

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Hufeld

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

Univ.-Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M. (Columbia Law School, New York)

Helmut-Schmidt-Universität /
Universität der Bundeswehr Hamburg
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht einschließlich Vertragsgestaltung
Wagnervf@hsu-hh.de

Hamburg, den 19. August 2019

Gutachten

**Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe
vor dem Urteil des EuGH vom 18. Juni 2019:**

Budgetflüchtige Risikoverwaltung?

– Rechtliche Würdigung am Maßstab des Haushaltsverfassungsrechts –

**im Auftrag der
Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen**

Gliederungsübersicht

A. Ergebnisse im Überblick	4
B. Gutachtenauftrag	6
I. Die Verträge des Bundes mit Kapsch und Eventim	6
II. Aufbau des Gutachtens	10
C. Budgetflüchtige Verwaltungsausgaben – Maßstäbe	12
I. Der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt	12
1. Das Budgetrecht des Parlaments	12
2. Budgetfunktionen	13
a) Koordinations- und Staatslenkungsfunktion	13
b) Legitimations- und Informationsfunktion	14
c) Kontrollfunktion	15
3. Haushaltsgrundsätze	16
a) Vollständigkeit	16
b) Einzelveranschlagung – Spezialisierung	18
c) Zeitlichkeit	18
II. Der Parlamentsvorbehalt bei Vorbelastung künftiger Haushalte	19
1. Verpflichtungsermächtigung	19
2. Gewährleistungsermächtigung – Art. 115 Abs. 1 GG	20
a) Haftung aus Bürgschaft, Garantie, sonstiger Gewährleistung	21
b) Parlamentarische Risikoverantwortung	22
3. Charakteristik der Art. 115-Risiken	22
a) Risikostruktur	23
b) Risikobegrenzung	25
c) Risikopolitik	26
4. Kein Risikoermessen der Bundesregierung	27
D. Zivilrechtliche Würdigung	30
I. Gewährleistung und Garantien im Zivilrecht	30
1. Terminologie: Gewährleistung und Garantie	30
a) Gewährleistung	30
b) Garantie	31
c) Verhältnis Gewährleistung/Garantie	32
2. Unterscheidung „selbständige“ und „unselbständige“ Garantie	35
3. Abgrenzung Garantie/Bürgschaft und Garantie/Vertragsstrafe	37
4. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	39

II. Zivilrechtliche Qualifikation der Entschädigungsregelungen in den Verträgen	
<i>Erhebung</i> und <i>Automatische Kontrolle</i>	39
1. Vertrag <i>Erhebung</i>	39
a) Garantie	39
b) Selbständigkeit der Garantie	41
c) Außergewöhnliche Risikoverteilung: Abweichen vom gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB	42
2. Vertrag <i>Automatische Kontrolle</i>	44
III. Ergebnis der zivilrechtlichen Prüfung	45
E. Haushaltsrisikopolitik und Haushaltsverfassungsrecht	47
I. Vorbereitung der Infrastrukturabgabe: Haushaltsrisikopolitik	47
1. Haushaltsplanerische „Vorbereitung der Erhebung“	48
2. Risikokontext 2013–2018 und Risikoentscheidung 2018	49
II. Haushaltsrechtliche Würdigung	52
1. Zweifacher Ermächtigungsbedarf	52
2. Art. 115-Risiken im Vertrag <i>Erhebung</i>	53
a) Indizielle Bedeutung der zivilrechtlichen Qualifikation	53
b) Nochmals: Risikoübernahme im Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 GG	55
3. Keine Risikodeckung im Haushaltsplan 2018	57
a) „Spezialisierte“ Zweckbindung im Titel 532 34	57
b) Die Wahrscheinlichkeitsbasis des Titels 532 34	58
4. Vorbehaltswidrige Ermessensausübung des BMVI	59
5. Keine Notbewilligung	60
F. Gesamtergebnis	61

Der Autor *Hufeld* zeichnet verantwortlich
für die Abschnitte A, C, E und F.

Der Autor *Wagner-von Papp* zeichnet verantwortlich
für die Abschnitte B und D.

A. Ergebnisse im Überblick

1. Die Hoheit des Parlaments über Einnahmen und Ausgaben – das parlamentarische Budgetrecht – ist ein altherwürdiges, für die Demokratie fundamentales Bauelement des parlamentarischen Regierungssystems. Ausgaben außerhalb des Budgets sind verfassungswidrig (Art. 110 GG). Das gilt auch für die Inpflichtnahme des Bundes, die in späteren Haushaltsjahren kassenwirksam wird (Vorbelastung), und gilt insbesondere für die Übernahme ungewisser Haftungsrisiken (Art. 115 Abs. 1 GG).
2. Der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt wird näher ausgeformt in Haushaltsgrundsätzen. Jährlichkeit und Vollständigkeit des Haushalts und die zweckgenaue Einzelveranschlagung ermöglichen budgetäre Lenkung, Legitimation und Kontrolle (Budgetfunktionen). Der budgetflüchtigen Verwaltungsausgabe der Exekutive fehlt demokratische Legitimation. Das gilt auch und erst recht für die budgetflüchtige Vorbelastung. Sie ist freihändige, parlamentarisch unkontrollierte Entscheidung: Kompetenzmaßnahme mit illegitimer Vorfestlegung der späteren Haushaltsplanung.
3. Der Bund übernimmt durch Verpflichtung (§ 38 BHO) unbedingte Verwaltungsschulden. Mit der Gewährleistung (§ 39 BHO) lässt er sich auf potentielle Schulden im ungewissen Haftungsfall ein. Die Verpflichtung ist kalkulierbar, die Gewährleistung ein Kalkulationsproblem. Art. 115 Abs. 1 GG nimmt den Bundestag in die Haushaltsverantwortung für alle Gewährleistungsformate. Risikopolitik mit der ihr zugrundeliegenden Risikobewertung wird dem Parlament vorbehalten, der Regierung vorenthalten.
4. Art. 115 Abs. 1 GG, § 39 Abs. 1 BHO zielen auf politisch gewillkürte, haushaltspolitisch eigenständige, in der Vertragsgestaltung atypische Risiken (außerordentliche Haftungsrisikopolitik). Sie verlangen deshalb eine „der Höhe nach“ bestimmte, zudem ausdrückliche, gerade auf das besondere Gewährleistungsrisiko bezogene Grundlegung durch Bundesgesetz.
5. Das Haushaltsrecht begründet zweifachen Ermächtigungsbedarf für Verträge, die alternative Szenarien programmieren und „Art. 115-Risiken“ einschließen. Die Verpflichtungsermächtigung deckt nicht die Übernahme von Haftungsrisiken im „Art. 115-Format“. Sie erlaubt Vorbelastungen aus der (vermeintlich) sicheren/wahrscheinlichen Vertragsdurchführung. Nur die gesetzliche Gewährleistungsermächtigung kann die Risikoübernahme für den Fall der (vermeintlich) unwahrscheinlichen Haftung tragen.

6. Die zivilrechtliche Qualifikation ergibt, dass sich das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in den Maut-Verträgen vom Oktober und Dezember 2018 auf selbständige Garantieverprechen eingelassen hat. Die Risikoverteilung im Vertrag „Automatische Kontrolle“ entspricht immerhin dem gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB. Die Garantie im Vertrag „Erhebung“ sieht dagegen eine Schadensersatzzahlung vor, die ein aus Sicht der Vertragsparteien zufälliges Risiko vollständig und einseitig auf den Bund verlagert. Dieser hat nach Kündigung aus wichtigem Grund für das volle positive Interesse des Betreibers über die gesamte Laufzeit von zwölf Jahren einzustehen. Die Abrede weicht gravierend vom gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB ab.
7. Für die selbständige Garantie im Vertrag „Automatische Kontrolle“ kommt eine teleologische Reduktion des Art. 115 Abs. 1 GG in Betracht. Hingegen ist das Garantieverprechen im Vertrag „Erhebung“ eine Gewährleistungszusage im Anwendungsbereich des Art. 115 Abs. 1 GG: außerordentliche Haftungsrisikopolitik. Die Vertragsgestaltung bürdet dem Bund haushaltspolitisch eigenständige, atypische Risiken auf.
8. Die Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2018 (Einzelplan 12) deckt künftige „Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“. In Übereinstimmung mit den Budgetfunktionen (Lenkung, Legitimation und Kontrolle) hat der Bundestag die Verpflichtungsermächtigung mit einer „spezialisierten“ Zweckbindung versehen, „speziell“ zugeschnitten auf die Durchführung der Maut-Betreiberverträge.
9. Die Erklärung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom Juli 2019 legt nahe, dass das Ministerium den Haushaltsplan 2018 auch für die riskante Garantie im Vertrag „Erhebung“ in Anspruch nehmen will. Mit Ausdehnung der Verpflichtungsermächtigung auf Risiken im „Art. 115-Format“ wird der zweifache Ermächtigungsbedarf überspielt.
10. Der Adressat der Verpflichtungsermächtigung, der eine implizite Risikoermächtigung für sich reklamiert, verletzt budgetflüchtig Haushaltsverfassungs- und einfaches Haushaltsrecht (Art. 115 Abs. 1 GG, §§ 38, 39 BHO). Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat im Dezember 2018 das Risikoermessen an sich gezogen, das Art. 115 Abs. 1 GG dem Parlament vorbehält, freihändig der Garantie im Vertrag „Erhebung“ zugestimmt und damit ohne Ermächtigungsgrundlage die künftige Haushaltsplanung des Bundes mit einem Gewährleistungsrisiko vorbelastet.

B. Gutachtenauftrag

Die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen hat die Gutachter beauftragt, die zur Umsetzung der Infrastrukturabgabe im Oktober und Dezember 2018 geschlossenen Verträge (ausführlich u. sub I) zivil- und verfassungsrechtlich zu würdigen. In der Diskussion steht insbesondere, ob das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Gewährleistungsrisiken übernommen hat und eine etwaige Risikoübernahme mit Art. 115 Abs. 1 GG vereinbar ist.

I. Die Verträge des Bundes mit Kapsch und Eventim

Die Erhebung und Kontrolle der Infrastrukturabgabe (Pkw-Maut) ist in zwei Verträgen geregelt, dem Vertrag „*Erhebung*“¹

Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe („Vertrag“, bzw. in diesem Gutachten „Vertrag *Erhebung*“) zwischen der Bundesrepublik Deutschland („Auftraggeber“) einerseits, sowie der autoTicket GmbH („Betreiber“) und der CTS Eventim AG & Co. KGaA („Gesellschafter 1“) und der Kapsch TrafficCom AG („Gesellschafter 2“) andererseits, nebst Anlagen, verhandelt am 30.12.2018 in Berlin

und dem Vertrag „*Automatische Kontrolle*“²

Vertrag über die Planung, Entwicklung, Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems („Vertrag“, bzw. in diesem Gutachten „Vertrag *Automatische Kontrolle*“) zwischen der Bundesrepublik Deutschland („Auftraggeber“) und der MTS Maut & Telematik Services GmbH („Auftragnehmer“) und der Kapsch TrafficCom AG („Gesellschafter“), nebst Anlagen, vom 22.10.2018.

Die beiden Verträge *Erhebung* und *Automatische Kontrolle* sehen Regelungen zur Kündigung des jeweiligen Vertrages durch den Auftraggeber aufgrund „ordnungspolitischer Gründe“ vor, zu denen unter anderem zählen:

¹ In geschwärzter Fassung inkl. Anlagen zugänglich über https://c18004-o.l.core.cdn.streamfarm.net/18004initag/ondemand/3706initag/bmvi/dateien/20190719_bmvi_info.pdf. Gesellschafter 1 und Gesellschafter 2 gemeinsam werden auch als „der Gesellschafter“ bezeichnet. Gesellschafter und Betreiber werden gemeinschaftlich auch als „Betreiberparteien“ (bzw. jeweils als „Betreiberpartei“) bezeichnet. Auftraggeber und Betreiberparteien werden als „Parteien“ (bzw. jeweils als „Partei“) bezeichnet.

² In geschwärzter Fassung inkl. der Anlagen mit Ausnahme der Anlagen 1.4, 16.2.3b und 21.2.6 erhältlich über https://c18004-o.l.core.cdn.streamfarm.net/18004initag/ondemand/3706initag/bmvi/dateien/01290722_betrieb_final.pdf. In diesem Vertrag *Automatische Kontrolle* werden der Gesellschafter und der Auftragnehmer gemeinsam als „Auftragnehmerparteien“ (oder jeweils als „Auftragnehmerpartei“) bezeichnet, Auftraggeber und Auftragnehmerparteien gemeinsam als „Parteien“ bzw. jeweils als „Partei“.

„Entscheidungen [...] europäischer Gerichte [...], die eine Kündigung durch den Auftraggeber (ganz oder teilweise) erforderlich oder dem Auftraggeber die Weiterführung des Vertrags in der bestehenden Form unzumutbar machen, auch soweit eine solche [...] Entscheidung [...] bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist.“³

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

Im Vertrag *Erhebung* ergibt sich die Rechtsfolge einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen aus Ziffer 30.5.4, die in den hier relevanten Teilen wie folgt lautet:

„(i) Kündigt der Auftraggeber den Vertrag gemäß [...] Ziffer 26.3.4v) [*Anm.*: also aufgrund ordnungspolitischer Gründe], [...] ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 erfüllt ist, [...] und (ii) handelt es sich dabei jeweils um einen Fall der Beendigung ohne Übernahme [...], hat der Betreiber Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises, wie er sich auf Basis der **Anlage 29.5.1** ergeben würde, wenn ein Angebot Dritterwerb Aktiva angenommen worden wäre; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen oder durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen (einschließlich der Verwendung in Verbundenen Unternehmen) erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen. Außerdem gilt Ziffer 20.9.1e) entsprechend [*Anm.*: letztere Ziffer erlegt den Betreiberparteien eine Schadensminderungsobliegenheit auf]. Der Betreiber hat detailliert dazu vorzutragen und zu beziffern, was er sich anrechnen lässt und was nicht und jegliche Nichtanrechnung detailliert zu begründen. Darüberhinausgehende Ansprüche der Betreiberparteien sind ausgeschlossen, soweit dieser Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder vorsätzliches Handeln des Auftraggebers den Anspruch begründet. [...]“.⁴

Anlage 29.5.1 zum Vertrag *Erhebung*, auf den die oben zitierte Ziffer 30.5.4 verweist, bestimmt für den Fall der Kündigung durch den Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen, ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 vorliegt, als Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände den *Bruttounternehmenswert*, wie er sich aus Anlage 28.4.1 Teil A ergibt, aber ohne die Abzüge, die dort für die Ermittlung des Equity Values vorgesehen sind.⁵ Allerdings soll der Bruttounternehmenswert bei Rückstellungen in der Bilanz des

³ Insoweit im Wesentlichen gleichlautend Ziffer 26.3.4v) des Vertrages *Erhebung* und Ziffer 32.3.2s) des Vertrages *Automatische Kontrolle*.

⁴ Hervorhebung im Fettdruck im Original; Anmerkungen hinzugefügt.

⁵ Das ergibt sich aus Anlage 29.5.1, Ziffer 2b) i.V.m. dem ersten Absatz der Anlage 29.5.1.

Betreibers für Pensionen und ähnliche Verpflichtungen i.S.d. § 266 Abs. 3 lit B Nr. 1 HGB angepasst werden, sofern nicht die Verpflichtungen beim Verkäufer verbleiben oder bereits in der Ermittlung des Bruttoundernehmenswerts berücksichtigt wurden. Die exakten Modalitäten der Anpassung des Bruttoundernehmenswerts sind etwas unklar, da die Formulierung der entsprechenden Vertragsklausel unvollständig ist.⁶

Gemäß Anlage 28.4.1 Teil A 1. wird der

„objektivierte Gesamtunternehmenswert (*Bruttoundernehmenswert, Enterprise Value*) des Betreibers [...] mit Hilfe der Discounted Cash-Flow Methode (DCF) auf Basis der Bruttokapitalisierung (WACC-Ansatz) als objektivierter Unternehmenswert gemäß den Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) (IDW S 1) in der zum Bewertungsstichtag aktuellen Fassung ermittelt (**Bruttoundernehmenswert**)“.⁷

Zur Ermittlung des Bruttoundernehmenswertes „ist die Restlaufzeit des Vertrages bis zum Ende der Ordentlichen Laufzeit (bzw. etwaiger Verlängerungszeiträume) zugrunde zu legen; eine etwaige Kündigung des Vertrages bleibt hierbei unberücksichtigt.“⁸ Die „Ordentliche Laufzeit“ ist definiert in Ziffer 26.2.1 des Vertrages *Erhebung* und beginnt danach „mit dem Vertragsbeginn [*Anm.: dies ist gem. Ziffer 26.1.1 des Vertrages Erhebung der 1.1.2019, 00.00 Uhr*] und endet zwölf Jahre nach Beginn der Erhebung [...]“.

Die Rechtsfolge einer Kündigung durch den Auftraggeber allein aufgrund ordnungspolitischer Gründe ist nach dem Vertrag demgemäß der objektivierte Unternehmenswert (Bruttoundernehmenswert) nach WACC, wie er sich ergäbe, wenn die Tätigkeit über 12 Jahre nach Beginn der Erhebung fortgeführt worden wäre.

Auch im Vertrag *Automatische Kontrolle* sind ordnungspolitische Gründe als Kündigungsgrund für den Auftraggeber vorgesehen (Ziffer 32.3.2s)).⁹ Die Rechtsfolgen im Falle der Kündigung durch den Auftraggeber aufgrund ordnungspolitischer Gründe sind in Ziffer 33.4.2 geregelt. Die Entschädigung ist nach Vertragsphasen gestaffelt.

⁶ Die Klausel lautet: „Sofern [...] auf den Bruttoundernehmenswert [...] abgestellt wird, wird dieser [...] angepasst, indem Rückstellungen in der Bilanz des Betreibers für Pensionen und ähnliche Verpflichtungen i.S.d. § 266 Abs. 3 lit B Nr. 1 HGB.“ Es fehlt das Prädikat des Nebensatzes.

⁷ Kursivierungen und Fettdruck im Original.

⁸ Anlage 28.4.1 Teil A 4., erster Satz.

⁹ Die Definition der ordnungspolitischen Gründe ist nahezu identisch mit derjenigen im Vertrag *Erhebung*; s.o. Text zu und Nachweise in Fn. 3.

In „Phase 1 und 2“¹⁰ ist derjenige Anteil der „Festen Vergütung I“¹¹ zu entrichten, der dem Anteil der errichteten bzw. beschafften „Technischen Lösung“¹² zum Stichtag des Wirksamwerdens der Kündigung entspricht, zuzüglich des Wertes nachgewiesener Ansprüche Dritter gegen den Auftragnehmer aufgrund der vorzeitigen Beendigung der Verträge (breakage costs),¹³ abzüglich des Wertes der Zahlungsansprüche und Gewinne des Auftragnehmers aufgrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung (breakage gains), der Zahlungsansprüche des Auftragnehmers gegen Versicherungen im Zusammenhang mit der Kündigung, sowie derjenigen Aufwendungen, die eine der Auftragnehmerparteien erspart, und desjenigen, was eine Auftragnehmerpartei erwirbt oder zu erwerben schuldhaft unterlässt.¹⁴ Die Bestandteile sind auf den Stichtag des Wirksamwerdens der Kündigung zu diskontieren.¹⁵ Im Gegenzug kann der Auftraggeber entweder Übertragung des Eigentums an den existierenden „Physischen Komponenten“ verlangen¹⁶ oder ihren Abbau sowie ihre Entsorgung.¹⁷

Bei einer Kündigung durch den Auftraggeber aufgrund ordnungspolitischer Gründe in „Phase 3“¹⁸ ergibt sich ein Anspruch auf einmalige Zahlung, die sich

¹⁰ Phase 1 umfasst die Planung und Konzeptionierung, Phase 2 die Beschaffung, Errichtung und Inbetriebnahme der Technischen Lösung. Siehe Ziffer 5.2.1a) und b), sowie die Details in Ziffer 6 (Phase 1: Planung und Konzeptionierung), Ziffer 7 (Phase 2 A: Beschaffung und Errichtung) und Ziffer 8 (Phase 2 B: Inbetriebnahme). Nach Ziffer 10 (Meilensteine und Zeitplan) sollten die vollständigen Spezifikationsdokumente in vertragsgemäßer Form (Phase 1) 168 Tage nach Vertragsbeginn vorgelegt werden (Ziffer 10.1.1), der erste Meilenstein der Phase 2 sollte 182 Tage nach dem ersten Meilenstein erreicht sein (Ziffer 10.1.2) etc. Die Spezifikationsdokumente wurden nach Angaben der Bundesregierung nicht zu dem in Ziffer 10.1.1 vorgesehenen Zeitraum vorgelegt, so dass die Kündigung am 19.6.2019 wohl noch in Phase 1, allenfalls in Phase 2 erfolgte.

¹¹ Die „Feste Vergütung I“ ist definiert in Ziffer 25.2.1 des Vertrages *Automatische Kontrolle*, die auf Ziffer 1 des Preisblattes verweist. Sie „stellt die Vergütung des Auftragnehmers in Abgeltung der Verschaffung des Eigentums an Physischen Komponenten nach Ziffer 24 und der Einräumung bzw. Übertragung von Vertragsrechten nach Ziffer 23.4 in den Phasen 1 und 2, zzgl. der darauf anfallenden Umsatzsteuer in der jeweiligen gesetzlichen Höhe, dar“.

¹² Siehe Ziffer 5.1.1 des Vertrages *Automatische Kontrolle*: Die Technische Lösung umfasst „das gesamte vom Auftragnehmer nach diesem Vertrag zu errichtende und zu liefernde System zur automatischen Kontrolle der Infrastrukturabgabe.“

¹³ Ziffer 33.4.2a) aa) und bb) des Vertrages *Automatische Kontrolle*.

¹⁴ Ziffer 33.4.2a) cc), dd) und ee) des Vertrages *Automatische Kontrolle*.

