



Bericht

an den
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages

nach § 88 Abs. 2 BHO

über die Verträge zur Infrastrukturabgabe

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	3
0 Zusammenfassung	4
1 Anlass und Gegenstand des Berichtes	6
2 Umgang mit dem Risiko eines negativen Urteils des Europäischen Gerichtshofes	8
3 Schadensersatzansprüche in den Verträgen bei Kündigung wegen des EuGH-Urteils	10
4 Finale Angebote	13
4.1 Kostenreduzierung vom ersten zum „zweiten finalen Angebot“ beim Vertrag „Erhebung“	13
4.2 Anpassung der Leistungsbeschreibung und des Vertrages „Erhebung“	14
4.3 Würdigung	15
4.4 Stellungnahme des BMVI	17
4.5 Abschließende Würdigung	18
5 Verpflichtungsermächtigungen für den Abschluss der Verträge	21
6 Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens	26

Abkürzungsverzeichnis

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GPLG	Gesamtprojektleitungsgruppe
InfrAG	Gesetz zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen
ISA	Infrastrukturabgabe
KOM	Europäische Kommission
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaft
Toll Collect	Toll Collect GmbH
VE	Verpflichtungsermächtigung
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge

0 Zusammenfassung

Das Gesetz zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (InfrAG) trat am 12. Juni 2015 in Kraft. Nach zwei Vergabeverfahren schloss das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) für die „Erhebung“ der Abgabe und für die „Automatische Kontrolle“ mit zwei Bieter*innen im Oktober und Dezember 2018 Verträge ab. Nachdem der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Infrastrukturabgabe (ISA) mit Urteil vom 18. Juni 2019 für nicht europarechtskonform erklärt hatte, kündigte das BMVI die Verträge mit den Auftragnehmern. Der Bundesrechnungshof hat die Verträge „Erhebung“ und „Automatische Kontrolle“ nach dem EuGH-Urteil geprüft.

- 0.1 Das BMVI hat bei der Vergabe des Vertrages „Erhebung“ das Vergaberecht verletzt. Es hat mit dem einzigen verbliebenen Bieter weitere „Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche“ über das finale Angebot geführt, ohne die zuvor ausgeschiedenen Bieter einzubinden. Zudem hat es die Leistungsbeschreibung und die Mindestanforderungen verändert, sodass der Bieter den Angebotspreis um mehr als 1 Mrd. Euro reduzierte. Der Bundesrechnungshof hält dies für vergaberechtswidrig, denn Verhandlungen über finale Angebote und Veränderungen der Mindestanforderungen sind grundsätzlich nicht zulässig. Ferner hätte die finanzielle Höhe des finalen Angebotes das BMVI veranlassen müssen, das Projekt ISA insgesamt zu überdenken. (Nummer 4)
- 0.2 Mit dem Abschluss des Vertrages „Erhebung“ hat das BMVI gegen Haushaltsrecht verstoßen. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses lag keine ausreichende haushaltsrechtliche Ermächtigung vor. Zwar deckten die im Haushaltsplan 2018 bewilligten Verpflichtungsermächtigungen formal den Angebotspreis von 1,975 Mrd. Euro ab. Der Vertrag enthielt aber weitere Vergütungsbestandteile, die in künftigen Jahren zu Ausgaben in dreistelliger Millionenhöhe für den Bund geführt hätten. (Nummer 5)
- 0.3 Der Bundesrechnungshof hält die im Vertrag „Erhebung“ vereinbarte Schadensersatzregelung für nicht angemessen. Der Auftragnehmer kann selbst kurz nach Abschluss des Vertrages nahezu den vollen unternehmerischen Gewinn über die gesamte Laufzeit fordern, wenn der Vertrag allein aufgrund des EuGH-Urteils gekündigt wird. Dieser von den

Bietern in den Vertragsverhandlungen geforderte hohe Schadensersatzanspruch hätte das BMVI veranlassen müssen, den Abschluss des Vertrages vor einem Urteil des EuGH zu überdenken. (Nummer 3) Im Übrigen wies das BMVI nicht nach, ob und wie es das Risiko eines negativen EuGH-Urteils vor den Vergaben berücksichtigt hat. (Nummer 2)

Das BMVI hatte Gelegenheit, sich zu dem Entwurf des Berichts zu äußern. Es hat zu allen Punkten umfassend Stellung genommen. Sein Vorgehen hält es in allen Bereichen für zulässig bzw. angemessen. Der Bundesrechnungshof hat die Stellungnahme berücksichtigt und abschließend gewürdigt. Er bleibt bei seiner Kritik.

1 Anlass und Gegenstand des Berichtes

Das Gesetz zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (InfrAG), in Kraft getreten am 12. Juni 2015, war von Anfang an umstritten. Streitpunkte waren, ob die Infrastrukturabgabe (ISA) mit europäischem Recht vereinbar ist und ob die Abgabe zu Einnahmen für den Bundeshaushalt in einer bestimmten Höhe führen würde. Verschiedene Gutachten kamen dazu zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Auch die Europäische Kommission (KOM) hatte unionsrechtliche Bedenken gegen das Gesetz und leitete am 18. Juni 2015 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein. Im Dezember 2016 vereinbarte das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) mit der KOM Änderungen am bestehenden Rechtsrahmen und setzte diese mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des InfrAG um. Die KOM stellte daraufhin am 17. Mai 2017 das Vertragsverletzungsverfahren ein.

Am 9. Juni 2017 startete das BMVI die europaweiten Vergabeverfahren zur „Entwicklung, Aufbau und Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen“ („Erhebung“) und zur „Planung, Errichtung, Entwicklung, Betrieb und Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems“ („Automatische Kontrolle“) im Rahmen eines ÖPP-Verfahrens. Es erwartete Kosten von 2,675 Mrd. Euro¹.

Österreich und weitere Staaten hatten bereits im Vorfeld der Vergabeverfahren Zweifel an der Europarechtskonformität des Gesetzes geäußert. Im Oktober 2017 erhob Österreich beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) Klage gegen Deutschland. In der Verknüpfung der Abgabe mit einer Entlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer für Inländer sah es eine Diskriminierung ausländischer Nutzer.

Das BMVI war sich nach eigenen Angaben von Anfang an sicher, im Verfahren vor dem EuGH zu obsiegen und vergab am 22. Oktober 2018 den Zuschlag im Vergabeverfahren „Automatische Kontrolle“ mit einem finanziellen Volumen von 103 Mio. Euro. Am 30. Dezember 2018 erteilte es den Zuschlag im Vergabeverfahren „Erhebung“ mit einem finanziellen Volumen von 1,975 Mrd. Euro.

¹ Nominal, nicht diskontiert, exklusive Umsatzsteuer. Diskontiert, inklusive Umsatzsteuer ergibt sich ein Betrag von 3,273 Mrd. Euro.

Am 6. Februar 2019 schlug der Generalanwalt beim EuGH vor, die von Österreich gegen Deutschland erhobene Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 18. Juni 2019 stellte der EuGH² fest, dass die ISA in Verbindung mit der Steuerentlastung bei der deutschen Kraftfahrzeugsteuer eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt und gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs verstößt.

Das BMVI kündigte am 18. Juni 2019 den Vertrag „Erhebung“ zum 30. September 2019 wegen Schlechtleistung und aus ordnungspolitischen Gründen unter Verweis auf das Urteil des EuGH. Am 25. Juni 2019 erklärte es eine weitere Kündigung, da der Betreiber nach Kenntnis der Kündigung vom 18. Juni 2019 Unterauftragnehmerverträge ohne seine erforderliche vorherige Zustimmung geschlossen habe. Den Vertrag „Automatische Kontrolle“ kündigte das BMVI am 18. Juni 2019 ebenfalls wegen Schlechtleistung und aus ordnungspolitischen Gründen.

