

**Finanzverfassungsrechtliche Fragen
des Stuttgarter Bahnkonflikts**

Rechtsgutachten

der Fraktion Bündnis90/Die Grünen
im Landtag von Baden-Württemberg

erstattet

von

Professor Dr. Dr. h. c. Hans Meyer
Humboldt-Universität zu Berlin

Übersicht

A	Sachverhalt sowie Auftrag und Gang des Gutachtens	4 - 7
B	Finanzverfassungsrechtliche Würdigung der Finanzierungsverpflichtung des Landes für die Neubaustrecke Wendlingen Ulm	8 - 12
I.	Die Bedeutung des in Art. 104a Abs. 1 GG vorgeschriebenen Trennsystems	8 - 12
1.	Die Entstehungsgeschichte des Art. 104a GG	8
2.	Die Fixierung des Grundsatzes, Differenzierung und Weiterentwicklung	9
3.	Die Funktion der in Art. 104a Abs. 1 GG normierten Aufgabenzuständigkeit	10 - 11
4.	Der Inhalt der Aufgabenzuständigkeitsnorm des Art. 104a Abs. 1 GG	11 - 12
II.	Ist die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm eine Bundesaufgabe oder (zumindest auch) eine Landesaufgabe?	12 - 17
1.	Die Zuordnung des Eisenbahnschienenbaus zum Bund	12 - 16
2.	Kann das Eigeninteresse des Landes an dem Gesamtprojekt eine zulässige Mitfinanzierung durch das Land begründen?	16 - 17
III.	Trifft einer der Ausnahmen von Art. 104a Abs. 1 GG zu?	17 - 19
1.	Die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a GG	17 - 18
2.	Gemeinschaftsaufgabe nach Art. 91b GG?	18
3.	Finanzhilfen nach Art. 104b GG?	19
IV	Hilft die Figur der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“ bei der Mitfinanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm durch das Land?	18 - 30
C	Die rechtlichen Konsequenzen des Verfassungsverstößes für die vertraglichen Pflichten	29 - 34
I.	Die rechtliche Bedeutung der Kollision mit der Verfassung	29
II.	Die Konsequenz für die Vertragsklausel	31 - 33
III.	Konsequenzen der Nichtigkeit von § 6 Abs. 2 Finanzierungsvertrag	34
1.	Weitere Zahlungsverpflichtungen?	34
2.	Rückzahlungsforderung	34
D	Die finanzverfassungsrechtliche Stellung des Projektes Stuttgart 21	35 - 36
I.	Die finanziellen Sonderprobleme des Projektes Stuttgart 21	35 - 36
II.	Die Finanzierungsregeln des Projektes Stuttgart 21	36 - 39
1.	Die Normalfinanzierung	36 - 37
2.	Die Zusatzfinanzierung der zweiten und dritten Stufe	37 - 38
3.	Die Finanzierung unfinanziert gebliebener Kosten	38 - 39
III.	Die Beteiligung von Land, Stadt, Region und Flughafens an der Finanzierung des Projekts Stuttgart 21 in finanzverfassungsrechtlicher Sicht	39 - 45
1.	Die Adressaten der Verfassungsbefehle des Art. 104a Abs. 1 GG	39 - 41
2.	Findet Art. 104a Abs.1 GG auf das Projekt Anwendung?	41 - 42
a.	Das Projekt Stuttgart 21: vorrangig ein städtebauliches Projekt?	41
b.	Das Projekt Stuttgart 21: primär ein Eisenbahnprojekt?	41 - 42
3.	Befreiung des Projekts von den Bindungen des Art. 104a GG als „Knoten“ oder als eigenwirtschaftliches Projekt	42 - 45
a.	Ist die Bezeichnung „Knoten“ oder „Eisenbahnknoten“ rechtlich relevant?	42 - 43
b.	Dispensiert die Eigenwirtschaftlichkeit von Art. 104a Abs. 1 GG?	43 - 44
c.	Rückschlüsse aus der Festlegung der Finanzierungsquoten?	45
IV.	Ergebnis	45 - 46
E	Thesenförmige Zusammenfassung	47 - 50

A.

Sachverhalt sowie Auftrag und Gang des Gutachtens

Die Bahnverbindung zwischen Paris und Bratislava soll zwischen Stuttgart und Ulm verändert werden. Das Ziel ist, den Stuttgarter Kopfbahnhof in einen tiefer gelegten Durchgangsbahnhof umzuwandeln, den Stuttgarter Flughafen mit eigenem Fernbahnhof in die Streckenführung einzubeziehen und den Abstellbahnhof nach Untertürkheim zu verlegen sowie von Wendlingen bis Ulm eine neue Hochgeschwindigkeitsstrecke zu etablieren („Gesamtprojekt“). Damit soll von Stuttgart bis Ulm zugleich ein Zeitgewinn von 26 Minuten erreicht werden.¹ Das Gesamtprojekt ist in zwei Teilprojekte gespalten, die auch finanziell unterschiedlich behandelt werden. Das eine betrifft den Stuttgarter Raum und wird unter dem Stichwort „Projekt Stuttgart 21“ oder kürzer „Projekt“ geführt, das andere die Schnellstrecke zwischen Wendlingen und Ulm. Vorhabenträger für beide Teilprojekte sind die Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) der Deutschen Bahn AG, also die DB Netz AG, die DB Station & Service AG sowie die DB Energie GmbH, alle drei hundertprozentige Töchter der Deutsche Bahn AG. Für alle drei handelt der Vorstand Infrastruktur der Deutsche Bahn AG.

Zu einer gegenüber früheren Planungen vorzeitigen Realisierung des Gesamtprojekts im Rahmen des Transeuropäischen Projektes 17 (so § 1 Abs. 1 des Memorandums vom 2. 4. 2009) und mit dem Ziel einer Realisierung bis 2019 hat man sich auf eine Reihe von Memoranden und Verträgen verständigt, wobei die Beteiligten nicht immer gleich sind. In der Mitteilung der Landesregierung an den Landtag vom 22. 4. 2009 (Drucks. 14/4382) werden drei dieser Rechtsakte als „Finanzierungsverträge zum Bahnprojekt Stuttgart-Ulm“ bezeichnet.

Es handelt sich

um den ‚Finanzierungsvertrag‘ zu ‚Stuttgart 21‘ als Teil des Gesamtprojektes Stuttgart 21 und Neubaustrecke Wendlingen-Ulm“ vom 2. 4. 2009 (im Folgenden „**Finanzierungsvertrag**“), die Gemeinsame Erklärung zur Realisierung der Projekte ‚Stuttgart 21“ und ‚NBS Wendlingen-Ulm‘ vom 2. 4. 2009 (im Folgenden „**Gemeinsame Erklärung**“) sowie die Vereinbarung über die Abwicklung des Zuschusses des Landes an die Bundesrepublik Deutschland zur Finanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm“ (im Folgenden „**Ab-**

¹ So das Gutachten *Dolde*, Verfassungsmäßigkeit eines verlorenen Zuschusses des Landes Baden-Württemberg zur Finanzierung des Vorhabens NBS Stuttgart-Ulm vom 13. Juli 2007, S. 29. Es ist freilich unklar, ob das auch bei einem Zwischenstopp im geplanten Flughafenbahnhof gilt.

wicklungsvereinbarung“); die Vereinbarung enthält kein Datum, sie stammt vermutlich ebenfalls vom 2. 4. 2009, ist jedenfalls nicht älter.

Vor allem das Projekt Stuttgart 21 ist seit dem Beginn der Abrissarbeiten am Stuttgarter Bahnhof Gegenstand heftiger Bürgerproteste. Zurzeit läuft ein von *Heiner Geißler* moderierter Schlichtungs- oder Aufklärungsversuch.

Die SPD als die größere Oppositionspartei will unter Einbeziehung von Regierung und Landtag ein Bürgerbegehren über das Projekt initiieren. Dazu liegt für die Landeshauptstadt Stuttgart eine die Zulässigkeit ablehnende gutachtliche Stellungnahme der Rechtsanwälte *Porsch* und *Reuther* vom 12. Dezember 2007 sowie für die Landesregierung eine solche des Kollegen *Paul Kirchhof* (Heidelberg) vom Oktober 2010 vor. Am 1. 10. 2010 erstatten die Rechtsanwälte Prof. *Dolde* und *Porsch* der Landesregierung ein Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Initiative der SPD für eine Volksabstimmung über Stuttgart und die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm mit negativem Ergebnis. Ende Oktober 2010 bejahen in einem Gutachten für die SPD Fraktion die Kollegen *Hermes* (Frankfurt) und *Wieland* (Speyer) die Möglichkeit eines durch Volksabstimmung beschlossenen Ausstiegsgesetzes aus der Finanzierung von „Stuttgart 21“ mit der Konsequenz einer Kündigungsverpflichtung durch die Landesregierung.

Mit demselben Thema befasst sich eine Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages (Bearbeiter *Harald Georgii*) vom 6. Oktober 2010. Schließlich gibt es eine ausführliche Prognose über die wahrscheinlichen Projektkosten der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm der *Vieregg-Rössler GmbH*, Innovative Verkehrsberatung vom 10. 9. 2010, die vor allem wegen der geologischen Gegebenheiten erhebliche Kostenerhöhungen gegenüber den bisherigen Annahmen für unumgänglich hält.

Lediglich ein Gutachten von Rechtsanwalt Prof. *Klaus-Peter Dolde* vom 13. Juli 2007 für das Finanz- und Innenministerium des Landes befasst sich mit der „Verfassungsmäßigkeit eines verlorenen Zuschusses des Landes Baden-Württemberg zur Finanzierung des Vorhabens NBS Stuttgart-Ulm“ und bejaht diese. Bei den übrigen meist sehr umfangreichen Rechtsgutachten zum Gesamtprojekt ist jedoch der Aspekt der in den Finanzierungsverträgen und Memoranden als selbstverständlich zulässig unterstellten Mischfinanzierung zwischen dem Bund und

seinen Bahngesellschaften auf der einen Seite und dem Land und Landesinstitutionen auf der anderen Seite nicht thematisiert worden.

Angesichts der eindeutigen Festlegung in Art. 104a Abs. 1 GG, dass „der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben (tragen), die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben“, ist diese Abstinenz erstaunlich. Die Fraktion Bündnis90/Die Grünen im baden-württembergischen Landtag hat mich daher gebeten, die damit zusammenhängenden Fragen gutachtlich zu klären.

Das Gutachten untersucht zunächst in Kapitel B die eingegangenen Finanzierungsverpflichtungen des Landes für die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm im Lichte des in Art. 104a Abs. 1 GG sowohl für den Bund als auch für das Land statuierten Trennsystems. Da Art. 104a GG die Finanzierungsbefugnis der Aufgabenbefugnis folgen lässt (Kapitel B I), wird in Kapitel B II die Frage geklärt, ob das Neubauprojekt Wendlingen-Ulm eine Bundesaufgabe oder (mindestens auch) eine Landesaufgabe ist. Dabei werden die Finanzierungsverpflichtungen beider Körperschaften aus den Verträgen analysiert. Auf Bundesseite wird ein besonderes Augenmerk auf die im Vordergrund stehenden privatrechtlich organisierten Bahneinheiten gerichtet. Kapitel B III wendet sich der Frage zu, ob die im Grundgesetz ausgewiesenen Ausnahmen von Art. 104a Abs. 1 GG eine Finanzierung oder Mitfinanzierung durch das Land rechtfertigen können. Die vom Land allein zu diesem Zweck reklamierte Figur der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“ wird in Kapitel B IV eingehend daraufhin untersucht, ob sich aus ihr ein Finanzierungsrecht des Landes begründen lässt.

Kapitel C wendet sich den Konsequenzen des Verfassungsverstoßes für die vertraglichen Pflichten zu, und zwar zunächst der rechtlichen Bedeutung der Kollision mit der Verfassung (C I) und dann der Konsequenz für die entsprechende Vertragsklauseln (C II). Die Folgen ihrer Nichtigkeit werden im Hinblick auf die noch ausstehenden Zahlungen (1) als auch im Hinblick auf einen Rückforderungsanspruch und eine Rückforderungspflicht (2) erörtert.