¹⁵ Ziffer 33.4.2a), zweiter Absatz, des Vertrages *Automatische Kontrolle*. Als Zinssatz wird der in Ziffer 5 des Preisblattes angegebene Zinssatz verwendet. Sofern zum Kündigungsstichtag das Finanzmodell gemäß Ziffer 16.2.3a) erfolgt ist, sind die dort ermittelten durchschnittlichen gewichteten Kapitalkosten (Anl. 16.2.3b), Ziffer 3 anzusetzen.

¹⁶ Es wird auf Ziffer 24 des Vertrages *Automatische Kontrolle* verwiesen.

¹⁷ Ziffer 33.4.2a), dritter Absatz, des Vertrages *Automatische Kontrolle*.

¹⁸ Siehe Ziffer 5.2.1c), sowie die Details in Ziffer 9 (Phase 3: Betrieb und Wartung der Technischen Lösung).

zusammensetzt aus der auf die restliche „Ordentliche Laufzeit“¹⁹ bezogen anteiligen „Festen Vergütung I“²⁰ sowie indexierten anteiligen „Festen Vergütung II“²¹ und den nachgewiesenen Ansprüchen Dritter gegen den Auftragnehmer aufgrund der vorzeitigen Beendigung der Verträge (breakage costs)²². Hiervon abgezogen werden die gleichen Abzugsposten wie bei Kündigung in Phase I sowie zusätzlich der Verkehrswert des Sachvermögens (außer den „Physischen Komponenten“) zum Stichtag des Wirksamwerdens der Kündigung sowie das Barvermögen des Auftragnehmers²³. Die Bestandteile sind in der gleichen Weise zu diskontieren wie bei Kündigung in Phasen 1 oder 2²⁴. Im Gegenzug kann der Auftraggeber bei Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen in Phase 3 lediglich verlangen, dass der Auftragnehmer „Optionale Leistungen“²⁵ zum Rückbau der Technischen Lösung erbringt²⁶.

II. Aufbau des Gutachtens

Das Gutachten klärt zunächst die Maßstäbe des Haushaltsverfassungsrechts. Abschnitt C erörtert die Haupt- und Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages für die Haushaltswirtschaft des Bundes (Vollständigkeit der Haushaltsplanung, Totalitätsprinzip). Die Budgetfunktionen und Haushaltsgrundsätze konkretisieren den haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt (sub C I). Der besondere Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG für Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen erweist sich als spezifische – verschärfende – Ausprägung der parlamentarischen Hoheit in der Ausgabenpolitik (sub C II).

Entlang dieser Maßstäbe würdigt das Gutachten die „Maut-Verträge“ vom Oktober und Dezember 2018 zivilrechtlich (sub D) und haushaltsverfassungsrechtlich (sub E), berücksichtigt insbesondere den Risikokontext in der Vorbereitung der Infrastrukturabgabe 2013–2018 und die Risikoentscheidung 2018 (sub E I). Der Befund, dass der Vertrag *Erhebung* (Dezember 2018) ein zivilrechtlich selbständi-

¹⁹ Auch im Vertrag *Automatische Kontrolle* beträgt die Ordentliche Laufzeit zwölf Jahre nach dem Beginn der Erhebung der Infrastrukturabgabe nach § 16 Abs. 2 InfrAG, s. Ziffer 32.2.1 des Vertrages *Automatische Kontrolle*.

²⁰ S.o. in Fn. 11.

²¹ Die „Feste Vergütung II“ bestimmt sich nach Ziffer 25.2.2 des Vertrages *Automatische Kontrolle*. Zunächst bestimmt sie sich nach Ziffer 2 des Preisblattes; sie wird dann jährlich nach dem in Ziffer 25.2.2 vorgesehenen System angepasst.

²² Ziffer 33.4.2b) aa)–cc).

²³ Ziffer 33.4.2b) dd)–gg).

²⁴ Ziffer 33.4.2b) Abs. 2.

²⁵ Dazu Ziffer 5.3 des Vertrages *Automatische Kontrolle*.

²⁶ Ziffer 33.4.2b) Abs. 3.

ges und haushaltspolitisch außerordentliches – außerordentlich riskantes – Garantieverprechen einschließt, führt diese Gewährleistungszusage in den Anwendungsbereich des Art. 115 Abs. 1 GG (sub E II).

C. Budgetflüchtige Verwaltungsausgaben – Maßstäbe

Einer Mittelverwendung der Exekutive, die nicht budgetiert worden ist, fehlt die Rechtsgrundlage im Haushaltsplan und im Haushaltsgesetz. Parlamentarische Ausgabenbewilligung ist die demokratische Regel, die „etatlose“ Ausgabe allenfalls ein Notbehelf.

Die *budgetflüchtige Verwaltungsausgabe ohne Rechtfertigungsgrundlage* – im Gesetz (Art. 110 Abs. 2, Art. 115 Abs. 1 GG) oder ausnahmsweise in der Notbewilligung des Bundesfinanzministers (Art. 112 GG) – ist rechtswidrig und eine Verletzung des Verfassungsrechts. Die Maßstäbe finden sich im Haushaltsverfassungsrecht. Im Zentrum steht der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt (u. I). Bei Vorbelastung künftiger Haushalte greifen spezifische Regeln; für Bürgschaften, Garantien und Gewährleistungen gilt der besondere Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG (u. II).

I. Der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt

Das Prinzip der parlamentarische Ausgabenbewilligung, historisch tief verwurzelt²⁷ und heute „Gemeingut aller Verfassungsstaaten“²⁸, ist eine wesentliche Ausprägung des parlamentarischen Budgetrechts (u. 1) und wird verfassungsrechtlich näher entfaltet in Budgetfunktionen (u. 2) und Haushaltsgrundsätzen (u. 3).

1. Das Budgetrecht des Parlaments

Die Hoheit des Parlaments über Einnahmen und Ausgaben ist ein altherwürdiges, für die Demokratie fundamentales Bauelement des parlamentarischen Regierungssystems. Indem der Deutsche Bundestag den Bundeshaushalt in Einnahme und Ausgabe ausgleicht (Art. 110 Abs. 1 Satz 2 GG), rechtfertigt er den Einnahmenbedarf und damit die Gesamtsteuerbelastung; indem er „alle zu Buche schlagenden staatlichen Aktivitäten“²⁹ einzeln veranschlagt, lenkt und legitimiert er das gesamte Handeln der Exekutive auf Bundesebene. Daraus erklärt sich die strenge Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Umgang mit Einnahmen und Ausgaben „*außerhalb des Budgets*“³⁰. Ein realitätsfremdes, nur „papier-

²⁷ R. Mußgnug, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 113 ff.

²⁸ Chr. Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 122.

²⁹ BVerfGE 70, 324 (357).

³⁰ BVerfGE 82, 159 (179); BVerfGE 91, 186 (202); BVerfGE 93, 319 (343); BVerfGE 108, 1 (16); BVerfGE 108, 186 (216); BVerfGE 110, 370 (388); BVerfGE 113, 128 (147).

renes Gleichgewicht“³¹ und insbesondere nicht-budgetierte Ausgaben durchkreuzen die elementare Aufgabe des Parlaments, die staatliche Haushaltswirtschaft umfassend zu lenken und zu kontrollieren. *Budgetflüchtiges kassenwirksames Handeln der Verwaltung* ist ein Demokratieproblem.

Das Budgetrecht des Bundestages findet festen Rückhalt im Gesetzesvorbehalt des Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG: Der Haushaltsplan wird „durch das Haushaltsgesetz festgestellt“. Der Vorbehalt sichert im Haushaltskreislauf³² die „überragende verfassungsrechtliche Stellung des Gesetzgebers im Verhältnis zu den anderen an der Aufstellung des Haushaltsplans beteiligten Verfassungsorganen“³³. Die Budgetverantwortung des Deutschen Bundestages ist eine umfassend politische und handlungsförmlich fundierte – die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben ist „grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat“³⁴ und „staatsleitender Hoheitsakt in Gesetzesform“³⁵ mit legitimatorischer Kraft.

Die Verankerung der Budgetgewalt im Demokratieprinzip vermittelt ihren Ausprägungen – den Budgetfunktionen (u. sub 2) und den Haushaltsgrundsätzen (u. sub 3) – besonderes Gewicht. Sie sind parlamentsfreundlich zu entfalten, auszurichten auf die Legitimationsfunktion des Haushaltsgesetzes und die „besondere Stellung“³⁶ des Haushaltsgesetzgebers. Auch die näheren Konkretisierungen im einfachen Haushaltsrecht sind dem demokratisch-parlamentarischen Haushaltsverfassungsrecht verpflichtet.

2. Budgetfunktionen

a) Koordinations- und Staatslenkungsfunktion

Die parlamentarische Hoheit über die Haushaltsplanung setzt den Zugriff auf ein vollständiges Budget voraus. Mit Zusammenstellung und Abstimmung aller Einnahmen und Ausgaben kommt dem Haushaltsplan eine Koordinationsfunktion

³¹ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Bd. II, 1980, S. 1239.

³² Chr. Gröpl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Losebl.), Art. 110 Rn. 107 ff. (Stand 2015); F. Heller, *Haushaltsgrundsätze für Bund, Ländern und Gemeinden*, 2. Aufl. 2010, Rn. 691 ff.; U. Hufeld, *Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 24 ff.

³³ BVerfGE 45, 1 (32); BVerfGE 129, 124 (177).

³⁴ BVerfGE 129, 124 (177), in Anknüpfung an BVerfGE 123, 267 (359).

³⁵ Klassische Wendung: BVerfGE 45, 1 (32); BVerfGE 129, 124 (178); vgl. Chr. Hillgruber/K.-D. Drüen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG* Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 11 f.

³⁶ BVerfGE 129, 124 (178).

zu³⁷. Gewiss „hängen Umfang und Struktur des Haushalts von der Gesamtpolitik ab“³⁸ – und umgekehrt gilt, dass Politikprogramme von der Haushaltspolitik abhängen³⁹. Die Einheit des Budgets erlaubt politische Priorisierung in der Aufgabenfinanzierung. Die budgetflüchtige Verwaltungsausgabe entzieht sich der balancierten Gesamtkoordination und zugleich dem budgetären Steuerungsanspruch. Ohne spezielle Bewirtschaftungsvollmacht im Haushaltsgesetz oder Haushaltsplan droht – gegen die Staatslenkungsfunktion des parlamentarisch bewilligten Budgets – exekutive Selbstermächtigung.

Koordinations- und Staatslenkungsfunktion geben einen ersten Hinweis, dass ein im Wege budgetärer Globalermächtigungen „globalisierter“ und durch Übertragbarkeit und Deckungsfähigkeit „flexibilisierter“ Haushalt die parlamentarische Budgetverantwortung beeinträchtigen und administrativer Selbstermächtigung Vorschub leisten kann. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass der Exekutive „keine unangemessene Verfügungsmacht über die Titelsumme“ zuwachsen darf⁴⁰.

b) Legitimations- und Informationsfunktion

Indem der Haushaltsplan das „Regierungsprogramm in Gesetzesform enthält und die Regierungspolitik in Zahlen widerspiegelt“⁴¹, vermittelt er der Programmausführung umfassend parlamentarisch-demokratische Legitimation⁴². Der Haushalt ist einsehbar und nachvollziehbar, erfüllt eine Informationsfunktion in der und für die Öffentlichkeit. Die budgetflüchtige Verwaltungsausgabe verlässt die durch Haushaltsgesetz und -plan hergestellte Legitimationsbasis und entzieht sich der Einsehbarkeit der – im doppelten Sinne – öffentlichen Haushaltswirtschaft.

Die Informationsfunktion flankiert die Notwendigkeit der hinreichend spezifizierten Budgetierung. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Bundesregierung aus Art. 110 GG zur „umfassenden Information“ verpflichtet, deshalb zur Vorlage eines Haushaltsplans, „der hinreichend konkrete Angaben über Einnahmen und Ausgaben enthalten muß“⁴³. Nur für den im strengen Sinne informativen Plan

³⁷ W. Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 12.

³⁸ BVerfGE 79, 311 (329).

³⁹ R. Mußgnug, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 295, zum Haushaltsplan „als Mahner zur wirtschaftlichen Vernunft. Er weist nach, daß sich nicht alle wünschenswerten Ausgaben bezahlen lassen“.

⁴⁰ BVerfGE 70, 324 (357).

⁴¹ BVerfGE 79, 311 (329).

⁴² Chr. Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 88, 266 ff.; Chr. Hillgruber/K.-D. Drüen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 64.

⁴³ BVerfGE 70, 324 (355).

mit Einzelveranschlagungen gilt: „Umfang und Struktur des Haushaltsplans spiegeln damit die Gesamtpolitik wider.“⁴⁴

c) Kontrollfunktion

Der Kontrollfunktion des Haushaltsplans kommt dreifache Bedeutung zu, politische, maßstäbliche für die Finanzkontrolle und kompensatorische in der Kompetenzordnung:

- Im Haushalt spiegelt sich das „Regierungsprogramm“⁴⁵, weil es auf Deckung in der Finanzmacht des Staates angewiesen ist. Im Spiegel ihrer Deckungsgrundlage sind Alt- und Neuprogramme politisch diskutabel. Das Bundesverfassungsgericht zielt auf planerisch-mitgestaltende ex ante-Kontrolle und auf ex post-Kontrolle (Art. 114 Abs. 1 GG), wenn es die Haushaltsdebatte auch unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen als Generaldebatte würdigt⁴⁶ und formuliert: „Das Budgetrecht ist eines der wesentlichen Instrumente der parlamentarischen Regierungskontrolle, die die rechtsstaatliche Demokratie entscheidend prägt“⁴⁷.
- Der Haushaltsplan liefert jährlich und gegliedert („spezialisiert“) die Maßstäbe für eine umfassende Finanzkontrolle⁴⁸. Als Kontrolleure figurieren insbesondere der Bundestag selbst (Art. 114 Abs. 1 GG) und hilfsorganisch der Bundesrechnungshof (Art. 114 Abs. 2 GG). Haushaltsplanung in Gesetzesform ermöglicht die Prüfung der Kasse (Ist-Zustand) am Maßstab des Haushaltsgesetzes (Soll-Zustand)⁴⁹.
- Das Bundesverfassungsgericht verweist mit Nachdruck gerade auf die umfassende Haushaltskontrollkompetenz des Bundestages, um im Gegenzug zu rechtfertigen, dass mitunter „weitreichende politische Entscheidungen nach der gewaltenteilenden Kompetenzzuordnung des Grundgesetzes nicht durch das Parlament, sondern durch andere oberste Staatsorgane getroffen werden“. Der Kompensationsgedanke setzt allerdings den einheitlich-vollständigen Haushaltsplan und den auf dieser Grundlage vollständig kontrollierbaren Haushaltsvollzug voraus.

⁴⁴ BVerfGE 129, 124 (178).

⁴⁵ BVerfGE 79, 311 (329).

⁴⁶ BVerfGE 129, 124 (178); BVerfGE 123, 267 (361).

⁴⁷ BVerfGE 70, 324 (356); zu Art. 114 GG und zur Haushaltsvollzugskontrolle BVerfGE 129, 124 (178).

⁴⁸ W. Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 12.

⁴⁹ U. Hufeld, Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 6 ff., 10 ff.

Die budgetflüchtige Verwaltungsausgabe ist unter jedem Gesichtspunkt ein Vorgang „außer Kontrolle“: indiskutabel in der Planung, als „etatlose“ (planlose) Ausgabe illegitim und als lichtscheue Zahlung verdächtig, einer „Geheimfonds“-Politik Vorschub zu leisten⁵⁰.

3. Haushaltsgrundsätze

Die sogenannten Haushaltsgrundsätze können als Konkretisierungen zwischen Verfassungs- und „Arbeitsebene“ gelten, als *effektuierte Fundamentalsätze*. Sie sind rechtlich und praktisch bedeutsam, weil sie im Haushaltsverfassungsrecht angelegt sind und zugleich näher ausgeformt im einfachen Recht, im Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) und in der Bundeshaushaltsordnung (BHO). Im hiesigen gutachterlichen Kontext haben die Grundsätze der Vollständigkeit (sub a) und der Einzelveranschlagung (sub b) besonderes Gewicht, auch der Grundsatz der Zeitlichkeit (sub c) im Hinblick auf die Vorbelastung künftiger Haushalte (sub II).

a) Vollständigkeit

Der *Totalitätsgrundsatz* verlangt, schlechthin alle Einnahmen und Ausgaben in den Haushaltsplan einzustellen. „Alle“ steht voran in Art. 110 GG; Haushaltsgrundsatzgesetz und Bundeshaushaltsordnung führen ergänzend das Kriterium der „Voraussichtlichkeit“ und die Kategorie der Verpflichtungsermächtigung ein (§ 8 Abs. 2 HGrG; § 11 Abs. 2 BHO). In der Gesamtschau und im Rekurs auf die Wendung „voraussichtlich zu leistende Ausgaben“ zeigt sich die Unnachgiebigkeit der Vorgabe, „alles“ zu erfassen⁵¹. Vor allem aber will der Vollständigkeitsgrundsatz die Titelansätze auf der Ausgabenseite nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach veranschlagt sehen⁵². Der Haushaltsplan verletzt den Grundsatz – ist *unvollständig* –, wenn eine „voraussichtliche“ Ausgabe nicht eingestellt oder falsch taxiert wird. Das Haushaltsgesetz wiederum ist *unvollständig* und verletzt den Totalitätsgrundsatz, wenn eine Eventualverbindlichkeit ohne Ermächtigungstitel begründet wird.

⁵⁰ Der „Geheimfonds“ gilt als ausgabenseitiges Gegenstück zur „schwarzen Kasse“ auf der Einnahmenseite: M. Heintzen, Staatshaushalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 26; H. Tappe, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 11 Rn. 25.

⁵¹ Als „Ausnahme“ kann allenfalls das Sonderrecht für Bundesbetriebe und Sondervermögen gelten, vgl. § 26 BHO.

⁵² R. Aprill, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 11 BHO Rn. 10 (Stand 2008); von Lewinski/Burbat, Haushaltsgrundsatzgesetz, 2013, § 8 Rn. 18.

Das Bundesverfassungsgericht hat Parlament und Regierung für „alle zu Buche schlagenden staatlichen Aktivitäten“⁵³, mithin für „das gesamte staatliche Finanzvolumen“⁵⁴ in Verantwortung genommen. Sie sind „gleichermaßen Adressanten der haushaltsrechtlichen Verpflichtung zur Vollständigkeit des Haushaltsplans“⁵⁵. Das Gebot trifft damit zeitlich zuerst die Bundesregierung, der nach Art. 110 Abs. 3 GG, §§ 29, 30 BHO das „Einbringungsmonopol“ und eine Initiativpflicht zukommt⁵⁶.

Haushaltsgesetz und Haushaltsplan ziehen den Budgetrahmen, der die Ausgaben „außerhalb des Budgets“⁵⁷ – die budgetflüchtige Ausgabe – erkennbar macht. Über eine allgemeine Plankorrekturkompetenz verfügt die Verwaltung nicht. Das folgt aus Art. 112 GG und § 37 BHO, aus der dort festgelegten Eingrenzung überplanmäßiger und außerplanmäßiger Ausgaben „im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses“⁵⁸.

Der Vollständigkeitsgrundsatz erweist sich als Dreh- und Angelpunkt einer parlamentarisch verantwortbaren, öffentlich diskutablen Haushaltswirtschaft, auch als normative Basis der *Haushaltswahrheit* und *Haushaltsklarheit*⁵⁹. Er entfaltet normative Kraft auch und besonders in der Bewältigung planerischer Ungewissheit und Risiken. Lassen sich *der Höhe nach ungewisse Ausgaben* bei aller Sorgfalt nicht exakt beziffern, kommen „Leertitel“ in Betracht: Ansätze mit Zweckbestimmung, jedoch ohne Geldansatz⁶⁰. Lassen sich *dem Grunde und der Höhe nach ungewisse Ausgaben*, die ganz oder teilweise allenfalls in späteren Haushaltsjahren zu Buche schlagen, nicht kalkulieren, erheischt der Vollständigkeitsgrundsatz immerhin eine Risikoerlaubnis – die parlamentarische Ermächtigung, Risiken nur im Erlaubniskorridor einzugehen. Im Zusammenwirken von Rechenwerk (Haushaltsplan) und Gesetzeskraft (Haushaltsgesetz) hat sich der Totalitätsgrundsatz ausgabenseitig durchgesetzt, wenn der Haushaltsplan „alle“ Ausgaben und Ver-

⁵³ BVerfGE 70, 324 (357).

⁵⁴ BVerfGE 119, 96 (119).

⁵⁵ BVerfGE 119, 96 (119).

⁵⁶ BVerfGE 70, 324 (357); *Chr. Gröpl*, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 30 Rn. 5 ff.

⁵⁷ BVerfGE 82, 159 (179); BVerfGE 91, 186 (202); BVerfGE 93, 319 (343); BVerfGE 108, 1 (16); BVerfGE 108, 186 (216); BVerfGE 110, 370 (388); BVerfGE 113, 128 (147).

⁵⁸ Art. 112 Satz 2 GG. Dass der Bundesminister der Finanzen nicht über eine „gleichrangig neben dem parlamentarischen Bewilligungsrecht stehende Plankorrekturkompetenz“ verfügt, Art. 112 GG „lediglich eine rangmindere Ausnahme von der haushaltsrechtlichen Grundnorm des Art. 110“ darstellt (*D. Grimm*, Anm. in JZ 1977, 682), steht seit BVerfGE 45, 1, außer Streit.

⁵⁹ BVerfGE 119, 96 (118 f.); *W. Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 21: „auch verfassungsrechtlich fundiert“.