Der Bundesrechnungshof hat die Verträge „Erhebung“ und „Automatische Kontrolle“ nach dem EuGH-Urteil geprüft. Seine Feststellungen zum Umgang des BMVI mit dem Risiko eines negativen EuGH-Urteils, zu den haushaltsrechtlichen Ermächtigungen zum Abschluss der Verträge, zu möglichen Schadensersatzansprüchen bei Kündigung wegen des EuGH-Urteils sowie zur Kostenreduzierung im Vergabeverfahren „Erhebung“ vom ersten zum „zweiten“ finalen Angebot bilden die Schwerpunkte dieses Berichts.

Ob die vom BMVI angeführten weiteren Kündigungsgründe greifen, bleibt einer gerichtlichen bzw. schiedsgerichtlichen Auseinandersetzung vorbehalten und wird in dem vorliegenden Bericht nicht aufgegriffen. Auch die vor und während der Vergabeverfahren erstellen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen³ hat der Bundesrechnungshof nicht vertieft geprüft.

Das BMVI hatte Gelegenheit, sich zu dem Entwurf des Berichts zu äußern. Es hat zu allen Punkten umfassend Stellung genommen. Sein Vorgehen hält es in

² Urteil des EuGH vom 18. Juni 2019, Az. C-591/17.

³ Vorläufige und abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.

allen Bereichen für zulässig bzw. angemessen. Der Bundesrechnungshof hat die Stellungnahme berücksichtigt und abschließend gewürdigt. Er bleibt bei seiner Kritik.

2 Umgang mit dem Risiko eines negativen Urteils des Europäischen Gerichtshofes

(1) Österreich hatte ein Vertragsverletzungsverfahren gegen das InfrAG eingeleitet. Dadurch realisierte sich das bis dahin rein theoretische Risiko einer Klageandrohung. Im schlechtesten Fall drohte die Bundesrepublik Deutschland im Klageverfahren vor dem EuGH zu unterliegen und das ISA-Projekt damit zu scheitern.

Das BMVI hatte zur Berücksichtigung von Risiken bei der Vorbereitung des ÖPP-Verfahrens sogenannte Risikoworkshops mit verschiedenen Projektbeteiligten durchzuführen.⁴ Dabei identifizierten und bewerteten die Projektbeteiligten relevante Risiken, die einen Einfluss auf den Projekterfolg haben könnten.

Das BMVI konnte dem Bundesrechnungshof keine Unterlagen vorlegen, aus denen hervorgeht, ob und ggf. wie es dabei das Risiko eines vollständigen Scheiterns des ISA-Vorhabens durch ein Urteil des EuGH bewertet hat. Dazu befragt, erklärte es, man habe dieses Risiko zusammen mit anderen beim „Risiko einer möglichen mangelnden Konformität zu nationalen und europäischen Gesetzgebungen“ betrachtet.⁵ In anderem Zusammenhang gab es an, das EuGH-Risiko im Risikocluster 3.7 „Risiken aus Änderungen technischer Normen bzw. Gesetzesänderungen, die sich auf technische Aspekte/Systeme beziehen (exklusive allgemeiner Risiken aus Gesetzesänderungen)“ abgebildet zu haben.⁶ Nachweise hierzu konnte es nicht liefern.

(2) Der Bundesrechnungshof hat erhebliche Zweifel, ob und wie das BMVI das Risiko eines negativen EuGH-Urteils berücksichtigt hat. Aufgrund der fehlenden Dokumentation und der widersprüchlichen Aussagen des BMVI sowohl

⁴ Für das Vergabeverfahren „Erhebung“ fanden vor der Erstellung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Juni 2017 vier Risikoworkshops statt, es folgten zwei Termine im August und Dezember 2018 vor der Erstellung der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.

⁵ Bundestagsdrucksache 19/11413 vom 19. Juli 2019, Seite 10.

⁶ Das Risikocluster 3.7 beinhaltet u. a. „Risiken aus gesetzlichen Änderungen und Urteilen, die die rechtzeitige/vollumfängliche Erhebung der Maut verhindern.“

zur Risikobewertung in den Clustern als auch in den Erhebungsgesprächen ist dies für den Bundesrechnungshof nicht belegt.

(3) Das BMVI hat in seiner Stellungnahme erklärt, es habe das Risiko einer teilweisen und vollständigen Unvereinbarkeit der ISA mit Unionsrecht sowohl in den Risikoworkshops als auch beim Projektmanagement in der Gesamtprojektlenkungsgruppe (GPLG) bewertet („mehrfaches Riskmanagement“). Eine vollständige Unvereinbarkeit habe es mit einem vollständigen Scheitern der ISA gleichgesetzt. Innerhalb des Risikoclusters 3.7 habe es alle denkbaren Szenarien von einer fast unveränderten Fortsetzung bis hin zu einer durch das Gericht veranlassten Einstellung des Projektes berücksichtigt. Das Risiko habe es mit einer geringen Eintrittswahrscheinlichkeit bewertet. In den monatlich stattfindenden Sitzungen der GPLG habe das BMVI die wesentlichen Projektrisiken – darunter auch das Risiko des noch ausstehenden EuGH-Urteils – bewertet.

Schließlich habe das BMVI das Risiko eines negativen EuGH-Urteils auch durch entsprechende Kündigungs- und Schadensersatzregelungen im Vertrag „Erhebung“ berücksichtigt.⁷

(4) Die Argumente des BMVI überzeugen nicht. Seine Ausführungen belegte das BMVI weder während der Erhebungen des Bundesrechnungshofes noch im Fortgang des Prüfungsverfahrens. Der Bundesrechnungshof hält an seiner Auffassung fest, dass nicht nachgewiesen ist, ob und wie das BMVI das Risiko eines negativen EuGH-Urteils in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung berücksichtigt hat. Hieran ändern auch die Ausführungen des BMVI zur Berücksichtigung des Risikos bei der Vertragsgestaltung nichts.

In der GPLG bewertete das BMVI das Risiko aus dem EuGH-Verfahren bei dem Risiko „Verzögerungen der Projektfertigstellung im Ergebnis des Vertragsverletzungsverfahrens“. Anders als in den Risikoworkshops erkannte das BMVI ausweislich der Projektstatusberichte für die Sitzungen der GPLG das EuGH-Risiko als „wesentliches Problem“ (Risikolevel „gelb“ eines Ampelsystems).⁸ Das BMVI stufte das EuGH-Risiko damit, anders als in der Stellungnahme ausgeführt, nicht als gering ein. Sollte die GPLG das EuGH-Risiko als „wesentliches Problem“ zutreffend bewertet haben, hätte dies auch entsprechend in der Wirtschaftlich-

⁷ Siehe Nummer 3.

⁸ Klassifizierung der Ampelstatus in den Projektstatusberichten ab dem 21. Februar 2018: Status Gelb: „Wesentliches Problem“; Kurzbeschreibung „Probleme existieren, Maßnahmen erforderlich, aber innerhalb des Projekts bearbeitbar“.

keitsrechnung berücksichtigt werden müssen. Damit ist fraglich, ob die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als Entscheidungsgrundlage für die Vergabe belastbar war.

3 Schadensersatzansprüche in den Verträgen bei Kündigung wegen des EuGH-Urteils

(1) Der Vertrag „Erhebung“ ist ein Vertrag eigener Art mit insbesondere dienst- und werkvertraglichen Elementen. Im Fall einer Kündigung des Auftraggebers allein aus ordnungspolitischen Gründen – hier aufgrund des EuGH-Urteils – hat der Betreiber bei Beendigung ohne Übernahme⁹ einen Schadensersatzanspruch in Höhe des Bruttounternehmenswertes abzüglich ersparter Aufwendungen und das durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen Erworbene oder böswillig nicht Erworbene.¹⁰ Für die Ermittlung des Anspruches ist die Restlaufzeit des Vertrages bis zum Ende der ordentlichen Laufzeit¹¹ zugrunde zu legen. Mit dieser Regelung wird der Betreiber – selbst bei einer Kündigung kurz nach Vertragsbeginn – im Wesentlichen so gestellt, als würde der Vertrag erfüllt.

