

Ich meine aber immer noch - vielleicht ist das ja auch einfach der typische konservative Juristenzug, wir schauen dann doch eher in den Rückspiegel - das Eigentümliche des Rechts ist es, dass diese ganzen Dinge extrem komplex sind, daher wohl eher von der Chaostheorie erfasst werden können als von KI.

(Heiterkeit der Abg. Kirsten Lühmann (SPD), Detlef Müller (Chemnitz) (SPD) und Oliver Luksic (FDP))

Es sind viele kleine Elemente, die da zusammenspielen bei so einer Bewertung - ich habe es ja vorhin versucht zu skizzieren -: Erfahrung,

- Franz MAYER 10.2.2020 18:09  
**Gelöscht:** Und es kann
- Franz MAYER 10.2.2020 18:09  
**Gelöscht:** ;
- Franz MAYER 10.2.2020 18:09  
**Gelöscht:** ja
- Franz MAYER 10.2.2020 18:09  
**Gelöscht:** ;
- Franz MAYER 10.2.2020 18:10  
**Gelöscht:** als
- Franz MAYER 10.2.2020 18:11  
**Gelöscht:** diese
- Franz MAYER 10.2.2020 18:11  
**Gelöscht:** veröffentlicht wurde
- Franz MAYER 10.2.2020 18:11  
**Gelöscht:** .
- Franz MAYER 10.2.2020 18:12  
**Gelöscht:** se
- Franz MAYER 10.2.2020 18:13  
**Gelöscht:** zu
- Franz MAYER 10.2.2020 18:13  
**Gelöscht:** jetzt
- Franz MAYER 10.2.2020 18:13  
**Gelöscht:** eben
- Franz MAYER 10.2.2020 18:13  
**Gelöscht:** Also
- Franz MAYER 10.2.2020 18:13  
**Gelöscht:** m
- Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:18  
**Gelöscht:** hier
- Franz MAYER 10.2.2020 18:14  
**Gelöscht:** einfach
- Franz MAYER 10.2.2020 18:14  
**Gelöscht:** ;
- Franz MAYER 10.2.2020 18:07  
**Gelöscht:** ;
- Franz MAYER 10.2.2020 18:15  
**Gelöscht:** vielleicht
- Franz MAYER 10.2.2020 18:07  
**Gelöscht:** dazu
- Franz MAYER 10.2.2020 18:15  
**Gelöscht:** so



### Nur zur dienstlichen Verwendung

weitere konkrete kleine Elemente, im Europarecht dann eben auch diese spezifische europaweite Rechts- kultur. In Verbindung damit steht, dass man eben auch immer mitdenken muss, dass im Europäischen Gerichtshof ganz überwiegend Juristen sitzen, die ganz anders sozialisiert sind als wir deutsche Juristen. Und all das macht Vorhersagen extrem komplex. Ich sage trotzdem nicht: völlig unmöglich. Ich meine, ich habe mir 2015 und 2017 ja auch angemaßt, eine Prognose zu treffen, und sie ist dann auch eingetroffen. Ist vielleicht ein Glückstreffer gewesen; aber ich glaube schon, dass ich das damals - wie heute - begründen konnte und dass diese Begründung auch zu dem passt, was der EuGH entschieden hat. - Also noch mal: Die Prognose 15 Prozent würde ich als reichlich abwegig bezeichnen.

Die Sache mit der DNA. Wenn ich das kurz ausführen darf, was ich damit meine: Ich habe es auch in meiner schriftlichen Stellungnahme erwähnt als Argument dafür, dass es hier nicht um die ordnungsgemäße, um die mehr oder weniger überschießende oder nicht überschießende Umsetzung einer Richtlinie ging, sondern es ging hier um den genetischen Code des Europarechts. Das hat ja in- teressanterweise auch der Generalanwalt in seinem ersten Satz genauso gesagt. Er hat gesagt: „Diskriminierung ist verboten.“ Das ist der Ausgangspunkt, mit dem er in diese Schlussanträge startet.

Aber was auf einer europaverfassungsrechtlichen Ebene dahintersteht, ist eben, dass es nicht nur um dieses Ökonomische - gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle - geht, sondern im Kern steht hinter diesem Diskriminierungsverbot die Friedensidee der europäischen Integration. Das ist letztlich das, was die übersteigerten Nationalismen, aus dem gesamten europäischen Rechtsraum heraus- halten soll, dass man eben die anderen nicht einfach nur deswegen, weil sie eine andere Staatsangehörigkeit haben, anders behandeln darf.

Das ist auch kompetenzrechtlich eine durchaus wichtige Feststellung, weil wir das oft zum Beispiel im Steuerrecht als Kritik von den national geprägten Steuerrechtlern hören, wenn

dann wieder einmal etwas gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen hat im Steuerrecht: Wie kann die Europäische Union! Es gibt doch keine Kompetenz der Europäischen Union für das Steuerrecht! - Richtig verstanden geht es aber darum, dass über dieses Diskriminierungsverbot bestimmte öffentliche Macht einfach gar nicht mehr da ist. Das hat ein französischer Kollege einmal als die „compétences abolies“ bezeichnet, die „abgeschafften Kompetenzen“; die sind schlichtweg. Weder

auf nationaler noch auf europäischer Ebene kann man Regelungen treffen, bei denen man das Tatbestandsmerkmal „Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit“ einsetzt. Und das ist eminent wichtig für die Architektur des Europarechts. Das ist übrigens auch etwas, das die Briten nicht verstanden haben im Brexit-Prozess, als sie versucht haben, sich an der Stelle Ausnahmen herauszuverhandeln. Das war völlig ausgeschlossen. An der Stelle kann das Europarecht keinen Spielraum lassen, weil sonst die Grundidee des Europa- rechts weg ist. Und deswegen war ich mir absolut sicher, dass der EuGH hier eben sehr genau hin- gucken wird.

Ich darf vielleicht noch einen Vergleich bringen, um das weiter zu veranschaulichen: Ich meine - und ich hoffe, ich tue dem Grundgesetz jetzt nicht Unrecht -, dass es von der Dimension her durchaus vergleichbar ist mit der Art und Weise, wie wir im deutschen Verfassungsrecht die Menschenwürde als den Kerncode des Grundgesetzes ansehen. Man kann da ganz viele Vergleiche bilden. Aber denken Sie einmal

darin, dass wir die Menschenwürde für nicht abwägbar halten und damit eben Lehrbuch-, vielleicht auch einmal reale Beispiele kreieren, die man auch im Gespräch den Nichtjuristen nicht so ohne Weiteres erklären kann. Beispielsweise dass wir, wenn man einen Terroristen hat, der irgendwo eine Bombe versteckt hat, die 3 Millionen Menschen umbringen kann, und man, wenn man diesen Terroristen foltern würde, 3 Millionen Menschenleben retten könnte, trotzdem von der Verfassung her sagen: Das geht nicht. Die Menschenwürde ist keiner Abwägung mehr zugänglich. - Das versteht der Nichtjurist, die Nichtjuristin nicht ohne Weiteres. Vielleicht ist das hier genauso, wenn man bei diesen Diskriminierungsverboten auch das Gefühl hat: „Das ist doch unfair; die Ausländer

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:21

Gelöscht: mal ...ieder einmal et ... [21]

Franz MAYER 10.2.2020 18:16

Gelöscht: auch ...ben auch dies ... [18]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:19

Gelöscht: ja

Franz MAYER 10.2.2020 18:20

Gelöscht: auch

Franz MAYER 10.2.2020 18:24

Gelöscht: eben so...minent wicl ... [22]

Franz MAYER 10.2.2020 18:21

Gelöscht: ordentliche

Franz MAYER 11.2.2020 13:36

Gelöscht: noch mal...eiter zu ... [23]

Franz MAYER 10.2.2020 18:21

Gelöscht: sozusagen

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:22

Gelöscht: Wenn Sie daran

Franz MAYER 10.2.2020 18:22

Gelöscht: eben dahintersteckt sozusagen ...uf so ...iner ... [19]

Franz MAYER 10.2.2020 18:26

Gelöscht: mit

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:23

Gelöscht: wir

Franz MAYER 10.2.2020 18:26

Gelöscht: , also dass ...ir, wenn ... [24]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:20

Gelöscht: dann ...ls Kritik hören ... [20]



### Nur zur dienstlichen Verwendung

müssen keine Maut zahlen, ich muss Maut zahlen, wenn ich nach Italien fahre“ usw. Also, auf der Ebene schien mir das Ganze vergleichbar.

Jeder deutsche Verfassungsrechtler, jede deutsche Verfassungsrechtlerin würde bei dem Versuch, irgendwo an der Interpretations-schraube zu Artikel 1 des Grundgesetzes zu drehen – das Abwägungsverbot steht ja nicht wirklich so in Artikel 1 drin, sondern das ist eine Setzung, die sich hier die maßgebliche Interpretationsge-meinschaft zu eigen gemacht hat, unter Anleitung des Bundesverfassungsgerichts –, scheitern. Es gibt ganz wenige Kollegen, die das versucht haben; aber es ist dann sofort klar geworden: Das geht nicht. Ähnlich klar schien mir das auch hier mit dem Versuch, am Verständnis des europarechtlichen Diskriminierungsverbotes etwas herumzu-drehen. Deswegen habe ich auch diesen Ver-gleich angestellt und diesen Hinweis gegeben – der genetische Code des Europarechts. Hier ging es schon um etwas ganz, ganz Wichtiges und Bes-sonderes.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Wiehle.

**Wolfgang Wiehle (AfD):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine Damen und Herren, ich möchte Fragen formulieren, die ich an Sie beide, Herr Professor Kainer und Herr Professor Mayer, stellen möchte, genau in dem Zusammenhang in-teressanterweise, was Sie, Herr Professor Mayer, gerade angesprochen haben, ob jetzt das Diskri-minierungsverbot absolut ist oder ob es da nicht Abwägungen gibt, wie Sie das einschätzen.

Denn wenn ich die Materie richtig kenne, gibt es durchaus Abwägungen in dem Sinne, dass auch der EuGH sagt: Na ja, dieses allgemeine Diskrimi-nierungsverbot nach Artikel 18 AEUV: Es kann Rechtfertigungsgründe für einen Verstoß dagegen geben. - Der EuGH hat dann aber einen Lasten-ausgleich, also im Sinne von „Halter und Führer von Fahrzeugen, die im Ausland zugelassen wer-den, sollten einen Teil der Kosten für die deut-schen Bundesfernstraßen zahlen“, verworfen als Rechtfertigungsgrund. Eine Kohärenz der Steuer-systeme in Europa hätte er aber als Rechtferti-gungsgrund akzeptiert.

Und wenn man das in dem Licht betrachtet, dann stellt sich ja die Frage: Hätte das - und da bitte ich Sie beide, Licht drauf zu werfen - im Vorfeld schon erkannt werden müssen, also gab es schon vor diesem Urteil Vorzeichen dafür, dass der EuGH Abwägungen in der einen Weise akzep-tiert, in der anderen nicht? Und hätte die Bun-desregierung dann die Möglichkeit gehabt und vielleicht auch diese Möglichkeit nehmen müs-sen, um die Gesetze für die Infrastrukturabgabe und die anderen, begleitenden Änderungen an-ders zu gestalten? Konkreter: Sehen Sie das so, dass eine Diskriminierung, also ein Verstoß gegen Artikel 18 AEUV, gerechtfertigt wäre durch das Ziel, die Kohärenz der Steuersysteme in Europa zu wahren, um diese unionsfreundlich zu verein-heitlichen? Hinweis dazu: Deutsche Autofahrer müssen ja im Ausland für eine Autobahnbenut-zung bisweilen Vignette bezahlen, und da könnte ja durchaus, wenn man das klug gestaltet, eine Kohärenz der Steuersysteme gestärkt werden, wenn man das bei uns entsprechend nachvoll-zieht.

Darauf aufbauend dann die Frage: Welche euro-parechtsfreundliche rechtliche Gestaltung eines Mautsystems stünde aus Ihrer Sicht der Bundes-regierung zur Verfügung oder hätte zur Verfü-gung gestanden, um ein Mautsystem in Deut-schland in derselben Weise einzuführen wie in Österreich?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, vielen Dank für die Frage, Herr Wiehle. - Die Kohärenz der Steuersysteme ist ein sehr schwie-riger Rechtfertigungsgrund, der mitunter geprüft wird vom Europäischen Gerichtshof, wenn es um die Frage geht, dass das nationale Steuerrecht in irgendeiner Form zu einer Diskriminierung führt, weil irgendwie irgendeine Abzugsmöglichkeit beispielsweise Inländern vorbehalten ist.

Dieser Rechtfertigungsgrund wird nur dann ge-währt, wenn sozusagen jede andere Form der steuerrechtlichen Gestaltung zu erheblichen Un-gerechtigkeiten führen würde - kann man so sa-gen, so ganz grob -, Kohärenz des eigenen Steuer-

- Franz MAYER 11.2.2020 13:37  
**Gelöscht:** Und
- Franz MAYER 11.2.2020 13:41  
**Gelöscht:** j
- Franz MAYER 11.2.2020 13:41  
**Gelöscht:** ies
- Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:24  
**Gelöscht:** -
- Franz MAYER 11.2.2020 13:38  
**Gelöscht:** mal
- Franz MAYER 11.2.2020 13:38  
**Gelöscht:** eben
- Franz MAYER 11.2.2020 13:39  
**Gelöscht:** ,
- Franz MAYER 11.2.2020 13:39  
**Gelöscht:** und d
- Franz MAYER 11.2.2020 13:39  
**Gelöscht:** :
- Franz MAYER 11.2.2020 13:39  
**Gelöscht:** D
- Franz MAYER 11.2.2020 13:39  
**Gelöscht:** - hi





## Nur zur dienstlichen Verwendung

systems. Das ist aber vom Europäischen Gerichtshof in, ich würde mal fast sagen, 95 Prozent aller Fälle zurückgewiesen worden, weil es immer irgendwie anders geht. Aber es gibt ein paar Fälle, wo man mit der Kohärenz, weil das eigene Steuersystem sonst nicht mehr zu gerechten Ergebnissen führen würde, also die Gleichbehandlung der eigenen Staatsbürger nicht mehr gewährleistet wäre, mal durchgreifen kann. Das ist aber wirklich ein Ausnahmefall und spielt meines Erachtens jetzt keine Rolle im Zusammenhang mit der Frage: Wie ist es sozusagen in Bezug auf andere Steuersysteme?

Der erste Punkt, den Sie gefragt haben: Gibt es Abwägungen bei den Diskriminierungsverboten? - Selbstverständlich. Da bin ich, sagen wir mal, zumindest graduell etwas anderer Auffassung als Herr Mayer, wobei er aber andererseits auch recht hat. Man muss hier unterscheiden zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen. Unmittelbare Diskriminierungen sind Diskriminierungen, bei der die Differenzierung an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sprich: Ich erhebe Gebühren für Ausländer, die höher sind als für Inländer, und zwar knüpfe ich an die Staatsangehörigkeit an; oder ich erlaube die Ausübung eines Berufs nur für Deutsche. Solche Diskriminierungen gab es mitunter in der Anfangszeit. Die sind prinzipiell unter ganz engen Voraussetzungen rechtfertigungsfähig; es gibt im Vertrag Rechtfertigungsregelungen. Aber in der Regel scheidet es. Es scheidet eigentlich immer. Es gibt, glaube ich, überhaupt keinen einzigen Fall, wo so eine Regelung, wo so ein Berufsverbot für Ausländer zulässig gewesen wäre - ich glaube, einmal aus gesundheitlichen Gründen; das ist aber wirklich ein Ausnahmefall. Insoweit hat er recht.

Aber bei mittelbaren Diskriminierungen, also Diskriminierungen, wo die Differenzierung an einem neutralen Kriterium ansetzt, das aber dann mehrheitlich, so wie jetzt in dem Mautfall, Ausländer betrifft - ich meine, „ausländische Halter“ trifft auch Deutsche, die im Ausland eben halten, aber überwiegend sind natürlich ausländische Staatsangehörige betroffen -: Das lässt sich sehr wohl rechtfertigen. Hier ist sozusagen der Un-

rechtsgehalt so viel geringer, dass man ganz normal einen Rechtfertigungsgrund anführen kann: Das muss geeignet sein, erforderlich und - prüft der Europäische Gerichtshof selten - angemessen im eigentlichen Sinne. Da gibt es sehr viele Fälle, wo man gerechtfertigt hat, aber im Steuerrecht mit der Kohärenz nicht.

Dann hatten Sie noch gefragt: Gab es Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber es anders europarechtsfreundlich hätte ausführen können? - Na ja, gut. Diese Frage ist natürlich eine offene Frage. Man hätte die Maut nicht einführen können; man hätte warten können, bis die Richtlinie eingeführt wird. Ich hatte das vorhin schon mal gesagt: Wenn die Maut also wirklich abhängig von der Nutzung eingeführt worden wäre, wenn also die deutschen Halter, die inländischen Halter, ebenfalls nach Zeitabschnitten bepreist worden wären, ohne dass es einen solchen Zwang gegeben hätte, mag das der Europäische Gerichtshof vielleicht anders gesehen haben.

Auch hier stimmt, was Herr Mayer gesagt hat: Dieser Eindruck einer „Ausländermaut“ - so wurde das eben so oft genannt - hat so stark in der Öffentlichkeit und sicher auch vor dem Europäischen Gerichtshof den Eindruck erweckt, dass hier eine Diskriminierung beabsichtigt war, und hat sicher auch ein bisschen die Wahrnehmung verzerrt. Das gehört zur DNA des Europarechts, dass eben Ausländer nicht benachteiligt werden. Wenn man genauer hinschaut, muss man die Sache vielleicht differenzierter anschauen. Man hätte es anders machen können, sicher.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann als Nächster der Herr Sendker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Aber die Fragen waren auch an mich gerichtet, oder?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ach so, sorry. Ja, selbstverständlich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ich würde nämlich gern darauf antworten, weil ich das durchaus für eine wichtige Frage halte. Ich will versuchen, sie in aller Kürze zu beantworten.

Franz MAYER 11.2.2020 13:43  
Gelöscht: , und



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich glaube, man muss sich zuerst klarmachen: Das Diskriminierungsverbot gilt tatsächlich nicht absolut. Hier hört dann auch die - von mir vielleicht ja auch überstrapazierte - Parallele zu der Menschenwürde und ihrem Stellenwert auf. Vielleicht ist aber auch diese Absolutheit der Menschenwürde wirklich etwas sehr, sehr Besonderes, wie eben auch die Menschenwürde was sehr Besonderes ist.

Es fängt schon damit an, dass wir Bereichsausnahmen im Europarecht haben. Es gibt bestimmte Bereiche der öffentlichen Verwaltung, die sind den Diskriminierungsverboten von vornherein entzogen: der diplomatische Dienst, die Richterschaft; beim Militär wird es schon ein bisschen schwieriger. Aber ich sage meinen Studenten immer: Alles, was schießen und stempeln darf,

(Heiterkeit)

also da, wo wirklich der Kernbereich der Hoheitsgewalt noch unterwegs ist, da können Sie tatsächlich immer noch als Mitgliedstaat selbst entscheiden. Sie müssen das nicht so handhaben, aber wenn Sie da sagen: „Da kommen nur deutsche Staatsangehörige rein“, dann ist an der Stelle Schluss mit den Diskriminierungsverboten des Europarechts.

Die Diskriminierungsverbote sind im Übrigen, wie wir ja heute schon verschiedentlich gehört haben, an verschiedenen Stellen im Vertrag niedergelegt. Wir diskutieren die ganze Zeit bei der Maut über das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Aber an sich sind die Warenverkehrsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit möglicherweise auch im Mautkontext viel naheliegender. Dort wäre es ja möglicherweise dann auch zu konkreten Rechtsstreitigkeiten gekommen, wäre das Ganze nicht über das Vertragsverletzungsverfahren zum EuGH gelangt. Dann hätte irgendein Pizzalieferant oder jemand, der eine andere Dienstleistung erbringt, sich über die Maut in Deutschland so aufgeregt, dass er oder sie in Deutschland vor Gericht gegangen wäre, und dann hätte man das dort über die konkrete Grundfreiheit geprüft. Dabei hätte man auch die Frage prüfen müssen - jetzt wieder unterstellt, es ist eine Diskriminie-

rung -: Ist diese möglicherweise gerechtfertigt?

Franz MAYER 11.2.2020 13:52

Gelöscht: Und auch da möchte ich doch ganz klar sagen: Auch

Franz MAYER 11.2.2020 13:43

Gelöscht: ,

Franz MAYER 11.2.2020 13:43

Gelöscht: also h

Franz MAYER 11.2.2020 13:45

Gelöscht: ist

Franz MAYER 11.2.2020 13:46

Gelöscht: es nicht

Franz MAYER 11.2.2020 13:47

Gelöscht: jetzt

Franz MAYER 11.2.2020 13:47

Gelöscht: auch aufge- hängt

Franz MAYER 11.2.2020 13:47

Gelöscht: ,

Franz MAYER 11.2.2020 13:47

Gelöscht: und wi

Franz MAYER 11.2.2020 13:47

Gelöscht: jetzt

Franz MAYER 11.2.2020 13:51

Gelöscht: ieses

Franz MAYER 11.2.2020 13:48

Gelöscht: ; a

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:26

Gelöscht: ist

Franz MAYER 11.2.2020 13:49

Gelöscht: das ja in der

Franz MAYER 11.2.2020 13:49

Gelöscht: in der

Franz MAYER 11.2.2020 13:49

Gelöscht: viel nahe- liegender

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:26

Gelöscht: e-

Franz MAYER 11.2.2020 13:49

Gelöscht: gewesen

Franz MAYER 11.2.2020 13:49

Gelöscht: Und so

Franz MAYER 11.2.2020 13:50

Gelöscht: ekommen,

Franz MAYER 11.2.2020 13:50

Gelöscht: sondern es

Franz MAYER 11.2.2020 13:50

Gelöscht: se

Franz MAYER 11.2.2020 13:50

Gelöscht: zum

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:27

Gelöscht: nn

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:27

Gelöscht: dort

Franz MAYER 11.2.2020 13:51

Gelöscht: eben

## 2. Untersuchungsausschuss

Dazu möchte ich doch ganz klar sagen: Schon die Verträge sehen seit 1957 vor, dass an bestimmten Stellen Schluss ist mit Europarecht, mit Nichtdiskriminierung, und zwar ganz ausdrücklich jedenfalls im Bereich von öffentlicher Sicherheit, Gesundheit und Ordnung. Da können Sie, wenn Sie verhältnismäßig agieren als Mitgliedstaat, weiterhin auch nach der Staatsangehörigkeit unterscheiden.

Allerdings sind diese Fälle dann eben doch sehr selten. Gerade weil es die offenen Diskriminierungen kaum gibt, wo man wirklich im Tatbestand reinschreibt: „Deutsche Staatsangehörigkeit ist das Unterscheidungsmerkmal“ – hat der Gerichtshof sehr früh die mittelbare Diskriminierung entwickelt, über die wir uns hier ja der Sache nach unterhalten. Das meint das Phänomen, dass man im Tatbestand nicht offen hineinschreibt: „deutsche Staatsangehörigkeit“, „französische Staatsangehörigkeit“ und so weiter, aber irgend- etwas anderes – Wohnsitz zum Beispiel oder Geburtsort –, was aber im Ergebnis genau so wirkt, als hätte man im Tatbestand explizit „Staatsangehörigkeit“ aufgenommen. Das nennen wir die mittelbare Diskriminierung.

Der EuGH hat aber ziemlich bald gemerkt, dass auch das eigentlich sehr schwer zu fassen ist. Und deswegen hat er etwas entwickelt, was in der ganzen Maut-Debatte bis heute kaum vorgekommen ist, was aber in EuGH-Urteilen ständig vorkommt. Und das ist die Kategorie des Beschränkungsverbot. Es gibt nämlich im Europarecht, jedenfalls bei den Grundfreiheiten, auch eine Kategorie, die nichtdiskriminierende Beschränkungen – wir nennen das dann verkürzt: Beschränkungsverbot – verbietet, wobei diese allerdings auch unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden können.

Und das Interessante ist, dass, weil das mitgliedstaatliche Handeln da im Ausgangspunkt etwas weniger aggressiv daherkommt als eine Diskriminierung – wofür wir nur diese ganz engen Rechtfertigungsmöglichkeiten haben, die explizit im Vertrag stehen – der Gerichtshof im Laufe der Zeit für diese Beschränkungen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt hat. Und dazu gehört unter anderem auch die Kohärenz des Steuersystems; dazu ge-

Franz MAYER 11.2.2020 13:52

**Gelöscht:** der Vertrag sieht

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:27

**Gelöscht:** da

Franz MAYER 11.2.2020 13:54

**Gelöscht:** Und

Franz MAYER 11.2.2020 13:54

**Gelöscht:** eben auch

Franz MAYER 11.2.2020 13:54

**Gelöscht:** , also

Franz MAYER 11.2.2020 13:54

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 13:54

**Gelöscht:** ja

Franz MAYER 11.2.2020 13:55

**Gelöscht:** Das ist

Franz MAYER 11.2.2020 13:55

**Gelöscht:** ja

Franz MAYER 11.2.2020 13:55

**Gelöscht:** wirklich

Franz MAYER 11.2.2020 13:55

**Gelöscht:** rein-

Franz MAYER 11.2.2020 13:56

**Gelöscht:** w

Franz MAYER 11.2.2020 13:56

**Gelöscht:** aber das

Franz MAYER 11.2.2020 13:56

**Gelöscht:** ist

Franz MAYER 11.2.2020 13:56

**Gelöscht:** reingeschrieben

Franz MAYER 11.2.2020 13:56

**Gelöscht:** messen

Franz MAYER 11.2.2020 13:57

**Gelöscht:** ies

Franz MAYER 11.2.2020 13:57

**Gelöscht:** und auch

Franz MAYER 11.2.2020 13:57

**Gelöscht:** m

Franz MAYER 11.2.2020 13:57

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 13:57

**Gelöscht:** u

Franz MAYER 11.2.2020 13:57

**Gelöscht:** es

Franz MAYER 11.2.2020 13:58

**Gelöscht:** ja

Franz MAYER 11.2.2020 13:58

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 13:58

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 13:59

**Gelöscht:** hört der Verbraucherschutz; dazu gehört der Umweltschutz. Der steht nämlich so auch nicht in





### Nur zur dienstlichen Verwendung

hört der Verbraucherschutz; dazu gehört der Umweltschutz. Der steht nämlich so auch nicht in den Verträgen. Die Bestimmungen zu Grundfreiheiten in den Verträgen sind von 1957, da kannte man das Wort „Umweltschutz“ noch nicht einmal.

Das Bemerkenswerte ist, dass wir die ganze Diskussion über Diskriminierung - ja oder nein? - auch in den Ausschussanhörungen, in diesen ganzen Gutachten, die vorgelegt worden sind, eigentlich auch hätten weglassen können, und uns hätten sagen können: Ja gut, geschenkt - es ist keine Diskriminierung. Aber dann kann das immer noch eine nichtdiskriminierende Beschränkung für jemanden sein, der seine Dienstleistungsfreiheit ausüben will und darin durch die Maut eben behindert wird, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit als weniger attraktiv wahrnimmt. - Und dann braucht man immer noch einen Rechtfertigungsgrund. Man wäre also auch ohne sich diese ganzen Gedanken über die Diskriminierung zu machen, jedenfalls zu dem Punkt gekommen: Können wir das europarechtlich rechtfertigen?

Der Gerichtshof macht das so. Er prüft die Dienstleistungsfreiheit im Urteil unter dem Gesichtspunkt des Beschränkungsverbot. Er prüft davor auch Artikel 18, Artikel 18 ist aber nur als Diskriminierungsverbot denkmöglich. Das führt dann zu bestimmten Problemen auf der Rechtfertigungsebene. Da passt das mit der Kohärenz der Steuersysteme möglicherweise gar nicht so richtig. Aber ich glaube, jetzt gehe ich zu sehr in die europarechtlichen Details.

Alles, was ich sagen will: Es gibt tatsächlich die Rechtfertigungsmöglichkeit Kohärenz der Steuersysteme. Diese wird vom EuGH auch angesprochen. Aber bei der Dienstleistungsfreiheit - um die Geschichte abzukürzen - sieht der EuGH einfach nicht das entsprechende Argument. Also, die Rechtfertigungsmöglichkeit besteht, aber die Argumente dazu fehlen. Der EuGH sieht nicht, wo das, was da gemacht wird, zu einem kohärenteren Steuersystem beiträgt. Im Gegenteil: In den Steuerausnahmen, die zugunsten der Inländer geschaffen werden, die zugleich davon profitieren, dass sie dann in Frankreich, Italien, Österreich usw. ja nicht die dortige Kfz-Steuer zahlen müssen, sieht der

EuGH letztlich kein valides Argument für Kohärenz. Nur mit Kohärenz wäre es gegangen mit der Rechtfertigung. Kohärenz der Steuersysteme.

Und um Ihre Frage auch ganz konkret zu beantworten - was hätte man denn machen können, was wären denn hier Hinweise gewesen? - Das Problem ist letztlich einfach der konkrete Zusammenhang, den wir ja vorhin schon festgestellt hatten. Man hätte das Ganze sehr schön europarechtskonform machen können mit der Maut, wenn man die Privilegierung, diese Quasi-Rückzahlung über die Hintertür der Kfz-Steuerentlastung, schlicht weggelassen hätte. Dann hätte es gar kein europarechtliches Problem mehr gegeben. - Das wäre die Antwort.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, vielen Dank. - Ich habe bisher dann noch eins, zwei, drei, vier Wortmeldungen

(Abg. Kirsten Lühmann (SPD) meldet sich)

- fünf Wortmeldungen -, und ich möchte darauf hinweisen, dass wir so um 14.50 Uhr, 14.55 Uhr dann für eine Stunde die Sitzung unterbrechen. Sollten wir, was ich im Moment nicht sehe, davon ausgehen, dass wir den Punkt hier abschließen können, wäre das natürlich schön, wenn es dann bis kurz vor drei passiert. Ansonsten möchte ich dann die Beratung eine Stunde später, also so gegen 15.50 Uhr, wenn die Abstimmungen im Plenum hinter uns liegen, fortsetzen. - Dies nur als Hinweis.

Jetzt haben wir den Herrn Sendker, den Herrn Kühn, den Herrn Jung, den Herrn Cezanne und die Frau Lühmann.

**Reinhold Sendker (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, ich habe noch zwei Nachfragen an Professor Kainer und das, was er vorgetragen hat.

Von Ihrem Kollegen Professor Mayer ist ja eben noch mal deutlich gemacht worden, dass schon im Vorfeld erkennbar gewesen sein soll, dass hier ein Verstoß gegen Europarecht vorliegt durch die Infrastrukturabgabe. Ganz so eindeutig, nach den

Franz MAYER 11.2.2020 14:15

Gelöscht: Spaltenumbruch ... [29]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:33

Gelöscht: dann

Franz MAYER 11.2.2020 14:17

Gelöscht:

Franz MAYER 11.2.2020 14:17

Gelöscht: noch mal... ganz konl... [30]

Franz MAYER 11.2.2020 14:01

Gelöscht: Und das...as Interesse... [25]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:33

Gelöscht: der

Franz MAYER 11.2.2020 14:17

Gelöscht: ganz einfache... infact... [31]

Franz MAYER 11.2.2020 14:06

Gelöscht: ;...Ede... prüft die Di... [26]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:31

Gelöscht: denkmöglich

Franz MAYER 11.2.2020 14:07

Gelöscht: bei...der ... [27]

Franz MAYER 11.2.2020 14:08

Gelöscht: ese... Rechtfertigungs... [28]



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Erklärungen, die wir hier gehört haben, ganz besonders Ihren Erklärungen, scheint ja die Lage dann doch nicht gewesen zu sein. Sie sprachen von einem starken Signal der Kommission - das haben wir ja auch im Vorfeld politisch wahrgenommen und gewürdigt -, und Sie haben auch hingewiesen auf das Plädoyer von dem Generalanwalt aus Schweden. Das war auch sehr, sehr eindeutig.

Insofern darf ich Sie noch einmal bitten, die Frage aufzunehmen, warum denn europäische Akteure so unterschiedliche Ansichten zur Rechtmäßigkeit der Maut vertreten, ganz besonders auch fokussiert auf den Artikel 92 AEUV. Da ist ja noch mal der Hinweis gegeben worden, dass es hier in der Frage der Diskriminierung - Casus knacksus - ja völlig unterschiedliche Auffassungen gegeben hat: schwedischer Generalanwalt gegenüber auch dem Gericht, dem allerletzten. Ich darf noch mal darauf hinweisen und Sie fragen: Gibt es denn bei einem solchen Auseinanderdriften nicht klassischen Handlungsbedarf bei dieser Vorschrift, die ja seit einigen Jahren besteht?

Mir hat auch gut gefallen und mich überzeugt, wenn Sie sagen, im Letzten gelte es doch, das Ergebnis zu betrachten. Das ist eindeutig, das hat der schwedische Generalanwalt gemacht. Und vielleicht ist das auch ein Einstieg, hier mehr Verständnis zu erhalten. KI halte ich nicht für ganz so zukunftsfähig in dieser Frage; ich will das auch so verstehen. Und vor dieser Perspektive erbitte ich dann auch Ihre Antwort.

Eine zweite Frage. Der Generalanwalt Herr Wahl hat in seinem Schlussbericht auch noch mal deutlich gemacht, dass die geplante Infrastrukturabgabe mit den Grundsätzen der EU nach Benutzerprinzip und Verursacherprinzip völlig im Einklang stünde. Vor diesem Hintergrund frage ich Sie, ob der jetzige Zustand - das folgt dann ja daraus - hier in Deutschland nicht einer Inländerdiskriminierung gleichkommt - müsste man ja eigentlich dann so bezeichnen -, und würde Sie auch fragen, ob Sie regulatorische Möglichkeiten sehen, dem entgegenzutreten und eine solche Inländerdiskriminierung aufzuheben. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ob der Verstoß gegen Europarecht eindeutig war - ich kann wiederholen, was ich vorhin gesagt habe, und vielleicht noch mal etwas verdeutlichen -: Man ist in der Rechtswissenschaft nie in einer eindeutigen Situation, wenn nicht das Gesetz glasklar in einer Richtung ist. Und der Diskriminierungstatbestand - Herr Sendker, danke für die Frage - ist überhaupt nicht klar. Es ist eine außerordentlich schwierige Norm, es gehört vielleicht zu den schwierigsten Normen überhaupt. Mit dem Diskriminierungstatbestand haben sich Platon und Aristoteles auseinandergesetzt; ich glaube, es ist die „Nikomachische Ethik“ oder vielleicht „Nomoi“, eines von diesen beiden. Dort kann man das seitenweise lesen, wie schwierig es ist, zu prüfen, ob eine Regelung gleichbehandelt oder nicht. Da gibt es das berühmte Flötenbeispiel - das kennen Sie vielleicht - von Aristoteles: Wie verteile ich Flöten, wann ist es gerecht? Je nach dem Ziel. - Also ein außerordentlich schwieriger Tatbestand, wo man nicht so ohne Weiteres vorher sagen kann, dass es klar ist oder nicht.

Ich glaube - und ich habe das auch schon mehrfach gesagt -, was in dieser Situation ab 2013 eine große Rolle gespielt hat, war die politische Auseinandersetzung, die vor allen Dingen diesen unseligen Begriff der „Ausländermaut“ dann aufgenommen hat, der sicher auch irgendwo in die juristische Diskussion und auch in das Verständnis, in die Rezeption dieses ganzen Vorschlages hineingeführt hat.

Also für mich war das nicht eindeutig. Ich gebe Ihnen völlig recht, dass die Tatsache, dass der Generalanwalt später gesagt hat: „Das war kein Verstoß“, und auch dass die Kommission das gesagt hat, ein starkes Indiz gewesen ist. Aber ich hatte auch darauf hingewiesen: Es blieb ein Risiko.

Zu dem Artikel 92 AEUV. Ich halte den für sehr reformbedürftig und hatte das ja vorhin schon mal gesagt, weil er schlicht und ergreifend Inländerdiskriminierungen perpetuiert. Nun kann man



## Nur zur dienstlichen Verwendung

sagen, das kommt heute kaum noch vor, weil das Verkehrsrecht - und der Artikel 92 erfasst ja das Verkehrsrecht, also den gewerblichen Verkehr - ist heute praktisch durchreguliert auf der europäischen Seite.

Ein Teil, der noch nicht erfasst ist, ist in der Tat eben der gewerbliche Verkehr unter 3,5 Tonnen. Und darüber sprechen wir jetzt. Dazu gibt es einen Richtlinienvorschlag von 2017, und dieser Richtlinienvorschlag von 2017 ändert die Eurovignetten-Richtlinie und soll zukünftig diese Möglichkeit der Kompensationsfähigkeit von einer Maut auch auf Fahrzeuge unter 3,5 Tonnen ausdehnen. Das heißt, der Regelungsansatz, den die deutsche Bundesregierung hier verwendet hat - den Abbau einer Inländerdiskriminierung und auch die Heranziehung von ausländischen Haltern -, der findet sich wieder in der europäischen Rechtspolitik.

Ich weiß nicht, ob Herr Mayer hier widersprechen würde, weil das ja letztlich eine geltende Regelung ist: Ich wage die Prognose, dass, wenn die Kommission und Parlament und Rat diese Eurovignetten-Richtlinienänderung irgendwann verabschieden, das rechtmäßig sei und dass niemand kommen wird und sagen würde, dass das rechtswidrig ist, obwohl es ganz ähnlich laufen würde, wie das jetzt die Bundesregierung vorgehabt hat. Der Artikel 92 ist also erheblich reformbedürftig, auch wenn man zugeben muss, dass die Relevanz nicht mehr groß ist; aber gerade in diesem Fall zeigt sie sich eben.

Dann hatten Sie gefragt, ob es nicht eine Inländerdiskriminierung ist, wenn eben nur Inländer bezahlen, und was man dagegen tun kann. Die deutsche Infrastrukturabgabe hatte zumindest den Plan, dass zukünftig proportional nach Nutzung bepreist wird. Das halte ich für sachgerecht und angemessen. Man kann sich über die Details streiten - ist vielleicht nicht mein Fachgebiet -, ob das verkehrsrechtlich oder umweltschutzmäßig sinnvoll gewesen ist oder ob es eine Überkompensation gegeben hat im einen oder anderen Fall, vielleicht aus Umweltschutzgesichtspunkten; schwer zu sagen.

Richtig ist jedenfalls, dass die Kfz-Steuer nicht vollständig kompensiert worden ist; ich glaube, der Satz ist ungefähr 7,2 Milliarden Kfz-Steuer von Pkw letztes Jahr, und das Aufkommen der Infrastrukturabgabe war mal auf 3,7 Milliarden geschätzt worden insgesamt, Inländer und Ausländer. Also, von einer vollständigen Kompensation kann doch gar nicht die Rede sein. Also, es sollten die Ausländer proportional nach ihrer Nutzung bepreist werden. Ob das ganz genau aufging, kann ich nicht beurteilen; aber es wurde jedenfalls von der Europäischen Kommission nicht infrage gestellt.

Wie kann man die Inländerdiskriminierung abbauen? Ich halte es nach wie vor für ein Problem, auch europapolitisch für ein Problem; denn das gehört, wie gesagt, eben auch zur DNA, dass wir uns als Inländer nicht schlechter behandeln müssen als Ausländer. Das ist auch ein verfassungsrechtliches Problem im Übrigen, dass Inländer schlechter behandelt werden als Ausländer.

Es sollte abgestellt werden; aber es läuft jetzt. Und die einzige Möglichkeit nach diesem Urteil ist eben, darauf zu warten, dass diese Richtlinie fertig ist. Sie hängt im Moment. Es gibt da eine erste Lesung im Parlament, im Europäischen Parlament. Es gibt Änderungsvorschläge. Und jetzt wird es gerade im Rat immer wieder behandelt; es gab eine ganze Reihe von Ratssitzungen zu diesem Thema. Das muss man abwarten, und dann kann man auch auf der deutschen Ebene wieder tätig werden, wenn diese Richtlinie umgesetzt wird.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann haben wir den Herrn Kühn auf der Rednerliste.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine erste Frage geht an Herrn Professor Kainer. Sie waren ja auch wie Herr Mayer hier schon in verschiedenen Anhörungen zu dem Sachverhalt oder zumindest in einer Anhörung. Sie haben das Bild gezeichnet, dass es ein gemischtes Bild gibt, was die juristische Einschätzung der Europarechtskonformität dieser Infrastrukturabgabe angeht. Herr Mayer hat ein Stück weit gesagt, da



## Nur zur dienstlichen Verwendung

gebe es eine überwiegende rechtswissenschaftliche Meinung, die die Maut für europarechtswidrig gehalten hat.

Aber auch ausgehend sozusagen von dem mehrschichtigen Bild aus den Anhörungen, die wir ja im Verkehrsausschuss gehabt haben: Können Sie noch mal sagen, wie Sie das bewerten, dass dann das Bundesverkehrsministerium zu einer Risikoabschätzung von 15 Prozent gekommen ist? Herr Mayer hat ja schon eine andere Zahl genannt; Sie hatten nach meiner Auffassung signalisiert, dass Sie das auch als zu niedrig bewerten. Aber vielleicht können Sie das noch mal einordnen, wie Sie das einschätzen, dass nach mehreren Anhörungen, auch hier im Verkehrsausschuss, die ja ein differenziertes Bild gegeben haben, dann am Ende 15 Prozent Risikobewertung rauskommt?

Herr Professor Mayer, Sie würde ich gerne noch mal mit einem Zitat aus dem Gutachten von Professor Hillgruber konfrontieren - Professor Hillgruber ist ja derjenige, der sehr zahlreiche Gutachten und Stellungnahmen für das Bundesverkehrsministerium zu dem Sachverhalt formuliert hat, die auch auf der Website des Bundesverkehrsministeriums veröffentlicht sind - und da um eine Einschätzung bitten hinsichtlich der Frage sozusagen der Rechtfertigung. Er schreibt nämlich auf Seite 55 und 56 seines Gutachtens aus dem Jahr 2014:

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vorgesehene Maßnahmenkombination aus Einführung einer Infrastrukturabgabe ... und Schaffung korrespondierender Freigrenzen bei der Bemessung der Kfz-Steuer als solche keine (mittelbare) Diskriminierung von EU-Ausländern darstellt bzw. dem Grunde nach durch die Notwendigkeit eines Lastenausgleichs als zwingendes Allgemeininteresse europarechtlich gerechtfertigt ist.

Insofern

verstößt das Vorhaben ... weder ... gegen Art. 92 ... noch ... 18 ....

Es ist in gewisser Weise eine Wiederholung von Fragen, die wir schon gestellt haben; aber ich würde, weil das eine Aussage ist, auf die sich das Verkehrsministerium ja offensichtlich auch bei seiner Risikoabschätzung und Fortführung des Prozesses bezogen hat, noch mal Ihre fachliche Einschätzung dazu hören.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, das ist für Juristen immer die Herausforderung: Man bekommt als Rechtsanwalt oder Rechtsanwältin oder eben als Gutachter, Gutachterin eine Frage: „Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit?“, und Sie kommen dann letztendlich mit Argumenten zu diesem oder jenem Ergebnis. Also, es sind immer Argumente, die Sie miteinander abwägen.

Ich persönlich habe das wirklich sehr sorgfältig gemacht, auch in mehreren Aufsätzen übrigens mich mit dem Thema beschäftigt, und habe mich auch mit dem Diskriminierungstatbestand intensiv beschäftigt über vielleicht schon zehn Jahre hinweg und war eben der Auffassung: Man muss sich das sehr im Detail anschauen und genauer als nur die Maßnahme selbst; sondern - das hatte, glaube ich, Herr Sendker eben auch noch mal gesagt - man muss auf das Ergebnis schauen und nicht auf die Maßnahme als solche. Und vor dem Hintergrund, von dem Gesichtspunkt her muss man sozusagen abstrahieren von diesen beiden Regelungen und einen Schritt weitergehen und sagen: Wird jetzt nach Nutzung bepreist oder nicht? - Von daher kam ich zu einem anderen Ergebnis als 95 Prozent.

Ich weiß aber auch - und ich habe auch diese europarechtliche Sensibilität, ich mache Europarecht seit mehr als 20 Jahren -: Das kann auch anders gesehen werden, weil der Diskriminierungstatbestand so im Zentrum des Europarechts steht. Deswegen habe ich hier ja auch gesagt: Meiner Auffassung nach nicht, aber es gibt ein Risiko, dass so entschieden wird. - Bei Artikel 92 habe ich das Risiko höher eingeschätzt; ich habe es nicht mit Zahlen, aber bestimmt mehr als 15 Prozent. Und wenn ich sozusagen selbst ein



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Haus gebaut hätte auf der Grundlage einer solchen Risikoentscheidung, hätte ich vielleicht erwartet. Aber es ist natürlich was anderes, wenn ein Staat entscheiden muss und vielleicht Einnahmeausfälle hat in hoher Höhe; da mag das vielleicht anders sein. Aber das letztendlich zu differenzieren, ist eine politische und keine juristische Aufgabe.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Ich möchte vielleicht eingangs doch noch einmal dem Eindruck deutlich entgegenzutreten, dass es irgendwie so eine Eins-zu-eins-Konstellation ist, dieses „zwei Juristen, drei Meinungen“, wie es ja auch in den Ausschüssen, in den Anhörungen in 2015, 2017, war; ich saß auf der einen Seite, Herr Hillgruber saß auf der anderen Seite.

Also, ich habe in meiner Stellungnahme nochmals eine ganze Reihe von Zitaten herausgesucht, die aus meiner Sicht wirklich sehr deutlich stützen, dass es hier eine ganz überwiegende Mehrheit der Europarechtler gibt, die das so bewerten wie ich. Ich zitiere hier Herrn Michl:

„So sieht ein unionsrechtliches Himmelfahrtskommando aus.“

In der Rückbewertung wie, in der Ex-ante-Sicht.

Anderes Zitat, ein Beitrag im Verfassungsblog im

Mai 2015:

„... eine ... Frage, über die eigentlich Einigkeit besteht: So geht es jedenfalls nicht.“

Dann in einer Anmerkung zur EuGH-Entscheidung von 2019, von einem Herrn Pießkalla in der „Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht“:

„von Beginn an zum Scheitern verurteilt.“

Kollege Frenz schreibt zum gleichen EuGH-Urteil:

„Eine solche Gesamtschau ... war allerdings von vornherein geboten ... Nach dem System des EU-Rechts war kein anderes Ergebnis möglich.“

Franz MAYER 11.2.2020 14:21

Gelöscht: so

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:35

Gelöscht:

Franz MAYER 11.2.2020 14:22

Gelöscht: das

Franz MAYER 11.2.2020 14:23

Gelöscht: ,

Franz MAYER 11.2.2020 14:23

Gelöscht: der

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:35

Gelöscht: ###

Franz MAYER 11.2.2020 14:23

Formatiert: Schriftart:(Standard) Times New Roman, 9 pt, Nicht Erweitert durch / Verdichtet durch

Franz MAYER 11.2.2020 14:23

Formatiert: Standard, Einzug: Links: 1,75 cm, Rechts: 1,52 cm, Abstand Vor: 0,35 pt

Franz MAYER 11.2.2020 14:23

Formatiert: Schriftart:9 pt, Zeichenskalierung 115%

Dann noch ein letztes Beispiel, hier, wieder  
Verfassungsblog, im Juni 2019:



2. Untersuchungsausschuss

„Zuvor hatte es eigentlich kaum eine Stimme aus der Fachwelt gegeben, die nicht die evidente Rechtswidrigkeit des Mautvorhabens angenommen hatte ...“

Und das kann man endlos weiter fortsetzen. Also, das um nochmaks klarzustellen, dass wir hier wirklich mit einem enormen Gefälle reden.

Der Kollege Hillgruber hat, wenn ich recht sehe, eigentlich nur ein Gutachten verfasst zu dieser Frage. Ich weiß nicht, vielleicht ist das ja auf verschiedenen Websites des Verkehrsministeriums mehrfach abgelegt. Aber es gibt dieses Gutachten aus 2014. Er hat dann später in 2016 daraus noch einen Beitrag, einen Fachbeitrag, veröffentlicht.

Ich kann zu seiner Einschätzung, dass hier keine Diskriminierung vorliegt, eigentlich nur das wiederholen, was ich vorhin gesagt habe: Es ist eine Möglichkeit, so zu argumentieren, aber sie ist aus meiner Sicht fernliegend und, wie mir der EuGH ja jetzt auch bestätigt, falsch.

Und in dem Gutachten gibt es auf jeden Fall einen, wie ich meine, echten europarechtlichen Fehler, was vielleicht auch damit zu tun hat, dass Herr Hillgruber den ich sehr schätze als Kollegen jetzt nicht unbedingt ausgerechnet und überwiegend als Europarechtler hervorgetreten ist; Die ganze Dimension des Beschränkungsverbot, über die ich vorhin gesprochen habe, die kommt schlicht nicht vor, was für mich eben auch schon ein Hinweis darauf ist, dass man hier die europarechtliche Gesamtdimension einfach nicht überschaut hat.

Und deswegen wäre es bei den Summen, um die es hier geht, doch allemal angezeigt gewesen, zumindest eine zweite Meinung einzuholen, wenn es wirklich um die Rechtslage gegangen wäre. Dass man das nicht gemacht hat, deutet für mich darauf hin - ich habe es in meinem Eingangsstatement gesagt -, dass die Rechtslage möglicher-

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 09:58

**Gelöscht:** L

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 09:58

**Gelöscht:** r

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 09:58

**Gelöscht:** schreibt auch

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:36

**Gelöscht:** vielleicht noch mal,

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 09:59

**Gelöscht:** dann

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:36

**Gelöscht:** ist

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** eben

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** wenn Sie so wollen, auch,

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** glaube

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** -

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 14:42

**Gelöscht:** ,

Franz MAYER 11.2.2020 14:43

**Gelöscht:** überwiegend

Franz MAYER 11.2.2020 14:43

**Gelöscht:** -





### Nur zur dienstlichen Verwendung

weise nachrangig war, weil es hier ein politisches Ziel gab. Von daher wurde in der Tat vom Ergebnis her argumentiert und die Rechtslage dann eben weitgehend ausgeblendet. Das hat sich aber letztlich, wie ich glaube, verheerend gerächt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, vielen Dank. - Dann müssen wir jetzt hier leider unterbrechen für eine Stunde. Auf der Rednerliste stehen dann anschließend der Herr Jung, der Herr Cezanne und die Frau Lühmann.

Dann treffen wir uns also um 15.50 Uhr wieder hier im Saal. Bis dahin gute Zeit.

(Unterbrechung von  
14.52 bis 16.18 Uhr)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, dann kann ich die unterbrochene Sitzung wieder eröffnen - noch mal vielen Dank für Ihr Verständnis -, und wir können die Beratungen fortsetzen. Wir haben im Moment noch drei Kolleginnen und Kollegen auf der Rednerliste: den Kollegen Jung, den Kollegen Cezanne und die Kollegin Lühmann. - Herr Dr. Jung, bitte.

**Dr. Christian Jung (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich habe eine Frage an Herrn Professor Mayer. Herr Professor Mayer, Sie waren ja jetzt in Ihrer Bewertung vor der Pause ziemlich eindeutig. Was mich persönlich interessieren würde, wäre Ihre persönliche Einschätzung: Könnte Herr Minister Scheuer als juristischer Laie zu einer anderen Bewertung der Rechtslage kommen? Weil man hat ja auch im Ministerium immer wieder so Taskforces, wo man vielleicht auch Persönlichkeiten wie Sie dabei hat, auch auf Beamtenebene, die da auch klar sagen, was Sache ist. Wie konnte es denn dann dazu kommen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank. - Die Frage habe ich mir in den letzten Jahren auch oft gestellt: „Wie konnte, es dazu kommen?“, weil die europarechtliche Zulässigkeit war - ich bleibe dabei doch zumindest nicht zu 100 Prozent eindeutig, und es geht um sehr viel Geld.

Ich glaube nicht, dass man das nur, an der Person und Figur des politisch verantwortlichen Ministers so konkret festmachen kann, dass der das hätte überblicken müssen. Von daher geht es hier ein Stück weit auch um Systemverhalten. In der Ministerialbürokratie gibt es definitiv Europarechtskundige, die die Zusammenhänge überblicken und auch die verschiedenen Positionen, die es da gibt, einordnen und gewichten können.

Ich will auch daran erinnern, dass ja auch eine der ganz frühen kritischen Äußerungen hier aus dem Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages kam, eine sehr ausführliche und, wie ich finde, auch handwerklich nicht zu beanstandende, nüchterne Deskription der Rechtslage.

Man kann das fortsetzen: Der Bundesrat hat ja auch seine frühe Rolle gespielt. Und irgendwann ist das ja auch beim Bundespräsidenten gewesen. Es gab also eine ganze Reihe von Akteuren.

Insgesamt muss man auch noch einmal festhalten: Den entscheidenden Akt hat ja letztlich für das, was heute hier aufgeklärt werden soll, der Deutsche Bundestag als Gesetzgeber gesetzt. Das Gesetz wurde ja nicht vom Minister alleine gemacht, sondern es hat hier eine Mehrheitsentscheidung gegeben. Von daher hat das schon etwas von einem systemischen Versagen.

Ich würde meinen, dass es im Idealfall auch eine Aufgabe und ein Ertrag dieses Ausschusses sein könnte, zu versuchen, sicherzustellen, dass sich so etwas möglichst nicht wiederholt. Das würde dafür sprechen, dass man überlegt, an welchen entscheidenden Schnittstellen man versucht, systemisch etwas einzubauen, was solche Entscheidungen verhindert oder doch zumindest irgendwie noch einmal überprüfbar macht: ein Vier- oder Sechsaugenprinzip, nicht nur ein Gutachter, sondern zwei oder drei oder so etwas. Ich glaube, das könnte eine Lehre sein. Aber es ist auch klar: An einer bestimmten Stelle gab es hier ganz offenbar auch ganz klar vorrangig, politische Entscheidungen.

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:01

**Gelöscht:** sondern

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:03

**Gelöscht:** jetzt gleichsam

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:04

**Gelöscht:** es

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:05

**Gelöscht:** I

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:05

**Gelöscht:** mal

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:05

**Gelöscht:** ja

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:06

**Gelöscht:** Einen ganz

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:06

**Gelöscht:** dann auch

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:06

**Gelöscht:** durch seine Funktion

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:07

**Gelöscht:** es

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:07

**Gelöscht:** Es

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:07

**Gelöscht:** in der Tat möglicherweise

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:38

**Gelöscht:** ann

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:02

**Gelöscht:** n

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:08

**Gelöscht:** irgendwie

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:08

**Gelöscht:** irgend

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:02

**Gelöscht:** Zusammenhänge sind

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:02

**Gelöscht:** -

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:02

**Gelöscht:**

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:41

**Gelöscht:** dann

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:09

**Gelöscht:** e

Um **nochmals** auf die Parlamentsdienste zurückzukommen: **Es gab** ja zu einem sehr frühen Zeitpunkt eine sehr heftige, konfrontative



2. Untersuchungsausschuss

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:09

**Gelöscht:** auch wieder

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:09

**Gelöscht:** hier

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:09

**Gelöscht:** Das war





### Nur zur dienstlichen Verwendung

Situation, in die die Fachbeamten gebracht worden sind. Der Vorgang hatte natürlich auch etwas Entmutigendes, möglicherweise für alle anderen, die auf der Fachebene die eine oder andere Überlegung hatten. Also; Wenn man jetzt nach einer Erklärung für den konkreten Kausalverlauf sucht, sieht man beim näheren Hinsehen dann sehr wohl, was das eine oder andere erklären könnte. Ich bleibe dabei: Es sollte idealerweise am Ende der Ausschussarbeit etwas stehen, was in die Zukunft gerichtet versucht sicherzustellen, dass sich so etwas nicht wiederholt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Erst Herr Cezanne, dann Frau Lühmann, bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich würde gerne bei Herrn Professor Mayer da noch mal ein bisschen nachhaken, weil das wäre natürlich auch meine Hoffnung, dass man so einen Untersuchungsausschuss ja auch deshalb macht, weil man gerne was lernen würde. Nun ist es mit den Lernprozessen in der Politik so eine Sache. Da geht es um Macht und Einfluss, und da ist es nicht so ganz offen.

Sie haben das jetzt angesprochen. Sie haben ja selber auch schon mal angesprochen, welche Rolle Sachverständigenaussagen eigentlich spielen sollten. Hätten Sie denn da außer dem, was Sie jetzt ja auch nur angedeutet haben, also Vier- oder Sechsaugenprinzip, Vorschläge oder Vorstellungen, wie wir das hier sinnvoller gestalten können, wie sich der Bundestag als Ganzes oder so ein Ausschuss wie wir im Verkehrsausschuss über die Rechtslage so informieren müssen, dass man eben nicht nur so einen Showdown zwischen zwei Sachverständigen organisiert?

Zur Verantwortung, zur Gesamtverantwortung, haben Sie ja schon was gesagt. Aber trotzdem: Wenn Sie da noch gute Ratschläge für uns hätten, wären wir sehr dankbar.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank. - Es ist eine schwierige Frage, und ich glaube, auf die Frage gibt es auch keine einfache, allgemeingültige Antwort; aber sie kommt an verschiedenen Stellen immer wieder hoch. Ich habe im Kontext der Euro-Krise eine bestimmte

Rolle gehabt; ich habe seinerzeit im ersten Euro-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht den Bundestag vertreten. Da stellte sich zu einem bestimmten Zeitpunkt der Vorsitzende des Rechtsausschusses die Frage: „Wie kriege ich eigentlich heraus, wie wir uns verfassungskonform verhalten, als Abgeordnete?“ - Und das ist gar nicht so einfach. Man kann natürlich einen Gutachter beauftragen. Dann kommt aber sofort die Gegenseite mit einem anderen Gutachter. Zwar mag man dann versuchen, das numerisch gegenüberzustellen: „Ich habe aber mehr Gutachter als die Anderen.“ Ich habe aber ja eingangs schon erklärt, warum das mit dem Numerischen nicht so ganz aufgeht. Darum geht es ja dann auch eigentlich nicht, wenn man wirklich, wie zum Beispiel in der Euro-Krise, versucht, die Rechtslage zu ermitteln, bzw. die Antwort sucht für die Frage „Wo liegt denn jetzt dieser Mehrheitskonsens der Interpretationsgemeinschaft?“

Man kann daneben auch versuchen, sich Modelle, die es im Ausland gibt, anzuschauen. Ich glaube, in Österreich hat man, was jetzt das Verfassungsrecht angeht, einen Verfassungsdienst beim Kanzleramt angesiedelt, der doch eine etwas andere Funktion hat als die herkömmliche Rechtsstelle in der Ministerialbürokratie. Man kann - das gibt es zum Beispiel im Bereich des Völkerrechts hier bei uns schon beim Auswärtigen Amt - versuchen, mit Beiräten etwas zu machen. Das Auswärtige Amt hält sich einen Völkerrechtsbeirat, in dem die völkerrechtlichen Kollegen in einer größeren Anzahl vertreten sind. Damit hat man einen gewissen Pluralismus der Meinungen. Wenn dort dann alle in eine Richtung gehen, dann hat man vielleicht doch eine gewisse Orientierung dazu, was das geltende Völkerrecht sein könnte.

All das - wenn Sie anfangen, irgendwelche Rechtsdienste aufzubauen - hat aber immer auch Nachteile. Es ist doch - beispielsweise - ganz eigentümlich: Der Deutsche Bundestag hat kein Justizariat im Sinne eines Legal Service. Das Europäische Parlament aber hat einen solchen Legal Service, hat einen Juristischen Dienst, genau wie die Kommission. Warum ist das eigentlich so und was macht es aus? Nun, beim Europäischen Parlament kann

Franz MAYER 11.2.2020 14:35

**Gelöscht:** f

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:10

**Gelöscht:** da ...ie Fachbeamten ... [32]

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:14

**Gelöscht:** hier ...ehabt; ich , ...a ... [33]

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:19

**Gelöscht:** man ...s im Ausland ... [34]

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:21

**Gelöscht:** Aber... das hat natürli... [35]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:42

**Gelöscht:** natür- lich

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:13

**Gelöscht:** auch

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:14

**Formatiert:** Zeichenskalierung 110%, Erweitert durch 1,3 pt

man jedenfalls studieren, dass eine  
Schattenseite sein kann, dass sich dann, w  
Sie die Fachleute, die Fachebene, derart,



2. Untersuchungsausschuss

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:23

**Gelöscht:** eben

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:23

**Gelöscht:** natürlich ist

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:24

**Gelöscht:** es

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:24

**Gelöscht:** so



### Nur zur dienstlichen Verwendung

mit Entscheidungsmacht ausstatten, diese auch schnell verselbstständigen kann. Dann wird das, ein eigenständiger Machtfaktor. Das sind die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages nach meiner Beobachtung bisher nicht.

Aber, wie gesagt, vergleichende Beobachtungen zeigen gerade auch für Parlamentsverwaltung: Je mehr Entscheidungsmacht, je mehr Einfluss Sie aus der Hand geben, desto höher ist das Verselbstständigungsrisiko.

Für das ganz konkrete Thema hier ist natürlich auch ein Aspekt eine, Unwucht, die wir auch in anderen Zusammenhängen beobachten: Wenn die Gerichte sich nicht sicher sind mit dem Europarecht, dann können die im Wege der Vorlage den Europäischen Gerichtshof anrufen, Artikel 267 AEUV. Die Verwaltung kann das nicht. Das war bereits in der allgemeinen Verwaltung beim berühmten DocMorris-Fall mit den Apotheken im Saarland, ein Thema. Damals hätte man als Verwaltung auch gerne gewusst: „Wie ist denn jetzt die Europarechtslage?“ Aber das zuständige Ministerium kann eben nicht einfach eine Vorlage anden EuGH richten. Das können nur Gerichte. Man müsste daher erst ein Gerichtsverfahren provozieren, damit die Richter dann vorlegen können.

Es wäre eine ganz wilde Idee: ob man nicht doch wenn es, - wie hier jetzt - um solche Dimensionen wie 500 Millionen Euro geht, bei irgendeiner der künftigen Vertragsrevisionen doch überlegt, eine Gutachtenmöglichkeit zum EuGH - die Gutachtenmöglichkeit gibt es ja jetzt nur sehr eingeschränkt - zu eröffnen, damit der Letztinterpret das beurteilt.

Aber auch hier müssen Sie sehen: Wenn Sie anfangen, solche Gutachtenmöglichkeiten einzurichten, hat das auch sofort politisches Missbrauchspotenzial und macht zugleich den EuGH noch mächtiger. Das Bundesverfassungsgericht hatte das in seinen Anfangsjahren; das konnte man mit Gutachten fragen befassen. Die wollten das dann aber bald wieder weghaben; das hat man daher in den 50er-Jahren wieder abgeschafft, letztlich, weil das in-

strumentalisiert wurde. Also: Es gibt bei fast jeder Lösung Licht und Schatten. Der einfache Ratschlag wäre: Es ist besser, es schauen ein paar mehr Leute darauf, im Sinne einer pluralistischen und Filterstruktur, damit solche Dinge sich nicht wiederholen können. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Sie haben meine erste Frage damit teilweise schon beantwortet; denn wir waren ja genau in der Situation als SPD-Fraktion, dass im Koalitionsvertrag die Europarechtskonformität stand, wir aber vor Gesetzesverabschiedung das nicht abschließend klären konnten. Denn Sie wissen ja: Es gab nicht nur ein Gutachten, und zwar das eine vom Ministerium, sondern durchaus mehrere, auch zu anderen Fragen, zum Beispiel wie viele Einnahmen das bringt; aber niemand konnte uns letztendlich sagen, wer recht hat. Sie haben es selber angesprochen: Mit Mehrheiten zu arbeiten, ist, glaube ich, in dem Fall auch sehr schwierig. Bei Einstimmigkeit würde ich da noch zucken, aber bei Mehrheiten nicht.

Zum Vorlagerecht beim EuGH. Das haben wir als SPD sehr bedauert, dass wir nicht vorher den EuGH fragen können. Wir haben also auch versucht, da irgendwas rauszuhören. Die haben sich aber standhaft geweigert, auch nur irgendetwas in diese Richtung verlautbaren zu lassen, sodass wir eigentlich erst dieses Gesetz machen mussten, um dann zu gucken, ob es Bestand hat oder nicht. Von der Systematik her - Sie haben es selber gesagt: wenn das Gesetz da ist, dann muss man damit ja auch umgehen - hätte man es lieber nicht gemacht. Aber wenn wir es nicht gemacht hätten, hätten wir nicht gewusst: Ist es europarechtskonform oder nicht? Dazu hatte ich die Frage, die Sie schon beantwortet haben.

Jetzt habe ich es so verstanden, dass man versuchen sollte, wenn so eine Frage noch einmal aufkommt, dass man dann die Möglichkeit hat, Tendenzen abfragen zu können. Geht das nur mit einem Gutachten, oder meinen Sie, es geht auch mit einer Vorabentscheidung oder so was in der Richtung? Denn Gutachten - das sehe ich so wie

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:24

**Gelöscht:** natürlich ...iese auch ... [36]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:47

**Gelöscht:** Aber der...er einfa- cl... [41]

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:25

**Gelöscht:** gerade ...ergleichend... [37]

Prof. Dr. Franz Mayer 13.2.2020 10:26

**Gelöscht:** eine Überlegung, die man haben kann,...in Aspekt ... [38]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:12

**Gelöscht:** Das ist jetzt natürlich... [39]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:47

**Gelöscht:** natürlich ...ugleich de... [40]



### Nur zur dienstlichen Verwendung

Sie - bergen immer ein Missbrauchspotenzial. Wenn, dann müsste es eine Entscheidung sein. Können Sie sich das vorstellen? - Das wäre die erste Frage.

Und die zweite und dritte Frage sind eigentlich nur sehr kurz. Wir werden in den späteren Zeugenvernehmungen die Frage zu klären haben: „Was ist der Zeitfaktor?“; die geht auch wieder bitte an Sie beide. Mit welcher Verfahrensdauer war vor dem EuGH zu rechnen? War das klar, dass die im Sommer entscheiden, oder hätte das auch genauso gut noch ein Jahr länger dauern können?

Ganz zu Anfang Ihrer Aussagen hat einer von Ihnen - ich habe leider nicht notiert, wer - mal gesagt: Ein Gesetz, das für sich genommen diskriminierend ist, kann durch ein korrespondierendes Gesetz dann europarechtskonform sein. - Das heißt, das Gesetz alleine zählt nicht immer, sondern es gibt manchmal auch ein Zusammenspiel von Gesetzen, die sie dann europarechtskonform machen. Hier hatten wir ja nun genau den umgekehrten Fall, dass die kombinierte Wirkung verschiedener Maßnahmen dann zu einer Europarechtswidrigkeit geführt hat. Gibt es vergleichbare Fälle? Ist das jetzt der erste Fall, wo das so war, oder ist das eigentlich häufiger schon der Fall gewesen?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte schön. Wer möchte anfangen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Noch mal zu der Frage, wie man versuchen könnte, aus der politischen Entscheidungssituation heraus die Rechtslage zu klären. Ich will Sie dazu im Grundsatz eher vor den Risiken warnen, weil ich diese gerade in der Euro-Krise gesehen habe. Es gibt das Risiko, dass Sie als politische Entscheidungsträger anfangen, nur noch in Rechtskategorien zu denken, wie Juristen zu denken, indem Sie versuchen, zu antizipieren: Was könnte das Verfassungsgericht an Gedanken hegen? - Das ist nicht die Aufgabe des politischen Prozesses.

In der Euro-Krise ergab das eine merkwürdige Verkehrung der Rollen. Im politischen Raum wurde

fast nur noch mit verfassungsrechtlichen Argumenten hantiert, und in Karlsruhe ging es eigentlich um politische Grundentscheidungen, die Richter haben eigentlich politische Grundentscheidungen getroffen. Das ist eine verkehrte Welt. Die Richter haben nicht wirklich die Legitimation für politische Entscheidungen, und es ist nicht die Rolle der politischen Entscheidungsträger, sich nur noch mit den rechtlichen Kategorien zu befassen.

Es geht für die politischen Akteure schon zunächst um die Frage: Was ist politisch gewollt, und was ist politisch richtig? Und das Recht soll dann die Leitplanken dafür abgeben. Ich glaube, nur in dieser Zusammenschau macht das auch Sinn. Vielleicht sehe ich das ja verzerrt oder falsch; aber meine Wahrnehmung dessen, was hier passiert ist, ist, dass es hier eine gewisse Unwucht gegeben hat. Man hat, glaube ich, zu sehr den politischen Aspekt betont. Es kam zu wenig auf die rechtlichen Leitplanken an. Das ist vielleicht dann das, was man auch für die Zukunft mitnehmen muss: dass es extrem gefährlich ist, wenn man sagt: Wir wollen etwas, und wie die Rechtslage ist, das schauen wir uns irgendwann später an, oder wir lassen es die Gerichte entscheiden. - Man muss schon diese beiden Dinge zusammen sehen.

Das ist jetzt natürlich etwas sehr allgemein, was ich Ihnen hier als Antwort auf Ihre Frage gebe. Es ist jetztlich der Appell, das mit den Juristen nicht zu überziehen, weil Sie sonst auch die Macht, die politische Macht, die Ihnen legitimerweise verliehen worden ist, an die Juristen abgeben.

Das ist nicht im Sinne des Parlaments und nicht das Konzept politischer Entscheidung.

Ich würde daher nochmals dafür plädieren, es im Zweifel vor allem - und das ist ja auch die Idee hier im Parlament - über weit angelegte, diskursiv ermittelte, pluralistisch abgesicherte, in Verfahren ermittelte Lösungen zu versuchen und zugleich das Recht als Leitplanke sehr ernst zu nehmen. Eigentlich ist letzteres in unserem politischen Prozess normalerweise gar nicht das Problem. Das Typische in unserem politischen Prozess ist sonst, dass wir sehr stark juristisch argumentieren und typischerweise dann eben

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:21  
Gelöscht: sozusagen ...m politis ... [43]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 03:49  
Gelöscht: eben ...ie Leitplanken ... [44]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:24  
Gelöscht: ;...aber es...s ist wirk ... [45]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:17  
Gelöscht: dann ...ersuchen könr ... [42]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:26  
Gelöscht: also noch mal...aher ... [46]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:20  
Gelöscht: war



### Nur zur dienstlichen Verwendung

auch die wirklich konfliktuellen Sachen in verfassungsrechtliche Fragen verpacken, die dann nach Karlsruhe gehen, und die entscheiden dann, wie es ist. Das hat dann eine enorme Befriedungsfunktion, wenn es aus Karlsruhe kommt, sogar wenn dort eigentlich auch politische Entscheidungen getroffen werden.

Aber es ist, wie gesagt, eine Frage, die mich umtreibt, seit ich das damals im ersten Euro-Verfahren erlebt habe, mit diesem völlig ratlosen Rechtsausschussvorsitzenden, der fragte: „Wie könnten wir rauskriegen, wie die Verfassungsrechtslage ist?“ Es gibt darauf wahrscheinlich keine richtige Antwort; Es ist schlicht nicht die erste Frage. Die erste Frage ist, was politisch richtig, gewollt, legitim usw. ist. Das muss dann flankiert sein - das müssen Sie zusammendenken - mit den Rechtsfragen. Es gibt, wie gesagt, jedenfalls keine einfache Antwort.

Die Frage nach der Verfahrensdauer kann ich schnell beantworten. Da gibt es Erfahrungswerte: 15 Monate, das sagt man da so. Das kann natürlich deutlich schneller gehen. Es gibt auch Beschleunigungsmöglichkeiten, Eilverfahren usw. beim Europäischen Gerichtshof.

Hätte das Verfahren noch ein Jahr länger beim EuGH herumliegen können? Das glaube ich nicht. Ein Jahr kommt mir schon ziemlich lang vor. Zur Frage der Bedeutung, lässt die Formation, die entschieden hat - Stichwort: „Große Kammer“ - mit den 15 Richtern doch erkennen; man hatte in Luxemburg schon deutlich auf dem Schirm, dass das etwas Wichtiges ist.

Dann noch zu der letzten Frage, dass hier die Eigentümlichkeit bestand, dass das Zusammenspiel von verschiedenen Regeln bestimmte Effekte ergeben hat, und ob das etwas ist, was wir in der Vergangenheit schon beobachtet haben: Ja, bei der Lkw-Maut; das war ja genau dasselbe. Das war ja auch dieses Zusammenspiel von einer gesetzlichen Regelung, die eine Belastung für alle war, und einer anderen gesetzlichen Regelung, die eine Entlastung für einige Wenige ergab. Erst in der Zusammenschau ergab es aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs den diskriminierenden Effekt. Dementsprechend kann

man jedenfalls für die Zukunft noch mal wobei das an sich auch wegen der Lkw-Maut-Entscheidung, wie ich meine, schon absehbar war - die Erkenntnis mitnehmen, dass sich der EuGH jedenfalls an der Stelle nicht hinter die Fichte führen lässt. Der schaut sich Gesamtzusammenhänge und ökonomische Effekte an. Dementsprechend würde man bei einer künftigen ähnlichen, vergleichbaren Konstellation allemal auf diese Präzedenzfälle verweisen müssen.

Dazu könnte man jetzt noch viel sagen, weil das natürlich auch für Sie als Gesetzgeber ein Problem sein kann, weil Sie ja möglicherweise nur einen Teil einer Regelung machen, und dann kommt der andere Teil woandersher. Das ist auch ein weiteres Beispiel dafür, dass es hier in der Tat um komplexe Zusammenhänge geht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Frau Lühmann, beim Thema Verfahrensdauern würde ich hinzufügen wollen, dass der Europäische Gerichtshof etwas anders strukturiert ist als deutsche Gerichte. Es hat nämlich der Präsident im Europäischen Gerichtshof eine sehr starke Stellung. Der kann die Rechtssachen bestimmten Kammern zuweisen, der kann bestimmen, dass eine große Kammer entscheidet, und der kann auch sehr stark die Sachen beschleunigen oder verlangsamen. In der Wightman-Entscheidung - das war die Entscheidung über den Brexit-Austritt und die Frage der Rücknahme der Austrittsnotifizierung - hat der Europäische Gerichtshof in sagenhaften drei Monaten entschieden. Das ist irre, wenn man überlegt, wie viele Schritte dazwischenliegen, zum Beispiel Übersetzen und alles. Der Trend geht zu kürzeren Verfahrensdauern. Der Europäische Gerichtshof wird immer schneller. Das hat verschiedene Gründe. Ich glaube auch nicht, dass es noch ein Jahr länger gegangen wäre. Aber man kann sich beim Europäischen Gerichtshof, was die Verfahrensdauer angeht, nicht so sicher sein. Tendenziell kann man sagen: Je bedeutender etwas ist, desto höher ist die Tendenz, dass es auch schneller gehen wird. Aber das ist keine ganz fixe Angelegenheit. Wie gesagt, man kann das vorher nicht so sicher sagen.

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:38  
**Gelöscht:** dann auch ...och mal... [51]  
 Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:37  
**Gelöscht:** Spaltenumbruch... [52]  
 Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:28  
**Gelöscht:** ...und d...nn hat das... [47]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:29  
**Gelöscht:** erlebt habe ...m ersten... [48]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:40  
**Gelöscht:** ist... weil Sie ja... [53]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:32  
**Gelöscht:** so

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:33  
**Gelöscht:** es...noch ein Jahr län... [49]

Prof. Dr. Franz Mayer 14.2.2020 02:36  
**Gelöscht:** die letzte...u der letzt... [50]



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Das Dritte, was Sie gefragt hatten, betraf die Kombination von Maßnahmen. Es ist so, dass der Europäische Gerichtshof in der Rechtsprechung zu Grundfreiheiten, aber auch sicher zum Diskriminierungsverbot immer eine effektbasierte, eine wirkungsbasierte Prüfungsweise hat. Also er schaut immer: Was ist die Wirkung von Maßnahmen insgesamt? Wir hatten viele Entscheidungen, wo mehrere Gesetze, ob das internationales Privatrecht war in Verbindung mit irgendeiner bestimmten Norm oder ob das im Steuerrecht war, verschiedene steuerrechtliche Gesetzgebungen, dann erst zusammen zu einer Diskriminierung geführt haben. Das ist Alltagsgeschäft.

Deswegen: Das Argument, dass man die beiden Maßnahmen getrennt sehen müsste, hier Steuer senkung und da Infrastrukturabgabe, hat mir nie eingeleuchtet. Das muss man als Gemeinsames sehen. Dann muss mal halt schauen: Was ist der Effekt des Ganzen? Ist das, wie ich sage, nur ein Abbau von Inländerdiskriminierung, oder ist es, so wie andere eben gesagt haben, eine Diskriminierung? Aber der Effekt, die Wirkung ist das Entscheidende, und das können viele verschiedene Maßnahmen sein.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, vielen Dank. - Das war die letzte Wortmeldung. Wir haben unser Zeitfenster von 120 Minuten deutlich überschritten; aber ich denke, es ist auch richtig, dass wir alles zu Ende diskutieren.

Ich frage jetzt noch mal formell: Gibt es noch Anmerkungen, Wortmeldungen? - Das ist nicht der Fall. Wird noch mal eine Zusammenfassung von den beiden Herren gewünscht, oder reichen uns die Beiträge? - Das ist auch nicht der Fall. - Ja, bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Entschuldigung, wenn ich mir gestatte, noch mal um das Wort zu bitten. Ein Gesichtspunkt war mir noch wichtig, und zwar eine Reaktion zu dem, was Herr Mayer vorhin zu den Beschränkungsverboten gesagt hat; ich hatte noch keine Gelegenheit, darauf zu reagieren. Dem würde ich allerdings dezidiert widersprechen wollen. Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten in ihrer Dimension als

Beschränkungsverbote liegt nicht vor; deswegen mussten weder das Verkehrsministerium noch Herr Hillgruber noch andere sich damit beschäftigen. Das hat jetzt europarechtlich diffizile Fragestellungen. Ich muss aber festhalten: Nach meiner sehr klaren Auffassung ist das nicht der Fall. Das hat mit Marktzugang und mit der Beschränkung der Grundfreiheiten zu tun. Da erlaube ich mir, noch mal drauf hinzuweisen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Professor Mayer, Sie wollen auch noch mal kurz?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, ich bleibe bei meiner Auffassung und verweise darauf, dass der EuGH es ja auch so gesehen hat. - Werden wir noch ein Schlusswort kriegen, oder wäre es das?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Wenn keines mehr gewünscht ist, dann brauchen wir auch jetzt das Schlusswort nicht mehr.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Dann nicht.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, es ist alles ganz klar geklärt worden. - Ich darf Sie noch darauf hinweisen, dass es ein Stenografisches Protokoll geben wird. Das wird Ihnen dann zugesandt. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss hier beschlossen werden. Über diesen Beschluss erhalten Sie dann eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. - Haben Sie dazu noch Fragen?

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

Dann darf ich mich abschließend ganz herzlich bei Ihnen für Ihre Ausführungen bedanken. - In fünf Minuten können wir dann mit dem zweiten

Franz MAYER 11.2.2020 14:25

Gelöscht: ,

Franz MAYER 11.2.2020 14:25

Gelöscht: i



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Thementeil fortfahren. Es sind noch kleine Umbauarbeiten notwendig. - Noch mal herzlichen Dank.

(Beifall)

(Unterbrechung von  
16.40 bis 16.44 Uhr)

**PA29 2UA Postfachaccount PA29**

---

**Von:** Friedemann Kainer <f.kainer@uni-mannheim.de>  
**Gesendet:** Sonntag, 23. Februar 2020 17:27  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Betreff:** 04.StenoProt.vorläufig.Mayer\_Krainer\_Hufeld\_Gröpl\_Nunez\_Endler.pdf  
**Anlagen:** 04.StenoProt.vorläufig.Mayer\_Krainer\_Hufeld\_Gröpl\_Nunez\_Endler.pdf

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich sende Ihnen anbei das Protokoll der Ausschusssitzung zurück mit ganz kleinen Korrekturen.

Ich habe an einer Stelle eine Wissenslücke gehabt, nehme aber an, dass es nicht Aufgabe dieser Korrektur ist, insoweit Änderungen vorzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen  
Friedemann Kainer

Von meinem iPad gesendet





## Nur zur dienstlichen Verwendung

## Stenografisches Protokoll der 4. Sitzung - vorläufige Fassung\* -

### 2. Untersuchungsausschuss

Berlin, den 16. Januar 2020, 13.00 Uhr  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1  
Paul-Löbe-Haus, Saal E.200

Vorsitz: Vorsitzender Udo Schiefner, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt	Seite
<b>Sachverständigenanhörung</b>	
<b>zum Europarecht</b>	<b>10</b>
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität Bielefeld Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität Mannheim	
<b>zum Haushaltsrecht</b>	<b>45</b>
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des Saarlandes	
<b>Vergabefragen</b>	<b>66</b>
Anhörung der Sachverständigen RA Dr. Marco Nunez Müller, Kanzlei Chatham RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters	

\* Hinweis:

Die Stenografischen Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen werden grundsätzlich weder vom Ausschuss noch von den jeweiligen Zeugen oder Sachverständigen redigiert bzw. korrigiert. Zeugen und Sachverständigen wird das Stenografische Protokoll über ihre Vernehmung regelmäßig mit der Bemerkung zugesandt, dass sie Gelegenheit haben, binnen zwei Wochen dem Ausschussesekretariat Korrekturwünsche und Ergänzungen mitzuteilen. Etwaige Korrekturen und Ergänzungen werden sodann durch das Sekretariat zum Zwecke der Beifügung zum entsprechenden Protokoll verteilt.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

(Beginn: 13.00 Uhr)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich eröffne dann die 4. Sitzung des 2. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode, begrüße Sie recht herzlich hier im Ausschuss und begrüße natürlich auch recht herzlich die Öffentlichkeit und die Pressevertreter.

Und vielleicht vorweg sei mir noch erlaubt: Sie haben ja auch in den letzten Tagen und Wochen davon gehört, dass es Unterlagen gibt, die in der Geheimschutzstelle derzeit noch liegen, und dass es ja hier auch Diskussionen gab über die Einstufung zahlreicher Unterlagen hier im Ausschuss und von Ausschussmitgliedern und ich auch angekündigt hatte, das zum Thema in einer Oblecture zu machen. Die hat gestern Abend stattgefunden mit der Staatssekretärin des BMVI Frau Dr. Zieschang. Und wir sind uns gestern darüber natürlich einig gewesen, dass es selbstverständlich ist, dass der berechtigte Schutz von Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder die Wahrung von Betriebsgeheimnissen sicherzustellen ist, auch durch die entsprechende Einstufung - auf der einen Seite. Die Arbeit des Ausschusses darf jedoch nicht unangemessen behindert oder erschwert werden - auf der anderen Seite. Und wir sind nach wie vor natürlich alle hier im Untersuchungsausschuss für eine maximale Transparenz, die auch versprochen wurde. Und das muss heißen, dass wirklich nur verschlossen bleibt, was verschlossen bleiben muss.

Und mit diesem Ergebnis sind wir dann gestern Abend auch auseinanderggegangen. Die Staatssekretärin hat zugesagt, in einem, ich nenne ihn mal, dynamischen Prozess alle relevanten Unterlagen schnell noch mal auch daraufhin prüfen zu lassen, ob die vorgenommenen Einstufungen als Verschlussangelegenheit geändert werden können.

Die Oblecture des Ausschusses haben sich darauf verständigt, dann erneut im Februar zu sehen, wie dieser dynamische Prozess durchgeführt wurde und ob hier eben auch Arbeitserleichterungen durch Rückstufungen für den Ausschuss erreicht wurden. - Dies als Information.

Lassen Sie mich, bevor ich zum eigentlichen Gegenstand der heutigen Sitzung komme, noch einige Vorbemerkungen machen.

Ton- und Bildaufnahmen sind während der öffentlichen Beweisaufnahme nicht zulässig. Ein Verstoß gegen dieses Gebot kann nach dem Hausrecht des Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern gegebenenfalls auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Ich rufe den **einzigen Tagesordnungspunkt** heute auf: Beweisaufnahme, und zwar die öffentliche Anhörung von Sachverständigen aufgrund des Beweisbeschlusses SV-1. Es wird Beweis erhoben zum Untersuchungsauftrag des Bundestages auf der Drucksache 19/15543 durch eine

### Sachverständigenanhörung

#### zum Europarecht

Anhörung der Sachverständigen

Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität  
Bielefeld

Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität  
Mannheim

#### zum Haushaltsrecht

Anhörung der Sachverständigen

Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt  
Universität/Universität der Bundeswehr  
Hamburg

Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des  
Saarlandes

### Vergabefragen

Anhörung der Sachverständigen

RA Dr. Marco Nunez Müller, Kanzlei  
Chatham

RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Als zeitlicher Rahmen sind für jeden Block in etwa zwei Stunden vorgesehen. Die beiden Sachverständigen sollen jeweils in acht bis zehn Minuten eine zusammenfassende Einführung geben. Dann erfolgen einführende Fragen und schließlich die Befragung in einer offenen Fragerunde durch die Mitglieder des Ausschusses ohne festes Zeitkontingent für die Fraktionen. Zum Abschluss der jeweiligen Runde erhalten die beiden Sachverständigen dann für rund fünf Minuten die Gelegenheit zu einer zusammenfassenden Bewertung ihrer Ausführungen bzw. der Diskussion.

Als Erstes möchte ich hier vor allen Dingen auch begrüßen als Sachverständige zum Themenkreis Europarecht Herrn Professor Dr. Friedemann Kainer von der Universität Mannheim - herzlich willkommen! - und Herrn Professor Dr. Franz Mayer von der Universität Bielefeld. Auch Ihnen recht herzliches Willkommen! Haben Sie beide vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und dem Ausschuss für diese Anhörung zur Verfügung stehen.

Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an, auch darauf möchte ich hinweisen. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzungen zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des Protokolls gelöscht.

Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen.

Gibt es dazu jetzt noch Fragen, zum Ablauf und zu den Regelungen? - Das ist nicht der Fall.

Dann möchte ich die beiden Sachverständigen, Herrn Professor Dr. Kainer und Herrn Professor Dr. Mayer, belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf

die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. - Gibt es dazu noch Fragen? - Nicht der Fall.

Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. - Haben Sie dazu noch Fragen? - Nicht der Fall.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie beide bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. Wir gehen da am besten nach dem Alphabet vor; Herr Professor Kainer, wenn Sie da bitte den Anfang machen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:**

Ja, mein Name ist Friedemann Kainer, Professor an der Universität Mannheim. Die ladungsfähige dienstliche Adresse ist das Schloss Mannheim an der Universität Mannheim, 68131 Mannheim. Mein Alter ist 48 Jahre.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Mein Name ist Franz Mayer. Ich bin Professor an der Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft. Alter: 51 Jahre. Und die Anschrift ist Universitätsstraße 25 in Bielefeld.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann kommen wir jetzt schon zum nächsten Punkt. Ich möchte Ihnen beiden entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand der Anhörung zu äußern. Wie schon erwähnt, wäre es gut, wenn Sie sich jeweils auf circa acht bis zehn Minuten beschränken könnten. - Auch hier alphabetisch. Wenn Sie bitte beginnen würden, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren! Zunächst einmal vielen Dank für die Einladung in den Untersuchungsausschuss und zu der Gelegenheit, Ihnen meine Überlegungen zu der europarechtlichen Rechtslage in Bezug auf die Pkw-Infrastrukturabgabe zu äußern.

Ich möchte zunächst mal allgemeine Bemerkungen machen zur Frage der Vereinbarkeit und insbesondere dann etwas genauer zur Frage, ob die Entscheidung des Verkehrsministeriums, den Vertrag über die Infrastrukturleistungen vor dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu schließen, vertretbar gewesen ist, und dann im zweiten Schritt etwas genauer auf die Rechtslage des Artikels 18 AEUV, der Grundfreiheiten und des Artikels 92 eingehen.

Für die Frage der Vertretbarkeit spielen naturgemäß zwei Umstände eine Rolle: zum einen die rechtswissenschaftliche Beurteilung ex ante und zum anderen die Frage - rechtswissenschaftliche Beurteilungen sind immer eine Diskussion des Für und Wider, geben also ein Risiko wieder -, wie dieses Risiko, und zwar das Risiko einer negativen Entscheidung, aus der Sicht der Bundesregierung bewertet werden musste. Ich kann als Sachverständiger zum Europarecht natürlich nur zur ersten Frage Stellung nehmen.

Wenn man die Wahrscheinlichkeit einer negativen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

beurteilen möchte, dann müssen wir zwischen zwei Diskriminierungstatbeständen, zwischen zwei Rechtsgrundlagen differenzieren, und zwar zwischen Artikel 18 AEUV einerseits - das ist das allgemeine Diskriminierungsverbot - und Artikel 92 AEUV andererseits, das ist das verkehrsrechtliche Diskriminierungsverbot. An den Artikel 18 AEUV schließen sich dann die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote an - das ist Artikel 34, Warenverkehrsfreiheit, und Artikel 56 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit -, die allerdings von ihrem Tatbestand her im Prinzip mit dem Artikel 18 vergleichbar sind, während Artikel 92 - deswegen die Differenzierung - anders konstruiert ist.

Bei Artikel 18 AEUV und den Grundfreiheiten war das Meinungsbild zur Rechtmäßigkeit der Benutzungsgebühr gemischt; es brauchte die Bundesregierung nach meiner Auffassung nicht unbedingt von einem Verstoß auszugehen. „Gemischt“ heißt: Es gab Auffassungen der Literatur, die von der Rechtswidrigkeit ausgingen - man muss sagen: das war die Mehrheit -; es gab Ausführungen der Literatur, die von einer Vereinbarkeit der Maut oder Infrastrukturabgabe - ich spreche jetzt mal vereinfachend von „Maut“, Sie wissen aber, was gemeint ist; eine Mindermeinung oder geringere Meinung vielleicht -, die von der Rechtmäßigkeit ausgegangen ist.

Meines Erachtens sprachen damals, also aus Ex-ante-Sicht, gute Gründe dafür, die Maut schon gar nicht als diskriminierend einzuschätzen - ich möchte in einem zweiten Schritt das ausführen -; denn, kurz gefasst, durch die Regelungen des Infrastrukturgesetzes in Verbindung mit der Reduktion der Kfz-Steuer wurde meiner Ansicht nach - so habe ich das auch in zwei Ausschusssitzungen hier vertreten - lediglich eine bestehende Inländerdiskriminierung ausgeglichen. Dann ist zweitens zu berücksichtigen, dass die Kommission das bereits eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren zurückgenommen hat und sozusagen als Hüterin der Verträge, wenn man so möchte, grünes Licht gegeben hat - wohl wissend allerdings, dass die Kommission natürlich keine abschließende Beurteilung über die Rechtslage abgeben kann; das macht natürlich der Europäische Gerichtshof. Und drittens, das dritte Argument: Die



## Nur zur dienstlichen Verwendung

deutsche Maut, der Vorschlag oder das Gesetz, entsprach im Kern dem Konzept der Eurovignetten-Richtlinie, die in ihrem Artikel 7k, allerdings für Fahrzeuge über dreieinhalb Tonnen, eine Kompensation der Maut an anderer Stelle, also etwa durch eine Reduktion der Kfz-Steuer, erlaubt hat.