In Kapitel D werden zunächst die finanziellen Sonderregeln des Projektes Stuttgart 21 (I) mit seinen expliziten wie impliziten Finanzierungsregeln erörtert (II). Die Bindungen auch der Stadt Stuttgart und des Verbandes der Region Stuttgart, nicht aber der Flughafen GmbH an Art. 104a Abs. 1 GG werden konstatiert und das Projekt trotz der erheblichen städtebaulichen Auswirkungen als reines Eisenbahnprojekt identifiziert. Es schließt sich die Erörterung an, ob

das Projekt als „Eisenbahnknoten“ oder wegen der auch nur beschränkten eigenwirtschaftlichen Anteile der Infrastrukturunternehmen der Bahn die Bindung an Art. 104a Abs. 1 GG aufheben kann (III). Das Ergebnis kann auf die unter Kapitel C erörterten Konsequenzen zurückgreifen.

Kapitel E fasst die wichtigsten Ergebnisse des Gutachtens in 22 Thesen zusammen.

B.

Finanzverfassungsrechtliche Würdigung der Finanzierungsverpflichtung des Landes für die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm

I.

Die Bedeutung des in Art. 104a Abs. 1 GG vorgeschriebenen Trennsystems

1. Die Entstehungsgeschichte des Art. 104a GG

Eine dem Art. 104a Abs. 1 GG entsprechende Regelung gab es im ursprünglichen Grundgesetz nicht. Auch die erst nach und nach in den Jahren 1953 bis 1956 vorgenommenen Änderungen der im X. Abschnitt unter dem Titel „Das Finanzwesen“ beheimatete Finanzverfassung durch Verfassungsänderungen hat der Ausgabenkompetenz kein Augenmerk gewidmet. Man ging offenbar davon aus, dass das Eigeninteresse hinreichend sei, um die Finanzierung fremder Aufgaben nicht zu einem föderalen Problem werden zu lassen. Das änderte sich aber im Laufe der Zeit, weil der Bund zunehmend dazu überging, Politikziele, die nur durch die Länder verwirklicht werden konnten, über die sogenannte Fondspolitik durchzusetzen. Er schuf mit eigenem Geld Fonds für bestimmte Aufgaben und lobte Geld aus, mit dem, bei Einhaltung der Vorgaben des Bundes, von ihm gewünschte Landesaufgaben bezuschusst wurden. Er regierte, wie das Schlagwort war, mit dem „goldenen Zügel“ in die Länder hinein.

Diese von der Verfassung nicht intendierte Praxis war einer der wesentlichen Ansätze,² dass es im Jahre 1969 zur großen Finanzverfassungsreform kam. Sie schuf den Art. 104a GG als die Basis der Regeln über die komplizierte Verteilung der Finanzerträge, von der Steuerertragsverteilung bis zum horizontalen und vertikalen Finanzausgleich. Ausgangspunkt ist der hier vor allem interessierende Absatz 1, der den Grundsatz festlegt, dass der Bund und die Länder „gesondert“, also jeder für sich, die Ausgaben zu tragen haben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben.

² Siehe Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1966, Rn. 44-51, 198 ff.

2. Die Fixierung des Grundsatzes und seine Differenzierung und Weiterentwicklung

Da unmittelbar einleuchtet, dass es nicht immer eindeutig ist, was eine Aufgabe des Bundes und was eine der Länder ist, empfahlen die Gutachter erfolgreich, zwei mögliche Streitpunkte in der Verfassung selbst zu klären. Sie differenzierten zunächst zwischen Verwaltungsausgaben (Art. 104a Abs. 5) und Sachausgaben oder Zweckausgaben. Verwaltungsausgaben sollen Bund und Länder für ihre Behörden immer tragen, und zwar unabhängig davon, ob sie eigene oder fremde Aufgaben wahrnehmen. Bei den Sachkosten der Länder wurde festgelegt, dass sie nur bei der vom Bund veranlassten Auftragsverwaltung der Länder vom Bund zu tragen seien (Abs. 2). Für die Sachkosten der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder, die sie als eigene Angelegenheit auszuführen haben (Art. 83 GG), also für den Normalfall, gilt dagegen Art. 104a Abs. 1 GG und damit die Kostentragung durch die Länder. Die weiteren Differenzierungen bei Geldleistungsgesetzen (Art. 104a Abs. 3) und bei Verstößen gegen supranationale oder völkerrechtliche Verpflichtungen (Art. 104a Abs. 6), die zum Teil später verändert oder auch erst eingeführt worden sind, können hier außer Betracht bleiben.

Dagegen ist ein weiterer, später vielfach ausgebauter und dann wieder eingeschränkter Komplex von Interesse, nämlich die sogenannten Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a und Art. 91b GG). Bei ihnen muss oder kann der Bund bei der Erfüllung von Landesaufgaben nicht nur „mitwirken“, sondern auch mitfinanzieren (Art. 91a GG). In den Fällen des Art. 91b GG lässt die Verfassung offen, um wessen Aufgaben es sich ohne Zusammenarbeit handelt, jedenfalls erlaubt sie eine gemeinsame Finanzierung, also eine Mischfinanzierung. Schließlich enthält Art. 104b, ebenfalls in Abweichung von Art. 104a Abs. 1 GG, das Recht des Bundes, unter bestimmten Bedingungen den Ländern Finanzhilfen für deren Investitionen oder für Investitionen ihrer Kommunen zu geben.

Diese aus Art. 104a Abs. 4 GG a. F. übernommene und veränderte Regel hat bei der Föderalismusreform 2006 dazu geführt, dass nach den Überleitungsbestimmungen des Grundgesetzes, nämlich nach Art. 143c Abs. 1 GG, zeitlich beschränkte Dotationen des Bundes an die Länder als Kompensation für die „Die Abschaffung der Finanzhilfen zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse der Gemeinden“ vorgesehen sind.³

³ Siehe *Hans Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, 2008 S. 279 f.

3. Die Funktion der in Art. 104a Abs. 1 GG normierten Ausgabenzuständigkeit

Wie die Entstehungsgeschichte ausweist, war einer der Gründe zur verfassungsrechtlichen Fixierung der Ausgabenkompetenz von Bund und Ländern die sich ausbreitende Mischfinanzierung, die der Bund zur Durchsetzung von Politikzielen nutzte, die er aus eigener Kompetenz nicht realisieren konnte. Das konnte nur durch ein Verbot der Finanzierung fremder Aufgaben unterbunden werden. Die Verbotsfunktion des Art. 104a Abs. 1 GG ist unstrittig.⁴ Das Verbot ist die Kehrseite der Zuweisung von Finanzverantwortung, die Art. 104a Abs. 1 GG fixiert. Es trifft aber nicht nur den Bund, wie der Anlass der bis dahin praktizierten Mischfinanzierung nahelegen könnte, sondern trifft, wie der Wortlaut überdeutlich macht, auch die Länder.⁵ Es wird nicht nur gleichlautend von „der Bund und die Länder“ gesprochen, sondern zur Verdeutlichung des grundsätzlichen Verbots jeglicher Mischfinanzierung zusätzlich noch betont, dass jeder von ihnen „gesondert“ die Ausgaben für seine Aufgaben trägt, also von einander getrennt. Daher wird in Art. 104a Abs. 1 GG auch das „Trennprinzip“ verankert gesehen.⁶

Diese überdeutliche Formulierung findet in zwei anderen Gründen eine weitere Rechtfertigung. Zum einen ist Art. 104a Abs. 1 GG die notwendige Basis für die vielfältigen Ausnahmeregelungen, welche die Verfassung kennt. Und zum anderen ist sie die Basis für den gesamten Komplex des Finanzausgleichs, der ein wesentlicher Bestandteil der Finanzverfassung ist.

Die Ausnahmeregelungen der Art. 91a und Art. 91b GG ebenso wie die des Art. 104b GG verlören ihren Sinn, wenn die grundsätzliche Zuständigkeit nicht festläge. Ausnahmen verlangen schon begrifflich eine Regel.

Wichtiger ist aber der zweite Aspekt, der Finanzausgleich in seinem formellen und materiellen Sinn. Er verteilt in dem hier allein interessierenden Aspekt nicht nur Finanzmassen zwi-

⁴ Siehe *Werner Heun* in Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 104a Rn. 19; *Johannes Hellermann* in Sachs (Hrsg.), GG, 2005, 5. Aufl., Art. 104 Rn. 52; *Bodo Pieroth* in Jarras/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 104 Rn. 3; *Hans –Günther Henneke* in Schmidt/Bleibtreu, Hofmann, Hopfauf, GG 2008, Art. 104a Rn. 19; *Rainer Prokisch*, Bonner Kommentar, Art. 104a Rn. 101, 116 ff.; *Markus Heintzen* in v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG 4/5. Aufl. 2003, Art 104a Rn. 6.

⁵ Siehe z.B. nur *Rainer Prokisch* (s, Anm. 3), Art. 104a GG, Anm. 118.

⁶ Das ist ebenfalls unstrittig. Siehe z. B. die in der Anmerkung 3 genannten *Henneke*, Anm. 69 oder *Heintzen*, Anm. 6.

schen finanzstarken und finanzschwachen Länder und zwischen dem Bund und finanzschwachen Ländern. Ein wichtiger Aspekt des Finanzausgleichs im materiellen Sinne ist die Verteilung des Ertrages einer der beiden weitaus größten Einzelsteuern, der Umsatzsteuer, auf den Bund und die Länder. Er geht dabei davon aus, dass die „notwendigen Ausgaben“ von Bund und Ländern, also die von ihnen jeweils allein zu finanzierenden Aufgaben, fixierbar sind. Das Prinzip der Verteilung des Umsatzsteuerertrages auf den Bund und die Gesamtheit der Länder ist nämlich nach Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 GG, dass „der Bund und die Länder gleichmäßig Anspruch auf Deckung ihrer notwendigen Ausgaben“ haben. Das setzt voraus, dass die Ausgabenhoheit des Bundes wie der einzelnen Länder festliegt.

Art. 104a Abs. 1 GG steht daher zu Recht an der Spitze der komplizierten Regeln über die Finanzverfassung, er bildet ihre Grundlage.

4. Der Inhalt der Ausgabenzuständigkeitsnorm des Art. 104a Abs. 1 GG

Aus dem ausdrücklichen Befehl in Art. 104a Abs. 1 GG, dass Bund und Länder die Ausgaben ihrer Aufgaben „gesondert“ tragen, folgt konsequenter Weise das Verbot, Ausgaben jeweils fremder Aufgaben zu tragen. Es ist nicht nur das Verbot einer Mischfinanzierung, sondern auch das Verbot der alleinigen Finanzierung fremder Aufgaben. Es ist die Etablierung eines Trennsystems, was die Ausgabenzuständigkeit angeht. Insofern ist Art. 104a Abs. 1 GG eine Kompetenznorm.

Art. 104a Abs. 1 GG greift, wie viele anderen Regeln der Finanzverfassung, regulierend auch in den Landesbereich hinein. Auch jenseits der Zentralnorm des Art. 28 Abs. 1 GG, der einen eigenstaatlichen Kern der Länder voraussetzt und gewisse Bindungen formuliert, kennt das Grundgesetz gerade in der Finanzverfassung unmittelbar für die Länder verbindliche, vorteilhafte und beschränkende Regelungen. Art. 104a Abs. 1 GG hat beide Aspekte. Durch das grundsätzliche Verbot der Mitfinanzierung von Landesaufgaben durch den Bund, verhindert es die Einflussnahme des Bundes durch „den goldenen Zügel“, es verhindert aber auch einen finanziellen Einfluss der Länder auf Bundesaufgaben. Darauf ist noch zurückzukommen.

⁷ Man kann dafür auch auf das eingangs genannte Gutachten *Paul Kirchhofs* als sicherlich unverdächtigen Kronzeugen verweisen. Er macht die Zuordnung der Bundeseisenbahnen einschließlich der Bahnhöfe zum Bund zur Grundlage seiner Ansicht, dass das Landesvolk dazu nichts zu sagen habe (S. 35 u. S. 31 zu Anm. 100).

Mit dem sowohl an den Bund, in gleicher Weise aber auch an die Länder gerichteten Verbot, der (Mit)Finanzierung fremder Aufgaben, legt die Verfassung die Grundlage für ein hochkompliziertes Finanzsystem, dessen Ziel ist, möglichst jeder der Körperschaften die Finanzkraft zu garantieren, die es zur Erfüllung der eigenen Aufgaben benötigt.

II.

Ist die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm eine Bundesaufgabe oder (mindestens auch) eine Landesaufgabe?