⁶⁰ *R. Aprill*, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 11 BHO Rn. 12 (Stand 2008).

pflichtungsermächtigungen und das Haushaltsgesetz „alle“ Gewährleistungsermächtigungen verzeichnet.

b) Einzelveranschlagung – Spezialisierung

Der haushaltsverfassungs- und kompetenzrechtlichen Vorgabe (o. sub 2 a), dass der Exekutive „keine unangemessene Verfügungsmacht über die Titelsumme“ zuwachsen darf⁶¹, entsprechen § 12 Abs. 4–6 HGrG und §§ 16, 17 BHO mit dem Gebot der Einzelveranschlagung. Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen sind „nach Zwecken getrennt“ zu veranschlagen; bei Verpflichtungen für mehrere Haushaltsjahre „sollen die Jahresbeträge im Haushaltsplan angegeben werden“ (§ 16 Satz 2 BHO).

Nur in der unverrückbaren Festlegung auf *bestimmte Zwecke* (Spezialisierung) kann das Parlament seine „überragende verfassungsrechtliche Stellung“⁶² für den gesamten Haushaltskreislauf behaupten. Im Zentrum steht die *Zweckbestimmung*. Sie hat „im Einzelfall klar, prägnant und genau“⁶³ zu sein. § 45 Abs. 1 Satz 1 BHO (§ 27 Abs. 1 Satz 1 HGrG) zieht mit der sachlichen und zeitlichen Bindung die Konsequenz für die Ausführung des Haushaltsplans: „*Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen dürfen nur zu dem im Haushaltsplan bezeichneten Zweck, soweit und solange er fort dauert, und nur bis zum Ende des Haushaltsjahres geleistet oder in Anspruch genommen werden.*“

Die Zweckbestimmung gilt als „harter Maßstab“⁶⁴. Eine Verwaltung, die sich der Gebundenheit an die bestimmten Zwecke entzieht, maßt sich die verfassungsrechtlich verbotene Verfügungsmacht über die Titelsumme an. Umwidmung des Titels durch freihändige Interpretation ist ausgeschlossen. Das folgt aus dem Grundsatz der Einzelveranschlagung und seiner streng reglementierten Ausnahme: nur ausnahmsweise⁶⁵, unter den Voraussetzungen der Deckungsfähigkeit (§ 15 Abs. 3 HGrG, § 20 BHO), kommt eine Umwidmung in Betracht, die Verwendung „zugunsten einer anderen Ausgabe“ (§ 45 BHO).

c) Zeitlichkeit

Der Haushaltsplan wird auf Haushaltsjahre bezogen (Jährlichkeit, § 11 Abs. 1 BHO) und gilt grundsätzlich nur für den einjährigen Planzeitraum (Jährigkeit).

⁶¹ BVerfGE 70, 324 (357).

⁶² BVerfGE 45, 1 (32); BVerfGE 129, 124 (177).

⁶³ O. Häußler, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 17 Rn. 11.

⁶⁴ H. Tappe, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 45 Rn. 16 mit Nachw.

⁶⁵ F. Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Ländern und Gemeinden, 2. Aufl. 2010, Rn. 849 f.

Auch der Doppelhaushalt trennt nach Jahren (§ 1 Satz 1 BHO). Die Zeitlichkeit der Haushaltsplanung stützt den Haushaltsausgleich von Einnahmen und Ausgaben und die Kontrollierbarkeit im Vollzug, damit die Hoheit des Parlaments über die Staatsfinanzierung (o. sub 1 und 2 c). Die jährliche Verantwortung des Parlaments für den Haushaltsausgleich mäßigt⁶⁶, erneuert rhythmisch das Gebot, Ausgaben und Einnahmen zur Deckung zu bringen. Die Vorteile der Zeitlichkeit überwiegen die Nachteile (Kurzfristdenken, „Dezemberfieber“).

Die haushaltsrechtlichen Prinzipien der Zeitlichkeit bleiben beachtlich auch für jene Institute, die eine „überjährige“ Mittelveranschlagung und Ausgabenbewirtschaftung begründen und begrenzen: Verpflichtungsermächtigung und Gewährleistungsermächtigung. Die Grundregeln der sachlichen und zeitlichen Spezialität und die Rechtsfolge der sachlichen und zeitlichen Bindung (§ 45 Abs. 1 Satz 1 BHO: nur zu dem „bezeichneten Zweck, soweit und solange er fort dauert“) gelten auch und gerade für den heikleren Fall der Vorbelastung künftiger Haushalte.

II. Der Parlamentsvorbehalt bei Vorbelastung künftiger Haushalte

Die haushaltsplanerische, haushaltsgesetzliche Vorfestlegung jenseits der üblichen Ausgaben-Jährlichkeit schränkt die Dispositionsfreiheit künftiger Haushaltsgesetzgeber ein. Der Vorgriff kann innerhalb einer Legislaturperiode stattfinden, aber auch einen noch nicht gewählten Bundestag in seiner planerischen Gestaltungsfreiheit einschränken. Insoweit sich ein Nachfolge-Gesetzgeber der bewilligten Verpflichtung oder Gewährleistung infolge ihrer Rechtsverbindlichkeit gegenüber Dritten nicht mehr entziehen kann, hat er mit historischen Verwaltungsschulden, mit einer unausweichlichen Vorausbindung zu tun – indessen der historische Gesetzgeber mit der Verpflichtungs- (u. 1) und der Gewährleistungsermächtigung (u. 2) das parlamentarische Budgetrecht kompetenzgerecht ausfüllt, freilich ausdehnt auf künftige Haushalte. In dieser Ambivalenz sind die Institute zu würdigen und abzugrenzen. Der Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG unterwirft spezifische Gewährleistungsrisiken einem strengen Gesetzesvorbehalt (u. 3) und verweigert der Exekutive ein eigenes Risikoermessen (u. 4).

1. Verpflichtungsermächtigung

§ 5 HGrG und § 6 BHO definieren die Verpflichtungsermächtigung als „Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren“. Das Institut

⁶⁶ H. Tappe, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, 2008, S. 110 f., 393.

ermöglicht die Freigabe der *späteren, sicheren oder wahrscheinlichen*⁶⁷ Inanspruchnahme des Bundes. Der ermächtigende Gesetzgeber erteilt eine Bewirtschaftungsermächtigung – sie ist Ausfluss des finanzrechtlichen Parlamentsvorbehalts –, jedoch keine Ausgabenermächtigung⁶⁸. Die Verpflichtungsermächtigung deckt einen zeitversetzten Zahlungsvorgang, eine „Leistung von Ausgaben“ im Jahr der sachlich und zeitlich zweckkonformen Inanspruchnahme. Eben dieser „überjährige Ermächtigungsgehalt“ bewirkt die fortwirkende mehrjährige⁶⁹ Bindung, den Vorgriff auf die Dispositionen nachfolgender Haushaltsplaner.

Die Erlaubnis zur Vorausbelastung darf sich weder in der Planung noch in der Haushaltsausführung in eine Blankettermächtigung verwandeln. § 11 Abs. 2 Nr. 3 BHO erstreckt das Vollständigkeitsgebot ausdrücklich auf die „voraussichtlich benötigten Verpflichtungsermächtigungen“. § 38 Abs. 1 Satz 1 BHO bekräftigt den Ermächtigungsvorbehalt. § 38 Abs. 3 BHO bürdet dem Fachressort eine spezifische Unterrichtungspflicht auf: bei Vorfestlegungen „von grundsätzlicher oder erheblicher finanzieller Bedeutung“ ist das Bundesministerium der Finanzen „über den Beginn und Verlauf von Verhandlungen zu unterrichten“. Auch wenn es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt⁷⁰, drängt § 38 Abs. 3 BHO auf haushaltswirtschaftliche Mitverantwortung des zuständigen Ministeriums für die folgenschwere Vorausbelastung; dem entspricht, dass § 38 Abs. 4 BHO die „laufenden Geschäfte“ von der Verpflichtungsermächtigung freistellt⁷¹. Vor allem aber widersetzt sich § 45 Abs. 1 Satz 1 BHO der Entgrenzung oder Umwidmung: das strikte Regime der sachlichen und zeitlichen Bindung gilt gleichermaßen für die Verpflichtungsermächtigung (o. I 3 b).

2. Gewährleistungsermächtigung – Art. 115 Abs. 1 GG

Der Bund übernimmt auf Basis der Verpflichtungsermächtigung unbedingte Verwaltungsschulden – auf Basis einer Gewährleistungsermächtigung lässt er sich

⁶⁷ M. Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 39 Rn. 10; U. Graf, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 39 BHO Rn. 3 (Stand 2007): „hoher Wahrscheinlichkeitsgrad“.

⁶⁸ C. Nägerl, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 6 BHO Rn. 10 (Stand 2012): „keine Zahlungen im laufenden Haushaltsjahr“.

⁶⁹ Im Haushalt 2019 finden sich im „Überblick zum Einzelplan 12“ (Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur) Verpflichtungsermächtigungen mit Fälligkeiten bis zum Haushaltsjahr 2039 und „ab dem Haushaltsjahr 2040“.

⁷⁰ M. Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 38 Rn. 11.

⁷¹ Dazu näher die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO, § 38 Ziff. 5. Aufschlussreich sind die bezifferten Schwellenwerte (VV-BHO, § 38 Ziff. 5.1.1 und 5.1.2) für Mieten und Pachten („laufende Geschäfte“ bis 120.000 EUR) und für Gutachter- und Sachverständigenverträge („laufende Geschäfte“ bis 250.000 EUR).

auf bedingte Haftungsschulden ein, auf *potentielle Schulden im ungewissen Haftungsfall*.

a) Haftung aus Bürgschaft, Garantie, sonstiger Gewährleistung

Der Bedingungseintritt, der Haftungs- oder Garantiefall ist ungewiss. Darin unterscheidet sich haushaltsrechtlich die „Gewährleistung“ von der „Verpflichtung“. Aus Sicht des Parlaments ist die Verpflichtungsermächtigung kalkulierbar, die Gewährleistungsermächtigung ein Kalkulationsproblem. Art. 115 Abs. 1 GG und § 39 Abs. 1 BHO erfassen tatbestandlich die *bedingte Risikoübernahme*⁷². Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen schließen in Art. 115 Abs. 1 GG an den Tatbestand „Kredite“ an („sowie“). Doch erzielt der Bund Einnahmen nur mit Krediten, nicht mit Gewährleistungen. Gleichwohl kann von „schuldengleicher Wirkung“ die Rede sein⁷³; mit Bedingungseintritt verwandelt sich die „potentielle Schuld des Bundes“⁷⁴ in eine aktuelle – aus der Eventualverbindlichkeit wird eine Verbindlichkeit. Sobald sie unausweichlich geworden ist, ist sie als Ausgabe oder Verpflichtungsermächtigung in den Haushalt einzustellen.

Diese spätere, mit Risikoübernahme zu kalkulierende Unausweichlichkeit rechtfertigt verfassungsrechtlich die Gleichstellung von Kredit, „Kreditgewährungen und Sicherheitsleistungen“ (Art. 115 GG im Geltungszeitraum 1949–1969), von Kredit, Bürgschaft, Garantie und „sonstigen Gewährleistungen“ (Art. 115 Abs. 1 GG seit 1969). Das für alle (Zeit-)Risikovarianten, für alle Kredit- und Haftungsschulden gleiche Anliegen des Art. 115 Abs. 1 GG war nie zweifelhaft: „Die Exekutive soll nicht durch Verschuldung die Rechte des Parlaments auf dem Gebiet des Haushaltsrechts, die in langem und zähem Kampf erworben wurden, aushöhlen oder umgehen können“⁷⁵. Die elementar staatsrechtliche Frage nach dem *Verfügungsrecht über das Staatsvermögen*⁷⁶ beantwortet Art. 115 Abs. 1 GG für Kredit- und Risikoschulden im „Inter-Organ-Verhältnis zwischen Parlament und Regierung“⁷⁷ mit einem strikten Gesetzesvorbehalt.

⁷² W. Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 15; H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 78 ff. (Stand 2009); E. Reimer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 115 Rn. 22 ff. (Stand 2015); R. Wendt, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 26.

⁷³ H. Tappe/R. Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 445.

⁷⁴ H. Pünder, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 54 (Stand 2010).

⁷⁵ BVerfGE 67, 256 (281). Aus dem Schrifttum, statt aller: H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 12 (Stand 2009).

⁷⁶ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 1980, S. 1264.

⁷⁷ BVerfGE 67, 256 (281).

b) Parlamentarische Risikoverantwortung

Dieser Parlamentsvorbehalt stellt sich dar als „Verschärfung der formellen Vorgaben aus Art. 110 und als spezielle Ausprägung des Demokratieprinzips“⁷⁸. Sein „Erfordernis einer speziellen, über die Verpflichtungsermächtigungen des Haushaltsplans hinausgehenden gesetzlichen Ermächtigung“⁷⁹ erklärt sich aus den Risiken der Kreditfinanzierung und den Risiken einer Wahrscheinlichkeitskalkulation in der Handhabung von Gewährleistungen – mithin aus *Versuchungen einer exekutivischen, riskanten Vorbelastung künftiger Haushalte*. Art. 115 Abs. 1 GG schützt das parlamentarische Budgetrecht vor abgekoppelter Risikopolitik der Exekutive und nimmt den Bundestag in die Haushaltsrisikoverantwortung. Der Bund „soll nicht durch parlamentarisch unkontrollierte Eingehung lang- und kurzfristiger Schulden in unübersehbare Rückzahlungsverpflichtungen verstrickt werden“⁸⁰. Damit ist auch unter teleologischen Vorzeichen ausgeschlossen, Art. 115 Abs. 1 GG auf Bürgschaften und bürgschaftsähnliche Dreieckskonstellationen zu beschränken. Art. 115 Abs. 1 GG will eine umfassende parlamentarische Risikoverantwortung für ungewisse Vorbelastungen in jedem Gewährleistungsformat.

Die parlamentarisch kontrollierte „Eingehung“ etwaiger Haftungsschulden ist verfassungskonform; die exekutivisch freihändige, unkontrollierte „Eingehung“ verletzt Art. 115 Abs. 1 GG. Die Verfassungsnorm konkretisiert die Kontrollfunktion des Budgetrechts (o. I 2 c) insbesondere für Risikohandeln und Risikoverträge. Die öffentliche Bewertung und „Eingehung“ der Art. 115-Risiken ist Sache des Parlaments.

3. Charakteristik der Art. 115-Risiken

Im Zeichen der Kontrollbedürftigkeit und Kontrollierbarkeit von Risikohandeln entscheiden sich die Grenzfragen des Art. 115 Abs. 1 GG, die Fragen nach der Risikostruktur (u. a), nach Risikobegrenzung in parlamentarischer Verantwortung (u. b) und der Grenzlinie zwischen Gewährleistungs- und Verpflichtungsermächtigung (u. c). Die Haushaltsrisiken, die dem Bund aus einer Gewährleistung i.S. des Art. 115 Abs. 1 GG erwachsen können, sind erhebliche, ungewisse, aber parlamentarisch kontrollierte und nach Maßgabe der gesetzlichen Ermächtigung begrenzte Risiken.

⁷⁸ E. Reimer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 115 Rn. 6 (Stand 2015).

⁷⁹ H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 62 (Stand 2009); zur „verstärkten parlamentarischen Kontrolle“ auch U. Graf, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 39 BHO Rn. 3 (Stand 2007).

⁸⁰ BVerfGE 67, 256 (280 f.).

a) Risikostruktur

Der Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG setzt zuallererst ein Risiko voraus. Der Deutsche Bundestag übernimmt die Verantwortung für ein „risikoreiches Instrumentarium“⁸¹, etwa im Außenwirtschaftsverkehr⁸², wenn und weil dort „ohne staatliche Absicherung viele Großgeschäfte kaum möglich wären“⁸³. Die mit Art. 115 Abs. 1 GG erfasste Risikoübernahme hat „Selbststand“. Der Kontroll- und Ermächtigungsbedarf, den die Verfassungsnorm begründet, orientiert sich weder an einer Bagatellgrenze⁸⁴ noch ist er notwendig allen zivilrechtlichen Restriktionen unterworfen⁸⁵. Er zielt auf ein *außerordentliches Haftungsrisiko* und die darauf bezogene *haushaltspolitisch relevante Übernahme*: Art. 115 Abs. 1 GG will jede Risikoübernahme in diesem Sinne – *Haftungsrisikopolitik* – dem Parlament vorbehalten. Er will die Exekutive in parlamentarischer Abhängigkeit sehen, sobald sich der Bund von vertragsüblicher Risikoverteilung löst und überschießende Risiken derart „übernimmt“ (Art. 115 Abs. 1 GG: „Übernahme“), dass von einer politisch gewillkürten, haushaltspolitisch eigenständigen und atypischen, mithin außerordentlichen Vertragsrisikopolitik die Rede sein kann.

„Haftungsrisikopolitik“ in diesem Zuschnitt soll – über die allgemeine Kontrollfunktion des parlamentarischen Budgetrechts (o. I 2 c) hinaus – einem besonderen Gesetzesvorbehalt unterworfen sein. Die teleologische Interpretation des Art. 115 Abs. 1 GG steht vor der Aufgabe, alle Gewährleistungsvarianten (mithin auch die „sonstigen Gewährleistungen“) einzubeziehen, die jener Kategorie der eigenständigen Haftungsrisikopolitik zugehören; teleologisch auszugrenzen sind die unselbständigen Risiken der Vertragsdurchführung, vertragsübliche Annexlasten im Format einer Sachmängelgewährleistung⁸⁶.

⁸¹ U. Graf, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 39 BHO Rn. 2 (Stand 2007).

⁸² Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Haushaltsgesetz 2018 (BGBl. I S. 1126): Ermächtigung des Bundesministeriums der Finanzen, Gewährleistungen zu übernehmen „bis zu 153 000 000 000 Euro im Zusammenhang mit förderungswürdigen oder im besonderen staatlichen Interesse der Bundesrepublik Deutschland liegenden Ausfuhren“.

⁸³ U. Graf, in: Heuer/Scheller (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (Losebl.), § 39 BHO Rn. 2 (Stand 2007).

⁸⁴ Vgl. A. Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht (Losebl.), § 39 BHO Rn. 1 (Stand 2013) zur „Absicherung von Schadensfällen für Leihgeber bei Kunstausstellungen, die vom Bund finanzierte Kultureinrichtungen durchführen“.

⁸⁵ A. Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht (Losebl.), Art. 115 GG Rn. 14 (Stand 2012): „In der Praxis sind die vom Bund übernommenen Gewährleistungen (Kreditbürgschaften, Ausfuhrbürgschaften oder -garantien und dergl.) jedoch nicht immer und nicht unbedingt mit den BGB-Instituten der Bürgschaft oder der Garantie identisch. Dies wird durch die Einbeziehung ‚sonstiger Gewährleistungen‘ berücksichtigt“.

⁸⁶ S. die Nachw. in Fn. 89.

Mit der Bürgschaft und der Garantie greift Art. 115 Abs. 1 GG zivilrechtlich vorgeformte Vertragstypen auf. Der Bürgschaftsvertrag begründet eine eigenständige Inpflichtnahme des Bürgen in der Dreiecksstruktur; der Bürge steht für Verbindlichkeiten Dritter ein⁸⁷. Für den Garantievertrag ist nicht das Dreiecksverhältnis charakteristisch (ausführlich u. D I 1 b). Mit ihm wird nicht die Haftung für eine Drittschuld übernommen, „vielmehr sichert der Bund vermögenswerte Interessen der Garantieempfänger durch das Versprechen, für ein bestimmtes Ergebnis einzustehen, insbes. die Gefahr eines künftigen, noch ungewissen Schadens ganz oder teilweise zu übernehmen“⁸⁸. Art. 115 Abs. 1 GG zielt auf die selbständige Haftungsübernahme. Insoweit korrespondiert das haushaltsverfassungsrechtliche Anliegen mit der zivilrechtlichen Unterscheidung zwischen unselbständiger und selbständiger Garantie⁸⁹; letztere zeichnet sich dadurch aus, dass der garantierte Erfolg über die vertragliche Beschaffenheit, Mängelfreiheit und das gesetzliche Gewährleistungsrecht hinausgeht oder der Garant nicht der Gewährleistungsverpflichtete ist (ausführlich u. D I 2).

So haben die Formate des Zivilrechts, die eine Außerordentlichkeit der Haftung anzeigen, auch für Art. 115 Abs. 1 GG indizielle Bedeutung. Verfehlt wäre jedoch eine strikt zivilrechtsakzessorische Auslegung der Kompetenznorm. Indem das Haushaltsverfassungsrecht den herausgehobenen Parlamentsvorbehalt auch auf die „sonstigen Gewährleistungen“ erstreckt, will es alle Formen der außerordentlichen Haftungsrisikopolitik einbezogen sehen. Umgekehrt ist denkbar, dass eine zivilrechtlich selbständige Garantie im Vertragszusammenhang als Element üblicher Risikoverteilung einzuordnen ist; in diesem Fall kommt verfassungsrechtlich die teleologische Reduktion des Art. 115 Abs. 1 GG in Betracht und haushaltsrechtlich die Tragfähigkeit einer Verpflichtungsermächtigung.

⁸⁷ Im Art. 115-Kontext: *W. Höfling/S. Rixen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 161 (Stand 2003).

⁸⁸ *A. Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht (Losebl.), Art. 115 GG Rn. 14 (Stand 2012), hier „keine Haftung für eine fremde Schuld“; ebenso *H. Kube*, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 80 (Stand 2009); *M. Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 12.