Der Vertragsentwurf sah statt des Bruttounternehmenswertes zunächst nur den Nettokaufpreis – einen angepassten Bruttounternehmenswert – als Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzanspruches vor. Die Bieter äußerten in den Verhandlungsgesprächen jedoch erhebliche Bedenken zur Kündigungsmöglichkeit aus ordnungspolitischen Gründen. Sie sahen das Risiko des Eintritts ordnungspolitischer Gründe nicht als in ihre Risikosphäre fallend und als nicht kalkulierbar an. Sie erwogen, den Angebotspreis zu erhöhen. Schließlich forderten sie eine geänderte Schadensersatzregelung. Um finale Angebote zu erhalten, übernahm das BMVI daraufhin in den Vertragsentwurf den Bruttounternehmenswert als Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzanspruches.

Beim Vertrag „Automatische Kontrolle“ hat der Auftragnehmer im Fall einer Kündigung des Auftraggebers aus ordnungspolitischen Gründen Anspruch auf

⁹ Ohne dass eine Call-Option vollzogen oder ein Angebot Dritterwerb angenommen wurde.

¹⁰ Der Bruttounternehmenswert wird mit Hilfe der Discounted Cash-Flow Methode auf Basis der Bruttokapitalisierung (WACC-Ansatz) als objektivierter Unternehmenswert gemäß den Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer ermittelt.

¹¹ Ordentliches Laufzeitende: zwölf Jahre nach dem Beginn der Erhebung.

Vergütung seiner bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Leistungen sowie auf Ausgleich von unmittelbaren finanziellen Schäden.¹²

(2) Der Bundesrechnungshof hat erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der vereinbarten Schadensersatzregelung beim Vertrag „Erhebung“. Durch sie hat der Auftragnehmer bei einem negativen EuGH-Urteil im Wesentlichen Anspruch auf den vollen unternehmerischen Gewinn über die volle Laufzeit des Vertrages. Beiden Parteien war bewusst, dass ein solches Urteil möglich war. Nicht zuletzt darum ging es in den Verhandlungen mit den Bietern im Vergabeverfahren. Diese Unwägbarkeit war von keiner Vertragspartei beherrschbar. Die Forderungen der Bieter – hoher Schadensersatz oder hoher Risikoaufschlag auf den Angebotspreis – hätten das BMVI veranlassen müssen, den Abschluss des Vertrages vor einem Urteil des EuGH zu überdenken.

Mit der vertraglichen Regelung weicht das BMVI auch erheblich vom gesetzlichen Grundgedanken des Schadensersatzrechts ab. Üblicherweise setzt ein Schadensersatzanspruch Verschulden bzw. Vertretenmüssen voraus. Ein solches ist hier aber nicht erforderlich. In ihren Rechtsfolgen ist die vertragliche Regelung dem § 648 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) aus dem Werkvertragsrecht nachgebildet. Nach dieser gesetzlichen (Sonder-)Regelung kann der Besteller eines Werkes bis zu dessen Vollendung den Vertrag ohne Angabe von Gründen jederzeit kündigen. Tut er das, kann der Auftragnehmer die volle Vergütung verlangen. Er muss sich lediglich dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Diese weitreichenden Folgen für den Besteller gelten nicht, wenn er die Kündigung aus einem wichtigen Grund ausspricht (§ 648a Absatz 5 BGB); in diesem Fall kann der Auftragnehmer i. d. R. nur eine anteilige Vergütung verlangen. Gleiches gilt im Dienstvertragsrecht (§ 628 Absatz 1 Satz 1 BGB). Vor diesem Hintergrund hält der Bundesrechnungshof die Schadensersatzregelung im Vertrag „Erhebung“ für nicht angemessen. Sie berücksichtigt auch nicht, dass die werkvertraglichen Elemente beim Vertrag „Erhebung“ insgesamt nicht und keinesfalls dauerhaft im Vordergrund stehen. Auf die Vertragslaufzeit gesehen überwiegen bei diesem atypischen, gemischten Vertrag insgesamt die

¹² Entscheidend ist, ob vor oder nach Abnahme des vom Auftragnehmer zu errichtenden Kontrollsystems gekündigt wird.

dienstvertraglichen Elemente.¹³ Das gilt insbesondere für die Betriebsphase. Daher hätte es sich aus Sicht des Bundesrechnungshofes aufgedrängt, die Folgen einer Kündigung wegen des EuGH-Urteils zumindest vom Zeitpunkt der Kündigung abhängig zu machen.

Der Anspruch des Auftragnehmers „Automatische Kontrolle“ ähnelt hingegen dem nach den gesetzlich vorgesehenen Regelungen bei Kündigung aus wichtigem Grund bei Werk- und Dienstverträgen. Er erscheint somit angemessen.

(3) Das BMVI hält die Feststellungen des Bundesrechnungshofes zu den Kündigungsfolgen für unzutreffend. Es hat erklärt, dass der Auftragnehmer im Falle einer Kündigung allein aus ordnungspolitischen Gründen keinen Anspruch auf den über die gesamte Vertragslaufzeit kalkulierten Gewinn habe. Auch seien bei einer Vertragsbeendigung in einem frühen Projektstadium die Schadensersatzregelungen für den Auftraggeber günstiger als allgemeine zivilrechtliche Maßstäbe der Schadensberechnung, wie der Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB. Zudem seien die Schadensersatzregelungen angemessen und marktüblich. Ordnungspolitische Gründe, die die Schaffung und Aufrechterhaltung eines normativen Rahmens betreffen, der die Umsetzung des Projektes erst ermöglicht, seien der Risikosphäre des staatlichen Auftraggebers zuzuordnen.

(4) Der Bundesrechnungshof hält an seiner Auffassung fest. Ausweislich einer Ministervorlage vom Januar 2019 hat auch das BMVI erkannt, dass der Auftragnehmer hinsichtlich des ihm durch die Kündigung entgehenden Gewinns so zu stellen wäre, wie er stünde, wenn der Vertrag bis zum Ablauf seiner ordentlichen Laufzeit fortgeführt worden wäre. Selbst wenn die vereinbarten Maßstäbe der Schadensberechnung ggf. etwas günstiger als die nach § 252 BGB sind, bezweifelt der Bundesrechnungshof die Angemessenheit der Schadensersatzregelung insgesamt. Soweit das BMVI ordnungspolitische Gründe vollständig als in seine Risikosphäre fallend betrachtete, hätte dies das BMVI veranlassen müssen, den Vertrag erst nach einem positiven EuGH-Urteil zu schließen.

¹³ Dies zeigt u. a. die Dauer der einzelnen Projektphasen. Danach ist die Betriebsphase die deutlich längste.

4 Finale Angebote

Das BMVI hatte die Verträge „Erhebung“ und „Automatische Kontrolle“ am 9. Juni 2017 in europaweit bekannt gemachten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben. Den Vertrag „Automatische Kontrolle“ vergab es an einen der beiden Bieter auf der Basis eines finalen Angebotes.