Diese Argumente - es gibt vielleicht noch das eine oder andere mehr, auf die ich noch kommen möchte - sind keine schlechten Argumente. Und dass sie gute Argumente sind, zeigen die Schlussanträge des Generalanwalts am Europäischen Gerichtshof Nils Wahl vom 6. Februar 2019. Der Generalanwalt hatte die Diskriminierung nach Artikel 18 und dann auch nach Artikel 92 AEUV abgelehnt, weil er der Auffassung war, dass in- und ausländische Halter nicht miteinander vergleichbar seien. Letztlich mag dahinter die Überlegung stehen, dass die deutsche Maut lediglich eine Inländerbenachteiligung ausgleichen sollte.

Mit Blick auf Artikel 92 AEUV, das verkehrsrechtliche Diskriminierungsverbot, waren die Stimmen aus der deutschen Rechtswissenschaft deutlich skeptischer. Ich selbst habe auch in den Ausschusssitzungen hier die Meinung vertreten, dass Artikel 92 wahrscheinlich der Stolperstein für die deutsche Maut sein würde. Der Gutachter des Bundesverkehrsministeriums, der Kollege Hillgruber, sah dies anders und hat dafür auch inhaltlich recht gute Gründe genannt. Es war unwahrscheinlich - hat er selbst geschrieben -, dass der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung ändern würde. Der Artikel 92 ist ein „stand still“, ein Stillhaltegebot. Es war nicht zu erwarten, dass der Gerichtshof in diese Richtung gehen würde; aber es gab zumindest Argumente dafür, dass der Europäische Gerichtshof auf der Grundlage der Eurovignetten-Richtlinie, möglicherweise jedenfalls, die Rechtswidrigkeit abgelehnt hätte.

Dessen ungeachtet wäre allerdings ein isolierter Verstoß gegen Artikel 92 AEUV, also hätte der EuGH den anderen Verstoß nach Artikel 18 abgelehnt, natürlich lästig gewesen, aber hätte der Infrastrukturabgabe nicht notwendigerweise das Genick gebrochen. Artikel 92 AEUV erfasst ja lediglich - was heißt „lediglich“?, erfasst - und

schützt gewerbliche Verkehrsunternehmen. Das ist ein relativ kleiner Teil bei den Fahrzeugbewegungen unter dreieinhalb Tonnen; deswegen wäre das wahrscheinlich möglich gewesen, diese Fahrzeuge von der Maut auszunehmen, wenn der Europäische Gerichtshof so entschieden hätte. In dem Fall wäre es wahrscheinlich möglich gewesen, die Maut eben dann insoweit so lange auszusetzen, bis eine europäische Regelung dann gekommen wäre, die ja auch unterwegs ist.

Ich weise aber darauf hin - zusätzlich -, dass der Generalanwalt auch einen Verstoß gegen Artikel 92 AEUV ausdrücklich zurückgewiesen hat und dass auch die Kommission keine Einwände gegen den weiteren Fortgang des Verfahrens in Deutschland hatte und damit auch gegen Artikel 92 zumindest jedenfalls keinen Verstoß gesehen haben muss, sonst hätte man das Vertragsverletzungsverfahren ja nicht zurücknehmen müssen.

Im Übrigen entspricht die deutsche Regelung in der Tat jedenfalls im Kern dem Konzept der Eurovignetten-Richtlinie und der von der Kommission auch angedachten Einführung einer sekundärrechtlichen Regelung für Pkw-Maut-Systeme, jedenfalls im Ansatz. Diese Regelung dispensiert ja gerade - also das ist der Artikel 7k in der Eurovignetten-Richtlinie der geltenden Fassung - von Artikel 92 AEUV; und daher kann man zumindest die Meinung vertreten, dass die Bundesregierung darauf hoffen konnte, aber nicht sicher vertrauen durfte, dass der Europäische Gerichtshof diese Regelungen bei seiner Entscheidung in Betracht ziehen würde, wie das eben der Generalanwalt gemacht hatte.

So, wenn ich noch ein bisschen Zeit habe, dann würde ich noch zu Artikel 18 und zur Diskriminierung nach Artikel 18 etwas vertieft ausführen: Warum kein Verstoß gegen Artikel 18?

Intuitiv haben viele, auch die Öffentlichkeit und viele Beobachter, das Gefühl gehabt, nachdem in der politischen Welt der Begriff von der „Ausländermaut“ gekommen ist und verwendet wurde, dass man in der deutschen Infrastrukturabgabe eine Ausländerdiskriminierung sehen müsste,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

die ja nach Artikel 18 AEUV, nach den Grundfreiheiten verboten ist.

Für eine richtige Einschätzung der Rechtslage muss man aber den Begriff der Diskriminierung genau anschauen. Auf den Punkt gebracht ist eine Diskriminierung eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten, anders formuliert: Gleiches muss gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden. Im europarechtlichen Kontext muss man dann prüfen, ob die Ungleichbehandlung gerade auf oder jedenfalls mittelbar auf der Staatsangehörigkeit beruht oder an sie anknüpft.

Wenn wir diese Grundsätze auf die Infrastrukturabgabe in Verbindung mit der Änderung des Kfz-Steuergesetzes anwenden, so müssen wir uns also fragen, ob die ausländischen Halter im Ergebnis schlechter behandelt werden als die inländischen Halter. Dies hat der Europäische Gerichtshof ja bejaht und damit die Diskriminierung angenommen. Auf den ersten Blick stimmt das: Inländer zahlen nach der Konzeption nicht mehr, lediglich Ausländer müssen einen Beitrag bezahlen. Damit scheint sich also Diskriminierung geradezu aufzudrängen. Aber gegen diesen Eindruck sprechen doch eine Reihe von Argumenten; das ist sozusagen der erste Teil, was ich vorhin gesagt habe: Es liegt schon überhaupt keine Diskriminierung vor.

Bevor ich das näher erläutere, zunächst mal eine Zwischenüberlegung. Verboten ist nach dem europäischen Recht, nach dem Diskriminierungsverbot, lediglich die Ausländerdiskriminierung. Eine Inländerdiskriminierung ist nicht verboten; das heißt, wenn beispielsweise eine staatliche Leistung nur von Inländern bepreist wird oder Gebühr nur von Inländern erhoben wird, aber nicht von Ausländern, also Inländer schlechter behandelt werden als Ausländer, liegt hierin zwar eine Diskriminierung, die aber europarechtlich als Inländerdiskriminierung irrelevant ist.

Wenn jetzt diese Inländerdiskriminierung ausgeglichen wird und eine Gebühr erhoben wird in Zukunft auch für Ausländer, dann ist es ein Ausgleich der Inländerdiskriminierung und als solches mit dem Europarecht vereinbar. Nehmen Sie

an, es liegt eine solche Inländerdiskriminierung vor und es will der nationale Gesetzgeber eine Gebühr einführen, aufgrund derer in Zukunft eben Ausländer mit einer Gebühr belegt werden: Dann ist das Ergebnis eine Gleichbehandlung, obwohl das Gesetz, das diese neue Gebühr einführt, für sich betrachtet diskriminierend zu sein scheint; denn dieses Gesetz <sup>behält</sup> ja lediglich <sup>H steht</sup> eine Gebühr für Ausländer <sup>fein-</sup> <sup>führen.</sup> Daraus lernen wir, dass das europarechtliche Diskriminierungsverbot konstruiert ist, auf das Ergebnis zu schauen, das Ergebnis zu beurteilen und nicht die einzelne Maßnahme. Im Übrigen kommt es auch nicht auf die Intention des Gesetzgebers an; entscheidend ist alleine das Ergebnis.

Gewendet auf die Maut müssen wir uns fragen, ob die ausländischen Halter nach Einführung der Infrastrukturabgabe für eine Berechtigung zur Nutzung der deutschen Autobahnen für einen bestimmten Zeitabschnitt mehr zahlen müssen als die deutschen Halter. Dies ist meines Erachtens nicht oder jedenfalls nicht zwingend der Fall. Die Regelungen um die Maut haben meiner Ansicht nach - und so habe ich das hier auch schon früher vertreten - lediglich die bestehende Inländerbenachteiligung abgebaut; inländische und ausländische Halter zahlen nun für die Nutzung der Autobahnen. Wäre die Infrastrukturabgabe nicht kompensiert worden, wie das durch die Änderung der Pkw-Steuer, Kfz-Steuer gemacht worden ist, wäre die Inländerdiskriminierung aufrechterhalten worden. Im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof hat dies der Generalanwalt Wahl letztlich jedenfalls richtig gesehen. Der Kollege Mayer schreibt in seinem Gutachten, das wäre ein bisschen verkünstelt. Dem mag ich mich anschließen: Die Schlussanträge sind schwer zu lesen. Aber im Ergebnis ist das meines Erachtens richtig gesehen worden.

Jetzt kann man gegen diese Überlegung einen Punkt einwenden: Die deutschen Halter zahlen bei der Infrastrukturabgabe eine Pauschalabgabe, während die ausländischen Autofahrer oder Halter, wenn sie die Autobahn nutzen, eben nach Zeitabschnitten bezahlen müssen, also jedenfalls nach einer konkreten Möglichkeit der Nutzung. Meiner Ansicht nach führt dieses Problem aber nicht dazu, dass eine Diskriminierung vorliegt,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

sondern lediglich eine Inländerdiskriminierung perpetuiert wird. Die inländischen Halter müssen nämlich für das ganze Jahr immer im Voraus zahlen - es sei denn, sie nutzen überhaupt nicht die Autobahn, dann können sie ja befreit werden, oder sie müssen eben voll zahlen, und darin liegt eine Inländerdiskriminierung. Die Frage der Proportionalität - ich sehe schon, ich soll zum Ende kommen - der Preise hat die Kommission ja bejaht; vor dem Europäischen Gerichtshof spielte das keine Rolle.

Auf die anderen Punkte weise ich noch mal hin: Die Regelung hält sich an die Eurovignetten-Richtlinie. Wenn dieser Ansatz der deutschen Bundesregierung eine Diskriminierung darstellte, müsste streng genommen auch die Eurovignetten-Richtlinie diskriminierend sein; auch der europäische Gesetzgeber ist an Artikel 18 AEUV gebunden. Das ist nie, bislang nicht, behauptet worden. Und daher spricht viel dafür, zu sagen, dass hier eine Diskriminierung nicht vorliegt, weil eben vom Ergebnis her betrachtet inländische und ausländische Fahrer gleichmäßig behandelt werden. - Danke schön.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, vielen Dank. - Dann möchte ich Herrn Professor Mayer bitten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ganz herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, für die Einladung in den Ausschuss.

Meine Damen und Herren! Ich bin seit 2008 in 28 Anhörungen oder Fachgesprächen in acht verschiedenen Ausschüssen des Deutschen Bundestages als Sachverständiger gehört worden. In keinem einzigen Fall stellte sich für mich die Rechtslage von Beginn an so eindeutig dar wie im Falle der Pkw-Maut.

Die Erde ist keine Scheibe; und die offene oder verdeckte Anknüpfung an das Unterscheidungsmerkmal Staatsangehörigkeit ist im Unionsrecht rechtswidrig. Entsprechend hat der Europäische Gerichtshof im Urteil vom 18. Juni 2019 gegen Deutschland auf die Vertragsverletzungsklage Österreichs hin eine europarechtswidrige Ungleichbehandlung aus dem Umstand begründet - ich zitiere -

dass die Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen aufgrund der Steuerentlastung, die ihnen zugutekommt, de facto nicht der wirtschaftlichen Belastung unterliegen, die die Infrastrukturabgabe bedeutet.

Zitat Ende; das ist in Randnummer 52 des Urteils. Das ist der Kern des Urteils.

War das Urteil überraschend? Nein. Ich selbst habe bei verschiedenen Anhörungen im Verkehrsausschuss des 18. Deutschen Bundestages, einmal am 18. März 2015 und dann am 20. März 2017, die Einführung einer Infrastrukturabgabe, Pkw-Maut, für europarechtswidrig gehalten. Ich zitiere aus meiner Stellungnahme vom März 2017 - Zitat -:

Die Einordnung als europarechtswidrig wird von den meisten Europarechtlern geteilt. Auch das Europäische Parlament geht weiterhin von einer Europarechtswidrigkeit aus, genauso wie benachbarte Mitgliedstaaten und der Fachbereich Europa der Bundestagsverwaltung.

Wenn aber 2015 wie 2017 deutlich absehbar war, dass die Pkw-Maut vor dem EuGH scheitern würde - und das ist ja die Frage, um die es hier geht -, dann hätte dies in jegliche Überlegungen, jegliche Überlegungen etwa zum Eingehen vertraglicher Verpflichtungen gegenüber Betreibern, zumindest als Möglichkeit zwingend eingestellt werden müssen.

Aber konnte man nicht doch mit guten Gründen anderer Auffassung sein? Ich will zur Analyse dieser Frage zunächst einige allgemeine Überlegungen anstellen und dann nochmals die zeitlichen Abläufe zurückgehen.

Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft. Recht entzieht sich nicht selten einer mathematisch-formelhaften Eindeutigkeit, in der stets klar berechnet werden könnte, was noch rechtmäßig ist und was nicht. Letztlich kommt es darauf an, wie eine Rechtsfrage mehrheitlich in der maßgeblichen Interpretationsgemeinschaft gesehen wird.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Und wenn es dort entsprechende Mehrheiten gibt, dann kann auch im Recht einmal - natürlich nur im übertragenen Sinne - die Erde eine Scheibe sein. Erfahrungswissen spielt dabei eine Rolle. Vorliegend erstaunt, dass die Lehren aus der gescheiterten Lkw-Maut nicht gezogen wurden; man hatte ja schon mal Schiffbruch erlitten mit einem ähnlichen Konzept.

Wichtiger ist ferner - ich möchte es die „Was-Frage“ nennen -: Um welche Materie geht es? Und das Diskriminierungsverbot gehört nun mal gewissermaßen zur DNA, zum genetischen Grundcode des Europarechts, und zugleich war die Andersbehandlung der Ausländer ja politisch gewollt, sodass sehr, sehr klar war, dass der EuGH hier sehr genau hinschauen würde. Das war sicher absehbar.

Dann noch zur Wer-Frage der maßgeblichen Interpreten in der Interpretationsgemeinschaft. Zu europarechtlichen Fragen gibt es wie zu allen rechtlichen Fragen viele Stimmen von durchaus unterschiedlichem Gewicht. Die autoritative Letztentscheidung kommt dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zu; das Bundesverfassungsgericht ist hier wirklich mal außen vor. Dass der Gerichtshof befasst werden würde, war unausweichlich. Hätte es kein Vertragsverletzungsverfahren gegeben, so hätten spätestens betroffene ausländische Unionsbürger über Klagen vor deutschen Gerichten und daran anschließend ein Vorlageverfahren den EuGH befasst. Das Ganze wäre dann möglicherweise noch sehr viel teurer geworden.

Bis die Letztentscheidung ergangen ist, wird nicht selten zu einer Rechtsfrage mehr als eine Meinung bestehen; Sie sehen das ja heute. Zu einer Aussage über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit gelangt man dann nicht nach einer einfachen Formel. Quantitative Mehrheit ist ein Indiz, aber kein sicheres. Aber vorliegend waren nach meiner Wahrnehmung allerdings bereits die Mehrheitsverhältnisse in der Fachwelt doch außergewöhnlich deutlich; es gab erkennbar mehr Stimmen, die die Gesetzgebung für europarechtswidrig hielten.

Es kommt aber immer auch darauf an, wer welche Auffassung vertritt; von daher geht es immer auch um eine Gewichtung der verschiedenen Äußerungen, gewissermaßen die qualitative Mehrheit, wenn es so etwas gibt. Faktoren können dabei sein: Qualifikation, bestätigte Expertise, Erfahrung, manchmal auch Anciennität, Ansehen, Ausgewiesenheit und Anerkennung der jeweiligen spezifischen Scientific Community; beim Europarecht kommt noch eine spezifische interkulturelle Sensibilität hinzu. Auch unter all diesen Aspekten war nach meinem Eindruck die Meinung im Kreise der ausgewiesenen Europarechtler im In- und Ausland eindeutig.

In den Anhörungen im Verkehrsausschuss 2015 und 2017 war diese eindeutige Mehrheitslage in der Europarechtlergemeinschaft nicht abgebildet. Trotzdem musste allen auch nach den Anhörungen im Verkehrsausschuss zumindest klar gewesen sein, dass der EuGH zwingend befasst werden würde und dass eine Gegenargumentation zu dem durch das Verkehrsministerium beauftragten Gutachter Hillgruber bestand. Aus der Bundestagsverwaltung waren die europarechtlichen Bedenken ja bereits früh deutlich artikuliert worden, was seinerzeit zu einer Rücktrittsforderung an die verantwortlichen Beamten der Bundestagsverwaltung geführt hatte.

Auch die nach der Verabschiedung des Gesetzes eingetretenen Ereignisse auf europäischer Ebene waren nicht geeignet, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, ohne Beanstandung der Europarechtswidrigkeit durch den EuGH davonzukommen. Ein erstes durch die Europäische Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren wurde im Mai 2017 eingestellt, korrekt. Daraus hätte man indessen keine Folgerungen für den möglichen Ausgang eines EuGH-Verfahrens ziehen dürfen, und zwar gleich aus mehreren Gründen: Erstens war auf der formalen Ebene, wie bereits gesagt, die Befassung des EuGH spätestens über Vorlageverfahren absolut sicher; zudem waren Vertragsverletzungsverfahren durch Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen - so ist es ja dann auch gekommen -; und hinzu kommt, dass in den damaligen Medienberichten davon die Rede war, dass Deutschland über den früheren Kabinetts-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

chef des Kommissionspräsidenten Juncker, Martin Selmayr, auf die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens hingewirkt hätte. Sollte dies zutreffen, musste erst recht allen Beteiligten klar gewesen sein, dass die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens keinerlei Aussagegehalt über den Bestand der Regelungen vor dem EuGH hat.

Auf das durch Österreich angestrebte Vertragsverletzungsverfahren hin kam es dann zu einem Verfahren vor dem EuGH. Vertragsverletzungen Mitgliedstaat gegen Mitgliedstaat sind sehr, sehr selten - fünf Stück in all den Jahren seit 1957 -; aber sie sind eben auch nicht ausgeschlossen. Allerdings haben andere Mitgliedstaaten neben Österreich anfänglich auch klagen wollen, haben es dann doch nicht getan. Aber auch dies, dieser Rückzug, hätte keinesfalls als Indiz dafür gewertet werden dürfen, dass eine Rechtsauffassung sich durchsetzt und die Gesetzgebung unangetastet bleibt. Hier spielt möglicherweise vor allem eine Rolle, dass man es sich nicht mit dem größten Mitgliedstaat verderben wollte, weniger, dass man die Erfolgsaussichten vor dem EuGH für zu gering hielt; Österreich hat ja dann doch geklagt.

Am 6. Februar 2019 verkündete der Generalanwalt in dem Verfahren seine Schlussanträge. Darin empfahl er dem EuGH, die Vertragsverletzungsklage abzuweisen. Diese Empfehlung war für die Europarechtsgemeinde in hohem Maße überraschend. Nun konnte man nicht mehr sicher ausschließen, dass man sich dem Punkt näherte, an dem die maßgeblichen Akteure der Interpretationsgemeinschaft, die Richter des EuGH, feststellen würden, dass die Erde doch eine Scheibe ist.

Allerdings ist für einen Europarechtler auch sehr klar, dass die Schlussanträge keine sichere Prognose über den Ausgang des Verfahrens zulassen. Der berühmteste aller EuGH-Fälle, in der Rechtsache Van Gend & Loos, ist seinerzeit 1963 vom EuGH gegen den Rat des - übrigens deutschen - Generalanwalts entschieden worden. Immer wieder folgt der EuGH der Empfehlung des Generalanwaltes nicht. Der amtierende Generalanwalt im vorliegenden Fall hat in der Vergangenheit bereits Rechtssachen anders beurteilt als der EuGH.

Jedenfalls aber liegen die Schlussanträge des Generalanwaltes ohnehin zeitlich deutlich nach den hier im Ausschuss im Vordergrund stehenden verbindlichen Vertragsabschlüssen aus 2018.

Schließlich entschied der EuGH, und zwar als große Kammer, also mit 15 Richtern, mit Urteil vom 18. Juni 2019, dass die geplante Gesetzgebung mit dem Europarecht unvereinbar ist. Bei dieser Besetzung, 15 von 28 Richtern, kann man nicht davon ausgehen, dass zufällig eine Minderheitsformation der 28 EuGH-Richter irgendwie unrichtig geurteilt hat.

Was für Folgerungen kann man ziehen? Der ganze Vorgang wirft neben Fragen der politisch-administrativen Verantwortung auch die Frage nach dem Umgang mit und dem Stellenwert von wissenschaftlichem Sachverstand im Hinblick auf politische Entscheidungen auf. Konkret stellt sich die Frage, wie im politischen Prozess die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, Verfassungsrecht und Unionsrecht, sichergestellt werden kann. Diese Frage stellt sich freilich nur, wenn nicht in Zweifel steht, dass die Bindung an das Verfassungs- und Europarecht absolute Priorität vor der politischen Handlungslogik hat. Schlicht auf die spätere Klärung durch ein Höchstgericht zu verweisen, ist zu einfach.

Lassen Sie mich daher zum Abschluss Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz in Erinnerung bringen - Zitat -:

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank, Herr Professor Mayer. - Dann können wir in die erste Fragerunde einsteigen. Wer wünscht das Wort? - Dann fangen wir beim Herrn Sendker an; dann folgen Herr Kühn, Herr Luksic, Herr Cezanne und Frau Lühmann.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Reinhold Sendker (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe einige Fragen an Herrn Dr. Kainer. Zunächst einmal fokussiere ich auf die Eröffnung des Vergabeverfahrens zu dem Zeitpunkt Juni 2017 und möchte Sie dazu fragen, ob da aus Ihrer Sicht schon ein europarechtliches Risiko bestanden hat. Wie beurteilen Sie das? Zu dem Zeitpunkt hatte ja die Republik Österreich, wie wir alle wissen, die Klage noch nicht eingereicht. Und sprechen nicht grade aus europäischer Sicht auch Argumente für die Erhebung einer Infrastrukturabgabe? Ich denke an die Stärkung der Nutzerfinanzierung und dergleichen mehr. - Frage eins.

Frage zwei: der Zeitpunkt danach - die Österreicher haben dann ja die Klage eingereicht, das war im August 2017 -: Das Vergabeverfahren wurde Ende des Jahres, Ende 2018, dann abgeschlossen, trotz der Klage und der bestehenden Verträge mit den Betreiberfirmen. Ich möchte Sie fragen - sehr konkret -: Waren zu dem Zeitpunkt nicht auch der gesetzliche Auftrag, der hier bestand, und auch drohende Einnahmehinhalte wichtige Gründe für die rasche Vergabeentscheidung? Ich verbinde das auch mit der Frage, wie Sie die europarechtliche Problematik, das Risiko zu diesem Zeitpunkt, also Ende 2018, einschätzen. - Dies mal zum Einstieg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Soll ich gleich antworten, oder?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Sie wollen dann bitte gleich antworten, ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Herr Sendker, die zweite Frage ist eigentlich recht einfach zu beantworten - Sie fragen, ob nach 2018 gesetzliche Gründe dafür gesprochen haben würden, die Maut einzuführen -: Na ja, einerseits gab es natürlich das Gesetz; andererseits muss man natürlich darauf achten: Wenn das Gesetz gegen Artikel 18 AEUV verstoßen würde, also unvereinbar wäre, dann würde natürlich aufgrund des Vorrangs des Europarechts das deutsche Recht unanwendbar sein. Das heißt, man konnte nicht sozusagen die europarechtliche

Lage ausblenden im Jahre 2018, sondern man musste weiterhin eben schauen und prüfen: Wie würde - wie Herr Mayer das eben gesagt hat und dargestellt hat und ich auch - dann am Ende eine ja sicher vorausliegende Entscheidung eines Europäischen Gerichtshofs ausfallen?

Ich glaube auch nicht, dass sich wirklich etwas geändert hat von 2017 bis 2018. Immerhin hat die Kommission das Verfahren zurückgezogen, also das würde ich schon als ein starkes Signal sehen. Die Kommission ist ja ein Organ der Europäischen Union. Welche Einflussnahme es auch immer gab, sie ist Hüterin der Verträge und ein dem europäischen Gemeinwohl verpflichtetes Organ. Es ist natürlich eine politische Entscheidung, ob ein Verfahren aufgenommen wird - muss man auch sagen -; andererseits wurde das intensiv geprüft. Und man hat dann ja auch von deutscher Seite die Sätze angepasst und hat daraufhin grünes Licht bekommen von der Kommission. Also 2017 gab es sicher deswegen gute Gründe, zu sagen: Man kann von der Rechtmäßigkeit ausgehen. - Aber die Kommission ist eben kein Gericht; sie trifft nicht die letzte Entscheidung. Und daher kam es letztendlich natürlich dann auf die rechtliche Beurteilung an, und zwar die rechtliche Beurteilung aus der Rechtswissenschaft und der Sachverständigen, die sich hier geäußert haben.

Sie haben noch nach der Nutzerfinanzierung gefragt. Ja, es ist ja das Konzept der Europäischen Kommission gewesen, stärker von einer steuererhobenen Straßenfinanzierung umzuschwenken auf eine Nutzerfinanzierung. Insofern hat natürlich das gewählte Konzept, das ja auch sozusagen reinpasst in die Eurovignetten-Richtlinie, was für sich. Man hat es nicht eins zu eins umgesetzt, weil die deutschen Nutzer, die deutschen Halter, ja eben eine Jahresvignette kaufen müssen, so dass dieses Nutzungskonzept nicht vollumfänglich eingeführt wurde. Ich nehme auch an, dass man in diesem Verfahren einen anderen Stand gehabt hätte - denn der Europäische Gerichtshof hat ja auch das genau geprüft: ist das jetzt nutzerfinanziert? -, wenn man die deutschen Nutzer, die deutschen Halter, eben nach den wirklich gefahrenen Zeitabschnitten bepreist hätte.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich bleibe mal dabei: Es gab gute Gründe, von der Europarechtmäßigkeit auszugehen; aber es hat sich von 2017 bis 2018 nicht wirklich viel geändert, abgesehen davon, dass die Klagedrohung der Österreicher eben konkreter wurde. Aber da stimme ich Herrn Mayer vollständig zu: Dass von einer Klage auszugehen war oder irgendwann das zum Europäische Gerichtshof kommen würde, damit war zu rechnen.

Andererseits - das darf ich noch mal hinzufügen -: Darauf, dass es irgendwann aufgrund einer Vorlage - die ja unabsehbar ist; das kann heute sein, das kann in zehn Jahren sein - zum Europäischen Gerichtshof kommt, kann man natürlich nicht warten. Ich meine, auf so einen Umstand kann man nicht warten. Man muss eben nur sauber prüfen, wie die europarechtliche Lage ist.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Herr Kühn.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Herr Professor Mayer, Sie haben ausgeführt, dass Sie erstaunt sind, dass die Lehren aus der gescheiterten Lkw-Maut nicht gezogen wurden.

(Sachverständiger  
Prof. Dr. Franz C. Mayer  
nickt)

Da gab es ja eine entsprechende Entscheidung, glaube ich, im Mai 1992. Die Lkw-Maut war ja damals de facto gleich konstruiert wie die Pkw-Maut, Kompensation der Maut sozusagen für die Inländer in Form von Steuerentlastungen, wenn gleich wir da über sozusagen gewerbliche Fahrzeuge reden. Aber da würde ich Sie noch mal bitten, auszuführen: Welche Schlussfolgerungen hätten denn aus diesem Urteil von 92 gezogen werden müssen auf den Fall, der hier sozusagen Gegenstand des Untersuchungsausschusses ist? Hätte man da nicht eigentlich - ich sage es mal mit meinen Worten - gewarnt sein müssen? - Das wäre meine erste Frage.

Die zweite Frage ist noch mal die Frage nach dem Status quo. Es ist formuliert worden, dass es also

vor der Einführung der Pkw-Maut eine Inländerdiskriminierung oder eine -benachteiligung gegeben hat oder, andersrum ausgedrückt, sozusagen Ausländer, ausländische Fahrzeughalter, bevorteilt sind durch die fehlende Maut und die Tatsache, dass sie eben keine Kfz-Steuer zum Beispiel zahlen müssen. Kann man sozusagen diesen Status quo vor der Maut überhaupt gelten lassen angesichts dessen, dass wir ja sozusagen Doppelbesteuerungsabkommen haben? - Das wäre meine zweite Frage.

Und die dritte Frage. Sie haben sehr ausführlich noch mal darauf hingewiesen, dass ja die große Kammer sich in der mündlichen Anhörung mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt hat. Ich will noch mal sagen, dass vor der Entscheidung, also vor der Unterschriftsleistung unter den Betreibervertrag am 30.12.2018, bekannt war, dass Anfang Februar 2019 sozusagen der Generalanwalt sein Urteil oder vielmehr seine Empfehlung abgeben will. Das war also bekannt. Sie haben das sehr ausführlich jetzt dargestellt, dass die große Kammer sich damit beschäftigt hat. Können Sie vielleicht noch mal skizzieren oder beschreiben, welche Signalwirkung sozusagen allein daraus abzuleiten war? Hätte man also im November 2018 schon da aufmerksam sein müssen, dass sich eben gerade ausgerechnet die große Kammer mit dem Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung auseinandergesetzt? - Das wären meine Fragen zunächst.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank für die Fragen. - Zunächst zu der ersten Frage, diese ganze Geschichte mit der Lkw-Maut. Es ist in der Tat für mich auch ganz eigentümlich, fast schon verstörend gewesen, jetzt auch in der Vorbereitung dieser Sitzung zu sehen, wie sich hier in gewissem Sinne Rechtsgeschichte wiederholt. Man liest diese Lkw-Maut-Saga und denkt: „Das gibt's doch nicht; das ist genau dieselbe Geschichte, die jetzt auch passiert ist“, also dass man auf der einen Seite alle belastet, aber dann über eine Hintertür Teile wieder privilegiert, dass man dann damit Schiffbruch erleidet, dass man dieselben Diskussion darüber führt: „Was sind jetzt genau die Vergleichsgruppen?“ usw.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Und natürlich kann man sagen: „Es ist lange Jahre später“ und: „Es war ein etwas anderer Kontext“ - Stichwort Artikel 92 - usw. Aber wenn Sie mich fragen, was man denn für Schlussfolgerungen aus der Lkw-Maut-Saga hätte ziehen müssen, dann sage ich: Ja, man hätte doch zumindest sehr, sehr vorsichtig sein müssen. Und man hätte sich zumindest klarmachen müssen: Es könnte wieder so kommen. - Und wie ich versucht habe in meiner einleitenden Darstellung zu erläutern: Es gab nicht wirklich solide Anhaltspunkte dafür, dass es diesmal ganz anders kommen würde.

Natürlich können wir über diese Dinge streiten, und Herr Kainer hat jetzt gerade auch zu diesem Bereich zum Teil noch mal eine Auffassung, die nicht alle haben, die andere nicht haben; aber nur weil man sagt: „Eigentlich war dieses Lkw-Schwerlastabgabenerteil damals irgendwie falsch“, geht das doch nicht weg. Man bräuchte doch Anhaltspunkte dafür, dass beim EuGH, dass in der Rechtsprechung sich was geändert hat; und die sehe ich einfach nicht. Also ganz klare Antwort: Man hätte auf jeden Fall extrem vorsichtig sein müssen.

Insgesamt scheint sich der Verlauf ja wirklich auch zu wiederholen, auch in der ganzen Anlage der Diskussion. Was damals passiert ist, ist ja, dass man es dann halt einfach europaeinheitlich, europaweit geregelt hat. Und in diese Richtung strebt man ja irgendwo auch. Das ist ja dann das, was möglicherweise dann irgendwann mal in der Langfristentwicklung der Dinge das Ergebnis sein wird. Also, von daher gibt es da eine große Parallellität.

Dann zu der Frage: Was ist denn jetzt genau mit der Inländerdiskriminierung? Sind denn nicht eigentlich die Ausländer sogar bevorzugt gewesen, und hat man dann hier gleichsam eine gewisse Gerechtigkeit wiederhergestellt? Es ist bei der Diskussion über Gleichheitstatbestände immer die Frage, wie man die Vergleichsgruppen bildet. Man kann da sehr trickreich vorgehen, und man kann da Diskriminierungen kreieren und wieder wegzaubern, aber an der Stelle: Die Sache mit der Kfz-Steuerfreiheit für die Ausländer, die hier im Inland unterwegs sind - das ist doch kein Privileg, sondern das ist europarechtlich vorgegeben.

Und dann muss man wieder die Vergleichsgruppen richtig bilden. Es sind nicht die Deutschen hier und die Ausländer hier, sondern es sind die EU-Ausländer hier und wir Deutschen im EU-Ausland. Auch wir Deutsche sind im EU-Ausland von der Kfz-Steuer verschont. Man muss also hier die Symmetrie richtig anlegen; dann sieht man, dass das mit der Ausländerprivilegierung so einfach nicht stimmt.

Da kann man auch alle möglichen weiteren Beispiele zu bilden; das ist ja dann auch immer wieder getan worden in den anderen Anhörungen und im Schrifttum. Aber mein Gefühl ist: Das ist eigentlich nicht wirklich das, worum es Ihnen hier gehen sollte, weil die Sache ist doch entschieden vom EuGH. Und was doch jetzt eigentlich die Frage ist, ist: „Wie absehbar war es, dass der EuGH so entscheidet?“, weil sonst, glaube ich, würden wir uns hier im Zweifel wieder in dieser Situation befinden, dass es ein paar wenige so sehen, die Mehrheit es anders sieht; aber das haben wir, glaube ich, jetzt hinter uns.

Die große Kammer und die Signalwirkung der großen Kammer: Ich bin mir nicht so sicher, ob das so die ganz entscheidende Signalwirkung war. Das war sicher ein Signal. Aber wenn ich mich jetzt mal in die hoffende, möglicherweise immer noch hoffende Perspektive derjenigen, die denken, die vielleicht wirklich ernsthaft gedacht haben: „Da passiert jetzt was ganz Wildes, und der EuGH ändert seine Rechtsprechung“, versetze, dann könnte das natürlich auch in die andere Richtung ein Signal sein, wenn da eine andere große, wichtige Formation agiert. Deswegen glaube ich nicht, dass man das so sehen kann. Ich würde wirklich bei dem bleiben, was ich eingangs gesagt habe: Man musste bis zum Schluss abwarten, also auch die Empfehlung des Generalanwalts war kein sicheres Zeichen. Es war offen bis zum Schluss. Von daher hat sich da eigentlich über den ganzen Zeitraum nichts geändert; bei der Aussage bleibe ich.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Herrn Luksic und dann die Frau Lühmann, dann den Herrn Cezanne und dann den Herrn Wiehle.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wenn möglich, würde ich es gerne in Fragekomplexe teilen und immer erst die Antwort abwarten, um dann noch mal nachzufragen.

Ja, ich teile Ihre Auffassung, Professor Mayer, dass das Ganze entschieden ist und insofern andere Aspekte in der Bewertung jetzt wichtiger sind, weil eine Ex-ante-, rückgeführte Diskussion uns weniger weiterhilft.

Meine erste Frage wäre allerdings an Herrn Professor Kainer, was die Risikobewertung angeht. Also, im Nachhinein hat sich ja die Rechtsauffassung von Herrn Mayer, die er auch in der Anhörung damals im Ausschuss auf Seite 7 im Punkt 20 seiner Stellungnahme dargestellt hat, klar durchgesetzt. Sie haben ja auch gesagt, mehrheitlich war das damals die vorherrschende Meinung.

Deswegen meine Frage: Sie haben eben auf den politischen Prozess in der Kommission verwiesen. Herr Mayer sagte auch den Namen „Selmayr“. Ich glaube, es ist wichtig, festzuhalten, dass die Fachebene, glaube ich, bei ihren Bedenken geblieben ist. Und wie würden Sie es dann auch bewerten, dass die Kommission in dem Verfahren nicht als Streithelfer der Bundesrepublik Deutschland zur Seite getreten ist? Ist dies nicht auch ein Indikator, dass die Fachebene es anders gesehen hat?

Und Sie haben auch selber den Generalanwalt angesprochen. Da dessen erstes Plädoyer im Februar 2019 war, die Verträge allerdings im Dezember 2018 unterschrieben wurden: Musste man also insofern nicht dieses Risiko einpreisen? Ich darf auch hinzufügen, dass der Bundesrechnungshof klar festgehalten hat, dass zwar in den Risikoworkshops das Risiko eines Urteils als gering eingeschätzt wurde, aber in der Gesamtprojektleitungsgruppe als „wesentliches Problem“ eingestuft war. Und deswegen teile ich die Auffassung vom Kollegen Kühn: Artikel 60, große Kammer war meines Erachtens auch ein Indikator einer besonderen Bedeutung. Deswegen die Frage: Meinen Sie, dass es deswegen von der Risikobewertung her nicht notwendig war aufgrund

dieser Indikatoren, das auch in der Vertragsgestaltung angemessen abzubilden?

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:**

Zu Ihrer ersten Frage, ob die Kommission als Streithelfer für Deutschland hätte auftreten können, ob das eine Bedeutung hat. Ich weiß nicht. Die Europäische Kommission hat natürlich auch eine neutrale Rolle. Ich weiß nicht. Jetzt muss ich gestehen: Keine Ahnung, ob bei den früheren vier Verfahren, wo es Vertragsverletzungsverfahren zwischen Mitgliedstaaten gab, die Kommission mal als Streithelfer aufgetreten ist.

Man mag es allerdings vielleicht bewerten: Es hat sich auch kein anderer Mitgliedstaat auf die deutsche Seite gestellt; umgekehrt haben aber die Niederlande sich auf die Seite Österreichs gestellt. Daraus kann man natürlich ableiten, was man möchte, nicht?

Wahrscheinlich war die Kommission gut beraten, in der Sache neutral zu sein. Immerhin - ich bleibe dabei -: Es war nach wie vor das Konzept der Europäischen Kommission in der Eurovignetten-Richtlinie, das hier von der deutschen Bundesregierung letztendlich in ein Gesetz gegossen worden ist.

Ich würde noch was anderes zu dem Punkt, wo Sie sagten: „Eine Ex-ante-Betrachtung bringt uns jetzt hier nicht weiter“, sagen. Ich meine schon irgendwo, es bringt uns weiter, weil wir ja das Risiko abschätzen müssen. Welches Risiko gab es denn? Da müssen wir uns schon auf die Argumente einlassen. Welche Argumente sprachen für, welche gegen die Auffassung der Bundesregierung? Herr Mayer hat eben noch mal mit der Symmetrie argumentiert von Kfz-Steuerregimen in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Ich meine, es war einerseits richtig; andererseits: Es gibt für den Bereich unter dreieinhalb Tonnen keine Verpflichtung, bestimmte Steuersätze einzuhalten. Und wenn ein Mitgliedstaat neu in die Europäische Union eintritt mit einem Regime, wie Deutschland es hatte, wären wir nicht von einer Rechtswidrigkeit, von einem Artikel-18-Problem, ausgegangen, nicht? Also, wenn wir vom Ergebnis her schauen, finde ich immer noch, liegt eigentlich eine Diskriminierung nicht vor. Aber das



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Verfahren, die Maßnahmen als solche, war natürlich einseitig zulasten der Ausländer gerichtet. Also, ich bleibe dabei: Man muss schon auf die Sache eingehen.

Und dann haben Sie natürlich recht: Das Risiko, das war hier nicht vollständig unerheblich. Es gab eben, wie gesagt, durchaus in der Literatur eine überwiegende Auffassung, die diese Maut, diese Infrastrukturabgabe, sehr kritisch sah, ja. Und jetzt ist es natürlich eine politische oder vielleicht sogar rechtliche Frage, das zu bewerten: „Hat hier die Bundesregierung oder das Verkehrsministerium gegen Haushaltsrecht verstoßen?“ usw.

**Oliver Luksic (FDP):** Also, was die Risikobewertung angeht, möchte ich Sie, Herr Mayer, bitten, sich einzulassen auch vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der Kündigung am Tag des EuGH-Urteils. Sie und auch die Mehrheit der Rechtswissenschaftler haben ja zu Recht vorher darauf verwiesen, dass die Kombination von Infrastrukturabgabengesetz und Kfz-Steuer durch die daraus resultierende wirtschaftliche Belastung bei Ausländern europarechtswidrig ist. Und das Gerichtsurteil ist ja insofern zu interpretieren, dass man nicht eine Maut als solches nicht machen muss, sondern nur *diese* Form der Maut.

Deswegen ist meine Frage: Meiner Auffassung nach war ja die Bundesrepublik Deutschland gar nicht verpflichtet, die Kündigung deswegen am gleichen Tag zu veranlassen; und auch der zeitliche Ablauf der Kündigung verwirrt mich etwas. Wie ist denn Ihre Meinung? Wenn man Kenntnis über das Urteil und auch diese Bewertung erlangt - die wird ja auch ein bisschen nachgereicht; es war ja so, dass es morgens das Urteil gab, dann gab es eine Pressekonferenz, eine Taskforce und am gleichen Tag noch eine Kündigung -, ist es dann Ihrer Meinung nach möglich, in so kurzer Zeit sachgerecht die Urteilsbegründung zu lesen und auch das komplexe Vertragswerk zu berücksichtigen? Und deswegen interessiert mich Ihre Meinung zur Notwendigkeit der Kündigung, zum zeitlichen Ablauf der Kündigung.

Und Sie haben ja eben ausdrücklich gesagt: Es hätte im Vertrag genau dieses Risiko festgehalten werden müssen. - Auch da noch mal der Hinweis auf den Bundesrechnungshof, der ja gesagt hat, dass die Gesamtprojektleitungsgruppe das anders bewertet hat als die Risikoworkshops.

Meine Bitte wäre, die zwei Frageaspekte zu beantworten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, also, ich bleibe dabei: Ich halte die Europarechtswidrigkeit hier für so offensichtlich, dass ich mich sogar frage, ob den Betreibern, den zivilrechtlichen Vertragspartnern, die das doch hätten sehen müssen, auch jetzt im weiteren Verlauf, je nachdem, wie sich die Haftungsgespräche entwickeln, doch da auch eine gewisse Verantwortung dafür, dass das so gekommen ist, einfach zugeschrieben werden kann, weil auch die doch ganz klar wissen mussten: Das geht nicht gut.

Jetzt zu der Frage: „Musste man denn an der Stelle kündigen?“, Risikobewertung. Ich wiederhole es noch mal: Also, ich halte das Risiko durchgehend bis zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils für gleichbleibend hoch, sehe da nicht wirklich einen Knick, mit Ausnahme eben der Schlussanträge des Generalanwaltes kurz vorher.

Wahrscheinlich hat man Pläne in der Schublade gehabt - Plan A, Plan B -, je nachdem, in welche Richtung die Entscheidung geht. Und dann ist es letztlich bei der Art und Weise, wie das Problem sich stellt, dann doch, glaube ich, relativ schnell überschaubar gewesen: „Was genau ist jetzt passiert? Ist im Prinzip dasselbe passiert wie seinerzeit mit der Lkw-Maut“ - das war ja letztlich das, was wir hier feststellen - „oder ist da irgendwas anderes passiert?“

Aber es gibt noch einen weiteren Punkt, der einen doch eigentlich nachdenklich machen muss, ob man an der Stelle so hätte kündigen müssen, und der auch wieder zu einem der Ausgangspunkte des Problems zurückführt. Der Ausgangspunkt ist ja letztlich hier so eine bestimmte politische Zielsetzung, die einfach komplett querliegt zu dem, was die europäische Integration will. Man hätte die Maut natürlich am Leben lassen



## Nur zur dienstlichen Verwendung

können. Das Problem war ja die Kombination mit der Steuerentlastung. Also die Steuerentlastung hätte man einkassieren können, und dann wäre die europarechtliche Beanstandung weg gewesen.

Das wäre aber politisch natürlich extrem schwer zu verkaufen gewesen, weil es ganz konkret bedeutet hätte: Es wäre für die Nutzer der Fahrzeuge hier im Inland eben dann teurer geworden unter dem Strich. Man hätte dann die Zusage, die man politisch gegeben hatte in all den Jahren, seitdem man sich das politisch auf die Fahnen geschrieben hatte, seit 2013, nicht einhalten können, hätte als wortbrüchig dagestanden. Und damit hat man dann offenbar also ein politisches Schadenskalkül angestellt, bei dem sich dann vielleicht doch überraschend schnell die Entscheidung offenbar konzentriert hat auf die Lösung aus den Verträgen. Aber ich stelle mir vor, dass das ja auch Teil der Arbeit dieses Untersuchungsausschusses ist, genauer herauszufinden, wie diese Abläufe im Einzelnen waren.

Aber was ich hier aus rechtlicher Sicht noch mal beisteuern kann, ist die ganz nüchterne Beobachtung: Die Maut - das hat der EuGH ausdrücklich gesagt - war nicht das Problem; die Kopplung mit der Entlastung war das Problem. Also die Entlastung hätte man aufheben können, und dann hätte man weiter mit der Maut voranmachen können.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank. - Ich habe noch eine Nachfrage.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, jetzt noch eine Frage, weil die Frau Lühmann sich gemeldet hat; es sind noch einige Meldungen. Der Herr Sender hat sich auch ein zweites Mal gemeldet.

(Stephan Kühn (Dresden)  
(BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):  
Der Herr Kühn auch!)

Wenn dann noch Fragen sind: Wir machen ja auch noch eine zweite Runde. Und der Herr Kühn wird ja dann auch noch fragen. - Die eine Frage von Ihnen noch.

**Oliver Luksic (FDP):** Gut. Ich würde noch eine letzte Frage stellen, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Danke für die klare Einschätzung, die ich voll und ganz teile.

Sie haben eben gesagt, das sei sehr evident gewesen, dass es anders hätte kommen können, und Sie haben auch das Wort „der Betreiber“ genannt. Wie würden Sie denn bewerten, dass, wenn es tatsächlich ein Angebot vonseiten der Betreiber gab, man das quasi ausgeschlagen hat und gewartet hat, bis das Urteil kommt?

Und wie bewerten Sie, dass man von 3 auf 2 Milliarden beim Angebot, beim ersten finalen Angebot, runtergegangen ist und noch die Firma Toll Collect hier eingebunden hat? Ich frage, ob man das europarechtlich nicht auch als Beihilfe werten kann, nach § 107 AEUV, weil ja eine einzige Firma begünstigt wurde? Hätte man dies nicht wenigstens damals prüfen können oder sollen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Also, wenn von der Betreiberseite sogar das Angebot kam, zu warten, dann stärkt das doch eigentlich die Wahrnehmung, dass man hier wirklich insgesamt bei allen, die rechtlich damit zu tun hatten, das Gefühl hatte: Wir warten besser ab, bis die Dinge klar sind. - Und ich bin auch in den Anhörungen im Verkehrsausschuss 2015, 2017 an manchen Stellen schier fassungslos gewesen, dass man diese enormen Haftungsrisiken in Kauf nimmt, was da eben auch an Geldern zum Teil ja unterwegs schon ausgegeben wurde. Ich kann das nicht nachvollziehen. Also, von daher natürlich: Wenn sogar die Betreiber sagen: „Lasst uns noch warten!“, kann ich nicht nachvollziehen, warum man darauf nicht eingeht.

Ob das unter dem Aspekt der Beihilfe dann auch noch einen Europarechtstatbestand erfüllt, müsste man mal prüfen. Ich würde jetzt aus dem Stand dazu keine Aussage wagen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann haben wir jetzt Frau Lühmann.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Kirsten Lühmann (SPD):** Danke sehr. - Meine ersten Fragen richten sich auf das Vertragsverletzungsverfahren, das eingestellt wurde. Meine Fragen richte ich an Sie beide; denn Sie haben ja beide eingangs betont, dass es zu den einzelnen Punkten unterschiedliche rechtliche Bewertungen gibt; und insofern finde ich es auch interessant, zu den einzelnen Punkten Ihre jeweilige Einschätzung zu sehen, eigentlich zu allen Fragen.

Und daher meine Fragen an Sie beide. Herr Kainer, Sie hatten vorhin gesagt, dass die EU-Kommission keine rechtliche Einordnung macht, wenn sie Vertragsverletzungsverfahren einstellt oder nicht. Das hat mich etwas verwirrt. Ich dachte schon: Ein Verletzungsverfahren ist ja ein rechtlicher Akt, in dem ich feststelle: Recht wurde verletzt. Und dann muss eigentlich die Rücknahme eines solchen Verfahrens auch einer rechtlichen Bewertung unterliegen. Daher meine Frage an Sie beide: Wie werten Sie das? Sind Einstellungen und natürlich dann im Umkehrschluss auch Eröffnungen von Vertragsverletzungsverfahren rein juristisch zu sehen, oder sind es politische Entscheidungen? Inwieweit gibt es da einen Ermessensspielraum? Also was hat die Kommission an Ermessen zu den Möglichkeiten?

Und die zweite Frage in diesem Komplex ist: Die Kommission hat ja die Entscheidung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, warum sie das zurückgezogen hat, nicht begründet. Ist das normal, dass man eine Entscheidung dann einfach so zurücknimmt, oder ist es eher üblich, dass man die begründet? Und was kann man daraus schließen, dass es eben nicht begründet wurde? Oder haben Sie eine Einschätzung zu der Frage: „Warum ist es in dem Fall nicht begründet worden, wenn es nicht normal ist?“ Wenn das immer so ist, erübrigt sich diese Frage.

Und das Letzte in dem Komplex. Wir haben ja damals die Regeln geändert, indem wir auch eine Umweltkomponente eingeführt haben in die Maut. Kann man daraus irgendwelche Rückschlüsse ziehen, dass die Kommission gesagt hat: „Okay, unter dem Umweltaspekt lassen wir euch

das durchgehen“, oder hatte das keinen Einfluss Ihrer Meinung nach? - Danke sehr.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Frau Lühmann. - Die erste Frage betrifft die Frage: Ist die Europäische Kommission verpflichtet, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten? - Ist sie nicht; da hat sie ein Ermessen, es einzuleiten. Und ich schließe daraus, dass sie auch ein Ermessen hat, ein Verfahren auch wieder zurückzunehmen.

Allerdings: Ermessen ist immer etwas, was Sie auf der Grundlage von juristischen Überlegungen machen; also Sie können ein Ermessen nicht ausüben nach dem Motto: Ich mache das jetzt mal hier, und ein anderes Mal mache ich das nicht. - Auch die Kommission ist gewissermaßen zur Neutralität und Gleichbehandlung verpflichtet; die kann nicht einfach Verfahren zurücknehmen, wenn sie der festen Auffassung wäre, das wäre rechtswidrig.

Im Übrigen spielen dabei immer politische Erwägungen auch eine Rolle, also die Kommission ist nicht verpflichtet, in jedem Fall, bei jeder Rechtswidrigkeit ein Vertragsverletzungsverfahren vorzunehmen. Und sie kann auch darauf vertrauen, dass die Sache dann zum Beispiel durch ein Vorlageverfahren europarechtlich gelöst wird.

Das ändert aber nichts daran, dass - gerade weil auch juristische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, mag es auch auf der Fachebene Streit gegeben haben - das natürlich ein starkes Signal ist und auch für die juristische Beurteilung eine Rolle spielt; aber es ist eben immer auch politisch. Wischiwaschi:

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Ich gebe zu, das ist nicht ganz einfach und klar zu beantworten.

Das Zweite war dann: Warum ist die Rücknahme nicht begründet worden? Na ja, man hat sie ja im Grunde begründet. Es gab ja eine Presseverlautbarung. Man hat sich geeinigt, Frau Bulc und





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Herr Dobrindt haben ja sich, also in der Pressemitteilung jedenfalls - das kann man nachlesen -, auf die neuen Sätze geeinigt, die auch die Umweltkomponente hatten. Und ich kann daraus schon eine Begründung ersehen. Eine formelle Begründung gibt es meines Wissens nicht.

Und die dritte Frage, das waren die Umweltgesichtspunkte. Die haben ja, glaube ich, auch von Anfang an eine gewisse Rolle gespielt und sind dann aber noch mal verstärkt worden. Ich glaube, man hat darauf hoffen mögen, dass mehr Umweltschutz bei der Frage der Rechtfertigung einer möglichen Diskriminierung eine Rolle spielen würde. Und die Kommission drängte ja auch in die Richtung einer stärkeren Berücksichtigung des Umweltschutzes. Also auf dieser politischen Ebene hat es auf jeden Fall eine Rolle gespielt.

Rechtlich gesehen: Der Europäische Gerichtshof hat sich ja mit dem Umweltschutz auseinandergesetzt und das als Rechtfertigung für die Diskriminierung zurückgewiesen, schon weil der EuGH - das muss man zugeben - da überhaupt keine Geeignetheit gesehen hat, weil - das ist ja das Problem - die deutsche Abgabe ja eben nicht direkt nutzungsbezogen ist, ne? Aber die starke Berücksichtigung wird politisch eine Rolle gespielt haben.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Es ist in der Tat eine nicht ganz einfach zu beantwortende Frage mit dem Vertragsverletzungsverfahren und was da eigentlich genau passiert. Ich denke, das liegt daran, dass sich ganz allgemein schon immer hier so ein gewisses Spannungsfeld ergeben hat und sich dieses Spannungsfeld noch mal verstärkt hat in jüngerer Zeit. Und die Spannung liegt zwischen einerseits dem in den Verträgen und auch in der Tradition sich so gefestigt habenden Anspruch und Titel der Kommission, als „Hüterin der Verträge“ aufzutreten. Die Kommission soll, wenn Sie so wollen, die Rechtsaufsicht über die Rechtsgemeinschaft haben; sie soll aufpassen, dass die Mitgliedstaaten sich an das Recht halten.

Und wie gesagt: Stichwort „Hüterin der Verträge“, da schwingt ganz viel mit, da könnte man jetzt auch in so eine ganz tief grundierte staatsrechtliche Reflexion eintreten und beleuchten, wo das herkommt, was das mit Verfassungsgerichten zu tun hat, wer sonst noch so als Hüter des Rechts in Betracht kommt. Aber hier hat man eben diese Hüterrolle der Kommission. Und das ist per se in der Tat so etwas schiedsrichterlich Unparteiisches, Unparteiliches.

Auf der anderen Seite ist auch die Kommission ein politischer Akteur - das ist auch schon immer so gewesen - und hat dementsprechend hier natürlich möglicherweise auch politische Pressionen, denen sie ausgesetzt ist; sie hat selbst politische Präferenzen. Und diese Dinge vertragen sich natürlich nicht mit dieser neutralen Hüterrolle. Da ist die Kommission dann wirklich eine andere Hüterin als zum Beispiel der Hüter der Verfassung bei uns jetzt in Karlsruhe.

Und das potenziert sich jetzt noch dadurch, dass gerade die Juncker-Kommission sich eben ganz besonders stark die Politisierung der Kommission auf die Fahnen geschrieben hat. Und auch das ist eine verfassungstheoretische Debatte: Ist es nicht so, dass wir in der europäischen Integration nicht so sehr ein Demokratiedefizit haben, sondern ein Politikdefizit? Ist es nicht so, dass wir uns eine politische Kommission wünschen, von der wir dann eben auch entscheiden können, ob wir sie dann beim nächsten Mal abwählen oder wiederwählen?

Aber diese Politisierung verträgt sich halt nicht mit der Hüteraufgabe beim Vertragsverletzungsverfahren, was eben gefragt worden ist: die Beihilfekontrolle, die Wettbewerbskontrolle. Also, das wird uns auch in der Zukunft noch weiter beschäftigen. Hier ist auch die ganze Spitzenkandidatenthematik irgendwo im Hintergrund mit diesem Grundthema verbunden. Also je mehr man die Kommission politisiert, desto schwieriger wird es mit der Hüteraufgabe. Aber, wie gesagt, das ist auch in der Vergangenheit schon Thema gewesen.

Diese Vertragsverletzungsverfahren sind eben etwas ganz eigentümlich Opakes. Das haben auch



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Sie hier im Bundestag, wenn ich mich recht entsinne, immer wieder leidvoll erfahren müssen, weil das ist ja einer der letzten Bereiche, in dem Sie da noch nicht so ganz umfassend informiert werden über das, was eigentlich passiert, wenn dann da mal die Voranfragen sind. Das Ganze hat ja so einen gestuften Verlauf, das ist ja enorm diskursmäßig aufgezogen; also man redet ja erst ganz lange miteinander, bevor man zum EuGH geht. Und da werden Briefe ausgetauscht. Und dann können Regierungen noch sagen: Ja, wir wissen, wir halten uns nicht an diese Pflicht; aber wir kriegen das in drei Monaten hin, versprochen, bis dahin ist die Richtlinie umgesetzt.

Und dann hat man aber kein Interesse vonseiten der Kommission, dass andere Mitgliedstaaten mitkriegen, dass man Deutschland zum Beispiel diese drei Monate noch gibt, während man bei Luxemburg sofort zum EuGH gehen würde. Deswegen bleiben diese Dinge unter Verschluss und sind nicht öffentlich, kriegen Sie ja auch nicht so richtig mit. Also, das ist jedenfalls immer ein Thema gewesen bei der Parlamentsbeteiligung in Europafragen, was genau Sie da eigentlich auch mitentscheiden dürfen.

Das führt dann zu Ihrer zweiten Frage. Wie die dann reagieren vonseiten der Kommission auf das, was von den Mitgliedstaaten kommt als Argument auf den Erstvorwurf „Ihr habt die Verträge verletzt“, bevor man zum EuGH geht, in diesem Vorverfahren, das wissen wir gar nicht so genau. Also was da für Antwortspielräume von der Kommission genutzt werden, wie die sich gegenüber den großen Mitgliedstaaten verhalten und wie die mit den kleinen umspringen - ich hätte da jetzt so eine Vermutung, aber vielleicht ist die ja ganz falsch -, das ist alles sehr stark im Dunkeln, und von daher sind wir bei diesen Vertragsverletzungsverfahren in der Tat also unter verschiedensten Aspekten auf schwankendem Boden und in einem Spannungsfeld.

Wie gesagt, die zweite Frage ist das, was wir hier als Begründung, als Nichtbegründung diskutieren. Diese Pressetermine, Pressemitteilung, die es da gegeben hat, kann man das als Begründung zählen? Entspricht das dem Standard? Das weiß

letztlich wahrscheinlich wirklich nur der Juristische Dienst der Kommission; die haben die ganzen Akten zu den Vertragsverletzungsverfahren. Ich würde behaupten, das wissen noch nicht mal die Ministerialbeamten vom Prozessführungsreferat hier im BMVI, wie das genau mit den anderen Mitgliedstaaten gehandhabt wird.

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Das weiß man wohl wirklich nur in der Kommission. Deswegen kann ich hier - ich bin ja hier zur Wahrheit verpflichtet - auch nur auf diese meine Mutmaßung hinweisen.

Wie ist es nun mit dieser Umweltkomponente? Könnte das der entscheidende Grund oder ein Aspekt, ein wichtiger Aspekt, gewesen sein, weswegen die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren zurückgezogen hat? Ich mache noch mal auf meine Wahrnehmung aufmerksam - wobei auch ich nicht Angehöriger des Juristischen Dienstes der Kommission bin, sondern hier von außen, von Hörensagen nur berichten kann -, dass es zumindest eine konkurrierende Erzählung gibt, die darauf hinausläuft, dass man eben den Juristischen Dienst politisch angeleitet hat, hier in eine bestimmte Richtung zu entscheiden. Und dann brauchte man halt irgendeine Begründung und hat dann möglicherweise eben mit der Umwelt einen Grund gefunden, von dem man dachte: Da kann man ja eigentlich nichts gegen haben, schon gar nicht in Deutschland,

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

wenn hier mit Umwelt argumentiert wird.

Das hat sich dann aber ein bisschen als Bumerang erwiesen. Beim EuGH ist ja das Umweltargument eher nach hinten losgegangen, weil das war ja dann der Aspekt, wo gesagt wurde: Da wird ja sogar überkompensiert. - Deswegen ist also diese ganze Konstruktion an der Stelle besonders wenig zu halten.

Also, um Ihre Frage noch mal ganz deutlich zu beantworten: Ich glaube nicht, dass wegen des



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Umweltaspektes die Kommission umgelenkt hat. Ich glaube eher im Gegenteil, dass das Umweltargument eben das Argument war, mit dem man am besten die aus rein politischen Gründen beschlossene Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens nach außen einigermaßen gesichtswahrend begründen konnte.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Herrn Cezanne auf der Rednerliste, den Herrn Wiehle; und dann kommt der Herr Sendker und dann der Herr Jung.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich möchte doch noch mal zurückkommen auf die Frage der Risikobewertung vor dem Vertragsabschluss. Herr Professor Kainer, Sie haben ja in eigenen Gutachten, auch was den Artikel 92 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union angeht, eine gewisse Skepsis zum Ausdruck gebracht. Sie haben vorhin gesagt gegenüber dem Gutachten von Herrn Hillgruber, es sei da nicht zu erwarten gewesen, dass die Kommission ihre Rechtsprechung ändert. Sie selber haben jetzt noch mal formuliert, vor dem Vertragsabschluss sei es nicht vollständig unerheblich gewesen, dieses Risiko, dass es nicht funktioniert.

Wie sicher waren Sie denn, dass es funktionieren wird? Ich gebe Ihnen mal eine Zahl; das Ministerium hat uns mal auf Nachfrage gesagt, sie hätten eine interne Risikobewertung, dass die Gefahr eines negativen EuGH-Urteils bei 15 Prozent liegt. Wir haben keine Unterlagen, um nachzuprüfen oder nachzuvollziehen, wie diese Zahl zustande kommt. Sie entspricht ungefähr der Zahl der Urteile des EuGH, wo man dem Schlussantrag nicht gefolgt ist. Ob das jetzt eine gründliche Bewertung ist, stelle ich jetzt mal anheim. Also, wie sicher waren Sie damals, dass das alles gut geht? Und die gleiche Frage richte ich gerne auch noch an Herrn Professor Mayer. Dazu haben Sie ja schon deutlich was gesagt;

(Heiterkeit des Sachverständigen  
Prof. Dr. Friedemann  
Kainer)

ich möchte noch mal nachhaken. Sie haben jetzt auch in Ihrer Einlassung über das Diskriminierungsverbot als DNA des Europarechts gesprochen, ohne das weiter auszuführen. Das geht ja sehr tief. Also, wenn das die DNA ist, hätte man ja vielleicht annehmen können, dass das schon eine sehr, sehr bedeutende Rechtsnorm ist, die in dieser Frage eine große Rolle spielen wird. - Danke schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Herr Cezanne, für die Frage. - Ich wiederhole das, was ich 2017 hier gesagt habe; ich habe gesagt: Es besteht eine nicht unerhebliche, und zwar über 15 Prozent liegende Wahrscheinlichkeit,

(Heiterkeit des  
Abg. Jörg Cezanne (DIE  
LINKE))

dass die Maut, die Infrastrukturabgabe, in Verbindung mit der Steuersenkung gegen Artikel 92 AEUV verstoßen würde. - Warum? Artikel 92 AEUV ist ein „Stand still“-Gebot, ein Stillstandsgebote, was verhindern soll, dass der nationale Gesetzgeber in die Wettbewerbsfähigkeit in irgendeiner Weise zum Nachteil von Ausländern eingreift; das heißt, es darf nicht einmal eine bestehende Inländerbenachteiligung durch ein Gesetz ausgeglichen werden.

Der Gesetzgeber muss sozusagen dann über die europäische Schiene gehen. Im Artikel 92 sind zwei Möglichkeiten: Entweder es gibt einen einstimmigen Beschluss des Rates, oder es gibt eine sekundärrechtliche Regelung. Die Idee dahinter war ursprünglich, sozusagen verkehrsrechtliches Sekundärrecht zu beschleunigen. Ich hatte damals, 2017, gesagt: Dieser Grund ist vollständig weggefallen; erstens ist Artikel 92 mittlerweile eine Mehrheitsentscheidung, nicht mehr einstimmig, zweitens gibt es bereits jede Menge Sekundärrecht in dem Bereich, und drittens ist das „Stand still“-Gebot mit übergeordneten Gründen des Unionsrechts, nämlich mit dem Wettbewerbsprinzip, ganz unvereinbar, weil eben Inländerdiskriminierungen bestehen bleiben.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Aber ich hatte eben auch gesagt - das habe ich auch eingangs gesagt -, dass der Europäische Gerichtshof 1992 so entschieden hat. Und Änderungen der Rechtsprechungen in Luxemburg, anders als beim Bundesarbeitsgericht beispielsweise, sind nicht so häufig; das heißt, da ist er eher zögerlich, nicht? Und ob die Argumentation „Es gibt da eine Richtlinie, die genau das vorsieht“, verfangt, war unsicher. Ich hatte aber auch gesagt, dass man das hätte isolieren können, indem man den gewerblichen Verkehr, der ja nur ein kleinerer Teil ist, ausgenommen hätte.

Darf ich, Herr Cezanne, Herr Vorsitzender, noch auf das DNA-Argument eingehen, weil mir das sehr wichtig erscheint? - In der Tat ist die Nichtdiskriminierung im europäischen Recht ein Kernbestandteil der genetischen Ausstattung. 1 der EU Meiner Ansicht nach schlägt das aber in beide Richtungen um. Es soll nicht nur die Ausländerbenachteiligung verboten werden, es sollte an und für sich auch die Inländerbenachteiligung jedenfalls ausgeglichen werden müssen, weil bestehende Inländerbenachteiligungen letztendlich zu einer Ablehnung des Europarechts oder der europäischen Integration führen. Wenn wir nicht in der Lage sind - gemünzt auf die Infrastrukturabgabe -, eine Maut einzuführen, wie sie die Österreicher, die Franzosen usw. haben, dann fördert das nicht gerade die Europafreundlichkeit. Also deswegen: DNA in beide Richtungen. Und das spricht sehr stark gegen die Fortführung des Artikels 92, den ich für sehr reformbedürftig halte, ändert aber nichts an der Risikoeinschätzung. - Das war meine Antwort.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Also, diese Risikobewertung, 15 Prozent: Ich will gleich klar offen sagen, es gibt dieses berühmte römische Wort „Judex non calculat“, die Juristen haben es nicht so mit Zahlen. Von daher würde ich mich nie versteigen dazu, eine solche exakte Aussage ernsthaft im juristischen Bereich zu machen.

Aber wenn ich eine Zahl nennen wollte, dann wäre aus meiner Sicht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Ganze beim EuGH scheitert, bis zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes so

bei 95 Prozent gewesen und danach bei 90 Prozent. Also, diese 15 Prozent finde ich wirklich einigermaßen putzig. Und es kann in der Tat sein; das war ja so 2017, als in „F.A.Z. Einspruch“ diese Studie veröffentlicht wurde, in wie viel Prozent der Fälle der Gerichtshof den Generalanwälten nicht folgt.

Aber auch da bin ich nicht sicher, ob diese Herangehensweise die Natur des Rechts trifft. Ich habe ja eingangs gesagt: Recht ist keine exakte Wissenschaft. Bei uns kann die Erde auch mal eine Scheibe sein, wenn nur hinreichend viele Leute sagen: Die Erde ist eine Scheibe.

(Heiterkeit des  
Abg. Oliver Luksic (FDP))

Es gibt Methoden, die jetzt im Vordringen befindlich sind, sich dem Thema mit künstlicher Intelligenz zu nähern. Es hat in Frankreich jetzt diese Entscheidung gegeben, durch Strafandrohung zu verbieten, dass man über KI richterliche Entscheidungen eines konkreten Spruchkörpers, eines konkreten Richters untersucht, um daraus dann eben eine Prognose über die vermutliche künftige Entscheidungspraxis dieses Richters oder dieses Gerichtes zu erhalten. Also mit KI kommt man da offenbar einigermaßen weit. Jetzt weiß ich nicht, wie tief das Verkehrsministerium hier eingestiegen ist an der Stelle; aber das scheint mir doch eine relativ neue Technologie zu sein. Jedenfalls in Frankreich wäre es auch verboten.

Ich meine aber immer noch - vielleicht ist das ja auch einfach der typische konservative Juristenzug, wir schauen einfach doch eher in den Rückspiegel -, das Eigentümliche des Rechts ist es, dass diese ganzen Dinge extrem komplex sind, eher von der Chaostheorie vielleicht erfasst werden können als von KI.

(Heiterkeit der Abg. Kirsten  
Lühmann (SPD), Detlef  
Müller (Chemnitz) (SPD)  
und Oliver Luksic (FDP))

Es sind so viele kleine Elemente, die da zusammenspielen bei so einer Bewertung - ich habe es ja vorhin versucht zu skizzieren -: Erfahrung,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

konkrete kleine Elemente, im Europarecht dann auch eben diese spezifische europaweite Rechtskultur und in Verbindung damit, dass man eben auch immer mitdenken muss, dass im Europäischen Gerichtshof eben ganz überwiegend Juristen sitzen, die ganz anders sozialisiert sind als wir deutsche Juristen. Und all das macht es extrem komplex. Ich sage trotzdem nicht: völlig unmöglich. Ich meine ja, ich habe mir 2015 und 2017 angemahnt, eine Prognose zu treffen, und sie ist ja dann auch eingetroffen. Ist vielleicht ein Glückstreffer gewesen; aber ich glaube schon, dass ich das auch damals wie heute begründen konnte und dass diese Begründung auch zu dem passt, was der EuGH entschieden hat. - Also noch mal: Die Prognose 15 Prozent würde ich als reichlich abwegig bezeichnen.

Die Sache mit der DNA. Wenn ich das kurz ausführen darf, was ich damit meine: Ich habe es auch in meiner schriftlichen Stellungnahme erwähnt als Argument dafür, dass es hier nicht um die ordentliche mehr oder weniger überschießende oder nicht überschießende Umsetzung einer Richtlinie ging, sondern es ging hier um den genetischen Code des Europarechts. Das hat ja interessanterweise auch der Generalanwalt in seinem ersten Satz genauso gesagt. Er hat gesagt: „Diskriminierung ist verboten.“ Das ist sozusagen der Ausgangspunkt, mit dem er in diese Schlussanträge startet.

Aber was eben dahintersteckt sozusagen auf so einer europaverfassungsrechtlichen Ebene, ist eben, dass es hier nicht nur um dieses Ökonomische - gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle - geht, sondern im Kern steht hinter diesem Diskriminierungsverbot die Friedensidee der europäischen Integration. Das ist letztlich das, was die übersteigerten Nationalismen irgendwo aus diesem gesamten europäischen Rechtsraum heraushalten soll, dass man eben die anderen nicht einfach nur deswegen, weil sie eine andere Staatsangehörigkeit haben, anders behandeln darf.

Das ist auch kompetenzrechtlich eine durchaus wichtige Feststellung, weil wir das oft zum Beispiel im Steuerrecht dann als Kritik hören von den national geprägten Steuerrechtlern, wenn

dann mal wieder was gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen hat im Steuerrecht: Wie kann die Europäische Union! Es gibt doch keine Kompetenz der Europäischen Union für das Steuerrecht. - Richtig verstanden geht es drum, dass über dieses Diskriminierungsverbot bestimmte öffentliche Macht einfach gar nicht mehr da ist. Das hat ein französischer Kollege mal als die „compétences abolies“ bezeichnet, die „abgeschafften Kompetenzen“; die sind weg. Weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene kann man Regelungen treffen, bei denen man das Tatbestandsmerkmal „Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit“ einsetzt. Und das ist eben so wichtig für die Architektur des Europarechts. Das ist auch etwas, was die Briten nicht verstanden haben im Brexit-Prozess, als sie versucht haben, sich an der Stelle Ausnahmen herauszuverhandeln; das war völlig ausgeschlossen. An der Stelle kann das Europarecht keinen Spielraum lassen, weil sonst die Grundidee des Europarechts weg ist. Und deswegen war ich mir absolut sicher, dass der EuGH hier eben sehr genau hingucken wird.

Ich darf vielleicht noch einen Vergleich bringen, um das noch mal zu veranschaulichen: Ich meine - und ich hoffe, ich tue dem Grundgesetz da jetzt nicht Unrecht -, dass es von der Dimension her durchaus vergleichbar ist mit der Art und Weise, wie wir im deutschen Verfassungsrecht die Menschenwürde als den Kerncode des Grundgesetzes ansehen. Man kann da ganz viele Vergleiche bilden. Wenn Sie daran denken, dass wir die Menschenwürde für nicht abwägbare halten und damit eben Lehrbuch-, vielleicht auch mal reale Beispiele kreieren, die man auch im Gespräch mit den Nichtjuristen nicht so ohne Weiteres erklären kann, also dass wir, wenn man einen Terroristen hat, der irgendwo eine Bombe versteckt hat, die 3 Millionen Menschen umbringen kann, und man, wenn man diesen Terroristen foltern würde, 3 Millionen Menschenleben retten könnte, trotzdem von der Verfassung her sagen: Das geht nicht; die Menschenwürde ist keiner Abwägung mehr zugänglich. - Das versteht der Nichtjurist, die Nichtjuristin nicht ohne Weiteres. Vielleicht ist das hier genauso, wenn man bei diesen Diskriminierungsverboten auch das Gefühl hat: „Das ist doch unfair; die Ausländer



## Nur zur dienstlichen Verwendung

müssen keine Maut zahlen, ich muss Maut zahlen, wenn ich nach Italien fahre“ usw. Also, auf der Ebene schien mir das Ganze vergleichbar.

Und jeder deutsche Verfassungsrechtler, jede deutsche Verfassungsrechtlerin würde bei dem Versuch, irgendwo an dieser Interpretationsschraube zu drehen - das steht ja nicht wirklich so in Artikel 1 drin, sondern das ist eine Setzung, die sich hier die maßgebliche Interpretationsgemeinschaft zu eigen gemacht hat unter Anleitung des Bundesverfassungsgerichts -, scheitern. Es gibt ganz wenige Kollegen, die das mal versucht haben; aber es ist dann sofort klar: Das geht nicht. Ähnlich klar schien mir das eben auch hier mit dem Versuch, am Diskriminierungsverbot rumzudrehen, und deswegen habe ich auch diesen Vergleich angestellt und diesen Hinweis gegeben: Der genetische Code des Europarechts - hier ging es schon um etwas ganz, ganz Wichtiges und Besonderes.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Wiehle.

**Wolfgang Wiehle (AfD):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine Damen und Herren, ich möchte Fragen formulieren, die ich an Sie beide, Herr Professor Kainer und Herr Professor Mayer, stellen möchte, genau in dem Zusammenhang interessanterweise, was Sie, Herr Professor Mayer, gerade angesprochen haben, ob jetzt das Diskriminierungsverbot absolut ist oder ob es da nicht Abwägungen gibt, wie Sie das einschätzen.

Denn wenn ich die Materie richtig kenne, gibt es durchaus Abwägungen in dem Sinne, dass auch der EuGH sagt: Na ja, dieses allgemeine Diskriminierungsverbot nach Artikel 18 AEUV: Es kann Rechtfertigungsgründe für einen Verstoß dagegen geben. - Der EuGH hat dann aber einen Lastenausgleich, also im Sinne von „Halter und Führer von Fahrzeugen, die im Ausland zugelassen werden, sollten einen Teil der Kosten für die deutschen Bundesfernstraßen zahlen“, verworfen als Rechtfertigungsgrund. Eine Kohärenz der Steuersysteme in Europa hätte er aber als Rechtfertigungsgrund akzeptiert.

Und wenn man das in dem Licht betrachtet, dann stellt sich ja die Frage: Hätte das - und da bitte ich Sie beide, Licht drauf zu werfen - im Vorfeld schon erkannt werden müssen, also gab es schon vor diesem Urteil Vorzeichen dafür, dass der EuGH Abwägungen in der einen Weise akzeptiert, in der anderen nicht? Und hätte die Bundesregierung dann die Möglichkeit gehabt und vielleicht auch diese Möglichkeit nehmen müssen, um die Gesetze für die Infrastrukturabgabe und die anderen, begleitenden Änderungen anders zu gestalten? Konkreter: Sehen Sie das so, dass eine Diskriminierung, also ein Verstoß gegen Artikel 18 AEUV, gerechtfertigt wäre durch das Ziel, die Kohärenz der Steuersysteme in Europa zu wahren, um diese unionsfreundlich zu vereinheitlichen? Hinweis dazu: Deutsche Autofahrer müssen ja im Ausland für eine Autobahnbenutzung bisweilen Vignette bezahlen, und da könnte ja durchaus, wenn man das klug gestaltet, eine Kohärenz der Steuersysteme gestärkt werden, wenn man das bei uns entsprechend nachvollzieht.

Darauf aufbauend dann die Frage: Welche europarechtsfreundliche rechtliche Gestaltung eines Mautsystems stünde aus Ihrer Sicht der Bundesregierung zur Verfügung oder hätte zur Verfügung gestanden, um ein Mautsystem in Deutschland in derselben Weise einzuführen wie in Österreich?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, vielen Dank für die Frage, Herr Wiehle. - Die Kohärenz der Steuersysteme ist ein sehr schwieriger Rechtfertigungsgrund, der mitunter geprüft wird vom Europäischen Gerichtshof, wenn es um die Frage geht, dass das nationale Steuerrecht in irgendeiner Form zu einer Diskriminierung führt, weil irgendwie irgendeine Abzugsmöglichkeit beispielsweise Inländern vorbehalten ist.

Dieser Rechtfertigungsgrund wird nur dann gewährt, wenn sozusagen jede andere Form der steuerrechtlichen Gestaltung zu erheblichen Ungerechtigkeiten führen würde - kann man so sagen, so ganz grob -, Kohärenz des eigenen Steuer-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

systems. Das ist aber vom Europäischen Gerichtshof in, ich würde mal fast sagen, 95 Prozent aller Fälle zurückgewiesen worden, weil es immer irgendwie anders geht. Aber es gibt ein paar Fälle, wo man mit der Kohärenz, weil das eigene Steuersystem sonst nicht mehr zu gerechten Ergebnissen führen würde, also die Gleichbehandlung der eigenen Staatsbürger nicht mehr gewährleistet wäre, mal durchgreifen kann. Das ist aber wirklich ein Ausnahmefall und spielt meines Erachtens jetzt keine Rolle im Zusammenhang mit der Frage: Wie ist es sozusagen in Bezug auf andere Steuersysteme?

Der erste Punkt, den Sie gefragt haben: Gibt es Abwägungen bei den Diskriminierungsverboten? - Selbstverständlich. Da bin ich, sagen wir mal, zumindest graduell etwas anderer Auffassung als Herr Mayer, wobei er aber andererseits auch recht hat. Man muss hier unterscheiden zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen. Unmittelbare Diskriminierungen sind Diskriminierungen, bei der die Differenzierung an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sprich: Ich erhebe Gebühren für Ausländer, die höher sind als für Inländer, und zwar knüpfe ich an die Staatsangehörigkeit an; oder ich erlaube die Ausübung eines Berufs nur für Deutsche. Solche Diskriminierungen gab es mitunter in der Anfangszeit. Die sind prinzipiell unter ganz engen Voraussetzungen rechtfertigungsfähig; es gibt im Vertrag Rechtfertigungsregelungen. Aber in der Regel scheidet es. Es scheidet eigentlich immer. Es gibt, glaube ich, überhaupt keinen einzigen Fall, wo so eine Regelung, wo so ein Berufsverbot für Ausländer zulässig gewesen wäre - ich glaube, einmal aus gesundheitlichen Gründen; das ist aber wirklich ein Ausnahmefall. Insoweit hat er recht.

Aber bei mittelbaren Diskriminierungen, also Diskriminierungen, wo die Differenzierung an einem neutralen Kriterium ansetzt, das aber dann mehrheitlich, so wie jetzt in dem Mautfall, Ausländer betrifft - ich meine, „ausländische Halter“ trifft auch Deutsche, die im Ausland eben halten, aber überwiegend sind natürlich ausländische Staatsangehörige betroffen -: Das lässt sich sehr wohl rechtfertigen. Hier ist sozusagen der Un-

rechtsgehalt so viel geringer, dass man ganz normal einen Rechtfertigungsgrund anführen kann: Das muss geeignet sein, erforderlich und - prüft der Europäische Gerichtshof selten - angemessen im eigentlichen Sinne. Da gibt es sehr viele Fälle, wo man gerechtfertigt hat, aber im Steuerrecht mit der Kohärenz nicht.

Dann hatten Sie noch gefragt: Gab es Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber es anders europarechtsfreundlich hätte ausführen können? - Na ja, gut. Diese Frage ist natürlich eine offene Frage. Man hätte die Maut nicht einführen können; man hätte warten können, bis die Richtlinie eingeführt wird. Ich hatte das vorhin schon mal gesagt: Wenn die Maut also wirklich abhängig von der Nutzung eingeführt worden wäre, wenn also die deutschen Halter, die inländischen Halter, ebenfalls nach Zeitabschnitten bepreist worden wären, ohne dass es einen solchen Zwang gegeben hätte, mag das der Europäische Gerichtshof vielleicht anders gesehen haben.

Auch hier stimmt, was Herr Mayer gesagt hat: Dieser Eindruck einer „Ausländermaut“ - so wurde das eben so oft genannt - hat so stark in der Öffentlichkeit und sicher auch vor dem Europäischen Gerichtshof den Eindruck erweckt, dass hier eine Diskriminierung beabsichtigt war, und hat sicher auch ein bisschen die Wahrnehmung verzerrt. Das gehört zur DNA des Europarechts, dass eben Ausländer nicht benachteiligt werden. Wenn man genauer hinschaut, muss man die Sache vielleicht differenzierter anschauen. Man hätte es anders machen können, sicher.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann als Nächster der Herr Sendker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Aber die Fragen waren auch an mich gerichtet, oder?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ach so, sorry. Ja, selbstverständlich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ich würde nämlich gern darauf antworten, weil ich das durchaus für eine wichtige Frage halte, und will versuchen, sie in aller Kürze zu beantworten.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich glaube, man muss sich zuerst klarmachen: Das Diskriminierungsverbot gilt tatsächlich nicht absolut, also hier hört dann auch die von mir vielleicht ja auch überstrapazierte Parallele zu der Menschenwürde und ihrem Stellenwert auf. Vielleicht ist aber auch diese Absolutheit wirklich etwas sehr, sehr Besonderes, wie eben auch die Menschenwürde was sehr Besonderes ist.

Es fängt schon damit an, dass wir Bereichsausnahmen im Europarecht haben. Es gibt bestimmte Bereiche der öffentlichen Verwaltung, die sind den Diskriminierungsverboten von vornherein entzogen: der diplomatische Dienst, Richterschaft; Militär ist schon ein bisschen schwieriger. Aber ich sage meinen Studenten immer: Alles, was schießen und stempeln darf,

(Heiterkeit)

also da, wo wirklich der Kernbereich der Hoheitsgewalt noch unterwegs ist, da können Sie tatsächlich immer noch entscheiden. Sie müssen es nicht, aber wenn Sie da sagen: „Da kommen jetzt nur deutsche Staatsangehörige rein“, dann ist an der Stelle Schluss mit den Diskriminierungsverboten des Europarechts.

Die Diskriminierungsverbote sind, wie wir ja heute schon verschiedentlich gehört haben, an verschiedenen Stellen im Vertrag auch aufgehängt, und wir diskutieren jetzt die ganze Zeit bei der Maut über dieses allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18; aber an sich ist das ja in der Warenverkehrsfreiheit oder in der Dienstleistungsfreiheit möglicherweise viel naheliegender auch im Mautkontext gewesen. Und so wäre es ja möglicherweise dann auch gekommen, wäre das Ganze nicht über das Vertragsverletzungsverfahren zum EuGH gekommen, sondern es hätte irgendein Pizzalieferant oder jemand, der eine andere Dienstleistung erbringt, sich über diese Maut in Deutschland so aufgeregt, dass er oder sie zum Gericht gegangen wäre, und dann hätte man das über die Grundfreiheit geprüft. Dann hätte man die Frage eben prüfen müssen - jetzt wieder unterstellt, es ist eine Diskriminierung -: Ist die möglicherweise gerechtfertigt? Und auch da möchte ich doch ganz klar sagen: Auch

der Vertrag sieht seit 1957 vor, dass an bestimmten Stellen Schluss ist mit Europarecht, mit Nichtdiskriminierung, und zwar ausdrücklich im Bereich von öffentlicher Sicherheit, Gesundheit und Ordnung. Da können Sie, wenn Sie da verhältnismäßig agieren als Mitgliedstaat, weiter auch nach der Staatsangehörigkeit unterscheiden.

Allerdings sind diese Fälle dann eben doch sehr selten. Und weil es eben auch die offenen Diskriminierungen gibt, also wo man wirklich im Tatbestand reinschreibt: „Deutsche Staatsangehörigkeit ist das Unterscheidungsmerkmal“, hat der Gerichtshof ja sehr früh die mittelbare Diskriminierung entwickelt, über die wir uns hier ja der Sache nach unterhalten. Das ist ja das Phänomen, dass man im Tatbestand nicht wirklich reinschreibt: „deutsche Staatsangehörigkeit“, „französische Staatsangehörigkeit“ und so, aber irgendwas anderes - Wohnsitz zum Beispiel oder Geburtsort -, aber das Ergebnis ist genau so, als hätte man im Tatbestand explizit „Staatsangehörigkeit“ reingeschrieben. Das nennen wir die mittelbare Diskriminierung.

Der EuGH hat aber ziemlich bald gemerkt, dass auch das eigentlich sehr schwer zu messen ist. Und deswegen hat er etwas entwickelt, was in dieser ganzen Debatte und auch heute kaum vorgekommen ist, was aber im EuGH-Urteil vorkommt, und das ist die Kategorie des Beschränkungsverbot. Es gibt nämlich im Europarecht, jedenfalls bei den Grundfreiheiten, auch eine Kategorie, die nichtdiskriminierende Beschränkungen - wir nennen es dann verkürzt: Beschränkungsverbot - verbietet, wobei diese allerdings auch unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden können.

Und das Interessante ist, dass, weil das ja im Ausgangspunkt etwas weniger aggressiv daherkommt als eine Diskriminierung, wofür wir nur diese ganz engen Rechtfertigungsmöglichkeiten haben, die explizit im Vertrag stehen, der Gerichtshof im Laufe der Zeit für diese Beschränkungen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt hat. Und dazu gehört unter anderem auch die Kohärenz des Steuersystems; dazu gehört der Verbraucherschutz; dazu gehört der Umweltschutz. Der steht nämlich so auch nicht in





## Nur zur dienstlichen Verwendung

den Verträgen. Die Verträge sind von 1957, da kannte man das Wort „Umweltschutz“ noch nicht mal.

Und das Interessante ist, dass wir die ganze Diskussion über Diskriminierung - ja oder nein? - auch in den Ausschussanhörungen, in diesen ganzen Gutachten, die da vorgelegt worden sind, eigentlich auch hätten weglassen können und uns gleich fragen können: Ja gut, geschenkt. Es ist keine Diskriminierung; aber dann ist es immer noch eine nichtdiskriminierende Beschränkung für jemand, der seine Dienstleistungsfreiheit ausüben will und dann durch die Maut eben darin behindert wird und die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit als weniger attraktiv wahrnimmt. - Und dann braucht man einen Rechtfertigungsgrund. Man wäre also auch in bestimmtem Sinne, ohne sich diese ganzen Gedanken über die Diskriminierung zu machen, zu dem Punkt gekommen: Können wir es rechtfertigen?

Der Gerichtshof macht das; der prüft die Dienstleistungsfreiheit im Urteil unter dem Gesichtspunkt des Beschränkungsverbot. Der prüft Artikel 18, weil Artikel 18 ist eigentlich auch nur denkmöglich als Diskriminierungsverbot. Das führt dann zu bestimmten Problemen bei der Rechtfertigung. Da passt das mit der Kohärenz der Steuersysteme möglicherweise gar nicht so richtig; aber ich glaube, jetzt gehe ich zu sehr in die europarechtlichen Details.

Alles, was ich sagen will: Es gibt tatsächlich diese Rechtfertigungsmöglichkeit der Kohärenz der Steuersysteme; die wird vom EuGH auch angesprochen. Aber bei der Dienstleistungsfreiheit - und um die Geschichte abzukürzen -: Er sieht hier einfach nicht das Argument. Also, das Argument ist zulässig, aber die Argumente fehlen trotzdem, weil er sieht nicht wirklich, wo das, was da vorgetragen, gemacht wird, zu einem kohärenteren Steuersystem beiträgt. Im Gegenteil: Durch diese Steuerausnahmen, die da geschaffen werden zugunsten der Inländer, die ja gleichzeitig trotzdem davon profitieren, dass sie dann in Frankreich, Italien, Österreich usw. ja nicht die dortige Kfz-Steuer zahlen müssen, sieht der

EuGH hier letztlich nicht wirklich ein valides Argument. Es geht also, es wäre gegangen mit der Kohärenz der Steuersysteme.

Und um Ihre Frage auch noch mal ganz konkret zu beantworten - was hätte man denn machen können, was wären denn hier Hinweise gewesen? -: Ja, es ist eigentlich der ganz einfache Zusammenhang, den wir ja vorhin schon festgestellt hatten. Man hätte das Ganze sehr schön europarechtskonform machen können mit der Maut, wenn man eben diese Privilegierung, diese sozusagen Rückzahlung über die Hintertür der Kfz-Steuerentlastung schlicht weggelassen hätte. Da hätte es gar kein europarechtliches Problem gegeben. - Das wäre die Antwort.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, vielen Dank. - Ich habe bisher dann noch eins, zwei, drei, vier Wortmeldungen

(Abg. Kirsten Lühmann  
(SPD) meldet sich)

- fünf Wortmeldungen -, und ich möchte darauf hinweisen, dass wir so um 14.50 Uhr, 14.55 Uhr dann für eine Stunde die Sitzung unterbrechen. Sollten wir, was ich im Moment nicht sehe, davon ausgehen, dass wir den Punkt hier abschließen können, wäre das natürlich schön, wenn es dann bis kurz vor drei passiert. Ansonsten möchte ich dann die Beratung eine Stunde später, also so gegen 15.50 Uhr, wenn die Abstimmungen im Plenum hinter uns liegen, fortsetzen. - Dies nur als Hinweis.

Jetzt haben wir den Herrn Sendker, den Herrn Kühn, den Herrn Jung, den Herrn Cezanne und die Frau Lühmann.

**Reinhold Sendker (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, ich habe noch zwei Nachfragen an Professor Kainer und das, was er vorgetragen hat.

Von Ihrem Kollegen Professor Mayer ist ja eben noch mal deutlich gemacht worden, dass schon im Vorfeld erkennbar gewesen sein soll, dass hier ein Verstoß gegen Europarecht vorliegt durch die Infrastrukturabgabe. Ganz so eindeutig, nach den



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Erklärungen, die wir hier gehört haben, ganz besonders Ihren Erklärungen, scheint ja die Lage dann doch nicht gewesen zu sein. Sie sprachen von einem starken Signal der Kommission - das haben wir ja auch im Vorfeld politisch wahrgenommen und gewürdigt -, und Sie haben auch hingewiesen auf das Plädoyer von dem Generalanwalt aus Schweden. Das war auch sehr, sehr eindeutig.

Insofern darf ich Sie noch einmal bitten, die Frage aufzunehmen, warum denn europäische Akteure so unterschiedliche Ansichten zur Rechtmäßigkeit der Maut vertreten, ganz besonders auch fokussiert auf den Artikel 92 AEUV. Da ist ja noch mal der Hinweis gegeben worden, dass es hier in der Frage der Diskriminierung - Casus knacksus - ja völlig unterschiedliche Auffassungen gegeben hat: schwedischer Generalanwalt gegenüber auch dem Gericht, dem allerletzten. Ich darf noch mal darauf hinweisen und Sie fragen: Gibt es denn bei einem solchen Auseinanderdriften nicht klassischen Handlungsbedarf bei dieser Vorschrift, die ja seit einigen Jahren besteht?