⁸⁹ Die VV-BHO und Teile der Kommentarliteratur zu Art. 115 Abs. 1 GG zielen auf diese Unterscheidung, wenn sie verlangen, dass die „Risikoübernahme die Hauptverpflichtung des Vertrages sein“ müsse: VV-BHO § 39 Ziff. 4; *W. Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 15: Risikoübernahme als „Hauptzweck“; *W. Höfling/S. Rixen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 161 (Stand 2003); *R. Wendt*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 29, sieht Nebenpflichten in „z.B. Gewährleistungen für Sachmängel bei Verkäufen“.

b) Risikobegrenzung

Art. 115 Abs. 1 GG verlangt die „bestimmte“ oder „bestimmbare“ Ermächtigung durch Bundesgesetz; § 39 Abs. 1 BHO lässt nur die „bestimmte“ Ermächtigungsgrundlage genügen⁹⁰. Zu einer Risikoübernahme hat sich der Bundestag ausdrücklich und gesetzesförmlich zu bekennen, unabhängig von einem Aufgabengesetz (Ausdrücklichkeitsgebot). Deshalb „genügt es nicht, dass ein Gesetz faktisch nicht anders als über eine Kreditaufnahme oder eine Gewährleistungsübernahme ausgeführt werden kann“⁹¹. Das Gebot der gesetzesförmlichen Ausdrücklichkeit reagiert auf die Außerordentlichkeit der Haushaltsrisikopolitik (o. sub a). Blankettermächtigungen darf das Parlament nicht erteilen; die Exekutive darf eine implizite Ermächtigung nicht unterstellen. Stets muss der Bundestag „in eigener Verantwortung über sein Budget disponieren“⁹². Die Ermächtigungstatbestände – im Spezialgesetz, ansonsten traditionell zusammengezogen jeweils in § 3 des jährlichen Haushaltsgesetzes – hat er zweckbestimmt und auch „der Höhe nach bestimmt“ (§ 39 BHO) abzufassen, damit in der Ermächtigungsreichweite zu begrenzen.

Dass die Verantwortung für Haushaltsrisikopolitik nur eine parlamentarische sein kann und keinesfalls exekutivisch durchbrochen werden darf, wird überdeutlich in der Einbindung einer Gewährleistungsübernahme in den Haushaltsausgleich. Der Bundestag muss die Deckung im Haushalt vorzeichnen und verantworten, zwar nicht für das maximale Risiko und den gesamten Gewährleistungsrahmen, aber doch im Umfang der voraussichtlichen Inanspruchnahme des Bundes⁹³. Das Parlament kann die Gesamtverantwortung für einen ausgeglichenen Haushalt nur tragen, wenn auch und gerade die Risikopositionen vollständig erkennbar und messbar werden. Freihändig-separate Risikopolitik der Regierung durchkreuzt die Koordinations- und Lenkungsfunction des parlamentarischen Budgetrechts (o. I 2 a).

Das Bundesverfassungsgericht hat das Gebot der kontrollierten, begrenzten und parlamentarisch verantworteten Risikoübernahme im Kontext des Art. 115 GG spiegelbildlich auch als „Verbot der Entäußerung der Budgetverantwortung“⁹⁴ ausbuchstabiert. Das Urteil vom September 2011 handelte von einer Zweckgesellschaft privaten Rechts (EFSF), deren Anteilseigner die Mitgliedstaaten der

⁹⁰ M. Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 12: teleologische Reduktion.

⁹¹ H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 89 (Stand 2009).

⁹² BVerfGE 129, 124 (171).

⁹³ H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 93 (Stand 2009).

⁹⁴ BVerfGE 129, 124 (179).

Euro-Gruppe waren. Das Bundesministerium der Finanzen war abhängig von der parlamentarischen Ermächtigung im Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz. Nur auf dieser Grundlage durfte der Bundesfinanzminister als Mitglied der Euro-Gruppe Gewährleistungen übernehmen für Verbindlichkeiten der Zweckgesellschaft. Mit Nachdruck hat das Bundesverfassungsgericht den Ermächtigungsvorbehalt des Bundestages bekräftigt⁹⁵ und Art. 115 Abs. 1 GG als Berechtigung und Verpflichtung entfaltet. Die Risikoentscheidung, die dem Parlament vorbehalten bleibt, gehört zu den „Grundentscheidungen über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand“, zum „Kern der parlamentarischen Rechte in der Demokratie“⁹⁶. Mit dem vorbehaltenen *Recht* ist die vorbehaltene *Pflicht* verbunden, politisch – verfassungsgerichtlich überprüfbar auf „evidente Verletzungen“ – zu entscheiden, „bis zu welcher Höhe eine Gewährleistungsübernahme unter dem Aspekt der Eintrittsrisiken und die dann zu erwartenden Folgen für die Handlungsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers noch verantwortbar ist“⁹⁷.

Diese Recht-Pflicht-Dogmatik bekräftigt die Kontrollfunktion des Budgetrechts (o. I 2 c). Kraft der Inpflichtnahme aus Art. 115 Abs. 1 GG trägt der Deutsche Bundestag die Verantwortung für das Haushaltsrisiko und die Risikobegrenzung, auch für die Vermeidung evidenter Grenzverletzungen. Zu evident überhöhten, womöglich evident unwirtschaftlichen Gewährleistungen (vgl. Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG zum Wirtschaftlichkeitsmaßstab) kann das Parlament seinerseits nicht ermächtigen. Auch über diese äußersten Grenzen ist zuallererst parlamentarisch zu befinden.

c) Risikopolitik

Die Linie zwischen § 38 BHO (Verpflichtungsermächtigung) und § 39 BHO (Gewährleistungsermächtigung) trennt die sichere und wahrscheinliche Vorbelastung von der riskanten Eventualverbindlichkeit. In Rede steht die Grenzlinie zwischen normaler und riskanter Vorbelastungspolitik. Die umfänglichen Volumina der seit Jahren in den Haushaltsgesetzen (traditionell jeweils § 3) eingestellten Gewährleistungsermächtigungen machen bewusst, dass der Bund eine eigenständige Risikoübernahmepolitik betreibt. Sie beruht wesentlich darauf, dass sich die Risiken nicht vollumfänglich realisieren. Unter politischen Vorzeichen

⁹⁵ Über die Gewährleistungsermächtigung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz (v. 21.5.2010, BGBl. I S. 627) hinaus hat der Senat verlangt, dass Hilfsmaßnahmen des Bundes „größeren Umfangs“ vom Bundestag „im Einzelnen bewilligt werden“: BVerfGE 129, 124 (185 f. und Ls. 3).

⁹⁶ BVerfGE 129, 124 (170).

⁹⁷ BVerfGE 129, 124 (182).

unterscheiden sich Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung nicht graduell, sondern kategorial. Mit der Verpflichtungsermächtigung übernimmt das Parlament die Haushaltsverantwortung für eine zwar überjährig wirksame, dennoch abschließend kalkulierte Aufgabenerledigung. Demgegenüber beruht die Gewährleistungsermächtigung auf einer belastungsoffenen Kalkulation.

Dieser Risikopolitik begegnet das Grundgesetz nicht mit inhaltlichen Kautelen, auch nicht drosselnd mit einer „Risikobremse“; die Schuldenbremse des Art. 115 Abs. 2 GG gilt für Kredite, nicht für „herkömmliche Gewährleistungsermächtigungen“⁹⁸. Das Grundgesetz vertraut stattdessen auf Kompetenz und Verfahren, auf den besonderen Gesetzesvorbehalt für besonders riskante Haushaltspolitik. Die Risikoentscheidung und – wenn der Gesetzgeber das Risiko im bestimmten Umfang nicht scheut – die Verantwortung für das Haushaltsrisiko wird dem politisch-parlamentarischen Prozess anvertraut: dem Parlament *vorbehalten*, der Exekutive *vorenthalten*.

Wenn Risikopolitik im Format der Gewährleistungsermächtigung einfachrechtlich (§ 39 BHO) und verfassungsrechtlich (Art. 115 Abs. 1 GG) von normaler Vorbelastungspolitik abgesetzt wird, verbietet sich die extensive Interpretation der Verpflichtungsermächtigung. Diese erlaubt die abschließend kalkulierte Vorbelastung, bei Vertragslasten allenfalls noch die Vorbelastung aus vertragsüblichen Durchführungsrisiken – nicht jedoch die kalkulatorisch offene Haushaltsrisikopolitik. Ihrer kategorialen Verschiedenheit entspricht, dass die Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan ausgebracht, die Gewährleistungsermächtigung jedoch nach etablierter Staatspraxis in das Haushaltsgesetz oder in ein spezielles Parlamentsgesetz eingestellt wird⁹⁹.

4. Kein Risikoermessen der Bundesregierung

Art. 115 Abs. 1 GG akzeptiert Haushaltsrisiken, auf die sich der Bund mit Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen einlässt, ausschließlich als parlamentarisch kontrollierte, begrenzt im Erlaubniskorridor der gesetzlichen Gewährleistungsermächtigung. Dass die Gewährleistung gegenüber Dritten im Einzelfall von Kalkulationen und Bewertungen, von Prognosen, Eintrittswahrscheinlichkeiten und Risikoabwägungen abhängig sein mag, vermittelt der Exekutive keine Ermessensbefugnis, nicht im Hinblick auf die Gewichtung einzelner Abwägungsgesichtspunkte (o. 3 b) und noch weniger im Hinblick darauf, ob der

⁹⁸ BVerfGE 129, 124 (171).

⁹⁹ H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 94 ff. (Stand 2009) mit Nachw.

Vorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG eingreift. Darin gleicht der haushaltsverfassungsrechtliche dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt. Der Bundesregierung ist die Grenzfallentscheidung versperrt, auch das eigene Urteil darüber, ob ein Grenzfall vorliegt.

„Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt ist angesichts seiner Funktion und Bedeutung parlamentsfreundlich auszulegen. Insbesondere kann das Eingreifen des Parlamentsvorbehalts nicht unter Berufung auf Gestaltungsspielräume der Exekutive maßgeblich von den politischen und militärischen Bewertungen und Prognosen der Bundesregierung abhängig gemacht werden.“¹⁰⁰ – „Wenn und soweit dem Grundgesetz eine Zuständigkeit des Deutschen Bundestages in Form eines wehrverfassungsrechtlichen Mitentscheidungsrechts entnommen werden kann, besteht gerade kein eigenverantwortlicher Entscheidungsraum der Bundesregierung. Eigenverantwortliche, das heißt letztlich verfassungsgerichtlicher Überprüfung entzogene Abgrenzungen der Kompetenzräume der in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG genannten Gewalten lassen sich nicht einem apriorischen Gewaltenteilungskonzept entnehmen. Daher ist der Rekurs auf den Topos einer exekutivischen Eigenverantwortung allein ungeeignet, für eine restriktive Auslegung des Parlamentsvorbehalts oder gar dessen grundsätzliche Ablehnung zu streiten. Der Parlamentsvorbehalt ist Teil des Bauprinzips der Gewaltenteilung, nicht seine Durchbrechung.“¹⁰¹

Die Grundsätze gelten analog für den haushaltsrechtlichen Parlamentsvorbehalt und *a fortiori* für dessen strenge Ausprägung in Art. 115 Abs. 1 GG. Die Inanspruchnahme einer eigenen exekutiven Risikoabwägung, die über das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 115 Abs. 1 GG bestimmt, je nach Abwägungsergebnis den Haushaltsgesetzgeber einbezieht oder fernhält, kommt nicht in Betracht. Jeder Zugriff der Bundesregierung auf die einer Bürgerschaft, Garantie oder Gewährleistung zugrundeliegende Risikokalkulation wäre Übergriff in den Kompetenzbereich des Parlaments. Die im auswärtigen Bereich noch sehr viel länger anerkannte „alleinige Verantwortlichkeit der Exekutive“ haben die Parlamente in der Finanz- und Haushaltspolitik bereits im 19. Jahrhundert gebrochen. Hier gilt erst recht, historisch verbürgt und paradigmatisch, dass der Parlamentsvorbehalt „Teil des Bauprinzips der Gewaltenteilung, nicht seine Durchbrechung“ ist. Der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt erstreckt sich auf eine vollständige und

¹⁰⁰ BVerfGE 140, 160 (189 Rn. 70).

¹⁰¹ BVerfGE 121, 135 (163).

nur in ihrer Vollständigkeit informative Haushaltsplanung (o. I 2 b); das Totalitätsprinzip (o. 3 a) macht ihn zum „Totalvorbehalt“.

Dieser Vorbehalt wird im Zusammenwirken des Art. 110 Abs. 1, Abs. 2 GG (vollständiger Haushaltsplan; Feststellung durch Gesetz) mit Art. 115 Abs. 1 GG nicht etwa gelockert, sondern mit Blick auf die prekäre Risikoentscheidung zusätzlich verstärkt¹⁰². Das Parlament wird beauftragt, die Gewährleistungsermächtigung in einem eigenständigen Gesetz sichtbar zu verselbständigen; die „präjudizierende“ Gewährleistungsübernahme wird „an eine besondere, über Verpflichtungsermächtigungen im Haushaltsplan hinausgehende parlamentsgesetzliche Einwilligung gebunden“¹⁰³. Diese Konzeption sperrt sich strikt gegen ein vorgeschaltetes Risikoermessen der Bundesregierung.

Zudem konzipiert Art. 115 Abs. 1 GG den Parlamentsvorbehalt nicht nur als einen *formellen Sanktionsvorbehalt* im Anschluss an die Einbringung des Haushaltsentwurfs. Er ist vor allem – auch darin gleicht er dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt – *materieller Politikvorbehalt*. Die Koordinations- und Staatslenkungsfunktion des Budgets (o. I 2 a) schließt auch und gerade die Haushaltsrisiken ein. Eben diese „bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbar Ermächtigung durch Bundesgesetz“. Lässt sich die Exekutive ohne Ermächtigungstitel budgetflüchtig auf einen Gewährleistungsvertrag ein, unterläuft sie die parlamentarische, politisch vorbehaltene, offene Entscheidung für oder gegen die Risikoermächtigung. Art. 115 Abs. 1 GG ist ein Risikovorbehalt, der die Verantwortung des Parlaments für Haushaltspolitik einfordert.

¹⁰² E. Reimer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 115 Rn. 6 (Stand 2015).

¹⁰³ H. Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Losebl.), Art. 115 Rn. 12 (Stand 2009).

D. Zivilrechtliche Würdigung

Gutachterlich ist zu klären, ob es sich bei den Entschädigungsregelungen für den Fall einer Kündigung der Verträge *Automatische Kontrolle* und *Erhebung* aus ordnungspolitischen Gründen um eine „Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können“ im Sinne des Art. 115 Abs. 1 GG handelt.

In diesem zivilrechtlichen Teil des Gutachtens wird untersucht, ob es sich bei den Entschädigungsregelungen in den beiden Verträgen um eine „Garantie[] oder sonstige[] Gewährleistung[]“ im zivilrechtlichen Sinne handelt¹⁰⁴. Zunächst werden Begrifflichkeiten und Grundsätze der Garantien und Gewährleistung dargestellt, und diese Rechtsinstitute von anderen potentiell relevanten Rechtsinstituten abgegrenzt (sub D I). Diese Grundsätze werden dann auf die Entschädigungsregeln in den Verträgen *Erhebung* und *Automatische Kontrolle* angewendet (sub D II), bevor die Ergebnisse des zivilrechtlichen Teils zusammengefasst werden (sub D III).

I. Gewährleistung und Garantien im Zivilrecht

1. Terminologie: Gewährleistung und Garantie

Die zivilrechtliche Terminologie im Bereich Gewährleistung und Garantie ist in Teilen unscharf, und die rechtlichen Zusammenhänge zwischen Gewährleistung und Garantie sind nicht immer geradlinig¹⁰⁵. Wechselwirkungen bestehen insbesondere im Bereich unselbständiger Garantien und Gewährleistung.

a) Gewährleistung

Als *Gewährleistung* wird im Zivilrecht die gesetzliche Einstandspflicht einer Vertragspartei für die Freiheit des Vertragsgegenstandes von Sach- und Rechtsmängeln bezeichnet. Die Gewährleistungsvorschriften sind für verschiedene vertypete Verträge im achten Abschnitt im zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches gesetzlich – teils dispositiv, teils (vor allem in Verbraucherverträgen) zwingend – geregelt.

¹⁰⁴ Eine „Bürgschaft“ hier scheidet mangels Dreieckskonstellation von vornherein aus (s.u. sub D I 3).

¹⁰⁵ Im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/6040, S. 237, wird in der Begründung festgestellt, wegen des (damaligen) Fehlens einer Regelung der unselbständigen Garantie habe „der Rechtsprechung die Einordnung der unselbständigen Garantie in das System der kaufrechtlichen Gewährleistung von jeher Schwierigkeiten bereitet (BGHZ 79, 117, 120).“

b) Garantie

Die *Garantie* ist ein zwar wirtschaftlich überaus bedeutsames, aber gesetzlich nicht allgemein geregeltes Rechtsinstitut. Auf eine allgemeine Regelung des Garantievertrages hatte der ursprüngliche Gesetzgeber des BGB verzichtet, denn „[d]er Garantievertrag entzieht sich auch wegen Verschiedenheit der Verträge, welche eine Garantieleistung zum Zwecke und Inhalte haben, der allgemeinen Regelung (Windscheid § 412 Nr. 2).“¹⁰⁶ Dieser Verzicht auf eine allgemeine gesetzliche Regelung führt zuweilen zu terminologischen und inhaltlichen Differenzen in den Einzelheiten. Im Zuge der Schuldrechtsreform 2001/2002 wurde mit § 443 BGB eine Teilregelung für Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantien im Kaufrecht geschaffen¹⁰⁷, die 2013/2014 auf kaufrechtliche Garantien im Allgemeinen ausgeweitet wurde. Da § 443 BGB eine (allerdings recht vage) Legaldefinition der Garantie vorsieht, wird zuweilen gefolgert, dass die Definition auch außerhalb des Kaufrechts – bei Berücksichtigung gebotener Qualifikationen im jeweiligen Kontext – prinzipiell Anwendung finde¹⁰⁸.

Wesentlich ist dem Garantievertrag, dass jemand (der „Garant“ oder „Garantiegeber“) die Verpflichtung übernimmt, einem anderen (dem „Garantieempfänger“ oder „Garantiebegünstigten“) für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg, bzw. dessen Ausbleiben, einzustehen¹⁰⁹, also den Garantiebe-

¹⁰⁶ Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 1888, S. 658, zit. nach *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, 1899, S. 367.

¹⁰⁷ Ausf. *J. Hanke*, Die Garantie in der kaufrechtlichen Mängelhaftung : Eine Betrachtung der Rechtslage vor und nach der Schuldrechtsreform, 2008; *M. Stöber*, Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers, 2006.

¹⁰⁸ *F. Faust*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 50. Edition (Stand 1.11.2018) § 443 Rn. 9.

¹⁰⁹ So mit leicht unterschiedlichen Formulierungen, aber in der Sache übereinstimmend: BGH NJW 1996, 2569 (2570) („Eine ‚Garantie‘ ist nach deutschem Recht ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, für den Eintritt eines bestimmten Erfolges einzustehen oder die Gefahr eines künftigen Schadens zu übernehmen“; ähnl. BGH v. 23.5.1958, VIII ZR 126/57, NJW 1958, 1483, der wiederum verweist auf RG v. 11.12.1934, VII 240/34, RGZ 146, 120 (124) („Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist unter einem Garantievertrag der selbständige Vertrag zu verstehen, worin jemand sich verpflichtet, für das Eintreten eines bestimmten Erfolges einzustehen oder die Gefahr eines (Gewähr für einen) künftigen, noch nicht entstandenen Schadens (Schaden) zu übernehmen [...]“ [mit zahlreichen Nachweisen auf frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts]); *E. Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, Vor §§ 765 Rn. 51; *S. Heinemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 23 („Bei einem Garantievertrag übernimmt jemand, der Garant, die Verpflichtung, dem Gläubiger (Garantiebegünstigten) für den Eintritt eines bestimmten Erfolges einzustehen.“); *N. Horn*, in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2013) Vorbemerkung zu §§ 765-778 Rn. 207 („Versprechen, einem anderen dafür einzustehen, dass ein bestimmter tatsächlicher oder rechtlicher Erfolg eintritt oder die Gefahr eines bestimmten künftigen Schadens sich nicht verwirklicht“; dieser Definition folgend etwa OLG Naumburg, 18.05.2000 – 2 U 115/99, BeckRS 2010, 26889). S.a. *M. Stöber*, Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers, 2006, S. 65; *J. Hanke*, Die Garantie in der kaufrechtlichen Mängel-

günstigen für das Ausbleiben, bzw. Eintreten, dieses Erfolges schadlos zu halten¹¹⁰, und zwar auch im Falle untypischer Zufälle,¹¹¹ also gänzlich unabhängig von einem Verschulden des Garantiegebers.

c) Verhältnis Gewährleistung/Garantie

Die Gewährleistung, also die gesetzliche Einstandspflicht für etwaige Sach- oder Rechtsmängel, wurde durch die Schuldrechtsreform 2001/2002 grundlegend umgestaltet, was auch gewisse Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Gewährleistung und Garantien hatte.

Vor der Schuldrechtsreform 2001/2002 waren die Gewährleistungsvorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch, beispielsweise im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, als *leges speciales* ab Gefahrübergang weitgehend unabhängig vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht geregelt. Die Einstandspflicht für Sach- und Rechtsmängel war – in Anlehnung an die ädilischen Rechtsbehelfe römischen Rechts – grundsätzlich verschuldensunabhängig ausgestaltet. Diese gesetzliche (und weitgehend dispositive) Gewährleistung konnte ergänzt werden durch die Zusicherung von Eigenschaften, die bestimmte (und erweiterte) Gewährleistungsrechtsfolgen auch im Falle des Nichtvorliegens von zusicherungsfähigen und zugesicherten Eigenschaften anwendbar machte, deren Nichtvorliegen nach der dispositiven Gesetzesregelung nicht notwendigerweise einen Sach- oder Rechtsmangel dargestellt hätten. Daneben konnten (selbständige oder unselbständige) Garantien vereinbart werden.

Die Schuldrechtsreform 2001/02 hat das Gewährleistungsrecht stärker (jedoch nicht, wie ursprünglich geplant, vollständig) mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht verzahnt. Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht sehen weiterhin spezielle Gewährleistungsvorschriften vor, die jedoch zumindest teilweise auf die Regelungen zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht zurückverweisen. So ist im Kaufrecht an die Stelle der Schadensersatzhaftung bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft die Möglichkeit getreten, Schadensersatz für Mängel über §§ 437,

haftung : Eine Betrachtung der Rechtslage vor und nach der Schuldrechtsreform, 2008, S. 33 ff., 82.