Da die Vorhabenträger sowohl von Stuttgart 21 als auch der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm privatrechtlich organisierte Töchter der ebenfalls privatrechtlich organisierten Deutschen Bahn AG sind, stellt sich zunächst die Frage der Zuordnung dieser juristischen Personen des Privatrechts unter dem Aspekt staatlicher Aufgaben. Mit einer Zuordnung zum Bund wäre aber zum zweiten noch nicht automatisch entschieden, dass es sich bei dem Ausbau des Schienenbahnnetzes der Bundesbahn um eine Bundesaufgabe im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG handelt. Die durchgehende privatrechtliche Organisation der Beteiligten könnte für eine Ausgliederung ihrer Aufgaben aus dem System staatlicher Aufgaben sprechen. Beides bedarf der Klärung.

1. Die Zuordnung des Eisenbahnbaus zum Bund

Schon in der Ursprungsfassung zählte das Grundgesetz „die Bundeseisenbahnen“ zu den Gegenständen der bundeseigenen Verwaltung (Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F). Damit war zweierlei klargestellt. Im Sinne der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern, die Art. 30 GG formal zu Gunsten der Länder löst, gehörten die Bundeseisenbahnen, der deutschen Tradition folgend, kraft ausdrücklicher Regelung zum Aufgabenbereich des Bundes. Zu den „Bundeseisenbahnen“ gehörte zumindest alles, was zum Betrieb notwendig war, also selbstverständlich auch das Schienennetz und die zugehörigen Anlagen, wie die Bahnhöfe.⁷

1993 wurden die Regeln über die Bundeseisenbahnen aus der Vorschrift über die Gegenstände der bundeseigenen Verwaltung, also aus Art. 87 GG, herausgelöst und in einem eigenen, umfangreicheren Artikel verselbstständigt, nämlich in Art. 87e GG. Das Ziel der Grund-

⁷ Man kann dafür auch auf das eingangs genannte Gutachten *Paul Kirchhofs* als sicherlich unverdächtigen Kronzeugen verweisen. Er macht die Zuordnung der Bundeseisenbahnen einschließlich der Bahnhöfe zum Bund zur Grundlage seiner Ansicht, dass das Landesvolk dazu nichts zu sagen habe (S. 35 u. S. 31 zu Anm. 100).

gesetzänderung war, eine jedenfalls formelle Privatisierung der Bundesbahn zu erreichen. Statt „die Bundeseisenbahnen“ der Bundeseigenverwaltung zuzuordnen, wie das ursprünglich der Fall war, wird nun nur „die Eisenbahnverkehrsverwaltung“ in „in bundeseigener Verwaltung geführt“ (Art. 87e Abs. 1 Satz 1 GG). Eine Übertragung von Aufgaben dieser Bundeseigenverwaltung auf die Länder als deren eigene Aufgaben ist nach Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG zulässig. Von dieser Möglichkeit ist bisher, soweit ersichtlich, kein Gebrauch gemacht worden.

Nach Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG werden die „Eisenbahnen des Bundes ... als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt.“ An ihrem Charakter als Teil der Bundesverwaltung ändert sich mit der Umwandlung in eine privatrechtliche Form durchaus etwas, an ihrer Zugehörigkeit zum Bund freilich nicht. Da zur Zeit der Bund alleiniger Eigentümer der Deutschen Bahn AG ist, bleibt ihre Zuordnung zum Bund trotz der Grundgesetzänderungen erhalten. Im Verhältnis zu den Ländern ist sie ein Wirtschaftsunternehmen des Bundes, also ein Bundesunternehmen.

Wie weit sich daran etwas ändern würde, wenn die Deutsche Bahn AG an die Börse ginge und der Bund die Mehrheit verlöre, mag dahinstehen. Denn soweit „die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst“, also die hier allein einschlägige Tätigkeit ausübt, „steht es im Eigentum des Bundes“ (Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG). Entsprechende Unternehmensanteile können zwar veräußert werden; dazu bedarf es jedoch eines zustimmenden Gesetzes. Vor allem aber muss die Mehrheit der Anteile für diesen Bereich immer beim Bund verbleiben. Der für den Schienenbau zuständige Unternehmensteil der Deutschen Bahn muss also auf Dauer im Mehrheitsbesitz des Bundes bleiben. Zurzeit ist der Bund weiterhin über die ihm zu 100% gehörende Deutsche Bahn AG alleiniger Träger auch der Netz AG. Für die Länder ist dieser Teil der Deutschen Bahn AG also von Verfassungs wegen notwendig und auf Dauer eine Bundesunternehmung.

Der Bund wird von der Verfassung im Hinblick auf deren Funktionen aber auch inhaltlich in Anspruch genommen. In Art. 87e Abs. 4 GG wird dem Bund trotz der Privatisierung der „Eisenbahnen des Bundes“ (Abs. 3) eine Gewährleistungspflicht auferlegt. Sie betrifft gerade den „Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes“. Sie sollen weiter-

hin „dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen“ Rechnung tragen.⁸

Schließlich sind wichtige Entscheidungen der privatisierten Eisenbahnen des Bundes, die das Schienennetz betreffen, unter den Vorbehalt eines zustimmungspflichtigen Bundesgesetzes gestellt (Art. 87e Abs. 5 GG).

Neu- und Ausbau des Schienennetzes mit seinen Anlagen sind also weiterhin eine Aufgabe des Bundes. Sie werden lediglich von der privatrechtlich organisierten Netz AG betrieben, welche dem Bund über die Deutsche Bahn AG vollständig gehört und auf die er nach der Verfassung mindestens seinen Mehrheitseinfluss auf Dauer behalten muss. Das für die Landesregierung erstattete Gutachten von Prof. *Dolde*⁹ geht ebenfalls von einer Bundesaufgabe aus.

§ 8 Abs. 1 Satz 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz zieht aus dieser Rechtslage die Konsequenz, wenn die Norm festlegt, dass „der Bund ... Investitionen in die Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes finanziert“. Das Gesetz geht dabei sogar in die Details, wenn es im folgenden Satz „den Ausbaustand der neuen Länder und Berlins dem Ausbaustand in den übrigen Ländern“ anzugleichen befiehlt.

Nach diesen vielfältigen Einzelregelungen des Grundgesetzes wie der Ausführungsgesetzgebung, die die Bundeseisenbahn trotz ihrer Privatisierung weiterhin als ein Bundesunternehmen behandeln, die gerade für das Schienennetz und seine Veränderung gesetzliche Organisationsregeln des Bundes verlangen und eine Finanzierungspflicht des Bundes für Investitionen in die Schienenwege konstatieren, ist kein Zweifel möglich, dass das „Schienennetz der Eisenbahnen des Bundes“ (Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG) in den Formen der Erhaltung, des Ausbaus oder des Neubaus im Verhältnis zu den Ländern, also im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG, eindeutig dem Bund zuzuordnen ist. Insoweit hat es im Eisenbahnwesen keine Auslagerung der Aufgaben aus der Sphäre des Bundes gegeben.

⁸ Was die Einbeziehung von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen selbstverständlich nicht ausschließt.

⁹ Siehe Anm. 1, dort S. 11 ff., vor allem S. 13: „Das Verbot der Mischfinanzierung gilt auch zwischen der deutschen Bahn AG und den Ländern, da die deutsche Bahn AG hinsichtlich Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes dem Bund zuzurechnen ist.“ Diese Feststellung macht er, mit Hinweis auf die frühere Rechtslage der in bundeseigener Verwaltung geführten Deutschen Bundesbahn, für die derzeitige Rechtslage.

Offensichtlich geht auch das Land Baden-Württemberg davon aus. So heißt es im Vorspruch der Abwicklungsvereinbarung, dass es „um die Vereinbarung über die Abwicklung des Zuschusses des Landes an die Bundesrepublik Deutschland (nachfolgend „Bund“)" geht und nicht etwa um einen Zuschuss an die Deutsche Bahn AG oder die Netz AG. Und in § 1 Abs. 1 Satz 1 derselben Vereinbarung wird ausdrücklich die Einigkeit der „Beteiligten“ beschworen; bei deren Aufzählung steht an der Spitze „der Bund“. Die dominierende Rolle des Bundes wird also vom Land durchaus anerkannt.

Als privatrechtlich organisiertes Unternehmen darf sich die Bundesbahn selbstverständlich Zuschüsse, Kredite und Ähnliches von jedermann verschaffen, aber nach Art. 104a Abs. 1 GG grundsätzlich nicht von den Ländern. Hier wirkt ihre auch nach der Reform 1993 verbleibende und einfachgesetzlich abgesicherte verfassungsrechtliche Zuordnung zum Bund als dem Muttergemeinwesen nach. Die Ausgabenhoheit für neue Schnellstrecken mitsamt ihren Anlagen hat also allein der Bund. Das in Art. 104a GG statuierte „Trennsystem“ bei Finanzierungen verbietet aber dem Land Baden-Württemberg, eine Bundesaufgabe (mit)zu finanzieren.

Das gibt auch einen guten verfassungspolitischen Sinn. Wenn es einzelnen Ländern erlaubt wäre, durch Mitfinanzierung von neuen oder verbesserten Schienenwegen die Prioritätsentscheidungen der Bundesbahn zu beeinflussen, würde nicht mehr, wie Art. 87e Abs. 4 GG verlangt, das „Wohl der Allgemeinheit“ bei den Entscheidungen der Bahn maßgebend sein, sondern die Finanzstärke des jeweiligen Landes. Das Stuttgarter Gesamtprojekt liefert dafür ein deutliches Anschauungsmaterial.¹⁰

Eine der öfter betonten und später noch eingehender zu behandelnden staatlichen Begründungen Baden-Württembergs war das Interesse an einer zeitlichen Vorziehung des Projekts. Die Landesgelder sollten also die Bundesbahn dazu bewegen, in der Konkurrenz zu anderen Vorhaben des Schienenwegebau im Bundesgebiet, die in reicher Zahl im „Bedarfsplan für die

¹⁰ Reiches Anschauungsmaterial liefert auch ein wohl informierter Bericht von *Kerstin Schwenn* (FAZ 27. 10. 2010): „Hinter verschlossenen Türen lässt Ramsauer seinen Unmut über diese Zusage (sc. seines Vorgängers) freien Lauf. Auch wenn der Bund bei Wendlingen-Ulm erst von 2016 an im Obligo ist – vorher wird dort das Landesgeld verbaut –, engt sie seinen geringen investiven Handlungsspielraum weiter ein. Verkehrsfachleute sind sich angesichts der mittelfristigen Finanzplanung des Bundes einig: Neu- und Ausbauprojekte werden in Zukunft kaum möglich sein, eigentlich können nur begonnene Vorhaben fortgeführt werden. Alles andere muss in den Erhalt bestehender Straßen, Schienen und Wasserwege fließen. – Noch weiß Raumsauer nicht, wie er die Kosten für die Neubaustrecke aufbringen soll. Am liebsten würde er die Bahn zur Kostenübernahme bringen. – Alles, was in Südwesten zusätzlich verbaut wird, fehlt anderswo. Die Projekte „kannibalisieren“ sich.“

Bundesschienenwege“¹¹ aufgeführt sind, das baden-württembergische Vorhaben vorzuziehen, um es nach den Planungen bis 2019 abzuschließen. Prioritätsentscheidungen der Netz AG sollen also nicht primär vom Wohl der Allgemeinheit und den Verkehrsbedürfnissen bestimmt werden, wie es die Verfassung verlangt, sondern von der finanziellen Unterstützung durch das Sitzland. Zu substantziellen Angeboten sind aber nur finanzstarke Länder in der Lage.

Dasselbe gilt für das ebenfalls mehrfach vorgetragene Argument, das man sich in Konkurrenz vor allem zum Land Hessen sehe, weil ohne das Projekt die Verkehrsströme von Paris über Frankfurt nach München laufen würden. Durch die relevante Mitfinanzierung soll also ein Konkurrenzproblem mit einem anderen Land gelöst werden, weil offenbar kein Vertrauen darin bestand, dass die Bundesbahnplanung unter Berücksichtigung der in Art. 87e Abs. 4 GG zum Maßstab gemachten Verkehrsbedürfnisse von sich aus auf diese Idee kommen würde.

Das Verhalten entspricht der *vor* der Finanzverfassungsreform vom Bund betriebenen und gerade zur Einführung des Art. 104a GG führenden Fondspolitik. Sie geht diesmal nur den umgekehrten Weg: Statt vom Bund zu den Ländern, von einem Land zum Bund. Mit Geld will man sich ein bestimmtes Verhalten der jeweils anderen Gebietskörperschaft „erkaufen“. Das abzuschaffen war der Sinn der Einführung des Art. 104a Abs. 1 GG. Wie die völlig gleiche Behandlung von Bund und allen Ländern durch die Norm zeigt und oben weiter nachgewiesen ist, sollte die finanzielle Einwirkung auf eine fremde Kompetenzausübung beiden Seiten, dem Bund wie den Ländern, verboten werden.