Mir hat auch gut gefallen und mich überzeugt, wenn Sie sagen, im Letzten gelte es doch, das Ergebnis zu betrachten. Das ist eindeutig, das hat der schwedische Generalanwalt gemacht. Und vielleicht ist das auch ein Einstieg, hier mehr Verständnis zu erhalten. Ich halte ich nicht für ganz so zukunftsfähig in dieser Frage; ich will das auch so verstehen. Und vor dieser Perspektive erbitte ich dann auch Ihre Antwort.

Eine zweite Frage. Der Generalanwalt Herr Wahl hat in seinem Schlussbericht auch noch mal deutlich gemacht, dass die geplante Infrastrukturabgabe mit den Grundsätzen der EU nach Benutzerprinzip und Verursacherprinzip völlig im Einklang stünde. Vor diesem Hintergrund frage ich Sie, ob der jetzige Zustand - das folgt dann ja daraus - hier in Deutschland nicht einer Inländerdiskriminierung gleichkommt - müsste man ja eigentlich dann so bezeichnen -, und würde Sie auch fragen, ob Sie regulatorische Möglichkeiten sehen, dem entgegenzutreten und eine solche Inländerdiskriminierung aufzuheben. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ob der Verstoß gegen Europarecht eindeutig war - ich kann wiederholen, was ich vorhin gesagt habe, und vielleicht noch mal etwas verdeutlichen -: Man ist in der Rechtswissenschaft nie in einer eindeutigen Situation, wenn nicht das Gesetz glasklar in einer Richtung ist. Und der Diskriminierungstatbestand - Herr Sendker, danke für die Frage - ist überhaupt nicht klar. Es ist eine außerordentlich schwierige Norm, es gehört vielleicht zu den schwierigsten Normen überhaupt. Mit dem Diskriminierungstatbestand haben sich Platon und Aristoteles auseinandergesetzt; ich glaube, es ist die „Nikomachische Ethik“ oder vielleicht „Nomoi“, eines von diesen beiden. Dort kann man das seitenweise lesen, wie schwierig es ist, zu prüfen, ob eine Regelung gleichbehandelt oder nicht. Da gibt es das berühmte Flötenbeispiel - das kennen Sie vielleicht - von Aristoteles: Wie verteile ich Flöten, wann ist es gerecht? Je nach dem Ziel. - Also ein außerordentlich schwieriger Tatbestand, wo man nicht so ohne Weiteres vorher sagen kann, dass es klar ist oder nicht.

Ich glaube - und ich habe das auch schon mehrfach gesagt -, was in dieser Situation ab 2013 eine große Rolle gespielt hat, war die politische Auseinandersetzung, die vor allen Dingen diesen ungeliebten Begriff der „Ausländermaut“ dann aufgenommen hat, der sicher auch irgendwo in die juristische Diskussion und auch in das Verständnis, in die Rezeption dieses ganzen Vorschlages hineingeführt hat.

Also für mich war das nicht eindeutig. Ich gebe Ihnen völlig recht, dass die Tatsache, dass der Generalanwalt später gesagt hat: „Das war kein Verstoß“, und auch dass die Kommission das gesagt hat, ein starkes Indiz gewesen ist. Aber ich hatte auch darauf hingewiesen: Es blieb ein Risiko.

Zu dem Artikel 92 AEUV. Ich halte den für sehr reformbedürftig und hatte das ja vorhin schon mal gesagt, weil er schlicht und ergreifend Inländerdiskriminierungen perpetuiert. Nun kann man



## Nur zur dienstlichen Verwendung

sagen, das kommt heute kaum noch vor, weil das Verkehrsrecht - und der Artikel 92 erfasst ja das Verkehrsrecht, also den gewerblichen Verkehr - ist heute praktisch durchreguliert auf der europäischen Seite.

Ein Teil, der noch nicht erfasst ist, ist in der Tat eben der gewerbliche Verkehr unter 3,5 Tonnen. Und darüber sprechen wir jetzt. Dazu gibt es einen Richtlinienvorschlag von 2017, und dieser Richtlinienvorschlag von 2017 ändert die Eurovignetten-Richtlinie und soll zukünftig diese Möglichkeit der Kompensationsfähigkeit von einer Maut auch auf Fahrzeuge unter 3,5 Tonnen ausdehnen. Das heißt, der Regelungsansatz, den die deutsche Bundesregierung hier verwendet hat - den Abbau einer Inländerdiskriminierung und auch die Heranziehung von ausländischen Haltern -, der findet sich wieder in der europäischen Rechtspolitik.

Ich weiß nicht, ob Herr Mayer hier widersprechen würde, weil das ja letztlich eine geltende Regelung ist: Ich wage die Prognose, dass, wenn die Kommission und Parlament und Rat diese Eurovignetten-Richtlinienänderung irgendwann verabschieden, das rechtmäßig sei und dass niemand kommen wird und sagen würde, dass das rechtswidrig ist, obwohl es ganz ähnlich laufen würde, wie das jetzt die Bundesregierung vorgehabt hat. Der Artikel 92 ist also erheblich reformbedürftig, auch wenn man zugeben muss, dass die Relevanz nicht mehr groß ist; aber gerade in diesem Fall zeigt sie sich eben.

Dann hatten Sie gefragt, ob es nicht eine Inländerdiskriminierung ist, wenn eben nur Inländer bezahlen, und was man dagegen tun kann. Die deutsche Infrastrukturabgabe hatte zumindest den Plan, dass zukünftig proportional nach Nutzung bepreist wird. Das halte ich für sachgerecht und angemessen. Man kann sich über die Details streiten - ist vielleicht nicht mein Fachgebiet -, ob das verkehrsrechtlich oder umweltschutzmäßig sinnvoll gewesen ist oder ob es eine Überkompensation gegeben hat im einen oder anderen Fall, vielleicht aus Umweltschutzgesichtspunkten; schwer zu sagen.

Richtig ist jedenfalls, dass die Kfz-Steuer nicht vollständig kompensiert worden ist; ich glaube, der Satz ist ungefähr 7,2 Milliarden Kfz-Steuer von Pkw letztes Jahr, und das Aufkommen der Infrastrukturabgabe war mal auf 3,7 Milliarden geschätzt worden insgesamt, Inländer und Ausländer. Also, von einer vollständigen Kompensation kann doch gar nicht die Rede sein. Also, es sollten die Ausländer proportional nach ihrer Nutzung bepreist werden. Ob das ganz genau aufging, kann ich nicht beurteilen; aber es wurde jedenfalls von der Europäischen Kommission nicht infrage gestellt.

Wie kann man die Inländerdiskriminierung abbauen? Ich halte es nach wie vor für ein Problem, auch europapolitisch für ein Problem; denn das gehört, wie gesagt, eben auch zur DNA, dass wir uns als Inländer nicht schlechter behandeln müssen als Ausländer. Das ist auch ein verfassungsrechtliches Problem im Übrigen, dass Inländer schlechter behandelt werden als Ausländer.

Es sollte abgestellt werden; aber es läuft jetzt. Und die einzige Möglichkeit nach diesem Urteil ist eben, darauf zu warten, dass diese Richtlinie fertig ist. Sie hängt im Moment. Es gibt da eine erste Lesung im Parlament, im Europäischen Parlament. Es gibt Änderungsvorschläge. Und jetzt wird es gerade im Rat immer wieder behandelt; es gab eine ganze Reihe von Ratssitzungen zu diesem Thema. Das muss man abwarten, und dann kann man auch auf der deutschen Ebene wieder tätig werden, wenn diese Richtlinie umgesetzt wird.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann haben wir den Herrn Kühn auf der Rednerliste.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine erste Frage geht an Herrn Professor Kainer. Sie waren ja auch wie Herr Mayer hier schon in verschiedenen Anhörungen zu dem Sachverhalt oder zumindest in einer Anhörung. Sie haben das Bild gezeichnet, dass es ein gemischtes Bild gibt, was die juristische Einschätzung der Europarechtskonformität dieser Infrastrukturabgabe angeht. Herr Mayer hat ein Stück weit gesagt, da



## Nur zur dienstlichen Verwendung

gebe es eine überwiegende rechtswissenschaftliche Meinung, die die Maut für europarechtswidrig gehalten hat.

Aber auch ausgehend sozusagen von dem mehrschichtigen Bild aus den Anhörungen, die wir ja im Verkehrsausschuss gehabt haben: Können Sie noch mal sagen, wie Sie das bewerten, dass dann das Bundesverkehrsministerium zu einer Risiko einschätzung von 15 Prozent gekommen ist? Herr Mayer hat ja schon eine andere Zahl genannt; Sie hatten nach meiner Auffassung signalisiert, dass Sie das auch als zu niedrig bewerten. Aber vielleicht können Sie das noch mal einordnen, wie Sie das einschätzen, dass nach mehreren Anhörungen, auch hier im Verkehrsausschuss, die ja ein differenziertes Bild gegeben haben, dann am Ende 15 Prozent Risikobewertung rauskommt?

Herr Professor Mayer, Sie würde ich gerne noch mal mit einem Zitat aus dem Gutachten von Professor Hillgruber konfrontieren - Professor Hillgruber ist ja derjenige, der sehr zahlreiche Gutachten und Stellungnahmen für das Bundesverkehrsministerium zu dem Sachverhalt formuliert hat, die auch auf der Website des Bundesverkehrsministeriums veröffentlicht sind - und da um eine Einschätzung bitten hinsichtlich der Frage sozusagen der Rechtfertigung. Er schreibt nämlich auf Seite 55 und 56 seines Gutachtens aus dem Jahr 2014:

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vorgesehene Maßnahmenkombination aus Einführung einer Infrastrukturabgabe ... und Schaffung korrespondierender Freigrenzen bei der Bemessung der Kfz-Steuer als solche keine (mittelbare) Diskriminierung von EU-Ausländern darstellt bzw. dem Grunde nach durch die Notwendigkeit eines Lastenausgleichs als zwingendes Allgemeininteresse europarechtlich gerechtfertigt ist.

Insofern

verstößt das Vorhaben ... weder ... gegen Art. 92 ... noch ... 18 ....

Es ist in gewisser Weise eine Wiederholung von Fragen, die wir schon gestellt haben; aber ich würde, weil das eine Aussage ist, auf die sich das Verkehrsministerium ja offensichtlich auch bei seiner Risikoabschätzung und Fortführung des Prozesses bezogen hat, noch mal Ihre fachliche Einschätzung dazu hören.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Ja, das ist für Juristen immer die Herausforderung: Man bekommt als Rechtsanwalt oder Rechtsanwältin oder eben als Gutachter, Gutachterin eine Frage: „Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit?“, und Sie kommen dann letztendlich mit Argumenten zu diesem oder jenem Ergebnis. Also, es sind immer Argumente, die Sie miteinander abwägen.

Ich persönlich habe das wirklich sehr sorgfältig gemacht, auch in mehreren Aufsätzen übrigens mich mit dem Thema beschäftigt, und habe mich auch mit dem Diskriminierungstatbestand intensiv beschäftigt über vielleicht schon zehn Jahre hinweg und war eben der Auffassung: Man muss sich das sehr im Detail anschauen und genauer als nur die Maßnahme selbst; sondern - das hatte, glaube ich, Herr Sendker eben auch noch mal gesagt - man muss auf das Ergebnis schauen und nicht auf die Maßnahme als solche. Und vor dem Hintergrund, von dem Gesichtspunkt her muss man sozusagen abstrahieren von diesen beiden Regelungen und einen Schritt weitergehen und sagen: Wird jetzt nach Nutzung bepreist oder nicht? - Von daher kam ich zu einem anderen Ergebnis als 95 Prozent.

Ich weiß aber auch - und ich habe auch diese europarechtliche Sensibilität, ich mache Europarecht seit mehr als 20 Jahren -: Das kann auch anders gesehen werden, weil der Diskriminierungstatbestand so im Zentrum des Europarechts steht. Deswegen habe ich hier ja auch gesagt: Meiner Auffassung nach nicht, aber es gibt ein Risiko, dass so entschieden wird. - Bei Artikel 92 habe ich das Risiko höher eingeschätzt; ich habe es nicht mit Zahlen, aber bestimmt mehr als 15 Prozent. Und wenn ich sozusagen selbst ein



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Haus gebaut hätte auf der Grundlage einer solchen Risikoentscheidung, hätte ich vielleicht erwartet. Aber es ist natürlich was anderes, wenn ein Staat entscheiden muss und vielleicht Einnahmeausfälle hat in hoher Höhe; da mag das vielleicht anders sein. Aber das letztendlich zu differenzieren, ist eine politische und keine juristische Aufgabe.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Mayer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, vielen Dank. - Ich möchte vielleicht eingangs doch noch mal dem deutlich entgegnetreten, dass es irgendwie so eine Eins-zu-eins-Konstellation ist, so dieses „zwei Juristen, drei Meinungen“, wie es ja auch in den Ausschüssen, in den Anhörungen in 2015, 2017, war; ich saß auf der einen Seite, Herr Hillgruber saß auf der anderen Seite.

Also, ich habe in meiner Stellungnahme noch mal eine ganze Reihe von Zitaten rausgesucht, die das aus meiner Sicht wirklich deutlich stützen, dass es hier eine ganz überwiegende Mehrheit der Europarechtler gibt, die das so bewerten wie ich. Ich zitiere hier Herrn Michl:

So sieht ein unionsrechtliches Himmelfahrtskommando aus.

In der Rückbewertung, in der Ex-ante-Sicht.

Anderes Zitat, Beitrag im Verfassungsblog:

... eine ... Frage, über die eigentlich Einigkeit besteht: So geht es jedenfalls nicht.

Dann in der Anmerkung zur EuGH-Entscheidung von einem Herrn Pießkalla in der „Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht“: „von Beginn an zum Scheitern verurteilt.“

Kollege Frenz schreibt:

Eine solche Gesamtschau ... war allerdings von vornherein geboten ... . Nach dem System des EU-Rechts war kein anderes Ergebnis möglich.

Dann noch ein Letzter hier, schreibt auch im Verfassungsblog im Juni 2019:

Zuvor hatte es eigentlich kaum eine Stimme aus der Fachwelt gegeben, die nicht die evidente Rechtswidrigkeit des Mautvorhabens angenommen hatte ...

Und das kann man endlos weiter fortsetzen. Also, das vielleicht noch mal, um klarzustellen, dass wir hier wirklich mit einem enormen Gefälle reden.

Der Kollege Hillgruber hat, wenn ich recht sehe, eigentlich nur ein Gutachten verfasst zu dieser Frage. Ich weiß nicht, vielleicht ist das ja auf verschiedenen Websites des Verkehrsministeriums dann abgelegt. Aber es ist dieses Gutachten aus 2014. Er hat dann später noch einen Beitrag, einen Fachbeitrag, veröffentlicht.

Ich kann zu seiner Einschätzung, dass hier keine Diskriminierung vorliegt, eigentlich nur das wiederholen, was ich vorhin gesagt habe: Es ist eben eine Möglichkeit, so zu argumentieren, aber sie ist aus meiner Sicht fernliegend und, wie mir der EuGH ja jetzt auch bestätigt, falsch.

Und in dem Gutachten gibt es auf jeden Fall einen, wenn Sie so wollen, auch, wie ich glaube, echten europarechtlichen Fehler - was vielleicht auch damit zu tun hat, dass Herr Hillgruber, den ich sehr schätze als Kollegen, jetzt nicht unbedingt ausgerechnet als Europarechtler überwiegend hervorgetreten ist -: Die ganze Dimension des Beschränkungsverbot, über die ich vorhin gesprochen habe, die kommt schlicht nicht vor, was für mich eben auch schon ein Hinweis darauf ist, dass man hier die europarechtliche Gesamtdimension einfach nicht überschaut hat.

Und deswegen wäre es bei den Summen, um die es hier geht, doch allemal angezeigt gewesen, zumindest eine zweite Meinung einzuholen, wenn es wirklich um die Rechtslage gegangen wäre. Dass man das nicht gemacht hat, deutet für mich darauf hin - ich habe es in meinem Eingangsstatement gesagt -, dass die Rechtslage möglicher-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

weise nachrangig war, sondern es hier ein politisches Ziel gab. Von daher wurde in der Tat vom Ergebnis her argumentiert und die Rechtslage dann eben weitgehend ausgeblendet. Das hat sich aber letztlich, wie ich glaube, verheerend gerächt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, vielen Dank. - Dann müssen wir jetzt hier leider unterbrechen für eine Stunde. Auf der Rednerliste stehen dann anschließend der Herr Jung, der Herr Cezanne und die Frau Lühhmann.

Dann treffen wir uns also um 15.50 Uhr wieder hier im Saal. Bis dahin gute Zeit.

(Unterbrechung von  
14.52 bis 16.18 Uhr)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, dann kann ich die unterbrochene Sitzung wieder eröffnen - noch mal vielen Dank für Ihr Verständnis -, und wir können die Beratungen fortsetzen. Wir haben im Moment noch drei Kolleginnen und Kollegen auf der Rednerliste: den Kollegen Jung, den Kollegen Cezanne und die Kollegin Lühhmann. - Herr Dr. Jung, bitte.

**Dr. Christian Jung (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich habe eine Frage an Herrn Professor Mayer. Herr Professor Mayer, Sie waren ja jetzt in Ihrer Bewertung vor der Pause ziemlich eindeutig. Was mich persönlich interessieren würde, wäre Ihre persönliche Einschätzung: Konnte Herr Minister Scheuer als juristischer Laie zu einer anderen Bewertung der Rechtslage kommen? Weil man hat ja auch im Ministerium immer wieder so Taskforces, wo man vielleicht auch Persönlichkeiten wie Sie dabei hat, auch auf Beamtenebene, die da auch klar sagen, was Sache ist. Wie konnte es denn dann dazu kommen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank. - Die Frage habe ich mir in den letzten Jahren auch oft gestellt: „Wie kann es dazu kommen?“, weil die europarechtlichen Zusammenhänge sind - ich bleibe dabei - zumindest nicht zu 100 Prozent eindeutig, und es geht um sehr viel Geld.

Ich glaube nicht, dass man das jetzt gleichsam an der Person und Figur des politisch verantwortlichen Ministers so konkret festmachen kann, dass der das hätte überblicken müssen. Von daher geht es hier ein Stück weit auch um Systemversagen. In der Ministerialbürokratie gibt es definitiv Europarechtswissenschaftler, die Zusammenhänge überblicken und auch die verschiedenen Positionen, die es da gibt, einordnen und gewichten können.

Ich will daran erinnern, dass ja auch eine der ganz frühen Äußerungen hier aus dem Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages kam, eine sehr ausführliche und, wie ich finde, auch handwerklich nicht zu beanstandende, nüchterne Deskription der Rechtslage. Man kann es fortsetzen: Der Bundesrat hat ja auch eine Rolle gespielt. Irgendwann ist das ja auch mal beim Bundespräsidenten gewesen. Es gab also eine ganze Reihe von Akteuren.

Insgesamt muss man ja auch noch mal festhalten: Einen ganz entscheidenden Akt hat ja letztlich dann auch für das, was heute hier aufgeklärt werden soll, der Deutsche Bundestag durch seine Funktion als Gesetzgeber gesetzt. Das Gesetz wurde ja nicht vom Minister alleine gemacht, sondern es hat hier eine Mehrheitsentscheidung gegeben. Von daher hat es schon etwas von einem systemischen Versagen.

Ich würde meinen, dass es im Idealfall auch eine Aufgabe und ein Ertrag dieses Ausschusses sein könnte, zu versuchen, sicherzustellen, dass sich so etwas möglichst nicht wiederholt. Es würde in der Tat möglicherweise dafürsprechen, dass man überlegt, an welchen entscheidenden Schnittstellen man versucht, systemisch etwas einzubauen, was solche Entscheidungen verhindert oder irgendwie noch mal überprüfbar macht: ein Vier- oder Sechsaugenprinzip, nicht nur ein Gutachter, sondern irgendwie zwei oder drei oder irgend so was. Ich glaube, das könnte eine Lehre sein. Aber klar: An einer bestimmten Stelle gab es dann offenbar auch ganz klare politische Entscheidungen.

Um auch wieder auf die Parlamentsdienste hier zurückzukommen: Das war ja zu einem sehr frühen Zeitpunkt eine sehr heftige, konfrontative



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Situation, in die da die Fachbeamten gebracht worden sind. Das hatte natürlich auch was Entmutigendes möglicherweise für alle anderen, die auf der Fachebene die eine oder andere Überlegung hatten. Also von daher: Wenn man jetzt nach einer Erklärung für den konkreten Kausalverlauf sucht, sieht man beim näheren Hinsehen dann eben doch, was das eine oder andere erklären könnte. Aber ich bleibe dabei: Es sollte idealerweise am Ende auch etwas stehen, was in die Zukunft versucht sicherzustellen, dass sich so etwas nicht wiederholt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Erst Herr Cezanne, dann Frau Lühmann, bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich würde gerne bei Herrn Professor Mayer da noch mal ein bisschen nachhaken, weil das wäre natürlich auch meine Hoffnung, dass man so einen Untersuchungsausschuss ja auch deshalb macht, weil man gerne was lernen würde. Nun ist es mit den Lernprozessen in der Politik so eine Sache. Da geht es um Macht und Einfluss, und da ist es nicht so ganz offen.

Sie haben das jetzt angesprochen. Sie haben ja selber auch schon mal angesprochen, welche Rolle Sachverständigenaussagen eigentlich spielen sollten. Hätten Sie denn da außer dem, was Sie jetzt ja auch nur angedeutet haben, also Vier- oder Sechsaugenprinzip, Vorschläge oder Vorstellungen, wie wir das hier sinnvoller gestalten können, wie sich der Bundestag als Ganzes oder so ein Ausschuss wie wir im Verkehrsausschuss über die Rechtslage so informieren müssen, dass man eben nicht nur so einen Showdown zwischen zwei Sachverständigen organisiert?

Zur Verantwortung, zur Gesamtverantwortung, haben Sie ja schon was gesagt. Aber trotzdem: Wenn Sie da noch gute Ratschläge für uns hätten, wären wir sehr dankbar.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Vielen Dank. - Es ist eine schwierige Frage, und ich glaube, auf die Frage gibt es auch keine einfache, allgemeingültige Antwort; aber sie kommt natürlich an verschiedenen Stellen hoch. Ich habe im Kontext der Euro-Krise auch eine bestimmte

Rolle hier gehabt, habe seinerzeit im ersten Euro-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht den Bundestag vertreten. Da stellte sich dann auch zu einem bestimmten Zeitpunkt der Vorsitzende des Rechtsausschusses die Frage: Wie kriege ich eigentlich raus, wie wir uns verfassungskonform verhalten als Abgeordnete? - Und das ist gar nicht so einfach. Man kann natürlich ein Gutachten beauftragen. Dann kommt aber sofort die Gegenseite mit dem anderen Gutachter. Und dann kann man versuchen, das eben so numerisch gegenüberzustellen: Ja, ich habe aber mehr Gutachter. - Ich habe ja anfangs versucht, ein bisschen aufzuschlüsseln, dass das mit dem Numerischen nicht ganz so aufgeht, und darum geht es ja dann auch eigentlich nicht, wenn man wirklich, wie zum Beispiel in der Euro-Krise, versucht, herauszufinden: Wo liegt denn jetzt dieser Mehrheitskonsens der Interpretationsgemeinschaft?

Man kann versuchen, sich Modelle, die man im Ausland hat, anzugucken. Ich glaube, in Österreich hat man, was jetzt das Verfassungsrecht angeht, einen Verfassungsdienst beim Kanzleramt angesiedelt, der irgendwie noch mal so eine etwas andere Funktion hat als die herkömmliche Rechtsstelle in der Ministerialbürokratie. Man kann - das gibt es zum Beispiel im Bereich des Völkerrechts hier bei uns schon beim Auswärtigen Amt - versuchen, mit Beiräten etwas zu machen. Das Auswärtige Amt hält sich einen Völkerrechtsbeirat, in dem die völkerrechtlichen Kollegen in einer größeren Mannstärke drinsitzen, und damit hat man einen gewissen Pluralismus der Meinungen. Wenn die dann alle in eine Richtung gehen, dann hat man vielleicht so eine gewisse Orientierung, was dann wohl doch das geltende Völkerrecht sein könnte.

Aber das hat natürlich immer einen Nachteil, wenn Sie anfangen, irgendwelche Rechtsdienste aufzubauen. Es ist zum Beispiel ganz eigentümlich: Der Deutsche Bundestag hat kein Justizariat im Sinne eines Legal Service. Das Europäische Parlament hat einen Legal Service, hat einen Juristischen Dienst, genau wie die Kommission. Warum ist das eigentlich so? Nun, beim Europäischen Parlament kann man eben studieren, dass eine Schattenseite natürlich ist, dass es sich dann, wenn Sie die Fachleute, die Fachebene, so



## Nur zur dienstlichen Verwendung

mit Entscheidungsmacht ausstatten, natürlich auch schnell verselbstständigen kann; dann wird es ein eigenständiger Machtfaktor. Das sind die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages nach meiner Beobachtung bisher nicht.

Aber, wie gesagt, gerade vergleichende Beobachtungen zeigen - auch in der Parlamentsverwaltung -: Je mehr Entscheidungsmacht, je mehr Einfluss Sie da aus der Hand geben, desto mehr gibt es da ein Verselbstständigungsrisiko.

Für das ganz konkrete Thema hier ist natürlich auch eine Überlegung, die man haben kann, die Unwucht, die wir auch in anderen Zusammenhängen beobachten: Wenn die Gerichte sich nicht sicher sind mit dem Europarecht, dann können die im Wege der Vorlage den Europäischen Gerichtshof anrufen, Artikel 267 AEUV; die Verwaltung kann das nicht. Das war sozusagen schon draußen in der Territorialverwaltung beim berühmten DocMorris-Fall mit den Apotheken im Saarland so ein Thema. Da hätte man auch gerne gewusst: Wie ist denn jetzt die Europarechtslage? Aber das zuständige Ministerium kann halt nicht einfach beim EuGH eine Vorlage machen; das können nur die Gerichte. Man musste also erst das Gerichtsverfahren provozieren, damit die dann vorlegen.

Das ist jetzt natürlich eine ganz wilde Idee, dass man vielleicht, wenn es, wie hier jetzt, um solche Dimensionen wie 500 Millionen Euro geht, bei irgendeiner der künftigen Vertragsrevisionen noch mal an irgendeiner Stelle überlegt, ob man nicht doch irgendeine Gutachtenmöglichkeit zum EuGH - die Gutachtenmöglichkeit gibt es ja jetzt nur sehr eingeschränkt - eröffnet, damit der Letztinterpret das beurteilt.

Auch hier müssen Sie sehen: Wenn Sie anfangen, solche Gutachtenmöglichkeiten einzurichten, hat das auch sofort politisches Missbrauchspotenzial und macht natürlich den EuGH noch mächtiger. Das Bundesverfassungsgericht hatte das in seinen Anfangsjahren; das konnte man einfach mit Gutachten befassen. Die wollten das dann weghaben; das hat man in den 50er-Jahren wieder abgeschafft, weil das natürlich dann auch sofort in-

strumentalisiert wurde. Also: Es gibt bei fast jeder Lösung Licht und Schatten. Aber der einfache Ratschlag wäre: Es ist halt besser, es gucken ein paar mehr Leute drauf, so eine gewisse pluralistische und Filterstruktur, damit solche Dinge sich nicht wiederholen können. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Sie haben meine erste Frage damit teilweise schon beantwortet; denn wir waren ja genau in der Situation als SPD-Fraktion, dass im Koalitionsvertrag die Europarechtskonformität stand, wir aber vor Gesetzesverabschiedung das nicht abschließend klären konnten. Denn Sie wissen ja: Es gab nicht nur ein Gutachten, und zwar das eine vom Ministerium, sondern durchaus mehrere, auch zu anderen Fragen, zum Beispiel wie viele Einnahmen das bringt; aber niemand konnte uns letztendlich sagen, wer recht hat. Sie haben es selber angesprochen: Mit Mehrheiten zu arbeiten, ist, glaube ich, in dem Fall auch sehr schwierig. Bei Einstimmigkeit würde ich da noch zucken, aber bei Mehrheiten nicht.

Zum Vorlagerecht beim EuGH. Das haben wir als SPD sehr bedauert, dass wir nicht vorher den EuGH fragen können. Wir haben also auch versucht, da irgendwas rauszuhören. Die haben sich aber standhaft geweigert, auch nur irgendetwas in diese Richtung verlautbaren zu lassen, sodass wir eigentlich erst dieses Gesetz machen mussten, um dann zu gucken, ob es Bestand hat oder nicht. Von der Systematik her - Sie haben es selber gesagt: wenn das Gesetz da ist, dann muss man damit ja auch umgehen - hätte man es lieber nicht gemacht. Aber wenn wir es nicht gemacht hätten, hätten wir nicht gewusst: Ist es europarechtskonform oder nicht? Dazu hatte ich die Frage, die Sie schon beantwortet haben.

Jetzt habe ich es so verstanden, dass man versuchen sollte, wenn so eine Frage noch einmal aufkommt, dass man dann die Möglichkeit hat, Tendenzen abfragen zu können. Geht das nur mit einem Gutachten, oder meinen Sie, es geht auch mit einer Vorabentscheidung oder so was in der Richtung? Denn Gutachten - das sehe ich so wie





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Sie - bergen immer ein Missbrauchspotenzial. Wenn, dann müsste es eine Entscheidung sein. Können Sie sich das vorstellen? - Das wäre die erste Frage.

Und die zweite und dritte Frage sind eigentlich nur sehr kurz. Wir werden in den späteren Zeugenvernehmungen die Frage zu klären haben: „Was ist der Zeitfaktor?“; die geht auch wieder bitte an Sie beide. Mit welcher Verfahrensdauer war vor dem EuGH zu rechnen? War das klar, dass die im Sommer entscheiden, oder hätte das auch genauso gut noch ein Jahr länger dauern können?

Ganz zu Anfang Ihrer Aussagen hat einer von Ihnen - ich habe leider nicht notiert, wer - mal gesagt: Ein Gesetz, das für sich genommen diskriminierend ist, kann durch ein korrespondierendes Gesetz dann europarechtskonform sein. - Das heißt, das Gesetz alleine zählt nicht immer, sondern es gibt manchmal auch ein Zusammenspiel von Gesetzen, die sie dann europarechtskonform machen. Hier hatten wir ja nun genau den umgekehrten Fall, dass die kombinierte Wirkung verschiedener Maßnahmen dann zu einer Europarechtswidrigkeit geführt hat. Gibt es vergleichbare Fälle? Ist das jetzt der erste Fall, wo das so war, oder ist das eigentlich häufiger schon der Fall gewesen?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte schön. Wer möchte anfangen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Noch mal zu der Frage, wie man dann versucht, sozusagen aus der politischen Entscheidungssituation heraus die Rechtslage zu klären. Ich will Sie trotzdem im Grundsatz eher warnen, weil ich habe das gerade in der Euro-Krise gesehen. Es gibt dann natürlich schon das Risiko, wenn Sie als politische Entscheidungsträger dann anfangen, nur noch in Rechtskategorien zu denken, wie Juristen zu denken, sozusagen zu versuchen, zu antizipieren: Was könnte das Verfassungsgericht an Gedanken hegen? - Das ist nicht die Aufgabe des politischen Prozesses.

In der Euro-Krise war das eine merkwürdige Verkehrung der Rollen. Im politischen Raum wurde

nur noch mit verfassungsrechtlichen Argumenten hantiert, und in Karlsruhe ging es eigentlich sozusagen um politische Grundentscheidungen, und die Richter haben eigentlich politische Grundentscheidungen getroffen. Das ist eine verkehrte Welt. Die haben nicht wirklich die Legitimation dafür, und es ist nicht die Rolle der politischen Entscheidungsträger, sich sozusagen nur mit den rechtlichen Kategorien zu befassen.

Es geht schon um die Frage: Was ist politisch gewollt, und was ist politisch richtig? Und das Recht soll dann eben die Leitplanken dafür geben. Ich glaube, wirklich nur in dieser Zusammenschau macht das auch Sinn. Vielleicht sehe ich das ja verzerrt oder falsch; aber meine Wahrnehmung dessen, was hier passiert ist, ist, dass es hier eben doch eine gewisse Unwucht gegeben hat. Man hat, glaube ich, zu sehr sozusagen den politischen Aspekt betont. Es kam zu wenig auf die rechtlichen Leitplanken an. Das ist vielleicht dann das, was man auch für die Zukunft mitnehmen muss: dass es eben extrem gefährlich ist, wenn man sagt: Wir wollen was, und wie die Rechtslage ist, das schauen wir uns irgendwann später an, oder wir lassen es die Gerichte entscheiden. - Man muss schon diese beiden Dinge zusammen sehen.

Das ist jetzt natürlich etwas sehr allgemein, was ich Ihnen hier als Antwort auf Ihre Frage gebe; aber es ist wirklich letztlich der Appell, das mit den Juristen nicht sozusagen zu überziehen, weil Sie sonst natürlich auch dann die Macht, die politische Macht, die Ihnen legitimerweise verliehen worden ist, an die Juristen abgeben. Das ist ja auch nicht der Sinn des Parlaments und der politischen Entscheidungsträger.

Ich würde also noch mal dafür plädieren, es im Zweifel eben dann - und das ist ja auch die Idee hier im Parlament - über weit diskursiv ermittelte, pluralistisch abgesicherte, im Verfahren ermittelte Lösungen zu versuchen und eben aber doch das Recht als Leitplanke sehr ernst zu nehmen. Aber eigentlich ist es in unserem politischen Prozess normalerweise gar nicht das Problem. Das Typische in unserem politischen Prozess ist eigentlich, dass wir sehr stark juristisch argumentieren und typischerweise dann eben



## Nur zur dienstlichen Verwendung

auch die wirklich konfliktuellen Sachen in verfassungsrechtliche Fragen verpacken, die dann nach Karlsruhe gehen, und die entscheiden dann, wie es ist, und dann hat das eine enorme Befriedungsfunktion, wenn es aus Karlsruhe kommt, obwohl die eigentlich dann auch politische Entscheidungen treffen.

Aber es ist, wie gesagt, eine Frage, die mich, seit ich das damals erlebt habe im ersten Euro-Verfahren, diesen völlig ratlosen Rechtsausschussvorsitzenden, der fragte: „Wie könnten wir rauskriegen, wie die Verfassungsrechtslage ist?“, umtreibt. Es gibt darauf keine richtige Antwort, sondern die richtige Antwort ist: Es ist nicht die erste Frage. Die erste Frage ist das, was politisch richtig, gewollt, legitim usw. ist. Das muss aber flankiert sein - das müssen Sie zusammen denken - mit den Rechtsfragen. Es ist, wie gesagt, keine einfache Antwort.

Die Frage nach der Verfahrensdauer kann ich schnell beantworten. Da gibt es so Erfahrungswerte: 15 Monate, sagt man da so. Das kann natürlich deutlich schneller gehen. Es gibt auch Beschleunigungsmöglichkeiten, Eilverfahren usw. beim Europäischen Gerichtshof.

Hätte es noch ein Jahr länger da herumliegen können? - Weiß ich nicht. Ein Jahr kommt mir jetzt schon ziemlich lang vor. In Anbetracht der Bedeutung - Stichwort: die Formation, die entschieden hat, mit den 15 Richtern - hatte man ja in Luxemburg schon auf dem Schirm, dass das was Wichtiges ist.

Dann noch die letzte Frage, dass hier die Eigentümlichkeit bestand, dass das Zusammenspiel von Regeln bestimmte Effekte ergeben hat, und ob das etwas ist, was wir in der Vergangenheit schon beobachtet haben: Ja, bei der Lkw-Maut; das war ja genau dasselbe. Das war ja auch dieses Zusammenspiel von einer gesetzlichen Regelung, die sozusagen eine Belastung für alle war, und einer anderen gesetzlichen Regelung, die eine Entlastung für einige war. Erst in der Zusammenschau ergab es aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs diesen diskriminierenden Effekt. Dementsprechend kann man jedenfalls für die Zukunft dann auch noch mal - aber das ist an sich

jetzt auch mit der Lkw-Maut-Entscheidung, wie ich meine, schon absehbar gewesen - die Erkenntnis mitnehmen, dass sich der EuGH jedenfalls an der Stelle nicht hinter die Fichte führen lässt. Der guckt sich Gesamtzusammenhänge und ökonomische Effekte an. Dementsprechend würde man bei einer künftigen ähnlichen, vergleichbaren Konstellation allemal auf diese Präzedenzfälle verweisen.

Dazu könnte man jetzt noch viel sagen, weil das natürlich auch für Sie als Gesetzgeber ein Problem ist, weil Sie ja möglicherweise nur einen Teil dieser Regelung machen, und dann kommt der andere Teil woandersher. Das ist auch ein weiteres Beispiel dafür, dass es hier in der Tat um komplexe Zusammenhänge geht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Frau Lühmann, beim Thema Verfahrensdauern würde ich hinzufügen wollen, dass der Europäische Gerichtshof etwas anders strukturiert ist als deutsche Gerichte. Es hat nämlich der Präsident im Europäischen Gerichtshof eine sehr starke Stellung. Der kann die Rechtssachen bestimmten Kammern zuweisen, der kann bestimmen, dass eine große Kammer entscheidet, und der kann auch sehr stark die Sachen beschleunigen oder verlangsamen. In der Wightman-Entscheidung - das war die Entscheidung über den Brexit-Austritt und die Frage der Rücknahme der Austrittsnotifizierung - hat der Europäische Gerichtshof in sagenhaften drei Monaten entschieden. Das ist irre, wenn man überlegt, wie viele Schritte dazwischenliegen, zum Beispiel Übersetzen und alles. Der Trend geht zu kürzeren Verfahrensdauern. Der Europäische Gerichtshof wird immer schneller. Das hat verschiedene Gründe. Ich glaube auch nicht, dass es noch ein Jahr länger gegangen wäre. Aber man kann sich beim Europäischen Gerichtshof, was die Verfahrensdauer angeht, nicht so sicher sein. Tendenziell kann man sagen: Je bedeutender etwas ist, desto höher ist die Tendenz, dass es auch schneller gehen wird. Aber das ist keine ganz fixe Angelegenheit. Wie gesagt, man kann das vorher nicht so sicher sagen.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Das Dritte, was Sie gefragt hatten, betraf die Kombination von Maßnahmen. Es ist so, dass der Europäische Gerichtshof in der Rechtsprechung zu Grundfreiheiten, aber auch sicher zum Diskriminierungsverbot immer eine effektbasierte, eine wirkungsbasierte Prüfungsweise hat. Also er schaut immer: Was ist die Wirkung von Maßnahmen insgesamt? Wir hatten viele Entscheidungen, wo mehrere Gesetze, ob das internationales Privatrecht war in Verbindung mit irgendeiner bestimmten Norm oder ob das im Steuerrecht war, verschiedene steuerrechtliche Gesetzgebungen, dann erst zusammen zu einer Diskriminierung geführt haben. Das ist Alltagsgeschäft.

Deswegen: Das Argument, dass man die beiden Maßnahmen getrennt sehen müsste, hier Steuer-senkung und da Infrastrukturabgabe, hat mir nie eingeleuchtet. Das muss man als Gemeinsames sehen. Dann muss mal halt schauen: Was ist der Effekt des Ganzen? Ist das, wie ich sage, nur ein Abbau von Inländerdiskriminierung, oder ist es, so wie andere eben gesagt haben, eine Diskriminierung? Aber der Effekt, die Wirkung ist das Entscheidende, und das können viele verschiedene Maßnahmen sein.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, vielen Dank. - Das war die letzte Wortmeldung. Wir haben unser Zeitfenster von 120 Minuten deutlich überschritten; aber ich denke, es ist auch richtig, dass wir alles zu Ende diskutieren.

Ich frage jetzt noch mal formell: Gibt es noch Anmerkungen, Wortmeldungen? - Das ist nicht der Fall. Wird noch mal eine Zusammenfassung von den beiden Herren gewünscht, oder reichen uns die Beiträge? - Das ist auch nicht der Fall. - Ja, bitte, Herr Professor Kainer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Friedemann Kainer:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Entschuldigung, wenn ich mir gestatte, noch mal um das Wort zu bitten. Ein Gesichtspunkt war mir noch wichtig, und zwar eine Reaktion zu dem, was Herr Mayer vorhin zu den Beschränkungsverboten gesagt hat; ich hatte noch keine Gelegenheit, darauf zu reagieren. Dem würde ich allerdings dezidiert widersprechen wollen. Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten in ihrer Dimension als

Beschränkungsverbote liegt nicht vor; deswegen mussten weder das Verkehrsministerium noch Herr Hillgruber noch andere sich damit beschäftigen. Das hat jetzt europarechtlich diffizile Fragestellungen. Ich muss aber festhalten: Nach meiner sehr klaren Auffassung ist das nicht der Fall. Das hat mit Marktzugang und mit der Beschränkung der Grundfreiheiten zu tun. Da erlaube ich mir, noch mal drauf hinzuweisen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Professor Mayer, Sie wollen auch noch mal kurz?

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Ja, ich bleibe bei meiner Auffassung und verweise darauf, dass der EuGH es ja auch so gesehen hat. - Werden wir noch ein Schlusswort kriegen, oder wäre es das?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Wenn keines mehr gewünscht ist, dann brauchen wir auch jetzt das Schlusswort nicht mehr.

**Sachverständiger Prof. Dr. Franz C. Mayer:** Dann nicht.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, es ist alles ganz klar geklärt worden. - Ich darf Sie noch darauf hinweisen, dass es ein Stenografisches Protokoll geben wird. Das wird Ihnen dann zugesandt. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss hier beschlossen werden. Über diesen Beschluss erhalten Sie dann eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. - Haben Sie dazu noch Fragen?

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

Dann darf ich mich abschließend ganz herzlich bei Ihnen für Ihre Ausführungen bedanken. - In fünf Minuten können wir dann mit dem zweiten



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Thementeil fortfahren. Es sind noch kleine Umbauarbeiten notwendig. - Noch mal herzlichen Dank.

(Beifall)

(Unterbrechung von  
16.40 bis 16.44 Uhr)



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Dann kommen wir zum zweiten Themenblock: Haushaltsrecht. - Ich darf Sie recht herzlich begrüßen, Herr Professor Dr. Gröpl und Herr Professor Dr. Hufeld. Ich muss auch Ihnen zunächst mal einige Dinge noch zur Kenntnis geben bezüglich der Formalien. Erst mal vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und hier für die Anhörung zur Verfügung stehen.

Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des Protokolls gelöscht. Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen. - Haben Sie dazu Fragen?

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

- Nicht der Fall. - Dann muss ich Sie vor der Anhörung hier noch einmal belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit

auch Disziplinarverfahren. - Auch hier frage ich Sie, ob es da noch Fragen gibt.

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

- Das ist nicht der Fall. - Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- und Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. - Auch hier gibt es von Ihnen keine Anmerkungen.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. Ich denke, wir gehen da alphabetisch vor. - Ich möchte Sie bitten, Herr Professor Dr. Gröpl, damit zu beginnen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Herr Vorsitzender, vielen Dank. - Mein Name ist Christoph Gröpl. Ich bin Universitätsprofessor an der Universität des Saarlandes. Ladungsfähige Anschrift: Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht, Campus B4 1, 66123 Saarbrücken.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Danke, Herr Vorsitzender. - Mein Name ist Ulrich Hufeld, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg. 52 Jahre alt. Ladungsfähige Anschrift, die Sie auch genutzt haben: Stratenbarg 40a, 22393 Hamburg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Zunächst möchte ich Ihnen beiden, wenn Sie dies



## Nur zur dienstlichen Verwendung

wünschen, entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand dieser Anhörung zu äußern. Wie schon erwähnt, wäre es gut, wenn Sie sich dabei jeweils auf circa acht bis zehn Minuten beschränken könnten. - Herr Professor Gröpl.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Die sogenannte Pkw-Maut, die Infrastrukturabgabe, sollte nicht nur Staatseinnahmen generieren, sondern ihre Umsetzung, Einführung hat auch Geld gekostet, wie wir inzwischen wissen, und hätte auch Geld gekostet. Immer dann, wenn der Staat, wenn die Verwaltung Geld ausgibt, Geld in die Hand nimmt, muss das legitimiert sein. In einer Demokratie legitimiert das Parlament Ausgaben, das heißt also, der Deutsche Bundestag legitimiert Ausgaben, die die Bundesverwaltung einschließlich der Bundesministerien tätigt.

Jetzt stellt sich bei der Pkw-Maut die Frage, welche Ermächtigungen des Parlaments gegenüber der Bundesregierung, gegenüber dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur insbesondere, erforderlich waren. Diskutiert werden eine Gewährleistungsermächtigung und/oder eine Verpflichtungsermächtigung, im Übrigen auch eine Ausgabeermächtigung.

Im einschlägigen Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2018 war eine Ausgabeermächtigung veranschlagt. Der Bundestag hat also das Bundesministerium für Verkehr zu einer Ausgabe ermächtigt. Und im Übrigen war in viel höherem Maße eine Verpflichtungsermächtigung enthalten. Das heißt: Im Jahr 2018 hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur - ich kürze, wenn Sie erlauben, ab: Bundesverkehrsministerium - eine Verpflichtung eingehen können durch Abschluss eines Vertrages oder mehrerer Verträge in Höhe dieser Verpflichtungsermächtigung von gut 2 Milliarden Euro, die dann - und das ist das Entscheidende, die Abgrenzung zur Ausgabeermächtigung - nicht im Jahr 2018 selbst zu zahlen gewesen wäre, sondern in künftigen Jahren. Das war im Haushaltsplan 2018 enthalten.

Jetzt ist abgesehen davon die Frage: Wäre eine Gewährleistungsermächtigung erforderlich gewesen? Das ist eine andere Art, über die wir, wenn Sie das wünschen, heute noch ausführlich diskutieren können. Eine Gewährleistungsermächtigung ermächtigt oder berechtigt oder befugt die Verwaltung, einerseits Bürgschaftsverträge einzugehen oder Garantien zu übernehmen oder sonstige Gewährleistungen, die nur möglicherweise in Zukunft zu Ausgaben führen.

Meine Überzeugung und Auffassung ist die, dass zum Abschluss der beiden Verträge - und insbesondere kritisch ist wahrscheinlich der Vertrag „Erhebung“, der Betreibervertrag - eine Gewährleistungsermächtigung nicht erforderlich war.

Danach stellt sich die Frage: Hat denn die Verpflichtungsermächtigung, die im Haushaltsplan 2018 erteilt war, ausgereicht? Da haben wir einen Meinungsstreit. Der Bundesrechnungshof sagt in seinem Bericht nach § 88 Absatz 2 Bundeshaushaltsordnung: Ja, im Großen und Ganzen hat die Verpflichtungsermächtigung ausgereicht, allerdings wurde sie zu gewissen Teilen überschritten. - Also, nur im Großen und Ganzen Ja.

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, also Bundesverkehrsministerium, bestreitet das und sagt, nein, es hat sich auch ermächtigungskonform verhalten, insbesondere seien die Ausgaben, die der Bundesrechnungshof aufgelistet hat, die den Verpflichtungsermächtigungsrahmen überschreiten, im Jahr 2018 nicht absehbar gewesen.

Dann natürlich die letzte Frage: War abgesehen von einer Verpflichtungsermächtigung oder von einer Gewährleistungsermächtigung das Verhalten der Bundesregierung und des Bundesverkehrsministeriums insbesondere wirtschaftlich? Im Grundgesetz sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit relativ versteckt und nur am Rande erwähnt - leider -, in Artikel 114 Absatz 2 des Grundgesetzes im Zusammenhang mit dem Bundesrechnungshof. Da heißt es nur, dass der Bundesrechnungshof das gesamte Verhalten der Bundesverwaltung, Bundesregierung überprüft anhand der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Das wird aber



## Nur zur dienstlichen Verwendung

seit Jahrzehnten schon, übertragen als Verfassungsgrundsatz, auf den gesamten Haushaltskreislauf bezogen. Das heißt, nicht nur der Bundesrechnungshof hat die Aufgabe, am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu überprüfen, sondern vorgelagert ist schon die Bundesverwaltung verpflichtet, sich wirtschaftlich und sparsam zu verhalten bei der Ausführung des Haushaltsplans. Und davor ist auch noch das Parlament, der Deutsche Bundestag, verpflichtet, bei seiner Haushaltsgesetzgebung die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Und noch einen Schritt davor sind bei der Aufstellung des Haushaltsplans durch die Bundesverwaltung und dann zentral durch das Bundesministerium der Finanzen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Jetzt das Entscheidende: Das ergibt sich aus Verfassungsrecht, nicht nur aus einfachem Gesetzesrecht; denn da steht es ohnehin schon drin, insbesondere in § 7 der Bundeshaushaltsordnung. Aber das ist verfassungsrechtlich untermauert.

Nun die Frage: War das Verhalten wirtschaftlich und sparsam, oder hat es gegen diese Grundsätze verstoßen? Das werden wir heute, wenn Sie wünschen und mögen, wahrscheinlich auch noch vertieft zu klären haben. Das hängt meiner Ansicht nach von zivilrechtlichen Vorfragen ab. Das heißt: Waren die Verträge, insbesondere der Vertrag „Erhebung“, so wie er abgeschlossen wurde am 30. Dezember 2018, marktüblich? Waren die Regelungen, insbesondere zum Schadensersatz, angemessen oder nicht? Wenn das der Fall war, das heißt, wenn die Regelungen marktkonform waren, marktüblich waren, wenn vor allem insbesondere keine weiteren Bieter hätten gefunden werden können, dann - zu dem Ergebnis komme ich - wären die Verträge angemessen gewesen und hätten die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Ergebnis nicht verletzt.

Abgesehen davon, von diesem materiellen Ergebnis, müsste man noch auf das Verfahren schauen. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit fordern auch, dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur begleitend zu seinen Vertragsverhandlungen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anstellt, Risiko-

systeme einbringt. Auch da hat das Bundesverkehrsministerium vorgetragen, dass das intensiv der Fall gewesen sein soll. Der Bundesrechnungshof sieht das eher kritischer. Da würde ich vorschlagen, dass das dann in dem weiteren Verfahren des Untersuchungsausschusses geklärt werden sollte. - So weit meine Stellungnahme. Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann darf ich Sie bitten, Herr Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Verehrte Abgeordnete, ich danke Ihnen für diese Ladung. - Man muss hier im Hohen Hause nicht erwähnen und schon gar nicht betonen, dass das Budgetrecht des Parlaments ein bedeutendes Erbe der deutschen Parlamentsgeschichte ist. Ich will aber trotzdem eine ganz kurze historische Vorbemerkung machen; denn zu den Erstaunlichkeiten des heutigen demokratischen Haushaltsverfassungsrechts gehört, dass es nicht nur auf eine Demokratietradition seit der Paulskirchenverfassung zurückgeht, sondern auch und ganz wesentlich auf eine parlamentsgeschichtliche Tradition in monarchischer Zeit. Und wenn vom Königsrecht des Parlaments und vom Kronjuwel die Rede ist, dann hat diese Redeweise einen historischen Hintersinn; denn sie verweist sozusagen auf die Kampfbereitschaft, auf die Selbstbehauptungsbereitschaft des ganzen Parlaments. Das liegt in gewisser Weise quer zum parlamentarischen Regierungssystem, das wir natürlich in der Konstellation Regierung, Parlamentsmehrheit versus Opposition denken. Im Haushaltsverfassungsrecht hat sich erhalten, dass auch die Abgeordneten, die die Regierung heute im parlamentarischen Regierungssystem tragen, kein Interesse daran haben können, dass sich die Exekutive abkoppelt und sich Ministerien bereithalten, freihändig Ausgaben zu bewirtschaften.

Wie sichert der Bundestag seine Hoheit über den Bundeshaushalt? Indem er das Ermächtigungsprinzip hochhält, einen lückenlosen Ermächtigungsvorbehalt. Das heißt, die Ausgabenbewirtschaftung der Exekutive muss umfassend abgesichert sein - das hat der Kollege erwähnt -, entweder in einer Ausgabenbewilligung für das ausge-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

plante Haushaltsjahr oder pro futuro in Verpflichtungsermächtigungen oder Gewährleistungsermächtigungen, also für aktuelle, für künftige und für künftig potenzielle Ausgaben. Oft haben wir nur die Festlegungen für das nächste Haushaltsjahr im Blick, also die handgreiflichen Ausgabenermächtigungen. Bei einem längerfristigen Vertrag, der 2018 abgeschlossen wird für eine Laufzeit 2020 bis 2030, verschiebt sich die Perspektive, und wir müssen ins Auge fassen die Pro-futuro-Ermächtigungen, Verpflichtungsermächtigungen und Gewährleistungsermächtigungen.

Erstes Zwischenfazit: Ermächtigungsfreie Ausgabenpolitik darf es nicht geben, und auch und gerade die Vorbelastungen, Vorausbindungen künftiger Haushaltsgesetzgeber und Haushaltsplaner müssen im Zeitpunkt der Maßnahmen abgesichert sein. Daraus folgt für einen Betreibervertrag, den der Bund Ende 2018 abschließt: Alle dort begründeten vertraglichen Verbindlichkeiten waren angewiesen auf gegenwärtigen, also damals gegenwärtigen, Ermächtigungsrückhalt, auf Rückhalt im Haushalt 2018, also jene Verbindlichkeiten, die bei wahrscheinlicher Vertragsdurchführung entstanden wären, also Verpflichtungsermächtigungen, aber auch diejenigen, die aus einer möglichen Kündigung erwachsen mochten.

Die haushaltsrechtliche Würdigung der Betreiberverträge muss ansetzen beim Titel 532 34. Das ist die voluminöse Verpflichtungsermächtigung im Umfang von 2,08 Milliarden Euro, also die Erlaubnis für den Bund, noch in 2018 den Bund festzulegen auf Ausgaben in den Jahren 2020 bis 2032. Diese Verpflichtungsermächtigung 532 34 hat den Vertrag abgesichert, nachdem er abgeschmolzen worden war auf 1,975 Milliarden Euro. Wenn man mal absieht von den spärlichen Festlegungen betreffend den Vertrag „Automatische Kontrolle“, blieben für den Vertrag „Erhebung“ übrig aus der erwähnten Verpflichtungsermächtigung 1,977 Milliarden Euro. Und fast auf den Cent genau ist der Vertrag „Erhebung“ abgeschlossen worden mit einem Volumen von 1,975 Milliarden Euro. Damit lag eine Deckung in der Verpflichtungsermächtigung vor; aber diese Verpflichtungsermächtigung war auch ausgeschöpft.

Damit komme ich zu den Problemzonen.

Erstens. Nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes lag das erste finale Angebot der autoTicket GmbH, Gesellschafter Kapsch und Eventim, bei 3,065 Milliarden Euro. Dieses Volumen ist, wie erwähnt, abgeschmolzen worden auf 1,975 Milliarden. Aber diese abgeschmolzenen Kosten sind nicht spurlos verschwunden, sondern zu einem Teil verlagert worden. Wenn ich jetzt von Teilverlagerung spreche, habe ich im Auge, dass naheliegt, dass das BMVI auch Wirtschaftlichkeitseffekte dadurch erzielt hat, dass es etwa die Mitbenutzung der Terminals von Toll Collect angestrebt und ermöglicht hat.

Gleichwohl sind nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofs die Kosten verlagert worden. Der Bundesrechnungshof nennt zwei Zahlen. Dem Bund wären im Verhältnis zu Toll Collect Kosten entstanden, weil nach diesen Feststellungen Toll Collect auf bestimmte Preise im Verhältnis zur autoTicket GmbH festgelegt werden sollte, und einen Differenzbetrag hätte der Bund übernommen. Der Bundesrechnungshof spricht insoweit in dem Dreiecksverhältnis von Lasten von 144 Millionen Euro.

Zweiter Kostenpunkt, aus der Variabilisierung der Vergütungen: Der Posten „Feste Vergütungen“ ist verkleinert worden, um das Vertragsvolumen abzuschmelzen, der Teil der variablen Vergütungen ist erhöht worden. Auf die Details kommen wir vielleicht noch zu sprechen. Jedenfalls ergibt sich als Zwischenergebnis, dass über 500 Millionen Euro von der Verpflichtungsermächtigung nicht mehr gedeckt waren. Wenn diese Feststellungen des Bundesrechnungshofs zutreffen, haben wir einen offenkundigen und nicht unerheblichen Konflikt mit dem Ermächtigungsvorbehalt - dafür lag überhaupt keine Ermächtigung vor -, mit den Grundsätzen der Vorrangigkeit, der Vollständigkeit, der Haushaltswahrheit und der Haushaltsklarheit.

Zweite Problemzone: die erstaunliche Klauselziffer 30.5.4. Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete, das war eine Garantiezusage des Bundes, dass der Bund für den Fall der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen den





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Vertragspartner schadlos hält und - nicht im Umfang einer Nebenpflicht, sondern vollumfänglich - das Erfüllungsinteresse, untechnisch formuliert, die Zusage ökonomischer Substanzerhaltung oder, wie die Zivilrechtler sagen würden, das positive Interesse garantiert. Das war zivilrechtlich eine selbstständige Garantie, und es war ein Garantiefall im Sinne des Artikels 115 Absatz 1 Grundgesetz, also aus der Perspektive 2018 eine ungewisse, künftig potenzielle Ausgabe des Bundes. Das war außerordentliche Risikopolitik im Sinne des Artikels 115 Absatz 1.

Ich musste vorhin an diese Verfassungsnorm denken, als Sie sich gefragt haben: Welche Lehren kann man eigentlich für die Zukunft ziehen? Eine Lehre könnte sein: Gewaltenteilung. Artikel 115 ist ein Modus der Gewaltenteilung, geteilte Verantwortung. Diese politische Verantwortung für eine Eventualverbindlichkeit, für ein hohes Risiko soll und muss das Parlament nach Artikel 115 übernehmen.

Wenn Sie diese beiden Posten, 500 Millionen Euro, die der Bundesrechnungshof festgestellt hat, plus 500 Millionen Euro, wenn wir mal sehr vorläufig abstellen auf die erhobene Forderung von 560 Millionen Euro vonseiten Kapsch und Eventim, zusammenrechnen, dann kommen Sie zu einer Ermächtigungslücke im Haushalt 2018 von mehr als 1 Milliarde Euro. Es ist aber wichtig, zu betonen, dass diese nicht gedeckten Ausgaben, entweder Verlagerung oder Garantiefall, nicht gleichzeitig hätten zustande kommen können. Das sind ja Szenarien, die sich wechselseitig ausschließen.

Im Szenario Vertragsdurchführung, wenn die Maut unionsrechtlich gebilligt worden wäre, hätte das BMVI in späteren Haushaltsjahren nachträglich um Ermächtigungstitel nachsuchen müssen, um die verlagerten Kosten abzusichern. Und umgekehrt: Im real gewordenen Szenario „Unionsrechtswidrigkeit der Maut“ hat sich die Abdeckung der verlagerten Ausgaben erledigt. Dafür ist - das ist Stand heute - die Garantiezusage aktuell geworden.

Ich fasse zusammen - vier Punkte.

Erstens. Alle Vorfestlegungen im Zuge der Verhandlungssituation 2018, die in Folgejahren kassenwirksam werden oder werden konnten, waren abhängig von zukunftsbezogenen Ermächtigungsgrundlagen, entweder einer Verpflichtungsermächtigung oder einer Gewährleistungsermächtigung.

Zweiter Punkt. Die Verpflichtungsermächtigung, die vorhanden war, konnte die Garantiezusage aus der Klausel 30.5.4 schon kategorial nicht tragen, weil es eine Verpflichtungsermächtigung war für sichere oder hochwahrscheinliche Ausgaben. Diese beiden Institute, Verpflichtungsermächtigung und Gewährleistungsermächtigung, stehen im Verhältnis der Exklusivität. Nach der Zweckbestimmung war diese Verpflichtungsermächtigung ausdrücklich reserviert für die Durchführung des Vertrages und stand schon dieser Zweckbestimmung nach für eine Nichtdurchführung des Vertrages nicht zur Verfügung.

Dritter Punkt. Die Garantiezusage war als solche abhängig von einer Ermächtigung, unabhängig davon, ob sie später gezogen wird. Es spielt also keine Rolle, ob sich etwa jetzt Kapsch und Eventim durchsetzen mit der Forderung von 560 Millionen Euro.

Und viertens. Wenn die tatsächlichen Feststellungen des Bundesrechnungshofs zutreffen, waren die teilverlagerten Ausgaben schon deshalb nicht gedeckt von der Verpflichtungsermächtigung, weil diese ausgeschöpft war. - So weit für den Augenblick. Danke.

(Oliver Luksic (FDP): Was war der letzte Satz?)

- Die war ausgeschöpft.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann können wir wieder in die Fragerunde einsteigen. Wer wünscht das Wort? - Herr Luksic und dann Herr Cezanne.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Herr Professor Gröpl, ich würde gern vor allem die Seite 23 f. Ihrer schriftlichen Stellungnahme ansprechen, weil ich da, sage ich



## Nur zur dienstlichen Verwendung

mal, den Kern des Streits sehe, der hier zu diskutieren ist.

Sie haben auf Seite 12 Ihrer Ausführungen dargestellt - ich zitiere -:

Richtig ist der Ausgangspunkt, dass für Ausgaben, die im beplanten Haushaltsjahr ... fällig und kassenwirksam werden ..., eine Ausgabeermächtigung erforderlich ist, die sich auf den Willen des Haushaltsgesetzgebers zurückführen lässt.

Meiner Meinung nach war die von Professor Hufeld angesprochene VE ein sehr ausdrücklicher Wille, dass exakt bis zu 2,08 Milliarden Euro ausgegeben werden sollen. Jetzt haben wir ja erfahren, dass es diese - Professor Hufeld hat es „ab-schmelzen“ genannt - Kostenreduktion von 3 auf 2 Milliarden Euro gibt, die Sie nur kurz streifen auf den Seiten 23 f., also zum einen das Thema Toll Collect, aber vor allem auch, dass fixe Kosten in variable Vergütungsmodelle überführt wurden, was also der Hauptteil dieser 1 Milliarde ist. Meiner Meinung nach geht es ja um den Vollständigkeitsgrundsatz, den auch Professor Hufeld angesprochen hat.

Deswegen: Würden Sie vor diesem Hintergrund nicht sagen, dass die VE des Haushaltsgesetzgebers hier überdehnt wurde, wie es ja auch der Bundesrechnungshof festhält, weil eben diese über 500 Millionen hier nicht abgedeckt wurden?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Vielen Dank. - Der Vollständigkeitsgrundsatz ist natürlich ein elementarer Grundsatz. Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 Grundgesetz besagt, dass alle Ausgaben und Einnahmen des Haushaltsjahres im Haushaltsplan zu veranschlagen sind. Der bezieht sich aber nur auf Ausgaben und damit auf Ausgabeermächtigungen, die im Haushaltsjahr, also im beplanten Jahr selbst, fällig und kassenwirksam werden. Das Schlimme ist: Im geltenden Verfassungsrecht haben wir ja, vielleicht anders, als Herr Kollege Hufeld das meint, meiner Ansicht nach große Lücken. Wir

haben leider in Bezug auf Zukunftslasten nicht alles abgedeckt. Das heißt, das Parlament lässt hier Lücken oder darf Lücken lassen. Wenn Sie zum Beispiel an Haushaltsstellen denken, also an Planstellen, mit denen Sie ja auch täglich konfrontiert werden bei Ihren Mitarbeitern, wenn sie verbeamtet sind - bei Beschäftigten gibt es zwar keine Planstellen, aber andere Stellen -, wenn ein unkündbarer Beamter ernannt wird oder ein Arbeitnehmer unkündbar wird, dann sind das lebenslängliche Lasten, und es geht sogar noch darüber hinaus. Wir haben dann eventuell Versorgungsansprüche seiner Witwe, ihres Witwers, der Kinder usw. All das ist im Verfassungsrecht nicht festgelegt - leider.

Dann haben wir im Übrigen die Verpflichtungsermächtigungen, die im Verfassungsrecht auch nicht festgelegt sind, sondern die durch eine Reform des einfachen Haushaltsgesetzes ins Recht eingeführt wurden - zum Glück. Aber eine Lückenlosigkeit haben wir im Verfassungsrecht leider nicht.

Was wir auch nicht haben im Verfassungsrecht, ist die implizite Staatsverschuldung. Wir haben nämlich die Pensionslasten der Beamten, die wir einstellen, auch nicht abgebildet. Also insoweit ist leider unser geltendes Haushaltsrecht sehr, sehr lückenhaft. Man kann also nicht sagen, dass hier alles schon wunderbar verfassungsrechtlich abgedeckt ist und dass das Parlament verfassungsrechtlich verpflichtet ist, alles zu legitimieren. - Das war der Vorspann.

Jetzt die Frage: Wie sieht das aus mit der Verpflichtungsermächtigung? Da bitte ich Sie, vielleicht im weiteren Verfahren den Sachverhalt wirklich genau zu klären. Ich habe auf den Seiten 23 und 24 in der Tat die beiden Meinungen wiedergegeben, nämlich einerseits des Bundesrechnungshofs, der sagt - so ähnlich, wie Sie das dargestellt haben, Herr Abgeordneter -: Ja, es gab Verlagerungen; Festkosten wurden in variable Kosten umgewandelt. - Da lässt sich dann also zwischen den Zeilen lesen: Die wussten wohl genau, dass diese Kosten entstehen, aber man wollte sie nicht offenlegen. - Wenn das der Fall wäre, wenn sich das herausstellt, dann - da gebe ich Ihnen recht, und gebe ich auch meinem



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Kollegen Ulrich Hufeld recht - hätten wir einen Haushaltsverstoß; denn nach einfachem Gesetzesrecht, § 11 Absatz 2 Nummer 3 Bundeshaushaltsordnung, müssen alle voraussichtlichen Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt werden. Das zentrale Wort ist „voraussichtlich“. War das im Jahr 2018 voraussichtlich? Das heißt, wurde da wirklich, wenn man es mal platt ausdrückt, getrickt, um die Grenze der Verpflichtungsermächtigung einzuhalten, oder nicht? Das Bundesverkehrsministerium stellt sich ja auf den konträren Standpunkt und sagt: „Nein, es war im Jahr 2018 bei Abschluss des Vertrages überhaupt nicht voraussehbar; gerade in Bezug auf Toll Collect“ - das habe ich in meiner Stellungnahme auf den Seiten 24 und 25 wiedergegeben - „war das überhaupt nicht absehbar. Es waren im Jahr 2018 noch gar keine Verhandlungen erfolgt zwischen der“ - das sind ja leider alles englische Begriffe, obwohl wir hier in Deutschland leben - „autoTicket GmbH und Toll Collect GmbH“ - komischerweise, also die Verhandlungen haben noch gar nicht stattgefunden. Wenn das der Fall gewesen ist, dass sie nicht stattgefunden hätten, dann waren natürlich eventuelle Kostenüberschreitungen auch gar nicht voraussehbar, also nicht voraussichtlich, und dann hätte kein Haushaltsverstoß vorgelegen, weil dann nichts zu veranschlagen gewesen wäre. Insoweit muss ich mich leider eben nur auf die Tatsachen stützen, die mir geliefert wurden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Ja, bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wenn es so wäre, dass es im BMVI Bedenken gegeben hat und es dort auch Vorlagen gibt, die gesagt haben, man müsse eine außerplanmäßige oder eine überplanmäßige Verpflichtungsermächtigung einholen, würde das Sie in Ihrem Urteil noch mal stärker dahin tendieren lassen, dass es hier einen Verstoß gegen das Vollständigkeitsprinzip gibt, oder hätte das für Sie keinen Einfluss auf Ihre Auffassung?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Nein, es ist letztlich eine Subsumtion - juristisch - unter den Begriff „voraussichtlich“. Das

muss auch gerade im Bundesverkehrsministerium subsumiert werden, und zwar realitätsgerecht. Es muss also geschätzt werden: Was kommt auf die Bundesrepublik Deutschland, die sich durch den Vertrag verpflichtet, zu? Wenn sich herausstellen sollte, dass im Bundesverkehrsministerium letztlich offen zutage getreten ist, dass diese Kosten auf jeden Fall absehbar sind mit ganz hoher Wahrscheinlichkeit zu dem Zeitpunkt, dann wäre die Verpflichtungsermächtigung einzuholen gewesen, als überplanmäßige wahrscheinlich. Aber so stellt es das Bundesverkehrsministerium, wie ich es gelesen habe, ja nicht dar. Die sagen: Wir wussten das im Jahr 2018 nicht.

Wenn ich vielleicht ganz kurz noch sagen darf: Allein die Kostenreduktion in Höhe von 1 Milliarde Euro ist ja jetzt nichts Anrüchiges; sondern wenn es dem Bundesverkehrsministerium tatsächlich gelingt oder gelungen ist, die Kosten für die Einführung der Pkw-Maut zu reduzieren, und das auch in haushaltsrechtlich vertretbarer, fairer Weise, dann wäre das für die Bundesrepublik Deutschland nur gut gewesen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, noch eine Frage, und dann, würde ich sagen, kommen wir zum Nächsten. Bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, das werden wir dann in der Tat noch weiter diskutieren. Ich glaube, da ist die Aktenlage relativ klar. - Ich möchte Sie noch mal fragen zu dem letzten Punkt, den auch Herr Hufeld angesprochen hat, der Ziffer 30.5.4, was er als Garantiezusage beschrieben hat. Wir haben eben in der europarechtlichen Diskussion gehört, dass der eine Gutachter sagt, es gab ein Eintrittsrisiko von über 90 Prozent, dass das Urteil negativ ausgeht, und der andere Gutachter meinte auch, dass die 15 Prozent, die vom Bundesverkehrsministerium angegeben waren, sehr viel zu niedrig seien. Zitat war, man könne kein Haus auf dieser Grundlage bauen. Es gibt auch unterschiedliche Einschätzungen im Risikomanagement, was die Workshops angeht, die die 15 Prozent nennen. Aber es gab auch eine Gesamtprojektleitungsgruppe, wo das anders beziffert wurde und anders benannt wurde, als wesentliches Problem.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Vor diesem Hintergrund, dass auch der Bundesrechnungshof dies herausgestellt hat und auch beide Europarechtler das Risiko des Scheiterns als zumindest mal weit über 15 Prozent eingeschätzt haben: Hätte man Ihrer Meinung nach dies nicht, wie es Kollege Hufeld eben angedeutet hat, den ich auch noch mal bitten würde, dazu Stellung zu nehmen, auch angemessen berücksichtigen müssen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Da besteht wahrscheinlich zwischen dem Kollegen Hufeld und mir ein Dissens, eine Meinungsverschiedenheit. Natürlich stimme ich Ihnen zu: Angemessen berücksichtigen, ja; aber ich meine nicht, dass neben der Verpflichtungsermächtigung eine spezifische Gewährleistungsermächtigung erforderlich gewesen wäre.

Vielleicht nur noch ganz kurz mal zu der Sache „Risiko 15 Prozent, mehr oder weniger“. Da haben wir ja in der Vorrunde auch schon gehört: Das lässt sich mathematisch eh nicht so genau sagen. Bloß, weil ich hinten saß und ein bisschen zugehört habe, muss ich sagen: Ganz so kritisch wie Herr Kollege Mayer aus Bielefeld sehe ich das nicht. Ich habe zum Thema „Unionsrechtskonformität der Pkw-Maut“ selbst eine Dissertation betreut. Mein Doktorand kam zum Ergebnis der Unionsrechtsmäßigkeit.

(Oliver Luksic (FDP): War aber falsch!)

So eindeutig war das nicht. Der hat schon tief geschürft über zwei Jahre lang, und der hat alles berücksichtigt. Also, wie gesagt, da würde ich vielleicht ein bisschen Fragezeichen setzen. So eindeutig war das nicht. Das ist auch schon wieder eine politische Bewertung von Juristen.

Abgesehen davon kommen wir da jetzt in den Artikel 115. Der Artikel 115 Absatz 1 Grundgesetz sagt ja, dass wir einer Gewährleistungsermächtigung bedürfen für Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen. Ich glaube, wir sind hier alle einer Meinung: Eine Bürgschaft war es nicht; es lag kein Bürgschaftsvertrag vor.

„Garantie“ wäre jetzt so der Punkt, um den wir uns wahrscheinlich streiten sollten. Ich glaube, Herr Kollege Hufeld meint, es habe eine selbstständige Garantie vorgelegen - das wird er wahrscheinlich auch gleich selbst sagen -; ich meine, nicht. Denn was war denn dieser Vertrag „Erhebung“ eigentlich? Es war zivilrechtlich ein gemischter Vertragstypus, der darauf abgezielt hat, die Pkw-Maut einführen zu helfen und sie dann auch in den Betrieb gehen zu lassen. Schadensersatzpflichten wurden natürlich da auch mit geregelt. Aber das ist ja das Wesen des Zivilrechts, dass wir, wenn Leistungspflichten nicht erfüllt werden, dann in das Leistungsstörungenrecht reinkommen. Das ist so richtig schönes zweites, drittes, viertes, fünftes Semester; das ist Hauptstoff für uns Juristen im Staatsexamen. Das ist jedem Vertrag immanent. Unser Bürgerliches Gesetzbuch gibt für Leute, die nicht so viel Zeit haben wie die Vertragsparteien hier, ein gesetzliches Leistungsstörungenrecht vor. Hier, bei einem Vertrag in diesem Umfang, wurde es natürlich ausgehandelt, einzeln bestimmt und in den Vertrag, abweichend vom BGB zum Teil, hineingeschrieben. Aber das ist doch nicht der Hauptzweck des Vertrags gewesen, sondern der Hauptzweck war die Umsetzung der Pkw-Maut.

Für mich liegt eine Garantie im Sinne von Artikel 115 Absatz 1 Grundgesetz nur dann vor, wenn Hauptzweck des Vertrags die Garantie ist, und die lag offensichtlich nicht vor. Man darf da, finde ich, auch nicht Hauptzweck und Nebenzweck und Hauptpflicht und Nebenpflicht verwechseln. Vielleicht war der Schadensersatz keine Nebenpflicht. Da würde jetzt wahrscheinlich der Zivilrechtler sagen: Das waren Sekundäranprüche, deren Rechtsgrundlage dafür gelegt wurde. - Aber es war jedenfalls nicht der Hauptzweck. Da sagt ja die ganz überwiegende Literatur, die ich da auch gesichtet und reingeschrieben habe: Hauptzweck des Vertrags war die Umsetzung der Pkw-Maut. - Deswegen haben wir meiner Ansicht nach keinen Garantiefall im Sinne von Artikel 115 Absatz 1.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Ich glaube, es hat nie einen klareren Garantiefall gegeben.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

(Heiterkeit)

Wir sind nicht im Leistungsstörungenrecht. Der Bund als Auftraggeber hat überhaupt keine Nebenpflichten; der hat nur eine Zahlungspflicht. Und er hat eine Ersatzzahlungspflicht im gleichen Umfang übernommen. Deswegen habe ich das im Gutachten untechnisch eine „ökonomische Substanzerhaltung“ genannt.

Und wenn ich bei Artikel 115 bleiben darf, aber noch mal eine Anmerkung machen darf zu dem Hinweis, dass wir ein lückenhaftes Ermächtigungsprinzip haben: Ja, wir haben ein Problem mit impliziten Staatsschulden; das stimmt. Dass es aber Lücken dieser Art gibt, sollte uns nicht Anlass sein, weitere Lücken aufzureißen. Deshalb bestreite ich energisch, auch wenn der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz nicht vorkommt, dass der Bundestag frei wäre oder umgekehrt die Regierung frei wäre, den Bund auf zukünftige Ausgaben festzulegen ohne Rückhalt einer parlamentarischen Erlaubnis. Das würden wir dann, weil uns der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz fehlt, über Vollständigkeit steuern.

Aber jedenfalls darf der Streit um Geschlossenheit oder Lückenhaftigkeit des Ermächtigungsprinzips nicht dazu führen, dass wir Artikel 115 schleifen. Wir würden dem Haushaltsverfassungsrecht einen Tord antun, wenn wir Artikel 115 schleifen. Und das wäre eine Interpretation zulasten des Parlaments, sollte aus der Mitte des Hauses, von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss das Zeichen ausgehen, dass wir Artikel 115 interpretatorisch minimieren.

Deswegen ist es so gefährlich, mit den Begriffen „Nebenpflicht“ und „Leistungsstörungenrecht“ zu arbeiten. Der Bund hat versprochen, entweder im Fall der Vertragsdurchführung Kapsch und Eventim einen Gewinn von, ich sage jetzt nicht abgesichert, 500 Millionen Euro zu garantieren. Das ist der Gewinnanteil im Preis von den 1,9 Milliarden. Der Gewinnanteil mag 500 Millionen sein. Und genau die werden jetzt eingefordert, abzüglich ersparter Aufwendungen. Da kann mir niemand sagen, das sei Leistungsstörungenrecht, so

wie wenn die Bundeswehr ein paar Mannschaftsbusse verkauft und verspricht, das 18 Monate zu reparieren, wenn ein paar Kratzer drankommen; das ist Leistungsstörungenrecht. Wenn wir diesen Weg gehen, haben wir einen Verfassungsbegriff auf null gebracht. Dann gibt es keine Garantien mehr. Und wir dürfen vom Parlament aus nicht die Hand reichen, den Artikel 115 restriktiv zu interpretieren.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann der Kollege Cezanne bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön. - Ich möchte noch mal ein anderes Thema aufgreifen. Herr Professor Gröpl, Sie haben zum Thema der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ja gesagt, die hätten eben stattgefunden, weil das BMVI sagt, sie haben stattgefunden. Das ist natürlich für mich jetzt als jemand, der das parlamentarisch überprüfen soll, so ein bisschen unbefriedigend, wie Sie vielleicht verstehen werden, weil das ja gar nichts darüber sagt, was die Qualität angeht und wie ordentlich das gemacht worden ist.

Sie kennen das ja vielleicht auch; nach dem, was uns jetzt in den Akten vorliegt, ist die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung fünf Monate nach Vertragsabschluss erstellt worden. Mit dieser Information: Wie bewerten Sie denn dann die Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vonseiten des Ministeriums? Und die gleiche Frage auch bitte an Herrn Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Danke schön. - Natürlich haben Sie sicherlich mehr Akten und bessere Akteneinsicht als ich. Ich musste mich auf die Unterlagen verlassen, die mir vorgelegt wurden; und das war der Abschlussbericht des Bundesrechnungshofs und die Stellungnahme des Bundesverkehrsministeriums darauf. Und wenn ich zwei sich widersprechende Behauptungen habe, kann ich nicht von vornherein sagen: „Weil ich das Verkehrsministerium in die Pfanne hauen will, glaube ich dem Bundesrechnungshof“, sondern ich muss dann sagen: Gut, ich kann es nicht klären. - Das ist dann, wenn Sie das wünschen, natürlich Ihre



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Aufgabe, wirklich definitiv auch festzustellen:  
Was war eigentlich genau los?

Zu Ihrer Frage, ob Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen fünf Monate danach in Ordnung sind: Ich würde sagen, der § 7 der Bundeshaushaltsordnung, wo das drinsteht, fordert begleitende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen natürlich vor allem im Vorfeld. Ich würde jetzt nicht von vornherein behaupten, dass nach Vertragsschluss keinerlei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen mehr stattfinden dürfen; aber das Schwergewicht des Risikomanagements und der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung muss vor Vertragsschluss natürlich stattfinden.

Insoweit: Wenn Sie sagen: „fünf Monate nach Vertragsschluss“, muss ich das so glauben. Ich weiß es nicht; also es wäre dann quasi klärungsbedürftig. Also, dem Grunde nach, denke ich, haben Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stattgefunden. Zu klären ist jetzt, wie tief die gingen, ob die vielleicht geschönt waren oder nicht, ob die belastbar waren oder nicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Ich muss den gleichen Vorbehalt anbringen; also ohne Aktenkenntnis kann ich die Frage nicht vollständig beantworten. Aber ich halte es durchaus für möglich, dass das BMVI auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten die Operation „Abschmelzung“ betrieben hat. Das liegt sogar nahe. Das ändert nichts daran, dass die Abschmelzung nicht im vollen Umfang gelungen ist und dann jeder Euro jenseits des Ermächtigungsrahmens lag.

Und in puncto Wirtschaftlichkeit noch der Hinweis auf den langen Abschnitt im Beratungsbericht des Bundesrechnungshofes, dass das Vergaberecht ein Garant der Wirtschaftlichkeit ist. Das werden Sie ja in der dritten Runde noch klären. Sollte es Verletzungen des Vergaberechts gegeben haben, liegt natürlich nahe, dass ein Wirtschaftlichkeitsrisiko bestand. Wenn man also einerseits Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anstellt, andererseits das Vergaberecht unterläuft - wenn das so gewesen sein sollte; damit habe ich mich nicht beschäftigt -, dann ist das ein ambivalentes Verhalten.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Kollegen Kühn, die Kollegin Lühmann und den Kollegen Kiebling auf der Rednerliste. - Herr Kühn.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Wir haben ja heute noch weitere Sachverständige speziell zu diesen Vergaberechtsfragen. Und die Kanzlei Chatham hat dazu, wie auch andere Gutachter, die Aussage formuliert, dass die Entschädigungsregelungen unüblich und unangemessen sind, also der Punkt 30.5.4. Und da wollte ich jetzt beide noch mal explizit nach fragen.

Einmal: Es gibt offenbar unterschiedliche Meinungen sozusagen zu der Frage: Wann greift der Artikel 115 Grundgesetz? Ich habe das so verstanden, dass, wenn es tatsächlich hier um atypische außerordentliche Risiken geht, genau das dann sozusagen der Punkt ist. Und wenn Entschädigungsregelungen sozusagen unüblich und unangemessen sind in der Form, dass der entgangene Gewinn über die gesamte Laufzeit des Vertrages ja dann sozusagen im Falle einer aus ordnungspolitischen Gründen erfolgten Kündigung anfallen würde, dann bitte ich einfach noch mal sozusagen, das noch mal einzuordnen. Aus meiner Sicht erschließt sich mir das sozusagen, dass es dann ein Fall für Artikel 115 ist.

Und das Zweite wäre die Frage noch mal an Professor Hufeld zu diesen variablen Vergütungsbestandteilen des Vertrags, wie Sie das sozusagen vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Grundsätze und natürlich auch mit einem Blick auf eben genau diese Frage der Verpflichtungsermächtigung beurteilen, dass diese Punkte dort in der Form eine große Rolle in dem Vertrag spielen, auch vom Volumen; Sie haben es ja schon angesprochen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Zur ersten Frage. Die Außerordentlichkeit der Klausel ergibt sich unter zivilrechtlichen Vorzeichen schon daraus, dass sehr drastisch von § 648a BGB abgewichen wird. Das ist eine Vorschau aus dem Werkvertragsrecht. Und jedem leuchtet ein, wenn man aus wichtigem Grunde kündigt als Auftraggeber, dass es einen Unterschied macht,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ob man dem Werkunternehmer dann Aufwendungen erstattet - das ist das Modell des § 648a Absatz 5 - oder ob man ihm das schuldet, was er über die Laufzeit eines Vertrages verdient hätte. Das ist also die offenkundige Außerordentlichkeit nur unter zivilrechtlichen Vorzeichen.

Ich stemme mich aber dagegen, den Artikel 115 zivilrechtsakzessorisch auszulegen, streng akzessorisch. Man kann diese Außerordentlichkeit unter zivilrechtlichen Vorzeichen sehr wohl als Indiz werten, auch verfassungsrechtlich. Letztlich müssen aber die Begriffe „Bürgschaft“, „Garantie“, „sonstige Gewährleistungen“ in Artikel 115 Absatz 1 unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen ausgelegt werden, und das heißt: im Zeichen der Gewaltenteilung, der Verantwortung des Bundestages. Man könnte sagen, dass Artikel 115 Absatz 1 ein festgeschriebener Erstrecht-Schluss ist. Wenn schon das Parlament die sicheren Ausgaben der Zukunft ermächtigen muss, dann doch erst recht die Risikoausgaben. Und da steckt ein politisches Moment drin. Man muss es ja wollen. Das ist ein Stück Politik, wenn man diese Risikoverbindlichkeiten, diese Eventualverbindlichkeiten übernimmt. Man muss Hermesbürgschaften wollen, man muss einen Europäischen Stabilitätsmechanismus wollen, dann kann man einen § 1 ESMFinG schreiben - das ist ein Artikel-115-Fall -: Ja, wir stellen Garantiesummen für den ESM zur Verfügung für den Bürgschaftsfall. - Da steckt so viel Politik drin, dass wir letztlich zu einer verfassungsrechtlichen Auslegung des Artikels 115 finden müssen und es nicht ankoppeln dürfen an Zivilrecht. Aber selbst wenn man das tut, ist hier offenkundig, dass der Werkunternehmer mit einer üppigen Garantie ausgestattet worden ist.

Und das noch nebenbei: Es kommt natürlich nicht darauf an, ob man die Garantiezusage mit ökonomischer Substanzerhaltung in eine Ziffer 30.5.4 packt oder einen urkundlich davon abgekoppelten Garantievertrag abschließt. Das spielt überhaupt keine Rolle. Deswegen ist auch mit Händen zu greifen, dass hier zwei Ermächtigungen erforderlich waren, für beide Szenarien: für das Szenario Vertragsdurchführung und für das Szenario Garantiefall.

Zweite Frage betraf die variable Vergütung. Da kann ich mich nur stützen auf die Informationen, die der Bundesrechnungshof geliefert hat. Ich habe das so verstanden, dass es Kalkulationen gab, etwa bezogen auf die Zahl der Widersprüche, die dann vonseiten des privaten Betreibers abgewickelt werden müssen, also Widerspruch im Sinne eines Rechtsbefehls. Und die Variabilität hätte sich dann daraus ergeben, dass man je nach Zahl der Widersprüche und des daraus resultierenden Verwaltungsaufwandes dann zu variablen Vergütungen gefunden hätte. Das ist dann eine Frage der richtigen Fallzahlkalkulation, welchen Umfang dann die variable Vergütung angenommen hätte. Das kann ich nicht fachmännisch beurteilen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielleicht kurz zu der Behauptung, dass der entgangene Gewinn jetzt zu leisten ist über die gesamte Vertragslaufzeit von zwölf Jahren, also 2019 bis 2031: Soweit mir die Unterlagen vorliegen, also die Gutachten vor allem, die ich gelesen habe, ist das die Ansicht der überwiegenden Gutachten, überwiegend auch von der Opposition in Auftrag gegeben. Dem widerspricht das Gutachten von Linklaters, natürlich im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums.

Bloß, festgehalten werden muss: Linklaters behauptet, der Schadensersatz muss nicht geleistet werden bis zum Jahr 2031 fiktiv, was dann der Bruttounternehmenswert wäre, sondern maßgeblich ist, so Linklaters, der Kündigungstichtag am 30. September 2019. Im Übrigen behauptet Linklaters, dass solche Klauseln marktüblich seien und dass bei solch großen Geschäften es nicht auf Verschulden- oder Vertreten-Müssen ankomme, sondern auf die Sphärentheorie. Und dass ein Gericht ein Urteil fällt, was vielleicht den anderen Organen des Staates nicht gefällt, mag sein; aber es liegt trotzdem in der Risikosphäre des Staates. Schließlich behauptet das Bundesverkehrsministerium auch: Ja, es wäre, wenn man eine solche Klausel nicht bereit gewesen wäre abzuschließen, überhaupt kein anderer Bieter vorhanden gewesen. - Also, nicht dass Sie mich jetzt falsch verstehen: Ich bin jetzt kein Linklaters-Anwalt, und ich möchte auch nicht jetzt Linklaters da vertreten, sondern ich sage



## Nur zur dienstlichen Verwendung

nur, was ich gelesen habe, dass es also bisher noch nicht völlig klar ist, ob das wirklich so ist, der entgangene Gewinn über zwölf Jahre. Ich denke mal, wenn ich jetzt an Ihrer Stelle säße, das würde mich brennend interessieren; das muss man natürlich irgendetwas klären.

Dann zur Frage vom Artikel 115. Wer meine Veröffentlichungen im Finanzverfassungsrecht und sonstigen Finanzrecht kennt, der weiß, dass ich ihn auf keinen Fall schleifen möchte.

(Oliver Luksic (FDP): Aha!  
Gut!)

Auch ich bin ein Riesenanhänger von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; insoweit sind wir sehr, sehr nah zusammen.

Ich denke allerdings, dass wir ihn hier nicht gebraucht haben, weil wir nicht im Anwendungsbereich von Artikel 115 sind, sondern im Anwendungsbereich von Artikel 110, verfassungsrechtlich so ausgelegt, wie Kollege Hufeld es auch schon angedeutet hat, nämlich: Verpflichtungsermächtigungen ergeben sich aus dem Artikel 110. Und wir hatten ja die Verpflichtungsermächtigungen von über 2 Milliarden Euro im Haushaltsplan 2018. Und die hat das Bundesverkehrsministerium in Anspruch nehmen dürfen, und die hat es auch in Anspruch genommen. Die Frage ist, ob es überschritten wurde oder nicht; das hatten wir gerade diskutiert.

Bloß, ich meine im Gegensatz zum Kollegen Hufeld: Eine Kumulation einer Verpflichtungsermächtigung und einer Gewährleistungsermächtigung ist nicht erforderlich, ist vom Verfassungsrecht nicht so vorgesehen und gibt es, soweit ich sehe, in der Praxis bisher auch überhaupt nicht, sondern: Wenn Verträge abgeschlossen werden, die Verpflichtungen begründen über ein Jahr hinweg, Verwaltungsschulden begründen, dann braucht man dafür eine Verpflichtungsermächtigung. Und davon sind dann auch Leistungsstörungen erfasst, die ich so sehe, die du nicht so siehst. Denn das war die Eingehung der Verpflichtung einerseits zur Hauptleistungspflicht, nämlich zur Installation der Pkw-Maut, und

eventuell bei Leistungsstörungen zu Schadenersatz. Diese Verpflichtung hat im Jahr 2018 stattgefunden, wenn auch erst am 30. Dezember.

Und wenn man dann die Beträge vergleicht oder wenn man die sich anguckt: Die Verpflichtungsermächtigungen waren über 2 Milliarden Euro wert, und der Betrag war so hoch. Und der Schadenersatz, den jetzt die Betreiber, die potenziellen Betreiber, verlangen, wenn sie damit jemals durchkommen, beträgt 500 Millionen Euro; das heißt ein Viertel, aber immerhin auch nur ein Viertel.

Wäre es jetzt vielleicht so gewesen, dass in dem Vertrag, in dem Vertrag „Erhebung“, eine Garantie versprochen worden wäre, die annähernd so hoch gewesen wäre wie die Vertragsleistung, könnte man vielleicht mal drüber nachdenken, ob wir nicht eventuell auf Artikel 115 gehen könnten. Aber so sehe ich das nicht; es war eben kein Kaufvertrag über fünf Brötchen, die dann vielleicht zu hart waren oder ins Wasser gefallen sind, sondern das war ein Vertrag über eine Infrastrukturabgabe für ein 80-Millionen-Land, plus Ausländer, die unsere Straßen auch benutzen. Also das war schon eine andere Kategorie.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Darf ich dazu eine ergänzende Bemerkung machen?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, Sie dürfen dazu gerne kurz ergänzen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Vielen Dank. - Also, wenn die 560 Millionen, die gefordert worden sind, der Gewinnanteil im Preis waren, dann war das eine fabelhafte Rendite. Das muss man sagen.