4.1 Kostenreduzierung vom ersten zum „zweiten finalen Angebot“ beim Vertrag „Erhebung“

Von sechs Bewerbern für die Ausschreibung „Erhebung“ forderte das BMVI vier zur Abgabe eines Erstangebots auf. Nach Verhandlungsgesprächen über die eingegangenen Erstangebote passte es die Vergabeunterlagen an. Im Oktober 2018 erhielt es (nur) ein finales Angebot von einer Bietergemeinschaft (der Bieter). Das Angebot des verbliebenen Bieters wies gegenüber dem Erstangebot einen erhöhten Angebotspreis aus. Es belief sich insgesamt auf über 3 Mrd. Euro. Dieses Angebot hielt das BMVI mangels Wirtschaftlichkeit für nicht zuschlagsfähig. Das BMVI erkannte zwar, dass es das Vergabeverfahren nach § 63 Absatz 1 Nummer 3 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) aufheben konnte, sah jedoch davon ab. Stattdessen führte es im November/Dezember 2018 weitere Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche mit dem Bieter.¹⁴ Danach passte es die Vergabeunterlagen in der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbestimmungen erneut an. Es hielt die dabei auch vorgenommene Änderung der Mindestanforderungen¹⁵ jedoch nicht für wesentlich. Anschließend forderte das BMVI den Bieter zur Abgabe eines „zweiten finalen Angebots“ auf. Die weiteren zuvor am Vergabeverfahren beteiligten Bieter bezog es nicht erneut ein. Das „zweite finale Angebot“ des Bieters lag bei 1,975 Mrd. Euro und damit um über 1 Mrd. Euro unter dem ersten finalen Angebot. Auf das „zweite finale Angebot“ des Bieters vom 13. Dezember 2018 erteilte das BMVI am 30. Dezember 2018 den Zuschlag. Den Zeitpunkt des Zuschlages noch im Jahr 2018 begründete es damit, dass es so den gesetzlichen Auftrag zur Einführung der ISA umsetzen und hieraus frühzeitig Einnahmen generieren wollte.

¹⁴ Die „Bewerbungsbedingungen für die Abgabe der finalen Angebote“ sahen nach den Verhandlungen und finalen Angeboten keine weiteren Verhandlungsrunden und keine weiteren finalen Angebote vor.

¹⁵ Bzw. die Änderungen des ursprünglich ausgeschriebenen Auftrages.

4.2 Anpassung der Leistungsbeschreibung und des Vertrages „Erhebung“

Infolge der Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche passte das BMVI insbesondere folgende Bestimmungen der Leistungsbeschreibung und des Vertrages an:

4.2.1 Mitnutzung von Zahlstellenterminals der Toll Collect GmbH

Zunächst war vorgesehen, dass der Betreiber eine eigene Zahlstelleninfrastruktur aufbauen sollte.¹⁶ Bei den Aufklärungs- und Verhandlungsgesprächen wurde festgelegt, dass der Bieter auf die bestehende Zahlstelleninfrastruktur der Toll Collect GmbH (Toll Collect) und deren Erfahrungen bei der Errichtung und dem Betrieb der Lkw-Mautinfrastruktur zurückgreifen kann. Hierdurch konnte er sein Angebot um 360 Mio. Euro senken.¹⁷ Toll Collect sollte dem Betreiber für die Mitnutzung keine Kosten berechnen, die die vertraglich festgelegten Beträge übersteigen.¹⁸ Darüber hinausgehende Kosten sollte der Bund der Toll Collect direkt erstatten. Die erwarteten Kosten dafür wurden mit 144 Mio. Euro über die ordentliche Vertragslaufzeit von zwölf Jahren veranschlagt.

4.2.2 Zusätzliche variable Vergütungsbestandteile des Betreibers

Der Vertragsentwurf sah feste und variable Vergütungsbestandteile vor. Bei den Verhandlungen wurden diese verändert. Die variable Vergütung umfasste nach den Verhandlungen zusätzliche Bestandteile, die zuvor in der festen Vergütung kalkuliert waren. Dies betraf die „Variable Vergütung Vorgänge“ und „Variable Vergütung Digitalisierung“.¹⁹

Variable Vergütung Vorgänge

Der Betreiber erhält für die Bearbeitung von Vorgängen²⁰ eine feste Vergütung. Das BMVI reduzierte die Anzahl der mit der festen Vergütung je Abrechnungszeitraum abgegoltenen Vorgänge von 500 000 auf 250 000. Für weitere, über die 250 000 hinausgehende Vorgänge sollte der Bieter eine pauschale Variable

¹⁶ Hierzu hätte er sich auch Unterauftragnehmern bedienen können.

¹⁷ Nach Angaben des BMVI.

¹⁸ EUR 0,70 für die Abwicklung einer jeden Bargeldtransaktion und 0,8 % des jeweiligen Umsatzes bei unbaren Transaktionen.

¹⁹ In der Variablen Vergütung Vorgänge wird die Bearbeitung von Sachverhalten abgebildet, in der Variablen Vergütung Digitalisierung sind die Kosten der Bereitstellung von Schreiben adressiert.

²⁰ Z. B. Bearbeitung von Zusatzschreiben, Feststellung von Ausnahmen/Härtefällen sowie Bearbeitung von Widersprüchen.

Vergütung erhalten. Sein Personal hätte der Bieter so flexibler einsetzen und den Personalaufwand erheblich reduzieren können.

Variable Vergütung Digitalisierung

Einen bestimmten Vergütungsanteil für postalisch zu versendende Schreiben an die ISA-Schuldner, der zunächst mit der festen Vergütung abgegolten werden sollte, erhält der Bieter nunmehr mit der Variablen Vergütung Digitalisierung.

4.2.3 Gesonderte Erstattung von Portokosten des Betreibers

Gemäß Vertragsentwurf sollte der Bieter für anfallende Portokosten der versendeten Schreiben an ISA-Schuldner selbst aufkommen. Die Portokosten sollten über die feste Vergütung abgegolten werden. Nach den Aufklärungs- und Verhandlungsgesprächen änderte das BMVI die vertraglichen Regelungen zu den Portokosten dahingehend, dass diese nicht mehr Bestandteil der festen Vergütung waren. Der Bieter sollte sie im Auftrag des Bundes verauslagen. Der Bund sollte dem Bieter die Kosten hierfür erstatten. Dadurch sollte die Umsatzsteuer auf die Portokosten eingespart werden.

Für den Fall, dass sich das Einsparungspotenzial durch Nutzung der Umsatzsteuerbefreiung für Portokosten nicht realisieren ließe, sah der Vertrag „Erhebung“ Verhandlungen über eine Vertragsanpassung vor.

4.3 Würdigung

Das erste finale Angebot des Bieters auf die Ausschreibung „Erhebung“ lag mit über 3 Mrd. Euro deutlich über den prognostizierten gesamten Kosten von 2,675 Mrd. Euro. Das BMVI hätte deshalb zu diesem Zeitpunkt das ISA-Projekt insgesamt auf den Prüfstand stellen müssen. Der Bundesrechnungshof hält die deutliche Differenz zwischen Angebot und prognostizierten Kosten für einen Hinweis auf die Unzuverlässigkeit der Kostenprognose. Er hat insoweit auf seine bereits in seinem Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Absatz 2 Bundeshaushaltsordnung (BHO) über die ISA vom 23. Oktober 2015 geäußerten Zweifel an der Zuverlässigkeit der Kostenprognose verwiesen.

Darüber hinaus waren die weiteren Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche mit dem Bieter nach Erhalt seines ersten finalen Angebots bzw. die unterlassene Einbindung der zuvor ausgeschiedenen Bieter in das weitere Vergabeverfahren unzulässig. Nach § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV verhandelt der öffentliche

Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Danach hätte das BMVI über das finale Angebot nicht verhandeln dürfen.

Auch der Umstand, dass nur ein Bieter ein finales Angebot abgegeben hat, ändert nichts daran, dass finale Angebote grundsätzlich nicht verhandelbar sind. Eine Ausnahme vom Verbandsverbot ist allenfalls dann zulässig, wenn schwerwiegende Gründe für erneute Verhandlungen sprechen. Abgesehen davon, dass solche Gründe nicht erkennbar sind, hätten die Verhandlungen dann mit allen Verfahrensteilnehmern geführt werden müssen. Dies gebieten der Wettbewerbs-, der Transparenz- und der Gleichbehandlungsgrundsatz.²¹ Das BMVI verhandelte jedoch ausschließlich mit dem Bieter, der das finale Angebot abgegeben hatte. Die zuvor ausgeschiedenen Bieter informierte es nicht über die nach den Aufklärungs- und Verhandlungsgesprächen angepassten Bestimmungen der Leistungsbeschreibung und des Vertrages. Dadurch nahm es ihnen die Möglichkeit zur weiteren Teilnahme. Dies war vergaberechtswidrig. Es kann deshalb dahinstehen, ob die vom BMVI gegen eine Aufhebung des Vergabeverfahrens vorgebrachten Gründe (u. a. frühzeitige Einnahmenerzielung) so schwerwiegend waren, dass sie eine Wiederaufnahme von Verhandlungen gerechtfertigt hätten. Darüber hinaus nahm sich das BMVI die Möglichkeit, aus ggf. verschiedenen finalen Angeboten das wirtschaftlichste auswählen zu können.