Es geht aber nicht nur um die unzulässige, nämlich finanzielle Beeinflussung der Entscheidung eines Bundesunternehmens. Es geht auch um eine Desavouierung des Systems des Länderfinanzausgleichs. Das Land Baden-Württemberg, das vor kurzem wiederum eine Klage dazu beim Bundesverfassungsgericht angedroht hat, dokumentiert mit dem erheblichen finanziellen Einsatz für eine landesfremde Angelegenheit, dass es für die eigenen Aufgaben offensichtlich mehr als genug Geld hat.

2. Kann das Eigeninteresse des Landes an dem Gesamtprojekt ein zulässige Mitfinanzierung durch das Land begründen?

¹¹ Der als Anlage zum Bundesschienenwegeausbaugesetz veröffentlicht ist.

Es ist evident, dass das Land Baden-Württemberg, wie jedes andere, ein hohes Interesse an einer optimalen Anbindung an das Eisenbahnnetz des Bundes hat. Sehr sinnfällig zeigt das der in den entsprechenden Informationen des Landes verwandte vollmundige Slogan: „Bahnprojekt Stuttgart-Ulm – Das neue Herz Europas.“ Das gilt nicht nur für die geplante Veränderung der West-Ost-Verbindung, sondern würde auch für eine Verbesserung der dominanten Nord-Süd-Verbindung gelten. Es gilt aber zugleich auch für den Autobahnbau und möglicherweise auch für Wasserwege. Die Kompetenz des Bundes zur Realisierung, hier durch ein Bundesunternehmen, wird dadurch aber nicht berührt. Selbstverständlich gehört es zu den Aufgaben des Ministerpräsidenten eines Landes, bei den zuständigen Bundesstellen für eine möglichst optimale Bedienung des Landes zu werben und einzutreten; diese Funktion ergibt aber keine Finanzierungskompetenz des Landes unter Verletzung der ausdrücklichen Regel des Art. 104a Abs. 1 GG.

Bei Eisenbahnbau kommt noch hinzu, dass die Verfassung dem Bund und seinen Eisenbahnunternehmen in Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG ausdrücklich aufgibt, bei der Auswahl der zu realisierenden Eisenbahnbauvorhaben das Wohl der Allgemeinheit und hier vor allem die Verkehrsbedürfnisse zum Maßstab zu nehmen und sich eben nicht von angebotenen Mitfinanzierungen leiten zu lassen.

III.

Trifft eine der Ausnahmen von Art. 104a Abs. 1 GG zu

Wie gezeigt, kennt das Grundgesetz Ausnahmen von der in Art. 104a Abs. 1 GG vorgeschriebenen „gesonderten“ Ausgabenlast des Bundes wie der Länder. Soweit sie überhaupt in Frage kommen könnten, sind sie in den Art. 91a und 91b GG unter dem Stichwort „Gemeinschaftsaufgaben“ versammelt sowie in Art. 104b GG, der „Finanzhilfen“ regelt. Zusätzlich findet sich eine auslaufende Regel in der Übergangsbestimmung des Art. 143c GG, und zwar für eine ursprünglich auf Art. 104a Abs. 4 GG a. F. gestützte Mischfinanzierung bei der Gemeindeverkehrsfinanzierung.

1. Die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a GG

Inhaltlich käme nur die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ nach Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG in Frage, während „die Verbesserung der Agrarstruktur oder des Küstenschutzes“ (Nr. 2 der Vorschrift) schon inhaltlich a limine ausscheidet. Immerhin hat das Land die Bedeutung des Projekts für die regionale Wirtschaftsförderung als einen Grund für die Mitfinanzierung betont.¹² Eine Anwendung scheidet aber schon daran, dass Art. 91a Abs. 1 GG in seinem ersten Satz nur die Mitwirkung des Bundes „bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder“ regelt und ihm eine entsprechende Finanzierungspflicht auferlegt (Art. 91 Abs. 3 Satz 1 GG). Hier aber geht es umgekehrt darum, eine von der Verfassung gedeckte Finanzierungsmöglichkeit des Landes Baden-Württemberg bei einer Bundesaufgabe, dem „Ausbau des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes“ (Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG), zu finden. Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG zeigt, dass die Verfassung dem finanziellen Problem der regionalen Wirtschaftsförderung durchaus Aufmerksamkeit geschenkt hat. Es hat sie aber nicht in der Landes-Mitfinanzierung von Projekten des Bundes mit Wirkung für die regionale Wirtschaftsstruktur des Landes gesehen, sondern im Gegenteil in möglichen Finanzhilfen des Bundes für das Land zu diesem Zweck.

Außerdem hätte man sich nicht an den in Art. 91a Abs. 2 Satz 1 GG vorgeschriebenen Finanzierungsschlüssel gehalten. Offensichtlich und zu Recht ist also niemand der Beteiligten auf diese Idee der Finanzierungs begründung gekommen.

2. Gemeinschaftsaufgabe nach Art. 91b GG?

Art. 91b GG lässt offen, wer an wessen Aufgaben mitwirkt und sie mitfinanziert. Der Grund ist die Unsicherheit, welche der dort aufgeführten Aufgaben wegen ihrer Überregionalität über den Argumentationstopos „Kompetenz kraft Natur der Sache“ nicht doch zumindest auch Bundesaufgaben sind. Die Vorschrift würde also auch eine Mitfinanzierung von Bundesaufgaben durch Länder decken.

Das entscheidende Hindernis der Anwendung im Stuttgarter Fall ist aber, dass das mögliche Anwendungsfeld auf Wissenschaft und Forschung und ihre Erscheinungs- und Organisationsformen beschränkt ist. Es regelt ein einzelnes und nicht analogiefähiges Politikfeld.

¹² Besonders intensiv wird das in dem Gutachten *Doldes* (s. Anm. 1) ausgeführt, dort S. 28 – 31.

Der verfassungspolitische Sinn einer erlaubten Mischfinanzierung zwischen Bund und Ländern ist die bewusste Privilegierung des Politikfeldes vor anderen Politikfeldern. Im Gegensatz zu diesen müssen sie von dem Vorhabenträger nicht zu ihrem vollen Wert finanziert werden. Daher ist eine nur analoge Übertragung der Regel auf andere Politikfelder, also ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Absicherung, ausgeschlossen.

3. Finanzhilfen nach Art. 104b GG?

Der entscheidende Einwand gegen die Aktivierung dieser Regelung einer Mischfinanzierung ist, dass sie ausschließlich dem Bund das Recht zu Finanzhilfen an Länder für deren Investitionen oder für Investitionen ihrer Kommunen gibt. Es geht also zwar um die Finanzierung fremder Aufgaben und damit um eine Abweichung von Art. 104a Abs. 1 GG, aber eben nicht um die Mitfinanzierung von Bundesaufgaben durch Länder. Deshalb kann auch die in Art. 143c Abs. 1 GG vorgesehene temporäre Weiterfinanzierung nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz nicht weiterhelfen, da sie ebenfalls Bundeshilfen betrifft.

IV.

Hilft die Figur der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“ bei der Mitfinanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm durch das Land?

Die Verfassungsfrage der Mitfinanzierung einer Bundesaufgabe durch das Land ist Gegenstand einer parlamentarischen Debatte gewesen. Die Fraktion GRÜNE hatte mit der Drucksache 14/1741 den Landtag gebeten, eine Gutachtliche Äußerung des Rechnungshofes zur Verfassungsmäßigkeit der Finanzbeteiligung des Landes an der Realisierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm einzuholen. In einer drauf anberaumten Debatte in der 43. Sitzung wurde der Antrag am 3. April 2008 zurückgewiesen.

Die Begründung, ein Gutachten des Rechnungshofes könne keine „abschließende Klärung“¹³ bringen, trifft zwar zu, gleichwohl ist die Ablehnung eines solchen Gutachtens nur einsichtig,

¹³ LT-Prot. 43/2945 mit Verweis auf die Ansicht der Regierung.

wenn Landesregierung und Landtagsmehrheit ein negatives Votum des Landesrechnungshofes jedenfalls nicht ausschlossen, also nicht sonderlich sicher in ihrer Rechtsauffassung waren und schon jegliche auch nur atmosphärische Störung ausschließen wollten. Das ist umso erstaunlicher, als sie mit dem Gutachten von Prof. *Dolde* vom 13. Juli 2007, das freilich nicht publik gemacht worden ist, eine Bestätigung ihrer Rechtsansicht in Händen hatten.

Lässt man die originär politisch-polemischen Kontroversen in der Debatte beiseite, dann gibt es eine wichtige Klarstellung und eine Reihe von Begründungsversuchen für eine Landesbeteiligung an der Finanzierung. Die Klarstellung besteht in der übereinstimmenden Betonung durch die Antragsteller wie durch den Hauptredner der größten Regierungsfraktion, dass es bei der Landesmitfinanzierung der Neubaustrecke nicht mehr um eine Vorfinanzierung des Projektes geht, wie ursprünglich geplant, sondern um eine Mitfinanzierung.¹⁴

Es werden ein Hauptargument und zwei Nebenargumente vorgetragen. Das Hauptargument besteht in der Figur der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“, welche die Neubaustrecke sein soll.¹⁵ Das ermögliche eine Mitfinanzierung des Landes bei einer Bundesaufgabe zumindest bis zum eigenen „Anteil“, wobei den Vertragspartnern über die Höhe „ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum“ zustehe. Das notwendige „landespolitische Interesse“ ergebe sich „aus der Realisierung von Stuttgart 21 einschließlich der Flughafenanbindung“. Die entsprechenden Äußerungen des Innenministers stützen sich nach seinen Angaben auf ein Gutachten des Rechtsanwalts Prof. *Dolde*, das aber nicht vorgelegt wurde.¹⁶

Die Nebenargumente lauten: In § 9 des Bundesschienenwegeausbaugesetzes werde die Möglichkeit einer Mitfinanzierung eingeräumt, also sei sie auch hier zulässig. Eine solche sei auch beim Bundesfernstraßenbau unbestritten üblich. So werde dem Land, das den Autobahnbau im Auftrage des Bundes ausführe, von den weit über 10% liegenden Planungskosten nur 3 bis 4% pauschal ersetzt. Das zweite Nebenargument zielt darauf, dass die Neubaustrecke auch

¹⁴ In der Begründung des Antrages auf Einholung eines Gutachtens des Landesrechnungshofes stellt der Abg. *Wölfe* fest: „Es geht ja nicht mehr um Vorfinanzierung, wie sie lange in Rede stand, sondern inzwischen um eine Mitfinanzierung“ (LT-Prot. 14/43 S. 2944) und der Abg. *Scheuermann* repliziert: „Über die Entwicklung haben Sie selbst gesagt: Wir kamen von Zinsleistungen für eine Vorfinanzierung zu einer Mitfinanzierung der Neubaustrecke Stuttgart-Ulm“ (a. a. O. S. 2945). Ob jeden die Begründung überzeugt, „Ich selbst halte es für viel besser, anstatt Banken Zinsen zu zahlen, Baukosten zu übernehmen“, mag man bezweifeln. Im ersten Fall erhält man das Vorgestreckte zurück, im zweiten handelt es sich um einen verlorenen Zuschuss. Bei einer Höhe von 950 Millionen dürfte das wohl ein gravierender Unterschied sein. Warum man überhaupt einen Bankkredit aufnehmen muss, wenn man das Geld, wie die jetzige Finanzierungszusage zeigt, offensichtlich zur Verfügung hat, erschließt sich auch nicht.

¹⁵ So der Innenminister *Rech*, a. a. O. S. 2947; auch für das Folgende.

¹⁶ Es handelt sich um das in Anm. 1 zitierte Gutachten.

„Verbesserungen für den Nahverkehr und die regionale Wirtschaft, also die Wirtschaftsstrukturen“ mit sich bringe und damit „auch die Erfüllung von Aufgaben des Landes“ diene.

Die „unechte Gemeinschaftsaufgabe“ ist eine Erfindung und keine besonders intelligente. Sie existiert nach der Verfassung nicht. Nach Art. 30 GG sind die Aufgaben des Staates dem Bund oder den Ländern zugewiesen. Und Art. 104a Abs. 1 GG knüpft daran an. Dass die Verteilung nicht immer ausdrücklich erfolgt, sagt schon der Wortlaut des Art. 30 GG. Die wichtigste Erkenntnis der ungeschriebenen Zuteilung sind die Aufgaben kraft Natur der Sache. Sie sind immer dem Bund zugewiesen. Für die Länder ist eine entsprechende Figur nicht nötig, da Art. 30 GG zu ihren Gunsten formuliert ist.