Und zu der Frage „Kumulation von Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung“: Wenn zwei Tatbestände erfüllt sind, dann muss man mit beiden Rechtsfolgen leben. Und wenn die Praxis das bisher so nicht gehandhabt hat, dann waren das entweder marktübliche Klauseln, und es gab keinen Anlass, noch eine Gewährleistungsermächtigung draufzusatteln, oder es war eine rechtswidrige Praxis.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Entschuldigung, darf ich - -

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, nun kommen wir zur nächsten Wortmeldung.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ich habe dazu noch eine Frage.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, Sie sind doch jetzt dran, Frau Lühmann. - Frau Lühmann, dann der Herr Kießling und dann der Herr Wiehle.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Also ich bin dran. - Herr Gröpl, ich möchte da auch weitermachen, auch wenn jetzt meine Frage riskant ist; denn Sie haben vorhin ein Beispiel gebracht, das mir nicht einleuchtend war, nämlich: Die Planstelle eines Beamten oder einer Beamtin beinhaltet eben schon die Pensionsverpflichtungen unter anderem auch durch Einzahlungen in den Pensionsfonds. Also da haben wir es gerade gemacht.

Ich bitte Sie aber trotzdem um ein Beispiel. Wenn ich Sie richtig verstanden habe - und das leuchtet mir irgendwo ein -: Wenn ich einen haushaltsrechtlichen Sachverhalt habe - den Abschluss eines Vertrages -, kann ich dann nicht zwei verschiedene Normen nehmen, also einmal eine Verpflichtungsermächtigung und einmal dann die Garantie. Das bestreiten Sie - das habe ich eben auch gehört -, leuchtet mir aber irgendwie ein.

Und um mir das klarer zu machen: Könnten Sie vielleicht uns mal sagen, was denn für Sie ein klassischer Fall des Artikels 115 wäre, damit wir es noch mal hören? Weil jetzt sagen wir immer: Das eine ist es, das andere ist es nicht. - Vielleicht wird es uns dann deutlicher, wenn Sie sagen: Nee, das wäre jetzt ein Fall eines Artikels 115. - Denn ich kenne das noch nicht, dass irgendein Vertrag abgeschlossen wird und ich da zwei haushaltsrechtliche Genehmigungen für brauche; aber vielleicht wird es durch ein Beispiel klarer.

Ich habe noch zwei rechtliche Fragen, ich hoffe, relativ einfache. Das ist eine Verpflichtungsermächtigung, die ist ausgebracht beginnend mit

dem Jahr 2018. Was würde haushaltsrechtlich passieren, wenn diese Verpflichtungsermächtigung nicht im Jahre 2018 in Anspruch genommen wird, sondern erst im Jahre 2019 oder 2020? Grundsätzlich, nicht auf diesen Fall; das ist eine grundsätzliche Frage.

Und die zweite Frage ist auch schon angeklungen. Wir werden uns gleich noch über das Vergaberecht auseinandersetzen. Was passiert rein rechtlich, wenn ich einen Vergaberechtsverstoß mache im Haushaltsrecht? Also, wird dann meine Ermächtigung nichtig, oder hat das gar nichts miteinander zu tun? Bewege ich mich in dem einen Rechtsfeld völlig unabhängig vom anderen? - Diese grundsätzliche Frage habe ich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielen Dank. - Planstellen und Pensionsfonds sind meiner Ansicht nach zwei verschiedene Dinge. Ab und an wird vorgesorgt für Zukunftslasten -

**Kirsten Lühmann (SPD):** Immer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** - aus Planstellen von Beamten, wenn der Versorgungsfall eintritt, sprich: wenn die in den Ruhestand treten. Aber Sie wissen, dass diese Pensionsfonds gerade auf der Ebene der Länder eine ganz große Farce sind.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Wir reden vom Bund.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Die Länder haben teilweise die Doppik; da haben sie es ganz klar abgebildet, sogar im richtigen Haushalt. Hier sind sie ja woanders abgebildet.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Mit dem Pensionsfonds des Bundes habe ich mich persönlich noch nicht befasst.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ich sitze im Beirat.

(Oliver Luksic (FDP): Sehr gut!)



## Nur zur dienstlichen Verwendung

### Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:

Gerne. - Allerdings: Bei Rheinland-Pfalz wissen Sie vielleicht, dass es da ein krachendes Urteil gab, bei dem ich Prozessvertreter war vorm Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz. Dieser gesamte Landesfinanzierungsfonds war ein einziges Karussell und damit krachend verfassungswidrig. Und ich glaube, Rheinland-Pfalz ist da nicht der einzige Fall; deswegen bin ich bei Pensionsfonds wirklich sehr, sehr skeptisch. Da müsste man den Pensionsfonds des Bundes mal anschauen. Ist ja jetzt heute nicht unser Thema.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Genau.

### Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:

Fälle von Artikel 115 des Grundgesetzes sind eigentlich aufgelistet in § 3 des Bundeshaushaltsgesetzes oder des jährlichen Haushaltsgesetzes - nicht Bundeshaushaltsordnung, sondern Haushaltsgesetz. Das sind klassischerweise Hermesbürgschaften oder Absicherungen von Exporten, von Geschäften, die die deutsche Industrie mit dem Ausland macht, um den Export zu fördern, oder - Kommentarliteratur bringt das Beispiel - in der Rüstungsindustrie: Wenn ein neues Kampfflugzeug oder ein Panzer entwickelt wird und Deutschland erklärt sich bereit, hundert Panzer zum Beispiel abzunehmen oder hundert - na, wie heißen diese? -

**Kirsten Lühmann (SPD):** Waffensysteme.

### Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl: -

Airbus-Transporter, und kann das jetzt dann aus Kostengründen nicht machen, dann kann es sein, dass in Verträgen vereinbart wird, dass dann die mitentwickelnden Länder zu entschädigen sind in gewisser Weise, weil deren Kosten oder Entwicklungskosten dann vielleicht höher werden.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja.

### Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:

Das sind Fälle dieser Art. - Keine Übertragbarkeit habe ich mir noch aufgeschrieben, genau. Was ist eigentlich mit dem Jahreswechsel? Sehr gute Frage, die habe ich mir nämlich auch gestellt, die haben wir uns auch gestellt. Die Verpflichtungsermächtigungen waren nur veranschlagt für das

Haushaltsjahr 2018, das heißt, nur in dem Jahr hätte und hat das Bundesverkehrsministerium die in Anspruch nehmen können. Ab 01.01.2019 sind die dann verfallen. Es gab keine Übertragbarkeit. Also, „Übertragung“ und „Übertragbarkeit“ ist so der haushaltsrechtliche Begriff für das Übertragen ins nächste Haushaltsjahr, also Verschieben ins nächste Haushaltsjahr. Das gibt es bei Verpflichtungsermächtigungen, soweit ich mich informieren konnte, nicht; das gibt es nur bei Ausgabeermächtigungen.

Das heißt, das Bundesverkehrsministerium hätte eigentlich rechtzeitig Verpflichtungsermächtigungen beantragen müssen im Haushaltsaufstellungsverfahren für das Haushaltsjahr 2019. Sie stehen aber da nicht drin. Und die Gründe, warum das nicht passiert ist oder was da überhaupt gelaufen ist in Diskussionen zwischen Bundesverkehrsministerium, Bundesfinanzministerium und dem politischen Bereich, die sind mir oder das ist mir nicht bekannt.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Entschuldigung, wenn ich da noch mal nachfrage, -

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja.

**Kirsten Lühmann (SPD):** - aber das brauchten Sie doch nicht, nachdem Sie den Vertrag abgeschlossen haben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja. Das stimmt, selbstverständlich.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja, okay.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Sie brauchten das nicht. Bloß, Sie haben doch, wenn ich Sie richtig verstanden habe, die Frage gestellt: Wären die in 2019 auch noch verfügbar gewesen? - So habe ich Sie verstanden.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Genau. Ja, das wären sie nicht?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Das wären Sie nicht. - Vielleicht letzter Punkt noch, Vergaberecht, Ermächtigungswirkung: Das Verga-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

berechtigt ist, wie Kollege Hufeld vorhin schon gesagt hat, im Grunde eine Konkretisierung der Wirtschaftlichkeit, soll auf Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung hinwirken. Das heißt, wenn man die Pflicht hat, eine Vergabe öffentlich auszuschreiben, dann hat man die Chance, wenn das Vergabeverfahren fair läuft, auf das wirtschaftlichste Angebot, auf das günstigste und leistungsfähigste Angebot. Mit Ermächtigungen im Haushaltsplan hat das Vergaberecht nichts zu tun.

**Kirsten Lüthmann (SPD):** Also auch ein Vergaberechtsverstoß würde keinen Verstoß des Haushaltsrechts nach sich ziehen oder automatisch implizieren?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ein Verstoß gegen die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist denkbar, das schon, aber kein Verstoß - jedenfalls grundsätzlich, wenn nicht ein Spezialfall vorliegt -, dass die Verwaltung Gelder auszugeben hat ohne Ermächtigung, das nicht.

**Kirsten Lüthmann (SPD):** Ja. Genau, das nicht. Gut.

(Sachverständiger  
Prof. Dr. Ulrich Hufeld  
meldet sich zu Wort)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Professor.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Nur kurz ergänzend zu der Frage, ob es sein kann, dass man für einen Vertrag zwei Ermächtigungen benötigt. Es waren zwei Verträge: der programmierte Durchführungsvertrag - dafür lag das haushaltsrechtliche Programm vor -, und dann hat das BMVI einen zweiten Vertrag draufgesetzt. Ich habe schon darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, ob dieser selbstständige Garantievertrag in eine Vertragsurkunde integriert wird.

Und dieses Szenario war nicht programmiert. Der Bundesrechnungshof hat dargestellt, dass die Betreiber zunächst einen Risikozuschlag wollten auf den Angebotspreis. Dann hätten Kapsch und Eventim das Risiko übernommen. Die wollten

sich das bezahlen lassen, das Risiko; aber nach einem negativen EuGH-Urteil wäre es dann anders gekommen. Und dieses Risiko hat dann der Bund auf sich genommen, weil diese Verhandlungsposition nach der Darstellung des Bundesrechnungshofs vonseiten Kapsch und Eventim zurückgenommen worden ist; die haben dann nicht mehr gesagt: „Wir arbeiten mit einem Risikozuschlag auf den Angebotspreis“, sondern: Wir wollen, dass ihr das Risiko so vollständig übernehmt, dass unser Gewinn garantiert wird.

Und zu der Frage „Was ist eine Garantie?“, darauf zielt ja Ihre Frage auch. Wir haben in der Bundeshaushaltsordnung eine sehr verlässliche Verwaltungsvorschrift. Und den einen Satz aus der VV-BHO darf ich vorlesen, weil er so glasklar die Garantie definiert:

Garantien sind ... Verträge, mit denen der Bund ein vermögenswertes Interesse ... des Garantieempfängers dadurch sichert, dass er verspricht, für ein bestimmtes Ergebnis einzustehen, insbesondere die Gefahr eines künftigen, noch ungewissen Schadens ganz oder teilweise zu übernehmen.

Also, wenn ein Student unsere Klausel 30.5.4 unter diese Definition subsumiert, dann bekommt er volle Punktzahl und noch einen Bonus obendrauf.

(Heiterkeit der Abg.  
Jörg Cezanne (DIE LINKE),  
Oliver Luksic (FDP) und  
Kirsten Lüthmann (SPD) -  
Sachverständiger  
Prof. Dr. Christoph Gröpl  
meldet sich zu Wort)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Sie wollen noch kurz ergänzen aus Ihrer Sicht?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Wenn ich darf. - Also, da möchte ich gerne widersprechen, weil ich diesen Vertrag als einheitlichen Vertrag sehe, wie vorhin schon gesagt. Nur ganz kurz: Der Hauptzweck war die Umsetzung der Pkw-Maut, und für den Fall der



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Leistungsstörung hat man dann diesen Bruttounternehmenswert vereinbart, dessen genaue Rechtswirkung ja noch zu klären ist.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Danke noch mal für Ihren Hinweis. - Dann hat der Kollege Kießling das Wort.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** Sehr geehrter Professor Dr. Gröpl, ich möchte noch mal auf den Punkt eingehen, weil der Bundesrechnungshof spart ja nicht mit kritischen Worten, aber, sage ich mal, das, was Herr Hufeld fordert, wird ja nicht erwähnt beim Bundesrechnungshof, bei dieser Bewertung. Jetzt meine Frage stellt sich natürlich dann schon: Was hat den Bundesrechnungshof bewogen, das nicht zu erwähnen, Ihrer Einschätzung nach, dass diese Absicherung oder diese doppelte Absicherung nicht gefordert wurde? Steht beim Bundesrechnungshof ja nicht drin. Und jetzt habe ich da schon Diskrepanzen. Herr Hufeld, Sie fordern es; der Bundesrechnungshof hat es nicht beanstandet. Welche Einschätzung haben Sie, Herr Gröpl, zu diesem Punkt?

Und dann eine weitere Frage: Ist die Forderung nach einer solchen doppelten Berücksichtigung der einzelnen Sachverhalte in einem Haushalt mit den Grundsätzen der Haushaltsaufstellung überhaupt vereinbar?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielen Dank. - Mit Verlaub, ich meine, so was gab es eben bisher auch noch nicht, nämlich ein und denselben Vertrag, den die Bundesrepublik Deutschland abschließt, zwei Ermächtigungen zu unterwerfen, nämlich Verpflichtungsermächtigung und Gewährleistungsermächtigung.

Davon abgesehen: Was wäre die Konsequenz in der Praxis, wenn wir also jetzt da vielleicht sogar mal eine Gerichtsentscheidung bekämen oder wenn jedenfalls der Bundesgesetzgeber jetzt sagen würde: „Es ist zusätzlich erforderlich anlässlich des Pkw-Maut-Skandals“? Dann sehe ich in der Praxis nur eine Förmelerei; denn was würde dann im Haushaltsaufstellungsverfahren von den Behörden, von den Ministerien gemacht werden?

Es würde immer eine Doppelabsicherung gefordert; das heißt, im Haushaltsplan würde wie bisher auch gebeten werden, Verpflichtungsermächtigungen zu veranschlagen, und im Übrigen würde man § 3 des jetzigen Haushaltsgesetzes in seiner Struktur auf 20, 30 Seiten verlängern und sagen: Gut, und für alle gescheiterten Verträge lassen wir uns vorsorglich eine Gewährleistungsermächtigung erteilen.

Und dann möchte ich in aller Bescheidenheit und mit großem Respekt die Abgeordneten fragen, ob die da wirklich noch draufschauen würden. Das würde man angesichts der vielen Arbeit, die Sie haben, die auch der Haushaltsausschuss hat, glaube ich, einfach auch so absegnen und sagen: Na ja, klar, das steht da in dem § 3 des jeweiligen Haushaltsgesetzes drin. Das sind die Gewährleistungsermächtigungen für den Fall, dass es schiefliegt. - Es wäre in der Praxis nichts gewonnen.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** Ich hätte noch eine Nachfrage, -

**Stellvertretende Vorsitzende Nina Warken:** Noch eine Nachfrage, ja.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** - und zwar die Nachfrage, die Einschätzung: Hat der Bundesrechnungshof Ihrer Einschätzung nach das auch gesehen, dass das ein Vertrag ist, weil er, wie gesagt, diese Forderung nicht erwähnt hat?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, so sehe ich das.

**Stellvertretende Vorsitzende Nina Warken:** So, vielen Dank. - Dann ist als Nächstes dran Herr Kollege Wiehle.

**Wolfgang Wiehle (AfD):** Ja. - Frau Vorsitzende! Meine Damen und Herren! Ich möchte eine Frage an Herrn Professor Gröpl richten und eine Frage an beide, also Herrn Professor Gröpl und Herrn Professor Hufeld.

Ich fange mal an mit der Frage an Herrn Professor Gröpl, und zwar beziehe ich mich auf das wahrscheinlich ja bevorstehende Schiedsverfahren, in



## Nur zur dienstlichen Verwendung

dem es um die im Raum stehende Forderung der Betreiber von 560 Millionen Euro geht. Und Sie sagten ja schon: Es gibt da auch ganz andere Interpretationsmöglichkeiten zu dieser Forderung. - Und ich möchte an dieser Stelle im Sinne des Steuerzahlers fragen, ob Sie uns im Untersuchungsausschuss in bestimmter Weise zur Vorsicht mit Vermutungen und Spekulationen raten würden, also in dem Sinne: Wir könnten aus Versehen einen bestimmten Ausgang des Schiedsverfahrens wahrscheinlicher machen. Oder würden Sie sagen: „Das ist eigentlich einerlei, in welcher Weise wir hier formulieren, das Schiedsverfahren wird sowieso eine vollständig eigenständige Erkenntnisfindung haben“? - Das ist meine Frage an Herrn Professor Gröpl speziell.

Und an Sie beide möchte ich die Frage richten: Wir wissen ja jetzt, dass das Vertragsvolumen selber nach der Überarbeitung des Angebots, des sogenannten finalen Angebots, 1,975 Milliarden für die Mauterhebung ist. Und der Haushaltstitel enthielt dafür 1,977 Milliarden in der Nummer 532 34. Ist das - ganz abgesehen davon, dass es vielleicht noch Nebenausgaben gibt, die da auch noch hätten drin sein müssen -, wenn man so knapp einen vorhandenen Haushaltstitel ausfüllt auf der Basis von einem zivilrechtlich geschlossenen Vertrag, also gar nicht eigenem Verwaltungshandeln, noch angemessen, oder ist das eigentlich zu sehr auf Kante genäht, ist man da außerhalb von dem Bereich, den man eigentlich bei normalem Haushaltsgebaren verantworten kann?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, das ist eine interessante Sache mit dem Schiedsverfahren. Ich denke mal, dass sich natürlich die daran beteiligten Schiedsrichter auch die Unterlagen dieses Untersuchungsausschusses hier ansehen werden. Natürlich sind sie rechtlich zur Neutralität verpflichtet und dürfen sich dadurch nicht beeinflussen lassen; aber ich denke mal, dass man das in einem Schiedsurteil auch zitieren dürfte, die Unterlagen, soweit sie öffentlich sind, die Erkenntnisse des Untersuchungsausschusses, des 2. Untersuchungsausschusses. Und das, denke ich schon, könnte als eines von vielen Argumenten dienen. Es wäre meiner Ansicht nach im Schiedsverfahren eine Meinung neben

anderen Meinungen, die man dann mit- und gegeneinander abwägen müsste.

Zur zweiten Frage. Haushaltstitel, also Ausgabermächtigungen und Verpflichtungsermächtigungen und auch Gewährleistungsermächtigungen und natürlich im Übrigen auch Kreditermächtigungen sind dazu da, dass man nicht - - Entschuldigung, können ausgeschöpft werden; ich wollte jetzt sagen: „sind dazu da, dass man sie ausschöpft“, aber das ist falsch, nein. Die Verwaltung ist nur ermächtigt, Ausgaben zu tätigen, Verpflichtungsermächtigungen und sonstige Ermächtigungen in Anspruch zu nehmen.

Aber da sehe ich keine rechtlichen Bedenken. Man kann da auf Kante nähen, soweit - und jetzt kommt wieder dieses Gesetzeswort, dieser Gesetzesbegriff - das Ganze „voraussichtlich“ nicht zu Mehrausgaben führt, „Voraussichtlichkeit“ als Kernbegriff. Es muss also punktgenau realitätsgerecht geschätzt werden. Und wenn Anhaltspunkte dafür da sind, dass man zu gut oder zu schlecht geschätzt hat, obwohl man bessere Kenntnisse hatte, dann, gebe ich Ihnen recht, ginge es um einen Haushaltsverstoß. Aber ansonsten, wenn man sagt: „Mensch, wir haben die jetzt runtergehandelt von 3 Milliarden auf“ - was war es? - „1,975 Milliarden, und das passt gerade, und das wussten die auch, weil wir denen vorher gesagt haben: ‚Wir können nicht mehr Geld bereitstellen‘“, dann ist das als solches ein legales, haushaltsrechtmäßiges Ergebnis.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Herr Abgeordneter Wiehle, der Bundesrechnungshof hat zu Ihrer Frage sehr klar Stellung genommen. Er hat nicht beanstandet, dass dann der abgeschlossene Vertrag im Volumen sehr knapp nur gedeckt ist von der Verpflichtungsermächtigung. Er hat aber geschrieben, das sei nur eine formelle Deckung;

(Oliver Luksic (FDP): Ja!)

denn materiell hat es gerade nicht gereicht, weil ein Teil der Milliarde, die am Ende der Abschmelzungsoperation stand, dann doch wieder beim Bund gelandet wäre. Und das ist eine be-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

merkwürdige Formulierung in einem Bundesrechnungshofbericht, wenn er sagt: Ein Titel wird eingehalten, aber nur formell. - Also der Bundesrechnungshof hat zu Recht mitgedacht die weiteren und von dieser VE nicht abgedeckten Kosten.

Und vielleicht noch eine Bemerkung zu der Besorgnis, der Bundestag könne mit Haushaltsbürokratie belastet werden, wenn er Artikel 115 ernst nimmt: Also, mit Verfassungsrecht müssen wir sorgfältig umgehen, und der Bundestag muss auf Gewährleistungsermächtigungen die gleiche Sorgfalt verwenden wie auf Verpflichtungsermächtigungen, mindestens die gleiche Sorgfalt. Wir würden so auch nicht mit dem Institut VE, Verpflichtungsermächtigung, umgehen und sagen: Ja, dann taucht irgendwo ein Zahlenwerk auf, und der Bundestag segnet das blind ab. - Es gibt diese Norm, und wenn die Praxis bisher anders gelaufen ist, dann schlage ich vor, dass sich die Praxis am Verfassungsrecht orientiert, nicht das Verfassungsrecht an der Praxis. Also den Vorrang der Verfassung auch noch mitzuschleifen, das ginge zu weit.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Nächster Beitrag, Wortmeldung: Herr Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ja, Herr Professor Hufeld, das kann ich nur unterstreichen, was Sie eben gesagt haben. Ich möchte noch mal eingehen auf Ihre Stellungnahme, Seite 7 und Seite 52. Sie haben ja eben ausgeführt, es kommt auf das Materielle an. Jetzt lassen wir mal die Garantie außen vor; da gibt es Interpretationsdifferenzen.

Der Hauptbatzen ist ja auch das Abschmelzen durch die dynamische Vergütung. Da möchte ich noch mal drauf zurückkommen - Sie haben das ja an zwei Punkten angesprochen - und möchte Sie bitten, hier Ihre Begriffe noch mal ein Stück weit zu präzisieren in dem Zusammenhang. Sie haben einmal gesagt, es gibt das Gebot der haushaltswirtschaftlichen Totalität. Dann haben Sie von der Blankettermächtigung gesprochen. Und Sie haben ausdrücklich gesagt, das Vollständigkeitsgebot bezieht sich auf § 11 Absatz 2 Nummer 3 Bundeshaushaltsordnung. Und Sie haben auf

eine Unterrichtspflicht hingewiesen bei Vorfestlegung von grundsätzlicher und finanzieller Bedeutung, was den § 38 Absatz 3 Bundeshaushaltsordnung angeht. - Meine Bitte wäre an Sie, dies genauer auszuführen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Also, Totalität ist nur ein anderer Ausdruck für das Gebot der Vollständigkeit. Das habe ich eingangs ausgeführt - mag es auch die Lücken geben, die der Kollege erwähnt hat -: Der Ehrgeiz des Parlaments muss sein, die Haushaltswirtschaft und die Ausgabenpolitik von Regierung und Verwaltung vollständig zu programmieren; denn die Herausforderung besteht ja auch gerade darin, den Haushalt in der Balance zu halten. Das ist ein ganz wichtiger Aspekt dieses Totalitätsgrundsatzes. Nur in der Gesamtschau und im vollständigen Haushalt kann entschieden werden, ob Einnahmen und Ausgaben in einen Ausgleich gebracht werden.

Deswegen ist es auch so gefährlich, wenn das Ermächtigungsprinzip überschritten wird, so wie es der Bundesrechnungshof kritisiert hat, dann später Nachforderungen eingestellt werden müssen. Dann wird sozusagen rückwirkend die Balance 2018 gestört. Und der Bundesrechnungshof hat auch gesagt: Wenn sich erweist, dass eine Verpflichtungsermächtigung im bestimmten Umfang nicht trägt, dann muss das als Indiz dafür behandelt werden, dass entweder die Wirtschaftlichkeit nicht stimmt oder ein anderer Programmierungsfehler stattgefunden hat.

Und der zweite Teil Ihrer Frage zielt auf einzelne Verfahrenskomponenten in der Bundeshaushaltsordnung. Es gibt die 10.2-Vorlage, wenn sich erweist, dass ein Titel gesprengt wird, und es gibt in einzelnen Bereichen spezifische Unterrichtspflichten. Und typischerweise ist dann das BMF beteiligt und muss beteiligt werden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Zusatzfrage, bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank. - Herr Professor Gröpl, die Verpflichtungsermächtigung ist ja eine Art Kostenobergrenze. Und jetzt gibt es natürlich hier die Frage, ob sich nicht entweder die Nettoeinnahmen durch das Gesetz geändert



## Nur zur dienstlichen Verwendung

haben oder ob es durch die Anforderungen und Leistungsmodifikation auch nach unten die Variabilisierung von Kosten, von fixen in variable, Änderungen gibt.

Sie haben eben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit angesprochen. Da möchte ich Ihnen eine Frage stellen: Die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die greift allerdings auf Quellen zurück, die am 18. Dezember - da war die ja - noch gar nicht vorlagen. Also, es gab zum Beispiel ein Mengengerüst, das erst am 22. März 2019 vorgelegt wurde. Vor dem Hintergrund: Halten Sie da die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, auch den Zuschlag auf der Grundlage, für wirklich belastbar, wenn man im Nachhinein diese Punkte einbringt? Das wäre noch mal der Punkt, der mir wichtig wäre, wenn Sie den darstellen könnten, weil das, glaube ich, auch ein zentraler Punkt ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, das Generalthema, auf das Sie zu Recht abstellen, ist die Schätzgenauigkeit. Die Schätzgenauigkeit ergibt sich aus Verfassungsrecht, aus dem Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 des Grundgesetzes: Vollständigkeit des Haushaltsplans. Macht ja nur einen Sinn, wenn die Verwaltung und dann letztlich auch der Haushaltsausschuss des Parlaments und der Bundestag selbst schätzgenau vorgehen. Dagegen wird, fürchte ich, häufiger auf Bundes- und Landesebene verstoßen; jedenfalls fürchte ich, dass man ab und zu, nicht häufig, aber ab und zu, nicht so genau schätzt.

**Oliver Luksic (FDP):** Ist die Frage, ob wesentlich oder nicht, ne?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja. - Das als Vorbemerkung. - Das Zweite, was Sie schildern bezüglich der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, dass da Zahlen im Dezember oder Punkte im Dezember drin sind, die eigentlich im Dezember noch gar bekannt gewesen sein konnten, wenn ich Sie da richtig verstanden habe: Also, ich kenne die nicht, habe die deswegen auch nicht lesen können. Erscheint mir dann auch nicht plausibel. Das wären Punkte, die auf jeden Fall zu klären sind. Natürlich muss eine

Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, wenn sie rechtlichen Maßstäben standhält, sich intensiv mit den Tatsachen befassen und schätzgenau sein. Und wenn da irgendwas verbogen wird, dann haben wir ein Problem.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, jetzt habe ich noch eine Wortmeldung. - Gibt es weitere Wortmeldungen? Ich frage schon mal vorweg. - Scheint im Moment nicht der Fall zu sein. - Dann hat Herr Cezanne noch mal das Wort. Bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich möchte da eigentlich gern noch mal weitermachen. Sie haben uns ja vorhin drauf hingewiesen, dass man die Frage der Verlagerung von Vertragsbestandteilen jetzt noch nicht abschließend würdigen kann, sondern wir uns das im Detail angucken müssen.

Jetzt aber wirklich als Hilfe bitte, um erkennen zu können, ob das haushaltsrechtlich relevant ist oder ob ich nur mit meinem kaufmännischen Blick darauf vielleicht auch fehllaufe. Wir haben in dem Gutachten oder in der Stellungnahme des Bundesrechnungshofs drei Punkte, die aufgeführt werden, was dort in der Verlagerung passiert ist. Das eine ist diese Übernahme, die Mitnutzung der Zahlstellenterminals bei Toll Collect. Das hat dazu geführt, dass die Anbieter ihr Angebot um 360 Millionen gesenkt haben. Für 216 Millionen gibt es offensichtlich Zahlungen, vorgesehene Zahlungen an Toll Collect, die diese Mitnutzung ausgleichen sollen. Aber es wird davon ausgegangen, dass der Bund an Toll Collect die restlichen 144 Millionen erstattet. Das sind 40 Prozent der reduzierten Vertragssumme. - Also, ich als Kaufmann würde sagen: Irgendwie ein schlechtes Geschäft.

Bei den variablen Vergütungen ist es so, dass ursprünglich 500 000 Vorgänge abgegolten sein sollen. Diese Zahl wurde auf 250 000 gesenkt. Das sind also die Bearbeitung von Zusatzschreiben, steht hier, Feststellung von Ausnahmen, Härtefällen, Bearbeitung von Widersprüchen, also keine ganz einfachen Verfahren.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Wären das denn aus Ihrer Sicht, sagen wir mal, Dinge, die das Haushaltsrecht sehr wohl berühren würden, oder ist das jetzt eine Größenordnung, wo man sagen würde: „Na ja, kaufmännisch nicht sauber, aber haushaltsrechtlich nicht so relevant“? Dass Sie es nicht abschließend bewerten können, ist klar, aber so als Indiz für uns, wo wir nachbohren sollten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Das hat auch der Bundesrechnungshof nicht vollständig durchgerechnet. Er hat sogar an einzelnen Stellen „z. B.“ geschrieben, also nur beispielhaft Zahlen genannt. Aber er hat immerhin zwei Zahlen als Mindestvolumina sozusagen gelistet, und wenn man die addiert, ist man über den 500 Millionen.

Und wenn Sie meiner Einschätzung zu Artikel 115 folgen, dann kommt man zu der Ermächtigungslücke von mehr als 1 Milliarde. Das sollte man nicht mehr als Petitesse behandeln. Haushaltsrecht hat auch mit Volumina zu tun, deswegen möchte ich schon festhalten an dem Plädoyer, dass auch Gewährleistungsermächtigungen mit der gleichen Sorgfalt behandelt werden wie Verpflichtungsermächtigungen.

In der Summe waren das 2 Milliarden. Wenn man durch die Jahre geht, sieht man: Das waren pro Jahr sozusagen nur 165 Millionen. Daran sieht man: Das sind schon haushaltsrechtlich relevante Volumina. Und das, was der Bundesrechnungshof genannt hat, bewegt sich ja über dieser Jahresrate. Das sind schon relevante Volumina.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Also, da stimme ich Herrn Hufeld natürlich zu. Das sind relevante Volumina, selbstverständlich. Das schmerzt und tut weh.

Und die Frage ist, welche Konsequenzen man daraus zieht. Das A und O auch gerade bei Ihren Fragen ist die Schätzgenauigkeit, die Voraussichtlichkeit. Jede Verwaltungsbehörde, jeder Beauftragte für den Haushalt und jedes Ministerium ist verpflichtet, genau zu schätzen und nicht irgendwas unter den Tisch fallen zu lassen.

Und erst mal muss ich das dem Bundesverkehrsministerium unterstellen, dass genau geschätzt wurde. Es wird auch in der Stellungnahme dargestellt. Das kritisiert der Bundesrechnungshof substantiiert. Und jetzt kommt es eben drauf an, was die Wahrheit ist. Die Zahlen, die Sie genannt haben, die geben Anlass, das zu untersuchen.

Schlechtes Geschäft? - Ja klar, das könnte ein schlechtes Geschäft sein. Andererseits muss man immer bedenken: Wie sieht es aus, hat der Markt überhaupt Bieter hergegeben, gab es Bieter? Wenn es keine anderen Bieter gegeben hätte - ist rein hypothetisch jetzt -, dann wäre das Bundesverkehrsministerium berechtigt gewesen, den Vertrag so abzuschließen; denn es war ja gesetzlich - nicht haushaltsgesetzlich, aber sachgesetzlich - verpflichtet, die Infrastrukturabgabe umzusetzen.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Darf ich noch eine Nachfrage?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Und wenn man mögliche Bieter, die ja ursprünglich mal geboten haben, gar nicht gefragt hat, ob sie zu den Konditionen anbieten wollen: Wie wäre das zu bewerten?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, das ist eine Frage, die wir in der nächsten Runde dann auch noch mal diskutieren können, „Was wäre, wenn ...?“ Oder bestehen Sie jetzt auf einer Beantwortung, Herr Cezanne?

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Ja, dankbar wäre ich schon. Aber gut.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Wir bewegen uns wirklich da im Spekulativen. Und wir haben ja eigentlich Sachverständige zum Haushaltsrecht. Und darum, denke ich, sollten wir das zu einem späteren Zeitpunkt klären, ohne das irgendwie unter den Tisch fallen zu lassen. Einverstanden? - Gut.

Gibt es weitere Fragen? - Das ist nicht der Fall. Wird eine abschließende Zusammenfassung noch gewünscht, oder können wir darauf verzichten?





## Nur zur dienstlichen Verwendung

(Kirsten Lüthmann (SPD):  
Wir können darauf verzichten!)

- Wir können drauf verzichten. Wenn es da keinen Widerspruch gibt, können wir so verfahren.

Dann darf ich mich recht herzlich bei Ihnen bedanken und Ihnen mitteilen, dass Ihnen das Stenografische Protokoll dieser Anhörung zugesandt wird. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichten haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss beschlossen werden. Und über diesen Beschluss erhalten Sie eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. Ergeben sich aus Ihrer Sicht dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall. Dann noch mal ganz recht herzlichen Dank für Ihre Ausführungen.

(Beifall des Abg.  
Andreas Mrosek (AfD))

Dann machen wir wieder fünf Minuten Pause für die Umbauarbeiten.

(Unterbrechung von  
18.11 Uhr bis 18.24 Uhr)



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, dann können wir die Sitzung fortsetzen und die Formalien schon mal erledigen. Ich gehe davon aus, dass alle Kollegen wieder im Saal sind. Gleich vorweg eine Info zur Technik: Ich möchte bitten, immer das Mikrofon zu benutzen, damit die Aufzeichnung auch vernünftig gelingen kann, da wir ja nachher unter Umständen keine Stenografen mehr haben.

Ich möchte zunächst mal die beiden Sachverständigen zum Themenkreis Vergabe begrüßen, Herrn Rechtsanwalt Dr. Jan Endler von der Kanzlei Linklaters aus Berlin und Herrn Rechtsanwalt Dr. Marco Nunez Müller von der Kanzlei Chatham aus Hamburg. Herzlich willkommen! Vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und dem Ausschuss für diese Anhörung zur Verfügung stehen.

Ich möchte darauf hinweisen: Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellen des Protokolls gelöscht. Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Ich möchte Sie vor Ihrer Anhörung zunächst belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im

Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist auch nicht der Fall.

Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist auch nicht der Fall.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Befragung oder der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. - Vielleicht nach der alphabetischen Reihenfolge, Herr Dr. Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Mein Name ist Jan Endler. Ich bin 56 Jahre alt und bin Partner bei Linklaters. Und da ist auch meine ladungsfähige Anschrift zu finden. Das ist Potsdamer Platz 5 in 10785 Berlin.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke. - Herr Nunez Müller.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Mein Name ist Marco Nunez Müller. Ich bin 59 Jahre alt. Dienstliche Anschrift: Chatham Partners, Neuer Wall 50, 20354 Hamburg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön.

**RD Rolfdieter Bohm (BT):** Könnten Sie die Mikrofontaste benutzen?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Ist klar.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Zunächst möchte ich Ihnen beiden, wenn Sie dies wünschen, entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand Ihrer Vernehmung zu äußern. Wie ich schon erwähnte, wäre es wünschenswert, wenn Sie einen Zeitrahmen von acht bis zehn Minuten einhalten würden. Anschließend steigen wir dann in die Befragung ein. - Auch hier würde ich vorschlagen, dass Sie, Herr Dr. Endler, mit Ihrem Statement beginnen.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, vielen Dank. - Ich will mit einer kurzen Vorbemerkung anfangen, die ist, glaube ich, wichtig, auch für die weitere Eruiierung bei Ihnen. Wir haben als Linklaters das Vergabeverfahren Lkw-Maut nicht begleitet, sodass wir in die maßgeblichen Dokumente, die die rechtliche Beurteilung beinhalten - Vergabevermerke, Vergabeunterlagen -, auch keinen Einblick nehmen konnten. Das ist aber, glaube ich, sehr wichtig. Deswegen habe ich einen Vorschlag an Sie, diese entsprechend heranzuziehen, sich möglicherweise von den Beteiligten auch erläutern zu lassen, wie sie zu meiden sind; denn man muss eben sagen: Das ist eigentlich das rechtlich Angemessene, dass man sich das anschaut, und dann auf der Grundlage zu entsprechenden Äußerungen kommt. Das ist einfach eine Voraussetzung dafür, wie man hier rangehen kann. Deswegen ist das, was wir jetzt vortragen werden, im Wesentlichen von den öffentlichen Äußerungen des Bundesrechnungshofs, also den Rügen, getragen. Ich habe versucht, die Beanstandungen, um die es hier geht, zu sortieren. Ich habe zunächst nach der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens gefragt, eine allgemeine, sehr generelle Frage. Dann eben die Frage: Durfte nach Abgabe des finalen Angebots mit den verbliebenen Bietern noch verhandelt werden? Hätten andere Bieter berücksichtigt werden müssen? - Und zum Schluss: Über was durfte hier eigentlich verhandelt werden? - Das sind, glaube ich, so die Fragen, die wir aus dem herauskristallisiert haben.

Vielleicht allgemein zum Verhandlungsverfahren als gewählte Verfahrensart. Ich will das jetzt kurz halten, um mich nicht völlig in der Zeit zu vergaloppieren. Ich nehme an, Sie haben sich damit

schon vertraut machen können. Das ist hier im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben worden. Ein Verhandlungsverfahren ist eines der wenigen Verfahren, wo man überhaupt verhandeln darf. Es gibt also auch andere Verfahren, die sind viel formstrenger und deswegen auch nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig. Diese Ausnahmefälle treten dann ein, wenn etwa die Risikoverteilung so komplex ist, dass man sie durch Verhandeln erst ermitteln muss, wird typischerweise für komplexe PPP-Strukturen oder Infrastrukturprojekte immer genutzt. Deswegen kann ich nur sagen: Nicht nur hier ist es so geschehen, sondern alle Mautverfahren, die wir in Europa kennen oder begleitet haben, sind immer im Verhandlungsverfahren verhandelt und durchgeführt worden. Das ist hier mehrstufig ausgestaltet. Das will ich vielleicht gar nicht weiter ausführen. Ich will nur darauf hinweisen, dass es eben Zulässigkeit von Verhandlungen gibt. Das ist einer der wesentlichen Punkte. Da gibt es auch eine Norm, die ich hier kurz einführen möchte, und zwar § 17, der in Absatz 10 zunächst sagt, dass der Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Angebote mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern, grundsätzlich verhandeln darf. - Das ist der Ausgangspunkt.

Dann gibt es in Satz 2 bestimmte Begrenzungen, dass über gesamte Angebote verhandelt werden darf mit Ausnahme der in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestkriterien und Zuschlagskriterien. Das ist eine Begrenzung. Dann gibt es noch eine weitere Begrenzung, die hier eine Rolle spielt, dass nach Absatz 10 und Absatz 14, wenn endgültige Angebote eingeholt worden sind, über diese endgültigen Angebote auch nicht mehr verhandelt werden soll. - Ich glaube, das sind Punkte, die Sie kennen sollten, weil sie wichtig für die rechtlichen Erörterungen sind.

Dann würde ich gleich zu der zweiten Frage springen: Waren Verhandlungen über das finale Angebot des verbleibenden Bieters vergaberechtlich zulässig? Hier geht es tatsächlich um den Verstoß gegen die Norm des Bundesrechnungshofes, die ich eben erwähnte, der, wenn wir ihn richtig verstehen, gesagt hat: Hier ist doch ein finales Angebot eingeholt worden. Deswegen ist nach § 17 Absatz 10 eine weitere Verhandlung



## Nur zur dienstlichen Verwendung

mit denen gar nicht mehr möglich gewesen, sondern da gab es ein Verhandlungsverbot. Hier muss ich auf meine Eingangsbemerkung kurz zurückgehen. Ob das tatsächlich jetzt schon das endgültige Angebot war, können Sie eigentlich nur entscheiden, wenn Sie die Vergabeunterlagen kennen.

Ich habe gesehen, dass sich der Rechnungshof und das Ministerium hier nicht einig sind, ob die Vergabeunterlagen oder vielleicht auch die Bietergespräche vorgesehen haben, über diese weiteren Angebote noch mal zu sprechen oder sie zu erläutern. Dann wäre klar, dass es keine abschließenden Angebote sind oder keine endgültigen; aber ich kann es Ihnen schlicht nicht beantworten. Es wäre ein Punkt, dem man nachgehen muss, ob das so ist.

Die aber vielleicht interessante Frage, die ich kurz aufnehmen möchte, ist die: Angenommen, das BMVI hätte - als diese Angebote eingeholt worden sind - gedacht, das sind die finalen Angebote. Das ist, glaube ich, ein Punkt, den man rechtlich etwas vertiefen kann. Also, dann stellt sich eben die Frage: Wäre es endgültig verboten gewesen, zu verhandeln, oder hätte man vielleicht diese Endgültigkeit der Angebote irgendwie noch einmal infrage stellen und aufheben können? Das ist eine Frage, mit der man sich befassen muss. Diese Regelung, die ich Ihnen vorgelesen habe, ist sehr neu; sie ist erst mit der Vergabereform 2016 eingeführt worden. Deswegen werden Sie dazu wenig Rechtsprechung oder vielmehr gar keine finden und auch relativ wenig Kommentarliteratur, wie sie zu handhaben ist. Es hilft immer ein bisschen, sich über den Grund der Norm anzunähern. Ich glaube, der Grund ist relativ klar: Was man verhindern möchte, wenn endgültige Angebote abgegeben werden, ist, dass, wenn der Auftraggeber feststellt, dass derjenige, den man eigentlich vielleicht als liebsten Partner hätte, gar nicht vorliegt, er das Verfahren dann einfach wieder eröffnet und sagt: „Wir machen eine neue Verhandlungsrunde“, mit der Hoffnung, dann zu einem besseren oder dem eigentlich gewünschten Ergebnis zu kommen. Also, ein offensichtlicher Schutz der Bieter vor weiterem Wettbewerb.

Das ist ein Thema, mit dem sich die Rechtsprechung auch früher schon befasst hat, insbesondere wenn der Auftraggeber sich in seinen Regeln selber gebunden hatte und gesagt hat: Das geht nicht mehr. - Und da stellte sich eben auch schon die Frage: Ist es dann zulässig, noch mal zu verhandeln? Und da hat die Rechtsprechung eben herausgearbeitet, dass die Wiederaufnahme von Verhandlungen grundsätzlich auch nach der Abgabe finaler Angebote unter engen Voraussetzungen erlaubt ist, wenn es dazu einen ausreichenden sachlichen Grund gibt und man das Verfahren transparent und nicht diskriminierend fortsetzt. Der sachliche Grund - dazu gibt es auch eine Entscheidung vom Kammergericht Berlin - mag darin liegen, dass eben die Wiederaufnahme der Verhandlungen noch erhebliche wirtschaftliche Vorteile erwarten lässt, die bislang möglicherweise nicht thematisiert oder besprochen worden sind.

Wir sind der Auffassung, dass diese Grundsätze auch weiterhin Geltung beanspruchen sollen, man diese sachlichen Gründe haben kann und deswegen eigentlich hier die Frage zu beantworten ist, ob der Übergang und die unmittelbaren Verhandlungen mit diesem einen Bieter eben möglich waren, ohne gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen. Das ist eigentlich die Frage: Hätte man sachliche andere Bieter berücksichtigen müssen, oder konnte man mit dem einen Bieter jetzt weiterverhandeln?

Und das führt dann auch zu der zweiten Frage, die beim Rechnungshof nach meinem Verständnis aufgebockt ist: Hätten denn alle anderen Bieter auch wieder berücksichtigt werden müssen? Ich glaube, im Normalfall wäre es so gewesen, dass, wenn mehrere Angebote abgegeben worden wären, es diese Norm und diese Voraussetzung verlangt hätte, dann auch mit mehreren Bietern verhandeln zu müssen. Das scheint uns völlig unstrittig zu sein. Hier haben wir aber die Besonderheit - Sie wissen das aus dem Verfahren -, dass eben nur ein finales Angebot abgegeben worden ist und die anderen Bieter in dem Verfahren auf eine Angebotsabgabe verzichtet haben. Das ist eine etwas andere Situation.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Das BMVI hat dann eben mit diesem einen Bieter verhandelt, und wir meinen, dass das nach vergaberechtlichem Grundsatz wohl auch zulässig sein wird, und zwar letztlich, weil wir das Diskriminierungsverbot hier so auslegen würden, dass wir sagen: Wir haben zwei verschiedene Sachverhaltsgruppen. Wir haben einen Bieter, der ein vergabekonformes Angebot abgegeben hat im Einklang mit den entsprechenden Vergabeunterlagen, der damit auch einen bestimmten Anspruch in dem Verfahren errungen hat, dass man mit ihm spricht, dass man über dessen Zuschlagsfähigkeit nachdenkt. Und wir haben drei Bieter, die eigentlich durch die Nichtabgabe der Angebote erklärt haben, dass sie unter diesen Bedingungen eigentlich gar nicht weitermachen können, vergaberechtlich damit eigentlich auch ihre Stellung als Bieter verloren haben. Und wir glauben, dass, wenn man das Diskriminierungsprinzip anwenden würde, man die nicht einfach alle gleich behandeln kann, sondern dass man diese unterschiedlichen Gruppen berücksichtigen muss, so dass man eben mit dem einen, der das Angebot abgegeben hat, auch weiter verfahren darf. Der sachliche Grund, wenn man so will, warum man diesen einen bevorzugt handhaben und die anderen nicht berücksichtigen kann, liegt darin, dass der eben ein vergabekonformes Angebot aus dieser Runde abgegeben hat.

Dann stellt sich die weitere Frage - und auch die ist dann entsprechend umstritten -: Worüber darf dann eigentlich verhandelt werden? Also, welche Verhandlungen dürfen geführt werden? Da gibt es zwei Themenkreise, die ich kurz erwähnen will.

Der erste Themenbereich ist, glaube ich - das habe ich auch beim Bundesrechnungshof gefunden -, die Frage, ob denn über Mindestanforderungen verhandelt worden ist. Und Sie erinnern sich an die Eingangsnorm, die ich genannt habe. Das wäre nach § 17 Absatz 10 Satz 2 im Grundsatz unzulässig. Hier ist der Grund für dieses Verhandlungsverbot darin zu finden, dass man eigentlich mit Wertungskriterien und Mindestkriterien den Bietern so eine Art stabilen Rahmen für das gesamte Verfahren geben möchte. Was Mindestkriterien sind, führt wieder in die Vergabeun-

terlagen. Ja, das ist wieder schwierig zu beantworten. Man muss in den Vergabeunterlagen ermitteln, was der Auftraggeber als Mindestkriterien hat formulieren wollen. Hier gibt es auf jeden Fall welche. Für uns ist das sicherlich eine funktionale Leistungsbeschreibung gewesen, in der man üblicherweise eine ganze Reihe von Mindestkriterien formulieren wird, die dann für das System - egal, wie der Bieter es entwickeln will - als wichtige Voraussetzungen einzuhalten sind. Das wiederum lässt sich aber ehrlicherweise nur beantworten, wenn man wieder die Vergabeunterlagen und Angebote anguckt. Insofern ist es eigentlich auch wieder ein Auftrag oder eine Bitte an Sie, wenn Sie dem nachgehen wollen. Das muss man, glaube ich, mit diesen Unterlagen prüfen.

Wir können nur darauf hinweisen, dass das, was vom Rechnungshof diskutiert worden ist, jetzt nicht so ohne Weiteres danach klingt, dass wir Verstöße gegen Mindestanforderungen sehen. Ich glaube, die Punkte waren vorhin schon ermittelt worden. Es ging einmal um „Änderungen Vergütungsstruktur“, „variable, fixe Kriterien“. Das scheint uns ehrlicherweise ein typischer kommerzieller Punkt in Verhandlungen zu sein. Also, wir glauben nicht, dass das eine Mindestanforderung ist, wie wir sie vergaberechtlich in den Verfahren üblicherweise kennen.

Und dann gibt es natürlich das Thema der Mitnutzung des Zahlstellen-Terminals. Auch da scheint es uns weniger um Mindestanforderungen zu gehen als um den Umfang der zu erbringenden Leistung, also, wie man den definieren will. Deswegen kann ich nur sagen: Aus dem, was uns hier vorliegt, können wir diese Mindestanforderung, über die verhandelt worden ist, im Grundsatz zunächst mal nicht erkennen.

Dann gibt es einen zweiten Punkt, der würde auch zu einer Art von Verhandlungsverbot führen, nämlich die Frage, ob eigentlich so verhandelt worden ist, dass der ausgeschriebene Beschaffungsgegenstand sich substantiell verändert hat. Auch das ist ein Punkt, dem man nachgeben müsste. Das liegt so ein bisschen nahe, weil wir diese gewaltige Angebotssummenveränderung



## Nur zur dienstlichen Verwendung

haben von 3 auf die 2 Milliarden Euro. Die Rechtsprechung hat dazu nun wirklich eine Vielzahl von Kriterien herausgearbeitet und sagt: Das ist auf jeden Fall der Fall, wenn wir einen Aliud haben, also einen völlig anderen Leistungsgegenstand. Ich könnte mir das zum Beispiel vorstellen, wenn man die Vignette gegen eine streckenbezogene Maut austauschen würde in so einem Verfahren; das wäre offenkundig nicht dasselbe, aber wäre vielleicht ein Beispiel dafür.

Ansonsten ist das anhand von vielen Einzelumständen festzulegen und darf jedenfalls das Substrat des Beschaffungsgegenstandes nicht berühren. Da muss man jetzt auch wieder in die Informationen gucken: Was ist hier offensichtlich noch verhandelt worden? Hat das wirklich diesen Beschaffungsgegenstand verändert? Das sehen wir wiederum zweifelhaft. Hinsichtlich der Anpassung der Vergütungssysteme scheint das nicht so richtig. Das ist ein typischer Verhandlungspunkt, der aber den Beschaffungsgegenstand nicht verändert. Hier wäre der typische Ansatzpunkt ganz offensichtlich die Herausnahme der Toll-Collect-Leistungen. Die könnte man am ehesten da unterbringen, also diese Teilleistungen durch die Mitnutzung des Zahlstellensystems von Toll Collect. Aber wenn man das versucht zu eliminieren, dann bleibt natürlich der Auftrag weiterhin auf das Beschaffungsziel gerichtet, die Entwicklung, Errichtung, den Betrieb des Maut-Systems zu wahren.

Ein weiterer Punkt. Es ist auch vertraglich so, dass der Betreiber für die Erhebung der Maut und für die Zahlstelleninfrastruktur verantwortlich bleibt, von daher insoweit gar nichts geändert hat, sodass wir das daraus eigentlich nicht so richtig ableiten könnten.

Dann vielleicht ein letzter Punkt, den ich nur ganz kurz erwähnen will - vielleicht mag man das gleich in der Diskussion darauf eingehen -, das ist ein vergaberechtlicher Punkt, das Thema Spitzentreffen: dass sich in den Verhandlungen eben Hausspitzen getroffen haben. Darüber wissen wir ehrlicherweise wenig. Ich kenne das aus Vergabeverfahren, wenn es zu sehr grundlegenden Themen kommt, ob man das überhaupt hinkommt. Es ist natürlich zulässig. Auch die Spitze kann

sich natürlich beteiligen, aufklären, vielleicht auch verhandeln. Sie muss sich dann natürlich an dieselben Regeln halten wie das Verhandlungsteam im Übrigen auch. Wir würden auch grundsätzlich eine entsprechende Dokumentation erwarten, die aber wieder ein bisschen abhängig ist - das finden Sie, ich glaube, in § 8 -, weil die Dokumentation eigentlich Entscheidungsvorgängen dient sozusagen, um die darlegen oder nachweisen zu können. Da muss man dann gucken, was inhaltlich besprochen worden ist und wie viel Dokumentation erforderlich ist. Das ist, glaube ich, alles, was ich zu sagen habe.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann darf ich jetzt Sie bitten, Herr Dr. Nunez Müller. Sie kriegen jetzt natürlich auch zwei, drei Minuten mehr, wie Ihr Kollege, wenn Sie möchten.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Vielen Dank. - Ich darf zunächst auf unsere schriftliche Stellungnahme verweisen, die dem Ausschuss zugeleitet worden ist, gestern ebenso die verschiedenen Gutachten zu den sich hier stellenden EU- und beihilferechtlichen Fragen. Ich darf zum Zweiten darauf hinweisen, dass mir - ähnlich wie dem Kollegen - nur ein Bruchteil der hier einschlägigen Dokumente vorgelegen hat, nämlich nur ein Teil der öffentlich zugänglichen und im Übrigen das, was in der Presse verlautbart war. Von daher sind das, was ich hier im Wesentlichen äußere, Teilfeststellungen, insbesondere aber Zweifel am Vorgehen, keine abschließenden Feststellungen, die nur auf der Grundlage einer vollständigen Dokumentenanalyse möglich wären. Ich werde mich hier auf die vergaberechtlichen Zweifel, die wir haben, beschränken, mit einem ganz kurzen beihilferechtlichen Schlusswort, weil ich auch dieses Thema für sehr wichtig halte.

Wir haben Zweifel an der Gestaltung des Vergabeverfahrens, an der Durchführung des Vergabeverfahrens, an nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages und auch an der Frage, warum hier vergabekonforme Alternativen zu dem Ansatz, der hier vorgenommen wurde, vom BMVI nicht ergriffen wurden.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Zweifel an der Vergabe, an der Gestaltung des Vergabeverfahrens ergeben sich in zwei Punkten, zum einen an der Frage, ob hier eine hinreichende konzeptionelle Ausschreibungsreife schon zu Beginn vorhanden war. Eine solche konzeptionelle Ausschreibungsreife ist nur dann gegeben, wenn keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung entgegenstehen. Ungeklärte rechtliche Vorfragen, die ein Hindernis für die Leistungsausführung darstellen, können die konzeptionelle Ausschreibungsreife ausschließen. Das hat die Vergabestelle naturgemäß in eigener Kompetenz zunächst einmal zu beurteilen. Ihr steht auch ein Beurteilungsspielraum zu. Sie darf dies aber nur dann verneinen, wenn sie beurteilungsfehlerfrei zu dem Schluss kommt, dass keine zivil- oder öffentlich-rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung entgegenstehen.

Wir meinen hier, dass aufgrund der im Raum stehenden Unionsrechtswidrigkeit der Pkw-Maut in der gewählten Form die konzeptionelle Ausschreibungs- und damit Vergabereife im Zweifel stand. Eine entsprechende Entscheidung des EuGH hätte auch rechtlich ein Hindernis darstellen können, jedenfalls aber tatsächlich vor dem Hintergrund nämlich, dass Geschäftsgrundlage aus der Sicht des BMVI für das Gesamtprojekt die Kompensation für Halter deutscher PkWs war, die ja dann in der Tat der EuGH auch für diskriminierend und einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit erklärt hat. Auch die Bieter haben in ihrer ersten Reaktion nach den Erstangeboten dies ähnlich gesehen und deswegen darauf gedrungen, dass die Entschädigungsfolgen geändert werden.

Aus unserer Sicht hat das BMVI diese Ausschreibungsreife nicht beurteilungsfrei bejahen können. Für einen Beurteilungsfehler spricht aus unserer Sicht, dass das Risiko hier viel zu gering angesetzt wurde, das Risiko, was sich nämlich aus dem EuGH-Verfahren ergab. Es wurde hier zunächst nur von einem geringen, später von einem mittleren Risiko ausgegangen, auch nur von einem Verzögerungs-, nicht aber von einem Abbruchrisiko. Von daher hätte aus unserer Sicht

das BMVI nicht zu einer Bejahung der Ausschreibungsreife zu dem Zeitpunkt, wo die Ausschreibung hier eingeleitet wurde, kommen können.

Fraglich ist zudem, ob bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen die einschlägigen Standards eingehalten wurden. Wir meinen, dass es hier möglich gewesen wäre, Maßnahmen zu ergreifen, die es insbesondere verhindert hätten, dass es hier zu einem erheblichen Preissprung von den Erstangeboten hin zum ersten finalen Angebot, dem ersten BAFO, kam. Es kann sich nämlich das BMVI nach § 17 Absatz 11 VgV in der Auftragsbekanntmachung die Möglichkeit vorbehalten, den Zuschlag schon auf das Erstangebot zu erteilen. Das ist ein Instrument, was typischerweise zur Preisdisziplinierung der Bieter eingesetzt wird, also die Bieter insbesondere daran hindern soll, mit einem niedrigen Erstangebot reinzugehen und dann anschließend beim BAFO deutlich höher zu bieten, so wie es auch hier vorgekommen ist. Ebenso kann der Auftraggeber die Bieter verpflichten, in Folgeangeboten nach dem Erstangebot den Preis des Erstangebotes nicht zu überschreiten. Auch diese Maßnahme wurde hier nicht ergriffen.

Wir haben dem Bundesrechnungshof folgend auch Zweifel an der Schiedsklausel, die hier gewählt worden ist. Dazu hat der Bundesrechnungshof aus unserer Sicht hinreichend, extensiv ausgeführt, sodass ich hier nicht mehr dazu Stellung nehmen werde.

Wir haben dann insbesondere mehrfache Zweifel an der Durchführung des Vergabeverfahrens in vielfacher Hinsicht, zum einen, was die Verhandlung mit nur einer von vier Bietergemeinschaften nach Abgabe des finalen Angebots angeht. Das BMVI hatte nach Abgabe des ersten BAFO allein mit der Bietergemeinschaft Paspagon verhandelt. Das verstößt unserer Auffassung nach gegen § 17 Absatz 10 und Absatz 13 der Vergabeverordnung. Es verstößt auch gegen die allgemeinen Grundsätze von Wettbewerb und Transparenz nach § 97 Absatz 1 GWB.

Zum einen steht hier im Raum der § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV. Danach darf ein öffentlicher Auftrag-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

geber mit den Bietern nur über Erst- und Folgeangebote verhandeln, nicht aber über endgültige Angebote, nicht also hier über ein BAFO. Das gebieten schon der faire Preis- und Leistungswettbewerb und die Gleichbehandlung der Bieter. Dies sehen wir hier verletzt.

Wir sehen auch nicht, dass das Urteil oder der Beschluss des Kammergerichts Berlin, den Herr Kollege Dr. Endler hier angeführt hat, einschlägig ist. Das ist ein Beschluss, der noch nach alter Rechtslage, also vor Erlass des § 17 Absatz 10 VgV, ergangen ist. Zum heutigen Zeitpunkt könnte ein solcher Beschluss nicht mehr ergehen. Auch die Sachverhaltsgestaltung des dortigen Verfahrens war eine andere als hier.

Das Verbot, über ein endgültiges Angebot zu verhandeln, gilt auch unabhängig davon, wie viele endgültige Angebote abgegeben wurden. Der Umstand, dass nur ein endgültiges Angebot abgegeben wurde, erlaubt nicht per se, über dieses einzige endgültige Angebot auch zu verhandeln. Denn es ist nie auszuschließen, dass Bieter, die eben kein endgültiges Angebot abgegeben haben, bei Kenntnis des Verhandlungsergebnisses, was ja hier zu einer deutlichen Änderung der Gesamtkonstellation geführt hat, auch noch auf den Zug aufspringen nachträglich und ihrerseits modifizierte Angebote abgeben.

Das BMVI hat hier nach eigenem Eingeständnis Verhandlungsgespräche über das erste BAFO geführt entgegen § 17 Absatz 10, und es hat insbesondere über Änderungen am Betreibervertrag hinsichtlich der Tragung von Portokosten, Einbindung von Toll Collect und Ausdehnung variabler Vergütungsbestandteile verhandelt. Es kann sich nicht darauf berufen, dass es sich solche Verhandlungen vorbehalten hätte. Insbesondere das Informationsmemorandum des Ministeriums sah eine solche Verhandlung nicht vor. Es waren auch nicht lediglich Aufklärungsgespräche, schon nach eigener Einlassung des Ministeriums.

Zum anderen sehen wir darin eine unzulässige Diskriminierung der übrigen Bieter der drei Bietergemeinschaften, die hier kein finales Angebot eingereicht hatten. Hier ist zu verweisen auf den

Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 17 Absatz 13 Vergabeverordnung. Hier hat eben das Ministerium nur mit Paspagon nach dem ersten BAFO verhandelt. Wenn es denn eine Neuverhandlung tätigen wollte, was allerdings nach § 17 Absatz 10 auch nicht möglich war, dann hätte es jedenfalls die Bieter, die kein finales Angebot abgegeben hatten, noch nachträglich zur Abgabe eines Angebotes einladen müssen.

Es gab ja auch keine formale Reduzierung des Bieterkreises; insbesondere war eine solche Reduzierung auch nicht in der Auftragsbekanntmachung vorgesehen gewesen. Es hatten lediglich die drei Bietergemeinschaft kein finales Angebot eingereicht.

Zum Dritten meinen wir, dass hier in unzulässiger Weise über Mindestanforderungen verhandelt worden ist. Das verstößt gegen § 17 Absatz 10 Satz 2 der Vergabeverordnung. Das ist im Kern vom Ministerium auch eingestanden worden, indem sich nämlich der Minister mit Schreiben vom 11.09.2019 an den FDP-Fraktionsvorsitzenden dahingehend geäußert hat, dass sich die Klarstellungen und Anpassungen dieser Verhandlungsrunden nicht *wesentlich* auf die Mindestanforderungen ausgewirkt hätten. Nun: Auch unwesentliche Anpassungen von Mindestanforderungen sind eben nicht gestattet nach § 17 Absatz 10 Satz 2 Vergabeverordnung.

Wir meinen ferner, dass hier gegen die Dokumentationspflicht verstoßen worden ist, weil nämlich vier Verhandlungsrunden mit Paspagon in der Endphase nicht protokolliert worden sind. Wir meinen ferner, dass hier einiges dafür spricht, dass die Vergabeunterlagen für das zweite BAFO, das reduzierte BAFO, von Paspagon nachträglich in unzulässiger Weise verändert worden sind, indem insbesondere zum einen die Mindestanforderung an das Angebot, vor allem aber die Identität des Beschaffungsgegenstandes verändert wurde, indiziert schon quantitativ durch die erhebliche Reduzierung des angebotenen Preises von 3 auf 2 Millionen, insbesondere aber durch die Änderung des Auftrages selbst durch die Einbeziehung von Toll Collect mit entsprechender Leistungsreduzierung aufseiten des Konsortiums





## Nur zur dienstlichen Verwendung

zu einem Preis, der teilweise vom Ministerium subventioniert werden sollte.

Wir meinen auch, dass hier Zweifel an der Zuschlagsfähigkeit auf das zweite reduzierte BAFO bestanden, insbesondere weil dieses nicht vollständig gedeckt war durch eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Aus rein formaler Sicht ist darauf hinzuweisen, dass am 18.12.18 hier der Zuschlag erteilt wurde. Noch am 18.12.18 haben die Wirtschaftsprüfer, die mit dieser Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beauftragt waren, Telefonkonferenzen mit dem KBA, mit dem Kraftfahrt-Bundesamt, geführt, um den Sachverhalt aufzuklären. Das ist relativ spät, um hier noch zu einer abschließenden Wirtschaftlichkeitsbewertung zu kommen. Dementsprechend haben diese Wirtschaftsprüfer am 18.12.18 auch nur einen Kurzbericht und keine abschließende Bewertung vorgelegt. Die erfolgte erst am 24. Mai 2019, also nachträglich und nicht als quasi Grundlage der Zuschlagserteilung.

Wir meinen auch, dass die nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages durch Unterbeauftragung von Toll Collect in sich Zweifel wecken. Hier hat sich ja Toll Collect verpflichtet, autoTicket, also quasi Paspagon, sein Mautstellennetz zur Verfügung zu stellen zu einer Vergütung durch autoTicket, die marktunüblich niedrig war. Das Delta sollte durch das Ministerium ausgeglichen werden. Hier sehen wir eine wesentliche Änderung des Betreibervertrages im Sinne von § 132 Absatz 1 Satz 1 GWB, die durch diese Norm nicht gedeckt war.

Zum einen nämlich wurde hier ein wesentliches Kostenrisiko auf den Auftraggeber abgewälzt, und zum anderen sind eben die Voraussetzungen, unter denen nach § 132 - eine relativ lange Vorschrift im GWB - ausnahmsweise Änderungen möglich sind, hier nicht eingehalten worden. Insbesondere ist hier das wirtschaftliche Gleichgewicht erheblich verschoben worden, und es ist eben nicht auszuschließen, dass, wenn die anderen drei Bietergemeinschaften von der Einbeziehung von Toll Collect Kenntnis gehabt hätten, auch sie dann entsprechend noch mal ein Angebot eingeholt hätten. Nur: Sie hatten von all dem keine Kenntnis.

Wir meinen ferner, dass die Einbeziehung von Toll Collect hier sogar das Risiko beschworen hat, dass der Lkw-Maut-Vertrag hätte aufgehoben werden können. Der war ja nach der - in Anführungsstrichen - „Verstaatlichung“ von Toll Collect im Wege der Inhousevergabe vergeben worden. Diese Inhousevergabe ist nur unter ganz engen Voraussetzungen möglich. Dazu gehört auch, dass der staatlich beherrschte Auftragnehmer mehr als 80 Prozent seiner Leistung gerade an den Auftraggeber erbringt. Wenn jetzt Toll Collect das nicht mehr an den Auftraggeber, sondern zu einem erheblichen Bestandteil - möglicherweise mehr als 20 Prozent - an die autoTicket hätte erbringen sollen, wäre möglicherweise eine Voraussetzung für die Inhousevergabe nachträglich weggefallen, und das hätte dann rechtlich dazu geführt, dass eben der Lkw-Maut-Vertrag ebenfalls hätte neu ausgeschrieben werden müssen.

Wir meinen auch, dass es hier vergaberechtskonforme Alternativen gegeben hätte, sei es durch eine Beendigung des Vergabeverfahrens, die nach § 63 Vergabeverordnung immer möglich ist, sei es durch eine Zurücksetzung des Verfahrens, eine Aussetzung des Verfahrens oder die schlichte Nichtannahme des zweiten BAFO. Dann hätte sich das Ministerium immer noch darauf verständigen können, ein eigenes Angebot - meinethalben sogar in Form des zweiten BAFO - an den verbliebenen Bieter zu richten, der das dann hätte annehmen oder ablehnen können. Es gab jedenfalls mannigfaltige Alternativen, die die hier eingetretenen Risiken hätten vermeiden können.

Abschließend drei Worte zum Beihilferecht. Wir haben hier zum einen eine erhebliche Beeinträchtigung des Haushalts durch die Entschädigungsfolgen, die von CTS Eventim qua Ad-hoc-Mitteilung mit 560 Millionen bewertet worden sind. Wir haben aber zugleich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, und zwar zukunftsgerichtet, einerseits auf dem Mautmarkt, andererseits auf dem Ticketmarkt, nämlich den beiden Märkten, auf dem Kapsch einerseits und CTS Eventim andererseits tätig sind. Die Wettbewerbsfolgen werden durch diesen Untersu-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

chungsausschuss nicht beherrscht werden können, sondern hier könnten diese wettbewerbsabträglichen Folgen nur durch die Europäische Kommission im Rahmen einer beihilferechtlichen Prüfung abgestellt werden.

Nach unserer Auffassung würde auch die Auszahlung der Entschädigung eine staatliche Beihilfe im Sinne von § 107 Absatz 1 AEUV darstellen. Es handelt sich um eine staatliche Maßnahme, die Auswirkungen auf den staatlichen Haushalt hat. Sie wird den Wettbewerb in den vorgenannten Märkten beeinträchtigen, auch den zwischenstaatlichen Handel, weil es hier auch um ausländische Anbieter geht. Vor allem aber stellt sie eine Begünstigung des Konsortiums dar durch eine marktunübliche Entschädigung für den Fall - ich bin in zwei Sekunden fertig oder fünf - der Kündigung wegen des EuGH-Urteils.

Da hier eine staatliche Beihilfe vorliegt, greift das beihilferechtliche Durchführungsverbot nach § 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV. Die Bundesregierung darf diese Entschädigungssumme, ungeachtet des Ausgangs des Schiedsverfahrens, nicht ausreichen, es sei denn, es liegt eine Freistellung vor oder eine Kommissionsgenehmigung. Eine Freistellung liegt nicht vor und eine Kommissionsgenehmigung bislang ebenso wenig. Letztere könnte eingeholt werden durch eine Notifizierung, sei es auch als No-Aid-Notifizierung, durch das Ministerium oder aber durch eine Beschwerde der betroffenen Wettbewerber. - Ich danke Ihnen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann bitte ich um Wortmeldungen. - Herr Mrosek, dann Herr Kuffer, dann Herr Luksic, dann Herr Kühn und Frau Lühmann.

**Andreas Mrosek (AfD):** Okay. Danke, Herr Vorsitzender. - Ich bin von Beruf Kapitän, daher: Kurze Fragen, kurze Antworten reichen.

(Heiterkeit)

Entscheidungen muss ich schnell treffen auf der Brücke.

Die Fragen. Der Bundesrechnungshof hat ja eine ganze Menge zusammengetragen, in der Sie ja auch gefischt haben. Sie sagten vorhin, die Ausschreibungsreife wäre nicht gegeben gewesen. Das sehen wir eigentlich auch so; denn es wurde ja noch mal drastisch reduziert. Hätte dann - das ist die erste Frage - neu ausgeschrieben werden müssen, weil es ja eine erhebliche Auftragsreduzierung oder Angebotsreduzierung war, die ja auch vertagt wurde in die nächsten Jahre? Dann hätten ja auch andere Bieter wieder neu bieten können bzw. nicht bloß die Bietergemeinschaften, die ausgestiegen sind, sondern es hätten sich auch neue gründen können. Hätte das sein müssen? - Das ist jetzt die erste Frage.

Die zweite. Jetzt sind Bieter ausgestiegen, weil sie ausgeschieden sind. Jetzt hat sich ja das Auftragsvolumen geändert. Sie wurden an der neuen Ausschreibung nicht beteiligt. Haben sie ebenfalls jetzt das Recht, Schadenersatzforderungen zu stellen an den Auftraggeber? - Danke.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Das ist eine Frage an mich, nehme ich an.

**Andreas Mrosek (AfD):** Mir ist es egal. Sie können beide.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Ich beginne mal - als Hamburger - mit der letzten Frage. Die hier diskriminierten Bieter haben möglicherweise Schadenersatzansprüche, allerdings beschränkt auf das negative Interesse, nämlich die Kosten, die sie im Rahmen ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren hatten.

Die Frage der Ausschreibungsreife ist die Frage danach, ob dieses Vergabeverfahren zu dem Zeitpunkt, zu dem es eingeleitet wurde, überhaupt hätte eingeleitet werden dürfen. Aus unserer Sicht bestehen dort erhebliche Zweifel, weil eben - jetzt mal bildlich gesprochen - der weiße Elefant der Unionsrechtswidrigkeit des Gesamtpakets, auf dem hier die Vergabe der Verträge beruhte, nämlich Infrastrukturabgabengesetz in Verbindung mit dem zweiten Verkehrsteueränderungsgesetz, die Unionsrechtswidrigkeit dieses Gesamtpakets unter erheblichen Zweifel stellte und auch schon absehbar war, dass Österreich



## Nur zur dienstlichen Verwendung

hier vor dem EuGH gegen Deutschland diesbezüglich klagen würde.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich werde versuchen, das kurz zu machen. - Zur Vergabereife. Also, Ausschreibungsreife würde ja tatsächlich bedeuten, dass man das Verfahren hätte noch gar nicht beginnen können zu dem Zeitpunkt, Sie es also nach der Entscheidung des EuGH erst einreichen können oder einleiten können. Das halten wir, ehrlich gesagt, für zweifelhaft.

Es gibt immer wieder Verfahren, die, auch wenn hoheitliche oder rechtliche Dinge noch nicht geklärt sind, gleichwohl begonnen werden können. Hier ist ja sogar, glaube ich, begonnen worden, bevor die Klage Österreichs überhaupt eingereicht war. Also, das kam erst im Verfahren. Es gibt eine Reihe von Rechtsprechungen dazu, insbesondere bei Planfeststellungsverfahren. Das ist so ein ähnliches Verfahren, wo die offen sind, wo mehrfach entschieden worden ist, dass, wenn die Planfeststellungsverfahren noch nicht abgeschlossen sind - das haben wir etwa bei den A-Modellen immer gehabt - oder auch gerichtliche Verfahren noch offen sind, dies nicht hindert, das Ausschreibungsverfahren zu beginnen. Sie müssen dann im Einzelnen schauen, dass Sie diese Risiken eben vertraglich sachgerecht handhaben. Deswegen: Das überzeugt mich nicht so mit der Ausschreibungsreife.

Der zweite Punkt: mit den Ausschreibungen, also Schadenersatz, nach dem Sie gefragt haben. Das ist natürlich wieder eine Frage, welcher Auffassung Sie hier folgen. Wir sind ja der Auffassung, dass nach diesen Verhandlungen die Bieter, nachdem sie kein Angebot abgegeben haben, mit hoher Sicherheit eben auch keine Verfahrensposition mehr haben. Und dann können sie natürlich auch nicht verlangen, noch mal berücksichtigt zu werden, und hätten natürlich auch keinen Schadenersatzanspruch.

Es ist die Frage, wie man diese verschiedenen Fragen, durch die wir eben gegangen sind, eben auslegt. Und wenn man sagt: „Es ist eben zutreffend, mit dem einem weiterzuverhandeln“ - das

ist unsere Position gewesen -, dann sind die anderen Bieter natürlich genauso rechtmäßig ausgeschlossen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Kollege Kuffer, bitte.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, vielen Dank. - Herr Dr. Endler, zunächst mal vielen Dank für Ihre Ausführungen. Vielleicht vorneweg: Ich würde Sie gerne sozusagen zu drei Komplexen noch mal fragen, erstens Verhandlungen nach dem finalen Angebot, dann zur Frage der Zuschlagserteilung und schließlich noch mal zu dieser Frage der Entschädigungsregelung.

Zum ersten Punkt, Verhandlungen nach dem möglicherweise finalen Angebot, haben Sie erfreulicherweise relativ intensive Ausführungen gemacht, sodass ich hier einfach noch mal den Versuch unternehme, zusammenzufassen, und Sie dann fragen würde, ob ich Sie da insoweit richtig verstehe. Sie sagen, man muss den Zweck der Regelung des § 17 VgV angucken, und berufen sich dabei, wenn ich Sie richtig verstanden habe, auf die Rechtsprechung, indem Sie sagen: Es geht zunächst mal um Sicherung des geordneten Wettbewerbs. Es geht um die Chancengleichheit und die Diskriminierungsfreiheit gegenüber den Bietern und auch darum, dass man eine einheitliche Frist in der Verfahrenshandhabung hat, wo man sagt: Jetzt ist sozusagen Zeit für den letzten Schuss. - Habe ich Sie da zunächst mal richtig verstanden? Also, Sie hinterfragen den Zweck des § 17 VgV mit den von mir gerade genannten Kriterien.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Wir definieren den Zweck tatsächlich genau so, wie Sie ihn wiedergegeben haben. Es ist ein Versuch, Missbrauch, wie man mit den abschließenden Angeboten umgeht, einzudämmen. Wir kennen das Problem auch aus früheren Sachen und sagen dann: Wenn man sicherstellen kann - das ist ja letztlich die Voraussetzung -, dass es einen vernünftigen Zweck gibt und der Wettbewerb eingehalten wird und es nicht diskriminierend ist, dann darf man voranschreiten. So hat es die Rechtsprechung früher entschieden. Und natür-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

lich hat der Kollege recht: Das ist eine Entscheidung - das habe ich ja auch vorhin gesagt -, die zum alten Recht, also noch nicht zu dieser Norm, ergangen ist. Wir glauben aber, dass das weiterhin gleichwohl Anwendung finden kann. Nur muss man ehrlicherweise sagen: Da stehen sich dann eben zwei Auffassungen gegenüber; das muss vielleicht irgendwann mal durch das Gericht entschieden werden. Wir sind der Meinung: Die besseren Argumente sprechen dafür, das so beizubehalten. Denn die Alternative wäre, ehrlich gesagt: Stellen Sie sich so ein Verfahren, ein zweijähriges Verfahren mit erheblichen Angebotskosten, vor, und man stellt jetzt fest, man hat in dieser Verhandlungsrunde noch nicht alles gefasst. Dann müsste man ja tatsächlich im Übrigen jetzt ein Verhandlungsverbot, wenn man nicht weiterkommt, aufheben. Und das finden wir nicht sachgerecht, wenn es noch einen Grund gibt, dieses Verfahren wirtschaftlich abschließen zu können.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Danke. - Jetzt sagen Sie, die Rechtsprechung ist sozusagen noch zur alten Regelung ergangen. Aber würden Sie mir widersprechen, dass gleichwohl auch für die neue Rechtslage die Kommentarliteratur zumindest in der Beschreibung des Zwecks der Regelung insoweit gleich geblieben ist?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Wie gesagt, in der neuen Regelung ist dieser Zweck geblieben. Die Literatur, die Kommentarliteratur, soweit ich sie gelesen habe, ist schlicht offen. Es gibt welche, die das sehr apodiktisch verstehen, und es gibt welche, die diese alten Überlegungen weiter zur Geltung bringen lassen wollen.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Aber es würde in der Kommentarliteratur zumindest niemand dem Grundsatz widersprechen, der sagt: „Der Zweck der Regelung des § 17 ist weiterhin sozusagen geordneter Wettbewerb, Chancengleichheit und eine einheitliche Verfahrenshandhabung, was den Zeitpunkt betrifft“?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich kann Ihnen nicht sagen, ob das jetzt in jedem Kommentar so ist; aber das wird jedenfalls von vielen als der zu-

grundliegende Zweck verstanden, und wir verstehen das auch. Das macht ja den Sinn dieser Regelung so eigentlich aus.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Verstehe ich Sie dann des Weiteren richtig, dass Sie sagen: „Die Besonderheit liegt dann, wenn man sozusagen von diesen Zwecken des § 17 VgV ausgeht, hier darin, dass am Ende nur noch ein Bieter oder eine Bietergemeinschaft übrig geblieben ist“?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist die Frage, die sich dann stellt. Sie müssen ja diese Voraussetzungen auch wirklich erfüllen. Und da geht es natürlich um die Frage der Diskriminierungsfreiheit. Da hatte ich ja einleitend gesagt: Wenn es jetzt verschiedene Angebote gegeben hätte, scheint es mir völlig klar, dass man alle hätte berücksichtigen müssen. Aber hier ist eben nur noch ein Angebot; das ist die Besonderheit. Die anderen Bieter haben eben gesagt: Auf dieser Grundlage wollen wir kein Angebot abgeben. - Jetzt kann man die Risiken unterschiedlich betrachten. Man kann sagen - wenn ich es richtig verstanden habe -: Man muss eben alle wieder einbinden, damit man überhaupt noch weitermachen darf, vorausgesetzt man kommt darüber. Ich verstehe den Rechnungshof ein bisschen so. Ich glaube, der Rechnungshof bleibt nicht stehen bei der Frage, sondern sagt: Dann hätte er eben alle berücksichtigen müssen. - Aber stellen Sie sich die Position dieses einen Bieters vor, der dieses konforme Angebot abgegeben hat. Der würde sicherlich sagen: Ich habe alles getan, entsprechend euren Anforderungen getan, um hier eine Verfahrensposition zu bekommen. Ich bin derjenige, mit dem jetzt eben auch vorrangig gesprochen werden müsste. - Und deswegen glauben wir, dass diese Verfahrensposition zu schützen ist, was dann bedeuten würde, dass Sie aus diesem Grund diskriminierungsfrei mit einem Bieter weiterverhandeln könnten.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Sie haben jetzt auch den Rechnungshof erwähnt. Haben Sie das Gefühl, dass diesem Umstand oder dieser Besonderheit, dass wir eben nur noch einen Bieter hatten, in dem Fall mit allen Auswirkungen auf die



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Frage des Wettbewerbs und der Diskriminierungsfreiheit, im Rechnungshofbericht ausreichend Raum gegeben wird?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Nein, ich glaube, das spielt gar keine Rolle, soweit ich das verstehe.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Spielte im Rechnungshofbericht keine Rolle?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Nein, nein, nein. Im Rechnungshofbericht gibt es mehrfach, soweit ich das verstanden habe, den Hinweis, wettbewerbliche Verfahren öffnen zu können, etwa auch aus diesem Grund heraus, dann aus dem Grund „Änderung des Leistungsgegenstandes“; das ist hier eine Frage. Es wird eigentlich immer danach gesucht, wie man die anderen informieren und an dem Verfahren wieder beteiligen muss. Aber wir haben diese Unterschiedlichkeit, dass eben hier leider nur noch ein Bieter übrig war in der Form der Abwicklung, die ich gesehen habe.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Also dass quasi an der Stelle eine schematische Antwort gegeben wird durch den Rechnungshof und weniger eine, die am Einzelfall ausgerichtet ist?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Gut, dann können wir diesen Punkt „finales Angebot“, glaube ich, verlassen. Das ist jetzt wirklich sehr, sehr klar geworden. Vielen Dank.

Jetzt zur Frage des Zuschlags. Da ist es ja so, dass das Gutachten für die FDP-Fraktion relativ intensiv ausführt, dass vor einer Bestätigung durch den EuGH ein Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen. Das BMVI ist an der Stelle anderer Ansicht. In dem Zusammenhang wollte ich Sie noch mal fragen: Gibt es aus Ihrer Kenntnis oder Sichtweise eine zwingende - sei es europäische, verfassungsrechtliche oder welche auch immer - Bestimmung, die den Bund verpflichtet hätte, mit der Zuschlagserteilung auf das EuGH-Urteil zu warten?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Eine rechtliche Pflicht, darauf zu warten, sehen wir nicht. Ich glaube, was man berücksichtigen muss, ist - das haben wir immer getan -: Wir gehen ja davon aus, man hat ein rechtmäßiges Angebot in dem Verfahren gehabt, was zuschlagfähig war. Das hat sich aus dem Verfahren ergeben, und nun muss man eben überlegen, wie man verfährt. Denn ich muss vielleicht auch überlegen, welche Alternativen bestehen, und die entsprechend abwägen. Das ist dann eine Abwägungsentscheidung, die man treffen kann. Aufhebung finden wir sehr problematisch. Denn wenn zuschlagsfähige Angebote da sind und man jetzt auch die Wirtschaftlichkeit - mal vorbehaltlich all der Punkte, die diskutiert worden sind - hier mal unterstellt - davon, verstehe ich jedenfalls, ist das BMVI zu diesem Zeitpunkt ausgegangen -, dann ist jedenfalls eine Aufhebung, wenn man eine fortbestehende Vergabeabsicht hat, schwierig. Das müsste der Bieter nicht hinnehmen. Deswegen gibt es, glaube ich, jetzt von den Alternativen höchstens noch die Frage, ob man es hätte irgendwie aussetzen können.

Das ist ein Punkt, der ja auch gekommen ist: Hätte man es noch mal aussetzen können? Dazu gibt es natürlich auch keine Pflicht, sondern nur eine Abwägung. Und Sie müssen dann eben die verschiedenen Risiken abwägen, die in all diesen Wegen liegen. Ein zuschlagsfähiges Angebot lange hinauszuschieben - das läuft dann über die Bindefrist hinaus -, kann schwierig sein. Vielleicht muss man mit den Beteiligten darüber sprechen. Das ist aber ein Nachteil. Es gibt auch andere Punkte, die eben abgewogen werden müssen. Und wenn man eben der Auffassung ist, dann gibt es keinen rechtlichen Grund, sondern es ist eigentlich eher die vergaberechtliche Normalität, dass man, wenn man das zuschlagsfähige Angebot vorhat und glaubt, es ist wirtschaftlich, es dann auch annimmt.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Sie sprechen von der Abwägung. Können wir mal versuchen, sozusagen ein bisschen das mögliche Abwägungsmaterial freizulegen? Was wären denn sozusagen zulässige Abwägungsbelange, die für eine rasche Vergabeentscheidung, also sprich: eine vor Abschluss des EuGH-Verfahrens, sprechen könnten?



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Abwägung impliziert ja zunächst mal, dass man zulässige Handlungsvarianten hat. Die zulässigen Handlungsmöglichkeiten wären nach meinem Verständnis: Zuschlag auf dieses Angebot, wie es eben auch erfolgt ist, und die Alternative wäre möglicherweise, diesen Zuschlag in die Länge zu ziehen, vielleicht das Angebot abzuwarten. Das ist hier das Einzige, was ich jetzt aus den Diskussionen entnommen habe.

Was müssen Sie abwägen? Sie müssen natürlich abwägen, was Sie ja heute Morgen diskutiert haben, nämlich die Wahrscheinlichkeit, ob es hier zu einer nachteiligen Entscheidung kommen kann, also ob es vielleicht hilfreich ist, dieses Risiko noch zu neutralisieren. Sie müssen natürlich abwägen, wenn Sie das Verfahren in die Länge ziehen, was mit dem Verfahren geschieht. Dieses Verfahren ist ja offensichtlich sehr schwierig gewesen. Dass drei Bieter ausgestiegen sind und nicht mehr da beteiligt sein wollten, bedeutet jetzt nicht, dass es einfach ist und dass der Wettbewerb hier Schlange gestanden hat, sondern es ist, glaube ich, schwierig, das Verfahren abzuschließen. Da muss man eben schauen. Typischerweise sind Verzögerungen von Bieterverfahren in der Praxis immer komplex, immer schwierig, weil die Bindefristen ablaufen für das Angebot. Die wiederum sind oft unterlegt durch Bindefristen der finanzierenden Banken oder der Subunternehmer, sodass Sie einen ganzen Prozess in Gang setzen, wenn Sie das verlängern wollen. Dann gibt es natürlich schlicht Überlegungen: Will man das Projekt schnell realisieren, etwa aus monetären Gründen, um die Einnahmen zu realisieren? Ich meine, das ist ja ein Punkt, dem Sie nachgehen müssen und der natürlich wichtig ist. Rechtlich ist es eben nur so: Da gibt es offensichtlich einen Ermessensraum, den man eben hat, den man eben so und so ausgestalten kann, den wir weitgehend auch schützen würden vom Rechtlichen her. Und so würde es auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung da entsprechend eine Rolle spielen, welche Verfahren man da umsetzen kann. Dieser Ermessensraum ist nur überschritten, wenn es offensichtlich willkürlich wird, und dafür haben wir im Moment keine Anhaltspunkte gesehen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke. - Wir müssen uns für die zweite Runde darauf verständigen, wie oft gefragt werden darf. Ich habe mich sonst immer an drei, vier Fragen orientiert. Oder wir machen es so: Er darf die Frage noch stellen, und dafür dürfen die anderen länger.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Ich hätte jetzt noch eine Frage mit ein, zwei Unterfragen. - Müssen Sie entscheiden, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann machen wir das, okay.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Das wäre jetzt auch der letzte Komplex. - Herr Dr. Endler, Frage der Entschädigungsregelung: Da wird ja durch Ihren Kollegen Nunez Müller gesagt, es gäbe sozusagen einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses. Können Sie vielleicht für die Nichtjuristen im Raum noch mal ganz kurz den Unterschied zwischen positivem und negativem Interesse erläutern und im Zusammenhang damit dann die vertragliche Regelung im Betreibervertrag einordnen. Da wäre ich Ihnen ganz dankbar.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Das ist eine nicht ganz einfache Frage. Wir haben uns dazu ja geäußert. Die erste Frage ist vielleicht noch leichter. Negatives Interesse ist alles, was an Aufwendungen erstattet worden ist. Positives Interesse: Sie stellen den Betreiber so, wie er gestanden hätte, wenn das alles ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, also auch ein Blick in die Zukunft, und auch verbunden mit entgangenem Gewinn, wenn der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.

Eine Voraussetzung ist immer, wie man das Risiko hier einordnet und zu was man kommt. Dazu kann ich gerne gesondert noch was sagen. Diese Regelung hat jetzt eine Besonderheit. Sie führt eben nicht, wie das Zivilrecht sagt, einfach zum positiven Interesse, zum Ersatz, wie das zivilrechtlich wäre, sondern sie führt dazu, dass Sie ein relativ komplexes Verfahren haben. Sie müssen eben den Bruttounternehmenswert ermitteln. Dieser Bruttounternehmenswert muss ermittelt werden durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer. Das ist vielleicht etwas, wo man,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ehrlich gesagt, empfehlen kann, dass man sich das vielleicht auch mal von einem Wirtschaftsprüfer erläutern lässt. Das ist nämlich eigentlich nicht nur eine juristische Frage.

Aber was der Wirtschaftsprüfer tun muss, ist, zum Zeitpunkt der Kündigung eben jetzt zu überlegen, wie dieses Projekt im Abgleich zum Finanzmodell sich eigentlich darstellt, also ob es Risiken gibt, die möglicherweise schon eingetreten sind, oder Risiken, die noch zu erwarten wären, die im Finanzmodell nicht richtig abgebildet worden sind. Wenn Sie in den Wirtschaftlichkeitsvergleich reingucken, sehen Sie, dass es substanzielle Risiken gab, die die Privaten übernommen haben, sowohl bei der Errichtung wie auch bei dem späteren Betrieb. Der Wirtschaftsprüfer muss jetzt beantworten, ob diese Art von Risiken eigentlich richtig abgebildet worden sind. Das kann er auch spezifisch machen mit dem Vertrag. Wenn die Erstellung länger dauert, gibt es Vertragsstrafen, die dann gezahlt werden müssen. Die würden dann möglicherweise anfallen. Das wird er tun, weil es in die Zukunft gerichtet ist im Vergleich zu anderen Erfahrungen aus anderen Projekten. Also: Alles, was an Risikoaufschlüssen genommen werden muss, wird dazu führen - ob substanziell, weiß ich nicht; denn diese Berechnung gibt es ja bislang nicht -, dass der Ertragswert oder der Erstattungswert sich entsprechend reduziert. Das ist insgesamt ein Prozess, der zivilrechtlich diesem entgangenen Gewinn überhaupt nicht immanent ist. Das sind zivilrechtliche Größen, wo es eher eine Erleichterung gibt für den Nachweis solcher Dinge. Aber deswegen ist es, glaube ich, ganz wichtig, um die Relevanz dieser Formel oder dieser Vertragssystematik zu verstehen, dass man leider in diese sehr komplexen Vertragstexte auch wirklich eintreten muss und sich vielleicht erläutern lassen muss, was das bedeutet, dass man eben hier zu so einer Unternehmensbewertung kommt.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Nun sind Sie ja nicht nur im Rechtsgebiet erfahren, sondern auch in der Branche. Was könnten denn aus Ihrer Sicht Gründe sein oder gewesen sein, dass man eben nicht auf das gesetzliche Kündigungsregime und auf das rein negative Interesse rekurriert hat, sondern eine andere Regelung getroffen hat?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** In solchen großen Verfahren - das ist, glaube ich, vorhin schon mal angesprochen worden - ist es ziemlich üblich, sich nicht auf die zivilrechtlichen Maßstäbe zu verlassen, sondern eben Sonderregelungen in den entsprechenden Verträgen zu suchen, die das regeln, die Projektrisiken zuordnen. Der Ausgangspunkt sind tatsächlich die Risikosphären. Und ich glaube, da sind dann so ein bisschen die Unterschiede zu sehen. Also, man kommt vielleicht zu einem Ersatz des negativen Interesses, wenn man glaubt, dass man das verbundene Risiko aus dieser EuGH-Entscheidung teilen kann, also wenn man den Betreiber sozusagen mit einbinden kann. Der Klassiker für so was ist immer die höhere Gewalt, das sind Naturkatastrophen oder Ähnliches. Dann kann man so was teilen, und dann kann man es auch reduzieren. So ist es jedenfalls in den Verträgen. Unsere Auffassung - das haben wir ja entsprechend dargelegt - liegt nun darin, dass das nicht richtig ist, sondern dass für den normativen Rahmen eben die öffentliche Hand einsteht, und das betrifft - das ist ja eben auch schon mal gesagt worden - dann natürlich auch die Unionskonformität der verabschiedeten Regeln. Ich sehe keinen Grund, wie man den Betreiber hier mit in Verantwortung ziehen kann. Dann hat man nach allgemeinen Vertragsstandards eine Regelung, indem eben auch das positive Interesse mit zu bearbeiten oder mit abzuhandeln ist; wir glauben übrigens, auch nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Das hat man eben hier mit dieser Unternehmensbewertung versucht und damit vielleicht - aber das ist eine Frage, was bewertet werden kann, wie man damit umgeht - eine sogar vorteilhaftere Regelung gefunden, als man es in anderen Verträgen findet.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Vielen Dank. - Danke für die Geduld der Mitdiskutanten.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann habe ich jetzt Herrn Luksic, Herrn Kühn und dann Frau Lühmann.