Das BMVI hat überdies gegen § 17 Absatz 10 Satz 2 VgV verstoßen, weil es über die Mindestanforderungen verhandelte und sie veränderte. Nach dieser Regelung darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden, mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Die vom BMVI an den Mindestanforderungen vorgenommenen Änderungen waren demnach ebenfalls unzulässig. Dabei ist es vergaberechtlich ohne Bedeutung, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Änderungen handelt.

Die größere Variabilisierung der Vergütung durch weitere variable Vergütungsbestandteile, die gesonderte Erstattung von Portokosten sowie die Möglichkeit

²¹ § 97 Absätze 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 17 Absatz 13 Sätze 1 und 2 VgV.

zur Mitnutzung von Zahlstellenterminals der Toll Collect sind aus Sicht des Bundesrechnungshofes im Übrigen wesentliche Änderungen der Leistungsbeschreibung bzw. des Vertrages.²² Dies ist auch an der deutlichen Reduzierung der Gegenleistung abzulesen. Der Angebotspreis wurde um mehr als ein Drittel verringert.

4.4 Stellungnahme des BMVI

Nach Ansicht des BMVI hat der Bundesrechnungshof das vergaberechtliche Vorgehen des BMVI unzutreffend bewertet und dessen Vergabedokumentation nicht beachtet. Das BMVI habe darin eingehend begründet, dass bzw. aus welchem Grund sein Vorgehen im Einklang mit dem Vergaberecht stand. Der Bundesrechnungshof habe die Handlungsspielräume, die ein Verhandlungsverfahren eröffne, verkannt. Insbesondere sei es zulässig gewesen, nach der Abgabe des finalen Angebotes mit dem einzig verbliebenen Bieter weiter aufzuklären und zu verhandeln. Dies gründe darauf, dass sich die anderen Bieter aus dem Vergabeverfahren ohne Abgabe eines finalen Angebots zurückgezogen hatten, der Beschaffungsbedarf aber fortbestand. Die Vergabeunterlagen hätten die Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde und ggf. Abgabe eines weiteren finalen Angebots zwar nicht ausdrücklich vorgesehen. Das BMVI habe sich aber auf der Grundlage des Informationsmemorandums zum Teilnahmewettbewerb vorbehalten, mehr als eine Verhandlungsrunde durchzuführen und ggf. ein weiteres finales Angebot zu verlangen. Hierzu hat das BMVI Ziffer 3.5 des Informationsmemorandums wie folgt zitiert:

„Das Verhandlungsverfahren erfolgt nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs in voraussichtlich zwei Phasen (Erstangebote und Finale Angebote). [...] Der AG (Auftraggeber) behält sich vor, die Verhandlungen, soweit erforderlich, auf weitere Runden (mündlich oder schriftlich) auszuweiten. [...] Der AG behält sich ausdrücklich vor, die in diesem Informationsmemorandum enthaltenen Informationen in den weiteren Vergaberunden im Rahmen des Verhandlungsverfahrens zu präzisieren, zu ergänzen oder abzuändern.“

Auch die Rechtsprechung lasse nach Abgabe eines finalen Angebots eine weitere Verhandlungsrunde mit dem Ziel der Abgabe eines abschließenden Angebots zu. Hierzu verweist das BMVI auf drei gerichtliche Entscheidungen, u. a.

²² Siehe Nummer 4.2.

auf einen Beschluss²³ des OLG Frankfurt am Main vom 24. August 2017, der auf dem novellierten Vergaberecht und insbesondere der neuen Regelung des § 17 Absatz 14 VgV fuße. Im Übrigen sei die Aufhebung eines Vergabeverfahrens stets als ultima ratio anzusehen.

Die Anpassung der Vergabeunterlagen sei ebenfalls vergaberechtskonform gewesen. Die Identität des Beschaffungsgegenstandes habe sich ebenso wenig geändert wie die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Mindestanforderungen. Es seien lediglich Klarstellungen, Erläuterungen und formale Anpassungen wie solche im Zusammenhang mit den variablen Vergütungsbestandteilen des Betreibervertrages angebracht worden. Zudem bestätige der Umstand, dass die übrigen ursprünglichen Bieter die Vergabeentscheidung nicht angegriffen hätten, die Zulässigkeit des Vorgehens.

4.5 Abschließende Würdigung

Die Argumente des BMVI überzeugen nicht. Der Bundesrechnungshof hält an seiner Auffassung fest, dass das BMVI nach § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV nicht über das finale Angebot hätte verhandeln dürfen, ohne die zuvor ausgeschiedenen Bieter in das Verfahren einzubeziehen²⁴. Eine Aufklärung darf nur zur Klarstellung und nicht zu Änderungen von Angebotsinhalten führen. Für die Verfahrensarten des offenen und nicht offenen Verfahrens ist dies in § 15 Absatz 5 VgV²⁵ ausdrücklich geregelt. Danach darf der öffentliche Auftraggeber von den Bietern nur Aufklärung über deren Angebote und Eignung verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote und Preise, sind unzulässig. Dieses Verhandlungsverbot gilt im Verhandlungsverfahren, sobald eine Verhandlungsrunde als letzte erklärt ist und die Bieter zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert wurden. Aus diesem Grund muss der öffentliche Auftraggeber gemäß § 17 Absatz 14 VgV die Bieter unterrichten, wenn er beabsichtigt, die Verhandlungen abzuschließen. Zudem muss er eine Frist für die Einreichung neuer und überarbeiteter Angebote, die endgültigen Angebote, festlegen. § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV verbietet ausdrücklich Verhandlungen über finale Angebote. Daran vermag auch die Vergabedokumentation des BMVI nichts zu ändern. Zwar erwähnt das BMVI darin, dass die vergaberechtlichen Grundsätze

²³ Az.: 11 Verg 12/17.

²⁴ Hirsch/Kaelble in Müller-Wrede, Kommentar VgV/UVgO, 2017, § 17 VgV, Rn. 92.

²⁵ Für das nicht offene Verfahren i. V. m. § 16 Absatz 9 VgV.

von Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb zu wahren sind, handelte aber nicht entsprechend. Es hat sich auch nicht vorbehalten, nach Abgabe der finalen Angebote eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen und ggf. ein weiteres finales Angebot zu verlangen. Das BMVI hat Ziffer 3.5 des Informationsmemorandums nur auszugsweise zitiert und den erklärten Vorbehalt aus dem Zusammenhang gerissen. Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens ist dort in Ziffer 3.5 folgendermaßen dargelegt:

„Der Auftraggeber führt mit allen Bietern, deren Erstangebote den inhaltlichen Mindestanforderungen genügen, im Anschluss Verhandlungen über die Erstangebote, die Vertragsentwürfe und Inhalte der Leistungsbeschreibung.“ [...] „Der Auftraggeber behält sich vor, die Verhandlungen, soweit erforderlich, auf weitere Runden (mündlich oder schriftlich) auszuweiten. Nach Abschluss der Verhandlungen wird der Auftraggeber die einheitlichen Leistungsanforderungen gegenüber den Bietern festlegen und konsolidierte, für alle Bieter einheitliche Vertragsbedingungen (Verträge) vorlegen. Die Bieter werden aufgefordert werden, auf dieser Basis ein Finales Angebot in einer festgelegten Angebotsfrist abzugeben.“

Damit bezog sich der Vorbehalt, weitere Verhandlungsrunden durchzuführen, auf die Phase nach den Erstangeboten und vor der Aufforderung, ein finales Angebot abzugeben. Der im letzten Satz aus Ziffer 3.5 des Informationsmemorandums zitierte allgemeine Änderungsvorbehalt kann nicht als Hinweis auf eine wirksam vorbehaltene Verhandlung über ein finales Angebot ausgelegt werden. Denn dies widerspräche dem ausdrücklichen Verbot des § 17 Absatz 10 Satz 1 VgV.