Der Begriff der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“ hat mit seiner Anleihe an den Begriff der „echten Gemeinschaftsaufgabe“ ausschließlich die Funktion, die Zulässigkeit einer Mischfinanzierung von Bund und einem Land wie bei den verfassungsrechtlich vorgesehenen Gemeinschaftsaufgaben zu suggerieren, obwohl das „Unechte“ dieser Figur schon dagegen spricht. Entscheidend ist aber, dass erstens die Gemeinschaftsaufgaben durch die Verfassung festgelegt werden müssen und zweitens die verfassungsrechtlich vorgesehenen Gemeinschaftsaufgaben primär eine Bundesmitfinanzierung von Länderaufgaben erlauben und nicht eine Landesmitfinanzierung von Bundesaufgaben. Das gilt auch für Art. 104b GG mit seinen Mischfinanzierungstatbeständen. Selbst bei Art. 91b GG geht es bei Wissenschaft und Forschung primär um Landesaufgaben, die der Bund unter Umständen mitfinanzieren darf. Nur bei Großprojekten, welche die Finanzkraft auch des finanzstärksten Landes übersteigen, ist nicht immer klar, ob nicht ausnahmsweise eine Bundesaufgabe kraft Natur der Sache vorliegt. Beim Schienenbau der Bundeseisenbahnen ist aber, wie gezeigt, eindeutig und vom Land auch nicht bestritten, dass es sich um eine Bundesaufgabe handelt. Die „unechte“ Gemeinschaftsaufgabe hat also mit den Gemeinschaftsaufgaben der Finanzverfassung nichts zu tun.

Nun ist der Begriff¹⁷ für meist finanziell bescheidene Randerscheinungen genutzt worden, bei denen es zu Finanzbeiträgen verschiedener Körperschaften kommen sollte oder gekommen

¹⁷ Er stammt offensichtlich von *Klaus Vogel* (HStR IV 1990, § 87 Rn. 25), der für ihn auch nur auf sich selbst verweisen kann. Von der Neuauflage ist er wieder verabschiedet worden (*Christian Waldhoff*, HStR V (2007) § 116. *Vogel* selbst bringt das wenig überzeugende und offensichtlich erfundene Beispiel, dass eine Zollschule ein Schwimmbad für ihre „Schüler“ bauen will und die Gemeinde für ihre Einwohner auch. Warum sie das aber gemeinsam bauen können sollten, obwohl es auch ausreichte, dass ein Nutzungsrecht vereinbart würde, erschließt sich nicht.

ist. Die meisten der unter diesem Begriff zitierten Entscheidungen lehnen freilich ein gemeinsames finanzielles Eintreten verschiedener Körperschaften für dieselbe Sache ab. So ist für die zusätzliche Sicherung eines unbeschränkten Eisenbahnübergangs, die durch die von der Gemeinde durch Straßensperrung temporär verursachte erhebliche Steigerung des Verkehrsaufkommens nötig war, allein die Bahn auch finanziell verantwortlich gemacht worden.¹⁸ Ähnliches gilt für den anlässlich der Schweinepest von einem Land organisierten Aufkauf nichtinfizierter Schweine in Höhe für immerhin fast 70 Millionen, bei denen sich Bund und Land stritten, wer die Finanzlast endgültig zu tragen habe. Das Gericht entschied nicht etwa auf eine anteilmäßige Teilung zwischen beiden Körperschaften nach landesrechtlichem Polizeirecht auf der einen und europa- und bundesrechtlichem Marktordnungsrecht auf der anderen Seite, sondern hielt allein den Bund letztlich für verantwortlich.¹⁹ Auch der BGH hatte sich für die Kostentragung durch *einen* Träger entschieden, als wegen einer drohenden Entschärfung eines Blindgängers ein Telegraphenkabel verlegt werden musste: Das Telegraphenweggesetz gehe dem landesrechtlichen Polizeirecht mit seinen Regeln über die Inanspruchnahme eines Nichtstörers vor.²⁰

Die soweit ersichtlich einzige Entscheidung, die eine Mitfinanzierung einer Stadt, und zwar gerade im Eisenbahnsektor für zulässig hielt, urteilte über einen Fall, in dem die Eisenbahn sich verpflichtet hatte, gegen Erstattung der Betriebskosten durch eine Stadt auf einer vorhandenen Strecke besondere Züge zur Beförderung von Schülern zu einem Schulzentrum zu betreiben und dort eine Haltestelle einzurichten und zu unterhalten;²¹ die Fahrkosten der Schüler erstattete die Stadt unabhängig davon pauschal. Strittig waren allein die im Vertrag durch die Stadt übernommenen Betriebskosten für die Schülerbeförderung. Das Bundesverwaltungsgericht wies das Ansinnen der Stadt, den darüber geschlossenen Vertrag wegen Art. 104a Abs. 1 GG für nichtig zu halten, zurück und meinte, die Bahn habe zwar das Recht, nicht aber die Pflicht der Schülerbeförderung.²² Dies habe aber die Stadt, daher könnten beide sich „nach Gesichtspunkten der Sachgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Einzelfall und in Abstimmung miteinander“ auf eine Kostenteilung einlassen.²³ Dass die Pflicht der Schülerbeförderung nicht notwendig gerade die Beförderung mit der Bahn einschließt, bleibt ebenso

¹⁸ BVerwG U. v. 11.6.1991, NVwZ 1992, 264 ff.

¹⁹ BVerwGE 102, 119, 122, 124.

²⁰ BGHZ 98, 244, 247 ff.

²¹ BVerwGE 81, 312, - 318.

²² Die Aussage ist in ihrer Allgemeinheit nicht zu halten. Sollte das Gericht ernsthaft gemeint haben, die Bahn könnte Schülern die Mitfahrt verbieten, weil sie Schüler sind? Obwohl die Schülerbeförderung im übernächsten Satz als eigene Aufgabe der Bahn bezeichnet wird?

unerwähnt, wie dass der Bau einer Haltestelle wie die eines Bahnhofs zu den ausschließlichen Aufgaben der Bahn gehört.

Interessanter Weise erklärt das Gericht die Schülerbeförderung ausdrücklich aber auch zur „eigene(n) Aufgabe“ der Bahn.²⁴ Warum die Kostentragung dann gleichwohl bei der Stadt liegen soll, wird nicht weiter begründet; sie soll aber gleichwohl nicht gegen Art. 104a Abs. 1 GG verstoßen. Statt das selbst ernsthaft zu begründen verweist das Gericht allein auf die gleichlautende Ansicht des Oberbundesanwalts, der nun freilich nach § 35 VwGO die Interessen des Bundes zu vertreten hatte.²⁵

Wichtig ist aber festzuhalten, dass es in dem Urteil allein um die „Betriebskosten“ ging, nicht um die Errichtungskosten für die Haltestelle. Die Bezahlung von Beförderungsleistungen wird aber mit Recht nicht unter dem Aspekt von Art. 104a Abs. 1 GG gesehen. So war die von der Stadt übernommene Zahlung für die Schülerkarten²⁶ unstrittig; auch sie dienen aber der Deckung der Betriebskosten der Bahn. Das Urteil hätte also viel einfacher zu seinem Ergebnis kommen können.

Derselbe Senat des Bundesverwaltungsgerichts musste zwei Jahre später in einer weiteren Entscheidung, in der er anders entscheiden wollte, offensichtlich auf einen Bezug der Revision auf sein Schülerbeförderungsurteil reagieren.²⁷ Er reduzierte dessen Bedeutung noch deutlicher auf die Daseinsvorsorge, weil dort eine „klare und überschneidungsfreie Abgrenzung“ wie in dem von ihm jetzt zu entscheidenden Feld der Gefahrenabwehr nicht gegeben sei. Abgesehen davon, ob das zutrifft – Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG spricht eine andere Sprache –, kennt Art. 104a Abs. 1 GG eine solche Differenzierung nicht. Vor allem aber ist der hier in Frage stehende Schienenbau eindeutig und ohne Abgrenzungsprobleme eine Bundesaufgabe, wie oben gezeigt und vom Land auch nicht bestritten ist. Der Rekurs auf „die Daseinsvorsorge“ oder „die Leistungsverwaltung“ mit ihren angeblich unklaren Zuständigkeiten trifft für den Bau der Schienwege der Eisenbahnen des Bundes nicht zu. Die Entscheidung kann für die Mitfinanzierung von fast einer Milliarde Euro nicht herangezogen werden.

²³ Auf die Tatsache, dass diese Pflicht nicht gerade die Beförderung mit der Bundesbahn zum Inhalt hat und dass die Gemeinde für die Fahrkosten aufkam, geht das Gericht nicht weiter ein.

²⁴ BVerwGE 81, 312, 315.

²⁵ Dass dessen Interesse selbstverständlich auf mögliche Mitfinanzierung durch Dritte gerichtet ist, hat *Günter Fromm*, Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts, NVwZ 1992, 536, 538 in Anm. 32 näher belegt.

²⁶ BVerwGE 81, 312, 317.

²⁷ NVwZ 1992 264, 265.

Lässt man die berechtigte Kritik, die die Ursprungsentscheidung gefunden hat,²⁸ und die Konsequenzen, die sie für die Begehrlichkeit des Bundes ausgelöst hat,²⁹ beiseite, so kann sich das Land zum einen schon deswegen nicht auf sie berufen, weil es für das Land weder spezielle Beförderungspflichten für seine eigenen Bürger noch für Fremde gibt, die der Bund auf Fernstrecken der Bundesbahn übernehme. Eine solche Beförderungspflicht ist denn auch nicht geltend gemacht worden. Zum anderen ging es nicht wie bei der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm um den Fernstreckenbau, bei der die Zuständigkeit, auch wenn es sich um einen Akt der Daseinsvorsorge oder Leistungsverwaltung handelt, geklärt ist.

Angesichts der Entscheidung eines einzigen Senats des Bundesverwaltungsgerichts die generelle Behauptung aufzustellen, „die Rechtsprechung“ habe „die gemeinsame Finanzierung unechter Gemeinschaftsaufgaben ausdrücklich gebilligt“, wie dies *Dolde* in seinem Gutachten wagt,³⁰ ist angesichts der übrigen Gerichtspraxis bis hin zum BGH etwas kühn. Man darf bei der Bewertung des Schülerbeförderungsfalls im Übrigen nicht übersehen, dass es dabei, anders als hier, um Summen ging, die finanzverfassungsrechtlich nicht ins Gewicht fielen, was die Sorglosigkeit des Senats vielleicht verständlich macht.

Entscheidender sind aber drei grundsätzlichere Gründe, weswegen das Land sich auch nicht auf eine ähnliche Konstellation berufen kann. Zum einen ist der Ausbau des Fernstreckennetzes der Bundeseisenbahn ausschließlich eine Aufgabe des Bundes, für die nur er nach Art. 104a Abs. 1 GG finanziell einzustehen hat (1). Zum zweiten geht es nicht um eine Mitnutzung dieser Strecke durch das Land, vielmehr hat die Fernstrecke lediglich einen Nutzen auch für die Bevölkerung und die Wirtschaft des Landes (2). Und zum dritten erweist sowohl die Entwicklung der Finanzierungsbemühungen wie die Höhe der durch das Land versprochenen Mitfinanzierung, dass es nicht einmal um eine Kompensation für den Nutzen geht, den das Land zu ziehen hofft.

(1) Es geht um die Finanzierung einer Neubaustrecke des Fernverkehrs der Deutschen Bahn, Abteilung Netz AG. Das ist eindeutig eine Bundesaufgabe und keine Landesaufgabe. Für sie haben nach der Verfassung nur der Bund und seine Eisenbahnunternehmen finanziell einzustehen. § 8 Abs. 1 Satz 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz bestimmt denn auch, dass „der Bund“ Investitionen in die Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes „finanziert“. Das

²⁸ *Günter Fromm* (s. Anm. 23), und *Martin Morlok*, Anmerkung zu der Entscheidung, DVBl. 1989, 1147 f.

²⁹ Siehe *Günter Fromm* (s. Anm. 23), NVwZ 1992, 536, 538 Anm. 32 u. 33.

³⁰ Seite 15, Einleitungssatz zu c.

anerkennt auch das Land, wenn es in § 6 Abs. 2 des Finanzierungsvertrages feststellen lässt, dass die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm mit nicht rückzahlbaren Zuschüssen des Bundes, und nicht etwa der Bundesbahn, finanziert wird und dass das Land sich an diesen Kosten, wohlgemerkt den Kosten des Bundes, „beteiligt“. Das Land hat aber nach Art. 30 GG in Verbindung mit Art. 87e Abs. 1 und 4 GG keine Kompetenz, einen Bundesbahn-Fernstrecke zu bauen oder mitzubauen und damit auch mitzufinanzieren.