**Oliver Luksic** (FDP): Vielen Dank Herr Vorsitzender. - Bevor ich zu der Interpretation des § 17 der Vergabeverordnung komme, möchte ich Sie, Herr Endler, noch mal bei zwei Punkten bitten, mich



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ganz kurz zu bestätigen, wenn ich es richtig verstanden habe. Der erste Punkt war: Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie dem Kollegen Nunez Müller in einem Punkt zugestimmt, in puncto Dokumentationspflicht. Ob man es jetzt Aufklärungsgespräche, Verhandlungsrunden oder Spitzengespräche nennt: Sie haben eben gesagt, es sei notwendig, diese zu dokumentieren. § 9 Absatz 2 Vergabeverordnung sagt ja: Das muss ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert werden. Sie haben das eben bestätigt. Habe ich Sie da richtig verstanden, dass dazu Dokumentationen notwendig sind?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist zutreffend. Wir würden die Dokumentation aller dieser Dinge sehen, immer mit Blick darauf, wie weit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist; darauf hatte ich hingewiesen. Wenn man ein Kennenlernetreffen hat, ist es wahrscheinlich weniger intensiv, als wenn Sie über Punkte verhandeln. Das ist eigentlich der Punkt. Aber so eine Dokumentation im Verfahren würden wir eigentlich für sachgerecht erachten.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, das ist ja schon mal eine wichtige Erkenntnis, dass Sie dem Punkt zustimmen. - Meine zweite Nachfrage, die man, glaube ich, auch relativ kurz beantworten kann, ist: Wenn ich Sie eben richtig verstanden habe, haben Sie wiederholt, was Sie in Ihrem vorherigen Gutachten in Ziffer 3, Seite 39, gesagt haben zum Thema „Gutachten und Stichtagsprüfer“. Wenn ich den Vertrag richtig verstehe, haben Sie das ähnlich interpretiert, und zwar, dass der objektivierte Unternehmenswert nach den Grundsätzen des Instituts der Wirtschaftsprüfer, IDW, zum Kündigungsstichtag ermittelt wird. Habe ich Sie da richtig verstanden? Das heißt: Das, was wir in der Pressekonferenz vom 19. Dezember gehört haben von Bundesminister Scheuer, war, dass das von den Betreibern gewählte Verfahren, die dieses Verfahren gewählt haben und jetzt das Institut der Wirtschaftsprüfer angerufen haben, unzulässig sei. Das heißt, diese Aussage würden Sie nicht teilen im Verweis auf Ihr Gutachten, Ziffer 3, Seite 39?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich muss sagen, ich weiß jetzt gar nicht, was in dieser Presseerklärung vermittelt worden ist. Also, das kann ich Ihnen nicht beantworten.

**Oliver Luksic (FDP):** Okay. - Also, ist nachzulesen. Er sagt: Das gewählte Verfahren wäre unzulässig. - Da gibt es in der Tat einen Widerspruch.

Damit würde ich gerne zu des Pudels Kern vorstoßen. Es gibt ja hier, glaube ich, am Tisch bei Ihnen sehr unterschiedliche Interpretationen des § 17, um den es ja hier geht, in der Frage, ob man nach einem finalen Angebot - ich glaube, das Wort „final“ passt ja auch - final nachverhandeln darf oder nicht. Meine erste Frage - meine Frage wäre an beide, damit wir das, glaube ich, hier noch mal in der Breite vertiefen können -: Gibt es nicht auch so etwas wie Vertrauensschutz für die anderen Bieter, dass sich die Vergabebedingungen nicht verändern? Das wäre mein erster Punkt.

Und dann geht es noch mal um die Fragen: Identität des Beschaffungsgrades, Mindestanforderungen - hier gibt es ja, glaube ich, das Formblatt 9 im Vertrag, das hier, glaube ich, relevant ist und genannt werden muss. Und da schließt sich die Frage an, was die substantielle Änderung angeht - Herr Nunez Müller hat ja auf das Schreiben verwiesen, wo auch Änderungen eingeräumt wurden -, ob 1 Milliarde per se nicht substantiell ist. Zum Zweiten: Wenn doch technisch gesehen so was wie Zahlungsstellen und Terminals mit das Schwierigste sind, wenn ich ein Mautgeschäft aufbauen muss, also wenn ich doch als Betreiber vor die Frage gestellt werde: „Muss ich mit Hunderten Rasthöfen verhandeln, wo ich eine Zahlungsstelle aufbaue?“, erscheint mir das von der Logik der Einführung der Maut mit die schwierigste Aufgabe. Wenn doch dies jetzt durch die Nachverhandlung geändert wurde, indem das die Firma Toll Collect übernehmen wollte, ist das nicht doch eine substantielle und wesentliche Änderung, die wirklich den Vergabegenstand ändert? Das wäre die Frage, die ich an Sie beide stellen wollte mit der Bitte, die eben genannten Begriffe zu präzisieren.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Dann beginne ich zu dem Punkt. Vielleicht zunächst





## Nur zur dienstlichen Verwendung

einmal zu dem § 17 Absatz 10 Vergabeverordnung. Ich darf den einmal ganz kurz vorlesen, damit der Gehalt klar wird. Der § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV lautet nämlich wörtlich wie folgt:

Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote ...

So. Über diese Wortlautgrenze des § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV kann sich eine Vergabestelle, darf sich eine Vergabestelle nicht hinwegsetzen, und zwar nicht nur aus Gründen des Wortlauts von § 17 Absatz 10 VgV, sondern weil der § 17 Absatz 10 seinerseits wortlautgleich auf dem Artikel 29 Absatz 3 Satz 1 der entsprechenden Vergaberichtlinie 2014/24 beruht. Das heißt, eine Vergabestelle, die sich über den § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV hinwegsetzen würde, würde damit zugleich die Richtlinienvorschrift, die Grundlage dieser Vergabe der VgV-Bestimmung ist, die die Interpretation des § 17 Absatz 10 der VgV-Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH leiten soll, ebenfalls verletzen. Das ist also nach unserer Auffassung gänzlich ausgeschlossen.

Vielleicht noch ein kurzer Verweis auf den Beschluss des Kammergerichts, der hier mehrfach erwähnt worden ist. Es ist eben nicht nur so, dass dieser Beschluss des Kammergerichts vor Erlass des § 17 Absatz 10 VgV ergangen ist, der erstmals ausdrücklich die nachträgliche Verhandlung über endgültige Angebote ausgeschlossen hat, sondern das Kammergericht Berlin hat in diesem Beschluss ausdrücklich gesagt, dass eine Vergabestelle in einem Verhandlungsverfahren zwar zunächst eine bestimmte Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bezeichnen darf, diese Erklärung aber später abändern und weitere Verhandlungsrunden eröffnen darf, solange zwei Bedingungen erfüllt sind.

Und die erste dieser Bedingungen lautet, dass diese Neueröffnung einer weiteren Verhandlungsrunde in transparenter und alle Bieter gleichbehandelnder Weise geschieht, und das ist

hier eben nicht der Fall gewesen. Diese Bestimmung des § 17 Absatz 10 VgV hat natürlich genauso wie die ausdrückliche Bestimmung des § 17 Absatz 13 VgV sehr viel mit dem Thema Vertrauensschutz für andere Bieter zu tun.

Zu dem Thema, ob hier substantielle Änderungen vorgenommen worden sind. Das ist hier nach unserer Auffassung evident der Fall, allerspätstens nach dem Eintritt der Toll Collect mit der entsprechenden erheblichen Leistungsentlastung zugunsten des Konsortiums, finanziert durch den Bund, der einen Teil der entsprechenden Vergütung übernommen hat. Hätten die übrigen Bieter das gewusst, dann hätten sie mit hoher Wahrscheinlichkeit auch darauf geboten.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich fange mal mit dem Vertrauensschutzaspekt an. Der Vertrauensschutz kann halt immer nur so weit reichen, wie es rechtlich zulässig ist. Das ist natürlich jetzt das Problem unserer beiden Auslegungen. Also, der Vertrauensschutz gilt eben so lange, solange es tatsächlich ein rechtmäßiges und entsprechendes Verhalten ist. Wir sehen das nicht so nach dem Wortlaut. Es gibt ja unterschiedliche Interpretationsmethoden, die wir rechtlich natürlich auch zur Anwendung bringen würden.

Ich kann auch noch mal auf den § 17 Absatz 14 VgV verweisen. Da steht nämlich das endgültige Angebot auch noch mal drin. Da steht:

Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die ... Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote vor. Er vergewissert sich, dass die endgültigen Angebote Mindestanforderungen erfüllen, und entscheidet über den Zuschlag ...

Also, da kann man so ein bisschen erkennen, was eigentlich mit den endgültigen Angeboten gemeint ist. Man will das nicht mehr tun. Ehrlich gesagt, ist die Überlegung des Kammergerichts Berlin sehr passend. Denn eigentlich geht es da-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

rum, ob man diese Endgültigkeit, die man da gesucht hat, eigentlich noch mal widerrufen kann. Dazu sagt das Gesetz aus unserer Sicht erst mal gar nichts. Und wir meinen, dass das unter genau den Voraussetzungen geht, die eben genannt worden sind.

Es muss halt den Verfahrensbedingungen entsprechen. Dazu gehört auch der Diskriminierungsgrundsatz, aber den muss man natürlich dann auf das entsprechende Verfahren anwenden. Da - ich will das jetzt nicht wiederholen - haben wir eben die Besonderheit, dass wir einen Bieter haben, der sich hier eine bestimmte Verfahrensposition geschaffen hat.

Ich glaube nicht, dass dieser Satz sagen soll: Transparenz bedeutet, dass man alle Verfahrensbeteiligten, die irgendwann mal geboten haben und irgendwann ausgeschlossen sind, jetzt irgendwie wieder in das Verfahren bringen kann. Das würde ja auch gar nicht gehen. Auf welcher Grundlage? Sie haben ja nicht mal ein Angebot abgegeben.

Deswegen: Das ist, glaube ich, eher eine Frage, ob sie dieses Telos akzeptieren. Es ist klar: Das kommt aus der Richtlinie. Das beeindruckt mich wenig. Da hat man dieselbe Rechtsfrage zu klären. Ehrlicherweise würde so was zum Gericht gehen und müsste wahrscheinlich dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt werden, um das zu klären. Dann hätte man die Auffassung. Aber ich kann eigentlich nur sagen, ich wäre da relativ züchtig, diese Auslegung sozusagen so verteidigen zu können.

Das zweite Thema, Änderung des Vergabestands, hatte ich ja vorhin schon versucht zu beantworten. Wir sehen das eben. Ich hatte ja gesagt: „Was sind die Kriterien?“ und verstehe, dass man überlegen kann, ob die Teilleistungen, die in Toll Collect sind, hier den Beschaffungsgegenstand wesentlich verändert haben. Das kann man sich überlegen. Das scheint der Punkt zu sein, über den ich bei so was auch nachdenken würde.

Ich hatte da aber schon gesagt: Das Beschaffungsziel bleibt eigentlich das Gleiche, das System, das

man hat. Wir sehen eben auch keine Veränderung im Betreibervertrag. Es ist ja so, dass man an der Stelle damit beauftragt wird, wenn ich es richtig verstehe, und dann muss man die Leistung von Toll Collect eben durch Subunternehmensvertrag bekommen. Damit bleibt es aber Leistungsgegenstand. Das kann ich jetzt nur aus dem Vertrag sagen. Danach müsste man es angucken. Wir finden das jeweils keinen so erheblichen Punkt, dass wir glauben, dass die Schwelle hier überschritten worden ist. Aber darüber kann man natürlich auch streiten. Aber im Vergleich zu anderen Verfahren, wo es Aufhebungen gibt, scheint das noch nicht ausreichend zu sein. Alleine die Angebotssumme - da wäre ich relativ eindeutig - scheint mir nicht ausreichend zu sein.

Und dann noch ein letzter Punkt, der immer mitschwingt - ich weiß das und verstehe auch, dass man das diskutieren muss -, ist natürlich: Wie hätten sich andere Bieter verhalten? Wären die sozusagen, wenn sie das gewusst hätten, wieder dabei gewesen? Das ist natürlich jetzt pure Spekulation, muss ich sagen. Es freut mich, wenn man das so klar weiß. Ich weiß es, ehrlich gesagt, nicht. Vielleicht würde es in der Ermittlung helfen, mal mit dem Ministerium zu sprechen; denn die werden ja sicher darüber gesprochen haben, woran es eigentlich liegt und was in den Verhandlungen die unüberwindbaren Punkte sind, die dazu geführt haben, dass man das Angebot nicht abgibt. In der Regel wird so was in den Verhandlungen sichtbar. Mir ist einfach nicht bekannt, dass die immer nur gesagt haben: Also, wenn da Entlastung geschaffen wird, dann würde ich das möglicherweise auch anders betrachten.

**Oliver Luksic (FDP):** Ich habe dazu eine ganz direkte Nachfrage an beide, damit Sie auch Gelegenheit haben, das zu bewerten. Hätte man denn nach dem ersten finalen Angebot das Verfahren nicht wieder zurückversetzen können, damit auch alle anderen drei die Möglichkeit gehabt hätten, unter den neuen Bedingungen ein Angebot abzugeben? Wäre das nicht eine passende Möglichkeit, die wahrscheinlich deswegen nicht in Betracht gezogen wurde, weil die Verpflichtungsermächtigung des Haushaltsgesetzgebers quasi ein Verfallsdatum hatte?



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Also, ich möchte einleitend darauf verweisen, dass uns keine Erkenntnis darüber vorliegt, dass, wie der Kollege eben gesagt hat, die anderen drei Bietergemeinschaften ausgeschlossen worden seien. Nach unserem Eindruck ist es eher so gewesen, dass diese anderen drei Bietergemeinschaften kein finales Angebot mehr abgegeben haben. Aber, wie gesagt, wir kennen nur einen Auszug der Akte.

**Oliver Luksic (FDP):** Dann würde ich gerne zu den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen fragen. Herr Nunez-Müller, Sie haben das auf Seite 19 angesprochen: „4.2 Zuschlag auf Grundlage einer belastbaren abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung?“, die am 18. Dezember 2018 gemacht wurde. Sie verweisen darauf, dass auf Daten zurückgegriffen wurde, die zu dem Zeitpunkt noch gar nicht vorlagen und die erst später kamen. Also, es wäre meine Bitte, diesen Aspekt in 4.2 auszuführen.

Meine Frage an Herrn Endler bezieht sich auf das Vergabeverfahren Toll Collect. Es war ja so, dass der Minister hier ein Vergabeverfahren hatte, wo es vier Konsortien gab, die Interesse hatten, Toll Collect nach der juristischen Sekunde zu übernehmen. Da ist meine Frage an Sie, wie es sein kann, dass dies - das ist ja jetzt bekannt - in den Aufklärungs-, Spitzengesprächen, Verhandlungsrunden ein Thema war und dies im Vertrag auch Eingang findet, dem Betreibervertrag vom 30.12.2018, die dafür notwendige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung aber erst im Januar vorgelegen habe. Wie erklären Sie sich diesen zeitlichen Verzug?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Also, vergaberechtlich darf die Vergabestelle den Zuschlag nur auf wirtschaftliche Angebote erteilen. Und in diesem Zusammenhang muss auch sichergestellt sein, dass das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, wirtschaftlicher ist, als wenn der Staat die Aufgabe, die ja hier übertragen wird, in eigener Regie vollziehen würde.

Hier ist es jetzt so gewesen, dass dazu eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

eingeholt worden ist. Nur, zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 18. Dezember 2018 lag eben eine solche finale Wirtschaftlichkeitsuntersuchung noch nicht vor, sondern allenfalls ein Kurzbericht, ein Vorbericht, der zudem auf in letzter Minute am selben Tag eingeholten Informationen des Kraftfahrt-Bundesamtes beruhte, und die finale Fassung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung lag eben erst am 24. Mai, fünf Monate nach Zuschlagserteilung und knapp fünf Monate nach Vertragsschluss, vor. Das ist so nicht vorgesehen.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, da haben wir mal ausnahmsweise jetzt einen vergleichbaren Ausgangspunkt. Zur Zuschlagsentscheidung muss natürlich die Wirtschaftlichkeit ermessens sein; das würde ich teilen. Bei Unwirtschaftlichkeit wäre einfach zu prüfen, ob das Verfahren aufzuheben ist. Es besteht jedenfalls die Möglichkeit, das ist ähnlich.

Ich muss sagen: Ich tue mich jetzt schwer, Ihnen konkret zu sagen - das ist ja vorhin schon mal diskutiert worden; das ist vielleicht ein Punkt, dem man nachgehen soll. Ich sehe jetzt nicht, dass irgendwie die abschließende Dokumentation vorliegen muss, schon gar nicht in einem so engen Raum, wo zugeschlagen werden muss, wo alles vielleicht relativ schnell geht, sondern es würde mir genügen, wenn die Wirtschaftlichkeit aus der begleitenden Projektbegleitung heraus hinreichend erwiesen ist. Dabei muss man sich ja immer wieder die Frage stellen, eigentlich bei allen Änderungen und Ähnlichem, ob das hinreichend wirtschaftlich ist. Aber auf welcher Grundlage das erfolgt und wie belastbar das zu diesem Zeitpunkt ist, das kann ich ehrlicherweise nicht beantworten, weil ich es einfach nicht weiß.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann hat jetzt der Kollege Kühn das Wort.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wir haben jetzt schon intensiv über das Thema Mindestbedingungen gesprochen. Herr Nunez-Müller sagt: Die wurden geändert. - Herr Endler, Sie sagen: Die wurden nicht geändert.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich nehme erst mal wahr, dass die Leistungshöhe von 3 auf 2 Milliarden Euro runtergegangen ist, und zwar nicht nur die Leistungshöhe, sondern auch der Leistungsumfang, und die Parameter deutlich verändert wurden. Mich würde mal interessieren: Was wäre denn - die Frage geht an beide - eine Änderung der Mindestbedingungen? Also, Herr Endler, Sie haben ja gesagt: Es hat keine gegeben. - Herr Nunez-Müller sagt was anderes. Also, wir müssten mal reden: Was wäre es denn in dem konkreten Fall?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Vielleicht darf ich klarstellen: Ich habe extra gesagt: Man muss das in den Unterlagen anschauen. Ja, ich hatte gesagt: Sie müssen sich die Vergabeunterlagen, vielleicht auch die Verträge angucken, um das genau zu evaluieren. Die lagen mir nicht vor. Deswegen kann ich nicht genau sagen, was geschehen ist. So war meine Einlassung dazu.

Aber ich glaube, ich will trotzdem noch mal erklären - das ist wichtig -: Was sind eigentlich Mindestbedingungen? Also, Mindestbedingungen sind etwas - das hatte ich kurz gesagt -, was in den Vergabeunterlagen als etwas beschrieben werden muss, wo der Auftraggeber von Beginn an sagt: Das muss auf jeden Fall eingehalten werden. - Ja, das ist der wesentliche Punkt.

Ich würde erwarten, weil ich es aus anderen Projekten so kenne, dass hier eine funktionale Leistungsbeschreibung vorlag. Das heißt also, Sie erlauben den Bietern, unterschiedliche Konzepte zu entwickeln, sagen ihnen aber, was für Funktionalitäten diese Konzepte haben müssen. Das schreibt man üblicherweise in Mindestbedingungen. Das wird ein ganzer Katalog sein.

Sie hatten eben auf eine Anlage verwiesen; die kenne ich schon wieder nicht ausreichend genau. Aber typischerweise, zum Beispiel in der Lkw-Maut, ist das eben auch erfolgt: Man hat bestimmte Kataloge als Mindestbedingungen erstellt, die dann eben sagen: Das System muss das können und muss das können, und es muss das können - was man vielleicht aus dem Gesetzlichen ableitet, aus dem ähnlichen System. Das sind Mindestbedingungen. Das hat also zunächst mal mit der Frage, ob Sie 3 oder 2 Milliarden

Euro dafür bezahlen müssen, gar nicht so richtig was zu tun.

Also, eben das Vergabeverfahren oder Verhandlungsverfahren erlaubt Verhandlungen, sehr umfangreiche Verhandlungen, insbesondere über die kommerziellen Punkte; das ist ja genau der Sinn. Man kann jetzt das System vielleicht völlig unterschiedlich anbinden. Die Mindestbedingungen müssen eben ermittelt werden. Das sind nur die Bedingungen, die in den entsprechenden Vergabeunterlagen sozusagen von dem Auftraggeber so bezeichnet worden sind. Das ist vielleicht der eine Punkt.

Dann vielleicht ein weiterer Punkt, den ich in diesem Zusammenhang sagen würde. Ich höre immer, dass es so Klarstellungen gibt. Wie gesagt: Man muss sich das wirklich alles im Einzelfall angucken, um das rechtlich sauber bewerten zu können. Ja, diese Regelung ist ein Verhandlungsverbot. Man darf darüber nicht verhandeln; so steht es in der Norm drin.

Ich würde mir aber sehr intensiv darüber Gedanken machen, ob man Klarstellungen vornehmen kann. Ich würde das wahrscheinlich an ähnliche Kriterien koppeln, wie ich sie vorhin schon genannt habe, dass diese Klarstellungen sachlich gerechtfertigt sein müssen und zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen können.

Stellen Sie sich mal eine zweijährige Ausschreibung vor. Nun stellt der Auftraggeber von sich aus irgendwie fest, er hat da irgendwas festgesetzt, was unsinnig ist. Soll der denn das Vergabeverfahren immer aufheben müssen und neu beginnen müssen? Das leuchtet mir jedenfalls nicht ein. Ich verstehe: Das ist ein Verhandlungsverbot; das leuchtet mir völlig ein. Ich würde aber sehen, dass es Klarstellungen oder so was geben kann, solange sie eben zwischen den Bietern nicht diskriminierend sind.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Die vom Gesetzgeber in § 17 Absatz 10 VgV ausgeschlossene Verhandlung über Mindestanforderungen meint Folgendes: Mindestanforderungen sind zwingende formelle oder inhaltliche Anfor-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

derungen, die die Vergabestelle an das abzugebende Angebot stellt. Das kann sich auf Anforderungen an Finanzierungszusagen von Fremdkapitalgebern beziehen, die hier abgegeben werden, oder die Auditierung von Finanzmodellen oder Ähnliches.

Jetzt muss man sich konkret vor Augen halten, dass die Aufforderung zur zweiten finalen Angebotsabgabe hier am 11.12.2018 erging, am Tag, an dem die mündliche Verhandlung vor dem Europäischen Gerichtshof stattgefunden hatte. Mit einer Frist von lediglich 48 Stunden, nämlich bis zum 13. Dezember, sollte das zweite finale Angebot vorliegen. Das sind 48 Stunden. Und ob ein Bieter innerhalb dieser 48 Stunden in der Tat die Mindestanforderungen, die in den Vergabeunterlagen definiert sind, voll einhalten kann oder hier voll eingehalten hat, das wäre in der Tat zu prüfen.

Ich weiß es nicht - ich kenne in dem Punkt die Vergabeunterlagen genauso wenig wie der Kollege -, möchte an der Stelle aber noch mal darauf hinweisen, dass eben das BMVI selbst die Verhandlung über Mindestanforderung gerade nicht vollständig ausgeschlossen hat, sondern der Minister hat in seinem Schreiben an die FDP-Fraktion eben nur gesagt, Klarstellung und Anpassung hätten sich nicht wesentlich auf die Mindestanforderungen ausgewirkt. „Wesentlich“ ist natürlich immer eine Wertungsfrage. Aber jedenfalls wird damit klar, dass es selbst aus der Perspektive des Ministeriums, die durchaus eine andere sein mag als die Perspektive meinethalben der Opposition oder auch der anderen Bieter, hier durchaus Verhandlungen über Mindestanforderungen gegeben hat.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich komme auf das Thema Aufklärungsgespräche zu sprechen. Da waren Sie, wenn ich das richtig verstanden habe, auch beide der Meinung, dass diese dokumentiert werden müssen. Nun hatte meine Fraktion beim Verkehrsminister schriftlich nachgefragt, welche Arbeitsgespräche der Verkehrsminister und der zuständige Staatssekretär geführt haben. Diese Übersicht ist dann auch auf der Website des Bundesverkehrsministeriums veröffentlicht worden.

Da fanden am 26., am 27. November, am 29. November und am 7. Dezember Gespräche statt, die, wie uns mitgeteilt wurde, nicht dokumentiert wurden, also für die es keine Vermerke gibt. Da steht bei dem Thema zum Beispiel am 26. und 27. Dezember:

Aufklärungsgespräche zum Sachstand Vergabeverfahren „Erhebung“. Thema: „Finales Angebot.“

Ich habe Ihre Ausführungen so verstanden, dass das, um es mal vorsichtig zu formulieren, im Widerspruch mit der Vergabeordnung steht. Würden Sie das bestätigen?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Das steht aus unserer Sicht in Widerspruch zu der Vergabeverordnung. Und soweit Sie jetzt hier auf den Umstand abstellen, dass diese Gespräche nicht protokolliert worden sind, muss man das in den Kontext folgender Gesichtspunkte stellen: Es geht natürlich auch immer darum, hier eine Vergabeakte zu schaffen, die für den Fall, dass hier ein nicht berücksichtigter Bieter ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einleitet, die Vergabekammer instand setzt, nachzuvollziehen, was hier tatsächlich verhandelt worden ist. Und von daher ist die Protokollierungspflicht nach § 9 Absatz 2 nicht nur irgendeine fernliegende formale Orchideenvorschrift, sondern von ganz zentraler Wichtigkeit für den Vertrauensschutz anderer Bieter, aber auch für die Nachprüfbarkeit der dann betroffenen Zuschlagsentscheidung in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Die Frage ging an Sie beide.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, ich hatte das ja auch gesagt. Ich würde eigentlich hier eher erwarten, dass man so was da erwähnt, dass das da aufgenommen werden würde. Ich bin mir jetzt ehrlich gesagt über die Reichweite nicht sicher; das muss man dann, glaube ich, wieder evaluieren, was da eigentlich geschehen ist. Ich hatte das ja vorhin schon gesagt: Was ich mit solchen Spitzengesprächen und solchen Verfahren üblich



## Nur zur dienstlichen Verwendung

cherweise verbinde, sind sehr grundlegende Themen, die eigentlich keine Verhandlungen sind. Und hier steht ja ein grundlegendes Thema im Raum. Aber natürlich kann nur das BMVI selber beantworten, ob man möglicherweise darüber gesprochen hat, ob das Verfahren überhaupt weitergehen kann.

Denn wenn einer 3 Milliarden Euro abgibt und man sagt: „Das ist offensichtlich überhaupt nicht in dem Rahmen, in dem wir es haben können“, muss man ja mal - vielleicht auf Spitzenebene - klären, ob es entsprechenden Bewegungsraum gibt, der sich dann ja in den entsprechenden Verhandlungen und weiter gehenden Gesprächen entsprechend dokumentiert oder niederschlagen kann. Ich bin mir gar nicht so sicher, wie man dann diese Dokumentation eigentlich erreichen würde; denn das sind eigentlich Punkte, die darüber entscheiden: Lohnt es sich, das Verfahren weiterzumachen, oder müssen wir es aufgeben?

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Darf ich da noch mal nachfragen? - Also, man würde sagen: „Okay, es gab dann ein Gespräch, wo man die Frage gestellt hat: Machen wir weiter?“, so, wie Sie es beschrieben haben. Aber es gab ja vier solcher Gespräche. Das heißt, das sind vier solcher Gespräche, die dann nicht dokumentiert wurden, mit Anwesenheit des Staatssekretärs und eben auch des Ministers. Das macht ja deutlich, dass die Frage, ob es weitergeht, positiv beschieden wurde. Man hat dann entsprechende Aufklärungsgespräche geführt, um zu einem - in dem Fall ja sozusagen einem zweiten - finalen Angebot zu kommen. Das spricht schon dafür, dass das hätte dokumentiert werden müssen. Oder schätzen Sie das anders ein? - Sie, Herr Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Gut. - Ich meine, ich hatte es ja schon gesagt: Also für mich würde so was in ein Vergabeprotokoll reingehören, wenn man darüber Gespräche führt, ja? Die Frage der Tiefe ist etwas, was ich nicht beantworten kann, weil ich nicht weiß, was gesprochen worden ist. Vielleicht muss man das eben einfach mal klären, und das lässt sich ja vielleicht noch ermitteln, was besprochen ist.

Also, ich habe nur gesagt: Diese Spitzengespräche klingen zwar immer so toll; aber Spitzengespräche sind nach meiner Erfahrung, wenn ich sie erlebt habe, keine Gespräche gewesen, wo man wirklich jetzt verhandelt hat und Anpassungen vorgenommen hat, sondern es sind Punkte, in denen man tatsächlich grundlegender Art überlegt, ob man an diesem Verfahren festhalten kann. Und wenn Sie sich jetzt angucken, wozu die Dokumentation da ist - die soll nämlich gucken: wie kommt es zu der Entscheidung und zu den Abwägungen? -, ist das möglicherweise für die Verhandlung wichtiger. Danach müsste man das entscheiden, was zu dokumentieren ist. Das ist der Punkt, den ich eigentlich sagen wollte.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Dann bitte Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann** (SPD): Es ist ja schon sehr viel gefragt worden, auch das, was ich auf meinem Zettel hatte. Es bleiben für mich noch zwei Fragen zur Klarstellung über.

Zum Ersten an Herrn Endler. Ich habe Sie so verstanden - und es geht mir jetzt nicht um den speziellen Fall, sondern es geht mir ums Grundsätzliche -, dass Sie gesagt haben: Selbstverständlich; im neuen Vergaberecht oder in der neuen Bestimmung zum Vergaberecht kann man noch ein finales Angebot nachverhandeln, wenn man das dann mit allen macht. Und wenn alle eben nur einer sind, haben alle anderen Pech gehabt. - Wenn ich dieser Rechtsauffassung folge, glauben Sie nicht, dass dann ein sehr großes Missbrauchspotenzial da drin wäre? Noch mal ganz konkret - nicht in diesem Fall, sondern mir geht es jetzt um das Grundsätzliche -: Ist Ihre Rechtsauffassung oder die Ihres Kollegen eher einschlägig, eingängig?

Was meine ich mit Missbrauchspotenzial? Ganz einfach: Dass ich die Bedingungen so hoch schraube, dass alle anderen Bieter aussteigen, und nur der Bieter/die Bieterin, die mir genehm ist, bleibt noch drin, gibt ein finales Angebot ab. Das verhandele ich dann nach und habe dann eben den, den ich haben will, und habe alle anderen ausgestochen, aber eben mit unfairen Mitteln. Also, das ist die Gefahr, die ich sehe, wenn



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ich Ihnen recht geben würde. Und daher kommt es mir auch gar nicht so drauf an, ob das wesentliche Änderungen waren, sondern allein die Frage - - Sie haben ja gesagt: Sie wissen es nicht, ob die anderen Bieter da ein finales Angebot unter den Bedingungen abgegeben haben. - Stimmt, kann man nicht wissen. Aber ich hatte Vergaberecht immer so verstanden, dass, weil man das eben nicht weiß, die Bedingungen für alle gleich gemacht werden müssen. - Also diese Frage, und dann schließe ich noch eine an. Aber vielleicht machen wir erst mal diese.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, das nehme ich gern noch mal auf; vielleicht ist das noch nicht ganz klar verstanden worden. Also, Sie haben ja recht. Das Missbrauchspotenzial - so hatte ich ja selber erläutert - ist eigentlich genau das, was dieser Norm zugrunde liegt, was man ausschließen will. Man will verhindern, dass man eigentlich ohne Grund noch mal in Verhandlungen eintritt, nur weil man die Wertungsreihenfolge ändern möchte. Das ist ja wie: Wenn das endgültig ist, muss halt zugeschlagen werden. Und wenn einem das Ergebnis nicht passt: Verhandlungsverfahren, tolle Sache! Soll man nicht noch mal wieder in Verhandlungen gehen?

Das hat die Rechtsprechung versucht aufzunehmen, dieses Missbrauchspotenzial, indem sie zweierlei verlangt. Sie sagt, es muss einen sachlichen Grund geben - das ist der eine Punkt -, und sie sagt, es müssen diese typischen Verfahrensanforderungen, die eigentlich allgemein im Vergaberecht gelten - Transparenz, Nichtdiskriminierung, vielleicht auch Wettbewerblichkeit -, eingehalten werden.

Und deswegen hatte ich in meinen Ausführungen am Beginn noch gesagt: Wenn wir jetzt zwei oder drei Angebote hätten, scheint mir das völlig klar zu sein. Wenn man das hätte wieder aufnehmen müssen, hätte man mit allen zwei oder drei Bietern arbeiten müssen. Also, der sachliche Grund scheint mir relativ klar erwiesen zu sein, weil hier so ein großes Potenzial eben sich ja dann auch noch gezeigt hat. Also, es hat sich offensichtlich gelohnt, hier noch mal wirtschaftlich zu verhandeln. Das würde mir reichen zum Nachweis, so als Sinnpunkt. Aber dann stellt

sich eben die Frage: Wie geht man denn mit diesem Diskriminierungsthema um? Das ist natürlich nicht ganz einfach. Und ich hatte versucht, darauf hinzuweisen: Wir haben eben hier die Besonderheit, dass nur ein Angebot abgegeben ist.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Warum? Ist das nicht vielleicht diskriminierend?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Na ja, also wenn alle zu den gleichen Anforderungen das im Grundsatz - - Also, wenn alle die gleichen Vergabeunterlagen haben, dann kann sich jeder Bieter frei entscheiden, ob er auf dieser Grundlage, die ihm zur Verfügung gestellt ist - mit den Vergabeunterlagen, mit den Verträgen, nach den entsprechenden Verhandlungen -, abgeben will oder nicht abgeben will. Und das ist das faire und freie Recht jeden Bieters, zu sagen: „Das mache ich nicht“, wenn man es mit den Gremien tut. Das ist eine völlig freie Entscheidung.

Es ist doch keine Diskriminierung, wenn sich jetzt einzelne Bieter entscheiden, ein Angebot abzugeben, und andere nicht, sondern das ist eine freie Entscheidung, vielleicht aus unterschiedlichen Gründen. Wir wissen ja - das teile ich -: Hier ist nichts ausgeschlossen worden; das war ein Missverständnis. - Aber ein Bieterkonsortium ist nach meinem Verständnis auseinandergebrochen, ja, die sind sich vielleicht nicht mehr einig gewesen. Zwei andere haben vielleicht gesagt: Da sind immer noch Risiken drin, so wie die Vergabeunterlagen sind, dass wir auf dieser Grundlage nicht bieten können.

Aber ein anderer Bieter hat das getan, und das sind die zugrundeliegenden Unterlagen. Er hat gesagt: „Hier, ich gebe ein vergabekonformes Angebot“, was ja entsprechend geprüft ist. Und damit würde er in jedem Verfahren, was mehrstufig ist, natürlich eine Verfahrensposition erreichen, in der er verlangen kann, dass jetzt geprüft wird, ob man ihm den Zuschlag erteilen kann. Und das müssen Sie bei der Entscheidung, mit wem Sie dann weitermachen, meines Erachtens berücksichtigen. Der würde Ihnen doch sofort auf die Füße steigen, wenn Sie einfach zurückgehen. Er würde sagen: Wie kommt denn ihr dazu?



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Kirsten Lüthmann (SPD):** Ja, aber das würde doch für mich heißen - nehmen wir mal an, ich hätte ich mich an dem Verfahren beteiligt -, ich muss auf alle Fälle ein Angebot abgeben, auch ein finales - egal ob ich den Zuschlag haben will oder nicht -, nur damit ich dann in der Verhandlungsrunde drin bin und das Angebot dann möglicherweise so verändern kann, dass es für mich wirklich interessant ist. Das wäre ja dann die Folge von Ihrer Auffassung.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Also, Sie müssen ein Angebot abgeben, um weiterhin eine Verfahrensposition zu haben, in der Sie als Bieter in dem Verfahren behandelt werden. Das ist so. Das ist meines Erachtens vergaberechtlich eindeutig.

**Kirsten Lüthmann (SPD):** Danke. - Die zweite Frage, die ich habe, bezieht sich auf die Beihilfe. Es ist ja schon mal nur Herr Nunez Müller gefragt worden, der die Antwort gegeben hat. Das habe ich nicht ganz verstanden, darum noch mal die Frage an Sie beide - vielleicht können Sie es mir und uns noch mal erklären. Sie haben ja die Bedingungen für eine Beihilfe vorgelesen. Jetzt haben wir in diesem Fall ja nicht eine Zahlung an Privatwirtschaftende ohne Gegenleistung, sondern wir haben eine Zahlung, die auf einem Vertrag beruht mit einer Gegenleistung; die ist jetzt nicht erfüllt - ich weiß, es ist jetzt schwierig. Aber es ist ja nicht die klassische Beihilfe, die ich zum Beispiel habe - was haben wir im Beihilferecht? unsere De-minimis-Regelung, also dass wir Teile der Maut zurückgeben: wenn Sie einen Antrag stellen, dann kriegen Sie Geld, um sich Winterreifen oder sowas zu kaufen -, sondern wir haben ja hier eine andere Vertragssituation.

Könnten Sie mir bitte noch mal erklären, warum - obwohl wir hier eine Zahlung aufgrund eines Vertrages haben und nicht eine freiwillige Zahlung eines Bundes - aus Ihrer Sicht trotzdem der Beihilfefall eintritt? Herr Endler - ich weiß nicht, ob Sie dieselbe Ansicht oder eine gegenteilige - -

(Sachverständiger  
Dr. Jan Endler nickt)

- Das dachte ich mir. - Dass Sie mir oder uns dann noch mal erklären, warum das eben nicht der Fall ist.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Vielleicht darf ich beginnen. - Der Beihilfegriff nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV ist nicht auf Geldzahlungen beschränkt, sondern es gilt: Vom Beihilfegriff erfasst wird jede Maßnahme welcher Art auch immer, die in irgendeiner Form zu einer marktunüblichen Begünstigung des Gegenübers des Staates führt. Denken Sie beispielsweise an Garantien. Staatliche Garantien führen auch nicht sofort zu einer Geldzahlung. Stattdessen sind sämtliche Maßnahmen - rein auf ihre Auswirkungen konzentriert -, die zu einer marktunüblichen Besserstellung der Gegenseite führen können, vom Beihilfegriff erfasst.

Aus unserer Sicht liegt hier eine mögliche Beihilfe in mehreren Konstellationen vor: zum einen in dem Abschluss des Vertrages mit der entsprechenden dort normierten Entschädigungsfolge, zum Zweiten - in die Zukunft gerichtet, noch nicht eingetreten - in der Auszahlung eines Betrages, wie er dann etwa vom Schiedsgericht ausgemacht werden könnte. Man könnte sich sogar darüber unterhalten, ob nicht die Kündigung des Vertrages, die möglicherweise gar nicht erforderlich war nach Maßgabe des EuGH-Urteils, selbst Beihilfequalität hat, weil sie nämlich zu einer Besserstellung führt, ohne vom EuGH zwingend vorgeschrieben gewesen zu sein.

So, und jetzt die entscheidende Frage. Die anderen Tatbestandsmerkmale sind, glaube ich, hier unstrittig: staatliche Maßnahme: klar, Haushaltsrelevanz: ebenfalls klar; potenzielle Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits im Mautmarkt, andererseits im Ticketing-Markt, in dem CTS Eventim unterwegs ist, ist auch unstrittig, und die zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung ist auch unstrittig, allein schon weil wir mit Kapsch ein österreichisches Unternehmen haben und in diesem Mautbereich natürlich alle möglichen nationalen, internationalen Unternehmen tätig sind. Das heißt, die Frage der Beihilfeeigenschaft steht und fällt hier mit der Frage, ob wir eine marktunübliche Besserstellung haben. Und das kann sich an mehreren Punkten orientieren.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Jetzt haben die Kollegen in ihren Gutachten darauf hingewiesen, dass ja hier ein offenes, diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchgeführt worden sei. Nun sind darauf zwei Einwände zu entgegnen: Zum einen. Ob das hier offen und diskriminierungsfrei durchgeführt worden ist, ist in der Tat schon auf vergaberechtlicher Ebene zweifelhaft. Vor allem aber hat die Europäische Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, die insoweit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenfasst, klargestellt, dass in den Situationen, in denen am Ende des Tages nur ein einziges Angebot abgegeben wird, der Umstand, dass vorher ein Vergabeverfahren oder ein Bieterverfahren durchgeführt worden ist, nicht per se dazu führen kann, hier anzunehmen, dass dieses einzige Angebot dann automatisch marktüblich sei. Stattdessen sagt die Kommission ausdrücklich in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, dass in der Situation eines einzigen Angebots dann eben separat weitere Nachweise über die Marktüblichkeit der Maßnahme eingeholt werden müssen - sei es in Form eines Wirtschaftsprüfergutachtens, sei es, indem man sich die einschlägige Marktlandschaft anschaut und sich anschaut, ob es eben in der Vergangenheit in diesem Markt völlig gleich gelagerte Sachverhaltsgestaltungen gegeben hat, *pari passu*.

Und aus unserer Sicht ist es eben so, schon angesichts des Umstandes, dass hier ganz überproportional nach ganz kurzer Laufzeit - das EuGH-Urteil ist ja im Juni ergangen, also fünfeinhalb Monate nach Vertragsschluss - schon 560 Millionen als Schadensersatzanspruch im Raum stehen. Das liegt sicher deutlich über dem, was hier die Bieter an eigenen Verfahrenskosten hatten, sondern ist Bezug nehmend auf den Bruttoundernehmenswert. Wir, die wir auch zahlreiche Unternehmen etwa in Mautkonzessionsverfahren begleiten, wissen aus unserer Praxis, dass das eine völlig unübliche und noch nie vorgekommene Sachverhaltsgestaltung ist. Bei diesen Konstellationen im Markt wird typischerweise nur ein negatives Interesse vereinbart, nämlich Deckung der Kosten, die bis zum Zeitpunkt der Kündigung entstanden sind, und eben nicht eine Entschädigung auf der Basis einer Fiktion, als sei der Vertrag über zwölf Jahre Laufzeit hier abgewickelt worden.

Von daher kommen wir zu dem Ergebnis: Es liegt hier eine marktunübliche Begünstigung des Konsortiums vor, und damit eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1. Staatliche Beihilfen unterliegen dem Durchführungsverbot gemäß Artikel 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV. Und schon von daher hätte die Bundesregierung eine solche vertragliche Gestaltung nicht treffen dürfen. Sie darf erst recht nicht einen entsprechenden, auf diesem vertraglichen Berechnungsmodus basierenden Entschädigungsbetrag ausreichen, bevor dies nicht geklärt ist, nicht genehmigt ist durch die Kommission. Es muss im Gegenteil als Voraussetzung sichergestellt sein, dass hier eine Genehmigung der Kommission vorliegt. Und die kann eben in verschiedenen Formen eingeholt werden: sei es durch eine Notifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland, sei es im Beschwerdewege, sei es dadurch, dass die Kommission *ex officio* durch Zeitungsberichte auf das Verfahren gestoßen wird und *ex officio* ein Beihilfeprüfverfahren einleitet. Aber ohne Kommissionsgenehmigung oder aber eine sehr unwahrscheinliche Entscheidung der Kommission, dass hier doch keine Beihilfe vorliegt, kann hier nicht fortgeführt werden. Und wir sind nach den Informationen, die wir haben, außerordentlich sicher, dass wir a) eine staatliche Beihilfe im Sinne des Tatbestands Artikel 107 Absatz 1 haben und b) die Genehmigungsfähigkeit für diese Maßnahme nicht gegeben ist.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, Sie werden sich wundern, dass ich dem nicht zustimmen kann. - Schon die ganzen Genehmigungen sind deswegen nicht erforderlich, weil der Ausgangspunkt, der hier im Raum steht - diese marktunübliche Begünstigung -, nicht vorliegt, sondern, ja, es muss immer eine Begünstigung vorliegen. Und - ich glaube, das haben wir im Einzelnen herausgearbeitet und auch in der Stellungnahme versucht darzustellen - für uns ist das eben eine marktkonforme Regelung, die hier vorgenommen worden ist.

Und ich muss wirklich sagen: Also, wir haben das jetzt auch intern im Haus von Linklaters mit den Projekten abgeglichen und haben versucht, so viel wie möglich sichtbar zu machen; vieles ist ja auch vertraulich. Wir glauben einfach, dass



## Nur zur dienstlichen Verwendung

diese Zuordnung - das ist ein Risiko, was der Auftraggeber, was der Bund zu tragen hat, und dafür hat er dann auch einzustehen, wenn es schlagend wird - tatsächlich die Marktpraxis ist. Eine marktpraktische Regelung würde auch von der Kommission anerkannt werden; ich kann mir gar nicht vorstellen, dass das nicht der Fall wäre.

Dann will ich aber noch auf einen anderen Punkt hinweisen. Da sind wir dann doch wieder bei dem Bruttounternehmenswert, der hier immer verloren geht, weil das vielleicht so ein bisschen kompliziert ist. Aber wir haben hier einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer, der sich anhand der entsprechenden Risikolage in dem Projekt noch mal im Einzelnen wird überlegen müssen, ob hier möglicherweise zu Unrecht bestimmte Risiken nicht richtig errichtet worden sind, und alles dieses würde ja gar nicht ausgeglichen werden. Hier steht immer die tolle Zahl von 560 Millionen Euro; dazu kann ich nichts sagen. Ich weiß nur, dass diese Bewertung nach meiner Kenntnis bislang überhaupt nicht durchgeführt worden ist, ja? Deswegen muss man das eben mal sehen.

Tatsächlich würden wir der Kommission doch sagen, dass hier ein unabhängiger Wirtschaftsprüfer diesen Wert dahin gehend abgeklopft hat, ob eigentlich die Risiken, die in dem Projekt waren, angemessen bepreist worden sind. Und wenn das nicht der Fall ist, würde sich der Entschädigungsbetrag entsprechend ändern. Das ist ja fast das Stärkste, was Sie machen können, um die Angemessenheit von so einer Kompensationsregelung zu ermitteln.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann hat jetzt der Herr Cezanne das Wort.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich möchte gerne noch mal an dieser Schadenersatzregelung unter einem anderen Gesichtspunkt ansetzen. Herr Dr. Endler, kann denn der Tatbestand, dass der ursprünglich im Vertragstext vorgesehene Nettokaufpreis, der vergolten werden sollte, nicht durchgesetzt werden konnte und stattdessen jetzt dieser - wie soll ich sagen? - Risikoaufschlag gezahlt werden muss, eigentlich auch ein Indiz für das sein, was

Herr Nunez Müller als die mangelnde Vergabe-reife dieses ganzen Verfahrens ansieht? Also, ist das nicht sozusagen ein Indiz dafür? Würde ich jetzt so sehen.

Die zweite Frage dann weiter gehend an Sie beide, bitte. Dann kommt es ja zu der Vorlage dieses Angebots, das den zur Verfügung stehenden Finanzierungsrahmen um eine komplette Milliarde übersteigt, also, ja, mindestens 33 Prozent. Ist das nicht eigentlich auch noch mal ein weiteres Indiz dafür, dass dieses Projekt so nicht funktionieren kann? Und wäre dann nicht eine sinnvolle Möglichkeit gewesen, zu sagen: „Wir heben dieses Vergabeverfahren auf; der Minister kommt noch mal zum Bundestag und sagt: So, Leute, was ihr uns da aufgetragen habt, funktioniert so nicht. Wir müssen noch mal reden“? - Das wäre eine Variante gewesen.

Und die letzte Frage, die sich mir dann noch mal stellt - das ist jetzt für mich aber wirklich eine offene Frage -: Ist mit der für mich überraschenden Entscheidung, die Toll Collect GmbH, über die wir ja auch gelegentlich mal im Verkehrsausschuss strittige Debatten geführt hatten, nicht zu privatisieren, denn nicht auch noch mal eine neue vergaberechtliche Situation entstanden? Also, hätte man jetzt nicht überprüfen müssen, ob die Toll Collect GmbH das alles nicht vielleicht noch viel besser und vernünftiger und wirtschaftlicher hätte durchführen können? Das hat man ja vorher gar nicht in Erwägung gezogen, weil das Ministerium immer davon ausgegangen ist, dass man den Laden wieder loswerden möchte.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich würde mit dem ersten Punkt beginnen. Die beiden anderen sind, glaube ich, für uns beide. - Das ist die Frage: Ist es ein Zeichen dafür, dass das vielleicht noch gar nicht ausschreibungsreif war, weil sich diese erste Regelung - Nettokaufpreis - nicht hat vermitteln lassen? Also, wenn ich da reinguckt hätte, hätte ich Ihnen, glaube ich, sofort gesagt, dass sie sich nicht vermitteln lässt, weil sie eben keinen angemessenen Ausgleich schafft. Das ist genau das, was in den Verhandlungen schon - - Insofern scheint mir das eher eine bietstrategische Sache zu sein. Man kann natürlich in ein



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Verfahren gehen und einfach mal ein paar Forderungen reinschreiben, gerade im Verhandlungsverfahren, und gucken, wie weit man damit kommt. Nur ist es dann ja in den Verhandlungsrunden so gewesen, dass alle Bieter, glaube ich, gleichermaßen gesagt haben, das könne nicht die Lösung für dieses Thema sein. Das hat, glaube ich, nichts mit der Ausschreibungsreife zu tun, sondern das ist der normale Verhandlungsprozess oder -ablauf.

Es ist sehr häufig, dass der erste Aufschlag, den der öffentliche Auftraggeber gibt, nicht die Traumwelt der Bieter ist und es dann eben Verhandlungsmöglichkeiten gibt, indem man aufschreibt, was man an Änderungen haben will. Und dann muss man eben darüber sprechen, wie man zueinanderkommen kann. Es muss halt nur so zusammengehen, dass die Bieter sich in der Lage sehen, auf der Grundlage ein Angebot abzugeben. Ich glaube, das muss man eher so verstehen, als dass es die Verhandlungsreife infrage stellt, jedenfalls nach meinem Verständnis.

Dann die Frage zur Aufhebung bei den 3 Milliarden, wenn ich das richtig verstanden habe. Da kommt jetzt das erste Angebot rein; das ist furchtbar teuer; das ist weit weg von dem, was man vorgesehen hat. Ja, dann kann man das natürlich prüfen, man kann überlegen, wie man vorgeht, und ich nehme an, dass das Ministerium das auch getan haben wird. Aber das ist natürlich nur ein Weg. Der alternative Weg ist der, dass man überlegt: Kann ich dieses Angebot durch Verhandlungen noch verbessern? Kann ich damit in einen Bereich kommen, in dem ich es als zuschlagsfähig erachte? Das muss man gegeneinander abwägen. Ich vermute, dass man in den Spitzengesprächen genau dies zu evaluieren versucht hat. Denn Sie können überhaupt nicht sicher sein, wenn Sie ein Angebot von 3 Milliarden haben, dass Sie da noch zu einer Lösung kommen, die sachgerecht ist, die so viel Nachgeben oder Anpassung verlangt. Aber genau das hat man ja versucht. Und aus Sicht des Ministeriums wird man, glaube ich, sagen, dass der Weg, erst mal diese Verhandlungen zu versuchen, vor diesem Hintergrund möglicherweise richtig war, weil er eben Erfolg gehabt hat.

Zur Frage „Verstaatlichung Toll Collect“ gibt es vielleicht noch einen Punkt. Es ist ja vorhin schon mal angesprochen worden, ob das nicht überhaupt alles infrage stellt, weil wir kein In-housegeschäft mehr haben. Dazu müssten die Erträge aber 20 Prozent erreichen, substanziell sein, was sie hier möglicherweise nicht sind, würde ich mal vermuten. Aber die andere Frage: Gehört so etwas in die staatliche Eigenstellung, Nutzung eigener Ressourcen? Das kann ich mir vorstellen. Ich weiß aber einfach nicht, was im Wirtschaftlichkeitsvergleich entsprechend behandelt worden ist. Also, da hätte ich eine gewisse Sympathie für das, was Sie sagen. Ich würde mir eben überlegen, was die staatliche Eigenerfüllung hat, und die kann natürlich auf das zurückgreifen, was an Ressourcen da ist. Das muss man sich aber angucken; das ist eine Frage des Wirtschaftlichkeitsvergleichs. Ich würde aber verstehen, wenn man darüber nachdenkt, ob man da eine Lösung finden kann.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Wir haben die Frage der Vergabereife in der Tat bislang vor allem festgemacht an dem Problem EuGH-Verfahren, das zu den maßgeblichen Zeitpunkten eben nicht gelöst war. Wenn es jetzt Bezug nehmend auf die 3 Milliarden und das Überschreiten des Finanzrahmens hier so gewesen wäre, dass das Bundesministerium frühzeitig mit einem Angebot in der Region von 3 Milliarden rechnen musste, haushaltsrechtlich aber die Voraussetzung zur Bedienung dieser 3 Milliarden gar nicht geschaffen hat, mithin diese 3 Milliarden hätte auch gar nicht zahlen können, dann wäre das möglicherweise auch ein Problem mangelnder Ausschreibungsreife, weil natürlich die Vergabestelle ihrerseits auch sicherstellen muss, dass sie den Vertrag, den sie hier schließen will, am Ende auch erfüllen kann. Und wenn das frühzeitig infrage stand für das Ministerium, würden sich in der Tat auch auf der Ebene Vergabereife hier Fragen stellen.

Zu der Frage - in Anführungsstrichen - „Verstaatlichung der Toll Collect durch Ausübung der Call-Option betreffend deren Geschäftsanteile“. Mein Eindruck ist, dass die Ziehung dieser Call-Option relativ früh für das Bundesverkehrsministerium im Raum stand, nämlich schon im Herbst



## Nur zur dienstlichen Verwendung

2018. Dann stellt sich halt die Frage, warum das nicht frühzeitig eingeführt worden ist in die Gespräche mit den verschiedenen Bietern. Die Situation war doch so, dass zunächst einmal Erstangebote abgegeben wurden, dann ein finales Angebot aufgerufen wurde, nur einer angeboten hat; die anderen sahen die Probleme nicht ausgeräumt, haben eben kein finales Angebot abgegeben. Das finale Angebot von autoTicket erschien dem Bund zu hoch. Er öffnete dann plötzlich Verhandlungen über ein finales Angebot, was man nach dem Wortlaut der Vergabeverordnung nicht darf, und brachte dann die Alternative mit hinein, dass der Vertragspartner das ganze Mautstellennetz, die Mautstelleninfrastruktur gar nicht selbst erstellen müsse, was ein sehr kostspieliges Unterfangen ist, sondern dass das die Toll Collect für ihn tun könne und dass der Bund zusätzlich einen Teil des Preises, den die Toll Collect dafür fordern würde, selbst übernehmen würde. Das ist schon eine dramatische Änderung des Kontextes, auf den hier geboten wurde, was dann eben auch dazu geführt hat, dass das gewinnende Konsortium hier den Angebotspreis von über 3 auf unter 2 Milliarden Euro senken konnte. Nur, die entscheidende Frage ist an der Stelle: Hätten die anderen drei das gewusst, dass die Toll Collect hier einspringt, dass der Bund die Kosten entsprechend subventioniert, dann wäre das möglicherweise für die etwas gewesen, was sie aus der Abschreckungshaltung gelöst hätte und es ihnen ermöglicht hätte, sie encouragiert hätte, hier ein Angebot abzugeben. Davon sind sie eben abgehalten worden, weil sie völlig im Dunkeln standen und überhaupt nicht wussten, was hier zwischen dem Bund einerseits und autoTicket besprochen wurde.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. - Dann habe ich noch eine Wortmeldung vom Herrn Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich würde gerne zwei Aspekte noch ansprechen, die, glaube ich, noch nicht so tief beleuchtet wurden, mit der Bitte an beide zur Stellungnahme, vielleicht erst Herr Endler und dann Herr Nunez Müller.

Das eine ist das Risikomanagement, das ja eine ganz entscheidende Rolle spielt für Vertragsgestaltung, Strafen und alles, was da noch kommt. Herr Nunez Müller hat es ja in seiner Erwiderung dargestellt. Ich möchte Sie auch noch informieren, dass eben beide europarechtlichen Gutachter sich einig waren, dass die Zahl von 15 Prozent, die in Risikoworkshops genannt wurde, viel zu niedrig war. Also die Aussage von Herrn Professor Mayer war: 90 bis 95 Prozent. Und Aussage von Herrn Professor Kainer war: Auf dieser Grundlage hätte man kein Haus bauen können. - Meine Bitte wäre, das zu berücksichtigen, wie auch die Tatsache, dass der Bundesrechnungshof darauf hinweist, dass in den Risikoworkshops diese 15 Prozent genannt wurden, aber in der Gesamtprojektleitungsgruppe von einem wesentlichen Problem gesprochen wurde, also einer ganz anderen Risikostufe. Insofern die Frage - vielleicht erst Herr Endler, dann Herr Nunez Müller - zum Risikomanagement: War das gut? Und was leitet sich aus dem Risikomanagement alles für die Vertragsgestaltung und das weitere Verfahren ab?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, ich war beim Risikomanagement ja nicht dabei, ich kann Ihnen aber vielleicht sagen: Erwarten wir in solch umfangreichen Projekten ein entsprechendes Risikomanagement? Das tun wir selbstverständlich. Ich habe gesehen, dass es aufgesetzt worden ist, unter Beteiligung der Berater. Wir arbeiten üblicherweise dann eben auch mit der Ermittlung aller projektkonkreten Risiken. Da wird natürlich so eine Frage - offenes Verfahren - selbstverständlich aufgenommen und entsprechend bewertet und immer nachgeführt werden müssen. Ob und wie das erfolgt ist? Da kann ich wirklich nur vorschlagen - da fehlen mir einfach die Informationen, muss ich sagen -, mit den Beteiligten zu sprechen. Das ist sicherlich ein wichtiger Punkt. Man würde erwarten, dass das sachgerecht gehandhabt wird.

Jetzt konkret - ich war ja nicht dabei -: Juristen zucken ja, wenn Leute mit „15 Prozent“ oder so was ankommen. So Zahlen finde ich immer schwierig. „15“ ist, glaube ich, vom Bund, und „90“ sagt der andere. Na ja, was auch immer; ich verstehe das. Mir ist in der Diskussion immer



## Nur zur dienstlichen Verwendung

aufgefallen: Also, erst mal ist ja völlig klar - das sagt jeder, den man fragen würde -: Ein offenes Gerichtsverfahren hat ein Risiko. Das braucht man gar nicht infrage zu stellen; das ist eben einfach da. Das muss man sich ja angucken. Jetzt muss man natürlich sehen: Man schließt Verträge ab - mit offenen Risiken. Das tut man, weil sonst müssten wir alles abwarten, könnten überhaupt nichts abschließen. Es ist halt so, dass all diese komplexen Dinge Risiken haben. Dies ist nun ein normatives Risiko; aber es wäre für mich jetzt nicht so anders zu handhaben als andere Risiken. Man muss sie halt bewerten und damit umgehen.

Schauen muss man natürlich - das werden Sie sicher alles gehört haben - auf das Datum, als es um den Zuschlag ging. Ich habe immer von unzähligen Gutachten gelesen, die da eingeholt worden sind. Also mein Eindruck war - deswegen haben wir damals auch gesagt, wir können das jedenfalls nachvollziehen, innerhalb des Ermessens -, dass man, als der Zuschlag erteilt worden ist - das war, glaube ich, im Nachgang zu der mündlichen Verhandlung - - Man hatte, wenn ich das richtig verstehe, die Prozessvertreter da mit eingebunden und hatte vielleicht den Eindruck: Es ist ganz gut gelaufen, weil nicht so viele Fragen an uns gegangen sind. - Das würde ich ähnlich beschreiben. Wir wissen auch immer: „Das Verfahren läuft nicht so gut“, wenn wir viel gefragt werden. Ich hatte dann auch verstanden - das hat mir auch immer eingeleuchtet -, dass sich dieser Eindruck in der Einschätzung des Generalanwalts - zwar nicht in der Zeit vorher, aber in der nachliegenden Einschätzung - niedergeschlagen hatte.

Deswegen kann ich jetzt nicht sagen, ob 15 Prozent richtig sind. Aber zu dem Zeitpunkt, wenn ich die Informationen zusammennehme, könnte ich mir schon vorstellen, dass man das auch ausgewogener oder anders betrachtet.

Das ist alles, was ich dazu sagen kann. Ich meine, Sie haben darüber heute schon mit den Kollegen gesprochen. Ich will nur sagen: Das Risikomanagement vermag natürlich auch dieses Risiko zu ermitteln. Wenn man dann zum Abschluss kommt, muss man eben die ganzen verschiede-

nen Themen, die man hat, gegeneinander abwägen. Das kann man aber tun. - Das müssen Sie dann vielleicht evaluieren. Ich hatte ja vorhin schon auf Punkte hingewiesen, die dann eben auch zu berücksichtigen sind: Das ist der gesetzgeberische Auftrag; das ist die Tatsache: Das Projekt beginnt nicht; das ist das Problem, dass man ein zuschlagsreifes Angebot hat. Alles das sind Punkte, die auch Risiken implizieren, die man irgendwie bewerten muss und wo man dann zu einer Lösung kommen muss.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Natürlich kann man sich auf den Satz zurückziehen: Auf See und vor Gericht ist man in Gottes Hand. Natürlich sind alle Prozessverfahren, Gerichtsverfahren mit Unsicherheiten verbunden. Allerdings, auf der anderen Seite, erstens: Die von Ihnen genannten Divergenzen in der Risikobewertung, -beifferung sprechen für sich. Auch die internen Differenzen zwischen „15 Prozent“ nach außen und „wesentlichen Problemen“ in der Innenkommunikation sprechen für sich.

Für mich sprechen aber drei weitere Punkte gegen [sic!] ein fehlerhaftes Risikomanagement an dieser Stelle:

Erstens. Die zeitliche Taktung einerseits des Vergabeverfahrens, andererseits des EuGH-Verfahrens lag doch entweder vollständig oder mindestens teilweise in den Händen des Bundes. Der Bund hätte auf eine Beschleunigung des EuGH-Verfahrens und damit schnellere Rechtssicherheit über die Unionskonformität des Gesetzgebungspakets drängen können. Er hätte ein beschleunigtes Verfahren beantragen können.

Er hätte auch schnell antworten können, statt die Verfahrensfristen jedes Mal auszureizen, bis zum letzten Tag; denn schließlich hat der Bund selbst gesagt, dass er vor Gericht nur das vorgetragen hat, was ihm vorher als Gutachten geliefert worden war von demjenigen, der sowohl Prozessbevollmächtigter wie vorher Gutachter gewesen war. Also, der Bund hätte selbst auf eine Beschleunigung des EuGH-Verfahrens drängen können, auf eine schnellere Rechtssicherheit.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Zugleich hat der Bund natürlich die volle Kontrolle gehabt über die zeitliche Taktung des Vergabeverfahrens. Und er hätte hier sehr wohl mehrere Maßnahmen treffen können, um sicherzustellen, dass der Zuschlag erst ergeht, nachdem der EuGH seine letzte und letztinstanzliche Entscheidung getroffen hat, und der Zuschlag nicht schon erteilt wird auf der Basis des Verlaufs einer mündlichen Verhandlung, die nach meiner langjährigen Erfahrung vor dem EuGH nur sehr eingeschränkte Hinweise darauf gibt, wie der EuGH am Ende des Tages urteilen wird.

Es kommen folgende Indizien hinzu, die für ein schlechtes Risikomanagement sprechen: Man muss sich noch einmal vor Augen führen, dass wir hier über ein - in Anführungsstrichen - „gesetzgeberisches Koppelungsgeschäft“ sprechen. Wir haben hier eine Infrastrukturabgabe für alle, gekoppelt mit einer steuerlichen Kompensation nur für die Halter deutscher Fahrzeuge. Und auf der anderen Seite stehen das Diskriminierungsverbot nach EU-Recht und die Warenverkehrsfreiheit nach AEUV. Das sind wirklich Grundfreiheiten, Grundnormen der EU. Hier liegt doch eine Ungleichbehandlung der Halter deutscher Pkws gegenüber den Haltern anderer EU-Pkws auf der Hand. Das hat man hier sehr konfrontativ gemacht, indem man gekoppelt hat. Da hätte man sicherlich sehr viel Risiko rausnehmen können, indem man eine weichere Entschädigungs- oder Kompensationsregelung für die Halter deutscher Pkws gefunden hätte, indem man das eben nicht zeitgleich gekoppelt hätte oder indem man nicht eine volle Kompensation, sondern meinetwegen eine Abschichtung nach Bemessungsgrundlagen gewählt hätte oder indem man vielleicht die ersten zwei, drei, vier Jahre auf eine Kompensation verzichtet hätte und eine Kompensation erst dann eingeführt hätte. Aber nein, man wollte eben aus politischen Gründen dem Wähler gegenüber nicht wortbrüchig werden und hat damit eine Schwachstelle geschaffen, in die zunächst Österreich und dann auch der EuGH gestoßen sind.

Es kommt hinzu, dass das EuGH-Verfahren sukzessive erhebliche Indizien zutage gefördert hat, die das Risiko für Deutschland erhoben haben:

Zum einen hat die Kommission darauf verzichtet, diesem Verfahren als Streithelfer Deutschlands beizutreten. Mit anderen Worten: Die Kommission hat darauf verzichtet, den Einstellungsbeschluss vor dem EuGH zu verteidigen, den sie mit und zugunsten Deutschlands doch selbst gefasst hatte. Das ist in der Geschichte der durch Mitgliedstaaten gegen andere Mitgliedstaaten eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren einmalig. In der Praxis dieser Verfahren war es bisher immer so, dass die Kommission einem der beiden Streithähne als Streithelfer beigetreten ist. Hier hat sie darauf verzichtet. Und das ist aus Sicht des EuGH schon ein klares Signal. Wenn das Unionsorgan, das als Hüter der Verträge auftritt, das zur Überwachung der Einhaltung von EU-Recht berufen ist, darauf verzichtet, die eigene Einstellungsentscheidung vor dem EuGH zu verteidigen und dem entsprechenden Mitgliedstaat beizuspringen, dann ist das ein klares Signal an den EuGH, dass diese Einstellungsentscheidung rein politisch und eben nicht rechtlich motiviert war. So hat sich die Kommission dann letztlich auf Anfrage ja auch geäußert.

Hinzu kommt das Indiz „große Kammern“: Große Kammern werden und können eben auch nur einberufen werden bei erheblichen Schwierigkeiten oder besonderer Bedeutung. Die sind typischerweise ein Signal dafür, dass der EuGH eine Grundlagenentscheidung treffen will und auch breite Legitimität sucht. Das ist immer dann angezeigt, wenn man, sagen wir mal, einen Bruch mit der Vergangenheit anstrebt.

Und zum Dritten - das haben wir auch in unserem Gutachten dargelegt - drängt sich der Eindruck auf, jedenfalls nach dem Wortlaut des EuGH-Urteils, dass Deutschland das eigene Paket eben nur unvollständig verteidigt hat, sich nur auf den Standpunkt gestellt hat, hier liege gar keine Diskriminierung von Haltern ausländischer Pkws vor oder hier liege gar keine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor. Man hat aber keine zweite Verteidigungslinie eingezogen, indem man gesagt hat: „Hier liegt möglicherweise eine Ungleichbehandlung vor; aber die ist gerechtfertigt aus den Gründen A, B, C“ oder: „Hier liegt möglicherweise eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor; die ist aber begründet,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

gerechtfertigt durch die Erwägungen A, B, C.“ Diese zweite Verteidigungslinie wurde nie im Verfahren geführt. Das hat der EuGH in verschiedenen Textstellen seines Urteils auch ausdrücklich so benannt. Von daher hat Deutschland das eigene Risiko auch durch die eigene Verfahrensführung erhöht.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, jetzt hat der Herr Luksic noch eine Nachfrage. Ich möchte aber auch darum bitten, sich an dem Thema zu orientieren, das wir hier haben. Es geht hier um Vergaberecht. Europarecht haben wir heute Mittag schon behandelt. Also bitte ich, konkret darauf zu achten, dass man dazu die Fragen stellt und vor allen Dingen auch keine Wertungen vornimmt zu anderen Bereichen, die eigentlich hier schon diskutiert wurden. Ich finde, wir sollten uns jetzt wirklich über das Vergaberecht unterhalten. - Herr Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Das war ja, glaube ich, der Fall, weil das Risikomanagement vergaberechtlich eine wichtige Rolle spielt, auch in der Vertragsgestaltung. - Eben wurde die Kündigung angesprochen. Ich bitte beide Sachverständigen, darauf einzugehen. Ich glaube, da liegen Sie vielleicht gar nicht so weit auseinander. Hier gibt es, glaube ich, drei Aspekte:

Herr Nunez Müller, ich habe Sie eben richtig verstanden - das ist, wie ich sehe, auch überwiegend Konsens bei den Juristen -, dass nach dem Urteil des EuGH eigentlich gar keine zwingende Notwendigkeit bestand, die Pkw-Maut nicht umzusetzen, sondern dass es vor allem um die Verknüpfung zwischen dem Infrastrukturabgabengesetz und der Senkung der Kfz-Steuer ging? Also, würden Sie beide der These zustimmen, dass man eine andere Maut hätte einführen können?

Daran anschließend, was den Ablauf der Kündigung angeht: Das ging ja sehr schnell. Sie haben eben beide die Verfahren vor dem EuGH angesprochen und Ihre Erfahrungen vor Gericht. Wie ist es zu bewerten, dass das noch am selben Tag bewertet wurde? Es gab ja Urteilsverkündung, Pressekonferenz, Taskforce „Kündigung“ innerhalb weniger Stunden. Also, aus Ihrer Erfahrung

mit solchen Prozessen: Wie schnell kann man denn von dem Urteil Kenntnis nehmen und eine angemessene Bewertung der Gründe des Urteils und des langen Vertragswerks vornehmen?

Daran anschließend die Frage, ob beide der rechtlichen Bewertung zustimmen, dass eine Kündigung, wenn sie nur wegen ordnungspolitischer Gründe, also nur wegen des EuGH-Urteils, stattgefunden hat, zu einem Schadenersatzanspruch führt. - Vielen Dank.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Nach meiner Auffassung ist es in der Tat so, dass das EuGH-Urteil nicht zwingend zur Kündigung Veranlassung gab. Es besteht ja hier eine Treuepflicht des Mitgliedstaates, ein solches EuGH-Urteil zu beachten, sprich: die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit in einem solchen Urteil abzustellen. Wie er dies tut, obliegt ihm; er muss es aber natürlich inhaltlich tun. Und hier hat eben der EuGH entsprechend den Anträgen Österreichs gerade und nur die Kopplung, nämlich die Einführung der Infrastrukturabgabe für alle bei gleichzeitiger Kompensation nur für die Deutschen, für unionswidrig erklärt. Sprich: Hätte man Letzteres außen vor gelassen, hätte es der Kündigung nicht bedurft. Man hätte also so fortfahren können, dass man die Infrastrukturabgabe einleitet und nur eben darauf verzichtet, die Halter deutscher Pkws zu kompensieren. Das wäre möglich gewesen. Dann hätte übrigens das Konsortium sich quasi den Bruttounternehmenswert durch entsprechende Leistungen über die Vertragslaufzeit verdienen müssen.

Was den Ablauf der Kündigung angeht: Das ist in der Tat sehr schnell unstrittig. Urteilserlass: 18. Juni; unstrittig erstes Kündigungsschreiben: ebenfalls 18. Juni. Von den Abläufen her ist es so: Diese Urteile des EuGH werden erlassen um 9.30 Uhr, frühestens, und die Urteile liegen typischerweise nicht schon am Eingang des Sitzungssaales aus, und sie werden auch nicht gleich im Internet veröffentlicht, sondern es ist schon eine der, sagen wir mal, komplizierteren anwaltlichen Aufgaben, möglichst schnell an den Urteilstext zu kommen, der erst die abschließende Analyse ermöglicht. Wenn man im Sekretariat des EuGH anruft, kriegt man eben allenfalls den Tenor,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

nicht die Begründung geliefert, und das eben auch frühestens, sagen wir mal, eine Stunde nach der Verkündung. Also, vor dem Hintergrund, dass der Urteilstext im Zweifel nicht vor Mittag vorlag und sich hier doch sehr komplexe Fragen stellten, ist es schon sehr schnell gelaufen, bis man hier zu der Entscheidung gelangt ist, den Betreibervertrag zu kündigen. - Jetzt habe ich, offen gesagt, die dritte Frage vergessen.

**Oliver Luksic (FDP):** Kündigung nur wegen Urteils, gibt es dann automatisch einen Schadenersatzanspruch?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Nach meinem Verständnis des Betreibervertrages gibt es, bezogen auf diesen Kündigungsgrund, eine spezifische Entschädigungsfolge, die im Ergebnis leistungsunabhängig zu einer Entschädigung in Höhe des Bruttounternehmenswertes führt.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich will mich, ehrlich gesagt, jetzt nicht zu sehr an Spekulationen beteiligen, sondern ich würde Ihnen tatsächlich vorschlagen, dies mit denjenigen zu besprechen, die die Kündigung entschieden haben. Das ist ja ein politischer Akt, kein rechtlicher. Natürlich können Sie kündigen, das steht Ihnen frei, mit den entsprechenden Folgen.

Ein Hinweis vielleicht - das weiß ich aus den Abstimmungen -: Nach unserem Verständnis hatte man sich relativ intensiv Gedanken gemacht, auch im Vorfeld, ob es alternative Gestaltungsformen gibt. Und wir meinen auch - das ist uns damals erläutert worden -, dass es im Vertrag alle möglichen Regeln gibt, die Anpassungen erlaubt hätten. Warum man anders vorangegangen ist, müsste man sich aber auch von den Prozessbeteiligten erklären lassen. Daher würde ich annehmen, dass die verschiedenen Varianten - kommt man mit einer Anpassung durch, oder kündigt man - eigentlich schon während der Verhandlungen und auch danach relativ intensiv besprochen gewesen sein müssen; denn sonst kann man den Vertrag nicht darauf aufbauen. Ich weiß, dass es auch eine gewisse Hoffnung gab, dass die Entscheidung niemals so stark ausfallen würde. Diese Hoffnung war, glaube ich, ein bisschen ge-

prägt durch die Erfahrungen, die man im Vertragsverletzungsverfahren mit der Kommission gemacht hatte, die ja dann mehr oder weniger auf so eine Spreizungsregelung gekommen war; also ein völlig anderer Punkt, den man anders adressieren konnte. Also, das müsste man sich mal angucken. - Deswegen glaube ich, dass es da möglicherweise sehr viel mehr Vorlauf und sehr viel mehr Überlegungen gab.

Der zweite Punkt. Von den Handlungsalternativen hängt auch ein bisschen ab, wie schnell man reagieren kann. Wenn so etwas entsprechend vorbereitet ist und man sich darüber Gedanken gemacht hat, kann man natürlich auch schnell eine Entscheidung treffen. - Ja, das ist es.

**Oliver Luksic (FDP):** Der dritte Punkt vielleicht noch ganz kurz: Ist Folge der Kündigung nur wegen eines ordnungspolitischen Grundes automatisch Schadenersatz? Würden Sie der Auffassung zustimmen, dass das automatisch so wäre?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist so. Alles, was wir bislang angeschaut haben, war ja immer bezogen auf den explizit genannten Grund, das Normative, dass das aufgrund der Gerichtsentscheidung würde nicht gehalten werden können. Ob man zu anderen Kündigungsgründen, Teilkündigungen hätte kommen können - das hätte man ja alles anpassen müssen - und den Vertrag hätte aufrechterhalten können, das kann ich Ihnen nicht sagen. Das muss man sich im Einzelnen angucken.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann Herr Kühn und dann Frau Lühmann.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich komme noch mal auf die Risikobewertung, das Risikomanagement im Vergabeprozess zurück, was ja nicht zu trennen ist von den parallel laufenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof. Herr Endler hat ja schon das Thema „mündliche Verhandlung“ angesprochen und gesagt, dass es sozusagen ein gutes Signal war, dass wenige Fragen kamen. Nur hat der EuGH ja - das ist die Frage an Herrn Nunez Müller - extra bei der Kommission nachgefragt, warum sie denn





## Nur zur dienstlichen Verwendung

das Vergabeverfahren eingestellt hat. Ist das üblich, und wie ist das zu bewerten? Also: Hätten da sozusagen die Alarmglocken schrillen müssen?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Es ist durchaus üblich, dass der EuGH zur Aufklärung Fragen stellt, sei es an die Verfahrensbeteiligten, sei es an ein nichtbeteiligtes Organ wie die Kommission. Das ist hier vielleicht deswegen noch eher wahrscheinlich gewesen, weil die Kommission sich ja nicht proaktiv selbst beteiligt hatte und dementsprechend der EuGH niemanden im Verfahren hatte, der ihm über die Gründe der Einstellung aus dem Kreis der Verfahrensbeteiligten selbst hätte Auskunft geben können. Die Alarmglocken hätten nicht läuten müssen bei dieser Nachfrage; die Alarmglocken hätten läuten müssen spätestens bei der Antwort, die die Kommission gegeben hat, die nämlich sehr deutlich gemacht hat, dass die Einstellung primär politisch - und zwar wörtlich, nach wörtlicher Einlassung der Kommission - oder jedenfalls politisch im Sinne einer Konsensbildung über die Pkw-Maut motiviert war. Die Kommission hat, jedenfalls in der Einlassung, so wie ich sie im EuGH-Urteil referiert sehe, nicht auf rechtlicher Ebene ihre Einstellung gerechtfertigt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Frau Lühmann, bitte.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Wir sind hier ganz weit aus unserem eigentlichen Thema raus; aber, Herr Vorsitzender, ich stelle auch noch eine Frage, die einfach zwingend ist. Herr Nunez Müller, Sie haben eben ausgeführt, dass die Kündigung nicht zwingend gewesen wäre, man hätte dem Urteil auch Rechnung tragen können, indem man einfach den einen Teil verwirklicht und den anderen nicht, nämlich die Entlastung bei der Kfz-Steuer. Stimmen Sie mir zu, dass das nicht umzusetzen, eines erneuten Beschlusses des Bundestages bedurft hätte?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Das ist hier in der Tat eine trickreiche Frage. Sie werden wahrscheinlich ein Ja von mir hören wollen; aber ich würde aus europarechtlicher Perspektive antworten: Infolge des Feststellungsurteils des

EuGH ist das Zweite Verkehrsteueränderungsgesetz in seiner Bezugnahme auf das Infrastrukturabgabengesetz unanwendbar geworden, und zwar, weil eben das EU-Recht Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht genießt. Sprich: Der Deutsche Bundestag mag das jetzt noch aufheben oder auch nicht, er darf es jedenfalls - und das entsprechende Ministerium - nicht mehr anwenden. Und ob jetzt der Deutsche Bundestag rein verfassungsrechtlich das hätte aufheben müssen, das ist eine Frage, die Verfassungsrechtler beantworten müssen. Zu diesem erlauchten Kreis gehöre ich nicht, jedenfalls nicht in erster Linie.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Aber wenn Sie das so sagen, dass ein Teil des Gesetzes nur nicht angewandt werden muss, dann kann doch auch der andere Teil nicht angewandt werden; also dann war es doch die freie Entscheidung. Das Gericht hat doch nur gesagt: Beide Gesetze zusammen dürfen nicht angewandt werden. So. Und jetzt ist die Entscheidungsfrage: Wende ich das eine nicht an, wende ich das andere nicht an, oder wende ich beide nicht an? Aber man kann doch nicht einfach sagen: Den Auftrag des Bundestages setze ich jetzt in einem Fall nicht um; und ich entscheide mal frei, welcher Fall das ist.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Der EuGH hat nur auf die beiden Gesetze in ihrer Wechselwirkung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Diskriminierung zugunsten deutscher Pkw-Halter und die Warenverkehrsfreiheitsbeeinträchtigung durch die Besserstellung deutscher Pkw-Halter geantwortet. Er hat sich an keiner Stelle kritisch auseinandergesetzt mit der Infrastrukturabgabenerhebung an und für sich. Von daher würde sowohl aus dem Tenor des EuGH-Urteils wie aus den Urteilsgründen nur eine Unanwendbarkeit dessen folgen, was hier der EuGH als EU-widrig gesehen hat, nämlich der positiven Diskriminierung zugunsten deutscher Pkw-Halter durch die Kompensation und der Warenverkehrsbeeinträchtigung durch ebendiese Kompensation.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Das geht doch nicht. Damit wäre doch der gesamte Wille des Deutschen Bundestages konterkariert worden.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Der EuGH kümmert sich, offen gestanden, nicht so sehr darum - er ist dafür auch gar nicht zuständig -, wie die verfassungsrechtlichen Gegebenheiten in einem Mitgliedstaat sind. Der EuGH stellt fest, ob bestimmte Maßnahmen EU-widrig sind. Aus der Treupflicht der Mitgliedstaaten und der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt eben, dass sich ein Mitgliedstaat an ein solches Urteil halten muss. Wie er dies tut, welche verfassungsrechtlichen Maßnahmen er da ergreift, ist ihm völlig überlassen. Jedenfalls auf EU-rechtlicher Ebene steht fest: Diese Kompensation war ab Erlass des EuGH-Urteils nicht mehr anwendbar.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, das war die letzte Wortmeldung. Ich frage jetzt noch mal in die Runde: Können wir die Anhörung an der Stelle beenden? - Wird abschließend eine Zusammenfassung der beiden Sachverständigen gewünscht? - Das ist auch nicht der Fall.

Dann möchte ich mich recht herzlich bedanken und Sie beide noch mal darauf hinweisen, dass Ihnen nach der Fertigstellung das Stenografische Protokoll dieser Anhörung zugesandt wird. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss beschlossen werden. Über diesen Beschluss erhalten Sie dann auch eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. Haben Sie aus Ihrer Sicht dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall. Dann noch mal herzlichen Dank.

Ich schließe hiermit die Sitzung, bedanke mich für das Interesse.

Die nächste öffentliche Beweisaufnahmesitzung wird am 30. Januar 2020 um 13.00 Uhr beginnen.

Ich wünsche den Kolleginnen und Kollegen noch einen schönen Abend.

(Schluss: 20.35 Uhr)

**PA29 2UA Postfachaccount PA29**

---

**Von:** Ulrich Hufeld <hufeld@hsu-hh.de>  
**Gesendet:** Freitag, 7. Februar 2020 16:53  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Cc:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Betreff:** AW: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020  
**Anlagen:** Protokoll 2. Untersuchungsausschuss Korrekturwünsche Hufeld.docx

Sehr geehrte Frau Netterscheidt,

besten Dank für die Zuleitung. In der Anlage finden Sie einige wenig Änderungswünsche. Bitte zögern Sie nicht mit Rückfragen, wenn die Korrekturbitten nicht eindeutig sein sollten.

Mit Dank und verbindlichen Grüßen

Ulrich Hufeld

Prof. Dr. iur. Ulrich Hufeld  
Helmut-Schmidt-Universität (UniBW) Hamburg Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Steuerrecht Postfach 700822, 22008 Hamburg  
Tel.: 040/6541-2859  
FAX: 040/6541-2087

Von: PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>  
Gesendet: Donnerstag, 6. Februar 2020 14:21  
An: PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>  
Betreff: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020

Sehr geehrter Herr Professor Mayer,  
  
sehr geehrter Herr Professor Kainer,  
  
sehr geehrter Herr Professor Hufeld,  
  
sehr geehrter Herr Professor Gröpl,  
  
sehr geehrter Herr Dr. Nunez Müller,  
  
sehr geehrter Herr Dr. Endler,

im Anhang finden Sie - wie Ihnen vom Vorsitzenden am Ende Ihrer Anhörung zugesagt - das vorläufige stenografische Protokoll zur Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar 2020 mit Bitte, gem. §§ 28 i.V.m. 26 PUAG den entsprechenden Teil, zu dem Sie gesprochen haben zu prüfen, und dem Ausschuss evtl. Änderungs- bzw. Ergänzungswünsche schriftlich innerhalb von zwei Wochen, d.h. bis zum

Donnerstag, den 27. Februar 2020,

mitzuteilen.

Für Ihre Bemühungen und Ihr Verständnis bedanken wir uns bereits im Vorfeld und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

i.A. Anja Netterscheidt

Anja Netterscheidt

Deutscher Bundestag

2. Untersuchungsausschuss der 19. Wahlperiode

- Sekretariat PA 29 -

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Tel.: +49 (0)30/227-31703

Fax: +49 (0)30/227-30315

E-Mail:

2.untersuchungsausschuss@bundestag.de <mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

Datenschutz:

<https://www.bundestag.de/datenschutz>

Ulrich Hufeld

## Änderungswünsche

zum vorläufigen Stenographischen Protokoll der  
der 4. Sitzung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar 2020

S. 48, rechte Spalte, letzter Absatz: bitte korrigieren in „Zweite Problemzone: die erstaunliche **Klausel im Vertrag „Erhebung“, Ziffer 30.5.4.**“ (statt: erstaunliche Klauselziffer)

S. 49, rechte Spalte, die Antwort auf die Rückfrage Oliver Luksic („Was war der letzte Satz?“) bitte korrigieren in „**Die Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2018 war ausgeschöpft, konnte deshalb die weiteren, teilverlagerten Ausgaben nicht absichern.**“ (statt: Die war ausgeschöpft)

S. 53, linke Spalte, erster Absatz, bitte klarer: „**Er hat zusätzlich – eventualiter und selbständig – eine Ersatzzahlungspflicht im ökonomisch gleichwertigen Garantie-Umfang übernommen: eine volle Einstandspflicht im Garantiefall, gerichtet auf das positive Interesse, gerade nicht auf das negative Interesse.**“ (statt Und er hat eine Ersatzzahlungspflicht im gleichen Umfang übernommen.)

S. 53, linke Spalte, zweiter Absatz, vorletzter und letzter Satz: „... nicht vorkommt, **dass die Regierung frei wäre, den Bund auf zukünftige Ausgaben festzulegen ohne Rückhalt in einer parlamentarischen Erlaubnis.** Das würden wir dann, weil uns der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz fehlt, **über den Haushaltsgrundsatz der Vollständigkeit** steuern.“ (statt ... nicht vorkommt, dass der Bundestag frei wäre oder umgekehrt die Regierung frei wäre, den Bund auf zukünftige Ausgaben festzulegen ohne Rückhalt in einer parlamentarischen Erlaubnis. Das würden wir dann, weil uns der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz fehlt, über Vollständigkeit steuern)

S. 53, linke Spalte, dritter Absatz, bitte einen Satz in zwei Sätze verwandeln: „Das wäre eine Interpretation zulasten des Parlaments. **Auf keinen Fall** sollte

aus der Mitte des Hauses, von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss das Zeichen ausgehen, dass wir Artikel 115 **des Grundgesetzes** interpretatorisch minimieren.“ (statt Und das wäre eine Interpretation zulasten des Parlaments, sollte aus der Mitte des Hauses, von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss das Zeichen ausgehen, dass wir Artikel 115 interpretatorisch minimieren.)

S. 54, rechte Spalte, letzter Absatz: „Das ist eine **Vorschrift** aus dem Werkvertragsrecht.“ (statt Vorschau)

S. 55, rechte Spalte, erster Absatz: „... im Sinne eines **Rechtsbehelfs**.“ (statt Rechtsbefehls)

S. 59, linke Spalte, letzter Absatz, bitte einen Satz klarer fassen: „**Das Szenario, dass der Garantiefall eintreten und eine Eventualverbindlichkeit fällig werden könnte, war haushaltsplanerisch gerade nicht programmiert und damit parlamentarisch nicht gebilligt.**“ (statt Und dieses Szenario war nicht programmiert)

S. 59, rechte Spalte oben, bitte einen Satzteil klarer fassen: „... **die Übernahme der Risiken für den Fall, dass der EuGH gegen die Maut entscheidet.**“ (statt ... das Risiko; aber nach einem negativen EuGH-Urteil wäre es dann anders gekommen.)

S. 59, rechte Spalte, zweiter Absatz: „... **zu** der Bundeshaushaltsordnung“ (statt in der Bundeshaushaltsordnung)

S. 64, linke Spalte, vierter Absatz, bitte den Absatz korrigieren: „**Der Haushalt 2018 hat für die Maut-Durchführung ca. 2 Milliarden freigegeben. In der Vertragslaufzeit der Jahre 2020 bis 2032 waren das pro Jahr „nur“ 165 Millionen. Was der Bundesrechnungshof allein den verlagerten Ausgaben zugeschlagen hat, bewegt sich oberhalb dieser Jahresrate. In der Gesamtschau zeigt sich: Wir haben mit haushaltswirtschaftlich relevanten Volumina zu tun!**“ (statt In der Summe ... relevante Volumina = kompletter Absatz)

**PA29 2UA Postfachaccount PA29**

---

**Von:** Christoph Gröpl <christoph.groepl@uni-saarland.de>  
**Gesendet:** Freitag, 21. Februar 2020 11:51  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Betreff:** Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020  
**Anlagen:** 04.SentoProt\_Korr\_Groepl.PDF

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Frau Netterscheidt,  
sehr geehrte Damen und Herren,

besten Dank für die Zusendung des vorläufigen stenogr. Protokolls der Sitzung des 2. Untersuchungsausschusses vom 16. Januar 2020.

Anbei darf ich Ihnen eine ZIP-Datei mit einem Scan zusenden, in dem ich meine Korrekturbitten handschriftlich eingemerkt habe.