¹¹⁰ BGH v. 10.2.1999, VIII ZR 70/98, NJW 1999, 1542 (1543), der der Definition in BGH v. 11.7.1985, IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941 – welcher seinerseits auf BGH, WM 1961, 204 (206) verwies – folgt: „Das selbständige Garantieversprechen ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Verpflichtung zur Schadloshaltung übernommen wird, falls der garantierte Erfolg nicht eintritt“; S. Heinemeyer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 23 („Der Begünstigte ist also schadlos zu halten, wenn sich ein bestimmtes Risiko realisiert hat.“).

¹¹¹ BGH v. 11.7.1985, IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941 („Der Garant haftet auch für alle nicht typischen Zufälle.“).

440, 280, 281, 283 und 311a (bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284) BGB zu erlangen. Soweit auf § 280 (allein oder in Verbindung mit §§ 281, 283, 284) BGB verwiesen wird, setzt eine Schadensersatzverpflichtung „Vertretenmüssen“ voraus (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Während grundsätzlich nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind, kann der Schuldner das Fehlen der Beschaffenheit oder das Ausbleiben eines bestimmten Erfolges auch ohne Verschulden zu vertreten haben, wenn der Schuldner eine *Garantie im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB* übernommen hat¹¹². Das Vorliegen einer Garantie im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB und ihr Umfang ist durch Auslegung der privatautonomen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln¹¹³.

Gleichzeitig wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit § 443 BGB im Kaufrecht eine Teilregelung für Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantien eingeführt. In der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (bis zum Jahr 2014) lautete § 443 BGB:

„§ 443 Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie

(1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.

¹¹² Zur funktionellen Äquivalenz zwischen der Zusicherung nach altem Recht und der neuen Regelung der §§ 280 ff. BGB bei Vorliegen einer Garantie nach § 276 Abs. 1 BGB s. bereits BT-Drucksache 14/6040, S. 236; BGH v. 29. 11. 2006, VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86, 92 = BGH NJW 2007, 1346, 1348 Rn. 20; J. Hanke, Die Garantie in der kaufrechtlichen Mängelhaftung : Eine Betrachtung der Rechtslage vor und nach der Schuldrechtsreform, Nomos 2008, S. 80 („Allgemein anerkannt“); W. Ernst in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 25; M. Schmidt-Kessel/M. Kramme in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 276 Rn. 31 a.E.; F. Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 50. Edition (Stand 1.11.2018), § 443 Rn. 6, 10. Siehe bereits die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1888, Band 2, S. 225, wo die Haftung für die Zusicherung von Eigenschaften als ihrer Natur nach „als Ausfluss eines Garantieversprechens“ bezeichnet wird, sowie *ibid.*, S. 228: „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedoch nichts Anderes als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden“ (zit. nach B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, 1899, S. 124 und 126).

¹¹³ W. Ernst in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 25. F. Faust (in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 50. Edition (Stand 1.11.2018), § 443 Rn. 10) weist darauf hin, dass differenziert zu prüfen ist – der Parteiwille des Verkäufers, eine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie mit den üblichen Gewährleistungsfolgen zu übernehmen (§§ 442, 443 BGB), schließt nicht denknotwendig den Willen ein, auch verschuldensunabhängigen Schadensersatz (§§ 280, 276 Abs. 1 BGB) zu leisten.

(2) Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.“¹¹⁴

Die Gesetzesbegründung scheint darin hauptsächlich eine Regelung der *unselbständigen* Garantie gesehen zu haben¹¹⁵, obwohl zumindest die Übernahme einer Garantie durch einen Dritten nach allgemeiner Auffassung stets eine selbständige Garantie darstellt¹¹⁶.

§ 443 BGB wurde in den Jahren 2013/2014 von Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantien auf (kaufrechtliche) Garantien allgemein erweitert, insbesondere auf Sachverhalte, in denen eine Verpflichtung eingegangen wird für den Fall, dass die Sache „andere als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen nicht erfüllt“. § 443 Abs. 1 BGB n.F. lautet nun:

„(1) Geht der Verkäufer, der Hersteller oder ein sonstiger Dritter in einer Erklärung oder einschlägigen Werbung, die vor oder bei Abschluss des Kaufvertrags verfügbar war, zusätzlich zu der gesetzlichen Mängelhaftung insbesondere die Verpflichtung ein, den Kaufpreis zu erstatten, die Sache auszutauschen, nachzubessern oder in ihrem Zusammenhang Dienstleistungen zu erbringen, falls die Sache nicht diejenige Beschaffenheit aufweist oder andere als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen nicht erfüllt, die in der Erklärung oder einschlägigen Werbung beschrieben sind (Garantie), stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie gegenüber demjenigen zu, der die Garantie gegeben hat (Garantiegeber).“¹¹⁷

¹¹⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, Bundesgesetzblatt 2001 I Nr. 61, S. 3138, 3155.

¹¹⁵ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, S. 237 f., wo zwar der Anwendungsbereich nirgends explizit auf unselbständige Garantien reduziert wird, wo jedoch mehrmals der Mangel einer Regelung für unselbständige Garantien als Begründung für die Einführung des § 443 BGB angeführt wird. S.a. *D. Schmidt* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 14. Aufl., 2019, § 443 Rn. 8 m.w.N. Zur Differenzierung selbständige/unselbständige Garantien s.u. sub D I 3.

¹¹⁶ S.u. bei und Nachweis in Fn. 125. Zu den Gründen für die Einbeziehung der Garantien Dritter in § 443 BGB (i.d.F. v. 26.11.2001) s. BT-Drucksache 14/6040, S. 239 f.: Die Schuldrechtskommission hatte solche Garantien Dritter noch explizit ausgeklammert, doch waren sie zumindest im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 99/44/EG) einzubeziehen.

¹¹⁷ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013, Bundesgesetzblatt 2013 I Nr. 58, S. 3642, 3652. Wie der Titel des Gesetzes deutlich macht, diente die Erweiterung im Wesentlichen der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie, die eine von der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie etwas abweichende Definition der „gewerblichen Garantie“ vorsah.

Damit ist die (kaufrechtliche) Garantie im Sinne des § 443 BGB weder durch den Tatbestand klar definiert – eine Garantie kann übernommen werden für den Fall eines Mangels oder für die Erfüllung „andere[r] als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen“ –, noch ist sie durch die Rechtsfolge eindeutig definiert, da Gegenstand der Garantie nicht nur (wie ursprünglich noch im Entwurf vorgesehen) die Verpflichtung zum Austausch, zur Nachbesserung oder zur Dienstleistungserbringung sein kann, sondern – wie das im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte „insbesondere“ deutlich macht – auch jegliche andere Verpflichtung, etwa zum Schadensersatz¹¹⁸.

Diese Unschärfe der Definition des Tatbestands und der Rechtsfolge der Garantie in § 443 BGB ist weder zufällig, noch ist sie einem Versagen des Gesetzgebers anzulasten. Vielmehr ist die Unschärfe der Definition eine Folge der allgemeineren Erkenntnis, dass Garantien sowohl hinsichtlich der Definition des Garantiefalles als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen weitestgehend frei privatautonom vereinbart werden können und daher in keiner der beiden Dimensionen vorab limitiert werden können. Aus genau diesem Grund hatte der ursprüngliche Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die Definition der Garantie verzichtet¹¹⁹.

2. Unterscheidung „selbständige“ und „unselbständige“ Garantie

Die ganz herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur differenziert Garantien in *selbständige* Garantien und *unselbständige* Garantien¹²⁰. Die Kriterien für die Unterscheidung sind im Einzelnen strittig, und die Trennlinie ist nicht immer scharf.

Ganz überwiegend wird danach differenziert, ob die – dann „unselbständige“ – Garantie lediglich eine bestehende Gewährleistungshaftung des Garanten modifiziert¹²¹. Der garantierte Erfolg besteht also gerade in der *Vertragsgemäßheit*

¹¹⁸ Vgl. die Feststellung von F. Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 50. Edition (Stand 1.11.2018), § 443 Rn. 1: „Der sachliche Gehalt von Abs. 1 ist nicht groß: Er stellt im Wesentlichen eine speziell auf Garantien zugeschnittene Ausformulierung des Satzes ‚pacta sunt servanda‘ dar.“

¹¹⁹ S.o. Text zu und Nachweise in Fn. 106.

¹²⁰ So z.B. N. Horn, in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2013) Vorbemerkung zu §§ 765-778 Rn. 283 ff.; D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 443 Rn. 9; R.M. Beckmann, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, Rn. N-183. A.A. F. Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 50. Edition (Stand 1.11.2018) § 443 Rn. 16 f., der auf die konzeptionellen Schwierigkeiten der Unterscheidung hinweist und die Uneinheitlichkeit der Differenzierungskriterien, die von der h.M. verwendet werden, kritisiert.

¹²¹ M. Stöber, Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers, 2006, S. 33 (zum alten Recht: „Unselbständig wurden solche Garantien genannt, die lediglich die gesetzlichen Sachmängelrechte

des Vertragsgegenstandes, insbesondere in Bezug auf Beschaffenheit oder Haltbarkeit.

Die „selbständige“ Garantie dagegen ist eine – von einer möglicherweise daneben bestehenden Gewährleistungshaftung des Garantiegebers unabhängige – privatautonom vereinbarte Einstandspflicht für den Eintritt eines Erfolges, so dass Grundlage für die Garantiehaftung der Vertrag selbst ist (§§ 311 Abs. 1, 241 BGB).¹²² Bei der selbständigen Garantie geht der garantierte Erfolg über die vertragliche Beschaffenheit und damit Mängelfreiheit hinaus.¹²³

Im Gesetzesentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts wurde zur Unterscheidung selbständiger und unselbständiger Garantien formuliert:

„Da das Interesse des Käufers dahin geht, dass die Sache möglichst lange frei von Sachmängeln bleibt, übernehmen vielfach die Verkäufer die Garantie dafür, dass die Kaufsache während eines bestimmten Zeitraums oder für eine bestimmte Nutzungsdauer (z. B. die Kilometerleistung eines Kraftfahrzeugs) sachmängelfrei bleibt, und gehen damit über die gesetzliche Regelung hinaus. Eine solche Haltbarkeitsgarantie erweitert – in ihrem Geltungsbereich – die gesetzliche Sachmängelhaftung und wird deshalb auch als unselbständige Garantie bezeichnet, im Gegensatz zum selbständigen Garantieverprechen, das einen über die Sachmängelfreiheit hinausgehenden Erfolg zum Gegenstand hat.“¹²⁴

*erweiterten und durch die für bestimmte Eigenschaften der Kaufsache bzw. für deren Freiheit von Sachmängeln eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht übernommen wurde, ohne daß damit eigenständige Rechtsfolgen verbunden waren.“; für die Fortgeltung der Grundsätze *ibid.*, S. 65 ff.); R.M. Beckmann, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, Rn. N-183 („Unselbständige Garantien erweitern und modifizieren die kaufrechtlichen Mängelrechte zugunsten des Käufers.“); D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 443 Rn. 11: „Die unselbständige Garantie hat ihre Basis im dispositiven Recht und begründet eine partiell verschärfte Einstandspflicht, zB eine verschuldensunabhängige Haftung. Sie unterliegt grds dem geregelten Recht; Garantien für die Beschaffenheit also dem Mängelrecht [...], weshalb sie gem § 438 verjähren [Anm.: mN auch zur Gegenansicht zur Verjährungsfrage].“*

¹²² R.M. Beckmann, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, Rn. N-183; D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 443 Rn. 10 („Die selbständige Garantie ist vom dispositiven Recht, va vom Mängelrecht unabhängig. Ihr Inhalt wird daher von den Parteien autonom festgelegt.“).

¹²³ J. Hanke, Die Garantie in der kaufrechtlichen Mängelhaftung: Eine Betrachtung der Rechtslage vor und nach der Schuldrechtsreform, 2008, S. 41; M. Fischer, Die Haftung des Unternehmensverkäufers nach neuem Recht, DStR 2004, 276 (281); R.M. Beckmann, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, Rn. N-183. Das ist nicht notwendig, soweit die Garantie von einem Dritten, nicht dem Gewährleistungspflichtigen, übernommen wird.

¹²⁴ BT-Drucksache 14/6040, S. 237. Zu recht kritisiert wurde an dieser Passage, dass sie zumindest dahin verstanden werden könnte, als ob *ausschließlich* Haltbarkeitsgarantien unselbständige Garantien seien, und/oder als ob jede Haltbarkeitsgarantie (auch die eines Dritten) eine unselb-

Unzweifelhaft um eine *selbständige* Garantie handelt es sich, wenn jemand, der keiner Gewährleistungspflicht unterliegt, einen unbedingten rechtlichen Einstandswillen für eine bestimmte Beschaffenheit oder einen Erfolg erklärt, also beispielsweise, wenn in einer Dreiparteienkonstellation eine Garantie gegenüber dem Käufer einer Sache nicht von dem Verkäufer, sondern dem Hersteller übernommen wird.¹²⁵ Dasselbe gilt, wenn in einer Zweiparteienkonstellation diejenige Partei einen Erfolg garantiert, die keiner Gewährleistungspflicht unterliegt, wie etwa beim Kaufvertrag der Käufer, bei der Schenkung der Beschenkte, beim Werkvertrag der Besteller oder beim Mietvertrag der Mieter, da auch in diesen Fällen nicht ein bestehendes Gewährleistungsregime modifiziert wird, sondern ein selbständiges, privatautonom vereinbartes Haftungsregime vereinbart wird.

Die Qualifikation als selbständiger Garantievertrag nach §§ 311 Abs. 1, 241 BGB wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Schuldner eine Gewähr für seine eigene Leistung übernimmt, sofern der garantierte Erfolg über die bloße Vertragsmäßigkeit der Leistung hinausgeht.¹²⁶

Ferner bedeutet die Bezeichnung als „selbständiger“ Garantievertrag nicht, dass der Vertrag freistehend sein muss; er kann vielmehr „auch in einen gegenseitigen Vertrag eingebettet sein.“¹²⁷

3. Abgrenzung Garantie/Bürgschaft und Garantie/Vertragsstrafe

Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft ist zuweilen schwierig und insbesondere wegen der Formgebundenheit der Bürgschaft, aber Formfreiheit der Garantie, von Bedeutung.¹²⁸ Diese Abgrenzungsschwierigkeiten treten jedoch nur in der Dreiparteienkonstellation auf. Da Gegenstand dieses Gutachtens evidentenmaßen eine Zweiparteienkonstellation ist, handelt es sich bei der Ent-

ständige Garantie sei. Gemeint war wohl nur, dass Haltbarkeitsgarantien des Verkäufers regelmäßig unselbständige Garantien darstellen.

¹²⁵ S. statt aller BGH, NJW 1981, 2248 (2249): „Auf einen solchen Garantievertrag zwischen Hersteller und Käufer läßt sich die vom BerGer. erörterte Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Garantie nicht anwenden.“

¹²⁶ BGH v. 10.2.1999, VIII ZR 70/98, NJW 1999, 1542 (1543) („Nach der Rechtsprechung des BGH kann auch der Schuldner für seine eigenen Leistungen durch zusätzliche Vereinbarungen die Gewähr übernehmen, wenn der gewährleistete Erfolg weiter geht als die bloße Vertragsmäßigkeit der Leistungen“); BGH v. 23.5.1958, VIII ZR 126/57, NJW 1958, 1483; RG v. 11.12.1934, VII 240/34, RGZ 146, 120 (124); P. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 339 Rn. 48.

¹²⁷ N. Horn, in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2013) Vorbemerkung zu §§ 765–778 Rn. 208.

¹²⁸ Dazu z.B. S. Heinemeyer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 414 Rn. 23; E. Brödermann, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, Vor §§ 765 ff. Rn. 51.

schädigungsregelung in den Verträgen *Erhebung* und *Automatische Kontrolle* unzweifelhaft nicht um eine Bürgschaft.

Ähnliches gilt für die Abgrenzung Garantie/Vertragsstrafe. Auch hier kann die Trennlinie in manchen Fällen unscharf sein. Allerdings setzt ein unselbständiges (echtes, eigentliches, akzessorisches) Vertragsstrafenversprechen (§§ 339 ff. BGB) jedenfalls einen Verstoß gegen eine primäre Leistungspflicht voraus.¹²⁹ Da die Entschädigungsregelungen in den Verträgen *Erhebung* und *Automatische Kontrolle* an die Kündigung aufgrund eines vertraglich zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grundes anknüpfen, scheidet jedenfalls eine Qualifizierung als unselbständiges (echtes) Vertragsstrafenversprechen aus.

Die Abgrenzung des Garantievertrages zum selbständigen (unechten oder uneigentlichen) Vertragsstrafenversprechen im Sinne des § 343 Abs. 2 BGB ist zwar etwas weniger evident, da dort die Verwirkung der Vertragsstrafe gerade an ein Tun oder Unterlassen anknüpft, das keine primäre Leistungspflicht darstellt¹³⁰. Allerdings sollten die vertraglichen Entschädigungsregelungen im vorliegenden Fall wohl nicht vorrangig Druck ausüben, die Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen zu unterlassen¹³¹, sondern allein eine Schadensersatzpflicht für den Fall einer solchen Kündigung statuieren, so dass die Einordnung als (selbst unechte) Vertragsstrafe eher fern liegt. Letztlich kann diese Abgrenzung zwischen Garantie und selbständigem Vertragsstrafeversprechen aber deshalb dahinstehen, weil das selbstständige (unechte) Vertragsstrafeversprechen ebenfalls einen „nicht akzessorischen Garantievertrag“ darstellt.¹³²

¹²⁹ M. Stürner, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, Vorbemerkung vor §§ 339 bis 345 Rn. 1; P. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 339 Rn. 2.

¹³⁰ Statt aller BGH v. 18.12.1981, V ZR 233/80, BGHZ 82, 398 = NJW 1982, 759: „Für ein uneigentliches Strafversprechen ist wesentlich, daß es keine bereits bestehende und zu sichernde Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung voraussetzt, sondern die Verpflichtung zur Strafleistung selbständig begründet; das Versprechen ist also der alleinige Gegenstand des Schuldverhältnisses (vgl. RGRK, 12. Aufl., Vorb. §§ 339 bis 345 Rdnr. 2, § 343 Rdnr. 18). Neben der Strafe kann der Gläubiger nicht die Vornahme einer Handlung verlangen.“

¹³¹ Zu diesem Zweck (auch) der unechten Vertragsstrafe P. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 343 Rn. 24 und Vor § 339 Rn. 2. Dies ist allg. der Zweck der (eigentlichen und uneigentlichen) Vertragsstrafe, siehe schon BGH v. 23.5.1958, VIII ZR 126/57, NJW 1958, 1483 f. (dort auch zur Möglichkeit, die Vertragsstrafe durch Verzicht auf ein Vertretenmüssen garantieähnlich auszugestalten).

¹³² P. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 343 Rn. 24 (s.a. *idem, ibid.*, Vor § 339 Rn. 2).

4. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- Gewährleistung im zivilrechtlichen Sinne ist die gesetzlich geregelte Einstandspflicht für die Freiheit des Vertragsgegenstandes von Rechts- und Sachmängeln.
- In einem *Garantievertrag* übernimmt der Garant eine Verpflichtung, dem Garantieempfänger für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg (bzw. dessen Ausbleiben) einzustehen, also den Garantieempfänger für das Ausbleiben (bzw. Eintreten) dieses Erfolges schadlos zu halten, und zwar grundsätzlich auch für atypische Zufälle, gänzlich unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Garantiegebers¹³³.
- Garantien werden unterschieden in *selbständige* und *unselbständige* Garantien. Bei unselbständigen Garantien beschränkt sich der garantierte Erfolg auf die Vertragsmäßigkeit der Leistung. Die Abgrenzung bereitet nur dort Schwierigkeiten, wo der Garant gleichzeitig Gewährleistungspflichtiger ist. Eine selbständige Garantie liegt dann vor, wenn der Garant nicht gleichzeitig Gewährleistungspflichtiger ist, und außerdem dann (ungeachtet einer etwaigen Gewährleistungspflicht des Garanten), wenn der garantierte Erfolg über die Vertragsmäßigkeit der Leistung hinausgeht.

II. Zivilrechtliche Qualifikation der Entschädigungsregelungen in den Verträgen *Erhebung* und *Automatische Kontrolle*

1. Vertrag *Erhebung*

a) Garantie

Die im Sachverhalt näher beschriebenen Regelungen im Vertrag *Erhebung* statuieren zusammengefasst, dass für den Fall, dass ordnungspolitische Gründe eintreten – insbesondere, wenn die in Ziffer 26.3.4.v) näher ausgeführten legislativen oder judikativen Akte auf nationaler oder europäischer Ebene eine Kündigung erforderlich oder eine Vertragsdurchführung unzumutbar machen –, ein wichtiger Grund zur Kündigung durch den Auftraggeber gegeben ist; dass jedoch im Falle der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen (bei Nichtvorliegen anderer, nicht gleichermaßen qualifizierter Kündigungsgründen) bei Beendigung ohne Übernahme dem Betreiber ein „Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises“ zusteht, der dem Bruttounternehmenswert entspricht, der sich nach der Dis-

¹³³ Nachweise in Fn. 109–111.

counted Cash Flow Methode auf der Grundlage des WACC Ansatzes zur Bruttokapitalisierung ergäbe, wenn das Projekt während der gesamten Ordentlichen Laufzeit von 12 Jahren ohne Kündigung durchgeführt worden wäre¹³⁴. Abziehen sind lediglich durch die Beendigung des Vertrages ersparte Aufwendungen der Betreiberparteien und das, was sie aufgrund des Einsatzes von frei gewordenen Arbeitskräften oder sonstigen Ressourcen erwerben oder böswillig nicht erwerben¹³⁵.