Der vom BMVI herangezogene Beschluss des OLG Frankfurt am Main verfährt nicht, da er entgegen der Darstellung des BMVI (ebenso wie die übrigen in diesem Zusammenhang vom BMVI in seiner Vergabedokumentation aufgeführten Entscheidungen) nicht auf dem novellierten Vergaberecht beruht. Selbst bei angenommener Übertragbarkeit der Entscheidungen auf die aktuelle Rechtslage fehlte es vorliegend an der entscheidenden Voraussetzung, an die die Gerichte die Zulässigkeit einer solchen Verfahrensweise geknüpft haben. Der Auftraggeber musste in jedem Fall das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot einhalten, wenn er nach einer letzten Verhandlungsrunde und finalen Angeboten noch einmal Verhandlungen eröffnete. Alle Bieter mussten deshalb die Chance zu einem neuen Angebot erhalten. Eine solche Chance hat das BMVI aber den

anderen Bietern nicht eingeräumt. Hiervon war das BMVI auch nicht etwa deshalb befreit, weil nur ein Bieter ein finales Angebot abgegeben hatte. Die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz hätten es geboten, die anderen Bieter über die neuen Verhandlungen und die erheblichen Änderungen der Vergabeunterlagen zu unterrichten. Ob die Bieter ein neues Angebot abgegeben hätten, wäre abzuwarten gewesen. Das BMVI konnte und durfte nicht davon ausgehen, dass diese Bieter keine neuen Angebote einreichen würden, wenn ihnen die Änderungen bekanntgegeben worden wären. Insofern überzeugt auch das Vorbringen des BMVI nicht, dass die Aufhebung eines Vergabeverfahrens stets ultima ratio sei. Soweit es das Verfahren nicht aufheben wollte, hätte es die anderen Bieter einbinden müssen.

Der Bundesrechnungshof bleibt daher bei seiner Kritik: Das BMVI hat gegen Vergaberecht verstoßen, weil es über das finale Angebot des Bieters verhandelte und den anderen Bietern nicht die Gelegenheit zu einem neuen Angebot gab.

Der Bundesrechnungshof hält auch daran fest, dass das BMVI die Mindestanforderungen nach den Verhandlungen mit dem Bieter geändert und somit gegen § 17 Absatz 10 Satz 2 VgV verstoßen hat. Die Änderung der Mindestanforderungen hat es bislang auch eingeräumt.²⁶ Seine in der Stellungnahme nunmehr aufgestellte Behauptung, es habe die Mindestanforderungen nicht geändert, ist unzutreffend. So lautete beispielsweise der Anforderungstext von Nummer A43.6 im Formblatt 9²⁷ zu den Mindestanforderungen:

„Der Betreiber muss den Antragsteller über die Feststellung zum Ausnahmetatbestand mittels des vom Antragsteller bei Antragstellung gewählten Kommunikationsweges per Bescheid innerhalb von vier Wochen informieren. In den ersten sechs Monaten nach Erteilung der VBE (Vorläufigen Betriebserlaubnis) gilt hierfür eine Frist von zwölf Wochen.“

Eine Erläuterung enthielt das Formblatt 9 dazu nicht. Nach den Verhandlungen mit dem Bieter über sein finales Angebot fand sich jedoch folgende Erläuterung²⁸:

²⁶ Siehe Schreiben von Herrn Minister Scheuer vom 11. September 2019 (Seite 5) an den Vorsitzenden der Fraktion FDP im Deutschen Bundestag zu dem von der Fraktion in Auftrag gegebenen Gutachten „Pkw-Maut – Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils und angemessene Berücksichtigung in den vergebenen Aufträgen“.

²⁷ Stand 12. Juni 2018.

²⁸ Stand 11. Dezember 2018.

„(...) Soweit innerhalb der ersten sechs Monate nach Erteilung der VBE aufgrund eines unerwartet hohen Antragsvolumens festgestellt wird, dass eine Einhaltung der Frist von vier Wochen ab dem siebten Monat nach Erteilung der VBE nicht oder nur mit unangemessenem Aufwand möglich ist, wird der Auftraggeber die Geltung der maximalen Bearbeitungsfrist von zwölf Wochen um weitere sechs Monate verlängern.“

Dies ist keine bloße Erläuterung, sondern eine Änderung der bisherigen Mindestanforderung. Der Bundesrechnungshof bleibt daher bei seiner Kritik, dass das BMVI entgegen § 17 Absatz 10 Satz 2 VgV die Mindestanforderungen geändert hat. Für diesen Vergaberechtsverstoß kommt es nicht darauf an, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Änderungen der Mindestanforderungen handelt.

Es kann auch dahingestellt bleiben, ob die Verhandlungen zu einer Änderung des Beschaffungsgegenstandes führten und ob das BMVI dadurch die weiteren Grenzen des § 17 Absatz 10 VgV überschritten hat. Denn es hätte aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz in jedem Fall alle Bieter gleichermaßen über die Änderungen der Leistungsbeschreibung unterrichten müssen.²⁹

Das BMVI hat somit gegen grundlegende Vergaberechtsbestimmungen verstoßen. Letztlich ist der Umstand, dass die zuvor ausgeschiedenen Bieter die Vergabeentscheidung nicht angegriffen haben, kein Beleg dafür, dass das Vorgehen des BMVI zulässig war.

5 Verpflichtungsermächtigungen für den Abschluss der Verträge

(1) Nach § 38 Absatz 1 BHO sind Maßnahmen, die den Bund zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können, nur zulässig, wenn der Haushaltsplan dazu ermächtigt. Veranschlagt werden dürfen die Verpflichtungsermächtigungen (VE) nur, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes voraussichtlich notwendig sind.³⁰ Aus den Haushaltsprinzipien der Vollständigkeit und der Fälligkeit nach § 11 BHO folgt, dass der Haushaltsplan alle

²⁹ § 17 Absatz 13 Satz 3 VgV.

³⁰ § 6 BHO i. V. m. § 2 BHO.

voraussichtlich benötigten VE enthalten muss. Dabei sind VE mit größtmöglicher Genauigkeit zu errechnen oder zu schätzen.³¹

Im Haushaltsplan 2018 waren Ausgaben von 1,2 Mio. Euro und VE von 2,08 Mrd. Euro für den Abschluss der Verträge zur ISA veranschlagt.³² Fällig wären die VE in den Jahren 2020 bis 2032 gewesen, der voraussichtlichen Laufzeit der Verträge. Zu einem geringen Teil hatte das BMVI bereits mit dem Abschluss des Vertrages „Automatische Kontrolle“ VE von 103 Mio. Euro in Anspruch genommen. Damit standen für den Abschluss des Vertrages „Erhebung“ noch 1,977 Mrd. Euro an VE zur Verfügung.