Sollten Sie eine PDF-Datei mit einer besseren Auflösung wünschen, teile ich Ihnen diese bessere Version unter dem folgenden Link:

<https://grpl.uni-saarland.de/owncloud/index.php/s/taH98IYvX8DzQpV>

Ich wäre Ihnen sehr dankbar, wenn Sie diese Korrekturen berücksichtigen könnten. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts an meinen Aussagen; allerdings bringe ich meine mündlichen Äußerungen in eine sprachlich bessere Fassung. Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Besten Dank im Voraus und

freundliche Grüße  
Christoph Gröpl

Prof. Dr. Christoph Gröpl  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht  
Rechtswissenschaftliche Fakultät Universität des Saarlandes, Campus B4.1  
D-66123 Saarbrücken

Tel.: +49 (0)681 302-3200, Fax: -4330  
Internet: [www.groepl.uni-saarland.de](http://www.groepl.uni-saarland.de) <<http://www.groepl.uni-saarland.de>>  
Besucher: Geb. B4.1, Seitentreppe C,  
Sekretariat: Zi.-Nr. 2.42

----- Weitergeleitete Nachricht -----

**Betreff:** Fwd: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020  
**Datum:** Thu, 6 Feb 2020 15:03:02 +0100  
**Von:** Lehrstuhl Prof. Dr. Gröpl <[lehrstuhl@groepl.uni-saarland.de](mailto:lehrstuhl@groepl.uni-saarland.de)> <<mailto:lehrstuhl@groepl.uni-saarland.de>>

**An:** christoph Gröpl ([christoph.groepl@uni-saarland.de](mailto:christoph.groepl@uni-saarland.de) <<mailto:christoph.groepl@uni-saarland.de>> )  
<[christoph.groepl@uni-saarland.de](mailto:christoph.groepl@uni-saarland.de)> <<mailto:christoph.groepl@uni-saarland.de>>

----- Weitergeleitete Nachricht -----

Betreff: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020

Datum: Thu, 6 Feb 2020 13:20:54 +0000

Von: PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>  
<mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

An: PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>  
<mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

Sehr geehrter Herr Professor Mayer,

sehr geehrter Herr Professor Kainer,

sehr geehrter Herr Professor Hufeld,

sehr geehrter Herr Professor Gröpl,

sehr geehrter Herr Dr. Nunez Müller,

sehr geehrter Herr Dr. Endler,

im Anhang finden Sie - wie Ihnen vom Vorsitzenden am Ende Ihrer Anhörung zugesagt - das vorläufige stenografische Protokoll zur Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar 2020 mit Bitte, gem. §§ 28 i.V.m. 26 PUAG den entsprechenden Teil, zu dem Sie gesprochen haben zu prüfen, und dem Ausschuss evtl. Änderungs- bzw. Ergänzungswünsche schriftlich innerhalb von zwei Wochen, d.h. bis zum

Donnerstag, den 27. Februar 2020,

mitzuteilen.

Für Ihre Bemühungen und Ihr Verständnis bedanken wir uns bereits im Vorfeld und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

i.A. Anja Netterscheidt

Anja Netterscheidt



Deutscher Bundestag

2. Untersuchungsausschuss der 19. Wahlperiode

- Sekretariat PA 29 -

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Tel.: +49 (0)30/227-31703

Fax: +49 (0)30/227-30315

E-Mail:

2.untersuchungsausschuss@bundestag.de <mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

Datenschutz:

<https://www.bundestag.de/datenschutz>



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Stenografisches Protokoll**  
der 4. Sitzung  
- vorläufige Fassung\* -

*Korrekturwünsche  
und Ergänzungen  
von Christoph Gröpl*

**2. Untersuchungsausschuss**

Berlin, den 16. Januar 2020, 13.00 Uhr  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1  
Paul-Löbe-Haus, Saal E.200

Vorsitz: Vorsitzender Udo Schiefner, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt	Seite
<b>Sachverständigenanhörung</b>	
<b>zum Europarecht</b>	10
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Franz C. Mayer, Universität Bielefeld Prof. Dr. Friedemann Kainer, Universität Mannheim	
<b>zum Haushaltsrecht</b>	45
Anhörung der Sachverständigen Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des Saarlandes	
<b>Vergabefragen</b>	66
Anhörung der Sachverständigen RA Dr. Marco Nunez Müller, Kanzlei Chatham RA Dr. Jan Endler, Kanzlei Linklaters	

## \* Hinweis:

Die Stenografischen Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen werden grundsätzlich weder vom Ausschuss noch von den jeweiligen Zeugen oder Sachverständigen redigiert bzw. korrigiert. Zeugen und Sachverständigen wird das Stenografische Protokoll über ihre Vernehmung regelmäßig mit der Bemerkung zugesandt, dass sie Gelegenheit haben, binnen zwei Wochen dem Ausschusssekretariat Korrekturwünsche und Ergänzungen mitzuteilen. Etwaige Korrekturen und Ergänzungen werden sodann durch das Sekretariat zum Zwecke der Beifügung zum entsprechenden Protokoll verteilt.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Dann kommen wir zum zweiten Themenblock: Haushaltsrecht. - Ich darf Sie recht herzlich begrüßen, Herr Professor Dr. Gröpl und Herr Professor Dr. Hufeld. Ich muss auch Ihnen zunächst mal einige Dinge noch zur Kenntnis geben bezüglich der Formalien. Erst mal vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und hier für die Anhörung zur Verfügung stehen.

Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellung des Protokolls gelöscht. Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen. - Haben Sie dazu Fragen?

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

- Nicht der Fall. - Dann muss ich Sie vor der Anhörung hier noch einmal belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit

auch Disziplinarverfahren. - Auch hier frage ich Sie, ob es da noch Fragen gibt.

(Die Sachverständigen  
schütteln den Kopf)

- Das ist nicht der Fall. - Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- und Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuftem Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. - Auch hier gibt es von Ihnen keine Anmerkungen.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen jeweils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. Ich denke, wir gehen da alphabetisch vor. - Ich möchte Sie bitten, Herr Professor Dr. Gröpl, damit zu beginnen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Herr Vorsitzender, vielen Dank. - Mein Name ist Christoph Gröpl. Ich bin Universitätsprofessor an der Universität des Saarlandes/Ladungsfähige *T und 54 Jahre alt.*  
Anschrift: Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht, Campus B4 1, 66123 Saarbrücken.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Herr Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Danke, Herr Vorsitzender. - Mein Name ist Ulrich Hufeld, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Helmut Schmidt Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg. 52 Jahre alt. Ladungsfähige Anschrift, die Sie auch genutzt haben: Stratenberg 40a, 22393 Hamburg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Zunächst möchte ich Ihnen beiden, wenn Sie dies





## Nur zur dienstlichen Verwendung

wünschen, entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand dieser Anhörung zu äußern. Wie schon erwähnt, wäre es gut, wenn Sie sich dabei jeweils auf circa acht bis zehn Minuten beschränken könnten. - Herr Professor Gröpl.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Die sogenannte Pkw-Maut, die Infrastrukturabgabe, sollte nicht nur Staatseinnahmen generieren, sondern ihre Umsetzung, Einführung hat auch Geld gekostet, wie wir inzwischen wissen, und hätte auch Geld gekostet. Immer dann, wenn der Staat, wenn die Verwaltung Geld ausgibt, Geld in die Hand nimmt, muss das legitimiert sein. In einer Demokratie legitimiert das Parlament Ausgaben, das heißt also, der Deutsche Bundestag legitimiert Ausgaben, die die Bundesverwaltung einschließlich der Bundesministerien tätigt.

Jetzt stellt sich bei der Pkw-Maut die Frage, welche Ermächtigungen des Parlaments gegenüber der Bundesregierung, gegenüber dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur insbesondere, erforderlich waren. Diskutiert werden eine Gewährleistungsermächtigung und/oder eine Verpflichtungsermächtigung, im Übrigen auch eine Ausgabeermächtigung.

Im einschlägigen Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2018 war eine Ausgabeermächtigung veranschlagt. Der Bundestag hat also das Bundesministerium für Verkehr zu einer Ausgabe ermächtigt. Und im Übrigen war in viel höherem Maße eine Verpflichtungsermächtigung enthalten. Das heißt: Im Jahr 2018 hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur - ich kürze, wenn Sie erlauben, ab: Bundesverkehrsministerium - eine Verpflichtung eingehen können durch Abschluss eines Vertrages oder mehrerer Verträge in Höhe dieser Verpflichtungsermächtigung von gut 2 Milliarden Euro, die dann - und das ist das Entscheidende, die Abgrenzung zur Ausgabeermächtigung - nicht im Jahr 2018 selbst zu zahlen gewesen wäre, sondern in künftigen Jahren. Das war im Haushaltsplan 2018 enthalten.

Jetzt ist abgesehen davon die Frage: Wäre eine Gewährleistungsermächtigung erforderlich gewesen? Das ist eine andere Art, über die wir, wenn Sie das wünschen, heute noch ausführlich diskutieren können. Eine Gewährleistungsermächtigung ermächtigt oder berechtigt oder befugt die Verwaltung, einerseits Bürgschaftsverträge einzugehen oder Garantien zu übernehmen oder sonstige Gewährleistungen, die nur möglicherweise in Zukunft zu Ausgaben führen.

Meine Überzeugung und Auffassung ist die, dass zum Abschluss der beiden Verträge - und insbesondere kritisch ist wahrscheinlich der Vertrag „Erhebung“, der Betreibervertrag - eine Gewährleistungsermächtigung nicht erforderlich war.

Danach stellt sich die Frage: Hat denn die Verpflichtungsermächtigung, die im Haushaltsplan 2018 erteilt war, ausgereicht? Da haben wir einen Meinungsstreit. Der Bundesrechnungshof sagt in seinem Bericht nach § 88 Absatz 2 Bundeshaushaltsordnung: Ja, im Großen und Ganzen hat die Verpflichtungsermächtigung ausgereicht, allerdings wurde sie zu gewissen Teilen überschritten. - Also, nur im Großen und Ganzen Ja.

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, also Bundesverkehrsministerium, bestreitet das und sagt, nein, es hat sich auch ermächtigungskonform verhalten, insbesondere seien die Ausgaben, die der Bundesrechnungshof aufgelistet hat, die den Verpflichtungsermächtigungsrahmen überschreiten, im Jahr 2018 nicht absehbar gewesen.

Dann natürlich die letzte Frage: War abgesehen von einer Verpflichtungsermächtigung oder von einer Gewährleistungsermächtigung das Verhalten der Bundesregierung und des Bundesverkehrsministeriums insbesondere wirtschaftlich? Im Grundgesetz sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit relativ versteckt und nur am Rande erwähnt - leider -, in Artikel 114 Absatz 2 des Grundgesetzes im Zusammenhang mit dem Bundesrechnungshof. Da heißt es nur, dass der Bundesrechnungshof das gesamte Verhalten der Bundesverwaltung, Bundesregierung überprüft anhand der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Das wird aber

die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes

Diese Grundsätze werden





## Nur zur dienstlichen Verwendung

→ Vertiefung bewertet

Huf  
Tuf

seit Jahrzehnten schon ~~übertragen~~ als Verfassungsgrundsatz auf den gesamten Haushaltskreislauf bezogen. Das heißt, nicht nur der Bundesrechnungshof hat die Aufgabe, am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu überprüfen, sondern vorgelagert ist schon die Bundesverwaltung verpflichtet, sich wirtschaftlich und sparsam zu verhalten bei der Ausführung des Haushaltsplans. Und davor ist auch noch das Parlament, der Deutsche Bundestag, verpflichtet, bei seiner Haushaltsgesetzgebung die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Und noch einen Schritt davor sind bei der Aufstellung des Haushaltsplans durch die Bundesverwaltung und dann zentral durch das Bundesministerium der Finanzen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Jetzt das Entscheidende: Das ergibt sich aus Verfassungsrecht, nicht nur aus einfachem Gesetzesrecht; denn da steht es ohnehin schon drin, insbesondere in § 7 der Bundeshaushaltsordnung. Aber das ist verfassungsrechtlich untermauert.

↳ des Bundesverkehrsministeriums

Nun die Frage: War das Verhalten wirtschaftlich und sparsam, oder hat es gegen diese Grundsätze verstoßen? Das werden wir heute, wenn Sie wünschen und mögen, wahrscheinlich auch noch vertieft zu klären haben. Das hängt meiner Ansicht nach von zivilrechtlichen Vorfragen ab. Das heißt: Waren die Verträge, insbesondere der Vertrag „Erhebung“, so wie er abgeschlossen wurde am 30. Dezember 2018, marktüblich? Waren die Regelungen, insbesondere zum Schadensersatz, angemessen oder nicht? Wenn das der Fall war, das heißt, wenn die Regelungen marktkonform waren, marktüblich waren, wenn vor allem insbesondere keine weiteren Bieter hätten gefunden werden können, dann - zu dem Ergebnis komme ich - wären die Verträge angemessen gewesen und hätten die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Ergebnis nicht verletzt.

Huf  
Luf

↳ und die

Abgesehen davon, von diesem materiellen Ergebnis müsste man noch auf das Verfahren schauen. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit fordern auch, dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur begleitend zu seinen Vertragsverhandlungen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anstellt, Risiko-

~~systeme einbringt~~. Auch da hat das Bundesverkehrsministerium vorgetragen, dass das intensiv der Fall gewesen sein soll. Der Bundesrechnungshof sieht das eher kritischer. Da würde ich vorschlagen, dass das dann in dem weiteren Verfahren des Untersuchungsausschusses geklärt werden sollte. - So weit meine Stellungnahme. Vielen Dank.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann darf ich Sie bitten, Herr Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Verehrte Abgeordnete, ich danke Ihnen für diese Ladung. - Man muss hier im Hohen Hause nicht erwähnen und schon gar nicht betonen, dass das Budgetrecht des Parlaments ein bedeutendes Erbe der deutschen Parlamentsgeschichte ist. Ich will aber trotzdem eine ganz kurze historische Vorbemerkung machen; denn zu den Erstaunlichkeiten des heutigen demokratischen Haushaltsverfassungsrechts gehört, dass es nicht nur auf eine Demokratietradition seit der Paulskirchenverfassung zurückgeht, sondern auch und ganz wesentlich auf eine parlamentsgeschichtliche Tradition in monarchischer Zeit. Und wenn vom Königsrecht des Parlaments und vom Kronjuwel die Rede ist, dann hat diese Redeweise einen historischen Hintersinn; denn sie verweist sozusagen auf die Kampfbereitschaft, auf die Selbstbehauptungsbereitschaft des ganzen Parlaments. Das liegt in gewisser Weise quer zum parlamentarischen Regierungssystem, das wir natürlich in der Konstellation Regierung, Parlamentsmehrheit versus Opposition denken. Im Haushaltsverfassungsrecht hat sich erhalten, dass auch die Abgeordneten, die die Regierung heute im parlamentarischen Regierungssystem tragen, kein Interesse daran haben können, dass sich die Exekutive abkoppelt und sich Ministerien bereithalten, freihändig Ausgaben zu bewirtschaften.

Wie sichert der Bundestag seine Hoheit über den Bundeshaushalt? Indem er das Ermächtigungsprinzip hochhält, einen lückenlosen Ermächtigungsvorbehalt. Das heißt, die Ausgabenbewirtschaftung der Exekutive muss umfassend abgesichert sein - das hat der Kollege erwähnt -, entweder in einer Ausgabenbewilligung für das ausge-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

plante Haushaltsjahr oder pro futuro in Verpflichtungsermächtigungen oder Gewährleistungsermächtigungen, also für aktuelle, für künftige und für künftig potenzielle Ausgaben. Oft haben wir nur die Festlegungen für das nächste Haushaltsjahr im Blick, also die handgreiflichen Ausgabenermächtigungen. Bei einem längerfristigen Vertrag, der 2018 abgeschlossen wird für eine Laufzeit 2020 bis 2030, verschiebt sich die Perspektive, und wir müssen ins Auge fassen die Pro-futuro-Ermächtigungen, Verpflichtungsermächtigungen und Gewährleistungsermächtigungen.

Erstes Zwischenfazit: Ermächtigungsfreie Ausgabenpolitik darf es nicht geben, und auch und gerade die Vorbelastungen, Vorausbindungen künftiger Haushaltsgesetzgeber und Haushaltsplaner müssen im Zeitpunkt der Maßnahmen abgesichert sein. Daraus folgt für einen Betreibervertrag, den der Bund Ende 2018 abschließt: Alle dort begründeten vertraglichen Verbindlichkeiten waren angewiesen auf gegenwärtigen, also damals gegenwärtigen, Ermächtigungsrückhalt, auf Rückhalt im Haushalt 2018, also jene Verbindlichkeiten, die bei wahrscheinlicher Vertragsdurchführung entstanden wären, also Verpflichtungsermächtigungen, aber auch diejenigen, die aus einer möglichen Kündigung erwachsen mochten.

Die haushaltsrechtliche Würdigung der Betreiberverträge muss ansetzen beim Titel 532 34. Das ist die voluminöse Verpflichtungsermächtigung im Umfang von 2,08 Milliarden Euro, also die Erlaubnis für den Bund, noch in 2018 den Bund festzulegen auf Ausgaben in den Jahren 2020 bis 2032. Diese Verpflichtungsermächtigung 532 34 hat den Vertrag abgesichert, nachdem er abgeschmolzen worden war auf 1,975 Milliarden Euro. Wenn man mal absieht von den spärlichen Festlegungen betreffend den Vertrag „Automatische Kontrolle“, blieben für den Vertrag „Erhebung“ übrig aus der erwähnten Verpflichtungsermächtigung 1,977 Milliarden Euro. Und fast auf den Cent genau ist der Vertrag „Erhebung“ abgeschlossen worden mit einem Volumen von 1,975 Milliarden Euro. Damit lag eine Deckung in der Verpflichtungsermächtigung vor; aber diese Verpflichtungsermächtigung war auch ausgeschöpft.

Damit komme ich zu den Problemzonen.

Erstens. Nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes lag das erste finale Angebot der autoTicket GmbH, Gesellschafter Kapsch und Eventim, bei 3,065 Milliarden Euro. Dieses Volumen ist, wie erwähnt, abgeschmolzen worden auf 1,975 Milliarden. Aber diese abgeschmolzenen Kosten sind nicht spurlos verschwunden, sondern zu einem Teil verlagert worden. Wenn ich jetzt von Teilverlagerung spreche, habe ich im Auge, dass nahe liegt, dass das BMVI auch Wirtschaftlichkeitseffekte dadurch erzielt hat, dass es etwa die Mitbenutzung der Terminals von Toll Collect angestrebt und ermöglicht hat.

Gleichwohl sind nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes die Kosten verlagert worden. Der Bundesrechnungshof nennt zwei Zahlen. Dem Bund wären im Verhältnis zu Toll Collect Kosten entstanden, weil nach diesen Feststellungen Toll Collect auf bestimmte Preise im Verhältnis zur autoTicket GmbH festgelegt werden sollte, und einen Differenzbetrag hätte der Bund übernommen. Der Bundesrechnungshof spricht insoweit in dem Dreiecksverhältnis von Lasten von 144 Millionen Euro.

Zweiter Kostenpunkt, aus der Variabilisierung der Vergütungen: Der Posten „Feste Vergütungen“ ist verkleinert worden, um das Vertragsvolumen abzuschmelzen, der Teil der variablen Vergütungen ist erhöht worden. Auf die Details kommen wir vielleicht noch zu sprechen. Jedenfalls ergibt sich als Zwischenergebnis, dass über 500 Millionen Euro von der Verpflichtungsermächtigung nicht mehr gedeckt waren. Wenn diese Feststellungen des Bundesrechnungshofes zutreffen, haben wir einen offenkundigen und nicht unerheblichen Konflikt mit dem Ermächtigungsvorbehalt - dafür lag überhaupt keine Ermächtigung vor -, mit den Grundsätzen der Vorerigkeit, der Vollständigkeit, der Haushaltswahrheit und der Haushaltsklarheit.

Zweite Problemzone: die erstaunliche Klauselziffer 30.5.4. Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete, das war eine Garantiezusage des Bundes, dass der Bund für den Fall der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen den





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Vertragspartner schadlos hält und - nicht im Umfang einer Nebenpflicht, sondern vollumfänglich - das Erfüllungsinteresse, untechnisch formuliert, die Zusage ökonomischer Substanzerhaltung oder, wie die Zivilrechtler sagen würden, das positive Interesse garantiert. Das war zivilrechtlich eine selbstständige Garantie, und es war ein Garantiefall im Sinne des Artikels 115 Absatz 1 Grundgesetz, also aus der Perspektive 2018 eine ungewisse, künftig potenzielle Ausgabe des Bundes. Das war außerordentliche Risikopolitik im Sinne des Artikels 115 Absatz 1.

Ich musste vorhin an diese Verfassungsnorm denken, als Sie sich gefragt haben: Welche Lehren kann man eigentlich für die Zukunft ziehen? Eine Lehre könnte sein: Gewaltenteilung. Artikel 115 ist ein Modus der Gewaltenteilung, geteilte Verantwortung. Diese politische Verantwortung für eine Eventualverbindlichkeit, für ein hohes Risiko soll und muss das Parlament nach Artikel 115 übernehmen.

Wenn Sie diese beiden Posten, 500 Millionen Euro, die der Bundesrechnungshof festgestellt hat, plus 500 Millionen Euro, wenn wir mal sehr vorläufig abstellen auf die erhobene Forderung von 560 Millionen Euro vonseiten Kapsch und Eventim, zusammenrechnen, dann kommen Sie zu einer Ermächtigungslücke im Haushalt 2018 von mehr als 1 Milliarde Euro. Es ist aber wichtig, zu betonen, dass diese nicht gedeckten Ausgaben, entweder Verlagerung oder Garantiefall, nicht gleichzeitig hätten zustande kommen können. Das sind ja Szenarien, die sich wechselseitig ausschließen.

Im Szenario Vertragsdurchführung, wenn die Maut unionsrechtlich gebilligt worden wäre, hätte das BMVI in späteren Haushaltsjahren nachträglich um Ermächtigungstitel nachsuchen müssen, um die verlagerten Kosten abzusichern. Und umgekehrt: Im real gewordenen Szenario „Unionsrechtswidrigkeit der Maut“ hat sich die Abdeckung der verlagerten Ausgaben erledigt. Dafür ist - das ist Stand heute - die Garantiezusage aktuell geworden.

Ich fasse zusammen - vier Punkte.

Erstens. Alle Vorfestlegungen im Zuge der Verhandlungssituation 2018, die in Folgejahren kassenwirksam werden oder werden konnten, waren abhängig von zukunftsbezogenen Ermächtigungsgrundlagen, entweder einer Verpflichtungsermächtigung oder einer Gewährleistungsermächtigung.

Zweiter Punkt. Die Verpflichtungsermächtigung, die vorhanden war, konnte die Garantiezusage aus der Klausel 30.5.4 schon kategorial nicht tragen, weil es eine Verpflichtungsermächtigung war für sichere oder hochwahrscheinliche Ausgaben. Diese beiden Institute, Verpflichtungsermächtigung und Gewährleistungsermächtigung, stehen im Verhältnis der Exklusivität. Nach der Zweckbestimmung war diese Verpflichtungsermächtigung ausdrücklich reserviert für die Durchführung des Vertrages und stand schon dieser Zweckbestimmung nach für eine Nichtdurchführung des Vertrages nicht zur Verfügung.

Dritter Punkt. Die Garantiezusage war als solche abhängig von einer Ermächtigung, unabhängig davon, ob sie später gezogen wird. Es spielt also keine Rolle, ob sich etwa jetzt Kapsch und Eventim durchsetzen mit der Forderung von 560 Millionen Euro.

Und viertens. Wenn die tatsächlichen Feststellungen des Bundesrechnungshofs zutreffen, waren die teilverlagerten Ausgaben schon deshalb nicht gedeckt von der Verpflichtungsermächtigung, weil diese ausgeschöpft war. - So weit für den Augenblick. Danke.

(Oliver Luksic (FDP): Was war der letzte Satz?)

- Die war ausgeschöpft.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Vielen Dank. - Dann können wir wieder in die Fragerunde einsteigen. Wer wünscht das Wort? - Herr Luksic und dann Herr Cezanne.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Herr Professor Gröpl, ich würde gern vor allem die Seite 23 f. Ihrer schriftlichen Stellungnahme ansprechen, weil ich da, sage ich





## Nur zur dienstlichen Verwendung

mal, den Kern des Streits sehe, der hier zu diskutieren ist.

Sie haben auf Seite 12 Ihrer Ausführungen dargestellt - ich zitiere -:

Richtig ist der Ausgangspunkt, dass für Ausgaben, die im beplanten Haushaltsjahr ... fällig und kassenwirksam werden ..., eine Ausgabeermächtigung erforderlich ist, die sich auf den Willen des Haushaltsgesetzgebers zurückführen lässt.

Meiner Meinung nach war die von Professor Hufeld angesprochene VE ein sehr ausdrücklicher Wille, dass exakt bis zu 2,08 Milliarden Euro ausgegeben werden sollen. Jetzt haben wir ja erfahren, dass es diese - Professor Hufeld hat es „abschmelzen“ genannt - Kostenreduktion von 3 auf 2 Milliarden Euro gibt, die Sie nur kurz streifen auf den Seiten 23 f., also zum einen das Thema Toll Collect, aber vor allem auch, dass fixe Kosten in variable Vergütungsmodelle überführt wurden, was also der Hauptteil dieser 1 Milliarde ist. Meiner Meinung nach geht es ja um den Vollständigkeitsgrundsatz, den auch Professor Hufeld angesprochen hat.

Deswegen: Würden Sie vor diesem Hintergrund nicht sagen, dass die VE des Haushaltsgesetzgebers hier überdehnt wurde, wie es ja auch der Bundesrechnungshof festhält, weil eben diese über 500 Millionen hier nicht abgedeckt wurden?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Vielen Dank. - Der Vollständigkeitsgrundsatz ist natürlich ein elementarer Grundsatz. Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 Grundgesetz besagt, dass alle Ausgaben und Einnahmen des Haushaltsjahres im Haushaltsplan zu veranschlagen sind. HER ~~Der~~ bezieht sich aber nur auf Ausgaben und damit auf Ausgabenermächtigungen, die im Haushaltsjahr, also im beplanten Jahr selbst, fällig und kassenwirksam werden. Das Schlimme ist: Im geltenden Verfassungsrecht haben wir ja, vielleicht anders, als Herr Kollege Hufeld das meint, meiner Ansicht nach große Lücken. Wir

haben leider in Bezug auf Zukunftslasten nicht alles abgedeckt. Das heißt, das Parlament lässt hier Lücken oder darf Lücken lassen. Wenn Sie zum Beispiel an Haushaltsstellen denken, also an Planstellen, mit denen Sie ja auch täglich konfrontiert werden bei Ihren Mitarbeitern, wenn sie verbeamtet sind - bei Beschäftigten gibt es zwar keine Planstellen, aber andere Stellen -, wenn ein unkündbarer Beamter ernannt wird oder ein Arbeitnehmer unkündbar wird, dann sind das lebenslängliche Lasten, und es geht sogar noch darüber hinaus. Wir haben dann eventuell Versorgungsansprüche seiner Witwe, ihres Witwers, der Kinder usw. All das ist im Verfassungsrecht nicht festgelegt - leider.

Dann haben wir im Übrigen die Verpflichtungsermächtigungen, die im Verfassungsrecht auch nicht festgelegt sind, sondern die durch eine Reform des einfachen Haushaltsgesetzes ins Recht eingeführt wurden - zum Glück. Aber eine Lückenlosigkeit haben wir im Verfassungsrecht leider nicht. genannt

Was nach wir auch nicht haben im Verfassungsrecht, ist die implizite Staatsverschuldung. Wir haben nämlich die Pensionslasten der Beamten, die wir einstellen, auch nicht abgebildet. Also insoweit ist leider unser geltendes Haushaltsrecht sehr, sehr lückenhaft. Man kann also nicht sagen, dass hier alles schon wunderbar verfassungsrechtlich abgedeckt ist und dass das Parlament verfassungsrechtlich verpflichtet ist, alles zu legitimieren. Ebenfalls nicht ausgewiesen werden muss

- Das war der Vorspann. und dem Parlament zur Legitimation vorgelegt wird

Jetzt die Frage: Wie sieht das aus mit der Verpflichtungsermächtigung? Da bitte ich Sie, vielleicht im weiteren Verfahren den Sachverhalt wirklich genau zu klären. Ich habe auf den Seiten 23 und 24 in der Tat die beiden Meinungen wiedergegeben, nämlich einerseits die des Bundesrechnungshofs, der sagt - so ähnlich, wie Sie das dargestellt haben, Herr Abgeordneter -: Ja, es gab Verlagerungen; Festkosten wurden in variable Kosten umgewandelt. - Da lässt sich dann also zwischen den Zeilen lesen: Die wussten wohl genau, dass diese Kosten entstehen, aber man wollte sie nicht offenlegen. - Wenn das der Fall wäre, wenn sich das herausstellt, dann - da gebe ich Ihnen recht, und gebe ich auch meinem





## Nur zur dienstlichen Verwendung

*Trrechts*

Kollegen Ulrich Hufeld recht - hätten wir einen Haushaltsverstoß; denn nach einfachem Gesetzesrecht, § 11 Absatz 2 Nummer 3 Bundeshaushaltsordnung, müssen alle voraussichtlichen Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt werden. Das zentrale Wort ist „voraussichtlich“. War das im Jahr 2018 voraussichtlich? Das heißt, wurde da wirklich, wenn man es mal platt ausdrückt, getrickt, um die Grenze der Verpflichtungsermächtigung einzuhalten, oder nicht? Das Bundesverkehrsministerium stellt sich ja auf den konträren Standpunkt und sagt: „Nein, es war im Jahr 2018 bei Abschluss des Vertrages überhaupt nicht voraussehbar; gerade in Bezug auf Toll Collect“ - das habe ich in meiner Stellungnahme auf den Seiten 24 und 25 wiedergegeben - „war das überhaupt nicht absehbar. Es waren im Jahr 2018 noch gar keine Verhandlungen erfolgt zwischen der“ - das sind ja leider alles englische Begriffe, obwohl wir hier in Deutschland leben - „autoTicket GmbH und Toll Collect GmbH“ - komischerweise, also die Verhandlungen haben noch gar nicht stattgefunden. Wenn das der Fall gewesen ist, dass sie nicht stattgefunden hätten, dann waren natürlich eventuelle Kostenüberschreitungen auch gar nicht voraussehbar, also nicht voraussichtlich, und dann hätte kein Haushaltsverstoß vorgelegen, weil dann nichts zu veranschlagen gewesen wäre. Insoweit muss ich mich leider eben nur auf die Tatsachen stützen, die mir geliefert wurden.

*Tr=v  
h=*

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Ja, bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wenn es so wäre, dass es im BMVI Bedenken gegeben hat und es dort auch Vorlagen gibt, die gesagt haben, man müsse eine außerplanmäßige oder eine überplanmäßige Verpflichtungsermächtigung einholen, würde das Sie in Ihrem Urteil noch mal stärker dahin tendieren lassen, dass es hier einen Verstoß gegen das Vollständigkeitsprinzip gibt, oder hätte das für Sie keinen Einfluss auf Ihre Auffassung?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Nein, es ist letztlich eine ~~Subsumtion~~ ~~juristisch~~ unter den Begriff „voraussichtlich“. Das

*juristische Subsumtion*

*H sste*

~~musste auch~~ gerade im Bundesverkehrsministerium subsumiert werden, und zwar realitätsgerecht. Es muss also geschätzt werden: Was kommt auf die Bundesrepublik Deutschland, die sich durch den Vertrag verpflichtet, zu? Wenn sich herausstellen sollte, dass im Bundesverkehrsministerium letztlich offen zutage getreten ist, dass diese Kosten auf jeden Fall absehbar ~~sind~~ mit ganz hoher Wahrscheinlichkeit zu dem Zeitpunkt, dann wäre ~~die~~ Verpflichtungsermächtigung einzuholen gewesen, als überplanmäßige wahrscheinlich. Aber so stellt es das Bundesverkehrsministerium, wie ich es gelesen habe, ja nicht dar. Die sagen: Wir wussten das im Jahr 2018 nicht.

*Tr ste*

Wenn ich vielleicht ganz kurz noch sagen darf: Allein die Kostenreduktion in Höhe von 1 Milliarde Euro ist ja jetzt nichts Anrühiges; sondern wenn es dem Bundesverkehrsministerium tatsächlich ~~gelingt oder~~ gelungen ist, die Kosten für die Einführung der Pkw-Maut zu reduzieren, und das ~~auch~~ in haushaltsrechtlich vertretbarer, fairer Weise, dann wäre das für die Bundesrepublik Deutschland nur gut gewesen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, noch eine Frage, und dann, würde ich sagen, kommen wir zum Nächsten. Bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, das werden wir dann in der Tat noch weiter diskutieren. Ich glaube, da ist die Aktenlage relativ klar. - Ich möchte Sie noch mal fragen zu dem letzten Punkt, den auch Herr Hufeld angesprochen hat, der Ziffer 30.5.4, was er als Garantiezusage beschrieben hat. Wir haben eben in der europarechtlichen Diskussion gehört, dass der eine Gutachter sagt, es gab ein Eintrittsrisiko von über 90 Prozent, dass das Urteil negativ ausgeht, und der andere Gutachter meinte auch, dass die 15 Prozent, die vom Bundesverkehrsministerium angegeben waren, sehr viel zu niedrig seien. Zitat war, man könne kein Haus auf dieser Grundlage bauen. Es gibt auch unterschiedliche Einschätzungen im Risikomanagement, was die Workshops angeht, die die 15 Prozent nennen. Aber es gab auch eine Gesamtprojektleitungsgruppe, wo das anders beziffert wurde und anders benannt wurde, als wesentliches Problem.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Vor diesem Hintergrund, dass auch der Bundesrechnungshof dies herausgestellt hat und auch beide Europarechtler das Risiko des Scheiterns als zumindest mal weit über 15 Prozent eingeschätzt haben: Hätte man Ihrer Meinung nach dies nicht, wie es Kollege Hufeld eben angedeutet hat, den ich auch noch mal bitten würde, dazu Stellung zu nehmen, auch angemessen berücksichtigen müssen?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Da besteht wahrscheinlich zwischen dem Kollegen Hufeld und mir ein Dissens, eine Meinungsverschiedenheit. Natürlich stimme ich Ihnen zu: Angemessen berücksichtigen, ja; aber ich meine nicht, dass neben der Verpflichtungsermächtigung eine spezifische Gewährleistungsermächtigung erforderlich gewesen wäre.

Vielleicht nur noch ganz kurz mal zu der Sache „Risiko 15 Prozent, mehr oder weniger“. Da haben wir ja in der Vorrunde auch schon gehört: Das lässt sich mathematisch eh nicht so genau sagen. ~~Blöß~~, weil ich hinten saß und ein bisschen zugehört habe, muss ich sagen: Ganz so kritisch wie Herr Kollege Mayer aus Bielefeld sehe ich das nicht. Ich habe zum Thema „Unionsrechtskonformität der Pkw-Maut“ selbst eine Dissertation betreut. Mein Doktorand kam zum Ergebnis der Unionsrechtsmäßigkeit.

(Oliver Luksic (FDP): War aber falsch!)

So eindeutig war das nicht. Der hat schon tief geschürft über zwei Jahre lang, und der hat alles berücksichtigt. Also, wie gesagt, da würde ich vielleicht ein ~~bisschen~~ Fragezeichen setzen. So eindeutig war das nicht. Das ist auch schon wieder eine politische Bewertung von Juristen.

~~Abgesehen davon kommen wir da jetzt in den~~ Artikel 115. Der Artikel 115 Absatz 1 Grundgesetz sagt ja, dass wir einer Gewährleistungsermächtigung bedürfen für Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen. Ich glaube, wir sind hier alle einer Meinung: Eine Bürgschaft war es nicht; es lag kein Bürgschaftsvertrag vor.

„Garantie“ wäre jetzt ~~so~~ der Punkt, um den wir uns wahrscheinlich streiten sollten. Ich glaube, Herr Kollege Hufeld meint, es habe eine selbstständige Garantie vorgelegen ~~— das wird er wahrscheinlich auch gleich selbst sagen —~~; ich meine, nicht. Denn was war denn dieser Vertrag „Erhebung“ eigentlich? Es war zivilrechtlich ein gemischter Vertragstypus, der darauf abgezielt hat, die Pkw-Maut einführen zu helfen und sie dann auch in den Betrieb gehen zu lassen. Schadensersatzpflichten wurden natürlich ~~ja auch~~ mit geregelt. Aber das ist ja das Wesen des Zivilrechts, dass wir, wenn Leistungspflichten nicht erfüllt werden, dann in das Leistungsstörungenrecht reinkommen. Das ist so richtig schönes zweites, drittes, viertes, fünftes Semester; das ist Hauptstoff für uns Juristen im Staatsexamen. Das ist jedem Vertrag immanent. Unser Bürgerliches Gesetzbuch ~~sich~~ für Leute, die nicht so viel Zeit haben wie die Vertragsparteien hier, ein gesetzliches Leistungsstörungenrecht vor. Hier, bei einem Vertrag in diesem Umfang, wurde es natürlich ausverhandelt, einzeln bestimmt und in den Vertrag, abweichend vom BGB zum Teil, hineingeschrieben. Aber das ist doch nicht der Hauptzweck des Vertrags gewesen, sondern der Hauptzweck war die Umsetzung der Pkw-Maut.

Für mich liegt eine Garantie im Sinne von Artikel 115 Absatz 1 Grundgesetz nur dann vor, wenn Hauptzweck des Vertrags die Garantie ist, und die lag offensichtlich nicht vor. Man darf da, finde ich, auch nicht Hauptzweck und Nebenzweck ~~und~~ Hauptpflicht und Nebenpflicht verwechseln. Vielleicht war der Schadensersatz keine Nebenpflicht. Da würde jetzt wahrscheinlich der Zivilrechtler sagen: Das waren Sekundäransprüche, deren Rechtsgrundlage ~~dafür~~ gelegt wurde. - Aber es war jedenfalls nicht der Hauptzweck. Da sagt ja die ganz überwiegende Literatur, die ich da auch ~~gesehen und reingeschrieben habe~~: Hauptzweck des Vertrags war die Umsetzung der Pkw-Maut. - Deswegen haben wir meiner Ansicht nach keinen Garantiefall im Sinne von Artikel 115 Absatz 1.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Ich glaube, es hat nie einen klareren Garantiefall gegeben.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

(Heiterkeit)

Wir sind nicht im Leistungsstörungenrecht. Der Bund als Auftraggeber hat überhaupt keine Nebenpflichten; der hat nur eine Zahlungspflicht. Und er hat eine Ersatzzahlungspflicht im gleichen Umfang übernommen. Deswegen habe ich das im Gutachten untechnisch eine „ökonomische Substanzerhaltung“ genannt.

Und wenn ich bei Artikel 115 bleiben darf, aber noch mal eine Anmerkung machen darf zu dem Hinweis, dass wir ein lückenhaftes Ermächtigungsprinzip haben: Ja, wir haben ein Problem mit impliziten Staatsschulden; das stimmt. Dass es aber Lücken dieser Art gibt, sollte uns nicht Anlass sein, weitere Lücken aufzureißen. Deshalb bestreite ich energisch, auch wenn der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz nicht vorkommt, dass der Bundestag frei wäre oder umgekehrt die Regierung frei wäre, den Bund auf zukünftige Ausgaben festzulegen ohne Rückhalt einer parlamentarischen Erlaubnis. Das würden wir dann, weil uns der Begriff „Verpflichtungsermächtigung“ im Grundgesetz fehlt, über Vollständigkeit steuern.

Aber jedenfalls darf der Streit um Geschlossenheit oder Lückenhaftigkeit des Ermächtigungsprinzips nicht dazu führen, dass wir Artikel 115 schleifen. Wir würden dem Haushaltsverfassungsrecht einen Tottun antun, wenn wir Artikel 115 schleifen. Und das wäre eine Interpretation zulasten des Parlaments, sollte aus der Mitte des Hauses, von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss das Zeichen ausgehen, dass wir Artikel 115 interpretatorisch minimieren.

Deswegen ist es so gefährlich, mit den Begriffen „Nebenpflicht“ und „Leistungsstörungenrecht“ zu arbeiten. Der Bund hat versprochen, entweder im Fall der Vertragsdurchführung Kapsch und Eventim einen Gewinn von, ich sage jetzt nicht abgesichert, 500 Millionen Euro zu garantieren. Das ist der Gewinnanteil im Preis von den 1,9 Milliarden. Der Gewinnanteil mag 500 Millionen sein. Und genau die werden jetzt eingefordert, abzüglich ersparter Aufwendungen. Da kann mir niemand sagen, das sei Leistungsstörungenrecht, so

wie wenn die Bundeswehr ein paar Mannschaftsbusse verkauft und verspricht, das 18 Monate zu reparieren, wenn ein paar Kratzer drankommen; das ist Leistungsstörungenrecht. Wenn wir diesen Weg gehen, haben wir einen Verfassungsbegriff auf null gebracht. Dann gibt es keine Garantien mehr. Und wir dürfen vom Parlament aus nicht die Hand reichen, den Artikel 115 restriktiv zu interpretieren.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann der Kollege Cezanne bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön. - Ich möchte noch mal ein anderes Thema aufgreifen. Herr Professor Gröpl, Sie haben zum Thema der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ja gesagt, die hätten eben stattgefunden, weil das BMVI sagt, sie haben stattgefunden. Das ist natürlich für mich jetzt als jemand, der das parlamentarisch überprüfen soll, so ein bisschen unbefriedigend, wie Sie vielleicht verstehen werden, weil das ja gar nichts darüber sagt, was die Qualität angeht und wie ordentlich das gemacht worden ist.

Sie kennen das ja vielleicht auch; nach dem, was uns jetzt in den Akten vorliegt, ist die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung fünf Monate nach Vertragsabschluss erstellt worden. Mit dieser Information: Wie bewerten Sie denn dann die Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vonseiten des Ministeriums? Und die gleiche Frage auch bitte an Herrn Professor Hufeld.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Danke schön. - Natürlich haben Sie sicherlich mehr Akten und bessere Akteneinsicht als ich. Ich musste mich auf die Unterlagen verlassen, die mir vorgelegt wurden; und das war der Abschlussbericht des Bundesrechnungshofs und die Stellungnahme des Bundesverkehrsministeriums darauf. Und wenn ich zwei sich widersprechende Behauptungen habe, kann ich nicht von vornherein sagen: „Weil ich das Verkehrsministerium in die Pfanne hauen will, glaube ich dem Bundesrechnungshof“, sondern ich muss dann sagen: Gut, ich kann es nicht klären. - Das ist dann, wenn Sie das wünschen, natürlich Ihre

frem





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Aufgabe, wirklich definitiv auch festzustellen:  
Was war eigentlich genau los?

Zu Ihrer Frage, ob Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen fünf Monate danach in Ordnung sind: Ich würde sagen, ~~der~~ § 7 der Bundeshaushaltsordnung, ~~wo das drinsteht~~, fordert begleitende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen natürlich vor allem im Vorfeld. Ich würde jetzt nicht von vornherein behaupten, dass nach Vertragsschluss keinerlei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen mehr stattfinden dürfen; aber das Schwergewicht des Risikomanagements und der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung muss vor Vertragsschluss natürlich stattfinden.

Insofern Wenn Sie sagen: „fünf Monate nach Vertragsschluss“, muss ich das ~~so glauben~~. Ich weiß es nicht; also es wäre dann quasi klärungsbedürftig. Also, dem Grunde nach, denke ich, haben Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stattgefunden. Zu klären ist jetzt, wie tief die gingen, ob die vielleicht geschönt waren oder nicht, ob die belastbar waren oder nicht.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Ich muss den gleichen Vorbehalt anbringen; also ohne Aktenkenntnis kann ich die Frage nicht vollständig beantworten. Aber ich halte es durchaus für möglich, dass das BMVI auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten die Operation „Abschmelzung“ betrieben hat. Das liegt sogar nahe. Das ändert nichts daran, dass die Abschmelzung nicht im vollen Umfang gelungen ist und dann jeder Euro jenseits des Ermächtigungsrahmens lag.

Und in puncto Wirtschaftlichkeit noch der Hinweis auf den langen Abschnitt im Beratungsbericht des Bundesrechnungshofes, dass das Vergaberecht ein Garant der Wirtschaftlichkeit ist. Das werden Sie ja in der dritten Runde noch klären. Sollte es Verletzungen des Vergaberechts gegeben haben, liegt natürlich nahe, dass ein Wirtschaftlichkeitsrisiko bestand. Wenn man also einerseits Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anstellt, andererseits das Vergaberecht unterläuft - wenn das so gewesen sein sollte; damit habe ich mich nicht beschäftigt -, dann ist das ein ambivalentes Verhalten.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann habe ich jetzt den Kollegen Kühn, die Kollegin Lühmann und den Kollegen Kießling auf der Rednerliste. - Herr Kühn.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Wir haben ja heute noch weitere Sachverständige speziell zu diesen Vergaberechtsfragen. Und die Kanzlei Chatham hat dazu, wie auch andere Gutachter, die Aussage formuliert, dass die Entschädigungsregelungen unüblich und unangemessen sind, also der Punkt 30.5.4. Und da wollte ich jetzt beide noch mal explizit nach fragen.

Einmal: Es gibt offenbar unterschiedliche Meinungen sozusagen zu der Frage: Wann greift der Artikel 115 Grundgesetz? Ich habe das so verstanden, dass, wenn es tatsächlich hier um atypische außerordentliche Risiken geht, genau das dann sozusagen der Punkt ist. Und wenn Entschädigungsregelungen sozusagen unüblich und unangemessen sind in der Form, dass der entgangene Gewinn über die gesamte Laufzeit des Vertrages ja dann sozusagen im Falle einer aus ordnungspolitischen Gründen erfolgten Kündigung anfallen würde, dann bitte ich einfach noch mal sozusagen, das noch mal einzuordnen. Aus meiner Sicht erschließt sich mir das sozusagen, dass es dann ein Fall für Artikel 115 ist.

Und das Zweite wäre die Frage noch mal an Professor Hufeld zu diesen variablen Vergütungsbestandteilen des Vertrags, wie Sie das sozusagen vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Grundsätze und natürlich auch mit einem Blick auf eben genau diese Frage der Verpflichtungsermächtigung beurteilen, dass diese Punkte dort in der Form eine große Rolle in dem Vertrag spielen, auch vom Volumen; Sie haben es ja schon angesprochen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Zur ersten Frage. Die Außerordentlichkeit der Klausel ergibt sich unter zivilrechtlichen Vorzeichen schon daraus, dass sehr drastisch von § 648a BGB abgewichen wird. Das ist eine Vorschau aus dem Werkvertragsrecht. Und jedem leuchtet ein, wenn man aus wichtigem Grunde kündigt als Auftraggeber, dass es einen Unterschied macht,





Nur zur dienstlichen Verwendung

ob man dem Werkunternehmer dann Aufwendungen erstattet - das ist das Modell des § 648a Absatz 5 - oder ob man ihm das schuldet, was er über die Laufzeit eines Vertrages verdient hätte. Das ist also die offenkundige Außerordentlichkeit nur unter zivilrechtlichen Vorzeichen.

Ich stemme mich aber dagegen, den Artikel 115 zivilrechtsakzessorisch auszulegen, streng akzessorisch. Man kann diese Außerordentlichkeit unter zivilrechtlichen Vorzeichen sehr wohl als Indiz werten, auch verfassungsrechtlich. Letztlich müssen aber die Begriffe „Bürgschaft“, „Garantie“, „sonstige Gewährleistungen“ in Artikel 115 Absatz 1 unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen ausgelegt werden, und das heißt: im Zeichen der Gewaltenteilung, der Verantwortung des Bundestages. Man könnte sagen, dass Artikel 115 Absatz 1 ein festgeschriebener Erstrecht-Schluss ist. Wenn schon das Parlament die sicheren Ausgaben der Zukunft ermächtigen muss, dann doch erst recht die Risikoausgaben. Und da steckt ein politisches Moment drin. Man muss es ja wollen. Das ist ein Stück Politik, wenn man diese Risikoverbindlichkeiten, diese Eventualverbindlichkeiten übernimmt. Man muss Hermesbürgschaften wollen, man muss einen Europäischen Stabilitätsmechanismus wollen, dann kann man einen § 1 ESMFinG schreiben - das ist ein Artikel-115-Fall -: Ja, wir stellen Garantiesummen für den ESM zur Verfügung für den Bürgschaftsfall. - Da steckt so viel Politik drin, dass wir letztlich zu einer verfassungsrechtlichen Auslegung des Artikels 115 finden müssen und es nicht ankoppeln dürfen an Zivilrecht. Aber selbst wenn man das tut, ist hier offenkundig, dass der Werkunternehmer mit einer üppigen Garantie ausgestattet worden ist.

Und das noch nebenbei: Es kommt natürlich nicht darauf an, ob man die Garantiezusage mit ökonomischer Substanzerhaltung in eine Ziffer 30.5.4 packt oder einen urkundlich davon abgekoppelten Garantievertrag abschließt. Das spielt überhaupt keine Rolle. Deswegen ist auch mit Händen zu greifen, dass hier zwei Ermächtigungen erforderlich waren, für beide Szenarien: für das Szenario Vertragsdurchführung und für das Szenario Garantiefall.

Zweite Frage betraf die variable Vergütung. Da kann ich mich nur stützen auf die Informationen, die der Bundesrechnungshof geliefert hat. Ich habe das so verstanden, dass es Kalkulationen gab, etwa bezogen auf die Zahl der Widersprüche, die dann vonseiten des privaten Betreibers abgewickelt werden müssen, also Widerspruch im Sinne eines Rechtsbefehls. Und die Variabilität hätte sich dann daraus ergeben, dass man je nach Zahl der Widersprüche und des daraus resultierenden Verwaltungsaufwandes dann zu variablen Vergütungen gefunden hätte. Das ist dann eine Frage der richtigen Fallzahlkalkulation, welchen Umfang dann die variable Vergütung angenommen hätte. Das kann ich nicht fachmännisch beurteilen.

Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl: Ja, vielleicht kurz zu der Behauptung, dass der entgangene Gewinn ~~jetzt~~ zu leisten ist ~~über~~ die gesamte Vertragslaufzeit von zwölf Jahren, also 2019 bis 2031: Soweit mir die Unterlagen vorliegen, ~~also die Gutachten vor allem, die ich gelesen habe~~, ist das die Ansicht der überwiegenden Gutachter, ~~überwiegend~~ auch von der Opposition im Auftrag gegeben. Dem widerspricht das Gutachten von Linklaters, natürlich im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums. *↳ als Schadensersatz für*

*H F*  
Prof. festgehalten werden muss: Linklaters behauptet, der Schadensersatz muss nicht geleistet werden ~~bis zum Jahr 2031~~ fiktiv, was dann der Bruttounternehmenswert wäre, sondern maßgeblich ist, so Linklaters, der Kündigungstichtag am 30. September 2019. Im Übrigen behauptet Linklaters, dass solche Klauseln marktüblich seien und dass ~~bei~~ solch großen Geschäften ~~es~~ nicht auf Verschulden ~~oder~~ Vertreter ~~ankomme~~, sondern auf die Sphärentheorie. Und dass ein Gericht ein Urteil fällt, was vielleicht den anderen Organen des Staates nicht gefällt, mag sein; aber es liegt trotzdem in der Risikosphäre des Staates. Schließlich behauptet das Bundesverkehrsministerium ~~auch~~: Ja, es wäre, wenn man eine solche Klausel nicht bereit gewesen wäre abzuschließen, überhaupt kein anderer Bieter vorhanden gewesen. - Also, nicht dass Sie mich ~~jetzt~~ falsch verstehen: Ich bin ~~jetzt~~ kein Linklaters-Anwalt, und ich möchte auch nicht ~~jetzt~~ Linklaters ~~jetzt~~ vertreten, sondern ich sage *fiktiv bis 2031*  
*Fes*  
*Hnm*  
*verantwortungssphären*  
*jetzt*





geleistet werden muss

Nur zur dienstlichen Verwendung

nur, was ich gelesen habe, dass es also bisher noch nicht völlig klar ist, ob das wirklich so ist, der entgangene Gewinn über zwölf Jahre. Ich denke mal, wenn ich jetzt an Ihrer Stelle säße, das würde mich brennend interessieren; das muss man natürlich irgendwie klären.

↳ für  
↳ 1/2

Hes

f, das

Dann zur Frage vom Artikel 115. Wer meine Veröffentlichungen im Finanzverfassungsrecht und sonstigen Finanzrecht kennt, der weiß, dass ich ihn auf keinen Fall schleifen möchte.

1/15 Lh

(Oliver Luksic (FDP): Aha! Gut!)

H großer A

Auch ich bin ein Riesenhänger von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; insoweit sind wir sehr, sehr nah zusammen.

Ich denke allerdings, dass wir ihn hier nicht gebraucht haben, weil wir nicht im Anwendungsbereich von Artikel 115 sind, sondern im Anwendungsbereich von Artikel 110, verfassungsrechtlich so ausgelegt, wie Kollege Hufeld es auch schon angedeutet hat, nämlich Verpflichtungsermächtigungen ergeben sich aus dem Artikel 110. Und wir hatten ja die Verpflichtungsermächtigungen von über 2 Milliarden Euro im Haushaltsplan 2018. Und die hat das Bundesverkehrsministerium in Anspruch nehmen dürfen, und die hat es auch in Anspruch genommen. Die Frage ist, ob es überschritten wurde oder nicht; das hatten wir gerade diskutiert.

— 1/2

= 1/2  
F bei  
1/2

H sie

Bloß, ich meine im Gegensatz zum Kollegen Hufeld: Eine Kumulation einer Verpflichtungsermächtigung und einer Gewährleistungsermächtigung ist nicht erforderlich, ist vom Verfassungsrecht nicht so vorgesehen und gibt es, soweit ich sehe, in der Praxis bisher auch überhaupt nicht, sondern: Wenn Verträge abgeschlossen werden, die Verpflichtungen begründen über ein Jahr hinweg, Verwaltungsschulden begründen, dann braucht man dafür eine Verpflichtungsermächtigung. Und davon sind dann auch Leistungsstörungen erfasst, die ich so sehe, die du nicht so siehst. Denn das war die Eingehung der Verpflichtung einerseits zur Hauptleistungspflicht, nämlich zur Installation der Pkw-Maut, und

↳ 1/2

↳ 1/2

↳ 1/2

Fzahlungs

= 1/2

↳ und genau dem entsprach

eventuell bei Leistungsstörungen zu Schadenersatz. Diese Verpflichtung hat im Jahr 2018 stattgefunden, wenn auch erst am 30. Dezember.

→ vergleichen wir  
Und wenn man dann die Beträge vergleicht oder wenn man die sich anguckt: Die Verpflichtungsermächtigungen waren über 2 Milliarden Euro wert, und der Betrag war so hoch. Und der Schadenersatz, den jetzt die Betreiber, die potenziellen Betreiber, verlangen, wenn sie damit jemals durchkommen, beträgt 500 Millionen Euro; das heißt ein Viertel, aber immerhin auch nur ein Viertel.

↳ 1/2

↳ 1/2

↳ 1/2

↳ 1/2

Wäre es jetzt vielleicht so gewesen, dass in dem Vertrag, in dem Vertrag „Erhebung“ keine Garantie versprochen worden wäre, die annähernd so hoch gewesen wäre wie die Vertragsleistung, könnte man vielleicht mal drüber nachdenken, ob wir nicht eventuell auf Artikel 115 gehen könnten. Aber so sehe ich das nicht; es war eben kein Kaufvertrag über fünf Brötchen, die dann vielleicht zu hart waren oder ins Wasser gefallen sind, sondern das war ein Vertrag über eine Infrastrukturabgabe für ein 80-Millionen-Land, plus Ausländer, die unsere Straßen auch benutzen. Also das war schon eine andere Kategorie.

— 1/2

— 1/2 Lh

— 1/2

Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld: Darf ich dazu eine ergänzende Bemerkung machen?

Vorsitzender Udo Schiefner: Ja, Sie dürfen dazu gerne kurz ergänzen.

Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld: Vielen Dank. - Also, wenn die 560 Millionen, die gefordert worden sind, der Gewinnanteil im Preis waren, dann war das eine fabelhafte Rendite. Das muss man sagen.

Und zu der Frage „Kumulation von Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung“: Wenn zwei Tatbestände erfüllt sind, dann muss man mit beiden Rechtsfolgen leben. Und wenn die Praxis das bisher so nicht gehandhabt hat, dann waren das entweder marktübliche Klauseln, und es gab keinen Anlass, noch eine Gewährleistungsermächtigung draufzusatteln, oder es war eine rechtswidrige Praxis.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Entschuldigung, darf ich --

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, nun kommen wir zur nächsten Wortmeldung.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ich habe dazu noch eine Frage.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, Sie sind doch jetzt dran, Frau Lühmann. - Frau Lühmann, dann der Herr Kießling und dann der Herr Wiehle.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Also ich bin dran. - Herr Gröpl, ich möchte da auch weitermachen, auch wenn jetzt meine Frage riskant ist; denn Sie haben vorhin ein Beispiel gebracht, das mir nicht einleuchtend war, nämlich: Die Planstelle eines Beamten oder einer Beamtin beinhaltet eben schon die Pensionsverpflichtungen unter anderem auch durch Einzahlungen in den Pensionsfonds. Also da haben wir es gerade gemacht.

Ich bitte Sie aber trotzdem um ein Beispiel. Wenn ich Sie richtig verstanden habe - und das leuchtet mir irgendwo ein -: Wenn ich einen haushaltsrechtlichen Sachverhalt habe - den Abschluss eines Vertrages -, kann ich dann nicht zwei verschiedene Normen nehmen, also einmal eine Verpflichtungsermächtigung und einmal dann die Garantie. Das bestreiten Sie - das habe ich eben auch gehört -, leuchtet mir aber irgendwie ein.

Und um mir das klarer zu machen: Könnten Sie vielleicht uns mal sagen, was denn für Sie ein klassischer Fall des Artikels 115 wäre, damit wir es noch mal hören? Weil jetzt sagen wir immer: Das eine ist es, das andere ist es nicht. - Vielleicht wird es uns dann deutlicher, wenn Sie sagen: Nee, das wäre jetzt ein Fall eines Artikels 115. - Denn ich kenne das noch nicht, dass irgendein Vertrag abgeschlossen wird und ich da zwei haushaltsrechtliche Genehmigungen für brauche; aber vielleicht wird es durch ein Beispiel klarer.

Ich habe noch zwei rechtliche Fragen, ich hoffe, relativ einfache. Das ist eine Verpflichtungsermächtigung, die ist ausgebracht beginnend mit

dem Jahr 2018. Was würde haushaltsrechtlich passieren, wenn diese Verpflichtungsermächtigung nicht im Jahre 2018 in Anspruch genommen wird, sondern erst im Jahre 2019 oder 2020? Grundsätzlich, nicht auf diesen Fall; das ist eine grundsätzliche Frage.

Und die zweite Frage ist auch schon angeklungen. Wir werden uns gleich noch über das Vergaberecht auseinandersetzen. Was passiert rein rechtlich, wenn ich einen Vergaberechtsverstoß mache im Haushaltsrecht? Also, wird dann meine Ermächtigung nichtig, oder hat das gar nichts miteinander zu tun? Bewege ich mich in dem einen Rechtsfeld völlig unabhängig vom anderen? - Diese grundsätzliche Frage habe ich.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, vielen Dank. - Planstellen und Pensionsfonds sind meiner Ansicht nach zwei verschiedene Dinge. Ab und an wird vorgesorgt für Zukunftslasten -

**Kirsten Lühmann (SPD):** Immer.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:**

~~Aus Planstellen von Beamten~~, wenn der Versorgungsfall eintritt, spricht: wenn die in den Ruhestand treten. Aber Sie wissen, dass diese Pensionsfonds gerade auf der Ebene der Länder eine ganz große Farce sind. - z. B.  
- Beamte  
- einiger

**Kirsten Lühmann (SPD):** Wir reden vom Bund.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Die Länder haben teilweise die Doppik; da haben sie es ganz klar abgebildet, sogar im richtigen Haushalt. Hier sind sie ja woanders abgebildet.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Mit dem Pensionsfonds des Bundes habe ich mich persönlich noch nicht befasst.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ich sitze im Beirat.

(Oliver Luksic (FDP): Sehr gut!)





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:**

Gerne. - Allerdings: Bei Rheinland-Pfalz wissen Sie vielleicht, dass es da ein krachendes Urteil gab, bei dem ich Prozessvertreter war ~~vor~~ <sup>vor dem</sup> Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz. Dieser gesamte Landesfinanzierungsfonds war ein einziges Karussell und damit ~~krachend~~ <sup>krachend</sup> verfassungswidrig. Und ich glaube, Rheinland-Pfalz ist da nicht der einzige Fall; deswegen bin ich bei Pensionsfonds wirklich sehr, sehr skeptisch. Da müsste man den Pensionsfonds des Bundes mal anschauen. Ist ja jetzt heute nicht unser Thema.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Genau.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:**

Fälle von Artikel 115 des Grundgesetzes sind ~~eigentlich~~ <sup>eigentlich</sup> aufgelistet in § 3 ~~des Bundeshaushaltsgesetzes oder des jährlichen Haushaltsgesetzes~~ <sup>des Bundeshaushaltsgesetzes</sup> ~~oder des jährlichen Haushaltsgesetzes~~ <sup>oder des jährlichen Haushaltsgesetzes</sup> ~~nicht Bundeshaushaltsordnung, sondern Haushaltsgesetz.~~ Das sind klassischerweise Hermesbürgschaften oder Absicherungen von Exporten, von Geschäften, die die deutsche Industrie mit dem Ausland macht, um ~~den~~ <sup>den</sup> Export zu fördern, oder ~~7~~ <sup>7</sup> Kommentarliteratur bringt das Beispiel ~~in~~ <sup>in</sup> der Rüstungsindustrie: Wenn ein neues Kampfflugzeug oder ein Panzer entwickelt wird und Deutschland erklärt sich bereit, hundert Panzer ~~zum Beispiel~~ <sup>zum Beispiel</sup> abzunehmen oder hundert - na, wie heißen diese? -

**Kirsten Lühmann (SPD):** Waffensysteme.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** -

Airbus-Transporter, und ~~kann~~ <sup>kann</sup> das ~~jetzt~~ <sup>jetzt</sup> dann aus Kostengründen nicht ~~machen~~ <sup>machen</sup>, dann kann es sein, dass in Verträgen vereinbart wird, dass ~~dann~~ <sup>dann</sup> die mitentwickelnden Länder zu entschädigen sind ~~in gewisser Weise~~ <sup>in gewisser Weise</sup>, weil deren Kosten oder Entwicklungskosten ~~dann~~ <sup>dann</sup> vielleicht höher werden.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Das sind Fälle dieser Art. - ~~Keine Übertragbarkeit~~ <sup>Keine Übertragbarkeit</sup> ~~LT~~ <sup>LT</sup> habe ich mir noch aufgeschrieben, genau. Was ist eigentlich mit dem Jahreswechsel? Sehr gute Frage, die habe ich mir ~~nämlich~~ <sup>nämlich</sup> auch gestellt, ~~die~~ <sup>die</sup> haben wir uns auch gestellt. Die Verpflichtungsermächtigungen waren nur veranschlagt für das

Haushaltsjahr 2018, das heißt, nur in dem Jahr hätte und hat das Bundesverkehrsministerium ~~die~~ <sup>die</sup> in Anspruch nehmen können. Ab ~~01.01.2019~~ <sup>01.01.2019</sup> ~~sind die dann~~ <sup>sind die dann</sup> verfallen. Es gab keine Übertragbarkeit. Also, „Übertragung“ und „Übertragbarkeit“ ist so der haushaltsrechtliche Begriff für das Übertragen ins nächste Haushaltsjahr, also Verschieben ins nächste Haushaltsjahr. Das gibt es bei Verpflichtungsermächtigungen, soweit ich mich informieren konnte, nicht; das gibt es nur bei Ausgabeermächtigungen.

Das heißt, das Bundesverkehrsministerium hätte eigentlich rechtzeitig Verpflichtungsermächtigungen beantragen müssen im Haushaltsaufstellungsverfahren für das Haushaltsjahr 2019. Sie stehen aber da nicht drin. Und die Gründe, warum das nicht passiert ist oder was da überhaupt gelaufen ist in Diskussionen zwischen Bundesverkehrsministerium, Bundesfinanzministerium und dem politischen Bereich, die sind mir ~~oder~~ <sup>oder</sup> ~~das ist mir~~ <sup>das ist mir</sup> nicht bekannt.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Entschuldigung, wenn ich da noch mal nachfrage, -

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja.

**Kirsten Lühmann (SPD):** - aber das brauchten Sie doch nicht, nachdem Sie den Vertrag abgeschlossen haben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja. Das stimmt, selbstverständlich.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja, okay.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Sie brauchten das nicht. Bloß, Sie haben doch, wenn ich Sie richtig verstanden habe, die Frage gestellt: Wären die in 2019 auch noch verfügbar gewesen? - So habe ich Sie verstanden.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Genau. Ja, das wären sie nicht?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Das wären Sie nicht. - Vielleicht letzter Punkt noch, Vergaberecht, Ermächtigungswirkung: Das Verga-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

berechtigt ist, wie Kollege Hufeld vorhin schon gesagt hat, im Grunde eine Konkretisierung der Wirtschaftlichkeit, soll auf Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung hinwirken. Das heißt, wenn man die Pflicht hat, eine Vergabe öffentlich auszuschreiben, dann hat man die Chance, wenn das Vergabeverfahren fair läuft, auf das wirtschaftlichste Angebot, auf das günstigste und leistungsfähigste Angebot. Mit Ermächtigungen im Haushaltsplan hat das Vergaberecht nichts zu tun.

**Kirsten Lüthmann (SPD):** Also auch ein Vergaberechtsverstoß würde keinen Verstoß des Haushaltsrechts nach sich ziehen oder automatisch implizieren?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ein Verstoß gegen die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist denkbar, ~~das schon~~, aber kein Verstoß / jedenfalls grundsätzlich, ~~wenn nicht ein Spezialfall vorliegt~~, dass die Verwaltung Gelder ausgeben hat ohne Ermächtigung ~~das nicht~~. *17.8*

*→ 8*  
*→*  
*dagegen*

**Kirsten Lüthmann (SPD):** Ja. Genau, das nicht. Gut.

(Sachverständiger  
Prof. Dr. Ulrich Hufeld  
meldet sich zu Wort)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Professor.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Nur kurz ergänzend zu der Frage, ob es sein kann, dass man für einen Vertrag zwei Ermächtigungen benötigt. Es waren zwei Verträge: der programmierte Durchführungsvertrag - dafür lag das haushaltsrechtliche Programm vor -, und dann hat das BMVI einen zweiten Vertrag draufgesetzt. Ich habe schon darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, ob dieser selbstständige Garantievertrag in eine Vertragsurkunde integriert wird.

Und dieses Szenario war nicht programmiert. Der Bundesrechnungshof hat dargestellt, dass die Betreiber zunächst einen Risikozuschlag wollten auf den Angebotspreis. Dann hätten Kapsch und Eventim das Risiko übernommen. Die wollten

sich das bezahlen lassen, das Risiko; aber nach einem negativen EuGH-Urteil wäre es dann anders gekommen. Und dieses Risiko hat dann der Bund auf sich genommen, weil diese Verhandlungsposition nach der Darstellung des Bundesrechnungshofs vonseiten Kapsch und Eventim zurückgenommen worden ist; die haben dann nicht mehr gesagt: „Wir arbeiten mit einem Risikozuschlag auf den Angebotspreis“, sondern: Wir wollen, dass ihr das Risiko so vollständig übernehmt, dass unser Gewinn garantiert wird.

Und zu der Frage „Was ist eine Garantie?“, darauf zielt ja Ihre Frage auch. Wir haben in der Bundeshaushaltsordnung eine sehr verlässliche Verwaltungsvorschrift. Und den einen Satz aus der VV-BHO darf ich vorlesen, weil er so glasklar die Garantie definiert:

Garantien sind ... Verträge, mit denen der Bund ein vermögenswertes Interesse ... des Garantieempfängers dadurch sichert, dass er verspricht, für ein bestimmtes Ergebnis einzustehen, insbesondere die Gefahr eines künftigen, noch ungewissen Schadens ganz oder teilweise zu übernehmen.

Also, wenn ein Student unsere Klausel 30.5.4 unter diese Definition subsumiert, dann bekommt er volle Punktzahl und noch einen Bonus oben drauf.

(Heiterkeit der Abg.  
Jörg Cezanne (DIE LINKE),  
Oliver Luksic (FDP) und  
Kirsten Lüthmann (SPD) -  
Sachverständiger  
Prof. Dr. Christoph Gröpl  
meldet sich zu Wort)

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Sie wollen noch kurz ergänzen aus Ihrer Sicht?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Wenn ich darf. ~~Also, da~~ möchte ich gerne widersprechen, weil ich diesen Vertrag als einheitlichen Vertrag sehe, wie vorhin schon gesagt. Nur ganz kurz: Der Hauptzweck war die Umsetzung der Pkw-Maut, und für den Fall der *HJ*





## Nur zur dienstlichen Verwendung

H den Leistungsstörung hat man ~~dann diesen~~ Brutto-  
unternehmenswert vereinbart, dessen genaue  
Rechtswirkung ja noch zu klären ist.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Danke noch  
mal für Ihren Hinweis. - Dann hat der Kollege  
Kießling das Wort.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** Sehr geehrter Pro-  
fessor Dr. Gröpl, ich möchte noch mal auf den  
Punkt eingehen, weil der Bundesrechnungshof  
spart ja nicht mit kritischen Worten, aber, sage  
ich mal, das, was Herr Hufeld fordert, wird ja  
nicht erwähnt beim Bundesrechnungshof, bei  
dieser Bewertung. Jetzt meine Frage stellt sich  
natürlich dann schon: Was hat den Bundesrech-  
nungshof bewogen, das nicht zu erwähnen, Ihrer  
Einschätzung nach, dass diese Absicherung oder  
diese doppelte Absicherung nicht gefordert  
wurde? Steht beim Bundesrechnungshof ja nicht  
drin. Und jetzt habe ich da schon Diskrepanzen.  
Herr Hufeld, Sie fordern es; der Bundesrech-  
nungshof hat es nicht beanstandet. Welche Ein-  
schätzung haben Sie, Herr Gröpl, zu diesem  
Punkt?

Und dann eine weitere Frage: Ist die Forderung  
nach einer solchen doppelten Berücksichtigung  
der einzelnen Sachverhalte in einem Haushalt  
mit den Grundsätzen der Haushaltsaufstellung  
überhaupt vereinbar?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja,  
vielen Dank. - Mit Verlaub, ich meine, so was gab  
es ~~eben~~ bisher auch noch nicht, nämlich ein und  
denselben Vertrag, den die Bundesrepublik  
Deutschland abschließt, zwei Ermächtigungen zu  
unterwerfen, nämlich Verpflichtungsermächti-  
gung und Gewährleistungsermächtigung.

Davon abgesehen: Was wäre die Konsequenz in  
der Praxis, wenn wir also jetzt da vielleicht sogar  
mal eine Gerichtsentscheidung bekämen oder  
wenn jedenfalls der Bundesgesetzgeber jetzt sa-  
gen würde: „Es ist zusätzlich erforderlich anläs-  
slich des Pkw-Maut-Skandals“? Dann sehe ich in  
~~der Praxis nur eine Förmelerei, denn~~ was würde  
dann im Haushaltsaufstellungsverfahren von den  
Behörden, von den Ministerien gemacht werden?

Es würde immer eine Doppelabsicherung gefor-  
dert; das heißt, im Haushaltsplan würde wie bis-  
her auch ~~gebeten~~ werden, Verpflichtungsermäch-  
tigungen zu veranschlagen, und im Übrigen wür-  
de man § 3 des ~~jetzigen~~ Haushaltsgesetzes in sei-  
ner Struktur auf 20, 30 Seiten verlängern und sa-  
gen: Gut, und für alle gescheiterten Verträge las-  
sen wir uns vorsorglich eine Gewährleistungser-  
mächtigung erteilen.

Und dann möchte ich in aller Bescheidenheit  
und mit großem Respekt die Abgeordneten fra-  
gen, ob die da wirklich noch draufschauen wür-  
den. Das würde man angesichts der vielen Arbeit,  
die Sie haben, die auch der Haushaltsausschuss  
hat, glaube ich, einfach auch so absegnen und sa-  
gen: Na ja, klar, das steht da in dem § 3 des je-  
weiligen Haushaltsgesetzes drin. Das sind die Ge-  
währleistungsermächtigungen für den Fall, dass  
es schiefgeht. - Es wäre in der Praxis nichts ge-  
wonnen.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** Ich hätte noch  
eine Nachfrage, -

**Stellvertretende Vorsitzende Nina Warken:** Noch  
eine Nachfrage, ja.

**Michael Kießling (CDU/CSU):** - und zwar die  
Nachfrage, die Einschätzung: Hat der Bundes-  
rechnungshof Ihrer Einschätzung nach das auch  
gesehen, dass das ein Vertrag ist, weil er, wie ge-  
sagt, diese Forderung nicht erwähnt hat?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja,  
so sehe ich das.

**Stellvertretende Vorsitzende Nina Warken:** So,  
vielen Dank. - Dann ist als Nächstes dran Herr  
Kollege Wiehle.

**Wolfgang Wiehle (AfD):** Ja. - Frau Vorsitzende!  
Meine Damen und Herren! Ich möchte eine Frage  
an Herrn Professor Gröpl richten und eine Frage  
an beide, also Herrn Professor Gröpl und Herrn  
Professor Hufeld.

Ich fange mal an mit der Frage an Herrn Professor  
Gröpl, und zwar beziehe ich mich auf das wahr-  
scheinlich ja bevorstehende Schiedsverfahren, in





### Nur zur dienstlichen Verwendung

dem es um die im Raum stehende Forderung der Betreiber von 560 Millionen Euro geht. Und Sie sagten ja schon: Es gibt da auch ganz andere Interpretationsmöglichkeiten von dieser Forderung. Und ich möchte an dieser Stelle im Sinne des Steuerzahlers fragen, ob Sie uns im Untersuchungsausschuss in bestimmter Weise zur Vorsicht mit Vermutungen und Spekulationen raten würden, also in dem Sinne: Wir könnten aus Versehen einen bestimmten Ausgang des Schiedsverfahrens wahrscheinlicher machen. Oder würden Sie sagen: „Das ist eigentlich einerlei, in welcher Weise wir hier formulieren, das Schiedsverfahren wird sowieso eine vollständig eigenständige Erkenntnisfindung haben“? - Das ist meine Frage an Herrn Professor Gröpl speziell.

Und an Sie beide möchte ich die Frage richten: Wir wissen ja jetzt, dass das Vertragsvolumen selber nach der Überarbeitung des Angebots, des sogenannten finalen Angebots, 1,975 Milliarden für die Mauterhebung ist. Und der Haushaltstitel enthielt dafür 1,977 Milliarden in der Nummer 532 34. Ist das - ganz abgesehen davon, dass es vielleicht noch Nebenausgaben gibt, die da auch noch hätten drin sein müssen -, wenn man so knapp einen vorhandenen Haushaltstitel ausfüllt auf der Basis von einem zivilrechtlich geschlossenen Vertrag, also gar nicht eigenem Verwaltungshandeln, noch angemessen, oder ist das eigentlich zu sehr auf Kante genäht, ist man da außerhalb von dem Bereich, den man eigentlich bei normalem Haushaltsgebaren verantworten kann?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, das ist eine interessante Sache mit dem Schiedsverfahren. Ich denke mal, dass sich natürlich die daran beteiligten Schiedsrichter auch die Unterlagen dieses Untersuchungsausschusses hier ansehen werden. Natürlich sind sie rechtlich zur Neutralität verpflichtet und dürfen sich dadurch nicht beeinflussen lassen; aber ich denke mal, dass man das in einem Schiedsurteil auch zitieren dürfte, die Unterlagen, soweit sie öffentlich sind, die Erkenntnisse des Untersuchungsausschusses, des 2. Untersuchungsausschusses. Und das denke ich schon, könnte als eines von vielen Argumenten dienen. Es wäre meiner Ansicht nach im Schiedsverfahren eine Meinung neben

anderen Meinungen, die man dann mit- und gegeneinander abwägen müsste.

Zur zweiten Frage. Haushaltstitel, also Ausgabeermächtigungen und Verpflichtungsermächtigungen ~~und~~ auch Gewährleistungsermächtigungen und natürlich im Übrigen auch Kreditermächtigungen ~~sind dazu da, dass man nicht Entschuldigung, können ausgeschöpft werden; ich wollte jetzt sagen: „sind dazu da, dass man sie ausschöpft“, aber das ist falsch, nein.~~ Die Verwaltung ist ~~nur~~ ermächtigt, Ausgaben zu tätigen, Verpflichtungsermächtigungen und sonstige Ermächtigungen in Anspruch zu nehmen.

1-1, aber  
- dürfen  
1-1, ist  
- ist

Aber da sehe ich keine rechtlichen Bedenken. Man kann ~~da~~ auf Kante näher, soweit - und jetzt kommt wieder dieses Gesetzeswort, dieser Gesetzesbegriff - das Ganze „voraussichtlich“ nicht zu Mehrausgaben führt, „Voraussichtlichkeit“ als Kernbegriff. Es muss also ~~punktionau~~ realitätsgerecht geschätzt werden. Und wenn Anhaltspunkte dafür da sind, dass man zu gut oder zu schlecht geschätzt hat, obwohl man bessere Kenntnisse hatte, dann, gebe ich Ihnen recht, ginge es um einen Haushaltsverstoß. Aber ansonsten, wenn man sagt: „Mensch, wir haben die jetzt runtergehandelt von 3 Milliarden auf“ - was war es? - „1,975 Milliarden, und das passt gerade, und das wussten die auch, weil wir denen vorher gesagt haben: ‚Wir können nicht mehr Geld bereitstellen‘“, dann ist das als solches ein legales, haushaltsrechtmäßiges Ergebnis.

„a Tn“  
die Be-  
wirt-  
schaftung  
- ist

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Herr Abgeordneter Wiehle, der Bundesrechnungshof hat zu Ihrer Frage sehr klar Stellung genommen. Er hat nicht beanstandet, dass dann der abgeschlossene Vertrag im Volumen sehr knapp nur gedeckt ist von der Verpflichtungsermächtigung. Er hat aber geschrieben, das sei nur eine formelle Deckung;

(Oliver Luksic (FDP): Ja!)

denn materiell hat es gerade nicht gereicht, weil ein Teil der Milliarde, die am Ende der Abschmelzungsoperation stand, dann doch wieder beim Bund gelandet wäre. Und das ist eine be-

entscheidendes Kriterium

H-1  
H-1  
-1 ist  
H-1 ist  
H-1 ist





## Nur zur dienstlichen Verwendung

merkwürdige Formulierung in einem Bundesrechnungshofbericht, wenn er sagt: Ein Titel wird eingehalten, aber nur formell. - Also der Bundesrechnungshof hat zu Recht mitgedacht die weiteren und von dieser VE nicht abgedeckten Kosten.

Und vielleicht noch eine Bemerkung zu der Besorgnis, der Bundestag könne mit Haushaltsbürokratie belastet werden, wenn er Artikel 115 ernst nimmt: Also, mit Verfassungsrecht müssen wir sorgfältig umgehen, und der Bundestag muss auf Gewährleistungsermächtigungen die gleiche Sorgfalt verwenden wie auf Verpflichtungsermächtigungen, mindestens die gleiche Sorgfalt. Wir würden so auch nicht mit dem Institut VE, Verpflichtungsermächtigung, umgehen und sagen: Ja, dann taucht irgendwo ein Zahlenwerk auf, und der Bundestag segnet das blind ab. - Es gibt diese Norm, und wenn die Praxis bisher anders gelaufen ist, dann schlage ich vor, dass sich die Praxis am Verfassungsrecht orientiert, nicht das Verfassungsrecht an der Praxis. Also den Vorrang der Verfassung auch noch mitzuschleifen, das ginge zu weit.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Nächster Beitrag, Wortmeldung: Herr Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ja, Herr Professor Hufeld, das kann ich nur unterstreichen, was Sie eben gesagt haben. Ich möchte noch mal eingehen auf Ihre Stellungnahme, Seite 7 und Seite 52. Sie haben ja eben ausgeführt, es kommt auf das Materielle an. Jetzt lassen wir mal die Garantie außen vor; da gibt es Interpretationsdifferenzen.

Der Hauptbatzen ist ja auch das Abschmelzen durch die dynamische Vergütung. Da möchte ich noch mal drauf zurückkommen - Sie haben das ja an zwei Punkten angesprochen - und möchte Sie bitten, hier Ihre Begriffe noch mal ein Stück weit zu präzisieren in dem Zusammenhang. Sie haben einmal gesagt, es gibt das Gebot der haushaltswirtschaftlichen Totalität. Dann haben Sie von der Blankettermächtigung gesprochen. Und Sie haben ausdrücklich gesagt, das Vollständigkeitsgebot bezieht sich auf § 11 Absatz 2 Nummer 3 Bundeshaushaltsordnung. Und Sie haben auf

eine Unterrichtungspflicht hingewiesen bei Vorfestlegung von grundsätzlicher und finanzieller Bedeutung, was den § 38 Absatz 3 Bundeshaushaltsordnung angeht. - Meine Bitte wäre an Sie, dies genauer auszuführen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Also, Totalität ist nur ein anderer Ausdruck für das Gebot der Vollständigkeit. Das habe ich eingangs ausgeführt - mag es auch die Lücken geben, die der Kollege erwähnt hat -: Der Ehrgeiz des Parlaments muss sein, die Haushaltswirtschaft und die Ausgabenpolitik von Regierung und Verwaltung vollständig zu programmieren; denn die Herausforderung besteht ja auch gerade darin, den Haushalt in der Balance zu halten. Das ist ein ganz wichtiger Aspekt dieses Totalitätsgrundsatzes. Nur in der Gesamtschau und im vollständigen Haushalt kann entschieden werden, ob Einnahmen und Ausgaben in einen Ausgleich gebracht werden.

Deswegen ist es auch so gefährlich, wenn das Ermächtigungsprinzip überschritten wird, so wie es der Bundesrechnungshof kritisiert hat, dann später Nachforderungen eingestellt werden müssen. Dann wird sozusagen rückwirkend die Balance 2018 gestört. Und der Bundesrechnungshof hat auch gesagt: Wenn sich erweist, dass eine Verpflichtungsermächtigung im bestimmten Umfang nicht trägt, dann muss das als Indiz dafür behandelt werden, dass entweder die Wirtschaftlichkeit nicht stimmt oder ein anderer Programmierfehler stattgefunden hat.

Und der zweite Teil Ihrer Frage zielt auf einzelne Verfahrenskomponenten in der Bundeshaushaltsordnung. Es gibt die 10.2-Vorlage, wenn sich erweist, dass ein Titel gesprengt wird, und es gibt in einzelnen Bereichen spezifische Unterrichtungspflichten. Und typischerweise ist dann das BMF beteiligt und muss beteiligt werden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Zusatzfrage, bitte.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank. - Herr Professor Gröpl, die Verpflichtungsermächtigung ist ja eine Art Kostenobergrenze. Und jetzt gibt es natürlich hier die Frage, ob sich nicht entweder die Nettoeinnahmen durch das Gesetz geändert





## Nur zur dienstlichen Verwendung

haben oder ob es durch die Anforderungen und Leistungsmodifikation auch nach unten die Variabilisierung von Kosten, von fixen in variable, Änderungen gibt.

Sie haben eben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit angesprochen. Da möchte ich Ihnen eine Frage stellen: Die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die greift allerdings auf Quellen zurück, die am 18. Dezember - da war die ja - noch gar nicht vorgelegt. Also, es gab zum Beispiel ein Mengengerüst, das erst am 22. März 2019 vorgelegt wurde. Vor dem Hintergrund: Halten Sie da die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, auch den Zuschlag auf der Grundlage, für wirklich belastbar, wenn man im Nachhinein diese Punkte einbringt? Das wäre noch mal der Punkt, der mir wichtig wäre, wenn Sie den darstellen könnten, weil das, glaube ich, auch ein zentraler Punkt ist.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja, das Generalthema, auf das Sie zu Recht abstellen, ist die Schätzgenauigkeit. Die Schätzgenauigkeit ergibt sich aus Verfassungsrecht, aus dem Artikel 110 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 des Grundgesetzes: Vollständigkeit des Haushaltsplans / 1.8 macht ja nur ~~ein~~ Sinn, wenn die Verwaltung und dann letztlich auch der Haushaltsausschuss des Parlaments und der Bundestag selbst schätzgenau vorgehen. Dagegen wird, fürchte ich, häufiger auf Bundes- und Landesebene verstoßen; jedenfalls fürchte ich, dass man ab und zu, nicht häufig, aber ab und zu, nicht so genau schätzt.

**Oliver Luksic (FDP):** Ist die Frage, ob wesentlich oder nicht, ne?

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Ja. - Das als Vorbemerkung. - Das Zweite, was Sie schildern bezüglich der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, dass da Zahlen im Dezember oder Punkte im Dezember drin sind, die eigentlich im Dezember noch gar bekannt gewesen sein konnten, wenn ich Sie da richtig verstanden habe: Also, ich kenne die nicht, habe die deswegen auch nicht lesen können. Erscheint mir dann auch nicht plausibel. Das wären Punkte, die auf jeden Fall zu klären sind. Natürlich muss eine

Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, wenn sie rechtlichen Maßstäben standhält, sich intensiv mit den Tatsachen befassen und schätzgenau sein. Und wenn da irgendwas verbogen wird, dann haben wir ein Problem.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut, jetzt habe ich noch eine Wortmeldung. - Gibt es weitere Wortmeldungen? Ich frage schon mal vorweg. - Scheint im Moment nicht der Fall zu sein. - Dann hat Herr Cezanne noch mal das Wort. Bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich möchte da eigentlich gern noch mal weitermachen. Sie haben uns ja vorhin drauf hingewiesen, dass man die Frage der Verlagerung von Vertragsbestandteilen jetzt noch nicht abschließend würdigen kann, sondern wir uns das im Detail angucken müssen.

Jetzt aber wirklich als Hilfe bitte, um erkennen zu können, ob das haushaltsrechtlich relevant ist oder ob ich nur mit meinem kaufmännischen Blick darauf vielleicht auch fehllaufe. Wir haben in dem Gutachten oder in der Stellungnahme des Bundesrechnungshofs drei Punkte, die aufgeführt werden, was dort in der Verlagerung passiert ist. Das eine ist diese Übernahme, die Mitnutzung der Zahlstellenterminals bei Toll Collect. Das hat dazu geführt, dass die Anbieter ihr Angebot um 360 Millionen gesenkt haben. Für 216 Millionen gibt es offensichtlich Zahlungen, vorgesehene Zahlungen an Toll Collect, die diese Mitnutzung ausgleichen sollen. Aber es wird davon ausgegangen, dass der Bund an Toll Collect die restlichen 144 Millionen erstattet. Das sind 40 Prozent der reduzierten Vertragssumme. - Also, ich als Kaufmann würde sagen: Irgendwie ein schlechtes Geschäft.

Bei den variablen Vergütungen ist es so, dass ursprünglich 500 000 Vorgänge abgegolten sein sollen. Diese Zahl wurde auf 250 000 gesenkt. Das sind also die Bearbeitung von Zusatzschreiben, steht hier, Feststellung von Ausnahmen, Härtefällen, Bearbeitung von Widersprüchen, also keine ganz einfachen Verfahren.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Wären das denn aus Ihrer Sicht, sagen wir mal, Dinge, die das Haushaltsrecht sehr wohl berühren würden, oder ist das jetzt eine Größenordnung, wo man sagen würde: „Na ja, kaufmännisch nicht sauber, aber haushaltsrechtlich nicht so relevant“? Dass Sie es nicht abschließend bewerten können, ist klar, aber so als Indiz für uns, wo wir nachbohren sollten.

**Sachverständiger Prof. Dr. Ulrich Hufeld:** Das hat auch der Bundesrechnungshof nicht vollständig durchgerechnet. Er hat sogar an einzelnen Stellen „z. B.“ geschrieben, also nur beispielhaft Zahlen genannt. Aber er hat immerhin zwei Zahlen als Mindestvolumina sozusagen gelistet, und wenn man die addiert, ist man über den 500 Millionen.

Und wenn Sie meiner Einschätzung zu Artikel 115 folgen, dann kommt man zu der Ermächtigungslücke von mehr als 1 Milliarde. Das sollte man nicht mehr als Petitesse behandeln. Haushaltsrecht hat auch mit Volumina zu tun, deswegen möchte ich schon festhalten an dem Plädoyer, dass auch Gewährleistungsermächtigungen mit der gleichen Sorgfalt behandelt werden wie Verpflichtungsermächtigungen.

In der Summe waren das 2 Milliarden. Wenn man durch die Jahre geht, sieht man: Das waren pro Jahr sozusagen nur 165 Millionen. Daran sieht man: Das sind schon haushaltsrechtlich relevante Volumina. Und das, was der Bundesrechnungshof genannt hat, bewegt sich ja über dieser Jahresrate. Das sind schon relevante Volumina.

**Sachverständiger Prof. Dr. Christoph Gröpl:** Also, da stimme ich Herrn Hufeld natürlich zu. Das sind relevante Volumina, selbstverständlich. Das schmerzt und tut weh.

Und die Frage ist, welche Konsequenzen man daraus zieht. Das A und O auch gerade bei Ihren Fragen ist die Schätzgenauigkeit, die Voraussichtlichkeit. Jede Verwaltungsbehörde, jeder Beauftragte für den Haushalt und jedes Ministerium ist verpflichtet, genau zu schätzen und nicht irgendwas unter den Tisch fallen zu lassen.

↳ das  
↳ zunächst auch zugunsten des  
Und ~~erst mal~~ muss ich ~~das dem~~ Bundesverkehrsministerium unterstellen, dass genau geschätzt wurde. ~~Es~~ wird auch in ~~der~~ Stellungnahme darge- ↳ dessen  
tan. Das kritisiert der Bundesrechnungshof substantiiert. Und jetzt kommt es ~~eben~~ drauf an, was ↳ auf  
die Wahrheit ist. Die Zahlen, die Sie genannt haben, die geben Anlass, das zu untersuchen.

Schlechtes Geschäft? - Ja ~~klar~~, das könnte ein ↳ auf  
schlechtes Geschäft sein. Andererseits muss man ↳ gewesen  
immer bedenken: Wie sieht es aus, hat der Markt überhaupt Bieter hergegeben, ~~gab es Bieter?~~ ↳ auf  
Wenn es keine anderen Bieter gegeben hätte, ~~ist~~ ↳ auf  
rein hypothetisch ~~jetzt~~, dann wäre das Bundesverkehrsministerium berechtigt gewesen, den  
Vertrag so abzuschließen; denn es war ja gesetzlich - nicht haushaltsgesetzlich, aber sachgesetzlich - verpflichtet, die Infrastrukturabgabe umzusetzen.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Darf ich noch eine Nachfrage?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ja, bitte.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Und wenn man mögliche Bieter, die ja ursprünglich mal geboten haben, gar nicht gefragt hat, ob sie zu den Konditionen anbieten wollen: Wie wäre das zu bewerten?

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Ich denke, das ist eine Frage, die wir in der nächsten Runde dann auch noch mal diskutieren können, „Was wäre, wenn ...?“. Oder bestehen Sie jetzt auf einer Beantwortung, Herr Cezanne?

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Ja, dankbar wäre ich schon. Aber gut.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Wir bewegen uns wirklich da im Spekulativen. Und wir haben ja eigentlich Sachverständige zum Haushaltsrecht. Und darum, denke ich, sollten wir das zu einem späteren Zeitpunkt klären, ohne das irgendwie unter den Tisch fallen zu lassen. Einverstanden? - Gut.

Gibt es weitere Fragen? - Das ist nicht der Fall. Wird eine abschließende Zusammenfassung noch gewünscht, oder können wir darauf verzichten?