Damit wird sichergestellt, dass die Betreiber im Falle einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen nicht schlechter stehen als wenn der Vertrag bis zum Ende der Ordentlichen Vertragslaufzeit (12 Jahre nach Beginn der Erhebung) durchgeführt worden wäre. Im Vergabeverfahren wurde dies auch als „hohe Schlusszahlung“ bzw. „Restwert des Vertrages“ bezeichnet;¹³⁶ in der ad hoc-Mitteilung der CTS EVENTIM AG & Co. KGaA vom 19.6.2019 nach Kündigung heißt es: „Die mit dem Bund geschlossenen Verträge enthalten Schutzbestimmungen, die Vermögensschäden für die Betreibergesellschaft und ihre Gesellschafter vorbeugen sollen. Dies gilt auch für den Fall, dass die Infrastrukturabgabe nicht eingeführt werden sollte.“

Der Auftraggeber (als Garant) hat damit im Vertrag *Erhebung* die Verpflichtung übernommen, den Betreiber (als Garantiebegünstigten) für den Fall einer Kündigung, die allein auf ordnungspolitische Gründe gestützt wird (Garantiefall), schadlos zu stellen, ihn also „so zu stellen, als ob der ins Auge gefa[ss]te Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre“¹³⁷ — mithin für das Ausbleiben der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen „einzustehen“.

Es handelt sich damit bei der Schadensersatzregelung in Ziffer 30.5.4 um einen Garantievertrag. Unschädlich ist, dass diese Garantie nicht ausdrücklich als „Garantievertrag“ bezeichnet wurde.¹³⁸ Maßgeblich ist der unbedingte Einstandswille zur Schadloshaltung, wenn der Garantiefall eintritt.

¹³⁴ Zur Berechnung des Bruttounternehmenswertes aufgrund von DCF/WACC, s. etwa J. Drukarczyk/A. Schüler, Unternehmensbewertung, 7. Aufl. 2016, S. 81 ff., 99 ff.

¹³⁵ Zwar muss der Betreiber gem. Ziffer 30.5.4 des Vertrages *Erhebung* detailliert zur Anrechnung und Nichtanrechnung vortragen; die materielle Beweislast für die Anrechnung von Posten als Abzugsposten vom Bruttounternehmenswert trägt jedoch der Auftraggeber.

¹³⁶ Frage Nr. 44 vom 11.6.2018, S. 2606 der pdf-Datei des im Internet veröffentlichten Vertragskonvoluts Vertrag *Erhebung* („Zusätzliche Auskünfte“).

¹³⁷ So die Formulierung in BGH v. 18.12.1981, V ZR 233/80, BGHZ 82, 398 = NJW 1982, 759.

¹³⁸ Zwar sind in Ziffer 22 Garantien des Betreibers und des Gesellschafters ausdrücklich als selbständige Garantieverprechen (§§ 311, 241 BGB) bezeichnet. Dies erlaubt aber aus mehreren Gründen kein *argumentum e contrario*. Erstens ist allgemein die rechtliche Qualifikation einer Klausel nicht von einer ausdrücklichen Bezeichnung (hier: als Garantie) abhängig, sondern von

b) Selbständigkeit der Garantie

Dieser Garantievertrag ist in einen gegenseitigen Vertrag, den (Betreiber-) Vertrag *Erhebung*, eingebettet. Wie oben dargelegt wurde, hindert eine solche Einbettung in einen gegenseitigen Vertrag nicht die Einordnung des Versprechens als selbständige Garantie¹³⁹. Der Betreibervertrag ist ein atypischer, gemischter Typenkombinationsvertrag mit vor allem werk- und dienstvertraglichen Elementen (vergleiche die Leistungspflichten des Betreibers in Ziffer 5, insbesondere Ziffer 5.1.1: Errichtung des Infrastrukturabgabenerhebungssystems und Erhebung der Infrastrukturabgabe), bei welchem dem Betreiber, je nach Verpflichtung, die Rolle des Werkunternehmers oder Dienstverpflichteten zukommt, dem Auftraggeber dagegen die Rolle des Bestellers bzw. Dienstberechtigten.

Da der Auftraggeber in diesen Rollen nicht gewährleistungspflichtig ist (im Gegensatz zum Betreiber), handelt es sich bei den vom Auftraggeber eingeräumten Garantien schon aus diesem Grund notwendig um *selbständige* Garantien.¹⁴⁰

Hinzu kommt, dass der Garantiefall als Kündigung aus ordnungspolitischem Grund und Beendigung des Vertrages ohne Übernahme definiert ist. Bei Vorliegen ordnungspolitischer Gründe, wie sie in Ziffer 26.3.4v) definiert sind, ist die Kündigung durch den Auftraggeber aber eine vertragsgemäße Handlung. Der versprochene Erfolg, dessen Ausbleiben den Garantiefall und damit die Schadenshaltung auslöst, ist also mehr als die bloß vertragsgemäße Leistung: Die Garantie besagt, dass auch bei vertragsgemäßigem Verhalten, nämlich der Kündigung aus wichtigem Grund bei Vorliegen ordnungspolitischer Gründe, Schadensersatz vom Auftraggeber zu leisten ist. Wenn der garantierte Erfolg über die Vertragsmäßigkeit der Leistung hinausgeht, liegt eine selbständige Garantie vor.¹⁴¹

Bei der Entschädigungsregelung in Ziffer 30.5.4 handelt es sich damit um ein selbständiges Garantieverprechen nach §§ 311 Abs. 1, 241 BGB.

ihrem Inhalt nach Auslegung. Zweitens sieht Ziffer 2.3 des Vertrages Erhebung ausdrücklich vor, dass „[d]ie Überschriften der Ziffern dieses Vertrages [...] ausschließlich der Orientierung [dienen] und [...] nicht zur Auslegung heranzuziehen [sind].“ Drittens bilden die Garantien in Ziffer 22 (gemeinsam mit der Ersatzvornahme in Ziffer 23 und den Vertragsstrafen in Ziffer 24) ein eigenständiges Haftungsregime als Ersatz der gesetzlichen Gewährleistungshaftung *des Betreibers* (bzw. Gesellschafters). Wie sogleich im Text ausgeführt wird, unterliegt der *Auftraggeber* keiner solchen gesetzlichen Gewährleistungspflicht, so dass die Nichterwähnung seiner Garantien in der Ziffer 22 keineswegs erstaunlich ist und daher auch keinen Schluss *e contrario* rechtfertigt.

¹³⁹ S.o. bei und Nachweis in Fn. 127.

¹⁴⁰ Siehe Text vor und nach Fn. 125.

¹⁴¹ Nachweise in Fn. 123, 124.

c) Außergewöhnliche Risikoverteilung: Abweichen vom gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB

In der Sache bürdet diese selbständige Garantie in Ziffer 30.5.4 das Risiko der Beendigung des Vertrages durch Kündigung (sofern sie allein aufgrund eines ordnungspolitischen Grundes erfolgte) *vollständig* dem Auftraggeber auf; der Betreiber wird (durch Einräumung des Schadensersatzes in Höhe des Kaufpreises in Höhe des Bruttounternehmenswertes unter Abzug von ersparten Aufwendungen, des aufgrund der Aufhebung Erworbenen und desjenigen, was der Unternehmer böswillig zu erwerben unterließ) vollständig schadlos gehalten. Dies erklärt auch die ad hoc-Mitteilung der CTS EVENTIM AG & Co. KGaA vom 19. Juni 2019, in der es heißt: „Die mit dem Bund geschlossenen Verträge enthalten Schutzbestimmungen, die Vermögensschäden für die Betreibergesellschaft und ihre Gesellschafter vorbeugen sollen. Dies gilt auch für den Fall, dass die Infrastrukturabgabe nicht eingeführt werden sollte.“

Diese vollständige Schadloshaltung, und damit die Übernahme des gesamten Risikos – übrigens nicht nur des tatsächlich eingetretenen Risikos der Erklärung der Infrastrukturabgabe in ihrer derzeitigen Form als europarechtswidrig durch den EuGH, sondern auch des Risikos jeglicher anderer gesetzlicher Änderungen auf nationaler oder europäischer Ebene oder anderer nationaler oder europäischer Gerichtsentscheidungen¹⁴² –, ist in ihrer Ausgestaltung äußerst ungewöhnlich und weicht vom gesetzlichen Leitbild in § 648a BGB ab, der unter anderem die Rechtsfolgen einer Kündigung aus wichtigem Grund beim Werkvertrag regelt.

Zwar sieht § 648 BGB eine Rechtsfolge vor, die derjenigen der Ziffer 30.5.4 in etwa entspricht. In § 648 BGB ist dies jedoch das Pendant zu dem „für Austauschgeschäfte [...] eigentlich systemwidrigen Gedanken [...], dass der Besteller frei darüber entscheiden können soll, ob er die vom Unternehmer nach seinen Wünschen und Vorgaben herzustellende Leistung noch will.“¹⁴³ Wenn der Werkunternehmer der freien Willkür des Bestellers bis zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks unterworfen ist, ob der Besteller das vereinbarte Werk wirklich erstellen lassen will, dann ist es auch interessengerecht, dem Werkunternehmer die vereinbarte Vergütung (unter Abzug der ersparten Aufwendungen, des aufgrund der Aufhebung Erworbenen und desjenigen, was der Unternehmer böswillig zu erwerben unterließ) zuzusprechen, also das volle positive Interesse.

¹⁴² Vgl. die Definition der ordnungspolitischen Gründe in Ziffer 26.3.4v) des Vertrags Erhebung.

¹⁴³ S. Leupertz/C. Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 648 Rn. 1.

So liegt es jedoch im Fall des Garantieverprechens in Ziffer 30.5.4 gerade nicht: Es knüpft nicht an eine willkürliche Kündigung des Auftraggebers an. Anknüpfungspunkt ist vielmehr eine Kündigung des Auftraggebers *aus einem für ihn wichtigen Grund* nach Ziffer 26.3.4 des Vertrages *Erhebung*. Für Kündigungen aus wichtigem Grund gilt nach dispositivem Gesetzesrecht beim Werkvertrag gerade *nicht* § 648 BGB, sondern § 648a BGB. Nach dessen Abs. 5 ist der Unternehmer grundsätzlich „nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.“ Für *nicht* bereits erbrachte Leistungen erhält er im Gegensatz zum Fall des § 648 BGB gerade *keine* Vergütung.¹⁴⁴ Im Rahmen des § 648a BGB ist sogar anerkannt, dass selbst die Vergütung für die bereits erbrachten Teile des Werkes entfallen kann, wenn die erbrachten Teile für den Besteller unbrauchbar sind.¹⁴⁵ Ein weitergehender Schadensersatz des Unternehmers auf den entgangenen Gewinn kommt bei Kündigung aus wichtigem Grund nur bei Vorliegen einer anderweitigen Anspruchsgrundlage in Frage (§ 648a Abs. 6 BGB), etwa, wenn der *Unternehmer* aus wichtigem Grund kündigt und diese Kündigung durch einen *vorwerfbaren Pflichtverstoß des Bestellers* ausgelöst wird¹⁴⁶. So liegt es in den Fällen der Ziffer 30.5.4 aber gerade nicht; dort kündigt der *Auftraggeber* aus einem Grund, der vertraglich als wichtiger Grund definiert ist.

Die in Ziffer 30.5.4 des Vertrags *Erhebung* vorgesehene selbständige Garantie ordnet daher eine Risikoverteilung und Schadensersatzregelung an, die angebracht wären, wenn der Auftraggeber durch vorwerfbar pflichtwidriges Verhalten eine Kündigung durch den Betreiber ausgelöst hätte. Die vollständige Übernahme eines aus Sicht der Parteien *zufälligen* Risikos der Änderung der Gesetzeslage oder einer entgegenstehenden Gerichtsentscheidung durch den Auftraggeber, mit der Folge, dass der Betreiber den Bruttounternehmenswert (unter Abzug der ersparten Aufwendungen, des anderweitigen Erwerbs und des böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs) und damit in etwa den entgangenen Gewinn über die gesamte Ordentliche Laufzeit von zwölf Jahren erhält, und zwar selbst bei Kündigung kurz nach Vertragsbeginn (wie dies tatsächlich eintrat), ist

¹⁴⁴ BGH v. 24.6.1999, VII ZR 196/98, NJW 1999, 3554 (3556); BGH v. 5.6.1997, VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017 (3018); S. Leupertz/C. Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 648a Rn. 13.

¹⁴⁵ BGH v. 24.6.1999, VII ZR 196/98, NJW 1999, 3554 (3556): „Auch bei mangelfreier Leistung steht den Kl. ein Honorar für erbrachte Leistungen nicht zu, wenn die Bekl. darlegen und gegebenenfalls beweisen können, daß die erbrachte Leistung für sie nicht brauchbar oder ihnen deren Verwertung nicht zumutbar ist“, unter Bezugnahme auf BGH v. 5.6.1997, VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017 (3018).

¹⁴⁶ BGH v. 24.2.2005, VII ZR 225/03, NJW 2005, 1650.

als vertragliche Risikoverteilung außergewöhnlich. Diese außergewöhnlichen, „hohe[n] Schlusszahlungen“ (Formulierung eines anonymisierten Fragestellers in den Zusätzlichen Auskünften im Rahmen der Finalen Angebotsphase¹⁴⁷) konnten – abhängig vom Zeitpunkt des Auftretens des ordnungspolitischen Grundes – potentiell in jedem beliebigen Rechnungsjahr innerhalb der Ordentlichen Vertragslaufzeit ausgelöst werden.

Die Außergewöhnlichkeit der Abweichung vom gesetzlichen Leitbild in der Entschädigungsregelung im Vertrag *Erhebung* zeigt sich auch an dem Vergleich mit der Entschädigungsregelung im Vertrag *Automatische Kontrolle* (sogleich sub 2).

2. Vertrag *Automatische Kontrolle*

Ziffer 33.4.2 im Vertrag *Automatische Kontrolle*, welche die Entschädigung für den Fall der Kündigung dieses Vertrages aus ordnungspolitischen Gründen regelt (und damit das Pendant zu Ziffer 30.5.4 des Vertrags *Erhebung* darstellt), staffelt, wie im Sachverhalt (o. sub B I) näher beschrieben, die Entschädigung nach Vertragsphasen und gewährt lediglich eine anteilige Vergütung, die dem Anteil der errichteten bzw. beschafften Technischen Lösung zum Stichtag entspricht (mit Anpassungen für breakage costs, breakage gains, Versicherungen, ersparte Aufwendungen, anderweitigen Erwerb und schuldhaft unterlassenen anderweitigen Erwerb).

Auch bei dieser Regelung in Ziffer 33.4.2 des Vertrags *Automatische Kontrolle* handelt es sich um eine selbständige Garantie; dies ergibt sich aus den gleichen Gründen, aus denen auch die Regelung des 30.5.4 des Vertrags *Erhebung* eine selbständige Garantie darstellte.

Die in Ziffer 33.4.2 des Vertrags *Automatische Kontrolle* vorgesehenen Risikoverteilung ist jedoch weit weniger ungewöhnlich als die Regelung im Vertrag *Erhebung*. Die Entschädigungsregelung im Vertrag *Automatische Kontrolle* deckt sich im Wesentlichen mit dem, was sich im Falle einer Kündigung aus wichtigem Grund nach dem dispositiven Gesetzesrecht in § 648a Abs. 5 BGB ergäbe und entspricht daher dem Leitbild des dispositiven Gesetzesrechts.

¹⁴⁷ Frage Nr. 44 vom 11.6.2018, S. 2606 der pdf-Datei des im Internet veröffentlichten Vertragskonvoluts Vertrag *Erhebung* („Zusätzliche Auskünfte“).

III. Ergebnis der zivilrechtlichen Prüfung

Die Entschädigungsregelungen in Ziffer 30.5.4 des Vertrages *Erhebung* und in Ziffer 33.4.2 des Vertrages *Automatische Kontrolle* sind als *Garantien* zu qualifizieren, da aufgrund ihrer der Auftraggeber (als Garant) die Verpflichtung übernimmt, den Betreiber/Auftragnehmer (als Garantiebegünstigten) für den Fall einer Kündigung, die allein auf ordnungspolitische Gründe gestützt wird (Garantiefall), schadlos zu stellen, ihn also „so zu stellen, als ob der ins Auge gefa[ss]te Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre“ — mithin für das Ausbleiben der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen „einzustehen“.

Diese Garantien sind *selbständige* Garantien, erstens, weil der Auftraggeber nicht gewährleistungspflichtig ist, und zweitens, weil der Garantiefall an ein Verhalten (namentlich eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund) anknüpft, das über die bloße Vertragsmäßigkeit hinausgeht.

Während die Ausgestaltung der Risikoverteilung in dieser selbständigen Garantie im Vertrag *Automatische Kontrolle* dem gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB entspricht und damit nicht außergewöhnlich erscheint, weicht die Risikoverteilung der selbständigen Garantie im Vertrag *Erhebung* stark vom gesetzlichen Leitbild ab. Im Vertrag *Erhebung* sieht die selbständige Garantie eine Schadensersatzzahlung vor, die das Risiko eines aus Sicht der Vertragsparteien zufälligen Risikos einer künftigen gesetzlichen Änderung oder gerichtlichen Entscheidung auf nationaler oder europäischen Ebene vollständig und einseitig auf den Auftraggeber verlagert. Diese Regelung wäre verständlich, wenn sie als Rechtsfolge einer willkürlichen Kündigung durch den Auftraggeber (§ 648 BGB) oder als Rechtsfolge einer Kündigung des Betreibers aufgrund eines vorwerfbaren Pflichtverstoßes seitens des Auftraggebers vorgesehen wäre (vgl. § 648a Abs. 6 BGB). Im Vertrag *Erhebung* ist die Schadensersatzpflicht, durch die der Auftraggeber für das volle positive Interesse des Betreibers über die gesamte Ordentliche Laufzeit einsteht, jedoch als Garantieverprechen für den Fall einer vertragsgemäßen Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund vorgesehen. Dies weicht gravierend vom gesetzlichen Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB ab, wonach bei Kündigung aus wichtigem Grund die Vergütung lediglich anteilig für den bereits erbrachten Teil des Werkes zu leisten ist.

Über die Gründe, weshalb eine derart einseitig den Auftraggeber belastende Garantie zugunsten der Betreiber vereinbart wurde, kann nur spekuliert werden.

Die Garantie wurde möglicherweise erst spät in den Vertrag eingeführt.¹⁴⁸ Sofern die Betreiberparteien für diese einseitig belastende Garantie keine erheblichen Zugeständnisse an anderer Stelle im Vertrag im Gegenzug für diese Garantie gemacht haben, ist die Einseitigkeit der Klausel unverständlich. Sofern die Garantie auf Drängen der Betreiberparteien eingeführt worden sein sollte, und diese dafür substantielle Zugeständnisse an anderen Stellen angeboten haben, hätte dies dem Auftraggeber vor Augen führen müssen, dass die Betreiberparteien das Risiko des Eintretens eines ordnungspolitischen Grundes, insbesondere einer Europarechtswidrigkeit des Infrastrukturabgabengesetzes, als erheblich höher einschätzten als der Auftraggeber. Aus Sicht eines Vertragsverhandlers hätte dies den Auftraggeber veranlassen müssen, seine eigene Einschätzung, dass das Risiko einer Aufhebung durch den EuGH gering sei – eine Einschätzung, die sich, wie wir aus ex post Sicht wissen, als falsch herausstellte – zu hinterfragen und seine vorläufige Einschätzung („*prior beliefs*“) an die geänderte Informationsbasis anzupassen, und gegebenenfalls sogar mit dem Zuschlag zu warten, bis die Entscheidung des EuGH gefällt war. Ob diese neue Informationslage aus verfassungsrechtlicher Sicht vor Abschluss eines solchen Vertrages eine Einschaltung des Bundestages erfordert hätte, wird im haushaltsverfassungsrechtlichen Teil dieses Gutachtens untersucht.

¹⁴⁸ Darauf könnte die Antwort auf die Frage Nr. 44 vom 15.6.2018, S. 2606 der pdf-Datei des im Internet veröffentlichten Vertragskonvoluts Vertrag *Erhebung* („Zusätzliche Auskünfte“) hindeuten: „*Nein, der Verweis wurde nicht vergessen. Eine Entschädigungsregelung für den geschilderten Fall ist in Ziffer 30.5.4 (i), 3. Var. des Betreibervertrages (Stand: Finalangebotsphase) vorgesehen.*“

E. Haushaltsrisikopolitik und Haushaltsverfassungsrecht

Die Verträge stehen im Kontext der Debatte über eine „Ausländer-Maut“ seit 2013 und der Infrastrukturabgaben-Gesetzgebung seit 2015 (u. I). Vor diesem Hintergrund sind die Risikoverträge haushaltsrechtlich einzuordnen (u. II).

I. Vorbereitung der Infrastrukturabgabe: Haushaltsrisikopolitik

Das Artikelgesetz „zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen“¹⁴⁹ trat am 12. Juni 2015 in Kraft¹⁵⁰. Voran (Art. 1) steht das „Gesetz über die Erhebung einer zeitbezogenen Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen“ – das Infrastrukturabgabengesetz (InfrAG). Spätestens seit Inkrafttreten hatten die für die Haushaltsplanung und Haushaltsgesetzgebung zuständigen Organe allen Anlass, die „Einführung“ der Infrastrukturabgabe planerisch vorzubereiten und die Einnahmenerhebung sicherzustellen.

Allerdings musste die Bundesregierung von Beginn an mit einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH rechnen, auf Anrufung der Europäischen Kommission (Art. 258 AEUV) oder auch eines Mitgliedstaats der Europäischen Union (Art. 259 AEUV). Die politische, bereits im Bundestagswahlkampf 2013 geführte Debatte über eine „PKW-Maut für Ausländer“¹⁵¹ stand von Anfang an auch im Zeichen der Rechtsfrage, ob Inländer mitbelastet werden müssen oder unionsrechtskonform entlastet werden können. Bundesregierung und Bundesgesetzgeber entschieden sich im Jahr 2015 für Entlastung über einen im Kraftfahrzeugsteuergesetz auf Vorrat verankerten „Steuerentlastungsbetrag“¹⁵².