Das erste finale Angebot des Bieters lag mit 3,065 Mrd. Euro mehr als 1 Mrd. Euro über der verbliebenen Ermächtigung im Bundeshaushalt. Das BMVI überlegte deshalb, die letzte Sitzung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages im Jahr 2018 zu nutzen, um über das Bundesministerium der Finanzen einen Antrag auf eine überplanmäßige VE zu stellen. Die Unvorhergesehenheit sowie die sachliche und zeitliche Unabweisbarkeit der VE unterstellt, hätte auf diesem Wege noch im Haushaltsvollzug 2018 die erforderliche haushaltsrechtliche Ermächtigung eingeholt werden können. Diesen Ansatz verfolgte das BMVI aber nicht weiter, da es nach eigenem Bekunden davon ausging, dass das erste finale Angebot mit 3,065 Mrd. Euro unwirtschaftlich wäre.³³ Um den Preis zu senken, führte es deshalb Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche mit dem Bieter. Der ausgehandelte Angebotspreis des „zweiten finalen Angebots“ für den Vertrag „Erhebung“ betrug 1,975 Mrd. Euro und war damit formal von den verbliebenen VE gedeckt. Die Vergütungen für optionale Leistungen und Zusatzleistungen, die weiteren Variablen Vergütungen für Vorgänge und Digitalisierung, die durch den Bund zu tragenden Kosten bei der Toll Collect sowie die Portokosten waren im Angebotspreis allerdings nicht enthalten. Dabei war dem BMVI bewusst, dass daraus in den Folgejahren Ausgaben für den Bund entstehen würden. So enthielt zum Beispiel die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung einen Ansatz für die weitere Variable Vergütung von rund 380 Mio. Euro.

(2) Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses „Erhebung“ lag keine ausreichende haushaltsrechtliche Ermächtigung vor, da die im Haushaltsplan 2018 bewilligten VE nicht ausreichten, um die voraussichtlich in künftigen Haushaltsjahren zu

³¹ VV-BHO zu § 11 Ziffer 1.

³² Kapitel 1201, Titelgruppe 03, Titel 532 34.

³³ Siehe Nummer 4.1.

leistenden Ausgaben aus dem Vertrag abzudecken. Bereits durch den vom BMVI angegebenen Angebotspreis des „zweiten finalen Angebots“ von 1,975 Mrd. Euro waren die veranschlagten VE nahezu vollständig ausgeschöpft. Der Angebotspreis enthielt aber bei weitem nicht alle Vergütungsbestandteile und Vertragsinhalte, die zu Ausgaben beim Bund geführt hätten.

So hätten auch die Vergütungsbestandteile für zusätzliche und optionale Leistungen durch VE abgedeckt sein müssen, da sie voraussichtlich zu Ausgaben beim Bund geführt hätten. Soweit das BMVI diese Ausgaben nicht dem Grunde und der Höhe nach bei Abschluss des Vertrages berechnen konnte, hätte es sie schätzen müssen.

Noch deutlicher wird die Überschreitung des haushaltsrechtlichen Rahmens, wenn die Auswirkung der Verlagerung von Vergütungsbestandteilen von der festen Vergütung auf die variable Vergütung einbezogen wird.³⁴ Während das zunächst im Vertragsentwurf vorgesehene Mengengerüst für Vorgänge überwiegend aus der festen Vergütung bezahlt werden sollte, erreichte das BMVI, dass mehr als die Hälfte der Vorgänge nun aus der Variablen Vergütung Vorgänge bezahlt werden sollte. Weil die variable Vergütung aber nicht Bestandteil des Angebotspreises war, reduzierte sich dieser erheblich. Für die Frage einer ausreichenden haushaltsrechtlichen Ermächtigung ist es aber unwesentlich, unter welche Positionen die Ausgaben fallen. Zu berücksichtigen sind alle Vergütungsbestandteile, die zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren führen, auch die variablen.

Das BMVI rechnete fest mit höheren Ausgaben aus diesem Vertrag. In der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung war ein Ansatz für die variable Vergütung von 380 Mio. Euro enthalten. Dieser Betrag war von der VE nicht gedeckt.

Mit ausreichenden VE im Haushaltsplan soll sichergestellt werden, dass künftig keine Ausgaben aus dem Vertrag geleistet werden müssen, die dem Haushaltsgesetzgeber bei seiner Entscheidung über die Bewilligung der VE nicht bekannt gewesen sind. Außerdem sollen mit einer die vorgesehene vertragliche Bindung abdeckenden VE-Höhe nicht eingeplante Haushaltsbelastungen vermieden werden.

³⁴ Siehe Nummer 4.2.2.

Unabhängig von der teilweise fehlenden haushaltsrechtlichen Ermächtigung für den Abschluss des Vertrages „Erhebung“ hätte das BMVI aber auch aufzeigen müssen, welche durch den Vertragsabschluss an anderer Stelle veranlassten Kosten auf den Bund zukommen. Dies betrifft einerseits die vom Bund zur tragenden Kosten für die Mitnutzung des Zahlstellenetzes der Toll Collect durch den Betreiber, andererseits die eingesparte Umsatzsteuer durch die Verlagerung der Portokosten auf den Bund.³⁵ Die Verlagerung der Portokosten hätte zu Umsatzsteuerausfällen führen können und damit zu Mindereinnahmen für den Bund. Hielte diese Gestaltung einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, wären zusätzliche Kosten für den Bund für den Vertrag „Erhebung“ zu befürchten gewesen.

Im Ergebnis hat es das BMVI unterlassen, alle voraussichtlichen Ausgabepositionen aus dem Vertrag „Erhebung“ in Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags in den Angebotspreis einzurechnen. Nur so gelang es dem BMVI, den Angebotspreis mit den zur Verfügung stehenden VE in Einklang zu bringen. Für die weiteren Ausgaben, die dem Bund für die optionalen Leistungen und die Zusatzleistungen sowie die variablen Vergütungen entstanden wären, hätte das BMVI vor allem zur Wahrung der Grundsätze der Haushaltswahrheit und -vollständigkeit eine ausreichend dimensionierte überplanmäßige VE beantragen müssen. Da nicht alle Ausgabenbestandteile des Vertrages „Erhebung“ durch ausreichende VE abgedeckt waren, hätte er zu diesem Zeitpunkt aus haushaltsrechtlicher Sicht nicht abgeschlossen werden dürfen.

(3) Nach Auffassung des BMVI, sei es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages „Erhebung“ nicht verpflichtet gewesen, für die optionalen, zusätzlichen und weiteren Vergütungsbestandteile haushaltsrechtliche Ermächtigungen einzuholen. Die Höhe dieser Vergütungsbestandteile sei zu diesem Zeitpunkt weder bestimmt noch bestimmbar gewesen. Bei den optionalen und zusätzlichen Leistungen hätte zudem nicht festgestanden, ob diese überhaupt abgerufen würden.

Bei der Variablen Vergütung Vorgänge und der Variablen Vergütung Digitalisierung sei das BMVI davon ausgegangen, dass die vertraglich festgelegten Mengen nicht überschritten würden. Auf den Ansatz der weiteren variablen Vergütung in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ging das BMVI in seiner Stellung-

³⁵ Siehe Nummern 4.2.1 und 4.2.3.

nahme nicht ein. Es hat aber darauf hingewiesen, dass es aufgrund der ihm im InfrAG eingeräumten Verordnungsermächtigungen und sonstiger verwaltungsrechtlicher und sich aus dem Betreibervertrag ergebender Regelungsbefugnisse Einfluss auf die Entstehung und ggf. den Umfang zusätzlicher Mengen hätte nehmen können. Weiter hat das BMVI auf eine stärkere Digitalisierung und die Möglichkeit verwiesen, mittels Leistungsveränderungen Aufgaben z. B. auf das Kraftfahrtbundesamt zu verlagern.

Bei den Portokosten handele es sich nicht um eine zusätzliche gesonderte Zahlung, sondern nur um eine Änderung der Abrechnungsmodalität. Damit sollte eine Umsatzsteuerbefreiung erreicht werden.

Das BMVI hat darauf hingewiesen, für die Unterbeauftragung der Toll Collect im Haushaltsentwurf 2020 einmalig 20 Mio. Euro und für den Betrieb des Zahlstellenetzes rund 12 Mio. Euro pro Jahr über die Vertragslaufzeit eingestellt zu haben. Die Mittel hätten unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Haushaltsgesetzgebers gestanden. Eine frühere Haushaltsanmeldung sei nicht möglich gewesen, weil zum Zeitpunkt des Abschlusses des Betreibervertrages noch nicht feststand, dass sich der Betreiber der Toll Collect bedienen würde.