Nur zur dienstlichen Verwendung

(Kirsten Lüthmann (SPD):  
Wir können darauf verzichten!)

- Wir können drauf verzichten. Wenn es da keinen Widerspruch gibt, können wir so verfahren.

Dann darf ich mich recht herzlich bei Ihnen bedanken und Ihnen mitteilen, dass Ihnen das Stenografische Protokoll dieser Anhörung zugesandt wird. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss beschlossen werden. Und über diesen Beschluss erhalten Sie eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. Ergeben sich aus Ihrer Sicht dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall. Dann noch mal ganz recht herzlichen Dank für Ihre Ausführungen.

(Beifall des Abg.  
Andreas Mrosek (AfD))

Dann machen wir wieder fünf Minuten Pause für die Umbauarbeiten.

(Unterbrechung von  
18.11 Uhr bis 18.24 Uhr)



**PA29 2UA Postfachaccount PA29**

---

**Von:** Marco Núñez <Marco.Nunez@chatham.partners>  
**Gesendet:** Dienstag, 11. Februar 2020 09:59  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Betreff:** WG: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020  
**Anlagen:** 20200211 - Deutscher Bundestag wg. 2. Untersuchungsausschuss - Schreiben....pdf

Sehr geehrte Damen und Herren,

anliegend per Email vorab meine Korrektur- bzw. Ergänzungswünsche zu meinen Aussagen in dem Protokoll der SV-Anhörung.

Mit freundlichem Gruß,

Dr. Marco Núñez Müller, LL.M. (Col.)

Partner

CHATHAM PARTNERS

Neuer Wall 50

D-20354 Hamburg

T + 49 40 303 963-0 (dd: -13)

F + 49 40 303 963 44

M + 49 170 54 209 54

E marco.nunez@chatham.partners <mailto:marco.nunez@chatham.partners>

I <https://chatham.partners> <https://chatham.partners/>

Von: PA29 2UA Postfachaccount PA29 [mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de]

Gesendet: Donnerstag, 6. Februar 2020 14:21

An: PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

Betreff: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020

Sehr geehrter Herr Professor Mayer,

sehr geehrter Herr Professor Kainer,

sehr geehrter Herr Professor Hufeld,

sehr geehrter Herr Professor Gröpl,

sehr geehrter Herr Dr. Nunez Müller,

sehr geehrter Herr Dr. Endler,

im Anhang finden Sie - wie Ihnen vom Vorsitzenden am Ende Ihrer Anhörung zugesagt - das vorläufige stenografische Protokoll zur Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar 2020 mit Bitte, gem. §§ 28 i.V.m. 26 PUAG den entsprechenden Teil, zu dem Sie gesprochen haben zu prüfen, und dem Ausschuss evtl. Änderungs- bzw. Ergänzungswünsche schriftlich innerhalb von zwei Wochen, d.h. bis zum

Donnerstag, den 27. Februar 2020,

mitzuteilen.

Für Ihre Bemühungen und Ihr Verständnis bedanken wir uns bereits im Vorfeld und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

i.A. Anja Netterscheidt

Anja Netterscheidt

Deutscher Bundestag

2. Untersuchungsausschuss der 19. Wahlperiode

- Sekretariat PA 29 -

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Tel.: +49 (0)30/227-31703

Fax: +49 (0)30/227-30315

E-Mail:

2.untersuchungsausschuss@bundestag.de <mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

Datenschutz:

<https://www.bundestag.de/datenschutz>

--  
Diese Email enthält vertrauliche und /oder rechtlich geschützte Informationen. Wenn Sie nicht der richtige Adressat dieser Email sind oder sie irrtümlich erhalten haben, löschen Sie bitte diese Email und informieren uns unverzüglich per Telefon unter der Rufnummer +49 (0) 40 303 963 0 oder per Email an [info@chatham.partners](mailto:info@chatham.partners). Das unerlaubte Kopieren sowie die unbefugte Verwendung oder Weitergabe dieser Email oder von Teilen dieser Email ist nicht gestattet.

Chatham Partners LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC407279 eingetragene Limited Liability Partnership englischen Rechts mit Registersitz in 37-41 Bedford Row, London WC1R 4JH. Weitere rechtliche Hinweise betreffend Chatham Partners LLP finden Sie unter <http://chatham.partners/de/imprint>. Eine Liste der Gesellschafter der Chatham Partners LLP (sowie der als Partner bezeichneten Personen, die nicht Gesellschafter sind) kann am Registersitz der Gesellschaft oder am Verwaltungssitz der Gesellschaft, Neuer Wall 50, 20354 Hamburg, eingesehen werden.

This email is confidential and may well also be legally privileged. If you have received it in error, you are on notice of its status. Please notify us immediately by reply email and then delete this message from your system. Please do not copy it or use it for any purposes, or disclose its contents to any other person: to do so could be a breach of confidence. Thank you for your co-operation. Please contact us on +49 (0) 40 303 963 0 or email [info@chatham.partners](mailto:info@chatham.partners) if you need assistance.

Chatham Partners LLP is a limited liability partnership with registered office at 37-41 Bedford Row, London WC1R 4JH and registered in England and Wales with registered number OC407279. For regulatory information please refer to <http://chatham.partners/en/imprint>. A list of the members (and of the non-members who are also designated as partners) of Chatham Partners LLP is available for inspection at its registered office. Any reference to a partner means a member, or a consultant or employee with equivalent standing and qualifications, of Chatham Partners LLP.

## Hamburg

Chatham Partners LLP  
Neuer Wall 50  
20354 Hamburg  
Germany

## Dr. Marco NÚÑEZ MÜLLER, LL.M. (Col.)

T +49 40 303 963 13  
M +49 170 54 20 954  
F +49 40 303 963 44  
marco.nunez@chatham.partners  
www.chatham.partners

Deutscher Bundestag  
Sekretariat des 2. Untersuchungsausschusses  
Konrad-Adenauer-Str. 1  
10577 Berlin

*Vorab per Email:*

2.untersuchungsausschuss@bundestag.de

Hamburg, den 11. Februar 2020

## Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020 Änderungs- und Ergänzungswünsche

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Schiefner,  
sehr geehrte Damen und Herren,

nach Durchsicht der vorläufigen Fassung des stenografischen Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar 2020 erlaube ich mir zu den Teilen des Protokolls, die meine Aussagen betreffen, die folgenden ergänzenden bzw. korrigierenden Anmerkungen (jeweils durch Streichung bzw. gelb markiert):

▶ *passim:*

Der guten Ordnung halber weise ich darauf hin, dass die korrekte Schreibweise meines Nachnamens „~~Nunez~~ **Núñez** Müller“ lautet.

▶ S. 70, re. Spalte, 3. Absatz, 2. Satz:

Es muss richtigerweise heißen: „*Ich darf zunächst auf unsere schriftliche Stellungnahme verweisen, die dem Ausschuss **gestern zugeleitet worden ist, sowie auf das hiervon zu unterscheidende** Gutachten zu den sich hier stellenden EU- und beihilferechtlichen Fragen.*“

▶ S. 70, re. Spalte, 4. Absatz:

Es muss richtigerweise heißen: „... zu dem Ansatz, der hier **verfolgt** wurde, ...“

- ▶ S. 71, li. Spalte, 1. Absatz, S. 1:

Es muss richtigerweise heißen: „Zweifel ~~an der Vergabe~~, an der Gestaltung des Vergabeverfahrens ergeben sich ...“

- ▶ S. 71, li. Spalte, 1. Absatz, letzter Satz:

Es muss richtigerweise heißen: „Sie darf ~~dies die konzeptionelle Ausschreibungsreife~~ aber nur dann ~~bejahen verneinen~~, wenn sie beurteilungsfehlerfrei ...“

- ▶ S. 71, li. Spalte, 3. Absatz, S. 1:

Es muss richtigerweise heißen: „... nicht beurteilungs~~fehler~~frei bejahen können.“

- ▶ S. 71, re. Spalte, 1. Absatz, S. 1:

Es muss richtigerweise heißen: „... hier eingeleitet wurde, kommen ~~können dürfen~~.“

- ▶ S. 72, li. Spalte, 3. Absatz, S. 3:

Es muss richtigerweise heißen: „Denn es ist nie auszuschließen, dass Bieter, die eben kein endgültiges Angebot abgegeben haben, bei Kenntnis des Verhandlungsergebnisses, was ja hier zu einer deutlichen Änderung der Gesamtkonstellation geführt hat, auch noch auf den Zug aufspringen, ~~um~~ nachträglich ~~und~~ ihrerseits modifizierte Angebote abzugeben.“

- ▶ S. 72, re. Spalte, 2. Absatz, letzter Satz:

Es muss richtigerweise heißen: „Es hatten lediglich die drei ~~anderen~~ Bietergemeinschaften ~~kein~~ finales Angebot eingereicht.“

- ▶ S. 72, re. Spalte, 4. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „... dass die Vergabeunterlagen für das zweite BAFO, das reduzierte BAFO, ~~von für~~ Paspagon nachträglich in unzulässiger Weise verändert worden sind, indem insbesondere zum einen die Mindestanforderungen an das Angebot, vor allem aber die Identität des Beschaffungsgegenstands verändert wurden, indiziert schon quantitativ durch die erhebliche Reduzierung des angebotenen Preises von 3 auf 2 ~~Millionen Milliarden Euro~~, insbesondere aber ...“

- ▶ S. 73, li. Spalte, 4. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „Insbesondere ... ist eben nicht auszuschließen, dass, wenn die anderen drei Bietergemeinschaften von der Einbeziehung von Toll Collect Kenntnis gehabt hätten, auch sie dann entsprechend noch mal ein Angebot **eingeholt abgegeben** hätten.“

- ▶ S. 73, re. Spalte, 1. Absatz, S. 5:

Es muss richtigerweise heißen: „... Wenn jetzt Toll Collect **das ihre Leistungen** nicht mehr an den Auftraggeber, sondern zu einem erheblichen Bestandteil ...“

- ▶ S. 73, re. Spalte, 3. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „... die von CTS Eventim qua Ad-hoc-Mitteilung mit 560 Millionen **Euro** bewertet worden sind.“

- ▶ S. 74, re. Spalte, 6. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „... Verkehrssteueränderungsgesetz, die **Unionsrechts-widrigkeit Vereinbarkeit** dieses Gesamtpakets **mit Unionsrecht** unter erheblichen Zweifel stellte und ...“

- ▶ S. 81, li. Spalte, 2. Absatz, Satz 3:

Es muss richtigerweise heißen: „... zugleich die Richtlinienvorschrift, die Grundlage dieser **Vergabe der VgV-Bestimmung** ist, **und** die die Interpretation des § 17 Absatz 10 ...“

- ▶ S. 83, li. Spalte, 1. Absatz, S. 3:

Es muss richtigerweise heißen: „Aber, wie gesagt, wir kennen nur **einen den Auszug der Akte, der veröffentlicht wurde**.“

- ▶ S. 85, li. Spalte, 3. Absatz, S. 1:

Es muss richtigerweise heißen: „... die Verhandlung über Mindestanforderungen **gerade** nicht vollständig ausgeschlossen hat, ...“



- ▶ S. 85, re. Spalte, 4. Absatz, S. 3:

Es muss richtigerweise heißen: „Es geht natürlich auch immer darum, hier eine Vergabeakte zu schaffen, die für den Fall, dass hier ein nicht berücksichtigter Bieter ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einleitet, die Vergabekammer *instand in die Lage versetzt*, nachzuvollziehen, was hier tatsächlich verhandelt worden ist.“

- ▶ S. 88, re. Spalte, 4. Absatz, S. 2, letzter Halbsatz:

Es muss richtigerweise heißen: „... natürlich alle möglichen nationalen *und* internationalen Unternehmen tätig sind.“

- ▶ S. 89, li. Spalte, 2. Absatz, S. 1, 1. Halbsatz:

Es muss richtigerweise heißen: „Und aus unserer Sicht ist es eben *so nicht marktüblich*, schon angesichts des Umstandes, dass hier ...“

- ▶ S. 89, li. Spalte, 2. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „Das liegt sicher deutlich über dem, was hier die Bieter an eigenen Verfahrenskosten hatten, sondern *ist nimmt Bezug nehmend* auf den Bruttounternehmenswert.“

- ▶ S. 89, re. Spalte, 1. Absatz, S. 1:

Es muss richtigerweise heißen: „... und damit eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 *AEUV*. ...“

- ▶ S. 89, re. Spalte, 1. Absatz, S. 7 und 8:

Es muss richtigerweise heißen: „Und die kann eben in verschiedenen Formen eingeholt werden: sei es durch eine Notifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland, sei es im Beschwerdewege, sei es dadurch, dass die Kommission *ex officio* durch Zeitungsberichte auf das Verfahren gestoßen wird und *ex officio* ein Beihilfeprüfverfahren einleitet. Aber ohne Kommissionsgenehmigung oder aber eine sehr unwahrscheinliche Entscheidung der Kommission, dass hier doch keine Beihilfe vorliegt, kann hier nicht *fortgeführt fortgeführt* werden.“

- ▶ S. 92, li. Spalte, 1. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „... Die Situation war doch so, dass zunächst einmal Erstangebote abgegeben wurden, dann *zur Abgabe eines finalen* Angebots *aufgerufen*



wurde, aber nur einer angeboten hat ein finales Angebot abgegeben wurde; die anderen sahen die Probleme nicht als ausgeräumt, an und haben daher eben kein finales Angebot abgegeben.“

- ▶ S. 92, li. Spalte, 1. Absatz, S. 4:

Es muss richtigerweise heißen: „... Er öffnete dann plötzlich Verhandlungen über ein finales Angebot, was man nach dem Wortlaut der Vergabeverordnung nicht darf, und brachte dann die Alternative mit hinein, dass der Vertragspartner das ganze Mautstellenetz, also die Mautstelleninfrastruktur gar nicht selbst erstellen müsse, ...“

- ▶ S. 93, re. Spalte, 3. Absatz:

Es muss richtigerweise heißen: „Für mich sprechen aber drei weitere Punkte gegen [sie] für ein fehlerhaftes Risikomanagement an dieser Stelle:“

- ▶ S. 93, re. Spalte, 5. Absatz, S. 1:

Es muss richtigerweise heißen: „Er hätte im EuGH-Verfahren auch jeweils schnell antworten Stellungnahmen einreichen können, statt die Verfahrensfristen ...“

- ▶ S. 94, li. Spalte, 3. Absatz:

Es muss richtigerweise heißen: „Es kommt hinzu, dass das EuGH-Verfahren sukzessive erhebliche Indizien zutage gefördert hat, die das Risiko für Deutschland erhoben erhöht haben:“

- ▶ S. 94, re. Spalte, 2. Absatz, S. 1, 2:

Es muss richtigerweise heißen: „Hinzu kommt das Indiz „große Kammern“ „Große Kammer“: Große Kammern werden ...“

- ▶ S. 94, re. Spalte, 2. Absatz, S. 3:

Es muss richtigerweise heißen: „Die Sie sind typischerweise ein Signal ...“

- ▶ S. 95, re. Spalte, 4. Absatz, S. 2 und 3:

Es muss richtigerweise heißen: „Das ist war in der Tat sehr schnell unstreitig: unstreitig Urteilserlass: 18. Juni; unstreitig erstes Kündigungsschreiben: ebenfalls 18. Juni.“

- ▶ S. 97, re. Spalte, 1. Absatz, S. 2:

Es muss richtigerweise heißen: „... *Sprich: Der Deutsche Bundestag mag das jetzt noch aufheben oder auch nicht, er darf es jedenfalls – und das entsprechende Ministerium – darf es jedenfalls nicht mehr anwenden. ...*“

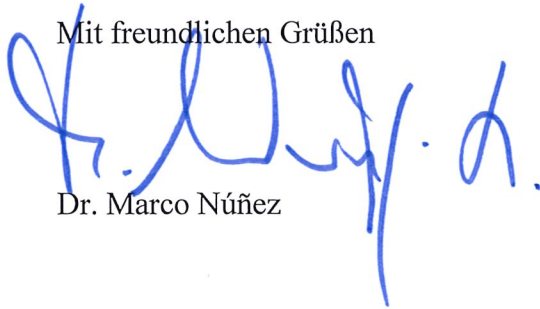
- ▶ S. 98, li. Spalte, 1. Absatz, S. 3:

Es muss richtigerweise heißen: „...*Aus der Treuepflicht der Mitgliedstaaten und ...*“.

Die o.g. Anmerkungen dienen überwiegend der besseren Verständlichkeit sowie punktuell der sachlichen Richtigkeit meiner Ausführungen. Für eine Berücksichtigung dieser Anmerkungen – ggfs. im Rahmen einer redaktionellen Überarbeitung des stenografischen Protokolls, soweit diese entgegen der Ankündigung doch stattfinden sollte – wäre ich Ihnen daher sehr dankbar.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Marco Núñez

**PA29 2UA Postfachaccount PA29**

---

**Von:** Endler, Jan <jan.endler@linklaters.com>  
**Gesendet:** Mittwoch, 26. Februar 2020 16:03  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29  
**Betreff:** AW: Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020  
**Anlagen:** A41110522 v1.0.200217  
\_StenoProt.vorläufig.Mayer\_Krainer\_Hufeld\_Gröpl\_Nunez\_Endler\_Anmerkungen Jan Endler.docx

Sehr geehrte Frau Netterscheidt,

sehr geehrte Damen und Herren,

ich übersende Ihnen anliegend meine Änderungs- und Ergänzungswünsche zu den Teilen, zu denen ich gesprochen hatte. Aus redaktionellen Gründen sind sie leider etwas umfangreicher ausgefallen, ändern aber die mündlichen Aussagen inhaltlich natürlich nicht. Ich bin Ihnen dankbar, wenn Sie die Vorschläge entsprechend berücksichtigen können.

Mit freundlichem Gruß

Jan Endler

Dipl.-Volkswirt Dr. Jan Endler | Partner (Rechtsanwalt) | T +49 30 21496 257 <tel:+49%2030%2021496%20257> | M +49 173 3019896 <tel:+491733019896> | Linklaters LLP | Berlin  
<[http://maps.google.com/maps?q=Potsdamer+Platz%205 10785%20Berlin](http://maps.google.com/maps?q=Potsdamer+Platz%205%2010785%20Berlin) | Germany>

**Von:** PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>  
**Gesendet:** Donnerstag, 6. Februar 2020 14:21  
**An:** PA29 2UA Postfachaccount PA29 <2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>  
**Betreff:** Prüfung des stenogr. Protokolls zur Sachverständigenanhörung des 2. UA am 16.01.2020

Sehr geehrter Herr Professor Mayer,

sehr geehrter Herr Professor Kainer,

sehr geehrter Herr Professor Hufeld,

sehr geehrter Herr Professor Gröpl,

sehr geehrter Herr Dr. Nunez Müller,

sehr geehrter Herr Dr. Endler,

im Anhang finden Sie - wie Ihnen vom Vorsitzenden am Ende Ihrer Anhörung zugesagt - das vorläufige stenografische Protokoll zur Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses am 16. Januar 2020 mit Bitte, gem. §§ 28 i.V.m. 26 PUAG den entsprechenden Teil, zu dem Sie gesprochen haben zu prüfen, und dem Ausschuss evtl. Änderungs- bzw. Ergänzungswünsche schriftlich innerhalb von zwei Wochen, d.h. bis zum

Donnerstag, den 27. Februar 2020,

mitzuteilen.

Für Ihre Bemühungen und Ihr Verständnis bedanken wir uns bereits im Vorfeld und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

i.A. Anja Netterscheidt

Anja Netterscheidt

Deutscher Bundestag

2. Untersuchungsausschuss der 19. Wahlperiode

- Sekretariat PA 29 -

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Tel.: +49 (0)30/227-31703

Fax: +49 (0)30/227-30315

E-Mail:

2.untersuchungsausschuss@bundestag.de <mailto:2.untersuchungsausschuss@bundestag.de>

Datenschutz:

<https://www.bundestag.de/datenschutz>

Any business communication sent by or on behalf of Linklaters LLP or one of its affiliated firms or other entities (together "Linklaters") is confidential and may be privileged or otherwise protected. If you receive it in error please inform us and then delete it immediately from your system. You should not copy it or disclose its contents to anyone. Please be aware that messages sent to and from Linklaters may be monitored for reasons of security, to protect our business, and to ensure compliance with legal and regulatory obligations and our internal policies. Emails are not a secure method of communication, can be intercepted and cannot be guaranteed to be error free. Anyone who communicates with us by email is taken to understand and accept the above.

Linklaters LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC326345. It is a law firm authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority ([www.sra.org.uk](http://www.sra.org.uk)). The term partner in relation to Linklaters LLP is used to refer to a member of Linklaters LLP or an employee or consultant of Linklaters LLP or any of its affiliated firms or entities with equivalent standing and qualifications. Please refer to [www.linklaters.com/regulation](http://www.linklaters.com/regulation) for important information on our regulatory position. A list of Linklaters LLP members together with a list of those non-members who are designated as partners and their professional qualifications, may be inspected at our registered office, One Silk Street, London EC2Y 8HQ and such persons are either solicitors, registered foreign lawyers or European lawyers.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, dann können wir die Sitzung fortsetzen und die Formalien schon mal erledigen. Ich gehe davon aus, dass alle Kollegen wieder im Saal sind. Gleich vorweg eine Info zur Technik: Ich möchte bitten, immer das Mikrofon zu benutzen, damit die Aufzeichnung auch vernünftig gelingen kann, da wir ja nachher unter Umständen keine Stenografen mehr haben.

Ich möchte zunächst mal die beiden Sachverständigen zum Themenkreis Vergabe begrüßen, Herrn Rechtsanwalt Dr. Jan Endler von der Kanzlei Linklaters aus Berlin und Herrn Rechtsanwalt Dr. Marco Nunez Müller von der Kanzlei Chatham aus Hamburg. Herzlich willkommen! Vielen Dank, dass Sie unserer Ladung gefolgt sind und dem Ausschuss für diese Anhörung zur Verfügung stehen.

Ich möchte darauf hinweisen: Die Bundestagsverwaltung fertigt eine elektronische Tonaufzeichnung der Sitzung an. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Aufnahme wird nach Erstellen des Protokolls gelöscht. Das Protokoll dieser Anhörung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall.

Ich möchte Sie vor Ihrer Anhörung zunächst belehren. Sie sind als Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihr Gutachten ist unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im

Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist auch nicht der Fall.

Sollten Teile Ihrer Aussage aus Gründen des Schutzes von Dienst-, Privat- oder Geschäftsgeheimnissen nur in einer nichtöffentlichen oder eingestuften Sitzung möglich sein, bitte ich Sie um einen Hinweis, damit der Ausschuss dann gegebenenfalls einen Beschluss nach § 14 oder § 15 des Untersuchungsausschussgesetzes fassen kann. Haben Sie dazu noch Fragen? - Das ist auch nicht der Fall.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen komme ich nun zum Ablauf der Befragung oder der Vernehmung. Eingangs werde ich Sie kurz zu Ihrer Person befragen. Ich darf Sie bitten, sich dem Ausschuss zu Beginn Ihrer Ausführungen je-weils mit Ihrem Namen, Alter, Beruf und einer ladungsfähigen dienstlichen Anschrift vorzustellen. - Vielleicht nach der alphabetischen Reihenfolge, Herr Dr. Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Mein Name ist Jan Endler. Ich bin 56 Jahre alt und bin Partner bei Linklaters. Und da ist auch meine ladungsfähige Anschrift zu finden. Das ist Potsdamer Platz 5 in 10785 Berlin.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke. - Herr Nunez Müller.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Mein Name ist Marco Nunez Müller. Ich bin 59 Jahre alt. Dienstliche Anschrift: Chatham Partners, Neuer Wall 50, 20354 Hamburg.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön.

**RD Rolfdieter Bohm (BT):** Könnten Sie die Mikrofontaste benutzen?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Ist klar.





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Zunächst möchte ich Ihnen beiden, wenn Sie dies wünschen, entsprechend § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit geben, sich im Zusammenhang zum Gegenstand Ihrer Vernehmung zu äußern. Wie ich schon erwähnte, wäre es wünschenswert, wenn Sie einen Zeitrahmen von acht bis zehn Minuten einhalten würden. Anschließend steigen wir dann in die Befragung ein. - Auch hier würde ich vorschlagen, dass Sie, Herr Dr. Endler, mit Ihrem Statement beginnen.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, vielen Dank. - Ich will mit einer kurzen Vorbemerkung anfangen, die ist, glaube ich, wichtig, auch für ~~Ihre~~ die weitere Eruierung-Evaluierung bei Ihnen. Wir haben als Linklaters das Vergabeverfahren PKw-Maut nicht begleitet, sodass wir in die maßgeblichen Dokumente, die einer die rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen sind beinhalten - Vergabevermerke, Vergabeunterlagen -, auch keinen Einblick nehmen konnten. Das ist aber, glaube ich, sehr wichtig. Deswegen habe ich einen Vorschlag an Sie: Sie sollten, diese entsprechend heranzuziehen, sich möglicherweise von den Beteiligten auch erläutern zu lassen, wie sie zu meiden verstehen sind;  Denn man muss eben sagen: Es Das ist eigentlich das rechtlich a Angemessene, dass man sich diese s anschaut, und dann auf dieser r Grundlage zu entsprechenden Äußerungen kommt. Das ist ein fach eine Voraussetzung dafür, wie man hier ran gehen kann. Deswegen ist Alles das, was ich wir jetzt vortragen werden, ist tatsächlich hingegen im Wesentlichen von aus den öffentlichen Äußerungen des Bundesrechnungshofs; also den Rügen, getragen abgeleitet.

Ich habe versucht, die Beanstandungen, um die es hier geht, zu sortieren. Ich habe zunächst nach der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens gefragt, eine cher allgemeine, sehr generelle Frage. Dann eben stellt sich die Frage: Durfte nach Abgabe des finalen Angebots mit den verbliebenen Bietern noch verhandelt werden? Hätten andere Bieter berücksichtigt werden müssen? - Und zum Schluss: Über was durfte hier eigentlich verhandelt werden? - Das sind, glaube ich, so die Fragen, die wir aus den Anmerkungen des Bundesrechnungshofs m herauskristallisiert haben.

~~Vielleicht~~ Zunächst als gemein zum  
Verhandlungsverfahren als gewählte

Verfahrensart. Ich will das jetzt kurz halten, um mich nicht völlig in der Zeit zu verga loppieren.  
Ich nehme an, Sie haben sich damit

schon vertraut machen können. ~~Das Die Pkw-Maut ist hier~~ im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben worden. Ein Verhandlungsverfahren ist eines der wenigen Verfahren, ~~in dem wo~~ man überhaupt verhandeln darf. Es gibt ~~also auch~~ andere Verfahren, die ~~sind~~ viel formstrenger ~~sind~~. ~~Das Verhandlungsverfahren ist und deswegen auch~~ nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig. ~~Solch eine~~ Diese Ausnahme ~~gilt dann~~ ~~fälle treten dann ein~~, wenn etwa die Risiko-Verteilung so komplex ist, dass man sie durch Verhandeln erst ermitteln muss, ~~wird t~~ Typischerweise ~~gilt dies~~ für komplexe PPP-Strukturen oder Infrastrukturprojekte ~~immer genutzt~~. Deswegen kann ich ~~nur~~ sagen: Nicht nur hier, ~~sondern ist es so~~ ~~geschehen, sondern~~ alle ~~Mautverfahren~~ ~~Mautprojekte~~, die wir in Europa kennen oder begleitet haben, sind immer im Verhandlungsverfahren verhandelt und ~~durchgeführt~~ ~~vergeben~~ worden. ~~Das ist hier~~ ~~Solche Verfahren sind typischerweise~~ mehrstufig ausgestaltet. Das will ich ~~vielleicht gar~~ nicht weiter ausführen. Ich will nur darauf hinweisen, dass ~~es eben~~ ~~Zulässigkeit von~~ Verhandlungen ~~gibt dann~~ ~~zulässig sind~~. ~~Das ist einer der wesentlichen Punkte~~. ~~Dazu~~ gibt es auch eine Norm, die ich hier kurz einführen möchte: ~~und~~ ~~Und~~ ~~zwar~~ ~~besagt~~ § 17, ~~der in~~ Absatz 10 ~~Vergabeverordnung~~ ~~zunächst sagt~~, dass der

Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Angebote mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern, grundsätzlich verhandeln darf. - Das ist der Ausgangspunkt.

~~Dann gibt es in~~ Satz 2 ~~enthält dann~~ bestimmte Begrenzungen; ~~dass~~ ~~Es darf~~ über ~~das~~ gesamte Angebote verhandelt werden ~~darf~~ mit Ausnahme der in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestkriterien und Zuschlagskriterien. ~~Das ist eine~~ ~~Begrenzung~~. Dann gibt es noch eine weitere Begrenzung, die hier eine Rolle spielt; ~~dass~~ ~~Nach~~ § 17 Absatz 10 und Absatz 14 ~~darf~~, wenn endgültige Angebote eingeholt worden sind, ~~auch~~ über diese endgültigen Angebote ~~auch~~ nicht mehr verhandelt werden ~~soll~~. - Ich glaube, das sind ~~Punkte~~ ~~Regelungen~~, die Sie kennen sollten, weil sie wichtig für die rechtlichen Erörterungen sind.

Dann würde ich ~~gleich-jetzt~~ zu der zweiten Frage springen: Waren Verhandlungen über das finale Angebot des verbleibenden Bieters vergaberechtlich zulässig? ~~Hier geht es tatsächlich um den~~ ~~Verstoß gegen die Norm des~~ ~~Der~~ Bundesrechnungshofes, ~~die ich eben erwähnte,~~ ~~der,~~ wenn wir ihn richtig verstehen, ~~hat~~ gesagt ~~hat~~: Hier ist doch ein finales Angebot eingeholt worden. Deswegen ist nach § 17 Absatz 10 ~~Vergabeverordnung~~ eine weitere Verhandlung



## Nur zur dienstlichen Verwendung

mit ~~denen dem Bieter~~ gar nicht mehr möglich gewesen, sondern ~~da es gab es~~ ein Verhandlungsverbot.

Hier muss ich zunächst auf meine Eingangsbemerkung ~~kurz zu rückgehen verweisen~~. Ob ~~das tatsächlich jetzt~~ schon ~~ein~~ das endgültiges Angebot ~~war vorlag~~, können Sie eigentlich nur entscheiden, wenn Sie die Vergabeunterlagen kennen. - Ich habe gesehen, dass sich der Rechnungshof und das Ministerium hier nicht einig sind, ob die in den Vergabeunterlagen oder vielleicht auch in den ~~die~~ Bietergesprächen vorbehalten wurde ~~vorgesehen haben~~, über diese ~~weiteren~~ Angebote noch mal zu sprechen oder sie zu erläutern verhandeln zu wollen. Dann wäre klar, dass es keine ~~abschließenden endgültigen~~ Angebote sein können, sind oder keine endgültigen; aber ich kann es Ihnen schlicht nicht beantworten. Es wäre ein Punkt, dem man nachgehen muss, ob das so war ist.

Die ~~aber vielleicht~~ interessante Frage, die ich hier kurz aufnehmen möchte, ist die: Angenommen, das BMVI hätte - als diese Angebote eingeholt worden sind - gedacht, das sind die finalen Angebote. ~~Das ist, glaube ich, ein Punkt, den man rechtlich etwas vertiefen kann~~. Also, dann stellt sich eben die Frage: Wäre es endgültig verboten gewesen, zu verhandeln, oder hätte man vielleicht diese Endgültigkeit der Angebote irgendwie noch einmal infrage stellen und aufheben können? Das ist eine Frage, mit der man sich dann befassen muss.

Diese Regelung aus der Vergabeverordnung, die ich Ihnen vorgelesen habe, ist sehr neu. ~~Sie~~ Sie ist erst mit der Vergabereform 2016 eingeführt worden. Deswegen werden Sie dazu wenig oder keine Rechtsprechung ~~oder vielmehr gar keine finden~~ und auch relativ wenig Kommentarliteratur finden, wie sie zu handhaben ist. Es hilft dann immer ein bisschen, sich über den Grundzweck der Norm anzunähern. Ich glaube, der Grund ist relativ klar: Was man verhindern möchte, wenn endgültige Angebote abgegeben werden, ist, dass, wenn einer Auftraggeber feststellt, dass derjenige Bieter, den man eigentlich ~~vielleicht~~ als liebsten Partner hätte, gar nicht vorliegt, er das Verfahren dann einfach wieder eröffnet und sagt: „Wir machen eine neue Verhandlungsrunde“, mit in der Hoffnung, dann zu einem besseren oder dem eigentlich gewünschten Ergebnis zu kommen.

~~Also, ein offensichtlicher Schutz der Bieter vor weiterem Wettbewerb.~~

Das ist ein Thema, mit dem sich die Rechtsprechung auch früher schon befasst hatte, insbesondere wenn der Auftraggeber sich durch in seine Vergaberegeln selber gebunden hatte und gesagt hatte, die Angebote seien nunmehr abschließend. - Das geht nicht mehr. — Und da mals stellte sich eben auch schon die Frage: Ist es dann zulässig, noch mal zu verhandeln? Und da hat die Die Rechtsprechung eben hat herausgearbeitet, dass die Wiederaufnahme von Verhandlungen grundsätzlich auch nach der Abgabe finaler Angebote unter engen Voraussetzungen erlaubt ist, wenn es dazu einen ausreichenden sachlichen Grund gibt und man das Verfahren transparent und nicht diskriminierend fortsetzt. Der sachliche Grund - dazu gibt es auch eine Entscheidung vom Kammergericht Berlin - mag kann darin liegen, dass eben die Wiederaufnahme der Verhandlungen noch erhebliche wirtschaftliche Vorteile erwarten lässt, die bislang möglicherweise nicht thematisiert oder besprochen worden sind. -  
Wir sind der Auffassung, dass diese Grundsätze auch weiterhin Geltung beanspruchen sollten, wenn, man diese sachlichen Gründe für die Wiederaufnahme von Verhandlungen bestehen. Es bleibt dann haben kann und deswegen eigentlich hier die Frage zu beantworten, ist, ob

im Vergabeverfahren zur Pkw-Maut der Übergang und die unmittelbaren Verhandlungen allein mit diesem dem einen Bieter eben möglich waren, ohne gegen das Diskriminierungsverbot zu verstößen. Das ist eigentlich die Frage: Anders gefragt: Hätte man sachliche andere Bieter berücksichtigen müssen, oder konnte man allein mit dem einen Bieter jetzt weiterverhandeln?

Und das führt dann auch zu der dem zweiten Fragepunkt, die den der beim Rechnungshof nach meinem Verständnis aufgehört beanstandet hat ist: Hätten da denn alle anderen Bieter auch wieder berücksichtigt werden müssen? Ich glaube, im Normalfall wäre es so gewesen, dass, wenn mehrere Angebote abgegeben worden wären, es diese Norm, also und diese Voraussetzung der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt hätte, dann auch mit mehreren Bietern verhandeln zu müssen. Das scheint uns völlig unstrittig zu sein.

Hier haben wir aber die Besonderheit - Sie wissen das aus dem Verfahren -, dass eben nur ein finales Angebot abgegeben worden ist und die anderen Bieter in dem Verfahren auf eine Angebotsabgabe verzichtet haben. Das ist eine etwas andere Situation.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Das BMVI hat dann eben mit diesem einen Bieter verhandelt. ~~und~~ Wir meinen, dass das nach verga-berechtigten ~~im~~ Grundsätzen wohl auch zulässig sein wird, und zwar letztlich, weil wir das Diskrimi-nierungsverbot hier so auslegen würden, dass wir sagen: Wir haben zwei verschiedene Sachver-haltsgruppen. Wir haben einen Bieter, der ein vergabekonformes Angebot abgegeben hat im Ein-klang mit den entsprechenden Vergabeunterla-gen, der damit auch einen ~~bestimmten~~ Anspruch in dem Verfahren errungen hat, dass man ~~gegebenenfalls~~ mit ihm spricht, dass man ~~über dessen die~~ Zuschlagsfä-higkeit ~~seines Angebots prüft~~nachdenkt. Und wir haben drei Bieter, die ~~eigentlich~~ durch die Nichtabgabe ~~ihrer~~der Angebote erklärt haben, dass sie unter diesen Bedingungen ~~eigentlich~~ gar nicht weitermachen können, verga-berechtlich damit eigentlich auch ihre Stellung als Bieter verloren haben. ~~Und wir~~Ich glaube, dass, wenn man das Diskriminierungsprinzip anwen-~~den würdet~~, man ~~die dann~~ nicht einfach alle gleich be-handeln kann, sondern dass man diese unter-schiedlichen ~~Sachverhaltsg~~Gruppen berücksichtigen muss, so-dass man eben mit dem einen, der ~~das ein~~ Angebot abgegeben hat, auch weiter ~~verfahren~~ voranschreiten darf. Der sachliche Grund, wenn man so will, warum man diesen einen bevorzugt ~~handhaben beteiligen darf~~ und die ande-ren ~~Bieter~~ nicht berücksichtigen ~~muss kann~~, liegt darin, dass ~~der eben~~nur dieser ein vergabekonformes Angebot ~~aus in~~ dieser ~~Vergaber-R~~unde abgegeben hat.

Dann stellt sich ~~die als~~ weitere Frage - und auch dies ist ~~dann~~ entsprechend umstritten -: Worüber darf dann eigentlich verhandelt werden? Also, welche Verhandlungen dürfen ~~noch~~ geführt werden? Da gibt es zwei Themenkreise, die ich kurz erwähnen will:-

Der erste Themenbereich ~~ist, glaube ich betrifft~~ - das habe ich auch beim Bundesrechnungshof gefun-den -, die Frage, ob denn über Mindestanforde-rungen verhandelt worden ist. ~~Und~~ Sie erinnern sich an die ~~Eingangsnorm~~Norm, die ~~ich eingangs zitiert~~ich genannt habe. Das wäre nach § 17 Absatz 10 Satz 2 ~~Vergabeverordnung~~ im Grund-satz unzulässig. Hier ist der Grund für dieses Ver-handlungsverbot darin zu finden, dass man ~~ei-gentlich~~ mit Wertungskriterien und Mindestkrite-rien den Bietern ~~so~~ eine Art stabilen Rahmen für das gesamte Verfahren geben möchte.

Was Min-destkriterien sind, führt wieder in die Vergabeun-

terlagen. ~~Ja Abstrakt, das~~ ist ~~wieder das~~ schwierig zu beant-worten. Man muss in den Vergabeunterlagen er-mitteln, was der Auftraggeber als Mindestkrite-rien hat formulieren wollen. ~~Hier-Dort dürfte~~ gibt es auf je-den Fall welche ~~geben~~. ~~Der Ausschreibung dürfte~~ ~~Für uns ist das sicherlich~~ eine funktionale Leistungsbeschreibung ~~gewesen zugrunde liegen~~, in der man üblicherweise eine ganze Reihe von Mindestkriterien formulieren wird, die dann für das System - egal, wie der Bieter es entwickeln will - als wichtige Voraussetzungen einzuhalten sind. ~~Das wiederum~~ Genauer lässt sich aber ehrlicher-weise nur beantworten, wenn man ~~wieder~~ die Vergabeunterlagen und Angebote ~~angektauswertet~~. Inso-fern ist es ~~eigentlich auch~~ wieder ein Auftrag oder eine Bitte an Sie, wenn Sie dem konkret nachgehen wollen. Das muss man, glaube ich, dann mit anhand dieser ~~n~~ Unterlagen prüfen.

Wir können hier nur darauf hinweisen, dass das, was vom Rechnungshof diskutiert worden ist, ~~jetzt~~ nicht so ohne Weiteres danach klingt, ~~dass~~ darin wir Verstöße gegen Mindestanforderungen sehen zu müssen. ~~Ich glaube, die Punkte waren vorhin schon ermittelt worden~~. Es ging einmal dabei um „Änderungen der Vergü-tungsstruktur“ und deren -,variable und; fixe

Bestandteile Kriterien“. Das scheint uns ehrlicherweise ein typischer kom-merzieller Punkt in Verhandlungen zu sein. ~~Also, wir glauben nicht, dass das~~ also keine Mindestanforde-rung ist, wie wir sie ~~vergaberechtlich in den~~ aus VergabevVer-fahren üblicherweise kennen.

~~Und D~~ dann gibt es natürlich noch das Thema der Mit-nutzung des Zahlstellen-Terminals. Auch da scheint es uns weniger um Mindestanforderun-gen zu gehen als um den Umfang der zu erbrin-genden Leistung, also, wie man den definieren will. Deswegen kann ich nur sagen: Aus dem, was uns ~~hier vorliegt~~ bekannt ist, können wir ~~diese~~ Mindest-anforderungen, über die verhandelt worden ist, ~~im Grundsatz~~ zunächst mal nicht erkennen.

Dann gibt es einen zweiten Punkt Themenbereich, der ~~würde~~ auch zu einer Art von Verhandlungsverbot füh-ren würde. Er betrifft, nämlich die Frage, ob eigentlich so verhan-delt worden ist, dass der ausgeschriebene Be-schaffungsgegenstand sich substanziell verändert hat. Auch das ist ein Punkt, dem man nachgehen müsstemuss. Das liegt so ein bisschen nahe, weil wir diese gewaltige Angebotssummenveränderung



## Nur zur dienstlichen Verwendung

haben von 3 auf die 2 Milliarden Euro.

Die Recht-sprechung hat ~~dazu zur~~ Änderung des Beschaffungsgegenstandes nun wirklich eine Vielzahl von Kriterien herausgearbeitet und sagt: Das ist auf jeden Fall der Fall, wenn wir ~~ein~~ Aliud ha-ben, also einen völlig anderen Leistungsgegen-stand. Ich könnte mir das zum Beispiel vorstel-len, wenn man in dem Verfahren die Vignette gegen eine strecken-bezogene Maut austauschen würde, ~~in so einem Verfahren~~; Das wäre offenkundig nicht dasselbe, ~~es aber~~ wäre daher vielleicht ein Beispiel dafür. Ansonsten ist das anhand von vielen Einzelkriterien um ständen festzulegen, und darf jedenfalls das Sub-strat des Beschaffungsgegenstandes darf nicht berührt sein.

Daher muss man jetzt auch hier wieder in die vorliegenden Infor-mationen beurteilengucken: Was ist hier offensichtlich noch verhandelt worden? Hat das wirklich die senden Beschaffungsgegenstand verändert? Das sehenhalten wir wiederum für zweifelhaft:

- Hinsichtlich der Anpassung des Vergütungssysteme Vergütungsmechanismus scheint das nicht so richtig. Das ist ein typischer Verhand-lungspunkt, der aber den Beschaffungsgegen-stand nicht verändert.

Hier wäre der Ein anderer typischer An-satzpunkt kann ganz offensichtlich die Herausnahme der „Toll-Collect-Leistungen“ sein, also ~~Die könnte man am ehesten da unterbringen, also diese Teilleistun-gen durch~~ die Mitnutzung des Zahlstellensys-tems von Toll Collect. Aber wenn man das ver-suchte, das zu eliminieren, dann bleibt natürlich der Auftrag natürlich weiterhin auf das bisherige Beschaffungsziel ge-richtet, also die Entwicklung, Errichtung und den Betrieb des Maut-Systems zu wahren.

Ein weiterer Punkt. Es ist auch vertraglich so, dass der Betreiber für die Erhebung der Maut und für die Zahlstelleninfrastruktur verantwortlich bleibt, ~~von daher~~ insoweit hat sich also gar nichts geändert hat, sodass wir ~~das~~ daraus eigentlich auch nichts so richtig ableiten könn~~ten~~.

Dann vielleicht ein letzter Punkt, den ich nur ganz kurz erwähnen will - vielleicht mag man da gleich in der Diskussion darauf eingehen, ~~das ist ein vergaberechtlicher Punkt~~, Das betrifft das Thema „Spit-zentreffen“, also ~~das~~ sich an den

Verhandlungen ~~eben auch die~~ Hausspitzen getroffen beteiligt haben. Darüber Inhaltlich wissen wir ehrlicherweise dazu wenig. Eine Beteiligung der Hausspitzen ~~Ich~~ kenne ich auch das aus anderen Vergabe-verfahren, wenn es zu um sehr grundlegenden The-men geht kommt, etwa, -ob man ein Projekt das überhaupt hinbekommen kann. ~~Es Das~~ ist natürlich zulässig. Auch die Spitze diese kann können



sich natürlich an dem Verfahren beteiligen, aufklären, vielleicht auch verhandeln. Sie ~~muss~~ müssen sich dann natürlich an dieselben Regeln halten wie das Verhandlungsteam im Übrigen auch. Wir würden daher auch grundsätzlich eine entsprechende Dokumenta-tion der Gespräche erwarten, die aber wieder ~~um ein bisschen~~ abhängig von den Inhalten ist. ~~Das—das~~ finden Sie, ~~ich~~ glaube ich, in § 8 Vergabeverordnung-, weil die Dokumentation eigentlich dazu dient, Entscheidungsvorgänge zu dokumentieren ~~≠ dient sozusagen, um die darle-gen~~ oder nachzuweisen ~~zu können~~. Da muss man dann im Einzelfall prüfungucken, was inhaltlich besprochen worden ist und wie viel Dokumentation erforderlich ist. Das ist, glaube ich, alles, was ich dazu zu sagen habe.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann darf ich jetzt Sie bitten, Herr Dr. Nunez Müller. Sie kriegen jetzt natürlich auch zwei, drei Minuten mehr, wie Ihr Kollege, wenn Sie möchten.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Vie-len Dank. - Ich darf zunächst auf unsere schriftli-che Stellungnahme verweisen, die dem

Aus-schuss zugeleitet worden ist, gestern ebenso die verschiedenen Gutachten zu den sich hier stellenden EU- und beihilferechtlichen Fragen. Ich darf zum Zweiten darauf hinweisen, dass mir - ähnlich wie dem Kollegen - nur ein Bruchteil der hier einschlägigen Dokumente vorgelegen hat, nämlich nur ein Teil der öffentlich zugänglichen und im Übrigen das, was in der Presse verlaut-bart war. Von daher sind das, was ich hier im Wesentlichen äußere, Teilfeststellungen, insbesondere aber Zweifel am Vorgehen, keine abschließenden Feststellungen, die nur auf der Grundlage einer vollständigen Dokumentenanalyse möglich wären. Ich werde mich hier auf die vergaberechtlichen Zweifel, die wir haben, beschränken, mit einem ganz kurzen beihilferechtlichen Schlusswort, weil ich auch dieses Thema für sehr wichtig halte.

Wir haben Zweifel an der Gestaltung des Vergabeverfahrens, an der Durchführung des Vergabeverfahrens, an nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages und auch an der Frage, warum hier vergabekonforme Alternativen zu dem An-satz, der hier vorgenommen wurde, vom BMVI nicht ergriffen wurden.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Zweifel an der Vergabe, an der Gestaltung des Vergabeverfahrens ergeben sich in zwei Punkten, zum einen an der Frage, ob hier eine hinreichende konzeptionelle Ausschreibungsreife schon zu Beginn vorhanden war. Eine solche konzeptionelle Ausschreibungsreife ist nur dann gegeben, wenn keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung entgegenstehen. Ungeklärte rechtliche Vorfragen, die ein Hindernis für die Leistungsausführung darstellen, können die konzeptionelle Ausschreibungsreife ausschließen. Das hat die Vergabestelle naturgemäß in eigener Kompetenz zunächst einmal zu beurteilen. Ihr steht auch ein Beurteilungsspielraum zu. Sie darf dies aber nur dann verneinen, wenn sie beurteilungsfehlerfrei zu dem Schluss kommt, dass keine zivil- oder öffentlich-rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung entgegenstehen.

Wir meinen hier, dass aufgrund der im Raum stehenden Unionsrechtswidrigkeit der Pkw-Maut in der gewählten Form die konzeptionelle Ausschreibungs- und damit Vergabereife im Zweifel stand. Eine entsprechende Entscheidung des EuGH hätte auch rechtlich ein Hindernis darstellen können, jedenfalls aber tatsächlich vor dem Hintergrund nämlich, dass Geschäftsgrundlage aus der Sicht des BMVI für das Gesamtprojekt die Kompensation für Halter deutscher Pkw war, die ja dann in der Tat der EuGH auch für diskriminierend und einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit erklärt hat. Auch die Bieter haben in ihrer ersten Reaktion nach den Erstangeboten dies ähnlich gesehen und deswegen darauf gedrungen, dass die Entschädigungsfolgen geändert werden.

Aus unserer Sicht hat das BMVI diese Ausschreibungsreife nicht beurteilungsfrei bejahen können. Für einen Beurteilungsfehler spricht aus unserer Sicht, dass das Risiko hier viel zu gering angesetzt wurde, das Risiko, was sich nämlich aus dem EuGH-Verfahren ergab. Es wurde hier zunächst nur von einem geringen, später von einem mittleren Risiko ausgegangen, auch nur von einem Verzögerungs-, nicht aber von einem Abbruchrisiko. Von daher hätte aus unserer Sicht

das BMVI nicht zu einer Bejahung der Ausschreibungsreife zu dem Zeitpunkt, wo die Ausschreibung hier eingeleitet wurde, kommen können.

Fraglich ist zudem, ob bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen die einschlägigen Standards eingehalten wurden. Wir meinen, dass es hier möglich gewesen wäre, Maßnahmen zu ergreifen, die es insbesondere verhindert hätten, dass es hier zu einem erheblichen Preissprung von den Erstangeboten hin zum ersten finalen Angebot, dem ersten BAFO, kam. Es kann sich nämlich das BMVI nach § 17 Absatz 11 VgV in der Auftragsbekanntmachung die Möglichkeit vorbehalten, den Zuschlag schon auf das Erstangebot zu erteilen. Das ist ein Instrument, was typischerweise zur Preisdisziplinierung der Bieter eingesetzt wird, also die Bieter insbesondere daran hindern soll, mit einem niedrigen Erstangebot reinzugehen und dann anschließend beim BAFO deutlich höher zu bieten, so wie es auch hier vorgekommen ist. Ebenso kann der Auftraggeber die Bieter verpflichten, in Folgeangeboten nach dem Erstangebot den Preis des Erstangebotes nicht zu überschreiten. Auch diese Maßnahme wurde hier nicht ergriffen.

Wir haben dem Bundesrechnungshof folgend auch Zweifel an der Schiedsklausel, die hier gewählt worden ist. Dazu hat der Bundesrechnungshof aus unserer Sicht hinreichend, extensiv ausgeführt, sodass ich hier nicht mehr dazu Stellung nehmen werde.

Wir haben dann insbesondere mehrfache Zweifel an der Durchführung des Vergabeverfahrens in vielfacher Hinsicht, zum einen, was die Verhandlung mit nur einer von vier Bietergemeinschaften nach Abgabe des finalen Angebots angeht. Das BMVI hatte nach Abgabe des ersten BAFO allein mit der Bietergemeinschaft Paspagon verhandelt. Das verstößt unserer Auffassung nach gegen § 17 Absatz 10 und Absatz 13 der Vergabeverordnung. Es verstößt auch gegen die allgemeinen Grundsätze von Wettbewerb und Transparenz nach § 97 Absatz 1 GWB.

Zum einen steht hier im Raum der § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV. Danach darf ein öffentlicher Auftrag-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

geber mit den Bietern nur über Erst- und Folgeangebote verhandeln, nicht aber über endgültige Angebote, nicht also hier über ein BAFO. Das gebieten schon der faire Preis- und Leistungswettbewerb und die Gleichbehandlung der Bieter. Dies sehen wir hier verletzt.

Wir sehen auch nicht, dass das Urteil oder der Beschluss des Kammergerichts Berlin, den Herr Kollege Dr. Endler hier angeführt hat, einschlägig ist. Das ist ein Beschluss, der noch nach alter Rechtslage, also vor Erlass des § 17 Absatz 10 VgV, ergangen ist. Zum heutigen Zeitpunkt könnte ein solcher Beschluss nicht mehr ergehen. Auch die Sachverhaltsgestaltung des dortigen Verfahrens war eine andere als hier.

Das Verbot, über ein endgültiges Angebot zu verhandeln, gilt auch unabhängig davon, wie viele endgültige Angebote abgegeben wurden. Der Umstand, dass nur ein endgültiges Angebot abgegeben wurde, erlaubt nicht per se, über dieses einzige endgültige Angebot auch zu verhandeln. Denn es ist nie auszuschließen, dass Bieter, die eben kein endgültiges Angebot abgegeben haben, bei Kenntnis des Verhandlungsergebnisses, was ja hier zu einer deutlichen Änderung der Gesamtkonstellation geführt hat, auch noch auf den Zug aufspringen nachträglich und ihrerseits modifizierte Angebote abgeben.

Das BMVI hat hier nach eigenem Eingeständnis Verhandlungsgespräche über das erste BAFO geführt entgegen § 17 Absatz 10, und es hat insbesondere über Änderungen am Betreibervertrag hinsichtlich der Tragung von Portokosten, Einbindung von Toll Collect und Ausdehnung variabler Vergütungsbestandteile verhandelt. Es kann sich nicht darauf berufen, dass es sich solche Verhandlungen vorbehalten hätte. Insbesondere das Informationsmemorandum des Ministeriums sah eine solche Verhandlung nicht vor. Es waren auch nicht lediglich Aufklärungsgespräche, schon nach eigener Einlassung des Ministeriums.

Zum anderen sehen wir darin eine unzulässige Diskriminierung der übrigen Bieter der drei Bietergemeinschaften, die hier kein finales Angebot eingereicht hatten. Hier ist zu verweisen auf den

Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 17 Absatz 13 Vergabeverordnung. Hier hat eben das Ministerium nur mit Paspagon nach dem ersten BAFO verhandelt. Wenn es denn eine Neuverhandlung tätigen wollte, was allerdings nach § 17 Absatz 10 auch nicht möglich war, dann hätte es jedenfalls die Bieter, die kein finales Angebot abgegeben hatten, noch nachträglich zur Abgabe eines Angebotes einladen müssen.

Es gab ja auch keine formale Reduzierung des Bieterkreises; insbesondere war eine solche Reduzierung auch nicht in der Auftragsbekanntmachung vorgesehen gewesen. Es hatten lediglich die drei Bietergemeinschaft kein finales Angebot eingereicht.

Zum Dritten meinen wir, dass hier in unzulässiger Weise über Mindestanforderungen verhandelt worden ist. Das verstößt gegen § 17 Absatz 10 Satz 2 der Vergabeverordnung. Das ist im Kern vom Ministerium auch eingestanden worden, indem sich nämlich der Minister mit Schreiben vom 11.09.2019 an den FDP-Fraktionsvorsitzenden dahingehend geäußert hat, dass sich die Klarstellungen und Anpassungen dieser Verhandlungsrunden nicht *wesentlich* auf die Mindestanforderungen ausgewirkt hätten. Nun: Auch unwesentliche Anpassungen von Mindestanforderungen sind eben nicht gestattet nach § 17 Absatz 10 Satz 2 Vergabeverordnung.

Wir meinen ferner, dass hier gegen die Dokumentationspflicht verstolßen worden ist, weil nämlich vier Verhandlungsrunden mit Paspagon in der Endphase nicht protokolliert worden sind. Wir meinen ferner, dass hier einiges dafür spricht, dass die Vergabeunterlagen für das zweite BAFO, das reduzierte BAFO, von Paspagon nachträglich in unzulässiger Weise verändert worden sind, indem insbesondere zum einen die Mindestanforderung an das Angebot, vor allem aber die Identität des Beschaffungsgegenstandes verändert wurde, indiziert schon quantitativ durch die erhebliche Reduzierung des angebotenen Preises von 3 auf 2 Millionen, insbesondere aber durch die Änderung des Auftrages selbst durch die Einbeziehung von Toll Collect mit entsprechender Leistungsreduzierung aufseiten des Konsortiums



## Nur zur dienstlichen Verwendung

zu einem Preis, der teilweise vom Ministerium subventioniert werden sollte.

Wir meinen auch, dass hier Zweifel an der Zuschlagsfähigkeit auf das zweite reduzierte BAFO bestanden, insbesondere weil dieses nicht vollständig gedeckt war durch eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Aus rein formaler Sicht ist darauf hinzuweisen, dass am 18.12.18 hier der Zuschlag erteilt wurde. Noch am 18.12.18 haben die Wirtschaftsprüfer, die mit dieser Wirtschaftlichkeitsuntersuchung beauftragt waren, Telefonkonferenzen mit dem KBA, mit dem Kraftfahrt-Bundesamt, geführt, um den Sachverhalt aufzuklären. Das ist relativ spät, um hier noch zu einer abschließenden Wirtschaftlichkeitsbewertung zu kommen. Dementsprechend haben diese Wirtschaftsprüfer am 18.12.18 auch nur einen Kurzbericht und keine abschließende Bewertung vorgelegt. Die erfolgte erst am 24. Mai 2019, also nachträglich und nicht als quasi Grundlage der Zuschlagserteilung.

Wir meinen auch, dass die nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages durch Unterbeauftragung von Toll Collect in sich Zweifel wecken. Hier hat sich ja Toll Collect verpflichtet, autoTicket, also quasi Paspagon, sein Mautstellennetz zur Verfügung zu stellen zu einer Vergütung durch autoTicket, die marktunüblich niedrig war. Das Delta sollte durch das Ministerium ausgeglichen werden. Hier sehen wir eine wesentliche Änderung des Betreibervertrages im Sinne von § 132 Absatz 1 Satz 1 GWB, die durch diese Norm nicht gedeckt war.

Zum einen nämlich wurde hier ein wesentliches Kostenrisiko auf den Auftraggeber abgewälzt, und zum anderen sind eben die Voraussetzungen, unter denen nach § 132 - eine relativ lange Vorschrift im GWB - ausnahmsweise Änderungen möglich sind, hier nicht eingehalten worden. Insbesondere ist hier das wirtschaftliche Gleichgewicht erheblich verschoben worden, und es ist eben nicht auszuschließen, dass, wenn die anderen drei Bietergemeinschaften von der Einbeziehung von Toll Collect Kenntnis gehabt hätten, auch sie dann entsprechend noch mal ein Angebot eingeholt hätten. Nur: Sie hatten von all dem keine Kenntnis.

Wir meinen ferner, dass die Einbeziehung von Toll Collect hier sogar das Risiko beschworen hat, dass der Lkw-Maut-Vertrag hätte aufgehoben werden können. Der war ja nach der - in Anführungsstrichen - „Verstaatlichung“ von Toll Collect im Wege der Inhousevergabe vergeben worden. Diese Inhousevergabe ist nur unter ganz engen Voraussetzungen möglich. Dazu gehört auch, dass der staatlich beherrschte Auftragnehmer mehr als 80 Prozent seiner Leistung gerade an den Auftraggeber erbringt. Wenn jetzt Toll Collect das nicht mehr an den Auftraggeber, sondern zu einem erheblichen Bestandteil - möglicherweise mehr als 20 Prozent - an die autoTicket hätte erbringen sollen, wäre möglicherweise eine Voraussetzung für die Inhousevergabe nachträglich weggefallen, und das hätte dann rechtlich dazu geführt, dass eben der Lkw-Maut-Vertrag ebenfalls hätte neu ausgeschrieben werden müssen.

Wir meinen auch, dass es hier vergaberechtskonforme Alternativen gegeben hätte, sei es durch eine Beendigung des Vergabeverfahrens, die nach § 63 Vergabeverordnung immer möglich ist, sei es durch eine Zurücksetzung des Verfahrens, eine Aussetzung des Verfahrens oder die schlichte Nichtannahme des zweiten BAFO. Dann hätte sich das Ministerium immer noch darauf verständigen können, ein eigenes Angebot - meinethalben sogar in Form des zweiten BAFO - an den verbliebenen Bieter zu richten, der das dann hätte annehmen oder ablehnen können. Es gab jedenfalls mannigfaltige Alternativen, die die hier eingetretenen Risiken hätten vermeiden können.

Abschließend drei Worte zum Beihilferecht. Wir haben hier zum einen eine erhebliche Beeinträchtigung des Haushalts durch die Entschädigungsfolgen, die von CTS Eventim qua Ad-hoc-Mitteilung mit 560 Millionen bewertet worden sind. Wir haben aber zugleich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, und zwar zukunftsgerichtet, einerseits auf dem Mautmarkt, andererseits auf dem Ticketmarkt, nämlich den beiden Märkten, auf dem Kapsch einerseits und CTS Eventim andererseits tätig sind. Die Wettbewerbsfolgen werden durch diesen Untersu-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

chungsausschuss nicht beherrscht werden können, sondern hier könnten diese wettbewerbsabträglichen Folgen nur durch die Europäische Kommission im Rahmen einer beihilferechtlichen Prüfung abgestellt werden.

Nach unserer Auffassung würde auch die Auszahlung der Entschädigung eine staatliche Beihilfe im Sinne von § 107 Absatz 1 AEUV darstellen. Es handelt sich um eine staatliche Maßnahme, die Auswirkungen auf den staatlichen Haushalt hat. Sie wird den Wettbewerb in den vorgenannten Märkten beeinträchtigen, auch den zwischenstaatlichen Handel, weil es hier auch um ausländische Anbieter geht. Vor allem aber stellt sie eine Begünstigung des Konsortiums dar durch eine marktunübliche Entschädigung für den Fall - ich bin in zwei Sekunden fertig oder fünf - der Kündigung wegen des EuGH-Urteils.

Da hier eine staatliche Beihilfe vorliegt, greift das beihilferechtliche Durchführungsverbot nach § 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV. Die Bundesregierung darf diese Entschädigungssumme, ungeachtet des Ausgangs des Schiedsverfahrens, nicht ausreichen, es sei denn, es liegt eine Freistellung vor oder eine Kommissionsgenehmigung. Eine Freistellung liegt nicht vor und eine Kommissionsgenehmigung bislang ebenso wenig. Letztere könnte eingeholt werden durch eine Notifizierung, sei es auch als No-Aid-Notifizierung, durch das Ministerium oder aber durch eine Beschwerde der betroffenen Wettbewerber. - Ich danke Ihnen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann bitte ich um Wortmeldungen. - Herr Mrosek, dann Herr Kuffer, dann Herr Luksic, dann Herr Kühn und Frau Lühmann.

**Andreas Mrosek (AfD):** Okay. Danke, Herr Vorsitzender. - Ich bin von Beruf Kapitän, daher: Kurze Fragen, kurze Antworten reichen.

(Heiterkeit)

Entscheidungen muss ich schnell treffen auf der Brücke.

Die Fragen. Der Bundesrechnungshof hat ja eine ganze Menge zusammengetragen, in der Sie ja auch gefischt haben. Sie sagten vorhin, die Ausschreibungsreife wäre nicht gegeben gewesen. Das sehen wir eigentlich auch so; denn es wurde ja noch mal drastisch reduziert. Hätte dann - das ist die erste Frage - neu ausgeschrieben werden müssen, weil es ja eine erhebliche Auftragsreduzierung oder Angebotsreduzierung war, die ja auch vertagt wurde in die nächsten Jahre? Dann hätten ja auch andere Bieter wieder neu bieten können bzw. nicht bloß die Bietergemeinschaften, die ausgestiegen sind, sondern es hätten sich auch neue gründen können. Hätte das sein müssen? - Das ist jetzt die erste Frage.

Die zweite. Jetzt sind Bieter ausgestiegen, weil sie ausgeschieden sind. Jetzt hat sich ja das Auftragsvolumen geändert. Sie wurden an der neuen Ausschreibung nicht beteiligt. Haben sie ebenfalls jetzt das Recht, Schadenersatzforderungen zu stellen an den Auftraggeber? - Danke.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Das ist eine Frage an mich, nehme ich an.

**Andreas Mrosek (AfD):** Mir ist es egal. Sie können beide.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Ich beginne mal - als Hamburger - mit der letzten Frage. Die hier diskriminierten Bieter haben möglicherweise Schadenersatzansprüche, allerdings beschränkt auf das negative Interesse, nämlich die Kosten, die sie im Rahmen ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren hatten.

Die Frage der Ausschreibungsreife ist die Frage danach, ob dieses Vergabeverfahren zu dem Zeitpunkt, zu dem es eingeleitet wurde, überhaupt hätte eingeleitet werden dürfen. Aus unserer Sicht bestehen dort erhebliche Zweifel, weil eben - jetzt mal bildlich gesprochen - der weiße Elefant der Unionsrechtswidrigkeit des Gesamtpakets, auf dem hier die Vergabe der Verträge beruhte, nämlich Infrastrukturabgabengesetz in Verbindung mit dem zweiten Verkehrsteueränderungsgesetz, die Unionsrechtswidrigkeit dieses Gesamtpakets unter erheblichen Zweifel stellte und auch schon absehbar war, dass Österreich



## Nur zur dienstlichen Verwendung

hier vor dem EuGH gegen Deutschland diesbezüglich klagen würde.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Herr Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich werde versuchen, das kurz zu machen. - Zur Vergabereife. Also, solch eine Ausschreibungsreife würde ja tatsächlich bedeuten, dass man das Vergabeverfahren hätte noch gar nicht beginnen können zu dem Zeitpunkt, Sie es also erst nach der Entscheidung des EuGH erst einreichen können oder einleiten können. Das halten wir, ehrlich gesagt, für zweifelhaft.

Es gibt immer wieder Vergabeverfahren, die, auch wenn hoheitliche oder rechtliche Dinge noch nicht geklärt sind, gleichwohl begonnen werden können. Hier ist die Vergabe ja sogar, glaube ich, begonnen worden, bevor die Klage Österreichs überhaupt eingereicht war. Also, das Sie kam erst im Verfahren. Es gibt eine Reihe von Rechtsprechungen dazu dieser Frage, insbesondere bei Planfeststellungsverfahren: Das ist so ein ähnliches Verfahren, wo die offen sind, wo Dabei ist mehrfach entschieden worden ist, dass, auch wenn die Planfeststellungsverfahren oder damit verbundene gerichtliche Verfahren noch nicht abgeschlossen sind das haben wir etwa bei den A-Modellen immer gehabt oder auch gerichtliche Verfahren noch offen sind, dies nicht hindert, das Ausschreibungsverfahren zu beginnen. Sie müssen dann im Einzelnen schauen, dass Sie diese Risiken eben vertraglich sachgerecht handzuhaben. Deswegen: Das überzeugt mich nicht so mit dem das Argument einer fehlenden Ausschreibungsreife nicht so.

Der zweite Punkt: mit den Ausschreibungen, also betrifft den Schadenersatz, nach dem Sie gefragt haben. Das ist natürlich wieder eine Frage, welcher Auffassung Sie hier folgen. Wir sind ja der Auffassung, dass nach diesen Verhandlungen die Bieter, nachdem sie kein Angebot abgegeben haben, mit hoher Sicherheit eben auch keine vergaberechtliche Verfahrensposition mehr haben. Und dann können sie natürlich grundsätzlich auch nicht verlangen, noch einmal berücksichtigt zu werden, und hätten natürlich auch keinen Schadenersatzanspruch.

Es ist eben die Frage, wie man diese verschiedenen Fragen, durch die wir eben gegangen sind, eben auslegt beantwortet. Und Wenn man sagt: „Es ist eben zutref-

hend zulässig, mit dem einem verbliebenen Bieter weiterzuverhandeln“ - das

ist unsere Position gewesen -, dann sind die anderen Bieter natürlich genauso rechtmäßig aus-  
scheiden.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. -  
Herr Kollege Kuffer, bitte.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender,  
vielen Dank. - Herr Dr. Endler, zunächst mal vie-  
len Dank für Ihre Ausführungen. Vielleicht vor-  
neweg: Ich würde Sie gerne sozusagen zu drei  
Komplexen noch mal fragen, erstens Verhandlun-  
gen nach dem finalen Angebot, dann zur Frage  
der Zuschlagserteilung und schließlich noch mal  
zu dieser Frage der Entschädigungsregelung.

Zum ersten Punkt, Verhandlungen nach dem  
möglicherweise finalen Angebot, haben Sie er-  
freulicherweise relativ intensive Ausführungen  
gemacht, sodass ich hier einfach noch mal den  
Versuch unternehme, zusammenzufassen, und  
Sie dann fragen würde, ob ich Sie da insoweit  
richtig verstehe. Sie sagen, man muss den Zweck  
der Regelung des § 17 VgV angucken, und beru-  
fen sich dabei, wenn ich Sie richtig verstanden  
habe, auf die Rechtsprechung, indem Sie sagen:

Es geht zunächst mal um Sicherung des geordne-  
ten Wettbewerbs. Es geht um die Chancengleich-  
heit und die Diskriminierungsfreiheit gegenüber  
den Bietern und auch darum, dass man eine ein-  
heitliche Frist in der Verfahrungsabhandlung  
hat, wo man sagt: Jetzt ist sozusagen Zeit für den  
letzten Schuss. - Habe ich Sie da zunächst mal  
richtig verstanden? Also, Sie hinterfragen den  
Zweck des § 17 VgV mit den von mir gerade ge-  
nannten Kriterien.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. Wir  
definieren den Zweck tatsächlich genau so, wie  
Sie ihn wiedergegeben haben. Es ~~ist ein~~  
~~Versuch, soll~~ Missbrauch, ~~beim Umgang wie man~~  
mit den abschließenden Ange-~~boten~~ ~~umgeht~~,  
eingezudämmt werdenen. ~~Wir kennen-De~~ Das  
Problem ~~war auch schon früher bekannt, man~~  
~~hat dann gesagt: auch aus früheren Sachen und~~  
~~sagen dann:~~ Wenn man sicherstellen kann—~~das~~  
~~ist ja letztlich die Voraussetzung —,~~ dass es einen  
vernünftigen ~~Zweck-Grund~~ gibt und der  
Wettbewerb einge-~~halten~~ wird und ~~es~~ nicht  
diskriminierend ~~verfahren wird~~ ~~ist~~, dann darf man  
voranschreiten. So hat es die Rechtsprechung  
früher entschieden. ~~Aber~~ ~~Und~~ natür-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

lich hat der Kollege recht: Das ist eine Entscheidung - das hatte ich ja auch vorhin gesagt -, die zum alten Recht, also noch nicht zu dieser Norm, ergangen ist. Wir glauben aber, dass diese Maßstäbe weiter-hin gleichwohl Anwendung finden können. Nur muss man ehrlicherweise sagen: Da stehen sich dann eben zwei Auffassungen gegenüber, ~~das muss über die~~ vielleicht irgendwann einmal ~~ein~~ durch das Gericht wird entschieden müssen werden. Wir sind der Meinung, dass die besseren Argumente dafür sprechen ~~dafür~~, das so beizubehalten. ~~Denn die Alternative wäre, ehrlich gesagt~~: Stellen Sie sich ansonsten ~~so ein Verfahren~~, ein zweijähriges Vergabeverfahren mit erheblichen Angebotskosten der Bieter, vor. ~~Man, und man~~ stellt dann nach Abgabe des Angebots fest, man hat in ~~den~~ dieser Verhandlungsrunden noch nicht alles besprochen fasst. Bei einem generellen ~~Dann müsste man ja tatsächlich im Übrigen jetzt~~ ein Verhandlungsverbot müsste man dann das Verfahren, ~~wenn man nicht weiterkommt~~, aufheben. Und das finden wir nicht sachgerecht, wenn es noch einen ausreichenden Grund oder eine entsprechende Erwartung gibt, dieses Verfahren wirtschaftlich in diskriminierungsfreier Art und Weise abschließen zu können.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Danke. - Jetzt sagen Sie, die Rechtsprechung ist sozusagen noch zur alten Regelung ergangen. Aber würden Sie mir widersprechen, dass gleichwohl auch für die neue Rechtslage die Kommentarliteratur zumindest in der Beschreibung des Zwecks der Regelung insoweit gleich geblieben ist?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler**: Ja. Wie gesagt, in der neuen Regelung ist dieser Zweck gleich geblieben. Die Literatur, die Kommentarliteratur, soweit ich sie gelesen habe, ist schlicht offen. Es gibt welche Stimmen, die das sehr apodiktisch verstehen, und es gibt welche, die diese alten Überlegungen weiter zur Geltung bringen ~~lassen~~ wollen.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Aber es würde in der Kommentarliteratur zumindest niemand dem Grundsatz widersprechen, der sagt: „Der Zweck der Regelung des § 17 ist weiterhin sozusagen geordneter Wettbewerb, Chancengleichheit und eine einheitliche Verfahrenshandhabung, was den Zeitpunkt betrifft“?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler**: Ich kann Ihnen nicht sagen, ob das jetzt in jedem Kommentar so ist; Aber das wird jedenfalls von vielen als der zu-

grundlegende Zweck verstanden, und wir verstehen das auch so. Das macht ja den Sinn dieser Regelung ~~so~~ eigentlich aus.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Verstehe ich Sie dann des Weiteren richtig, dass Sie sagen: „Die Besonderheit liegt dann, wenn man sozusagen von diesen Zwecken des § 17 VgV ausgeht, hier darin, dass am Ende nur noch ein Bieter oder eine Bietergemeinschaft übrig geblieben ist“?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist die Frage, die sich dann stellt. Sie müssen ja diese Voraussetzungen auch wirklich erfüllen. Und da geht es natürlich um die Frage der Diskriminierungsfreiheit. Da hatte ich ~~ja~~ einleitend ja gesagt, ~~;~~ wWenn es ~~jetzt~~ verschiedene Angebote gegeben hätte, scheint es mir völlig klar, dass man alle hätte berücksichtigen müssen. Aber hier ~~ist gab es~~ eben nur noch ein Angebot. ~~;~~ dDas ist die Besonderheit. Die anderen Bieter haben eben gesagt, a: Auf dieser Grundlage wollen wir kein Angebot abgeben. - Jetzt kann man die Risiken Rechtsfolgen unterschiedlich betrachten. Man kann sagen, ~~– wenn ich es richtig verstanden habe –~~ mMan muss eben alle wieder einbinden, um mit der Vergabe damit man überhaupt noch

weitermachen zu können, darf, vorausgesetzt man kommt darüber. Ich verstehe den BundesRechnungshof ein bisschen so, wenn er. Ich glaube, der Rechnungshof bleibt nicht stehen bei der Frage, sondern sagt, dann hätten. Dann hätte er eben alle wieder berücksichtigt werdenen müssen. – Aber stellen Sie sich die Position dieses einen Bieters vor, der dieses-das vergabekonforme Angebot abgegeben hat. Der würde sicherlich sagen: Ich habe alles getan, entsprechend euren Anforderungen getan, um ein vergabekonformes Angebot abzugeben und hier eine entsprechende Verfahrensposition zu bekommen. Ich bin daher derjenige, mit dem jetzt eben auch vorrangig gesprochenverhandelt werden müsste. – Und deswegen glauben wir, dass diese Verfahrensposition zu schützen ist. Das würde, was dann bedeuten würde, dass Sie aus diesem Grund diskriminierungsfrei mit einemallein mit diesem Bieter weiterverhandeln könnten.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Sie haben jetzt auch den Rechnungshof erwähnt. Haben Sie das Gefühl, dass diesem Umstand oder dieser Besonderheit, dass wir eben nur noch einen Bieter hatten, in dem Fall mit allen Auswirkungen auf die



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Frage des Wettbewerbs und der Diskriminierungsfreiheit, im Rechnungshofbericht ausreichend Raum gegeben wird?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Nein, ich glaube, das spielt gar keine Rolle, soweit ich das verstehe.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Spielt im Rechnungshofbericht keine Rolle?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Nein, nein, nein. Im Rechnungshofbericht gibt es mehrfach, soweit ich das verstanden habe, den Hinweis, man hätte das Verfahren wettbewerblich wieder Verfahren öffnen zu können, etwa auch aus diesem Grund heraus, dann aus dem Grund einer „Änderung des Leistungsgegenstandes“. Im Vordergrund steht also die ; das ist hier eine Frage. Es wird eigentlich immer danach gesucht, wie man die anderen Bieter hätte informieren und an dem Verfahren wieder teilnehmen müssen. Aber wir haben hier eben den diese Unterschied lichkeit, dass eben hier leider nur noch ein Bieter mit einem vergabekonformen Angebot übrig war in der Form der Abwicklung, die ich gesehen habe.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Also dass quasi an der Stelle eine schematische Antwort gegeben wird durch den Rechnungshof und weniger eine, die am Einzelfall ausgerichtet ist?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Gut, dann können wir diesen Punkt „finales Angebot“, glaube ich, verlassen. Das ist jetzt wirklich sehr, sehr klar geworden. Vielen Dank.

Jetzt zur Frage des Zuschlags. Da ist es ja so, dass das Gutachten für die FDP-Fraktion relativ intensiv ausführt, dass vor einer Bestätigung durch den EuGH ein Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen. Das BMVI ist an der Stelle anderer Ansicht. In dem Zusammenhang wollte ich Sie noch mal fragen: Gibt es aus Ihrer Kenntnis oder Sichtweise eine zwingende - sei es europäische, verfassungsrechtliche oder welche auch immer - Bestimmung, die den Bund verpflichtet hätte, mit der Zuschlagserteilung auf das EuGH-Urteil zu warten?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Eine rechtliche Pflicht, darauf zu warten, sehen wir nicht. ~~Ich glaube, was man~~ Man muss ja berücksichtigen, dass in dem Verfahren ein zuschlagfähiges Angebot vorliegen hatte. muss, ist ~~das haben wir immer getan ; Wir gehen ja davon aus, man hat ein rechtmäßiges Angebot in dem Verfahren gehabt, was zuschlagfähig war.~~ Das hat sich aus dem Verfahren ergeben, ~~und Dann~~ man muss man ~~eben~~ überlegen, wie man verfährt und ; ~~Denn ich muss vielleicht auch überlegen,~~ welche Alternativen bestehen, und diese entsprechend abwägen. Das ist dann eine Abwägungsentscheidung. Eine, die man treffen kann. Aufhebung fänden wir sehr problematisch. Denn wenn ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt da sind und man jetzt auch die dessen Wirtschaftlichkeit - mal vorbehaltlich all der Punkte, die diskutiert worden sind - hier mal unterstellt und wovon nach meinem Verständnis - da von, verstehe ich jedenfalls, ist das BMVI zu diesem Zeitpunkt ausgegangen ist, dann ist jedenfalls eine Aufhebung, wenn man eine fortbestehende Vergabeabsicht hat, schwierig. Das müsste der Bieter nicht hinnehmen.

Deswegen stellte sich gibt es, glaube ich, jetzt ~~von~~ als den Alternativen höchstens noch die Frage, ob man das Verfahren bis zu einer Entscheidungs hätte irgendwie aussetzen können. Das ist ein Punkt, der ja auch gekommen ist angesprochen wurde: Hätte man die Vergabees noch mal aussetzen können? Dazu gibt es natürlich auch keine Pflicht, sondern nur die Möglichkeit einer Abwägung. Und Sie müssen dann eben die verschiedenen Risiken abwägen, die in all diesen den verschiedenen Wegen liegen. Die Annahme eines Ein zuschlagsfähigen Angebots lange über die Bindefrist hinauszuschieben ~~das läuft dann über die Bindefrist hinaus~~, kann schwierig sein. Vielleicht muss man mit den Beteiligten darüber sprechen. Das ist aber ein Nachteil. Es gibt auch andere Punkte, die eben abgewogen werden müssen. Und wenn man eben der Auffassung ist, dann gibt Ees gibt aber keinen rechtlichen Grund zur Aufschiebung, sondern es ist eigentlich eher die vergaberechtliche Normalität, dass man, wenn man das ein zuschlagsfähiges Angebot vorhat vorliegen hat und glaubt, es ist wirtschaftlich, es dann auch annimmt.

**Michael Kuffer (CDU/CSU):** Sie sprechen von der Abwägung. Können wir mal versuchen, sozusagen ein bisschen das mögliche Abwägungsmaterial

freizulegen? Was wären denn sozusagen zu-lässige Abwägungsbelange, die für eine rasche

Vergabeentscheidung, also sprich: eine vor Abschluss des EuGH-Verfahrens, sprechen könnten?



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Abwägung im-pliziert ja zunächst mal, dass man zulässige Handlungsvarianten hat. Die zulässigen Handlungsmöglichkeiten wären nach meinem Verständnis: Zuschlag auf dieses Angebot, wie es eben auch erfolgt ist, und die Alternative wäre möglicherweise, diesen Zuschlag in die Länge zu ziehen, vielleicht das Angebot-Urteil abzuwarten. Das ist ~~hier das Einzige~~ die einzige Alternative, die was ich jetzt aus der Diskussionen entnommen habe.

Was müssen Sie abwägen? Sie müssen natürlich abwägen, was Sie ja heute Morgen diskutiert haben, nämlich die Wahrscheinlichkeit, ob es hier zu einer nachteiligen Entscheidung kommen kann, also ~~wie ob es vielleicht~~ hilfreich es ist, dieses Risiko noch zu neutralisieren. Sie müssen natürlich abwägen, wenn Sie das Verfahren in die Länge ziehen, was mit dem Verfahren geschieht. Die Vergabebes-Verfahren ist ja offensichtlich sehr schwierig ge-wesen. Dass drei Bieter ausgestiegen sind und nicht mehr darin beteiligt sein wollten, bedeutet jetzt nicht, dass ~~es einfach ist und dass~~ der Wettbewerb hier Schlange gestanden hat, Sondern es war ist, glaube ich, schwierig, das Verfahren erfolgreich abzuschließen. Da muss man eben schauen. Typischerweise sind Verzögerungen von Bieterverfahren in der Praxis immer komplex, immer und schwierig, weil die Bindefristen ablaufen für das Angebot ablaufen. Die wiederum sind oft unterlegt durch Bindefristen der finanzierenden Banken oder der Subunternehmer, sodass Sie einen ganzen Prozess in Gang setzen, wenn Sie die Bindefrist verlängern wollen. Dann gibt es natürlich zu überlegen; ~~schlicht Überlegungen~~; Will man das Projekt schnell realisieren, etwa aus monetären Gründen, um die Maut-Einnahmen zu realisieren? Ich meine, das ist ja Das ist ein Punkt, den Sie beachten nachgehen müssen und der natürlich wichtig ist. Rechtlich ist es eben nur aber so: Da gibt E es gibt offensichtlich einen Ermessensraum, den man eben hat, den man eben so und so ausgestalten kann, den wir weitgehend auch schützen würden vom Rechtlichen her und der vergaberechtlich weitgehend geschützt wird. Und so würde es auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung da ent-sprechend eine Rolle spielen, welche Verfahren man da umsetzen kann. Dieser Ermessensraum ist nur überschritten, wenn das Handeln offensichtlich will-kürlich wird, Und dafür haben wir im Moment keine Anhaltspunkte gesehen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke. - Wir müssen uns für die zweite Runde darauf verständigen, wie oft gefragt werden darf. Ich habe mich sonst immer an drei, vier Fragen orientiert. Oder wir machen es so: Er darf die Frage noch stellen, und dafür dürfen die anderen länger.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Ich hätte jetzt noch eine Frage mit ein, zwei Unterfragen. - Müssen Sie entscheiden, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann machen wir das, okay.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Das wäre jetzt auch der letzte Komplex. - Herr Dr. Endler, Frage der Entschädigungsregelung: Da wird ja durch Ihren Kollegen Nunez Müller gesagt, es gäbe sozusagen einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses. Können Sie vielleicht für die Nichtjuristen im Raum noch mal ganz kurz den Unterschied zwischen positivem und negativem Interesse erläutern und im Zusammenhang damit dann die vertragliche Regelung im Betreibervertrag einordnen. Da wäre ich Ihnen ganz dankbar.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Das ist eine nicht ganz einfache Frage. Wir haben uns dazu ja gutachterlich geäußert.

Die erste Frage ist ~~vielleicht~~ noch leichter: Das Negative Interesse ist umfasst alles, was an Aufwendungen dem Bieter zu erstattet worden ist. Beim Positiven Interesse ;- Sie stellen Sie den Betreiber so, wie er gestanden hätte, wenn der Vertrag alles ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Dazu, also auch ein Blick in die Zukunft, und auch verbunden mit kann auch der entgangene m Gewinn zählen, wenn der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre ist.

Eine Voraussetzung ist immer Für den Betreibervertrag ist maßgeblich, wie man das Risiko hier einordnet und zu was man kommt. Dazu kann ich gerne gesondert noch was sagen. Diese Regelung hat jedoch ist eine Besonderheit. Sie führt eben nicht, wie das Zivilrecht sagt, einfach zum Ersatz des positiven Interesses, zum Ersatz, wie das zivilrechtlich wäre, sondern sie führt dazu, dass Sie zur Ermittlung des Schadensersatzes ein relativ komplexes Verfahren durchlaufen müssen haben. Sie müssen dafür eben den Bruttounternehmenswert ermitteln. Dieser Bruttounternehmenswert muss ermit-telt werden

durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer.  
~~Das ist vielleicht etwas, wo~~Daher sollte man,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

~~ehrl~~ich gesagt, ~~empfehlen kann, dass man sich~~ dassich das Verfahren vielleicht auch mal von einem Wirtschafts-prüfer erläutern lassenässt. Das ist nämlich eigentlich nicht nur eine juristische Frage.

Aber was der Wirtschaftsprüfer tun muss, ist, zum Zeitpunkt der Kündigung ~~eben jetzt~~ zu über-legen, wie ~~dieses sich der Status Quo des~~ Projekts im Abgleich zum Fi-nanzmodell ~~sich~~ eigentlich darstellt, also ob es Risiken gibt, die möglicherweise schon eingetre-ten sind, oder Risiken, die zukünftig noch zu erwarten wä-ren, die im Finanzmodell nicht richtig abgebildet worden sind. Wenn Sie in den Wirtschaftlich-keitsvergleich rein schauengucken, sehen Sie, dass es sub-stanzielle Risiken gab, die die Privaten übernom-men haben, sowohl bei der Errichtung wie auch bei dem späteren Betrieb. Der Wirtschaftsprüfer muss jetzt beantworten, ob diese Art von Risiken in dem Modell eigentlich richtig abgegolten-behandelt worden sind. Das kann er auch spezifisch ~~machen mit dem~~ mit Blick auf die Regelungen des Vertrags beantworten:- Wenn die Errichtung des Systemsstellung länger dauert, gibt es dort Ver-tragsstrafen, die dann gezahlt werden müssen. Die würden dann möglicherweise anfallen. Ob er solche zukünftigen Risiken berücksichtigt, wird er ~~Das wird er tun, weil es in die Zukunft gerichtet ist~~ im Vergleich zu anderen Erfahrungen aus ande-ren Projekten ermitteln. Also: Alles, was an zusätzlichen Risikoaufschlä-ge genommen-berücksichtigt werden muss, wird dazu führen - ~~ob substanzuell, weiß ich nicht; denn diese Be-rechnung gibt es ja bislang nicht~~ -, dass sich der Er-tragswert oder der Erstattungswert ~~sich~~ entspre-chend reduziert. Ob das substanzuell ist, weiß ich nicht; denn die Be-rechnung gibt es ja bislang nicht.

Das ist ~~insgesamt ein~~ jedoch ein Prozess, der der zivilrechtlichen Berechnung des ~~diesem~~ entgangenen Gewinns überhaupt nicht immanent ist. ~~Das sind~~ Dieser folgt zivil-rechtlichen Parametern Größen, wo es gibt dort eher eine Erleichterungen gibt für den Nachweis solcher Dinge. ~~Aber des wegen ist es, glaube ich, ganz wichtig. Um~~ die Re-levanz dieser Formel oder ~~dieser der~~ Vertragssyste-matik zu verstehen, ist es daher aber sehr wichtig, dass man ~~leider sich mit in diesen~~ leider sehr komplexen Vertragstexten auch wirklich eintreten muss auseinandersetzt und sich noch einmal vielleicht erläutern lassen musslässt, was es das bedeutet, ~~dass man eben hier~~

zu solch einer Unternehmensbewertung zu kommentent.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Nun sind Sie ja nicht nur im Rechtsgebiet erfahren, sondern auch in der Branche. Was könnten denn aus Ihrer Sicht Gründe sein oder gewesen sein, dass man eben nicht auf das gesetzliche Kündigungsregime und auf das rein negative Interesse rekurriert hat, sondern eine andere Regelung getroffen hat?



**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** In solchen großen Verfahren - das ist, glaube ich, vorhin schon einmal angesprochen worden - ist es ziemlich üblich, sich nicht auf die zivilrechtlichen Maßstäbe zu verlassen, sondern eben Sonderregelungen in den entsprechenden Verträgen zu suchen, die ~~das~~ regeln, wie die Projektrisiken zu geordnet werden sollen. Der Ausgangspunkt sind tatsächlich dafür die Risikosphären. Und ich glaube, da sind dann so ein bisschen die Unterschiede-Gründe für die unterschiedlichen Auffassungen zu findensehen. Also, ~~Man~~ man kommt vielleicht zu einem Ersatz allein des negativen Interesses, wenn man glaubt, dass man das ~~verbundene Risiko aus dieser mit der~~ EuGH-Entscheidung verbundene Risiko teilen kann, also ~~wenn~~ man den Betreiber hier sozusagen mit einbinden kann. Der Klassiker für solch eine Fallgruppe ~~was~~ ist ~~immer~~ die höhere Gewalt, das sind Naturkatastrophen oder Ähnliches. Dann kann man solch ein Risiko ~~was~~ teilen, und dann kann man eine entsprechende Entschädigung des Vertragspartners ~~es~~ auch reduzieren. So ist es jedenfalls in den Verträgen. Unsere Auffassung - das haben wir ja in unserem Gutachten entsprechend dargelegt - liegt nun darin, dass ~~das~~ solch eine Risikoteilung hier nicht richtig ist, sondern dass für den normativen Rahmen alleineben die öffentliche Hand einsteht, und das

~~betrifft-umfasst~~ - das ist ja eben auch schon mal gesagt worden - dann natürlich auch die Unionskonformität der verabschiedeten Regeln. Ich sehe keinen Grund, wie man den Betreiber hier mit in die Verantwortung ziehen kann. ~~Dann hat man~~ Das führt nach allgemeinen Vertragsstandards dann zu einer Regelung, indem eben auch das positive Interesse mit zu bearbeiten oder mit abzuhandeln ist; wir glauben übrigens, auch nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Das hat man ~~eben~~ hier mit dieser durch die Unternehmensbewertung versucht und damit vielleicht - aber das ist eine Frage, was die noch bewertet geklärt werden muss kann, wie man damit umgeht - eine sogar vorteilhaftere Regelung gefunden, als man siees in anderen Verträgen findet.

**Michael Kuffer** (CDU/CSU): Vielen Dank. - Danke für die Geduld der Mitdiskutanten.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann habe ich jetzt Herrn Luksic, Herrn Kühn und dann Frau Lühmann.

**Oliver Luksic** (FDP): Vielen Dank Herr Vorsitzender. - Bevor ich zu der Interpretation des § 17 der Vergabeverordnung komme, möchte ich Sie, Herr Endler, noch mal bei zwei Punkten bitten, mich



## Nur zur dienstlichen Verwendung

ganz kurz zu bestätigen, wenn ich es richtig verstanden habe. Der erste Punkt war: Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie dem Kollegen Nunez Müller in einem Punkt zugestimmt, in puncto Dokumentationspflicht. Ob man es jetzt Aufklärungsgespräche, Verhandlungsrunden oder Spitzengespräche nennt: Sie haben eben gesagt, es sei notwendig, diese zu dokumentieren. § 9 Absatz 2 Vergabeverordnung sagt ja: Das muss ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert werden. Sie haben das eben bestätigt. Habe ich Sie da richtig verstanden, dass dazu Dokumentationen notwendig sind?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist zutreffend. Wir würden die Dokumentation aller dieser Dinge sehen, immer mit Blick darauf, wie weit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist; darauf hatte ich hingewiesen. Wenn man ein Kennenlertreffen hat, ist die Dokumentationen wahr-scheinlich weniger intensiv, als wenn Sie über Vertragspunkte verhandeln. ~~Das ist eigentlich der Punkt.~~ Aber so eine Dokumentation im Verfahren würden wir eigentlich für sachgerecht erachten.