(2) Das Land strebt auch nicht zur Erfüllung einer ihm übertragenen Aufgabe eine Mitnutzung der Strecke an. Vielmehr will es unspezifische Vorteile für das Land nutzen, welche die Strecke mit sich bringt. Dazu gehören, wie bei anderen Neubaustrecken, bessere und auch schnellere Verkehrsverbindungen im Land und über das Land hinaus und die in der Regel berechnete Hoffnung, dies und die zusätzlich im Land investierten Summen würden auch für die Wirtschaft der betroffenen oder begünstigten Regionen vorteilhaft sein. Dies sind Vorteile, die normaler Weise mit jeder Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur durch den Bund für das jeweilige Land verbunden sind. Das gilt vor allem auch für den Bau der Bundesfernstraßen. Solche Kollateralnutzen sind mit vielen Investitionen des Bundes verbunden. Sie gehören zu seinen Aufgaben. Auch eine Eisenbahn ohne Nutzer gibt keinen Sinn. Bisher ist noch kein Land auf die Idee gekommen, Sachausgaben für den Autobahnbau aus diesem Grund zu übernehmen. Man kann die Länder auch nicht eindringlich genug warnen, diesen Weg zu gehen, weil es nahe läge, dass der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben, die auch einem Land nutzen, immer zuvor die Hand aufhalten würde.³¹

(3) Zum dritten sprechen Entstehungsgeschichte wie Höhe der versprochenen Landesleistungen dagegen, dass durch sie eine Landesaufgabe erfüllt werden sollte. Die ganze Geschichte der Planungen und Finanzangebote des Landes sprechen in dieser Hinsicht eine deutliche Sprache. Die Neubaustrecke war offensichtlich nicht für die Zeit geplant, die jetzt in den Verträgen festgelegt ist. Nach dem Bericht im Gutachten *Dolde* sah die Zeitplanung der Bundesbahn den Baubeginn frühestens 2017 vor,³² also sieben Jahre später. Das Land legt in all seinen offiziellen Äußerungen Wert auf die Feststellung, dass erst sein Engagement und das heißt auch, seine Finanzierungsversprechen, zu dem Vorziehen der Bahninvestition geführt haben.³³

³¹ Die von *Günter Fromm* (s. Anm. 13), NVwZ 1992, 536, 538 Am. 32 und 33 zitierten Äußerungen hochrangiger Bundesvertreter sollten zu denken geben.

³² Gutachten *Dolde*, S. 9.

³³ So resümierte der Innenminister am 13. Mai 2009 im Landtag: „Das Erste ist die gemeinsame Erklärung zur Realisierung des Projekts Stuttgart 21 und der Neubaustrecke. Diese Vereinbarung bildet sozusagen den Rah-

Die ursprünglich vorgesehene Form der „Vorfinanzierung“ durch das Land war das erste Angebot des Landes. Es zielte auf die vorzeitige Realisierung einer für 2010 noch nicht, sondern frühestens 2017 vorgesehenen Bundesaufgabe im Land, nämlich um ein Vorziehen der Realisierung der Neubaustrecke, die im Bedarfsplan des Bundes, also als Bundesaufgabe, ohne Festlegung auf die Streckenführung und auf den Zeitraum der Verwirklichung³⁴ vorgesehen war. Nur das Vorziehen des Baubeginns auf das Jahr 2010 war das strategische Ziel des Landes, wie die vielfältigen Äußerungen zeigen.

Bei dieser Sachlage war es konsequent, dass ursprünglich keine Mitfinanzierung durch einen verlorenen Zuschuss angeboten worden war, sondern lediglich eine Vorfinanzierung. Sie sollte das Argument der Bundesseite beseitigen, dass für so einen frühen Baubeginn der Bund oder die Bahn das Geld noch nicht zur Verfügung haben. Es sollte eine temporäre und also auch rückzahlbare Hilfe vorgesehen werden.

Diese Idee passt auch perfekt auf die jetzige Organisation des Landeszuschusses von 950 Millionen Euro, die offenbar in Jahresraten bis 2016 gezahlt werden sollen.³⁵ Ab 2017 soll der Bund die Restfinanzierung übernehmen. Ab 2017 war ja auch der Baubeginn ursprünglich geplant. Konsequent war aber bei dieser Sachlage, dass nur eine Vorfinanzierung in Frage kam. Sonst hätte der Bund durch das Vorziehen der Baumaßnahme einen finanziellen Vorteil für eine nur ihm zukommende Aufgabe gehabt, also eine endgültige eigene Entlastung zu Lasten des Landes.

Erst als die Bundesseite sich, aus welchen Gründen auch immer, darauf nicht einließ, schaltete das Land auf eine Mitfinanzierung in der fixen Höhe von 950 Millionen Euro um, also auf einen verlorenen Zuschuss in dieser Höhe. Nicht mehr nur das Vorziehen des Baus sollte vorfinanziert werden, sondern die Strecke selbst sollte zu einem nicht unbeträchtlichen Teil vom Land finanziert werden. Damit gewann die finanzielle Beteiligung des Landes an dem Bundesprojekt eine andere Qualität. Das Land wurde zum Alleinflanzier der bis Ende 2016 fertig zu stellenden Strecke.³⁶

men für die einzelnen Finanzierungsprojekte. Darin bekräftigen die Parteien ihren Willen, den Beginn der Neubaustrecke auf das Jahr 2010 vorzuziehen.“ (LT-Prot. 66/4759).

³⁴ Obwohl der „Bedarfsplan für die Bundesschienenwege“ einen „vordringlichen Bedarf“ ausweist.

³⁵ Siehe die Darstellung in Anm. 10.

³⁶ Lediglich wenn die projektierten Kosten aus dem Ruder laufen sollten, hätte der Bund einspringen müssen.

Offensichtlich war es nicht die schwer verständliche Angst vor Zinszahlungen,³⁷ die der Abgeordnete *Scheuermann* beschwor, die das Land zu einer Umstellung auf einen verlorenen Zuschuss von fast einer Milliarde bewogen hat, sondern der Unwille des Bundes, sich auf eine bloße Vorfinanzierung einzulassen, die ihn mit einer späteren Rückzahlung belastet hätte. Das Einsammeln von fast einer Milliarde für eine Strecke, deren Kosten die Bahn nach Art. 104a Abs. 1 GG allein zu tragen gehabt hätte, wäre nicht nur für einen Privaten ein Angebot gewesen, das man nicht ausschlagen kann.

Es fällt auch auf, dass das Land zwar immer die Notwendigkeit des Vorziehens des Beginns der Realisierung der Neubaustrecke auf das Jahr 2010 betont, die Höhe des verlorenen Zuschusses von 950 Millionen Euro aber in kein Verhältnis setzt zu Mehrkosten der Bahn für dieses bloße „Vorziehen“. Offensichtlich besteht keine irgendwie geartete Kausalität zwischen beiden Elementen.

Die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm ist ein Teil des Fernstreckennetzes „der Eisenbahnen des Bundes“ (Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG) und daher keine Gemeinschaftsaufgabe, weder eine echte noch eine unechte. Das hohe Interesse des Landes an dieser Fernstrecke macht sie nicht zusätzlich zu einer Landesaufgabe. Auch wenn sie Verbesserungen für den Nahverkehr bringt oder für die regionale Wirtschaft vorteilhaft ist, ändert das an ihrem Charakter als Bundesaufgabe nicht. Die meisten ortsgebundenen Investitionen des Bundes bringen Vorteile für die Wirtschaft oder auch die Bevölkerung des betreffenden Landes, ohne dadurch ihren Charakter als Bundesaufgabe zu verlieren. Wäre das unter dem Stichwort „unechte Gemeinschaftsaufgabe“ ein Argument der Zusatzfinanzierung durch das jeweilige Land, dann würde der Druck auf die Länder, eine solche für jegliche Verkehrsinvestition des Bundes auch zu übernehmen, unausweichlich. Das könnte noch nicht einmal im Interesse der finanzstärksten Länder liegen.

Auch dass die Neubaustrecke für das Anliegen von Stuttgart 21, einschließlich der Flughafenanbindung nützlich ist, dokumentiert zwar, unabhängig von der rechtlichen Wertung dieses Projekts,³⁸ lediglich das Interesse des Landes.³⁹ Auch aus einem berechtigten oder wenigstens

³⁷ Sieh LT-Prot. 14/43 S. 2945.

³⁸ Sieh dazu unten unter Kapitel D.

³⁹ Der Innenminister hat dazu ausdrücklich das Gutachten *Dolde* mit der Meinung zitiert, es reiche für Art. 104a Abs. 1 GG, wenn das Vorhaben „einer unechten Gemeinschaftsaufgabe dient, das heißt auch der Erfüllung der Aufgaben des Landes. Dieses landespolitische Interesse ergibt sich aus der Realisierung von Stuttgart 21 einschließlich der Flughafenanbindung.“ (LT-Prot. 14/43 S. 2047). Wenn das zutreffen sollte, dann kann der

verständlichen Interesse des Landes ergibt sich aber noch kein Finanzierungsrecht nach Art. 104a Abs. 1 GG. Diese Norm stellt auf Aufgaben ab. Und der Bau einer Fernstrecke der Eisenbahn des Bundes von Wendlingen nach Ulm ist keine Aufgabe des Landes.

Auf der anderen Seite würden die finanzstarken Länder tendenziell bei Bundesinvestitionen bevorzugt, weil sie mehr beizutragen in der Lage sind. Alles das stünde in diametralen Gegensatz zu Art. 104a Abs. 1 GG, sondern auch in einem solchen zu den Verfassungsanforderungen des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG, wonach die Planung des Schienennetzes nicht an den finanziellen Zugeständnissen des jeweiligen Landes, sondern am Wohl der Allgemeinheit und den Verkehrsbedürfnissen auszurichten sind.

Es braucht daher an dieser Stelle nicht näher auf das schon erwähnte Argument eingegangen zu werden, die Neubaustrecke sei wegen des Projektes Stuttgart 21 notwendig. Abgesehen davon, dass die Bundesregierung das ausdrücklich bestritten hat,⁴⁰ zeigt diese Argumentation freilich, dass man sich nicht sicher ist, ob die Landes-Mitfinanzierung der Neubaustrecke als solche überhaupt zu begründen ist. Außerdem ist darauf zu verweisen, dass der „Bedarfsplan für die Bundesschienenwege“ eine Ausbau/Neubaustrecke ausdrücklich von Stuttgart nach Ulm und nicht nur von Wendlingen nach Ulm vorsieht, ein Anschluss von Stuttgart also in jedem Fall garantiert ist.⁴¹

Interessant ist das vorgebrachte Nebenargument, § 9 Bundesschienenwegeausbaugesetz erlaube offensichtlich beim Bau von Schienenwegen, dass Gebietskörperschaften oder Dritte den Bau oder Ausbau teilweise oder ganz finanzieren. Nun ist es nicht gerade die hohe Kunst der Gesetzesauslegung, dass die Verfassung nach Maßgabe der einfachen Gesetze ausgelegt wird. Vielmehr ist man verpflichtet, ein Gesetz verfassungskonform auszulegen, jedenfalls, wenn das nach den normalen Regeln der Auslegung möglich ist. § 9 Bundesschienenwegeausbaugesetz sagt aber nicht einmal, *wann* eine volle oder teilweise Finanzierung durch Gebietskörperschaften zulässig ist, sondern regelt nur, dass eine Vereinbarung notwendig ist, *wenn* eine solche Drittfinanzierung vorgesehen, also zulässig ist.⁴² Ist sie nicht zulässig, dann gilt auch die Vereinbarungspflicht nicht, findet § 9 des Gesetzes also keine Anwendung.⁴³

Bund bei allen seinen Infrastrukturmaßnahmen, insbesondere den Verkehrsbauten, die betreffenden Länder zur Kasse bitten, denn sie sind regelmäßig auch in ihrem Interesse.

⁴⁰ BT-Drucks. 17/955, S. 2 zu Fragen 3 bis 5.

⁴¹ Auf die Mitfinanzierung des Projektes Stuttgart 21 durch das Land ist in Kapitel D einzugehen.