In der Phase der Vorbereitung 2016–2018, nach Inkrafttreten des InfrAG 2015, musste die Haushaltsplanung sowohl Vorsorge- als auch Risikopolitik sein (u. 1). Die Risikoentscheidungen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) im Oktober und Dezember 2018 sind im breiteren Kontext der politischen und rechtlichen Debatten seit dem Bundestagswahlkampf 2013 zu betrachten (u. 2).

¹⁴⁹ BGBl. I S. 904.

¹⁵⁰ Ausgabe des Bundesgesetzblatts Nr. 22 am 11. Juni 2015, Art. 5 des Gesetzes zum Inkrafttreten „am Tag nach der Verkündung“.

¹⁵¹ Zur (damaligen) Begrifflichkeit und zum „Vorwurf der Unionsrechtswidrigkeit“ *T. Langeloh*, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer zulassungsortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr, DÖV 2014, 365.

¹⁵² Zweites Verkehrsteueränderungsgesetz v. 8. Juni 2015, BGBl. I S. 901. Art. 1 sah für „inländische Kraftfahrzeuge“ einen „Steuerentlastungsbetrag“ nach Maßgabe des neuen § 9 Abs. 6 KfzStG vor. Allerdings sollte diese Änderung des KfzStG erst in Kraft treten mit Beginn der „Abgabenerhebung nach dem Gesetz über die Erhebung einer zeitbezogenen Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen“ (Art. 3 des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes).

1. Haushaltsplanerische „Vorbereitung der Erhebung“

Seit 2016 sehen die Bundeshaushaltspläne im Einzelplan 12 (Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur), Kapitel 1201 (Bundesfernstraßen) die Ausgaben-Titelgruppe 03 „Ausgaben im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Erhebung der Infrastrukturabgabe“ vor¹⁵³.

Die Bundeshaushaltspläne 2016 und 2017 brachten in der Titelgruppe 03 neben kleineren Titeln (u.a. Mieten und Pachten) insbesondere Personalausgaben aus, die Titel 422 31 und 428 31: „Bezüge und Nebenleistungen der planmäßigen Beamtinnen und Beamten“ und „Entgelte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“. Beide Haushaltspläne versahen diese Titel mit je einem Haushaltsvermerk (Sperrvermerk). Für 13 der ausgebrachten Planstellen und für weitere 32 Stellen galt, dass sie „bis zur Feststellung der EU-Rechtskonformität der Infrastrukturabgabe durch den EuGH gesperrt sind“¹⁵⁴.

Der Bundeshaushaltsplan 2018 brachte erstmals eine Verpflichtungsermächtigung „für den Einzug der Infrastrukturabgabe“ im Gesamtumfang von 2 080 000 000 EUR aus (Titel 532 34), bezifferte die Fälligkeit für das Haushaltsjahr 2020 auf 100 000 000 EUR, für die Haushaltsjahre 2021–2032 auf jeweils 165 000 000 EUR¹⁵⁵. Die den Bezügen und Entgelten beigegebenen Sperrvermerke finden sich nicht mehr. Insgesamt war der Haushalt zugeschnitten auf die vermeintlich bevorstehende Umsetzung des InfrAG, nach wie vor aber führte der Haushaltsplan 2018 die Ausgaben in der Titelgruppe 03 unter der Überschrift „Vorbereitung der Erhebung der Infrastrukturabgabe“. Das noch im Vorjahr vermerkte Problem der „EU-Rechtskonformität“ kam nicht mehr zur Sprache – der Haushalt 2018 plante im Zeichen der „Vorbereitung“ auf den „Einzug“. Auch das Haushaltsgesetz 2018 vom 12. Juli 2018¹⁵⁶, verspätet zustande gekommen nach der Bundestagswahl 2017 und der verzögerten Regierungsbildung im ersten Halbjahr 2018, stellte keine Risikoermächtigung bereit; § 3 sah keine Erlaubnis vor für die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen im Zusammenhang mit der Infrastrukturabgabe.

In der Gesamtschau nimmt sich die Haushaltsplanung zunächst vorsichtig aus, wie die Sperrvermerke 2016 und 2017 zeigen. Der Haushalt 2018 lässt die Sperr-

¹⁵³ Haushaltsplan 2016, Einzelplan 12, S. 34; Haushaltsplan 2017, Einzelplan 12, S. 25; Haushaltsplan 2018, Einzelplan 12, S. 25.

¹⁵⁴ Haushaltsplan 2016, Einzelplan 12, S. 319; Haushaltsplan 2017, Einzelplan 12, S. 221.

¹⁵⁵ Haushaltsplan 2018, Einzelplan 12, S. 27.

¹⁵⁶ BGBl. I S. 1126.

vermerke fallen und plant nur mehr für das (vermeintlich wahrscheinliche) Szenario einer Auftragsvergabe und Vertragsdurchführung. Die offene Frage der Unionsrechtswidrigkeit wird nicht mehr problematisiert. Daraus folgt aber auch: Haushaltsgesetz und Haushaltsplan 2018 wollten weder explizit noch implizit vertragliche Risiken im Format des Art. 115 Abs. 1 GG freigeben. Ein Haftungsrisiko war nicht eingeplant.

2. Risikokontext 2013–2018 und Risikoentscheidung 2018

Noch während des Bundestagswahlkampfes, nachdem die „Ausländer-Maut“ zu einem „der beherrschenden Themen im Wahljahr 2013“¹⁵⁷ geworden war, reagierte die juristische Fachliteratur mit kritischen Nachfragen¹⁵⁸. Der Koalitionsvertrag 2013 kündigte „einen angemessenen Beitrag der Halter von nicht in Deutschland zugelassenen PKW“ an. Und zudem: „Die Ausgestaltung wird EU-rechtskonform erfolgen“¹⁵⁹. Mit Beginn der Legislaturperiode fand eine rege Diskussion statt über die „unionsrechtlichen Unwägbarkeiten“¹⁶⁰, die „unionsrechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten“¹⁶¹, die „europarechtlichen Probleme“¹⁶², die „europarechtlichen Vorgaben“¹⁶³ und die „europarechtlichen Bedenken“¹⁶⁴.

Das BMVI engagierte sich seinerseits in dieser ersten Phase der Diskussion und gab ein Rechtsgutachten „über die Vereinbarkeit der Einführung einer Infrastrukturabgabe für Kraftfahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von bis zu 3,5 Tonnen auf dem deutschen Bundesfernstraßennetz mit dem Recht der Europäischen Union“ in Auftrag. Das Gutachten¹⁶⁵ lag am 17. Oktober 2014 vor und ge-

¹⁵⁷ F. Kainer/S. Ponterlitschek, Einführung von nationalen Straßenbenutzungsgebühren für Pkw: Verstoß gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot?, ZRP 2013, 198.

¹⁵⁸ F. Kainer/S. Ponterlitschek, Einführung von nationalen Straßenbenutzungsgebühren für Pkw: Verstoß gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot?, ZRP 2013, 198 (200): „Damit stellt sich die Frage, ob die Einführung einer Straßenbenutzungsgebühr diskriminierende Wirkung entfaltet. [...] Dies ist für eine alle Autofahrer treffende Straßenbenutzungsgebühr nicht der Fall, soweit sich nicht aus der Art der Erhebung eine Benachteiligung ergibt. Kommt eine parallele Entlastung inländischer Autofahrer hinzu, könnte es anders liegen.“

¹⁵⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2013, Abschnitt 1.3. (S. 29).

¹⁶⁰ S. Korte/M. Gurreck, Die europarechtliche Zulässigkeit der sog. PKW-Maut, EuR 2014, 420 (440).

¹⁶¹ T. Langeloh, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer zulassungsortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr, DÖV 2014, 365 (370 ff.), insbesondere zu einer i.S. des Unionsrechts kohärenten Einbeziehung der Kraftfahrzeugsteuer.

¹⁶² V. Boehme-Neßler, Pkw-Maut für EU-Ausländer?, NVwZ 2014, 97.

¹⁶³ H. Münzing, Zur Einführung einer Pkw-Maut in Deutschland, NZV 2014, 197 (198).

¹⁶⁴ M. Zabel, Das Infrastrukturabgabengesetz, NVwZ 2015, 1241.

¹⁶⁵ Chr. Hillgruber, Rechtsgutachten 2014, zugänglich via <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/infrastrukturabgabe-gutachten-hillgruber.html> (letzter Zugriff am 18.8.2019).

langte zu dem Fazit¹⁶⁶: „Die vorgesehene Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Nutzung des deutschen Bundesfernstraßennetzes stellt – auch in der Kombination mit entsprechenden Freigrenzen bei der Kfz-Steuer – weder eine *unmittelbare* noch eine *mittelbare* Diskriminierung von Unionsbürgern aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Sie ist auch im Übrigen mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar.“

Unter Berücksichtigung auch dieser gutachterlichen Überlegungen gelangte jedoch der Fachbereich Europa (Unterabteilung Europa) im Deutschen Bundestag in seinen Ausarbeitungen vom Dezember 2014¹⁶⁷ wie zuvor in der Ausarbeitung vom Juli 2014¹⁶⁸ zu einem anderen Ergebnis. Die „objektiv gebotene Gesamtbeurteilung der im InfrAG-E und im KfzStG-E vorgesehenen Maßnahmen“ lasse den Schluss zu, „dass die Maßnahmenkombination eine *mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit* zulasten der nicht in Deutschland Kfz-steuerpflichtigen Fahrzeughalter und Nutzer der deutscher Bundesfernstraßen aus anderen Mitgliedstaaten bewirkt, die sich nicht auf unionsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe stützen lässt. Zudem führt die geplante Infrastrukturabgabe zu einer potenziellen Beeinträchtigung von Verkehrsunternehmen im Sinne von Art. 92 AEUV.“¹⁶⁹

Nach Abschluss der Gesetzgebung 2015¹⁷⁰ erreichte das BMVI im Dezember 2016 eine grundsätzliche Verständigung mit der Europäischen Kommission¹⁷¹. Auf dieser Grundlage brachte die Bundesregierung einen Entwurf zur Änderung des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes ein¹⁷², um die ökologische Lenkungswirkung der inländisch wirksamen Kfz-Steuerentlastung zu verstärken. Im Mai

¹⁶⁶ Chr. Hillgruber, Rechtsgutachten 2014, 71, dort die Hervorhebungen.

¹⁶⁷ Ausarbeitung zur „Vereinbarkeit der Gesetzentwürfe zur Einführung einer Infrastrukturabgabe und zur Reform des Kraftfahrzeugsteuergesetzes mit dem Unionsrecht“ v. 18.12.2014, PE 6 – 3000 – 212/14; Ausarbeitung zur „Vereinbarkeit der Gesetzentwürfe zur Einführung einer Infrastrukturabgabe und zur Reform des Kraftfahrzeugsteuergesetzes mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ v. 19.12.2014, PE 6 – 3000 – 220/14.

¹⁶⁸ H. Rathke, Ausarbeitung zur „Vereinbarkeit des Vorschlags für eine Pkw-Maut bzw. Infrastrukturabgabe mit dem Unionsrecht“ v. 29.7.2014, PE 6 – 3000 – 131/14.

¹⁶⁹ Ausarbeitung „Vereinbarkeit der Gesetzentwürfe zur Einführung einer Infrastrukturabgabe und zur Reform des Kraftfahrzeugsteuergesetzes mit dem Unionsrecht“ v. 18.12.2014, PE 6 – 3000 – 212/14, 42.

¹⁷⁰ S. die Nachw. o. Fn. 152.

¹⁷¹ Dazu ausführlich A. Kruhl, Nachbesserungen bei der Pkw-Maut – ein aktueller Überblick, NZV 2017, 167 (169 ff.).

¹⁷² BR-Drs. 57/17, S. 1 und BT-Drs. 18/11235, S. 1: „Nach Auffassung der Europäischen Kommission stehen im Detail nicht alle Maßnahmen zur Ausgestaltung der Infrastrukturabgabe sowie zur Vermeidung der Doppelbelastung im Einklang mit dem Recht der Europäischen Union. Mit einer Anpassung der Regelungen soll den Bedenken der EU-Kommission Rechnung getragen werden.“

2017 beendete die Kommission das Vorverfahren des Art. 258 Abs. 1 AEUV und verzichtete auf die Anrufung des Europäischen Gerichtshofs im Verfahren der Vertragsverletzung (Art. 258 Abs. 2 AEUV).

Aber auch nach dieser Verständigung mit der Europäischen Kommission waren die rechtlichen Risiken, insbesondere das *Risiko der gerichtlichen Feststellung*, dass die Bundesrepublik Deutschland mit Einführung der Infrastrukturabgabe „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat“ (Art. 260 Abs. 1 AEUV), nicht gebannt: Die Warnungen im Schrifttum verstummten nicht¹⁷³. Der Fachbereich Europa (Unterabteilung Europa) im Deutschen Bundestag legte am 6. Februar 2017 eine weitere gründliche Ausarbeitung¹⁷⁴ vor. Die Republik Österreich erhob am 12. Oktober 2017 Vertragsverletzungsklage vor dem Europäischen Gerichtshof (Art. 259 AEUV). Ausdrücklich in einem *Beratungsbericht*¹⁷⁵ „nach § 88 Abs. 2 BHO“ über die Entwicklung des Einzelplans 12 (BMVI) vom Mai 2018 äußerte der Bundesrechnungshof Zweifel: „Aufgrund seiner Prüfungserkenntnisse bezweifelt der Bundesrechnungshof die Annahmen des BMVI zum Zeitpunkt und zur Höhe der Einnahmen aus der Infrastrukturabgabe. Zudem hat Österreich eine Klage vor dem Europäischen Gerichtshof gegen die Infrastrukturabgabe eingereicht, der die Niederlande beigetreten sind.“¹⁷⁶

In dieser Lage hat das BMVI im Juni 2017 das Vergabeverfahren zur Infrastrukturabgabe eingeleitet, konnte freilich von der im Oktober 2017 „eingereichten“¹⁷⁷, indes lange vorbereiteten Vertragsverletzungsklage Österreichs nicht überrascht werden¹⁷⁸. Im Oktober und Dezember 2018 hat es die Verträge *Automatische Kontrolle* und *Erhebung* abgeschlossen, vier bzw. zwei Monate vor

¹⁷³ Deutlich A. Kruhl, Nachbesserungen bei der Pkw-Maut – ein aktueller Überblick, NZV 2017, 167 (171): „Diskriminierung weiterhin gegeben“; dort auch Kritik am Hillgruber-Gutachten; F. Kainer/J. Persch, Der Verkehr im Binnenmarktrecht: Sonderfall oder Dienstleistung?, EuR 2018, 33 (34); F. Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, NJW 2017, 3631 (3637 Fn 68): „Mittlerweile klagt Österreich (C-591/17), die Verurteilung Deutschlands ist sehr wahrscheinlich“.

¹⁷⁴ Ausarbeitung zur „Vereinbarkeit des Infrastrukturabgabengesetzes und des Zweiten Verkehrssteueränderungsgesetzes in der Fassung der von der Bundesregierung beschlossenen Änderungsgesetze mit dem Unionsrecht“ v. 6.2.2017, PE 6 – 3000 – 5/17.

¹⁷⁵ Zur Handlungsform U. Hufeld, Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 45.

¹⁷⁶ Bundesrechnungshof, Beratungsbericht v. 9.5.2018, V 1 – 2017 – 0613, 23; vgl. auch Präsident des Bundesrechnungshofs K. Scheller, SZ v. 15.7.2019, S. 16: „Wir haben schon 2015 ‚Vorsicht, Vorsicht‘ gesagt“.

¹⁷⁷ Vgl. das Rubrum des EuGH-Urteils v. 18.6.2019, Rs. C-591/17.

¹⁷⁸ Vgl. bereits S. Korte/M. Gurreck, Die europarechtliche Zulässigkeit der sog. PKW-Maut, EuR 2014, 420: „... hat beispielsweise Österreich bereits rechtliche Schritte gegen eine etwaige Einführung einer PKW-Maut in Deutschland angekündigt“.

den Schlussanträgen des Generalanwalts¹⁷⁹, acht bzw. sechs Monate vor dem Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 18. Juni 2019.

II. Haushaltsrechtliche Würdigung

Die Vertragsschlüsse im Oktober und Dezember 2018 nach Abschluss der Vergabeverfahren mussten „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§§ 38, 39 BHO) nach sich ziehen, sei es infolge langjähriger Durchführung der Verträge, sei es infolge einer schadensersatzpflichtigen Kündigung. Damit aber steht zweifacher Ermächtigungsbedarf in Frage (u. 1). Vorbelastungen der Haushalte ab 2020 durch Maßnahmen im Jahr 2018 sind haushaltsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie Deckung finden im Haushaltsgesetz (u. 2), im Haushaltsplan (u. 3), in einer dem BMVI vorbehaltenen Risikoabschätzungsbefugnis (u. 4) oder einer Notbewilligung nach Maßgabe des Art. 112 GG (u. 5).

1. Zweifacher Ermächtigungsbedarf

Die Würdigung der Verträge muss voraussetzen, dass das Haushaltsrecht für *jede* Festlegung des Bundes auf – sichere oder mögliche – Ausgaben in *künftigen* Haushaltsjahren zwingend einen *gegenwärtigen* Ermächtigungstitel verlangt. Das ist ein Gebot der haushaltswirtschaftlichen Totalität (o. C I 3 a), der Vollständigkeit der Planung. Das binäre System der Bundeshaushaltsordnung unterscheidet zwischen Verpflichtungsermächtigungen für *sichere* und *hoch wahrscheinliche* „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§ 38 Abs. 1 Satz 1 BHO) und Gewährleistungsermächtigungen für *mögliche* „Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren“ (§ 39 Abs. 1 BHO). Der auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite selbständige § 39 Abs. 1 BHO spiegelt den Verfassungsimperativ des Art. 115 Abs. 1 GG: dieser unterwirft die Risiko-„Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren“ einem besonders herausgehobenen, unhintergehbaren Parlamentsvorbehalt (o. C II 2).

Die Modi der Vorbelastung stehen im Verhältnis der Exklusivität. Sie unterscheiden sich im Tatbestand (o. C II 1 und 2) und lassen sich auch im Hinblick auf die Verschiedenheit der Rechtsfolgen nicht fusionieren: Die Verpflichtungsermächtigung ist ein Modus der *Haushaltsplanung* (§ 11 Abs. 2 Nr. 3, § 38 Abs. 1 Satz 1 BHO), die Gewährleistungsermächtigung ein Modus der *Gesetzgebung* (Art. 115 Abs. 1 GG, § 39 Abs. 1 BHO). Nach dieser Maßgabe ist der Ermächtigungsbedarf des BMVI in der Entscheidungssituation Ende des Jahres 2018 zu bestimmen: für das *Szenario Vertragsdurchführung* und das *Szenario Kündigung*.

¹⁷⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *N. Wahl* v. 6.2.2019, C-591/17.

Wenn das BMVI mit den Verträgen vom Oktober und Dezember 2018 dem Bund einerseits *hoch wahrscheinliche* Ausgaben der Vertragsdurchführung und andererseits *mögliche* Gewährleistungsrisiken im Anwendungsbereich des Art. 115 Abs. 1 GG aufgebürdet haben sollte, war das Ministerium auf zwei Ermächtigungstitel angewiesen. Schloße die Verpflichtungsermächtigung „*Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe*“ im Haushaltsplan 2018 auch Gewährleistungsrisiken mit ein, handelte es sich um eine defekte Ermächtigung – gegen das Fusionsverbot, gegen das binäre BHO-System, das Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung streng unterscheidet, und gegen den Vorbehalt des förmlichen Gesetzes (Art. 115 Abs. 1 GG). Sofern aber mit dem Titel 532 34 „*Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe*“ eine intakte Verpflichtungsermächtigung zur Verfügung stand – beschränkt auf künftige Ausgaben der Vertragsdurchführung –, durfte sich das BMVI auf eine vertragliche Gewährleistungsklausel nicht ohne die weitere Ermächtigung in Gesetzesform einlassen.

2. Art. 115-Risiken im Vertrag *Erhebung*

Das BMVI hat Ende 2018 in der Gleichzeitigkeit der (vermeintlich) hohen Wahrscheinlichkeit einer langjährigen Vertragsdurchführung und der (vermeintlich) niedrigen Wahrscheinlichkeit einer Vertragsauflösung wegen Verletzung des höherrangigen Unionsrechts entschieden. Mit der Risikoverteilung in den Verträgen vom Oktober und Dezember 2018 hat das Ministerium unterschiedliche Gewährleistungsrisiken übernommen. In Anknüpfung an die zivilrechtliche Qualifikation (u. a) zeigt sich, dass der Vertrag vom Oktober 2018 nicht von einer gesetzlichen Ermächtigung nach Maßgabe des Art. 115 Abs. 1 GG abhängig war. Mit dem Vertrag vom Dezember 2018 indessen hat sich das BMVI freihändig auf ein „Art. 115-Risiko“ eingelassen und damit jene eigenständige und außerordentliche Haushaltsrisikopolitik an sich gezogen, die Art. 115 Abs. 1 GG dem Parlament vorbehält (u. b).

a) Indizielle Bedeutung der zivilrechtlichen Qualifikation

Die Bundesrepublik Deutschland hat ihren Vertragspartnern sowohl im Vertrag *Automatische Kontrolle* (Oktober 2018) als auch im Vertrag *Erhebung* (Dezember 2018) jeweils ein materiell selbständiges Garantieverprechen gegeben, formell eingebettet in das einheitliche Vertragswerk (ausführlich o. D II). Diese zivilrechtliche Würdigung hat für die haushaltsrechtliche Einordnung der Vorbelastung durch Vertrag und insbesondere für die Zuordnung zu Art. 115 Abs. 1 GG indiziel-

le Bedeutung (o. C II 3 a). Die zivilrechtliche Qualifikation legt nahe, dass für beide Verträge eine „Garantie“ i.S. des Art. 115 Abs. 1 GG in Rede steht.