(4) Die Ausführungen des BMVI sind nicht geeignet, den Vorwurf des haushaltswidrigen Verhaltens bei Abschluss des Vertrages „Erhebung“ zu widerlegen. Sie widersprechen zum Teil den vorgelegten Prüfungsunterlagen und den eigenen Einschätzungen des BMVI zu den Vergütungsbestandteilen. Das BMVI kann sich nicht darauf berufen, die Höhe der Ausgaben wäre nicht bestimmt bzw. nicht bestimmbar. Es ist seine Aufgabe auch bei den optionalen, zusätzlichen und weiteren Vergütungsbestandteilen des Betreibervertrages mit größtmöglicher Genauigkeit zu schätzen, welche Ausgaben daraus für den Bund entstehen werden.³⁶ Es hätte darauf abstellen müssen, welche Leistungen es voraussichtlich in Anspruch nehmen wird. Dabei ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages entscheidend.

Der Hinweis des BMVI auf spätere Veränderungsmöglichkeiten aufgrund von Verordnungsermächtigungen und sonstiger verwaltungsrechtlicher und sich aus dem Betreibervertrag ergebender Regelungsbefugnisse ist haushaltsrechtlich

³⁶ Nach § 6 BHO steht bei Aufstellung des Haushaltsplans die Prognose des voraussichtlichen Finanzbedarfs im Vordergrund. Kann dieser nicht errechnet werden, ist er zumindest mit größtmöglicher Genauigkeit zu schätzen (VV-BHO zu § 11 Ziffer 1).

unbeachtlich. Dies bedeutet nur, dass die zunächst eingegangene Verpflichtung zu einem späteren Zeitpunkt ggf. verändert werden kann. Das BMVI ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses offensichtlich von einer bestimmten Menge an Vorgängen ausgegangen, die es hätte bezahlen müssen. Dies zeigt auch der Ansatz in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Dabei ging das BMVI davon aus, dass die vertraglichen Mengenansätze überschritten und hierfür variable Vergütungen anfallen würden. Nicht entscheidend ist, ob diese aus der festen Vergütung oder aus der variablen Vergütung bezahlt werden sollten. Jedenfalls standen für die vertraglich vereinbarten Mengenansätze keine ausreichenden VE zur Verfügung.

Im Übrigen stellt eine haushaltsrechtliche Ermächtigung lediglich sicher, dass Ausgaben, wie im Vertrag vereinbart, geleistet werden können. Eine Verpflichtung resultiert daraus nicht.

Die weitere Stellungnahme des BMVI zu den Portokosten und zur Unterbeauftragung von Toll Collect ist für die haushaltsrechtliche Bewertung von untergeordneter Bedeutung. Allerdings wäre für den Abschluss des Unterauftragnehmervertrages mit Toll Collect im Jahr 2019 eine VE erforderlich gewesen. Es reicht nicht aus, für die Folgejahre Ausgabeansätze einzustellen, da zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine haushaltsrechtliche Ermächtigung vorliegen muss. Ggf. hätte das BMVI auch dafür eine überplanmäßige VE beantragen müssen.

6 Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens

(1) Das BMVI und die Auftragnehmer vereinbarten ein mehrstufiges Verfahren zur Konfliktlösung bzw. zur Streitbeilegung. Bei Streitigkeiten sollen die Parteien zunächst versuchen, diese durch interne Verhandlungen beizulegen. Gelingt dies nicht, ist jede Partei berechtigt, entweder unmittelbar ein Schiedsgerichtsverfahren unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges oder zuerst ein vorgeschaltetes Adjudikationsverfahren durchführen zu lassen. Die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges ist nicht vorgesehen.

Das BMVI strebte damit eine beschleunigte und kostengünstige Abwicklung möglicher Streitigkeiten an. Weitere Vorteile sah es darin, dass im Schiedsgerichtsverfahren Fachleute eine Entscheidung über die Streitigkeiten treffen würden, an die die Parteien endgültig gebunden wären. Gerade bei auf lange Laufzeiten angelegten Vertragsverhältnissen seien die Parteien auf Lösungswege

angewiesen, die eine vertrauensvolle weitere Zusammenarbeit ermöglichen. Dazu trügen die Nichtöffentlichkeit und die Vertraulichkeit des Verfahrens bei.

(2) Der Bundesrechnungshof hatte sich bereits im Zusammenhang mit der erneuten Schiedsgerichtsklausel im Entwurf des neuen Betreibervertrages mit Toll Collect zu dieser Thematik geäußert.³⁷ Er hatte insbesondere auf die langjährige und rund 250 Mio. Euro teure Auseinandersetzung mit Toll Collect hingewiesen und gefordert, künftig den ordentlichen Rechtsweg zu vereinbaren. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie die Verpflichtung zur Rechenschaft im Umgang mit öffentlichen Mitteln stehen im Widerspruch zu der dem Schiedsverfahren fehlenden Transparenz.

Der Bundesrechnungshof hält daher die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens in den Verträgen für nicht gerechtfertigt. Angesichts der negativen Erfahrungen mit dem Schiedsverfahren beim Einzug der Lkw-Maut durch Toll Collect, aber auch im Hinblick auf die mangelnde Transparenz hätte das BMVI den ordentlichen Rechtsweg vereinbaren sollen. Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit sind abzuwägen mit dem Nachweis des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel. Einen ausreichenden Grund auf die notwendige Transparenz zu verzichten, kann der Bundesrechnungshof vor diesem Hintergrund nicht erkennen, zumal die angestrebten internen Verhandlungen und das Adjudikationsverfahren auch bei einer Klage vor den ordentlichen Gerichten vorgeschaltet werden können und so ggf. zur Beschleunigung oder einer vertrauensvollen Einigung beitragen können.

(3) Das BMVI hat sich zur Begründung der vereinbarten Schiedsgerichtsklauseln darauf berufen, dass bei einem institutionalisierten Schiedsverfahren die Verfahrensregeln im Vorhinein feststehen und z. B. die Schiedsrichter durch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. bestimmt werden. Es erhoffte sich davon sachkundige Schiedsrichter, die Erfahrungen mit komplexen Infrastrukturprojekten haben. Die übrigen Verfahrensregeln sollten für einen zügigen Verfahrensgang sorgen. Das BMVI hat es deshalb für mehr als wahrscheinlich gehalten, dass ein Schiedsverfahren erheblich kürzer und kostengünstiger ist als ein Verfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit über eventuell mehrere Instanzen.

³⁷ Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Absatz 2 BHO vom 26. Oktober 2018, Gz.: V 3 - 2018 - 1039.

(4) Der Bundesrechnungshof bleibt bei seiner Auffassung, dass das BMVI als Teil der öffentlichen Hand zur Streitbeilegung den ordentlichen Rechtsweg wählen sollte. Dabei ist ihm bewusst, dass das BMVI gegenüber der Schiedsgerichtsklausel bei der Lkw-Maut einige Verfahrensregeln angepasst hat. Er sieht aber weder bei der angenommenen Sachkunde der Schiedsrichter noch bei den Verfahrensregeln zur Beschleunigung eine ausreichende Begründung dafür, auf die notwendige Transparenz öffentlichen Handelns zu verzichten. Zudem können die ggf. friedensstiftenden Vorverfahren auch im Vorfeld einer Klage vor den ordentlichen Gerichten durchgeführt werden. Die erforderliche Sachkunde kann im Zweifel auch durch unabhängige Gutachter erlangt werden. Ob dagegen ein Verfahren über mehrere Instanzen geführt wird und dann länger dauern würde als ein Schiedsgerichtsverfahren, erscheint angesichts der Erfahrungen aus der Vergangenheit spekulativ. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine höhere Instanz ein Urteil überprüfen kann und damit für Rechtssicherheit sorgt.