⁴² Auch in der von *Dolde* (S.17) in Anspruch genommene BT-Drucks. 12/4609 S. 92 steht nicht, wann eine solche Finanzierung zulässig sein soll, und auf S. 57 wird das Recht zu finanzieren vorausgesetzt, aber nicht be-

Auch der Hinweis im Gutachten *Dolde*, in der Anlage zum Bundesschienenwegeausbaugesetz sei bei zwei grenzüberschreitenden neuen Vorhaben in einer Fußnote darauf verwiesen, dass das Land Nordrhein-Westfalen sich “finanziell am Ausbau“ beteilige, besagt erstens nichts über die Verfassungsmäßigkeit, zum zweiten weiß man nicht, woran sich das Land konkret beteiligen will und zum dritten zeigt es vielleicht nur, wie weit der Bund schon mit dem Versuch gekommen ist, die Länder beim Schienenbau zur Kasse zu bitten.

Außerdem ist es durchaus denkbar, dass die Bahn beim Ausbau eines Schienenweges auch, jedenfalls teilweise, Anschlussstrecken mit baut, für die die Baupflicht bei privaten Dritten oder auch anderen Gebietskörperschaften als dem Bund liegt. Dies ist weder aus Kompetenzgründen den Bahngesellschaften untersagt, die ja nicht umsonst jedenfalls formell privatisiert worden sind, noch müssen sie solche Leistungen kostenlos erbringen. Es kann auch sein, dass unter dem Stichwort „eigenwirtschaftliche Aktivität der Bahn“ Baumaßnahmen unternommen werden, an denen sich auch z. B. Gemeinden oder Länder beteiligen können. Darauf ist beim Projekt Stuttgart 21 zurückzukommen. Außerdem hat nach § 8 des Gesetzes der Bund selbst, der ja auch eine Gebietskörperschaft ist, „Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes“ mitzufinanzieren, er fällt also auch unter die Regel des § 9 Bundesschienenwegeausbaugesetz. Nach ihr ist man unter anderem in § 6 Abs. 2 Finanzierungsvertrag ja auch verfahren. Die Norm kann also zur strittigen Frage nichts beitragen.

Auch der Hinweis auf die Praxis beim Fernstraßenbau führt nicht weiter. Die Bundesfernstraßen einschließlich der Autobahnen werden im Auftrag des Bundes von den Ländern gebaut und verwaltet (Art. 90 Abs. 2 GG). Die Sachkosten hat nach Art. 104a Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 GG der Bund zu tragen. Es ist unbestritten, dass der Bund nur die notwendigen Sachkosten zu tragen hat. Auftragsverwaltung bedeutet also nicht, dass ein Land nach eigener Entscheidung einen opulenteren Ausbau als notwendig vornehmen kann. Nach der in der erwähnten Landtagssitzung geschilderten Praxis hält der Bund 3 bis 4% der Gesamtkosten als Anteil für die Planungskosten offensichtlich für angemessen. Wenn das Land 10% oder mehr,

gründet. Beide Stellen schweigen zu Art. 104a Abs. 1 GG. Sie zeigen freilich, dass der Bund oder die Bahn ein hohes Interesse an finanzieller Entlastung haben.

⁴³ Die Annahme von *Günter Fromm* (Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts, NVwZ 1992, 536 538 u. Anm. 32) ist nicht abwegig, dass den Bundesgesetzgeber die oben näher analysierte einschlägige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über die Zulässigkeit kommunaler Finanzhilfen an die Bahn in einem Sonderfall (BVerwG 81, 312, 314 f.) zur Schaffung des § 9 Bundesschienenwegeausbaugesetzes veranlasst hat.

wie der Abgeordnete *Scheuermann* angibt,⁴⁴ für die Planung auszugeben pflegt, plant es entweder zu aufwendig oder kann es vom Bund nach Art. 104a Abs. 2 GG die Mehrkosten verlangen. Unterlässt es das, um es sich mit dem Bund nicht zu verderben,⁴⁵ ist das sein Problem, aber keine Rechtfertigung, die Verfassung beim Schienenbau zu umgehen. Außerdem ist umstritten, ob die Planungskosten nicht zu den Verwaltungskosten im Sinne des Art. 104a Abs. 5 GG zählen, also sowieso vom Land zu zahlen sind, da sie mehrheitlich als Personalkosten anfallen.⁴⁶

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist festzuhalten: Das Land Baden-Württemberg verstößt mit der Zusage einer Finanzleistung an den Bund in § 6 Abs. 2 des Finanzierungsvertrages gegen die Verpflichtung aus Art. 104a Abs. 1 GG, wonach das Land keine Aufgaben des Bundes finanzieren oder mitfinanzieren darf. Die Konsequenzen dieses Verfassungsverstößes werden im folgenden Kapitel dargelegt.

C

Die rechtlichen Konsequenzen des Verfassungsverstößes für die vertraglichen Pflichten

I. Die rechtliche Bedeutung der Kollision mit der Verfassung

Art. 104a Abs. 1 GG legt mit der indikativischen Form, dass der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben ihrer Aufgaben tragen, für beide die Pflicht der Finanzlast für ihre Aufgaben fest und präzisiert das dahin, dass jeder für sich, also „gesondert“ wie es in der Norm heißt, dieser Ausgabenpflicht nachzukommen hat. Daraus ergibt sich, wie oben schon bemerkt ist, zum einen eine entsprechende Kompetenz zur finanzieren. Zum anderen ergibt sich zugleich im Umkehrschluss, dass beiden verboten ist, Ausgaben für Aufgaben des jeweils anderen zu tragen. Das gilt mit der einzigen Einschränkung, dass sich ein Finanzierungsrecht für fremde Aufgaben aus anderen Vorschriften der Verfassung ergeben kann.

Es geht also, was auch in Literatur nicht bestritten ist, um ein gesetzliches Verbot in der gesteigerten Form eines verfassungsrechtlichen Verbotes der Finanzierung oder Mitfinanzie-

⁴⁴ LT-Prot. 43/2945.

⁴⁵ In der Diktion des Abgeordneten (a. a. O): „Kein Mensch regelt sich darüber auf, dass wir hier Planungskosten für eine Bundesmaßnahme übernehmen.“

⁴⁶ Möglicherweise liegt auch darin der Grund für die Deckelung durch den Bund auf 3 bis 4 % der Bausumme; sie sollen vielleicht nur notwendige Kosten der Planung durch Dritte abdecken (s. die Hinweise bei *Hans-GüntherHenneke* in Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Hopauf (Hrsg.), GG 11. Aufl. 2008, Art. 104a Rn. 13).

rung fremder Aufgaben.⁴⁷ Die in § 6 Abs. 2 Satz 2 des Finanzierungsvertrages vom Land eingegangene und in § 4 der Gemeinsamen Erklärung spezifizierte Verpflichtung, sich an den Kosten der nach Satz 1 derselben Bestimmung vom Bund zu finanzierenden Neubaustrecke Wendlingen-Ulm mit einem nicht rückzahlbaren Baukostenzuschuss in Höhe von 950 Millionen Euro zu beteiligen, verstößt gegen dieses verfassungsrechtliche Verbot.

II. Die Konsequenz für die Vertragsklausel

Die Konsequenzen richten sich nach Vertragsrecht. Wenn es sich um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, wenn es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt, nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes oder des Bundes, wenn es sich aber um einen staatsrechtlichen Vertrag handelt, so fehlt es an einem differenzierten Vertragsregime, was zur Folge hat, dass man mit Analogien zur den bekannten Vertragsregimen arbeiten muss.

Einen ersten Hinweis zur Einordnung geben die Vertragsparteien. Auf der einen Seite sind mit dem Land, der Landeshauptstadt Stuttgart und dem Verband Region Stuttgart, der nach § 1 Abs. 2 Satz 1 des Errichtungsgesetzes⁴⁸ eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, drei Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt. Der vierte Beteiligte auf der baden-württembergischen Seite ist die Flughafen Stuttgart GmbH, also ein privatrechtlich organisierter Teilnehmer, der aber ausschließlich öffentlich-rechtlich organisierten Gebietskörperschaften gehört, nämlich mehrheitlich dem Land und mit einer Minderheitsbeteiligung der Landeshauptstadt. Die enge Verbindung zu den öffentlich-rechtlich organisierten Trägern wird durch die Klausel des Vertrages dokumentiert, in der das Land für die Beiträge des Flughafens zum Projekt einsteht (§ 7 Abs. 3 Finanzierungsvertrag).

Auf der Gegenseite gibt es nur privatrechtlich organisierte Beteiligte, nämlich die Deutsche Bahn AG selbst als Holding und ihre drei Infrastrukturunternehmen, die DB Netz AG, die DB Energie GmbH und die DB Station & Service AG. Die Deutsche Bahn AG steht aber vollständig im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland, hat also eine sehr starke Verbindung zu einer Rechtsperson des öffentlichen Rechts. Zudem enthält der Finanzierungsvertrag auch die Finanzierungspflichten des Bundes.

⁴⁷ Siehe die Belege oben Anm. 3.

Die Annahme eines Staatsvertrages scheidet aus, weil er auf beiden Seiten entsprechende Vertragspartner voraussetzt. Die Nähe aller am Vertrag Beteiligten zum im weitesten Sinne staatlichen Bereich legt es aber nahe, zunächst mit der Untersuchung zu beginnen, ob ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne der Verwaltungsverfahrensgesetze vorliegt. Der jeweils gleichlautende § 54 der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes wie des Landes Baden-Württemberg machen zum Kriterium des öffentlich-rechtlichen Vertrages, dass durch ihn ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben wird. Die Einbettung des Vertragsgegenstandes in das öffentliche Recht soll also maßgebend sein. Dabei ist auf den Gesamtcharakter des Vertrages abzustellen und sein Zweck mit einzubeziehen.

Vom Lande als dem wichtigsten Hauptakteur auf der einen Seite des Vertrages aus gesehen – Landeshauptstadt und Region gehören zum Landesbereich – geht es um die Subventionierung einer Infrastrukturmaßnahme, welche der Bund mit Hilfe seiner Wirtschaftsunternehmen Deutsche Bahn und Töchter realisieren will. Die Subvention geht nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Finanzierungsvertrag an den Bund, weil dieser nach Satz 1 dieser Bestimmung die Neubau-strecke finanziert. Diese Finanzierung erfolgt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm, nämlich § 8 Abs. 1 Satz 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz. Sie erfolgt zugleich in Realisation der Gewährleistungspflicht, die dem Bund aufgrund einer weiteren Norm des öffentlichen Rechts, nämlich Art. 87e Abs. 4 GG, für den Erhalt und Ausbau des Schienennetzes seiner Eisenbahnen, auferlegt ist. Es kann daher kein Zweifel bestehen, dass es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Davon gehen auch die übrigen Gutachten beider Seiten aus, so dass sich ein weiteres Eingehen erübrigt.

Ob das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes- oder des Landes Baden-Württemberg anzuwenden ist, kann offen bleiben, da die hier interessierenden Normen identisch sind. Der öffentlich-rechtliche Vertrag hat für das Land jedenfalls gegenüber einem einseitigen Handeln den Vorteil, dass er weniger fehleranfällig ist. Der Rückschluss aus den Nichtigkeitsregeln des § 59 VwVfG ergibt nämlich, dass die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts für die Wirksamkeit des Vertrages grundsätzlich unschädlich ist.

Es gibt freilich drei hier möglicherweise relevante Ausnahmen. Nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG ist ein inhaltlich rechtswidriger Vertrag nichtig, wenn die Rechtswidrigkeit den Ver-

⁴⁸ Gesetz über die Errichtung des Verbandes Region Stuttgart (GBl. 1994, S. 92).

tragsschließenden bekannt war, also ein Fall von Kollusion vorliegt. Auch wenn es schwer fällt anzunehmen, die bekannt tüchtige baden-württembergische Staatsverwaltung habe über die Tragweite des an sich einfach strukturierten Art. 104a Abs. 1 GG geirrt, so zeigt doch die Einholung eines bestätigenden Gutachtens, dass sie sich um Klärung bemüht hat. Einen Kollusionsfall nachzuweisen, würde daher schwierig sein.

Eine zweite Ausnahme von der Irrelevanz von Rechtsfehlern ergibt sich aus dem Verweis des § 59 Abs. 1 VwVfG auf die Nichtigkeitsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuches. Nach § 134 BGB ist „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“ Wie oben gezeigt, ist unstrittig, dass aus Art. 104a Abs. 1 GG ein Verbot für den Bund und die Länder folgt, fremde Aufgaben zu finanzieren. Es handelt sich um ein „gesetzliches“ Verbot, weil auch die Verfassung ein Gesetz ist und, wie Art. 79 GG zeigt, wie ein solches behandelt wird.