Allerdings unterscheiden sich die Klauseln in ihrer Reichweite deutlich (o. sub D II 1 c und D II 2). Die Regelung Ziff. 33.4.2 im Vertrag *Automatische Kontrolle* (Oktober 2018) kopiert im Wesentlichen das Haftungsregime, das, bei Inanspruchnahme des dispositiven Rechts, kraft des § 648a Abs. 5 BGB gegolten hätte. Ziff. 33.4.2 staffelt die Entschädigung nach Vertragsphasen und gewährt eine anteilige Vergütung, die dem Anteil der errichteten bzw. beschafften Technischen Lösung zum Stichtag entspricht.

Insoweit handelt es sich nicht um ein *außerordentliches* Haftungsrisiko und nicht um eine darauf bezogene *haushaltspolitisch relevante Risikoübernahme* i.S. des Art. 115 Abs. 1 GG. Ob der verfassungsrechtliche Garantiebegriff diese Gewährleistungsform („selbständige“, jedoch vertragsübliche Garantie) einbezieht, kann dahinstehen. Art. 115 Abs. 1 GG findet jedenfalls kraft teleologischer Reduktion keine Anwendung auf den Vertrag *Automatische Kontrolle* (Oktober 2018).

Demgegenüber ist die Selbständigkeit und Außerordentlichkeit des Garantiever sprechens im Vertrag *Erhebung* (Dezember 2018) mit Händen zu greifen. In den Rollen, die der Bund als Besteller und Dienstberechtigter im Vertrag *Erhebung* übernommen hat, ist er nicht gewährleistungspflichtig. Offenkundig ist der in Ziff. 30.5.4 bekundete Einstandswille zur Schadloshaltung unbedingt und umfassend, in außergewöhnlicher Abweichung vom Leitbild des § 648a Abs. 5 BGB (o. D II 1 c). Das Risiko der Vertragsbeendigung durch Kündigung allein aufgrund eines „ordnungspolitischen“ Grundes trägt umfassend die Bundesrepublik Deutschland; der Betreiber wird *vollständig* über die *gesamte* Laufzeit (12 Jahre) schadlos gehalten (o. D II 1).

Mit dieser Haftungszusage im Vertrag *Erhebung* (Dezember 2018) hat sich das BMVI ersichtlich von einer vertragsüblichen Risikoverteilung gelöst und ein überschießendes Risiko *übernommen*: In Rede steht eine politisch gewillkürte „Übernahme“ im Sinne des Art. 115 Abs. 1 GG – eine Risikoübernahme, die den Befund der vertragsrechtlich und haushaltspolitisch eigenständigen, insgesamt außerordentlichen Haushaltsrisikopolitik aufdrängt. Das ist der „Garantie“-Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 GG. Diese Norm will die zivilrechtlich atypische, haushaltspolitisch außerordentliche, vielleicht dennoch erwünschte Risikokalkulation und Risikopolitik nicht verbieten, wohl aber dem Parlament vorbehalten. Das ist die Rechtsfolge des Art. 115 Abs. 1 GG.

b) Nochmals: Risikoübernahme im Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 GG

Mit dem Garantieverprechen im Vertrag *Erhebung* (Dezember 2018) hat das BMVI der Bundesrepublik Deutschland ein repräsentatives „Art. 115-Risiko“ aufgebürdet. Die begriffliche, teleologische, systematische und historische Interpretation des Art. 115 Abs. 1 GG bestätigt das Ergebnis.

Art. 115 Abs. 1 GG berücksichtigt auf der Tatbestandsseite zivilrechtliche Vertragstypen, die außerordentliche Haftungsbereitschaft indizieren. Letztlich aber verfolgt die Norm einen genuin staatsorganisationsrechtlichen, näherhin haushaltsverfassungsrechtlichen Kontroll- und Kompetenzzuweisungszweck.

Das ist entstehungsgeschichtlich verbürgt. Die preußischen Vorläufer von 1848 und 1850 erfassten die „Uebernahme von Garantien zu Lasten des Staates“¹⁸⁰, die Reichsverfassung von 1871 die „Uebernahme einer Garantie zu Lasten des Reichs“ (Art. 73), die Weimarer Reichsverfassung von 1919 die „Übernahme einer Sicherheitsleistung zu Lasten des Reichs“ (Art. 87). Das Grundgesetz hat zunächst den Begriff der „Sicherheitsleistung“ übernommen, 1969 die „Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen“ an seine Stelle gesetzt. Durchweg geht es um eine „außerordentliche“ (Art. 73 RV 1871), in ihrer Haushaltswirksamkeit ungewisse *Risikoübernahme*, um eine politisch verselbständigungs-fähige „Übernahme“-Entscheidung (o. sub C II 3 a) außerhalb der haushaltswirtschaftlichen Routine. Mit der Außerordentlichkeit der Risikopolitik korrespondiert traditionell ein besonderer Gesetzesvorbehalt, der den allgemeinen haushaltsverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt zusätzlich absichert.

Diese Konzeption kann nicht zulassen, dass die Exekutive ihre Gebundenheit an das parlamentarische Placet im Rekurs auf zivilrechtliche Formate abstreift. Deshalb arrondiert Art. 115 Abs. 1 GG die Kontrollreichweite mit dem Auffangtatbestand der „sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können“. Die „Gewährleistung“ ist der verfassungsrechtliche Oberbegriff. Ihr Kennzeichen ist die Übernahme der Haftung für den ungewissen Eintritt künftiger Risiken¹⁸¹. Die Gewährleistungsermächtigung erfasst diese Risikostruktur, begrenzt das Risiko und überantwortet die Kalkulationspolitik dem Parlament (o. C II 3). Daraus folgt für die verfassungsrechtliche Würdigung der Verträge vom Oktober und Dezember 2018:

¹⁸⁰ Art. 102 der oktroyierten Verfassung v. 5.12.1848, Preußische Gesetz-Sammlung 1848, S. 375, und Art. 103 der vereinbarten Verfassung v. 31.1.1850, Preußische Gesetz-Sammlung 1850, S. 17.

¹⁸¹ A. *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht (Losebl.), Art. 115 GG Rn. 14 (Stand 2012).

- *Risikostruktur*. Das unionsrechtliche Risiko war beiden Vertragsparteien bekannt. Eine Abrede, die für den Fall der unionsrechtlich bedingten Vertragsauflösung den Vertragspartner so stellt, wie er bei langjähriger Vertragsdurchführung stünde, ist kein unselbständiger Annex, keine Nebenpflicht bei ansonsten verabredungskonformer Vertragsabwicklung. Das umfassende Versprechen im Vertrag *Erhebung* ist eine selbständige Garantie-Zusage (o. sub D II 1) und i.S. des Oberbegriffs (Art. 115 Abs. 1 GG) „Gewährleistung“: politisch gewillkürte, eigenständige, außerordentliche Haushaltsrisikopolitik.
- *Risikobegrenzung*. Art. 115 Abs. 1 GG, § 39 BHO verlangen eine „der Höhe nach“ bestimmte, zudem eine ausdrückliche, gerade auf das besondere Risiko bezogene Ermächtigung (o. C II 3 b). Diese, nur diese eröffnet und begrenzt den Erlaubniskorridor. Wenn die Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2018 (Einzelplan 12) zum Vertragsschluss ermächtigt, so schließt diese Erlaubnis gerade nicht die Risikoermächtigung mit ein. Diese mit Art. 115 Abs. 1 GG bewirkte Trennung spiegelt sich in der Zweiteilung der §§ 38, 39 BHO¹⁸². Der Adressat der Verpflichtungsermächtigung, der eine implizite Risikoermächtigung für sich reklamiert, verletzt Haushaltsverfassungs- und einfaches Haushaltsrecht.
- *Risikopolitik*. Art. 115 Abs. 1 GG will die im Tatbestand erfasste, außerordentliche Haushaltspolitik nicht verhindern. Wohl aber blockiert die Norm eine (Allein-)Entscheidung der Exekutive. Sie befestigt den haushaltsrechtlichen Parlamentsvorbehalt. Die Gewährleistungsermächtigung setzt eine Kalkulation voraus, die Vorteile einer Risikopolitik in Vertragsform und die Haushaltsrisiken gegenüberstellt. Das Grundgesetz determiniert diese Abwägung nicht inhaltlich; Art. 115 Abs. 2 GG („Schuldenbremse“) ist auf die Kredit-, nicht auf die Gewährleistungsermächtigung anwendbar. Das Grundgesetz vertraut allein auf Kompetenz und Verfahren, auf die parlamentarische Kompetenz und auf das Verfahren der Bundesgesetzgebung. Risikoverträge im Anwendungsbereich des Art. 115 Abs. 1 GG ohne den bundesgesetzlichen Ermächtigungsrückhalt für das vertragsschließende Ministerium unterlaufen die strikte Kompetenzzuweisung. Sie sind im Außenverhältnis wirksam, staatsorganisationsrechtlich jedoch haltlose Verträge.

¹⁸² A. Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht (Losebl.), § 39 BHO Rn. 2 (Stand 2013).

3. Keine Risikodeckung im Haushaltsplan 2018

Die Erklärung des BMVI vom Juli 2019¹⁸³ lässt vermuten, dass das Ministerium den Haushalt 2018 nicht nur für Verträge mit üblicher Risikoverteilung, sondern auch für die einseitig riskante und folgenschwere Garantie-Zusage in Anspruch nehmen will: „Im Haushalt 2018 wurde die haushaltsrechtliche Voraussetzung für die Einbindung von Auftragnehmern zur Errichtung und den Betrieb geschaffen, indem Verpflichtungsermächtigungen ausgebracht wurden, um auf dieser Basis die Verträge abschließen zu können. Damit war ersichtlich, dass eine Zuschlagserteilung in 2018 erfolgen soll.“

Eingedenk dieser Erklärung ist der Titel 532 34 in Betracht zu ziehen (u. a), zudem die Frage zu klären, ob diese Verpflichtungsermächtigung herangezogen werden kann für potentielle Schulden im ungewissen Haftungsfall (u. b).

a) „Spezialisierte“ Zweckbindung des Titels 532 34

Der Haushaltstitel 532 34 „Ausgaben für den Einzug der Infrastrukturabgabe“ im Einzelplan 12 (Titelgruppe 03) des Bundeshaushalts 2018 steht für die Zahlung auf eine Gewährleistungsschuld des Bundes nicht zur Verfügung. Zwar veranschlagt der Titel eine Verpflichtungsermächtigung im Gesamtumfang von 2 080 000 000 EUR mit Fälligkeiten bis zum Jahr 2032 (näher o. I 1). Seine Inanspruchnahme für eine Gewährleistungsschuld scheidet aber – zunächst ungeachtet der verfassungsrechtlich ausschlaggebenden Trennung zwischen Verpflichtungs- und Gewährleistungsermächtigung – bereits an der Zweckbindung des Titels. Eine Umwidmung der „Ausgaben für den Einzug“ in „Ausgaben infolge des ersatzpflichtigen Scheiterns“ wäre ersichtlich unvereinbar mit dem Gebot der Einzelveranschlagung und haushaltsplanerischen Spezialisierung (o. sub C I 3 b und C II 1).

Bei aller (rechtspolitischen) Kritik an überzogener Spezialisierung¹⁸⁴ besteht kein Zweifel, dass sich die Exekutive in der Haushaltsausführung der eindeutigen Zweckbindung nicht entziehen darf. Der freihändig-kühne interpretatorische Zugriff auf den „im Einzelfall klar, prägnant und genau“¹⁸⁵ ausgewiesenen Zweck wäre jene „unangemessene Verfügungsmacht über die Titelsumme“¹⁸⁶, die das Haushaltsverfassungsrecht hintanhaltend will. Dieser Zugriff wäre Zweckentfrem-

¹⁸³ www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/maximale-transparenz-maut.html (letzter Zugriff am 18.8.2019).

¹⁸⁴ Chr. Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 167 ff., 321 ff.

¹⁸⁵ O. Häußler, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 17 Rn. 11.

¹⁸⁶ BVerfGE 70, 324 (357).

dung gegen das Budgetrecht des Parlaments, gegen die Koordinations- und Lenkungsfunktion des Haushaltsplans (o. C I 2 a) und gegen den „spezialisiert“ gegliederten Haushalt als Maßstab der Finanzkontrolle (o. C I 2 c). § 45 Abs. 1 BHO zieht ausdrücklich die Konsequenz und unterwirft Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen der sachlichen und zeitlichen Bindung („nur zu dem im Haushaltsplan bezeichneten Zweck“). Dass der Titel 532 34 in diesem Sinne bindet, folgt aus dem Wortlaut der Zweckbestimmung („für den Einzug der Infrastrukturabgabe“) und aus der exakten Angabe und Staffelung der Jahresfälligkeiten bis 2032, zugeschnitten auf die dauerhafte Erledigung einer Verwaltungsaufgabe, nicht auf die Einmalzahlung nach Kündigung im Zuge der Abwicklung einer gescheiterten Vertragsbeziehung.

Auch die Haushaltsvermerke, die im Einzelplan 12 die „Spezialisierung“ punktuell durchbrechen („flexibilisieren“), erlauben die hier fragliche Umwidmung nicht. Die gegenseitige Deckungsfähigkeit, die der voranstehende Haushaltsvermerk¹⁸⁷ für die Ausgaben der Titelgruppe 03 und beschränkt für die Ausgaben der Titelgruppe 01 ermöglicht, setzt eine „andere“ Ausgabenermächtigung voraus. Indes fehlt die „andere“ Ermächtigung, etwa für „Ausgaben infolge des ersatzpflichtigen Scheiterns der Infrastrukturabgabe“; eben solche sind im Haushalt 2018 nicht eingeplant. Zudem unterscheidet § 20 Abs. 2 BHO zwischen „Ausgaben“ im Haushaltsjahr und den später kassenwirksamen „Verpflichtungsermächtigungen“¹⁸⁸. Für die Verpflichtungsermächtigung des Titels 532 34 ist eine Flexibilisierung durch Deckungsfähigkeit nicht ersichtlich.

b) Die Wahrscheinlichkeitsbasis des Titels 532 34

Gegen die Inanspruchnahme des Titels 532 34 für eine Gewährleistungsschuld spricht auch und ausschlaggebend, dass die Verpflichtungsermächtigung nicht zur Verfügung steht für *potentielle Schulden im ungewissen Haftungsfall*.

Die Vertragskündigung infolge konzeptioneller Unionsrechtswidrigkeit der Infrastrukturabgabe war im Jahr 2018 ungewiss. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz haben nicht mit Vertragsauflösung, sondern umgekehrt mit Vertragsdurchführung gerechnet, 2016–2018 die „Vorbereitung der Erhebung der Infrastrukturabgabe“ (Einzelplan 12, Kapitel 1201, Titelgruppe 03) vorangetrieben und „für den Einzug der Infrastrukturabgabe“ geplant. Diese Einschätzung ist zu respektie-

¹⁸⁷ Haushaltsplan 2018, Einzelplan 12, S. 25.

¹⁸⁸ Vgl. auch im Haushaltsplan 2018, Einzelplan 12, den Haushaltsvermerk zur Titelgruppe 01 mit der Unterscheidung zwischen Ziff. 3 („Die Ausgaben sind gegenseitig deckungsfähig.“) und Ziff. 6 („Die Verpflichtungsermächtigungen sind gegenseitig deckungsfähig.“).

ren¹⁸⁹. Sie war zweifelhaft, aber nicht evident falsch, und sah sich im Hinblick auf die fest eingeplanten Vertragsdurchführungskosten der Linie der VV-BHO (Ziff. 5 zu § 39 BHO) verpflichtet: *„Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen dürfen nicht übernommen werden, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Inanspruchnahme des Bundes gerechnet werden muss. In diesem Fall sind Ausgaben oder Verpflichtungsermächtigungen auszubringen.“*

Mit der haushaltsplanerischen Vorsorge für Vergabeverfahren, Abschluss von Verträgen und deren langjährige Durchführung hat sich das Parlament für das Planungsinstrumentarium der (vermeintlichen) Gewissheit oder (vermeintlich) hohen Wahrscheinlichkeit entschieden, für die Vorausbelastung durch Verpflichtungsermächtigung im Format des § 38 BHO. Dass der Bundestag diese Ermächtigung mit einer Gewährleistungsermächtigung fusionieren und im Haushaltsplan implizit vertragliche Gewährleistungsrisiken freigeben wollte, ist nicht ersichtlich. Art. 115 Abs. 1 GG und § 39 BHO fordern eine Ermächtigung in Gesetzesform.

4. Vorbehaltswidrige Ermessensausübung des BMVI

Das BMVI hat im Juli 2019 öffentlich erklärt¹⁹⁰: *„Während der gesamten Projektlaufzeit wurde gemäß den gängigen Projektmanagementstandards ein Risikomanagement – unterstützt von externem Sachverstand – betrieben. Dabei wurden sämtliche relevanten Risiken identifiziert und bewertet, die einen Einfluss auf den Projekterfolg haben könnten. Dabei wurde fortlaufend auch das Risiko bewertet, welches eine mögliche mangelnde Konformität zu nationalen und europäischen Gesetzgebungen umfasst. Das Risiko wurde von den externen Experten als niedrig eingeschätzt.“*

Die Erklärung anerkennt ein Risiko und legt nahe, dass sich das Ministerium die Risikoeinschätzung der externen Experten zu eigen gemacht hat. Ob diese Einschätzung („niedrig“) im Kontext der Diskussion 2013–2018 (o. I 2) seriös möglich war, ist zweifelhaft; zudem beschränkt sie sich auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und vernachlässigt die Schadenshöhe. Auf eine Risikoquantifizierung kommt es indessen für den Parlamentsvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG nicht an. Insbesondere ist die parlamentarische Kompetenz nicht abhängig von einer vorgelagerten Risikobewertung anderer Verfassungsorgane. Der Bundesregierung kommt nicht

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 129, 124 (125 Ls. 5): „Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit, für Gewährleistungen eintreten zu müssen, kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht zu respektieren ist.“

¹⁹⁰ www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/maximale-transparenz-maut.html (letzter Zugriff am 18.8.2019).

die Kompetenz zu, kraft eigenen Ermessens über Art. 115 Abs. 1 GG zu disponieren, gleichsam den Zugang zu einem Parlamentsvorbehalt zu regulieren (dazu o. C II 4). Die Risikobewertung – im Hinblick auf Eintrittswahrscheinlichkeit *und* Schadenshöhe – ist nicht Voraussetzung, sondern Teil des Parlamentsvorbehalts. Sie ist wie die Entscheidung über eine Gewährleistungsermächtigung sowie deren Umfang und Wirtschaftlichkeit¹⁹¹ Sache des Deutschen Bundestages.

Zudem beschränkt sich die Erklärung des BMVI vom Juli 2019 auf das Risiko der ungewissen „Konformität zu nationalen und europäischen Gesetzgebungen“. Diese Risikoprognose ist nicht identisch mit der Risikoabwägung, die einer Gewährleistungsermächtigung zugrundeliegt und als spezifische Risikopolitik (o. 2) dem Parlament vorbehalten, der Exekutive vorenthalten wird.

5. Keine Notbewilligung

Das BMVI konnte sich im Oktober und Dezember 2018 auch nicht auf Art. 112 GG und § 3 Abs. 7 Bundeshaushaltsgesetz 2018 stützen. Der einzige Ermächtigungsadressat für die Übernahme „zusätzlicher“ Gewährleistungen ist das Bundesministerium der Finanzen (§ 3 Abs. 7 Satz 1 BundeshaushaltsG 2018). Über- und außerplanmäßigen Ausgaben (Art. 112 Satz 1 GG, § 37 BHO) sowie über- und außerplanmäßige Gewährleistungen (§ 3 Abs. 7 Satz 1 BundeshaushaltsG 2018 i.V. mit § 37 Abs. 1 BHO) setzen die Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen voraus, im Fall der Gewährleistung auch die Einwilligung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages (§ 3 Abs. 7 Satz 1 BundeshaushaltsG 2018).

Materiellrechtlich kommen über- und außerplanmäßige Ausgaben (Art. 112 GG), über- und außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigungen (§ 38 Abs. 1 Satz 3 BHO¹⁹²) sowie über- und außerplanmäßige Gewährleistungsermächtigungen (§ 3 Abs. 7 Satz 1 BundeshaushaltsG 2018 i.V. mit § 37 Abs. 1 BHO) nur bei *Unvorhersehbarkeit und Unabweisbarkeit* des Bedarfs in Betracht. Auch diese Voraussetzung lag im Oktober und Dezember 2018 nicht vor. Nach jahrelanger Diskussion über die Unionsrechtskonformität einer Infrastrukturabgabe mit paralleler Kfz-Steuerentlastung für Inländer (vgl. o. I 2) waren 2017/18 alle Varianten der Vertragsgestaltung und Risikoverteilung vorhersehbar.

¹⁹¹ Zum Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit *F. Heller*, Haushaltsgrundsätze für Bund, Ländern und Gemeinden, 2. Aufl. 2010, Rn. 711 ff.

¹⁹² Zur Einführung der Lkw-Maut hat das BMF 2002 einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung zugestimmt; näher dazu *F. Schorkopf*, Transparenz im „Toll-Haus“, NVwZ 2003, 1471 (1472).

F. Gesamtergebnis

Insgesamt hat das Ministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur mit dem Vertrag *Erhebung* vom 30. Dezember 2018 ein Risiko ohne haushaltsrechtliche Deckung übernommen. Garantieverprechen des Bundes bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigung, über die der Bundestag zu entscheiden hat. Das Handeln der Bundesregierung im Dezember 2018 war daher eine unerlaubte Risikoübernahme und verletzte das Grundgesetz.