**Oliver Luksic (FDP):** Vielen Dank, das ist ja schon mal eine wichtige Erkenntnis, dass Sie dem Punkt zustimmen. - Meine zweite Nachfrage, die man, glaube ich, auch relativ kurz beantworten kann, ist: Wenn ich Sie eben richtig verstanden habe, haben Sie wiederholt, was Sie in Ihrem vorherigen Gutachten in Ziffer 3, Seite 39, gesagt haben zum Thema „Gutachten und Stichtagsprüfer“. Wenn ich den Vertrag richtig verstehe, haben Sie das ähnlich interpretiert, und zwar, dass der objektivierte Unternehmenswert nach den Grundsätzen des Instituts der Wirtschaftsprüfer, IDW, zum Kündigungsstichtag ermittelt wird. Habe ich Sie da richtig verstanden? Das heißt: Das, was wir in der Pressekonferenz vom 19. Dezember gehört haben von Bundesminister Scheuer, war, dass das von den Betreibern gewählte Verfahren, die dieses Verfahren gewählt haben und jetzt das Institut der Wirtschaftsprüfer angerufen haben, unzulässig sei. Das heißt, diese Aussage würden Sie nicht teilen im Verweis auf Ihr Gutachten, Ziffer 3, Seite 39?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich muss sagen, ich weiß jetzt gar nicht, was in dieser Presseerklärung vermittelt worden ist. Also, das kann ich Ihnen nicht beantworten.

**Oliver Luksic (FDP):** Okay. - Also, ist nachzulesen. Er sagt: Das gewählte Verfahren wäre unzulässig. - Da gibt es in der Tat einen Widerspruch.

Damit würde ich gerne zu des Pudels Kern vorstoßen. Es gibt ja hier, glaube ich, am Tisch bei Ihnen sehr unterschiedliche Interpretationen des § 17, um den es ja hier geht, in der Frage, ob man nach einem finalen Angebot - ich glaube, das Wort „final“ passt ja auch - final nachverhandeln darf oder nicht. Meine erste Frage - meine Frage wäre an beide, damit wir das, glaube ich, hier noch mal in der Breite vertiefen können -: Gibt es nicht auch so etwas wie Vertrauensschutz für die anderen Bieter, dass sich die Vergabebedingungen nicht verändern? Das wäre mein erster Punkt.

Und dann geht es noch mal um die Fragen: Identität des Beschaffungsgrades, Mindestanforderungen - hier gibt es ja, glaube ich, das Formblatt 9 im Vertrag, das hier, glaube ich, relevant ist und genannt werden muss. Und da schließt sich die Frage an, was die substantielle Änderung angeht - Herr Nunez Müller hat ja auf das Schreiben verwiesen, wo auch Änderungen eingeräumt wurden -, ob 1 Milliarde per se nicht substantiell ist. Zum Zweiten: Wenn doch technisch gesehen so was wie Zahlungsstellen und Terminals mit das Schwierigste sind, wenn ich ein Mautgeschäft aufbauen muss, also wenn ich doch als Betreiber vor die Frage gestellt werde: „Muss ich mit Hunderten Rasthöfen verhandeln, wo ich eine Zahlungsstelle aufbaue?“, erscheint mir das von der Logik der Einführung der Maut mit die schwierigste Aufgabe. Wenn doch dies jetzt durch die Nachverhandlung geändert wurde, indem das die Firma Toll Collect übernehmen wollte, ist das nicht doch eine substantielle und wesentliche Änderung, die wirklich den Vergabegenstand ändert? Das wäre die Frage, die ich an Sie beide stellen wollte mit der Bitte, die eben genannten Begriffe zu präzisieren.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Dann beginne ich zu dem Punkt. Vielleicht zunächst



## Nur zur dienstlichen Verwendung

einmal zu dem § 17 Absatz 10 Vergabeverordnung. Ich darf den einmal ganz kurz vorlesen, damit der Gehalt klar wird. Der § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV lautet nämlich wörtlich wie folgt:

Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote ...

So. Über diese Wortlautgrenze des § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV kann sich eine Vergabestelle, darf sich eine Vergabestelle nicht hinwegsetzen, und zwar nicht nur aus Gründen des Wortlauts von § 17 Absatz 10 VgV, sondern weil der § 17 Absatz 10 seinerseits wortlautgleich auf dem Artikel 29 Absatz 3 Satz 1 der entsprechenden Vergaberichtlinie 2014/24 beruht. Das heißt, eine Vergabestelle, die sich über den § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV hinwegsetzen würde, würde damit zugleich die Richtlinienvorschrift, die Grundlage dieser Vergabe der VgV-Bestimmung ist, die die Interpretation des § 17 Absatz 10 der VgV-Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH leiten soll, ebenfalls verletzen. Das ist also nach unserer Auffassung gänzlich ausgeschlossen.

Vielleicht noch ein kurzer Verweis auf den Beschluss des Kammergerichts, der hier mehrfach erwähnt worden ist. Es ist eben nicht nur so, dass dieser Beschluss des Kammergerichts vor Erlass des § 17 Absatz 10 VgV ergangen ist, der erstmals ausdrücklich die nachträgliche Verhandlung über endgültige Angebote ausgeschlossen hat, sondern das Kammergericht Berlin hat in diesem Beschluss ausdrücklich gesagt, dass eine Vergabestelle in einem Verhandlungsverfahren zwar zunächst eine bestimmte Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bezeichnen darf, diese Erklärung aber später abändern und weitere Verhandlungsrunden eröffnen darf, solange zwei Bedingungen erfüllt sind.

Und die erste dieser Bedingungen lautet, dass diese Neueröffnung einer weiteren Verhandlungsrunde in transparenter und alle Bieter gleichbehandelnder Weise geschieht, und das ist

hier eben nicht der Fall gewesen. Diese Bestimmung des § 17 Absatz 10 VgV hat natürlich genauso wie die ausdrückliche Bestimmung des § 17 Absatz 13 VgV sehr viel mit dem Thema Vertrauensschutz für andere Bieter zu tun.

Zu dem Thema, ob hier substanzielle Änderungen vorgenommen worden sind. Das ist hier nach unserer Auffassung evident der Fall, allerspätestens nach dem Eintritt der Toll Collect mit der entsprechenden erheblichen Leistungsentlastung zugunsten des Konsortiums, finanziert durch den Bund, der einen Teil der entsprechenden Vergütung übernommen hat. Hätten die übrigen Bieter das gewusst, dann hätten sie mit hoher Wahrscheinlichkeit auch darauf geboten.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich fange mal mit dem Vertrauensschutzaspekt an. Der Vertrauensschutz kann halt immer nur so weit reichen, wie ers rechtlich zulässig ist. Das ist natürlich jetzt das Problem unserer beiden Auslegungen. Also, der Vertrauensschutz gilt eben so lange, so lange ers tatsächlich ein rechtmäßiges und entsprechendes Verhalten verlangt. Wir sehen das Das richtet sich nicht allein nach dem Wortlaut. Es gibt ja unterschiedliche Interpretationsmethoden, die wir rechtlich natürlich auch zur Anwendung bringen würden.

Ich kann auch noch mal auf den § 17 Absatz 14 VgV verweisen. Da steht nämlich das endgültige Angebot auch noch einmal drin. Da steht:

Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die ... Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote vor. Er vergewissert sich, dass die endgültigen Angebote Mindestanforderungen erfüllen, und entscheidet über den Zuschlag ...

Also, da kann man so ein bisschen erkennen, was eigentlich mit den endgültigen Angeboten gemeint ist. Man will das Verfahren vor einer endgültigen Zuschlagsentscheidung beenden. Man will das nicht mehr tun. Ehrlich gesagt, ist Die Überlegungen des Kammergerichts Berlin scheinen hier sehr passend. Denn eigentlich geht ging es dort da-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

rum, ob man diese „Endgültigkeit der Angebote“, die man da gesucht hat, eigentlich noch mal widerrufen kann. Dazu sagt das Gesetz aus unserer Sicht erst mal gar nichts. Und Wir meinen aber, dass das unter genau den Voraussetzungen geht, die eben dort genannt worden sind.

Es Man muss halt dabei den Verfahrensbedingungen-Vergabegrundsätzen entsprechen. Dazu gehört auch der Diskriminierungsgrundsatz, aber den muss man natürlich dann auf das entsprechende Verfahren anwenden. Da - ich will das jetzt nicht wiederholen - haben wir eben die Besonderheit, dass wir einen Bieter haben, der sich hier eine bestimmte Verfahrensposition geschaffen hat.

Ich glaube nicht, dass dieser Satz sagen soll: Transparenz bedeutet, dass man alle Verfahrensbeteiligten, die irgendwann mal geboten haben und irgendwann ausgeschlossen wurden oder sich nicht mehr beteiligt habensind, jetzt irgendwie wieder in das Verfahren bringen kannmuss. Das würde ja auch gar nicht gehen. Auf welcher Grundlage? Sie haben ja nicht mal ein Angebot abgegeben.

Deswegen: Das ist, Daher glaube ich, dass es eher um die eine Frage geht, ob sie dieses Telos akzeptieren. Es ist klar: Das-Die Norm kommt aus der Richtlinie. Das beeindruckt mich aber wenig. Da hat man dieselbe Rechtsfrage zu klären. Ehrlicherweise würde so was zum Gericht gehen und In einem Gerichtsverfahren müsste die Frage daher wahrscheinlich dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt werden, um das zu beantwortenklären. Dann hätte man die Auffassung. Aber ich kann eigentlich nur sagen, ich wäre da relativ zu-versichtlich, diese Auslegung sozusagen so ver-teidigen zu können.

Das zweite Thema, Änderung des Vergabegegenstands, hatte ich ja vorhin schon versucht zu beantwor-ten. Wir sehen das eben anders. Ich hatte erklärt, anhand welcher Kriterien dies vergaberechtlich zu beurteilen ist ja gesagt: „Was sind die Kriterien?“ und verstehe, dass man über-legen kann, ob die Teilleistungen, die an in Toll Collect ausgegliedert werden sollensind, hier den Beschaffungsgegenstand wesentlich verändert haben. Das kann man sich überlegen. Das scheint der Punkt zu sein, über den ich bei so was auch nachdenken würde.

Ich hatte da aber auch schon gesagt, dass: Das das Beschaffungs-ziel bleibt eigentlich das Gleiche bleibt. ,das System, das

~~man hat.~~ Wir sehen ~~eben~~ auch keine Veränderung im Betreibervertrag. Es ist ja so, dass der Betreiber an der Stel~~ledort~~ damit beauftragt wird, wenn ich es richtig verstehe, und dann ~~muss man~~ die Leistung von Toll Collect eben durch Subunternehmensvertrag bekommen muss. Damit bleibt ~~deres aber~~ Leistungsgegenstand aber unverändert. ~~Das kann ich jetzt nur aus dem Vertrag sagen. Danach müsste man es angucken.~~ Wir finden das ~~jedenfallsweils~~ keinen so erheblichen Punkt, dass wir glauben, dass die Schwelle hier überschritten worden ist. Aber darüber kann man natürlich auch streiten. Aber im Vergleich zu anderen Verfahren, wo es aus diesem Grund tatsächlich zu einer Aufhebung gekommen isten gibt, scheint das noch nicht ausreichend zu sein. Al-leine die Änderung der Angebotssumme - da wäre ich relativ eindeutig - scheint mir gleichfalls nicht ausreichend zu sein, eine Änderung des Vergabegegenstands zu begründen.

~~Und dann noch ein Ein~~ letzter Punkt, der immer mit-schwingt - ich weiß das und verstehe auch, dass man das diskutieren muss -, ist die Frage, wienatürlich: Wie hätten sich die anderen Bieter verhalten hätten.<sup>2</sup> Wären die sozusagen, wenn sie das gewusst hätten, wieder dabei gewesen? Das ist natürlich jetzt pure Spekulation. ,muss ich

~~sagen. Es freut mich, wenn man das so klar weiß.~~ Ich weiß ~~dases~~, ehrlich gesagt, nicht. Vielleicht würde es ~~in~~ der Ermittlung helfen, mal mit dem Ministerium zu sprechen. Denn die werden mit den Bietern ja sicher darüber gesprochen haben, woran es eigentlich liegt und was in den Verhandlungen die unüberwindbaren Punkte warensind, die dazu geführt haben, dass man dasdiese keine Angebote abgegeben haben. nicht abgibt. In der Regel wird so was in den Verhandlungen sichtbar. Mir ist jedenfallseinfach nicht be-kannt, dass die immer nur gesagt haben: Also, wenn da Entlastung geschaffen wird, dann würde ich das Projekt möglicherweise auch anders betrachten.

**Oliver Luksic** (FDP): Ich habe dazu eine ganz direkte Nachfrage an beide, damit Sie auch Gelegenheit haben, das zu bewerten. Hätte man denn nach dem ersten finalen Angebot das Verfahren nicht wieder zurückversetzen können, damit auch alle anderen drei die Möglichkeit gehabt hätten, unter den neuen Bedingungen ein Angebot abzugeben? Wäre das nicht eine passende Möglichkeit, die wahrscheinlich deswegen nicht in Betracht gezogen wurde, weil die Verpflichtungsermächtigung des Haushaltsgesetzgebers quasi ein Verfallsdatum hatte?





## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:**

Also, ich möchte einleitend darauf verweisen, dass uns keine Erkenntnis darüber vorliegt, dass, wie der Kollege eben gesagt hat, die anderen drei Bieter-gemeinschaften ausgeschlossen worden seien. Nach unserem Eindruck ist es eher so gewesen, dass diese anderen drei Bietergemeinschaften kein finales Angebot mehr abgegeben haben. Aber, wie gesagt, wir kennen nur einen Auszug der Akte.

**Oliver Luksic** (FDP): Dann würde ich gerne zu den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen fragen. Herr Nunez-Müller, Sie haben das auf Seite 19 angesprochen: „4.2 Zuschlag auf Grundlage einer belastbaren abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung?“, die am 18. Dezember 2018 gemacht wurde. Sie verweisen darauf, dass auf Daten zurückgegriffen wurde, die zu dem Zeitpunkt noch gar nicht vorlagen und die erst später kamen. Also, es wäre meine Bitte, diesen Aspekt in 4.2 auszuführen.

Meine Frage an Herrn Endler bezieht sich auf das Vergabeverfahren Toll Collect. Es war ja so, dass der Minister hier ein Vergabeverfahren hatte, wo es vier Konsortien gab, die Interesse hatten, Toll Collect nach der juristischen Sekunde zu übernehmen. Da ist meine Frage an Sie, wie es sein kann, dass dies - das ist ja jetzt bekannt - in den Aufklärungs-, Spitzengesprächen, Verhandlungsrunden ein Thema war und dies im Vertrag auch Eingang findet, dem Betreibervertrag vom 30.12.2018, die dafür notwendige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung aber erst im Januar vorgelegen habe. Wie erklären Sie sich diesen zeitlichen Verzug?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Also, vergaberechtlich darf die Vergabestelle den Zuschlag nur auf wirtschaftliche Angebote erteilen. Und in diesem Zusammenhang muss auch sichergestellt sein, dass das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, wirtschaftlicher ist, als wenn der Staat die Aufgabe, die ja hier übertragen wird, in eigener Regie vollziehen würde.

Hier ist es jetzt so gewesen, dass dazu eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

eingeholt worden ist. Nur, zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 18. Dezember 2018 lag eben eine solche finale Wirtschaftlichkeitsuntersuchung noch nicht vor, sondern allenfalls ein Kurzbericht, ein Vorbericht, der zudem auf in letzter Minute am selben Tag eingeholten Informationen des Kraftfahrt-Bundesamtes beruhte, und die finale Fassung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung lag eben erst am 24. Mai, fünf Monate nach Zuschlagserteilung und knapp fünf Monate nach Vertragsschluss, vor. Das ist so nicht vorgesehen.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, da haben wir mal ausnahmsweise jetzt einen vergleichbaren Ausgangspunkt. Bei der Zuschlagsentscheidung muss natürlich die Wirtschaftlichkeit ermessen nachgewiesen sein; das würde ich teilen. Bei Unwirtschaftlichkeit wäre einfach zu prüfen, ob das Verfahren aufzuheben ist. Es besteht jedenfalls die Möglichkeit dazu, hier ist unsere Beurteilung das ist ähnlich.

~~Ich muss sagen: Ich tue mich jetzt schwer, Ihnen konkret zu sagen – das ist ja vorhin schon mal diskutiert worden; das ist vielleicht ein Punkt, dem man nachgehen soll. Ich sehe aber jetzt nicht, dass irgendwie dafür die abschließende Dokumentation vorliegen muss, schon gar nicht in einem so engen Zeitfenster-Raum, in demwo zugeschlagen werden muss, wo alles vielleicht relativ schnell geht. Sondern es würde mir genügen, wenn die Wirtschaftlichkeit aus der begleitenden Projektbegleitung heraus hinreichend erwiesen ist. Dabei Man muss man sich ja immer wieder die Frage stellen, eigentlich bei allen Änderungen und Ähnlichem, ob das Projekt hinreichend wirtschaftlich ist. Aber auf Auf welcher Grundlage das erfolgt ist und wie belastbar das zu diesem Zeitpunkt war ist, das kann ich ehrlicherweise nicht beantworten, weil ich es einfach nicht weiß.~~

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann hat jetzt der Kollege Kühn das Wort.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Wir haben jetzt schon intensiv über das Thema Mindestbedingungen gesprochen. Herr Nunez-Müller sagt: Die wurden geändert. - Herr Endler, Sie sagen: Die wurden nicht geändert.







## Nur zur dienstlichen Verwendung

Ich nehme erst mal wahr, dass die Leistungshöhe von 3 auf 2 Milliarden Euro runtergegangen ist, und zwar nicht nur die Leistungshöhe, sondern auch der Leistungsumfang, und die Parameter deutlich verändert wurden. Mich würde mal interessieren: Was wäre denn - die Frage geht an beide - eine Änderung der Mindestbedingungen? Also, Herr Endler, Sie haben ja gesagt: Es hat keine gegeben. - Herr Nunez-Müller sagt was anderes. Also, wir müssten mal reden: Was wäre es denn in dem konkreten Fall?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Vielleicht darf ich klarstellen: Ich habe extra gesagt, ~~man~~ man muss das in den Unterlagen anschauen. Ja, ich hatte gesagt: Sie müssen sich die Vergabeunterlagen, vielleicht auch die Verträge angucken, um das genau zu evaluieren. Die lagen mir nicht vor. Deswegen kann ich nicht genau sagen, was geschehen ist. So war meine Einlassung dazu.

Aber ~~ich glaube~~, ich will trotzdem noch mal erklären - das ist wichtig -: Was sind eigentlich Mindestbedingungen? Also, Mindestbedingungen sind etwas ~~das hatte ich kurz gesagt~~, was in den Vergabeunterlagen als etwas beschrieben werden muss, ~~von dem wo~~ der Auftraggeber von Beginn an sagt: Das muss auf jeden Fall eingehalten werden. ~~Ja, Das~~ Das ist der wesentliche Punkt.

Ich würde erwarten, weil ich es aus anderen Projekten so kenne, dass hier eine funktionale Leistungsbeschreibung vorlag. Das heißt also, Sie erlauben den Bietern, unterschiedliche Konzepte zu entwickeln, sagen ihnen aber, was für Funktionalitäten diese Konzepte haben müssen. ~~Das-Diese~~ beschreibt man üblicherweise als Mindestbedingungen. Das wird ein ganzer Katalog sein.

Sie hatten eben auf eine Anlage verwiesen; die ich aber nicht kenne ~~ich schon wieder nicht ausreichend genau~~. Aber typischerweise, zum Beispiel in der Lkw-Maut, ist das eben auch erfolgt: Man hat man bestimmte Kataloge mittels Mindestbedingungen erstellt, die dann ~~eben~~ sagen: Das System muss das können und muss das können, ~~und es muss das können was man vielleicht aus dem Gesetzlichen ableitet, aus dem ähnlichen System~~. Das sind Mindestbedingungen. Das hat also zunächst mal mit der Frage, ob Sie 3 oder 2 Milliarden

Euro dafür bezahlen müssen, gar nicht so richtig was zu tun.

~~Also, eben das Vergabeverfahren oder Ein~~ Verhandlungsverfahren erlaubt Verhandlungen, sehr umfangreiche Verhandlungen, insbesondere über die kommerziellen Punkte; das ist ja genau ~~dessen~~ Sinn. Man kann ~~jetzt das das~~ System vielleicht völlig unterschiedlich anbieten, nur die anbieten. Die Mindestbedingungen müssen eben ermittelt eingehalten werden. Das aber sind nur die Bedingungen, die in den entsprechenden Vergabeunterlagen ~~sozusagen~~ von dem Auftraggeber so bezeichnet worden sind. ~~Das ist vielleicht der eine Punkt~~.

Dann ~~vielleicht noch~~ ein weiterer Punkt, den ich in diesem Zusammenhang ausführen möchte sagen würde. Ich höre immer, dass es ~~so~~ Klarstellungen von Mindestbedingungen gegeben haben soll ~~ibt~~. Wie gesagt, ~~man~~ man muss sich das wirklich alles im Einzelfall angucken, um das rechtlich sauber bewerten zu können. ~~Ja, diese Die~~ vergaberechtliche Regelung begründet ist ein Verhandlungsverbot. Man darf ~~darüber über~~ Mindestbedingungen nicht verhandeln; so steht es in der Norm drin.

Ich würde mir aber sehr intensiv darüber Gedanken machen, ob man Klarstellungen vornehmen kann. Ich würde das wahrscheinlich an ähnliche Kriterien koppeln, wie ich sie vorhin schon genannt habe; ~~dass-Diese~~ diese Klarstellungen müssen sachlich gerechtfertigt sein ~~müssen~~ und dürfen zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen können.

Stellen Sie sich einmal eine langzweijährige Ausschreibung vor. Nun stellt der Auftraggeber von sich aus irgendwie fest, er hat bei einer Mindestbedingung ~~da etwas irgendwas~~ festgesetzt, was unsinnig ist. Soll ~~der deann~~ das Vergabeverfahren immer aufheben müssen aufgehoben und neu beginnen werden müssen? Das leuchtet mir jedenfalls nicht ein. Trotz des Ich verstehe: ~~Das ist ein~~ Verhandlungsverbots muss es die Möglichkeit; ~~das leuchtet mir völlig ein~~. Ich würde aber sehen, dass es für Klarstellungen von Mindestbedingungen ~~oder so was~~ geben kann, jedenfalls solange sie ~~eben zwischen den~~ Bietern nicht diskriminierend sind.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Die vom Gesetzgeber in § 17 Absatz 10 VgV ausge-

schlossene Verhandlung über Mindestanforderungen  
meint Folgendes: Mindestanforderungen sind  
zwingende formelle oder inhaltliche Anfor-



## Nur zur dienstlichen Verwendung

derungen, die die Vergabestelle an das abzugebende Angebot stellt. Das kann sich auf Anforderungen an Finanzierungszusagen von Fremdkapitalgebern beziehen, die hier abgegeben werden, oder die Auditierung von Finanzmodellen oder Ähnliches.

Jetzt muss man sich konkret vor Augen halten, dass die Aufforderung zur zweiten finalen Angebotsabgabe hier am 11.12.2018 erging, am Tag, an dem die mündliche Verhandlung vor dem Euro-päischen Gerichtshof stattgefunden hatte. Mit einer Frist von lediglich 48 Stunden, nämlich bis zum 13. Dezember, sollte das zweite finale Angebot vorliegen. Das sind 48 Stunden. Und ob ein Bieter innerhalb dieser 48 Stunden in der Tat die Mindestanforderungen, die in den Vergabeunterlagen definiert sind, voll einhalten kann oder hier voll eingehalten hat, das wäre in der Tat zu prüfen.

Ich weiß es nicht - ich kenne in dem Punkt die Vergabeunterlagen genauso wenig wie der Kollege -, möchte an der Stelle aber noch mal darauf hinweisen, dass eben das BMVI selbst die Verhandlung über Mindestanforderung gerade nicht vollständig ausgeschlossen hat, sondern der Minister hat in seinem Schreiben an die FDP-Fraktion eben nur gesagt, Klarstellung und Anpassung hätten sich nicht wesentlich auf die Mindestanforderungen ausgewirkt. „Wesentlich“ ist natürlich immer eine Wertungsfrage. Aber jedenfalls wird damit klar, dass es selbst aus der Perspektive des Ministeriums, die durchaus eine andere sein mag als die Perspektive meinethalben der Opposition oder auch der anderen Bieter, hier durchaus Verhandlungen über Mindestanforderungen gegeben hat.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich komme auf das Thema Aufklärungsgespräche zu sprechen. Da waren Sie, wenn ich das richtig verstanden habe, auch beide der Meinung, dass diese dokumentiert werden müssen. Nun hatte meine Fraktion beim Verkehrsminister schriftlich nachgefragt, welche Arbeitsgespräche der Verkehrsminister und der zuständige Staatssekretär geführt haben. Diese Übersicht ist dann auch auf der Website des Bundesverkehrsministeriums veröffentlicht worden.

Da fanden am 26., am 27. November, am 29. November und am 7. Dezember Gespräche statt, die, wie uns mitgeteilt wurde, nicht dokumentiert wurden, also für die es keine Vermerke gibt. Da steht bei dem Thema zum Beispiel am 26. und 27. Dezember:

Aufklärungsgespräche zum Sachstand Vergabeverfahren „Erhebung“. Thema: „Finales Angebot.“

Ich habe Ihre Ausführungen so verstanden, dass das, um es mal vorsichtig zu formulieren, im Widerspruch mit der Vergabeordnung steht. Würden Sie das bestätigen?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Das steht aus unserer Sicht in Widerspruch zu der Vergabeverordnung. Und soweit Sie jetzt hier auf den Umstand abstellen, dass diese Gespräche nicht protokolliert worden sind, muss man das in den Kontext folgender Gesichtspunkte stellen: Es geht natürlich auch immer darum, hier eine Vergabeakte zu schaffen, die für den Fall, dass hier ein nicht berücksichtigter Bieter ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einleitet, die Vergabekammer instand setzt, nachzuvollziehen, was hier tatsächlich verhandelt worden ist. Und von daher ist die Protokollierungspflicht nach § 9 Absatz 2 nicht nur irgendeine fernliegende formale Orchideenvorschrift, sondern von ganz zentraler Wichtigkeit für den Vertrauensschutz anderer Bieter, aber auch für die Nachprüfbarkeit der dann betroffenen Zuschlagsentscheidung in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren.

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Die Frage ging an Sie beide.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, ich hatte das ja auch gesagt. Ich würde eigentlich ~~hier eher~~ erwarten, dass man so etwas im Vergabevermerk erwähnt, dass das da aufgenommen werden würde. Ich bin mir ~~jetzt ehrlich gesagt~~ über die Reichweite der Dokumentation nicht sicher; das muss man dann, glaube ich, wieder im Einzelnen evaluieren, was da eigentlich geschehen ist.

Ich hatte das ja vorhin schon gesagterläutert: Was ich mit solchen Spitzengesprächen inund solchen Verfahren übli-





## Nur zur dienstlichen Verwendung

cherweise verbinde, sind Gespräche über sehr grundlegende The-men, die eigentlich keine Verhandlungen sind. Und hier steht-stand ja ein grundlegendes Thema im Raum. Aber natürlich kann nur das BMVI selber beantworten, ob man möglicherweise darüber ge-sprochen hat, ob das Verfahren überhaupt weiter-gehen kann. Denn wenn ein Bieter ein Angebot überer 3 Milliarden Euro abgibt und der Auftraggeber-man sagt: „Das ist bewegt sich offensichtlich überhaupt nicht in dem Rahmen, in dem wir es beschaffen wollen haben können“, muss man ja mal—vielleicht zunächst auf Spitzenebene — klären, ob es noch einen entsprechenden Bewegungsraum gibt, der sich dann ja in den entsprechenden nachfolgenden Ver-handlungen und weiter gehenden Gesprächen entsprechend umsetzen, dokumentierent oder niederschlagen kann. Ich bin mir gar nicht so sicher, w~~as~~ie man bei solchen Gesprächen dann eigentlich hätte dokumentieren müssen. Eigentlich ginge es dann ja darum, diese Dokumentation eigentlich erreichen würde; denn das sind eigentlich Punkte, die da-rüber zu entscheiden: Lohnt es sich, das Verfahren weiterzumachen, oder müssen wir es aufgeben?

**Stephan Kühn** (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Darf ich da noch mal nachfragen? - Also, man würde sagen: „Okay, es gab dann ein Gespräch, wo man die Frage gestellt hat: Machen wir weiter?“, so, wie Sie es beschrieben haben. Aber es gab ja vier solcher Gespräche. Das heißt, das sind vier solcher Gespräche, die dann nicht dokumentiert wurden, mit Anwesenheit des Staatssekretärs und eben auch des Ministers. Das macht ja deutlich, dass die Frage, ob es weiter-geht, positiv beschieden wurde. Man hat dann entsprechende Aufklärungsgespräche geführt, um zu einem - in dem Fall ja sozusagen einem zwei-ten - finalen Angebot zu kommen. Das spricht schon dafür, dass das hätte dokumentiert werden müssen. Oder schätzen Sie das anders ein? - Sie, Herr Endler.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Gut. - Ich meine, ich hatte es ja schon gesagt: Also für mich würde so etwas in ein Vergabeprotokoll reingehö-ren, wenn man darüber-entsprechende inhaltliche Gespräche geführt hat, ja? Die Frage der Tiefe der Dokumentation ist etwas, was ich nicht beantwor-ten kann, weil ich nicht weil<sup>3</sup>, über was gesprochen worden ist. Vielleicht Das muss man das eben einfach mal klären, und das lässt sich ja

vielleicht lässt sich ja noch ermitteln, was besprochen worden ist.

~~Also, ich~~ Ich habe im Übrigen nur gesagt, dass: ~~Diese~~ Spitzengespräche klingen zwar immer ~~so~~ toll klingen; aber ~~Spitzengespräche sind~~ nach meiner Erfahrung, wenn ich sie erlebt habe, keine Gespräche ~~gewesen waren~~, in denen ~~wo~~ man wirklich ~~jetzt~~ verhandelt hat und Anpassungen vorgenommen hat, sondern es ging um ~~sind~~ Punkte, in denen man tatsächlich grundlegender ~~er~~ Art überlegt hat, ob man an diesem Verfahren festhalten kann. ~~Und W~~ wenn Sie aber sehen ~~sich~~ jetzt angucken, wozu die vergaberechtliche Dokumentation da ist, ~~— die soll~~ nämlich die gu-cken: wie kommt es zu der Entscheidungsfindung zu begründen, dann sind etwa die Verhandlungen und zu den Abwägungen?, ist das möglicherweise ~~für die Verhandlung~~ wichtiger. ~~Danaeh Dementsprechend~~ müsste man ~~das~~ entscheiden, was zu dokumentieren ist. Das ist der Punkt, den ich eigentlich sagen wollte.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Dann bitte Frau Lühmann.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Es ist ja schon sehr viel gefragt worden, auch das, was ich auf meinem Zettel hatte. Es bleiben für mich noch zwei Fragen zur Klarstellung über.

Zum Ersten an Herrn Endler. Ich habe Sie so verstanden - und es geht mir jetzt nicht um den speziellen Fall, sondern es geht mir ums Grundsätzliche -, dass Sie gesagt haben: Selbstverständlich; im neuen Vergaberecht oder in der neuen Bestimmung zum Vergaberecht kann man noch ein finales Angebot nachverhandeln, wenn man das dann mit allen macht. Und wenn alle eben nur einer sind, haben alle anderen Pech gehabt. - Wenn ich dieser Rechtsauffassung folge, glauben Sie nicht, dass dann ein sehr großes Missbrauchs-potenzial da drin wäre? Noch mal ganz konkret - nicht in diesem Fall, sondern mir geht es jetzt um das Grundsätzliche -: Ist Ihre Rechtsauffassung oder die Ihres Kollegen eher einschlägig, eingängig?

Was meine ich mit Missbrauchspotenzial? Ganz einfach: Dass ich die Bedingungen so hoch schraube, dass alle anderen Bieter aussteigen, und nur der Bieter/die Bieterin, die mir genehm ist, bleibt noch drin, gibt ein finales Angebot ab. Das verhandele ich dann nach und habe dann eben den, den ich haben will, und habe alle anderen ausgestochen, aber eben mit unfairen Mitteln. Also, das ist die Gefahr, die ich sehe, wenn





## Nur zur dienstlichen Verwendung

ich Ihnen recht geben würde. Und daher kommt es mir auch gar nicht so drauf an, ob das wesentliche Änderungen waren, sondern allein die Frage - Sie haben ja gesagt: Sie wissen es nicht, ob die anderen Bieter da ein finales Angebot unter den Bedingungen abgegeben haben. - Stimmt, kann man nicht wissen. Aber ich hatte Vergaberecht immer so verstanden, dass, weil man das eben nicht weil<sup>3</sup>, die Bedingungen für alle gleich gemacht werden müssen. - Also diese Frage, und dann schließ<sup>e</sup> ich noch eine an. Aber vielleicht machen wir erst mal diese.

**Sachverständiger Dr. Jan Enderl:** Also, das nehme ich gern noch mal auf; vielleicht ist das noch nicht ganz klar verstanden worden. ~~Also~~, Sie haben ja recht. Das Missbrauchspotenzial - so hatte ich ja selber erläutert - ist eigentlich genau das, was dieser Norm ~~zugrunde liegt, was man ausschließ<sup>3</sup>en will~~. Man will verhindern, dass ~~man der Auftraggeber eigentlich~~ ohne Grund noch ~~einmal~~ in Verhandlungen eintritt, nur weil ~~er~~ man die Wertungsreihenfolge ändern möchte. ~~Das ist ja wie:~~ Wenn ~~dieses~~ endgültig ist, muss halt zugeschlagen werden. ~~Man darf nicht erneut verhandeln, nur weil~~ Und wenn einem das Ergebnis nicht passt, ~~Verhandlungsverfahren, tolle Sache! Soll man nicht noch mal wieder in Verhandlungen gehen?~~

~~Das hat~~ Auch die Rechtsprechung ~~versucht aufzunehmen, hat~~ dieses Missbrauchspotenzial ~~erkannt und verlangt bei erneuten Verhandlungen daher, indem sie~~ zweierlei: ~~verlangt~~. Sie sagt, es muss ~~dafür~~ einen sachlichen Grund geben - das ist der eine Punkt -, und sie sagt, es müssen ~~alle diese~~ typischen Verfahrensanforderungen, die ~~eigentlich~~ allgemein im Vergabebereich gelten - Transparenz, Nichtdiskriminierung, ~~vielleicht und~~ auch Wettbewerbsfähigkeit -, eingehalten werden.

Und deswegen hatte ich in meinen Ausführungen am Beginn ~~noch~~ gesagt: Wenn wir jetzt zwei oder drei Angebote hätten, scheint ~~es~~ mir ~~das~~ völlig klar zu sein. ~~Wenn man das hätte wieder aufnehmen müssen, hätte man, dass~~ mit allen zwei oder drei Bietern ~~hätte weiter~~ arbeiten müssen. ~~Also, der~~ Der sachliche Grund scheint mir ~~dafür~~ relativ klar erwiesen zu sein: ~~Es bestand noch, weil hier so ein großes wirtschaftliches Potenzial für Verhandlungen, was eben sich ja dann auch noch gezeigt hat. Also, es~~ Es hat sich offensichtlich gelohnt, ~~hier~~ noch ~~einmal~~ wirtschaftlich zu verhandeln. Das würde

mir ~~reichen~~ zum Nachweis eines sachlichen Grundes ausreichen. ~~, so als Sinnpunkt.~~

Aber dann stellt

sich eben die Frage: Wie geht man denn mit diesem Diskriminierungsthema um? Das ist natürlich nicht ganz einfach. Und ich hatte versucht, darauf hinzuweisen, dass ~~:-w~~ Wir haben eben hier die Besonderheit hatten, dass nur ein Angebot abgegeben worden ist.

**Kirsten Lühmann** (SPD): Warum? Ist das nicht vielleicht diskriminierend?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Na ja, also wenn alle zu den gleichen Anforderungen das im Grundsatz — Also, wenn alle die gleichen Vergabeunterlagen haben, dann kann sich jeder Bieter frei entscheiden, ob er auf dieser Grundlage, denie ihm zur Verfügung gestellt ist — mit dengestellten Vergabeunterlagen, mit den Verträgen und, nach den entsprechenden Verhandlungen -, ein Angebot abgeben will oder nicht abgeben will. Und es ist das ist das faire und freie Recht jeden Bieters, zu sagen: „Das mache ich nicht“, wenn man es mit den etwa seine Gremien tut der Angebotsabgabe nicht zustimmen. Das ist eine völlig freie Entscheidung.

Es ist doch keine Diskriminierung, wenn sich jetzt einzelne Bieter entscheiden, ein Angebot abzugeben, und andere aber nicht, sondern Das ist eine ihre freie Entscheidung, vielleicht aus die

sich aus unterschiedlichen Gründen erklären kann. Wir wissen ja — das teile ich — Tatsächlich ist hier ist nichts niemand ausgeschlossen worden; das war ein Missverständnis. — Aber ein Bieterkonsortium ist nach meinem Verständnis auseinandergelassen, die Partner sind ja, die sind sich vielleicht nicht mehr einig gewesen. Zwei andere Bieter haben vielleicht gesagt, in dem Maut-Projekt sind — Da sind immer noch Risiken, drin, so wie die Vergabeunterlagen sind, dass wir auf dieser Grundlage nicht an bieten können.

Aber ein anderer der ausgewählte Bieter hat das getan, und zwar auf der Grundlage der bestehenden Vergabeunterlagen, das sind die zugrundeliegenden Unterlagen. Er hat gesagt: „Hier, ich kann gebe ein vergabekonformes Angebot abgeben“, was das dann ja entsprechend geprüft worden ist. Und damit würde er in jedem mehrstufigen Verfahren, was mehrstufig ist, natürlich eine Verfahrensposition erreichen, in der er verlangen kann, dass jetzt geprüft wird, ob man ihm den Zuschlag erteilen kann. Und das müssen Sie bei der Entscheidung, mit wem Sie dann weitermachen, meines Erachtens berücksichtigen. Der Bieter würde Ihnen doch sofort auf die Füße steigen, wenn Sie das Verfahren einfach wieder zurückversetzen und die anderen Bieter wieder beteiligen würden. zurückgehen. Er würde sagen: Wie kommt ihr denn ihr dazu?



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Kirsten Lühmann (SPD):** Ja, aber das würde doch für mich heißen - nehmen wir mal an, ich hätte ich mich an dem Verfahren beteiligt -, ich muss auf alle Fälle ein Angebot abgeben, auch ein finales - egal ob ich den Zuschlag haben will oder nicht -, nur damit ich dann in der Verhandlungsrunde drin bin und das Angebot dann möglicherweise so verändern kann, dass es für mich wirklich interessant ist. Das wäre ja dann die Folge von Ihrer Auffassung.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja. ~~Also~~, Sie müssen ein Angebot abgeben, um weiterhin eine Verfahrensposition zu haben, in der Sie als Bieter in dem Verfahren ~~behandelt werden~~ beteiligt bleiben. Das ist so. Das ist meines Erachtens vergaberechtlich ein-deutig.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Danke. - Die zweite Frage, die ich habe, bezieht sich auf die Beihilfe. Es ist ja schon mal nur Herr Nunez Müller gefragt worden, der die Antwort gegeben hat. Das habe ich nicht ganz verstanden, darum noch mal die Frage an Sie beide - vielleicht können Sie es mir und uns noch mal erklären. Sie haben ja die Bedingungen für eine Beihilfe vorgelesen. Jetzt haben wir in diesem Fall ja nicht eine Zahlung an Privatwirtschaftende ohne Gegenleistung, sondern wir haben eine Zahlung, die auf einem Vertrag beruht mit einer Gegenleistung; die ist jetzt nicht erfüllt - ich weiß, es ist jetzt schwierig. Aber es ist ja nicht die klassische Beihilfe, die ich zum Beispiel habe - was haben wir im Beihilfe-recht? unsere De-minimis-Regelung, also dass wir Teile der Maut zurückgeben: wenn Sie einen Antrag stellen, dann kriegen Sie Geld, um sich Winterreifen oder sowas zu kaufen -, sondern wir haben ja hier eine andere Vertragssituation.

Könnten Sie mir bitte noch mal erklären, warum - obwohl wir hier eine Zahlung aufgrund eines Vertrages haben und nicht eine freiwillige Zahlung eines Bundes - aus Ihrer Sicht trotzdem der Beihilfefall eintritt? Herr Endler - ich weiß nicht, ob Sie dieselbe Ansicht oder eine gegenteilige - -

(Sachverständiger  
Dr. Jan Endler nickt)

- Das dachte ich mir. - Dass Sie mir oder uns dann noch mal erklären, warum das eben nicht der Fall ist.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Viel-leicht darf ich beginnen. - Der Beihilfebegriff nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV ist nicht auf Geldzahlungen beschränkt, sondern es gilt: Vom Beihilfebegriff erfasst wird jede Maßnahme welcher Art auch immer, die in irgendeiner Form zu einer marktunüblichen Begünstigung des Gegenübers des Staates führt. Denken Sie beispielsweise an Garantien. Staatliche Garantien führen auch nicht sofort zu einer Geldzahlung. Statt-dessen sind sämtliche Maßnahmen - rein auf ihre Auswirkungen konzentriert -, die zu einer marktunüblichen Besserstellung der Gegenseite führen können, vom Beihilfebegriff erfasst.

Aus unserer Sicht liegt hier eine mögliche Beihilfe in mehreren Konstellationen vor: zum einen in dem Abschluss des Vertrages mit der entsprechenden dort normierten Entschädigungsfolge, zum Zweiten - in die Zukunft gerichtet, noch nicht eingetreten - in der Auszahlung eines Betrages, wie er dann etwa vom Schiedsgericht beurteilt werden könnte. Man könnte sich sogar darüber unterhalten, ob nicht die Kündigung des Vertrages, die möglicherweise gar nicht erforderlich war nach Maßgabe des EuGH-Urteils, selbst Beihilfequalität hat, weil sie nämlich zu einer Besserstellung führt, ohne vom EuGH zwingend vorgeschrieben gewesen zu sein.

So, und jetzt die entscheidende Frage. Die anderen Tatbestandsmerkmale sind, glaube ich, hier unstrittig: staatliche Maßnahme: klar, Haushaltsrelevanz: ebenfalls klar; potenzielle Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits im Mautmarkt, andererseits im Ticketing-Markt, in dem CTS Eventim unterwegs ist, ist auch unstrittig, und die zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung ist auch unstrittig, allein schon weil wir mit Kapsch ein österreichisches Unternehmen haben und in diesem Mautbereich natürlich alle möglichen nationalen, internationalen Unternehmen tätig sind. Das heißt, die Frage der Beihilfeeigenschaft steht und fällt hier mit der Frage, ob wir eine marktunübliche Besserstellung haben. Und das kann sich an mehreren Punkten orientieren.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Jetzt haben die Kollegen in ihren Gutachten darauf hingewiesen, dass ja hier ein offenes, diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchgeführt worden sei. Nun sind darauf zwei Einwände zu entgegnen: Zum einen. Ob das hier offen und diskriminierungsfrei durchgeführt worden ist, ist in der Tat schon auf vergaberechtlicher Ebene zweifelhaft. Vor allem aber hat die Europäische Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, die insoweit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenfasst, klargestellt, dass in den Situationen, in denen am Ende des Tages nur ein einziges Angebot abgegeben wird, der Umstand, dass vorher ein Vergabeverfahren oder ein Bieterverfahren durchgeführt worden ist, nicht per se dazu führen kann, hier anzunehmen, dass dieses einzige Angebot dann automatisch marktüblich sei. Stattdessen sagt die Kommission ausdrücklich in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, dass in der Situation eines einzigen Angebots dann eben separat weitere Nachweise über die Marktüblichkeit der Maßnahme eingeholt werden müssen - sei es in Form eines Wirtschaftsprüfergutachtens, sei es, indem man sich die einschlägige Marktlandschaft anschaut und sich anschaut, ob es eben in der Vergangenheit in diesem Markt völlig gleich gelagerte Sachverhaltsgestaltungen gegeben hat, *pari passu*.

Und aus unserer Sicht ist es eben so, schon angesichts des Umstandes, dass hier ganz überproportional nach ganz kurzer Laufzeit - das EuGH-Urteil ist ja im Juni ergangen, also fünfeneinhalb Monate nach Vertragsschluss - schon 560 Millionen als Schadensersatzanspruch im Raum stehen. Das liegt sicher deutlich über dem, was hier die Bieter an eigenen Verfahrenskosten hatten, sondern ist Bezug nehmend auf den Bruttounternehmenswert. Wir, die wir auch zahlreiche Unternehmen etwa in Mautkonzessionsverfahren begleiten, wissen aus unserer Praxis, dass das eine völlig unübliche und noch nie vorgekommene Sachverhaltsgestaltung ist. Bei diesen Konstellationen im Markt wird typischerweise nur ein negatives Interesse vereinbart, nämlich Deckung der Kosten, die bis zum Zeitpunkt der Kündigung entstanden sind, und eben nicht eine Entschädigung auf der Basis einer Fiktion, als sei der Vertrag über zwölf Jahre Laufzeit hier abgewickelt worden.

Von daher kommen wir zu dem Ergebnis: Es liegt hier eine marktunübliche Begünstigung des Konsortiums vor, und damit eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1. Staatliche Beihilfen unterliegen dem Durchführungsverbot gemäß Artikel 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV. Und schon von daher hätte die Bundesregierung eine solche vertragliche Gestaltung nicht treffen dürfen. Sie darf erst recht nicht einen entsprechenden, auf diesem vertraglichen Berechnungsmodus basierenden Entschädigungsbetrag ausreichen, bevor dies nicht geklärt ist, nicht genehmigt ist durch die Kommission. Es muss im Gegenteil als Voraussetzung sichergestellt sein, dass hier eine Genehmigung der Kommission vorliegt. Und die kann eben in verschiedenen Formen eingeholt werden: sei es durch eine Notifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland, sei es im Beschwerdewege, sei es dadurch, dass die Kommission ex officio durch Zeitungsberichte auf das Verfahren gestoßen wird und ex officio ein Beihilfeprüfverfahren einleitet. Aber ohne Kommissionsgenehmigung oder aber eine sehr unwahrscheinliche Entscheidung der Kommission, dass hier doch keine Beihilfe vorliegt, kann hier nicht fortgeführt werden. Und wir sind nach den Informationen, die wir haben, außerordentlich sicher, dass wir a) eine staatliche Beihilfe im Sinne des Tatbestands Artikel 107 Absatz 1 haben und b) die Genehmigungsfähigkeit für diese Maßnahme nicht gegeben ist.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, Sie werden sich nicht wundern, dass ich dem nicht zustimmen kann. — Schon die ganzen Genehmigungen sind deswegen nicht erforderlich, weil bereits im der Ausgangspunkt, der hier im Raum steht — diese eine marktunübliche Begünstigung —, nicht vorliegt. Für den Beihilfetatbestand, sondern, ja, es muss immer eine Begünstigung vorliegen. Und Für uns aber - ich glaube, das haben wir im Einzelnen herausgearbeitet und auch in der Stellungnahme versucht darzustellen - für uns ist das eben eine ist die Entschädigungsregelung eine marktkonforme Regelung, die hier vorgenommen worden ist.

Und ich muss wirklich sagen: Also, Wir haben die Entschädigungsregelung als jetzt auch intern im Haus mit von Linklaters beratenen mit den Projekten abgeglichen und haben versucht, in der gutachterlichen Stellungnahme so viel wie möglich sichtbar zu machen; vieles ist ja auch vertraulich. Wir glauben-einfach, dass





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Die vertragliche Zuordnung im Betreibervertrag - dass es sich hier um ist ein Risiko handelt, das der Auftraggeber, das der Bund zu tragen hat, und dafür das hat er dann auch einzustehen hat, wenn es schlagend wird - tatsächlich die Marktpraxis wiedergibt. Als eine markt-konforme praktische Regelung würde sie auch von der Kommission anerkannt werden. Ich kann mir gar nicht vorstellen, dass das nicht der Fall wäre.

Dann will ich aber noch auf einen anderen Punkt hinweisen. Da sind wir dann doch wieder bei dem Bruttounternehmenswert, der hier immer aus den Augen gerät verloren geht, weil er das vielleicht so ein bisschen kompliziert ist. Aber wir haben es gibt hier einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer, der sich anhand der entsprechenden Risikolage in dem Projekt noch mal im Einzelnen wird überlegen müssen, ob hier vom Bieter möglicherweise zu Unrecht bestimmte Risiken nicht richtig errichtet angesetzt und bepreist worden sind, und alles dieses Das würde dann ja gar nicht ausgeglichen entschädigt werden.

Hier steht immer die tolle Zahl ein Entschädigungsbetrag von 560 Millionen Euro im Raum; dazu kann ich nichts sagen. Ich weiß nur, dass die vertragliche Bewertung nach meiner Kenntnis bislang noch überhaupt nicht durchgeführt worden ist, ja? Deswegen muss man das eben mal sehen.

Tatsächlich würden wir aber der Kommission doch sagen, dass hier ein unabhängiger Wirtschaftsprüfer diesen Wert die Entschädigungszahlung dahin gehend abgeklopft hat, ob eigentlich alle die Risiken, die in dem Projekt waren, auch angemessen bepreist worden sind. Und wenn das nicht der Fall ist, würde sich der Entschädigungsbetrag entsprechend verringern ändern. Das ist ja fast das Stärkste, was Sie machen können, um die Angemessenheit von solch einer Kompensationsregelung nachzuweisen zu ermitteln.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann hat jetzt der Herr Cezanne das Wort.

**Jörg Cezanne (DIE LINKE):** Danke schön, Herr Vorsitzender. - Ich möchte gerne noch mal an dieser Schadenersatzregelung unter einem anderen Gesichtspunkt ansetzen. Herr Dr. Endler, kann denn der Tatbestand, dass der ursprünglich im Vertragstext vorgesehene Nettokaufpreis, der vergolten werden sollte, nicht durchgesetzt wer-

den konnte und stattdessen jetzt dieser - wie soll ich sagen? - Risikoaufschlag gezahlt werden muss, eigentlich auch ein Indiz für das sein, was

Herr Nunez Müller als die mangelnde Vergabereife dieses ganzen Verfahrens ansieht? Also, ist das nicht sozusagen ein Indiz dafür? Würde ich jetzt so sehen.

Die zweite Frage dann weiter gehend an Sie beide, bitte. Dann kommt es ja zu der Vorlage dieses Angebots, das den zur Verfügung stehenden Finanzierungsrahmen um eine komplette Milliarde übersteigt, also, ja, mindestens 33 Prozent. Ist das nicht eigentlich auch noch mal ein weiteres Indiz dafür, dass dieses Projekt so nicht funktionieren kann? Und wäre dann nicht eine sinnvolle Möglichkeit gewesen, zu sagen: „Wir heben dieses Vergabeverfahren auf; der Minister kommt noch mal zum Bundestag und sagt: So, Leute, was ihr uns da aufgetragen habt, funktioniert so nicht. Wir müssen noch mal reden“? - Das wäre eine Variante gewesen.

Und die letzte Frage, die sich mir dann noch mal stellt - das ist jetzt für mich aber wirklich eine of-fene Frage -: Ist mit der für mich überraschenden Entscheidung, die Toll Collect GmbH, über die wir ja auch gelegentlich mal im Verkehrsaus-schuss strittige Debatten geführt hatten, nicht zu privatisieren, denn nicht auch

noch mal eine neue vergaberechtliche Situation entstanden? Also, hätte man jetzt nicht überprüfen müssen, ob die Toll Collect GmbH das alles nicht viel-leicht noch viel besser und vernünftiger und wirtschaftlicher hätte durchführen können? Das hat man ja vorher gar nicht in Erwägung gezogen, weil das Ministerium immer davon ausgegangen ist, dass man den Laden wieder loswerden möchte.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich würde mit dem ersten Punkt beginnen. Die beiden anderen sind, glaube ich, für uns beide. ~~Das ist die~~ Die Frage ~~war, ob:~~ Ist es ein Zeichen dafür ~~ist~~, dass ~~Projekt~~ das vielleicht noch gar nicht ausschreibungsreif war, weil sich diese erste Regelung ~~–~~ Ausgleich des Nettokaufpreises - nicht hat vermitteln lassen. ~~Ich ? Also, wenn ich da reinguckt hätte,~~ hätte ~~ieh~~ Ihnen vermutlich, glaube ich, sofort gesagt, dass sie sich nicht vermitteln lässt, weil sie eben keinen angemessenen Ausgleich schafft. Das ist aber genau das, was in den Verhandlungen dann ermittelt werden muss. schon — Insofern scheint mir das eher eine verhandlungstaktische ~~bietstrategi~~ ~~sehe~~ Sache zu sein. Man kann natürlich ~~in~~ ein





## Nur zur dienstlichen Verwendung

Verfahren ~~gehen~~ beginnen und einfach mal ein paar Forde-rungen ~~reinschreiben~~ aufstellen, gerade im Verhandlungs-verfahren, und ~~gucken~~ dann schauen, wie weit man damit kommt. Nur ist es dann ja in den Verhandlungs-runden so gewesen, dass alle Bieter, glaube ich, gleichermaßen gesagt haben, das könne nicht die Lösung für dieses Thema sein. Das ~~aber~~ hat alles, ~~glaube ich~~, nichts mit der Ausschreibungsreife zu tun, sondern das ist der normale Verlauf eines Verhandlungspro-zesses. ~~oder ablauf~~.

Es ist sehr häufig so, dass der erste Aufschlag, den der öffentliche Auftraggeber vorgibt, nicht ~~der~~ IdealTraumwelt der Bieter entspricht. Es kommt ist und es dann zu eben Ver-handlungen, smöglichkeiten gibt, indem für die man auf-schreibt, ~~welche~~ as man an Änderungen man haben will. Und dann muss man eben darüber sprechen, wie man zueinanderkommen kann. Es muss halt nur so zusammengehen, dass Im Ergebnis müssen sich die Bieter sich in der Lage sehen, auf ~~der~~ dieser Grundlage ein Angebot abzu-geben. Ich glaube, man das muss Ihren Punkt daher man eher als Verhandlungsaspekt so verste-hen, als dass ers die Vergabe Verhandlungsreife infrage stellt. Jedenfalls nach meinem Verständnis.

Dann zu Ihrer die Frage zur Aufhebung ~~bei~~ den aufgrund des 3 Milliar-den-Angebots, wenn ich ~~sie~~ das richtig verstanden habe. Da kommt ein jetzt das erste Angebot rein, das ist furcht-bar teuer, das ist weit weg von dem, was man vorhergesehen hat. Ja, dann muss der Auftraggeber kann man das natürlich prüfen, man kann überlegen, wie man vorangehen will und ob man das Verfahren aufheben will, und ich nehme an, dass das Ministerium das auch getan haben wird hat. Aber das ist natürlich nur eine Möglichkeit Weg. Der alternative Weg ist der, dass man überlegt: Kann ich dieses Angebot durch Ver-handlungen noch verbessern? Kann ich damit in einen Bereich kommen, in dem ich es wirtschaftlich als zu-schlagsfähig erachte? Das muss man gegeneinan-der abwägen. Ich vermute, dass man in den Spit-zengesprächen genau dies zu evaluieren versucht hat. Denn Sie können überhaupt natürlich nicht sicher sein, wenn Sie ein Angebot in Höhe von 3 Milliarden vorliegen haben, dass Sie dann noch zu einer Lösung kommen können, die wirtschaftlich sachgerecht ist, weil sie die so viel Nachgeben oder Anpassung verlangt. Aber genau das hat man ja versucht. Und aus Sicht des Ministeriums wird man, glaube ich, sagen, dass der Weg, erst noch einmal diese

Verhandlungen zu versuchen, ~~vor diesem Hintergrund möglicherweise~~ richtig war, weil er eben Erfolg gehabt hatte.

Zur Frage „Verstaatlichung Toll Collect“ gibt es ~~vielleicht~~ noch einen Punkt. Es ist ja vorhin schon mal angesprochen worden, ob das nicht überhaupt ~~alles die ganze Projektstruktur~~ infrage stellt, weil wir kein In-housegeschäft mehr haben. Dazu müssten die Erträge ~~von Toll Collect~~ aber 20 Prozent ~~des Umsatzes~~ erreichen, ~~also~~ substantiell sein, was sie hier ~~möglicherweise vermutlich aber nicht sein werden. sind, würde ich mal vermuten.~~

~~Aber die andere~~ Im Übrigen lautete die Frage: Gehört so etwas in die staatliche Eigenstellung, ~~die~~ Nutzung eigener Ressourcen? Das kann ich mir vorstellen. Ich weiß aber einfach nicht, ~~welche Varianten~~ im Wirtschaftlichkeitsvergleich entsprechend ~~untersucht~~ ~~behandelt~~ worden ~~sind~~ ~~ist~~. ~~Also, da~~ Ich hätte ~~ich~~ eine gewisse Sympathie für das, was Sie sagen. Ich würde mir ~~eben~~ überlegen, ~~was~~ ~~die~~ ~~ob~~ eine staatliche Eigenerfüllung ~~hat~~ ~~vorteilhaft ist, dabei und die~~ kann ~~man~~ natürlich auf das zurückgreifen, was an ~~staatlichen~~ Ressourcen ~~vorhanden~~ ~~da~~ ist. ~~Das muss man sich aber angucken; Ob das vorteilhaft ist, ist dann das ist~~ eine Frage, ~~die der des~~ Wirtschaftlichkeitsvergleich ~~beantworten muss~~. Ich würde aber verstehen, wenn man darüber nachdenkt, ob man ~~solch~~ ~~da~~ eine Lösung ~~verfolgen will, finden kann.~~

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:**

Wir haben die Frage der Vergabereife in der Tat bis-lang vor allem festgemacht an dem Problem EuGH-Verfahren, das zu den maßgeblichen Zeitpunkten eben nicht gelöst war. Wenn es jetzt Bezug nehmend auf die 3 Milliarden und das Überschreiten des Finanzrahmens hier so gewesen wäre, dass das Bundesministerium frühzeitig mit einem Angebot in der Region von 3 Milliarden rechnen musste, haushaltsrechtlich aber die Voraussetzung zur Bedienung dieser 3 Milliarden gar nicht geschaffen hat, mithin diese 3 Milliarden hätte auch gar nicht zahlen können, dann wäre das möglicherweise auch ein Problem mangelnder Ausschreibungsreife, weil natürlich die Vergabestelle ihrerseits auch sicherstellen muss, dass sie den Vertrag, den sie hier schließen will, am Ende auch erfüllen kann. Und wenn das frühzeitig infrage stand für das Ministerium, würden sich in der Tat auch auf der Ebene Vergabereife hier Fragen stellen.

Zu der Frage - in Anführungsstrichen - „Verstaatlichung der Toll Collect durch Ausübung der Call-Option betreffend deren Geschäftsanteile“. Mein Eindruck ist, dass die Ziehung dieser Call-Option relativ früh für das Bundesverkehrsministerium im Raum stand, nämlich schon im Herbst



## Nur zur dienstlichen Verwendung

2018. Dann stellt sich halt die Frage, warum das nicht frühzeitig eingeführt worden ist in die Gespräche mit den verschiedenen Bietern. Die Situation war doch so, dass zunächst einmal Erstangebote abgegeben wurden, dann ein finales Angebot aufgerufen wurde, nur einer angeboten hat; die anderen sahen die Probleme nicht ausgeräumt, haben eben kein finales Angebot abgegeben. Das finale Angebot von autoTicket erschien dem Bund zu hoch. Er öffnete dann plötzlich Verhandlungen über ein finales Angebot, was man nach dem Wortlaut der Vergabeverordnung nicht darf, und brachte dann die Alternative mit hinein, dass der Vertragspartner das ganze Mautstellennetz, die Mautstelleninfrastruktur gar nicht selbst erstellen müsse, was ein sehr kostspieliges Unterfangen ist, sondern dass das die Toll Collect für ihn tun könne und dass der Bund zusätzlich einen Teil des Preises, den die Toll Collect dafür fordern würde, selbst übernehmen würde. Das ist schon eine dramatische Änderung des Kontextes, auf den hier geboten wurde, was dann eben auch dazu geführt hat, dass das gewinnende Konsortium hier den Angebotspreis von über 3 auf unter 2 Milliarden Euro senken konnte. Nur, die entscheidende Frage ist an der Stelle: Hätten die anderen drei das gewusst, dass die Toll Collect hier einspringt, dass der Bund die Kosten entsprechend subventioniert, dann wäre das möglicherweise für die etwas gewesen, was sie aus der Abschreckungshaltung gelöst hätte und es ihnen ermöglicht hätte, sie encouragiert hätte, hier ein Angebot abzugeben. Davon sind sie eben abgehalten worden, weil sie völlig im Dunkeln standen und überhaupt nicht wussten, was hier zwischen dem Bund einerseits und autoTicket besprochen wurde.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Gut. Dann habe ich noch eine Wortmeldung vom Herrn Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Ja, vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich würde gerne zwei Aspekte noch ansprechen, die, glaube ich, noch nicht so tief beleuchtet wurden, mit der Bitte an beide zur Stellungnahme, vielleicht erst Herr Endler und dann Herr Nunez Müller.

Das eine ist das Risikomanagement, das ja eine ganz entscheidende Rolle spielt für Vertragsgestaltung, Strafen und alles, was da noch kommt. Herr Nunez Müller hat es ja in seiner Erwiderung dargestellt. Ich möchte Sie auch noch informieren, dass eben beide europarechtlichen Gutachter sich einig waren, dass die Zahl von 15 Prozent, die in Risikoworkshops genannt wurde, viel zu niedrig war. Also die Aussage von Herrn Professor Mayer war: 90 bis 95 Prozent. Und Aussage von Herrn Professor Kainer war: Auf dieser Grundlage hätte man kein Haus bauen können. - Meine Bitte wäre, das zu berücksichtigen, wie auch die Tatsache, dass der Bundesrechnungshof darauf hinweist, dass in den Risikoworkshops diese 15 Prozent genannt wurden, aber in der Gesamtprojektleitungsgruppe von einem wesentlichen Problem gesprochen wurde, also einer ganz anderen Risikostufe. Insofern die Frage - vielleicht erst Herr Endler, dann Herr Nunez Müller - zum Risikomanagement: War das gut? Und was leitet sich aus dem Risikomanagement alles für die Vertragsgestaltung und das weitere Verfahren ab?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Also, ich war beim Risikomanagement ja nicht dabei. Ich kann Ihnen aber ~~vielleicht~~ sagen: Erwarten wir in solch umfangreichen Projekten ein entsprechendes Risikomanagement? Das tun wir selbstverständlich. Ich habe gesehen, dass ~~solch ein Systemes~~ aufgesetzt worden ist, unter Beteiligung der Berater. Wir arbeiten ~~dann~~ üblicherweise ~~daran~~, ~~dann eben auch mit der Ermittlung aller~~ alle projektkonkreten Risiken ~~zu ermitteln~~. Dabei wird natürlich ~~solch ein Risiko so eine Frage~~ - ein offenes ~~Gerichtsv~~Verfahren - selbstverständlich aufgenommen und entsprechend bewertet und ~~dann immer wieder angepasst~~ immer nachgeführt werden müssen. Ob und wie das erfolgt ist? Da ~~fehlen mir die Informationen und ich kann ich~~ wirklich nur vor-schlagen, ~~darüber~~ - ~~da fehlen mir einfach die Informationen, muss ich sagen~~ -, mit den Beteiligten zu sprechen. Das ist sicherlich ein wichtiger Punkt. Man würde erwarten, dass ~~solch ein~~ das Risiko sachgerecht ge-handhabt wird.

Jetzt konkret - ich war ja nicht dabei -: Juristen zucken ja, wenn ~~Leute mit gerichtliche~~ Erfolgswahrscheinlichkeiten numerisch mit „15 Prozent“ oder ähnlich angegeben werden, ~~so was ankommen~~. Solche Zahlen finde ich immer schwierig. „15“ ist, glaube ich, vom Bund, und „90“ sagt der andere. Na ja, was auch immer; ~~ich verstehe das~~. Mir ist in der Diskussion immer





## Nur zur dienstlichen Verwendung

~~aufgefallen: Also, erst mal ist ja V~~völlig klar aber ist - das sagt bestätigt jeder, den man fragen würde - , dass ein laufendes: Ein offenes Gerichtsverfahren hat einmit einem Risiko verbunden ist. Das braucht man gar nicht infrage zu stellen; das ist eben ein fach da. Das muss man sich dann näher ja anschauen und bewertengueken. ~~Jetzt muss man natürlich sehen: Man schließt~~ Verträge werden aber auch ab mit offenen Risiken abgeschlossen. Man kann nicht ~~Das tut man, weil sonst müssten wir alles abwarten, bis sie sich alle aufgelöst haben, oft sind sie unmittelbar mit der Durchführung des Projekts verbunden. könnten überhaupt nichts abschließen. Es ist halt so, dass all diese komplexen Dinge Risiken haben. Dies ist nun ein~~ Das gilt grundsätzlich auch für normatives Risiken. ~~o; aber es wäre für mich jetzt nicht so anders zu handhaben als andere Risiken. Man muss sie halt bewerten und damit umgehen.~~

~~Schauen~~ Bei der Bewertung des Risikos muss man natürlich - das werden Sie si-cherlich schon alles gehört haben - auf das Datum schauen, als es um den Zuschlag ging. Ich habe immer von unzähligen Gutachten gelesen, die zur Frage des Prozessrisikos ~~da~~ eingeholt worden sind. Also ~~Mein~~ Eindruck war jedoch, -deswegen haben wir damals auch gesagt, wir können das jedenfalls nachvollziehen, innerhalb des Ermessens-, dass der Bund zum Zeitpunkt man, als der Zuschlag erteilt wor-den ist - das war, glaube ich, im Nachgang zu der mündlichen Verhandlung, vor allem unter dem Eindruck stand, - -Man hatte, wenn ich das richtig verstehe, die Prozessvertreter da mit eingebunden und hatte vielleicht den Eindruck: Es das Verfahren sei „ist ganz gut gelaufen“, auch weil nicht so viele Fra-gen an den Bund gerichtet worden waren, uns gegangen sind. Man hatte, wenn ich das richtig verstehe, in diese Bewertung auch die Prozessvertreter des Bundes mit eingebunden. Das können wir nachvollziehen, insbesondere lässt sich aus den Fragen des Gerichts häufig ein Rückschluss darauf ziehen, ob ein Das würde ich ähn-lich beschreiben. Wir wissen auch immer: „D as „Verfahren gut oderläuft nicht so gut“ läuft, wenn wir viel ge-fragt werden. Ich hatte dann auch verstanden—das hat mir auch immer eingeleuchtet—, dass sich dieser Eindruck des Bundes in der Einschätzung des General-anwalts wiedergefunden hat, auch wenn dessen Plädoyer erst nach dem Zuschlag veröffentlicht worden ist. —zwar nicht in der Zeit vorher, aber in der nachliegenden Einschätzung— niedergeschla-gen hatte.

Deswegen kann ich jetzt nicht sagen, ob 15 Prozent richtig sind. Aber zu dem Zeitpunkt des Zuschlags, wenn ich diese Informationen zusammennehme, könnte ich mir schon vorstellen, dass man das auch aus-gewogener oder anders betrachten kannt.

Das ist alles, was ich dazu sagen kann. Ich meine, Sie haben darüber heute schon mit den Kollegen anderen Sachverständigen gesprochen.

~~Ich will nur sagen:~~ Das Risikoma-nagement mussvermag natürlich auch dieses Risiko bewerten, zu ermitteln. Wenn man dann gleichwohl einenzum Vertragsa Abschluss prüfen will kommt, muss man eben diealle ganzen verschiedene-

nen ~~Themen~~ Argumente und Risiken, die man ermittelt hat, gegeneinander abwägen. ~~Das kann man aber tun. Das müssen Sie dann vielleicht evaluieren.~~ Ich hatte ja vorhin schon auf Punkte hingewiesen, die dann ~~eben~~ auch zu berücksichtigen waren ~~sind~~: Das ist der gesetzgeberische Auftrag, ~~das ist die Tatsache: Das der Beginn der Umsetzung des~~ Pro-jekts und beginnt nicht; das ist das Problem, dass man ja ein zuschlagsreifes Angebot vorliegen hatte. Alles das sind Viele der Punkte implizieren, die auch Risiken ~~implizieren~~, die man ir-gendwie bewerten und abwägen muss, ~~um und wo man~~ dann zu einer Lösung kommen zu können muss.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Natürlich kann man sich auf den Satz zurückziehen: Auf See und vor Gericht ist man in Gottes Hand. Natürlich sind alle Prozessverfahren, Gerichtsverfahren mit Unsicherheiten verbunden. Allerdings, auf der anderen Seite, erstens: Die von Ihnen genannten Divergenzen in der Risikobewertung, -be-zifferung sprechen für sich. Auch die internen Differenzen zwischen „15 Prozent“ nach außen und „wesentlichen Problemen“ in der Innenkommunikation sprechen für sich.

Für mich sprechen aber drei weitere Punkte gegen [sic!] ein fehlerhaftes Risikomanagement an dieser Stelle:

Erstens. Die zeitliche Taktung einerseits des Vergabeverfahrens, andererseits des EuGH-Verfahrens lag doch entweder vollständig oder mindestens teilweise in den Händen des Bundes. Der Bund hätte auf eine Beschleunigung des EuGH-Verfahrens und damit schnellere Rechtssicherheit über die Unionskonformität des Gesetzgebungspakets drängen können. Er hätte ein beschleunigtes Verfahren beantragen können.

Er hätte auch schnell antworten können, statt die Verfahrensfristen jedes Mal auszureizen, bis zum letzten Tag; denn schließlich hat der Bund selbst gesagt, dass er vor Gericht nur das vorgetragen hat, was ihm vorher als Gutachten geliefert worden war von demjenigen, der sowohl Prozessbevollmächtigter wie vorher Gutachter gewesen war. Also, der Bund hätte selbst auf eine Beschleunigung des EuGH-Verfahrens drängen können, auf eine schnellere Rechtssicherheit.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

Zugleich hat der Bund natürlich die volle Kontrolle gehabt über die zeitliche Taktung des Vergabeverfahrens. Und er hätte hier sehr wohl mehrere Maßnahmen treffen können, um sicherzustellen, dass der Zuschlag erst ergeht, nachdem der EuGH seine letzte und letztinstanzliche Entscheidung getroffen hat, und der Zuschlag nicht schon erteilt wird auf der Basis des Verlaufs einer mündlichen Verhandlung, die nach meiner langjährigen Erfahrung vor dem EuGH nur sehr eingeschränkte Hinweise darauf gibt, wie der EuGH am Ende des Tages urteilen wird.

Es kommen folgende Indizien hinzu, die für ein schlechtes Risikomanagement sprechen: Man muss sich noch einmal vor Augen führen, dass wir hier über ein - in Anführungsstrichen - „gesetzgeberisches Koppelungsgeschäft“ sprechen. Wir haben hier eine Infrastrukturabgabe für alle, gekoppelt mit einer steuerlichen Kompensation nur für die Halter deutscher Fahrzeuge. Und auf der anderen Seite stehen das Diskriminierungsverbot nach EU-Recht und die Warenverkehrsfreiheit nach AEUV. Das sind wirklich Grundfreiheiten, Grundnormen der EU. Hier liegt doch eine Ungleichbehandlung der Halter deutscher Pkws gegenüber den Haltern anderer EU-Pkws auf der Hand. Das hat man hier sehr konfrontativ gemacht, indem man gekoppelt hat. Da hätte man sicherlich sehr viel Risiko rausnehmen können, indem man eine weichere Entschädigungs- oder Kompensationsregelung für die Halter deutscher Pkws gefunden hätte, indem man das eben nicht zeitgleich gekoppelt hätte oder indem man nicht eine volle Kompensation, sondern meinetwegen eine Abschichtung nach Bemessungsgrundlagen gewählt hätte oder indem man vielleicht die ersten zwei, drei, vier Jahre auf eine Kompensation verzichtet hätte und eine Kompensation erst dann eingeführt hätte. Aber nein, man wollte eben aus politischen Gründen dem Wähler gegenüber nicht wortbrüchig werden und hat damit eine Schwachstelle geschaffen, in die zunächst Österreich und dann auch der EuGH gestoßen sind.

Es kommt hinzu, dass das EuGH-Verfahren sukzessive erhebliche Indizien zutage gefördert hat, die das Risiko für Deutschland erhoben haben:

Zum einen hat die Kommission darauf verzichtet, diesem Verfahren als Streithelfer Deutschlands beizutreten. Mit anderen Worten: Die Kommission hat darauf verzichtet, den Einstellungsbeschluss vor dem EuGH zu verteidigen, den sie mit und zugunsten Deutschlands doch selbst gefasst hatte. Das ist in der Geschichte der durch Mitgliedstaaten gegen andere Mitgliedstaaten eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren einmalig. In der Praxis dieser Verfahren war es bisher immer so, dass die Kommission einem der beiden Streithähne als Streithelfer beigetreten ist. Hier hat sie darauf verzichtet. Und das ist aus Sicht des EuGH schon ein klares Signal. Wenn das Unionsorgan, das als Hüter der Verträge auftritt, das zur Überwachung der Einhaltung von EU-Recht berufen ist, darauf verzichtet, die eigene Einstellungsentscheidung vor dem EuGH zu verteidigen und dem entsprechenden Mitgliedstaat beizuspringen, dann ist das ein klares Signal an den EuGH, dass diese Einstellungsentscheidung rein politisch und eben nicht rechtlich motiviert war. So hat sich die Kommission dann letztlich auf Anfrage ja auch geäußert.

Hinzu kommt das Indiz „große Kammern“: Große Kammern werden und können eben auch nur einberufen werden bei erheblichen Schwierigkeiten oder besonderer Bedeutung. Die sind typischerweise ein Signal dafür, dass der EuGH eine Grundlagenentscheidung treffen will und auch breite Legitimität sucht. Das ist immer dann angezeigt, wenn man, sagen wir mal, einen Bruch mit der Vergangenheit anstrebt.

Und zum Dritten - das haben wir auch in unserem Gutachten dargelegt - drängt sich der Eindruck auf, jedenfalls nach dem Wortlaut des EuGH-Urteils, dass Deutschland das eigene Paket eben nur unvollständig verteidigt hat, sich nur auf den Standpunkt gestellt hat, hier liege gar keine Diskriminierung von Haltern ausländischer Pkws vor oder hier liege gar keine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor. Man hat aber keine zweite Verteidigungslinie eingezogen, indem man gesagt hat: „Hier liegt möglicherweise eine Ungleichbehandlung vor; aber die ist gerechtfertigt aus den Gründen A, B, C“ oder: „Hier liegt möglicherweise eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor; die ist aber begründet,





## Nur zur dienstlichen Verwendung

gerechtfertigt durch die Erwägungen A, B, C.“ Diese zweite Verteidigungslinie wurde nie im Verfahren geführt. Das hat der EuGH in verschiedenen Textstellen seines Urteils auch ausdrücklich so benannt. Von daher hat Deutschland das eigene Risiko auch durch die eigene Verfahrensführung erhöht.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, jetzt hat der Herr Luksic noch eine Nachfrage. Ich möchte aber auch darum bitten, sich an dem Thema zu orientieren, das wir hier haben. Es geht hier um Vergaberecht. Europarecht haben wir heute Mittag schon behandelt. Also bitte ich, konkret darauf zu achten, dass man dazu die Fragen stellt und vor allen Dingen auch keine Wertungen vornimmt zu anderen Bereichen, die eigentlich hier schon diskutiert wurden. Ich finde, wir sollten uns jetzt wirklich über das Vergaberecht unterhalten. - Herr Luksic.

**Oliver Luksic (FDP):** Das war ja, glaube ich, der Fall, weil das Risikomanagement vergaberechtlich eine wichtige Rolle spielt, auch in der Vertragsgestaltung. - Eben wurde die Kündigung angesprochen. Ich bitte beide Sachverständigen, darauf einzugehen. Ich glaube, da liegen Sie vielleicht gar nicht so weit auseinander. Hier gibt es, glaube ich, drei Aspekte:

Herr Nunez Müller, ich habe Sie eben richtig verstanden - das ist, wie ich sehe, auch überwiegend Konsens bei den Juristen -, dass nach dem Urteil des EuGH eigentlich gar keine zwingende Notwendigkeit bestand, die Pkw-Maut nicht umzusetzen, sondern dass es vor allem um die Verknüpfung zwischen dem Infrastrukturabgabengesetz und der Senkung der Kfz-Steuer ging? Also, würden Sie beide der These zustimmen, dass man eine andere Maut hätte einführen können?

Daran anschließend, was den Ablauf der Kündigung angeht: Das ging ja sehr schnell. Sie haben eben beide die Verfahren vor dem EuGH angesprochen und Ihre Erfahrungen vor Gericht. Wie ist es zu bewerten, dass das noch am selben Tag bewertet wurde? Es gab ja Urteilsverkündung, Pressekonferenz, Taskforce „Kündigung“ innerhalb weniger Stunden. Also, aus Ihrer Erfahrung

mit solchen Prozessen: Wie schnell kann man denn von dem Urteil Kenntnis nehmen und eine angemessene Bewertung der Gründe des Urteils und des langen Vertragswerks vornehmen?

Daran anschließend die Frage, ob beide der rechtlichen Bewertung zustimmen, dass eine Kündigung, wenn sie nur wegen ordnungspolitischer Gründe, also nur wegen des EuGH-Urteils, stattgefunden hat, zu einem Schadenersatzanspruch führt. - Vielen Dank.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Nach meiner Auffassung ist es in der Tat so, dass das EuGH-Urteil nicht zwingend zur Kündigung Veranlassung gab. Es besteht ja hier eine Treuepflicht des Mitgliedstaates, ein solches EuGH-Urteil zu beachten, sprich: die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit in einem solchen Urteil abzustellen. Wie er dies tut, obliegt ihm; er muss es aber natürlich inhaltlich tun. Und hier hat eben der EuGH entsprechend den Anträgen Österreichs gerade und nur die Kopplung, nämlich die Einführung der Infrastrukturabgabe für alle bei gleichzeitiger Kompensation nur für die Deutschen, für unionswidrig erklärt. Sprich: Hätte man Letzteres außen vor gelassen, hätte es der Kündigung nicht bedurft. Man hätte also so fortfahren können, dass man die Infrastrukturabgabe einleitet und nur eben darauf verzichtet, die Halter deutscher Pkws zu kompensieren. Das wäre möglich gewesen. Dann hätte übrigens das Konsortium sich quasi den Bruttounternehmenswert durch entsprechende Leistungen über die Vertragslaufzeit verdienen müssen.

Was den Ablauf der Kündigung angeht: Das ist in der Tat sehr schnell unstrittig. Urteilserlass: 18. Juni; unstrittig erstes Kündigungsschreiben: ebenfalls 18. Juni. Von den Abläufen her ist es so: Diese Urteile des EuGH werden erlassen um 9.30 Uhr, frühestens, und die Urteile liegen typischerweise nicht schon am Eingang des Sitzungssaales aus, und sie werden auch nicht gleich im Internet veröffentlicht, sondern es ist schon eine der, sagen wir mal, komplizierteren anwaltlichen Aufgaben, möglichst schnell an den Urteilstext zu kommen, der erst die abschließende Analyse ermöglicht. Wenn man im Sekretariat des EuGH anruft, kriegt man eben allenfalls den Tenor,



## Nur zur dienstlichen Verwendung

nicht die Begründung geliefert, und das eben auch frühestens, sagen wir mal, eine Stunde nach der Verkündung. Also, vor dem Hintergrund, dass der Urteilstext im Zweifel nicht vor Mittag vorlag und sich hier doch sehr komplexe Fragen stellten, ist es schon sehr schnell gelaufen, bis man hier zu der Entscheidung gelangt ist, den Betreibervertrag zu kündigen. - Jetzt habe ich, offen gesagt, die dritte Frage vergessen.

**Oliver Luksic (FDP):** Kündigung nur wegen Urteils, gibt es dann automatisch einen Schadenersatzanspruch?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Nach meinem Verständnis des Betreibervertrages gibt es, bezogen auf diesen Kündigungsgrund, eine spezifische Entschädigungsfolge, die im Ergebnis leistungsunabhängig zu einer Entschädigung in Höhe des Bruttoundernehmenswertes führt.

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ich will mich, ehrlich gesagt, jetzt nicht zu sehr an Spekulationen beteiligen, sondern ich würde Ihnen ~~tatsächlich~~ vorschlagen, dies mit denjenigen zu besprechen, die über die Kündigung entschieden haben. Das ist ja ein politischer Akt, kein rechtlicher. Natürlich können Sie kündigen, das steht Ihnen frei, dann mit den entsprechenden Folgen.

Ein Hinweis vielleicht, ~~das weiß ich~~ aus den Abstimmungen: Nach unserem Verständnis hatte man sich im Vorfeld relativ intensiv Gedanken gemacht, ~~auch im Vorfeld~~, ob es alternative Gestaltungsformen gibt. ~~Und wir meinen auch~~ das ist Uns ist damals auch erläutert worden, dass es im Vertrag alle möglichen Regeln gibt, die Anpassungen erlaubt hätten. Warum man gleichwohl anders vorangegangen ist, müsste man sich ~~aber auch vom Bundesministerium oder deren Beratern den Prozessbetreibern~~ erklären lassen. Daher würde ich annehmen, dass die verschiedenen Varianten - kommt man mit einer vertraglichen Anpassung aus ~~durch~~, oder kündigt man ~~- eigentlich~~ schon während der Verhandlungen und auch danach relativ intensiv besprochen gewesen worden sein müssen. ~~Denn~~ ansonsten hätte kann man den Vertrag nicht darauf aufbauen können. Ich weiß, dass es auf Seiten des Bundes auch eine gewisse Hoffnung gab, dass die Entscheidung niemals nicht so stark nachteilig ausfallen würde. Diese Hoffnung war, glaube ich, warein bisschen ge-

prägt durch die Erfahrungen, die man im Vertragsverletzungsverfahren mit der Kommission gemacht hatte. Dort hatte man Bedenken, ~~die ja~~ dann ja mehr oder weniger durch eine auf so eine Spreizungsregelung für die Mautsätze auffangen können. ~~gekomen war; also ein völlig anderer Punkt, den man anders adressieren konnte. Also, das müsste man sich mal an gucken.~~ - Deswegen glaube ich, dass es auf Seiten des Bundes da möglicherweise ~~sehr~~ viel mehr Vorlauf und sehr viel mehr Überlegungen gab.

~~Der~~ Zum zweiten Punkt: - Von den Handlungsalternativen hängt auch ein bisschen ab, wie schnell man reagieren kann. Wenn ~~dieses~~ etwas entsprechend vorbereitet sind und man sich darüber Gedanken gemacht hat, kann man natürlich auch schnell eine Entscheidung treffen. ~~Ja, das ist es.~~

**Oliver Luksic (FDP):** Der dritte Punkt vielleicht noch ganz kurz: Ist Folge der Kündigung nur wegen eines ordnungspolitischen Grundes automatisch Schadenersatz? Würden Sie der Auffassung zustimmen, dass das automatisch so wäre?

**Sachverständiger Dr. Jan Endler:** Ja, das ist so. Alles, was wir bislang angeschaut haben, war ja immer bezogen auf eine Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen, die dann zu der entsprechenden Entschädigung führt. ~~den explizit genannten Grund, das Normative, dass das aufgrund der Gerichtsentscheidung würde nicht gehalten werden können.~~ - Ob man zu anderen Kündigungsgründen oder, Teilkündigungen hätte kommen können ~~das hätte man ja alles anpassen müssen~~ und/oder den Vertrag hätte aufrechterhalten können, das kann ich Ihnen nicht sagen. Das müsste man sich im Einzelnen anschauen.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Danke schön. - Dann Herr Kühn und dann Frau Lühmann.

**Stephan Kühn (Dresden) (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Ich komme noch mal auf die Risikobewertung, das Risikomanagement im Vergabeprozess zurück, was ja nicht zu trennen ist von den parallel laufenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof. Herr Endler hat ja schon das Thema „mündliche Verhandlung“ angesprochen und gesagt, dass es sozusagen ein gutes Signal war, dass wenige Fragen kamen. Nur hat der EuGH ja - das

ist die Frage an Herrn Nunez Müller - extra bei  
der Kommission nachgefragt, warum sie denn



## Nur zur dienstlichen Verwendung

das Vergabeverfahren eingestellt hat. Ist das üblich, und wie ist das zu bewerten? Also: Hätten da sozusagen die Alarmglocken schrillen müssen?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Es ist durchaus üblich, dass der EuGH zur Aufklärung Fragen stellt, sei es an die Verfahrensbeteiligten, sei es an ein nichtbeteiligtes Organ wie die Kommission. Das ist hier vielleicht deswegen noch eher wahrscheinlich gewesen, weil die Kommission sich ja nicht proaktiv selbst beteiligt hatte und dementsprechend der EuGH niemanden im Verfahren hatte, der ihm über die Gründe der Einstellung aus dem Kreis der Verfahrensbeteiligten selbst hätte Auskunft geben können. Die Alarmglocken hätten nicht läuten müssen bei dieser Nachfrage; die Alarmglocken hätten läuten müssen spätestens bei der Antwort, die die Kommission gegeben hat, die nämlich sehr deutlich gemacht hat, dass die Einstellung primär poli-tisch - und zwar wörtlich, nach wörtlicher Ein-lassung der Kommission - oder jedenfalls poli-tisch im Sinne einer Konsensbildung über die Pkw-Maut motiviert war. Die Kommission hat, je-denfalls in der Einlassung, so wie ich sie im EuGH-Urteil referiert sehe, nicht auf rechtlicher Ebene ihre Einstellung gerechtfertigt.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** Frau Lühmann, bitte.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Wir sind hier ganz weit aus unserem eigentlichen Thema raus; aber, Herr Vorsitzender, ich stelle auch noch eine Frage, die einfach zwingend ist. Herr Nunez Müller, Sie ha-ben eben ausgeführt, dass die Kündigung nicht zwingend gewesen wäre, man hätte dem Urteil auch Rechnung tragen können, indem man ein-fach den einen Teil verwirklicht und den ande-ren nicht, nämlich die Entlastung bei der Kfz-Steuer. Stimmen Sie mir zu, dass das nicht um-zusetzen, eines erneuten Beschlusses des Bun-destages bedurft hätte?

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Das ist hier in der Tat eine trickreiche Frage. Sie werden wahrscheinlich ein Ja von mir hören wollen; aber ich würde aus europarechtlicher Perspektive antworten: Infolge des Feststellungsurteils des

EuGH ist das Zweite Verkehrsteueränderungs-gesetz in seiner Bezugnahme auf das Infrastrukturabgabengesetz unanwendbar geworden, und zwar, weil eben das EU-Recht Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht genießt. Sprich: Der Deutsche Bundestag mag das jetzt noch aufheben oder auch nicht, er darf es jedenfalls - und das entsprechende Ministerium - nicht mehr anwenden. Und ob jetzt der Deutsche Bundestag rein verfassungsrechtlich das hätte aufheben müssen, das ist eine Frage, die Verfassungsrechtler beantworten müssen. Zu diesem erlauchten Kreis gehöre ich nicht, jedenfalls nicht in erster Linie.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Aber wenn Sie das so sagen, dass ein Teil des Gesetzes nur nicht angewandt werden muss, dann kann doch auch der andere Teil nicht angewandt werden; also dann war es doch die freie Entscheidung. Das Gericht hat doch nur gesagt: Beide Gesetze zusammen dürfen nicht angewandt werden. So. Und jetzt ist die Entscheidungsfrage: Wende ich das eine nicht an, wende ich das andere nicht an, oder wende ich beide nicht an? Aber man kann doch nicht einfach sagen: Den Auftrag des Bundestages setze ich jetzt in einem Fall nicht um; und ich entscheide mal frei, welcher Fall das ist.

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:** Der EuGH hat nur auf die beiden Gesetze in ihrer Wechselwirkung unter ausdrücklicher Bezug-nahme auf die Diskriminierung zugunsten deut-scher Pkw-Halter und die Warenverkehrsfrei-heitsbeeinträchtigung durch die Besserstellung deutscher Pkw-Halter geantwortet. Er hat sich an keiner Stelle kritisch auseinandergesetzt mit der Infrastrukturabgabenerhebung an und für sich. Von daher würde sowohl aus dem Tenor des EuGH-Urteils wie aus den Urteilsgründen nur eine Unanwendbarkeit dessen folgen, was hier der EuGH als EU-widrig gesehen hat, nämlich der positiven Diskriminierung zugunsten deutscher Pkw-Halter durch die Kompensation und der Wa-renverkehrsbeeinträchtigung durch ebendiese Kompensation.

**Kirsten Lühmann (SPD):** Das geht doch nicht. Damit wäre doch der gesamte Wille des Deutschen Bundestages konterkariert worden.



## Nur zur dienstlichen Verwendung

**Sachverständiger Dr. Marco Nunez Müller:**

Der EuGH kümmert sich, offen gestanden, nicht so sehr darum - er ist dafür auch gar nicht zuständig -, wie die verfassungsrechtlichen Gegebenheiten in einem Mitgliedstaat sind. Der EuGH stellt fest, ob bestimmte Maßnahmen EU-widrig sind. Aus der Treupflicht der Mitgliedstaaten und der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt eben, dass sich ein Mitgliedstaat an ein solches Urteil halten muss. Wie er dies tut, welche verfassungsrechtlichen Maßnahmen er da ergreift, ist ihm völlig überlassen. Jedenfalls auf EU-rechtlicher Ebene steht fest: Diese Kompensation war ab Erlass des EuGH-Urteils nicht mehr anwendbar.

**Vorsitzender Udo Schiefner:** So, das war die letzte Wortmeldung. Ich frage jetzt noch mal in die Runde: Können wir die Anhörung an der Stelle beenden? - Wird abschließend eine Zusammenfassung der beiden Sachverständigen gewünscht? - Das ist auch nicht der Fall.

Dann möchte ich mich recht herzlich bedanken und Sie beide noch mal darauf hinweisen, dass Ihnen nach der Fertigstellung das Stenografische Protokoll dieser Anhörung zugesandt wird. Sie haben dann auf jeden Fall zwei Wochen Zeit, Korrekturen an der Übertragung vorzunehmen oder Richtigstellungen und Ergänzungen Ihrer Aussage mitzuteilen. Erst nach Ablauf dieser Frist oder wenn Sie auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet haben, kann der Abschluss Ihrer Anhörung durch den Untersuchungsausschuss beschlossen werden. Über diesen Beschluss erhalten Sie dann auch eine separate Mitteilung. Nach Abschluss der Anhörung kann der Tatbestand einer falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 des Strafgesetzbuches vollendet sein. Haben Sie aus Ihrer Sicht dazu noch Fragen? - Das ist nicht der Fall. Dann noch mal herzlichen Dank.

Ich schließe hiermit die Sitzung, bedanke mich für das Interesse.

Die nächste öffentliche Beweisaufnahmesitzung wird am 30. Januar 2020 um 13.00 Uhr beginnen.

Ich wünsche den Kolleginnen und Kollegen noch einen schönen Abend.

(Schluss: 20.35 Uhr)