Eine dritte Ausnahme von der Irrelevanz von Rechtsfehlern für die Gültigkeit eines Vertrages enthält die Regel des § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Die strittige Geldleistung des Landes an den Bund hätte auch Gegenstand eines Subventionsbescheides sein können. Er wäre nach § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig, „soweit er an einem schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.“ Der Verstoß gegen eine bundesstaatliche Grundnorm der Finanzverfassung ist immer „schwerwiegend“. Anders als bei Grundrechtsverstößen, bei denen der Auslegungsspielraum in der Regel groß ist, sind Organisationsregeln des Grundgesetzes in der Regel eindeutig. Art. 104a Abs. 1 GG ist von einer seltenen Eindeutigkeit, sodass an der Offensichtlichkeit nicht gezweifelt werden kann.

Selbst wenn man auf die Idee käme, dass es sich weder um einen verwaltungsrechtlichen noch um einen privatrechtlichen Vertrag handelte, sondern um einen staatsrechtlichen, würde das Ergebnis nicht anders ausfallen. Würde man nämlich dem Vertrag Unempfindlichkeit gegenüber dem Verfassungsverbot zubilligen, dann wären das Land und seine Vertragspartner tatsächlich in der Lage, durch Vertrag die Verfassung zu durchbrechen, also zu ändern. Sie brauchten sich nur Zweifel an der Verfassungswidrigkeit gutachtlich „beseitigen“ zu lassen.

Die Vertragsklausel des § 6 Abs. 2 Finanzierungsvertrag ist also wegen Verstoßes gegen das strikte Verbot des Art. 104a Abs. 1 GG für das Land, Aufgaben des Bundes zu finanzieren, nichtig.

III. Konsequenzen der Nichtigkeit von § 6 Abs. 2 Finanzierungsvertrag

1. Weitere Zahlungsverpflichtungen?

Da Leistungen an den Bund zur Finanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm verfassungswidrig sind und die entsprechende Klausel des Finanzierungsvertrages nichtig, darf das Land keine der nach dem Vertrag vereinbarten Raten mehr zahlen. Es spielt keine Rolle, ob die Zahlungen im Haushalt vorgesehen sind. Die haushaltsrechtliche Festlegung enthält im Übrigen keine Verpflichtung zu zahlen, sondern nur eine Erlaubnis. Das Verbot ergibt sich unmittelbar aus Art. 104a Abs. 1 GG.

2. Rückzahlungsforderung

Nach § 4 der Gemeinsamen Erklärung finanziert das Land den Bau der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm von 2010 bis 2016 allein vor. Dabei geht es um Planungs- wie Baukosten (§ 4 Abs. 2 Gemeinsame Erklärung). Es ist daher davon auszugehen, dass das Land schon auf seine vermeintliche Verpflichtung zur Zahlung von 950 Millionen Euro eine erste Tranche geleistet hat. Vermutlich sind bisher nur Planungskosten angefallen, die aber sowieso vom Bund zu tragen sind, da die Neubaustrecke im Bedarfsplan mit der Kennzeichnung „vordringlicher Bedarf“ zum Ausbau vorgesehen ist. Da die Leistung wegen Nichtigkeit der entsprechenden Klausel des Finanzierungsvertrages ohne rechtlichen Grund erfolgte, kann sie zurückgefordert werden. Auf einen Wegfall der Bereicherung kann sich der Bund nicht berufen.

Nach § 7 der Landeshaushaltsordnung sind Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch bei der Ausführung des Haushalts maßgebend. Der Verzicht auf Rückabwicklung von Leistungen,

die bei Ausführung des Haushalts verfassungswidrig getätigt worden sind, wäre ein Verstoß gegen dieses rechtliche und zudem selbstverständliche Gebot.

D

Die finanzverfassungsrechtliche Stellung des Projekts Stuttgart 21

I.

Die finanziellen Sonderprobleme des Projekts Stuttgart 21

Das Projekt Stuttgart 21 sieht als Schwerpunkt die Tieferlegung des Hauptbahnhofs, seine Richtungsänderung um 90 Grad sowie die Ausgestaltung als Durchgangsbahnhof mit acht Gleisen vor; vorhandene Bestandstrecken werden angeschlossen.⁴⁹ Zudem soll der Flughafen Stuttgart und die Messe angebunden und mit einem Fernbahnhof (Filderbahnhof Flughafen mit Station Terminal und Station Neubaustrecke) versehen werden.⁵⁰ Der Abstellbahnhof wird nach Untertürkheim verlegt. Nach Süd-Osten wird die Bahnstrecke an die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm angeschlossen. Die Gesamtstreckenlänge von Projekt Stuttgart 21 beträgt 57 km, davon sind über die Hälfte, nämlich 33 km Tunnelstrecke. Die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm ist mit 59 km nur unwesentlich länger und besteht etwas über die Hälfte aus Tunnelstrecken.

Gegenüber der Neubaustrecke Wendlingen Ulm gibt es beim Projekt Stuttgart 21 auf der Landesseite mehrere Beteiligte. Neben dem Land sind es die Landeshauptstadt Stuttgart, der Verband Region Stuttgart und die Flughafen Stuttgart GmbH. Wie bei der Neubaustrecke ist der Bund im Finanzierungsvertrag indirekt, aber nicht als Vertragspartei, mit festgelegten, aber formal noch zu vereinbarenden Finanzierungspflichten einbezogen. In § 5 Abs. 4 der Gemeinsamen Erklärung, die auch der Bundesverkehrsminister unterzeichnet hat, verpflichtet sich der Bund zum Abschluss solcher Vereinbarungen.

Beide Projekte sind aufeinander bezogen, nach Auffassung der Bundesregierung aber nicht untrennbar verknüpft.⁵¹ Sie sind Bestandteil des Transeuropäischen Netzwerkes (Projekt 17). Es handelt sich um ein Hochgeschwindigkeitsnetz,⁵² das von Paris über Straßburg, Stuttgart,

⁴⁹ § 1 Abs. 1 erster Spiegelstrich Finanzierungsvertrag.

⁵⁰ Sie § 2 Vorbemerkung des Finanzierungsvertrages vom 2. April 2010 sowie gemeinsame Presserklärung vom 2. April 2009 des Landes, des zuständigen Bundesministeriums der der DB Netze.

⁵¹ Auf die Parlamentarische Anfrage, ob „die Realisierung der NBS Wendlingen-Ulm gefährdet sei, wenn Stuttgart 21 nicht realisiert würde“ antwortete sie schlicht mit „Nein“ (BT-Drucks. 17/955, S. 2 zu Frage 6).

⁵² Siehe § 1 Abs. 1 Satz 1 der Gemeinsamen Erklärung. Siehe auch die Charakterisierung in § 7 Abs. 1 Finanzierungsvertrag.

Ulm, Augsburg, München, Wien bis Bratislava und später eventuell noch nach Budapest führen soll.

II.

Die Finanzierungsregeln des Projektes Stuttgart 21

1. Die Normalfinanzierung

An der Finanzierung der zunächst auf knapp über 3 Milliarden Euro geschätzten Gesamtkosten sind anders als bei der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm neben dem Land noch die Landeshauptstadt Stuttgart und der Verband Region Stuttgart („Land und Partner“) sowie die Flughafen Stuttgart GmbH beteiligt. Auf der anderen Seite sind wie bei der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm die drei Infrastrukturunternehmen (EIU) der Deutsche Bahn AG und diese selbst als Holding der EIU als Vertragspartner und die EIU auch erheblich finanziell beteiligt. § 6 Abs. 1 Finanzierungsvertrag sieht daher anders als bei der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm Beiträge der EIU vor, und zwar zunächst in Höhe von 1.300.800 Euro.

Es sind aber auch Mittel des Bundes in erheblicher Höhe vorgesehen, der freilich formal nicht Vertragspartei ist.⁵³ Sein Mindestbeitrag beträgt 500 Millionen Euro. Er wird ausdrücklich als Beitrag nach § 8 Abs. 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz (§ 6 Abs. 1 d Finanzierungsvertrag) ausgewiesen. Er steht nach § 9 Bundesschienenwegeausbaugesetz unter dem Vorbehalt einer eigenen Vereinbarung der EIU mit dem Bund.⁵⁴ Zusätzlich soll der Bund 300 Millionen nach § 8 Abs. 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz für das Bestandsnetz zahlen und nach § 8 Abs. 2 Bundesschienenwegeausbaugesetz weitere 197 Millionen Euro für Schienenwege des Schienenpersonennahverkehrs. Auch hier sind Sondervereinbarungen der EIU mit dem Bund vorgesehen. Bei einem teilweisen oder vollen Ausfall dieser Mittel hat das Land nicht einzustehen (§ 6 Abs. 1e Finanzierungsvertrag). Insgesamt soll also der Bund aufgrund des Bundesschienenwegesetzes knapp eine Milliarde Euro zum Projekt Stuttgart 21 beitragen. Das hinderte die Bundesregierung freilich nicht, auf die schon erwähnte parlamentarische Anfrage noch im März 2010 zu erklären, das Projekt Stuttgart 21 sei keines des Bedarfsplans (BT-Drucks. 17/955, S. 2 zu den Fragen 3. bis 5).

⁵³ In § 5 Abs. 2 der Gemeinsamen Erklärung, die er mit unterzeichnet hat, erklärt er sich aber zu den finanziellen Hilfen bereit.

denn, dass der Bund dies wiederum refinanziert hat. Schließlich werden nach § 8 Abs. 3e Finanzierungsvertrag das Land und die Stadt mit weiteren 160 Millionen in Anspruch genommen.

Zieht man die geregelten Finanzierungsbeiträge zusammen und lässt die Sonderfälle außer Betracht, dann ist insgesamt für das Projekt Stuttgart 21 die Kostentragung für etwas über 4.500.000.000 Euro vertraglich geregelt. Wird das Projekt so teuer, was die Vertragspartner, weil sie die Verteilung geregelt haben, nicht für unwahrscheinlich halten, dann zahlen die EIU 1.810.800.000 Euro, der Bund 1.165.600.000 Euro und das Land 1.321.800.000 Euro während der Flughafen mit knapp 300.000.000 Euro beteiligt wäre.

3. Die Finanzierung unfinanziert gebliebener Kosten

Für den Fall, dass die Kosten über 4,5 Milliarden Euro steigen, enthält sich der Finanzierungsvertrag einer Zuordnung. Er konstatiert in (§ 8 Abs. 4) lediglich, dass die EIU und das Land „Gespräche aufnehmen“, wobei ausdrücklich erklärt wird, dass § 2 Abs. 2 des Finanzierungsvertrages insoweit keine Beachtung findet. Die Klausel, die abbedungen wird, ist besonders bemerkenswert. In ihr verabreden die Vertragsparteien am 2. April 2009, dass das Projekt qualifiziert abgeschlossen wird, wenn die Kosten bis zum 31. Dezember 2009, also innerhalb eines guten halben Jahres und vor Baubeginn, statt der in § 6 Abs. 1 zu Grunde gelegten 3.076 Millionen Euro auf über 4.500 Millionen Euro anwachsen und die Finanzierung nicht sichergestellt werden kann.

Wegen des genannten Zeitraums von einem halben Jahr kann man der Klausel einen Anflug von mangelndem Sinn nicht absprechen. Sollte man innerhalb eines halben Jahres wirklich Rechenfehler von 1,5 Milliarden entdecken können oder rechnete man im April 2009 mit einer schnellen Hyperinflation? In Wirklichkeit erhält die Klausel erst durch ihren Ausschluss in § 8 Abs. 4 Finanzierungsvertrag überhaupt Bedeutung. Dieser sagt schon vor Beginn der eigentlichen Arbeiten im Klartext, es gibt keinen Abbruch, ganz gleich, wie teuer das Vorhaben wird. Das bedeutet zugleich, die EIU und das Land sind nach § 8 Abs. 4 Finanzierungsvertrag in Wirklichkeit zur Nachfinanzierung verpflichtet, falls die viereinhalb Milliarden Euro überschritten werden. Es ist nicht auszuschließen, dass dies auf eine anteilige Nachfinanzierung im Verhältnis zu den bis zu viereinhalb Milliarden Euro verabredeten Finanzie-

⁵⁴ Wie sie § 9 Bundesschienenwegegesetz verlangt. - Sollte der Bundesbeitrag indiziert werden und dabei höher

rungsanteilen zwischen den EIU und dem Land hinauslaufen könnte. Der Bund ist, da nicht Vertragspartner, nicht beteiligt.

Der Finanzierungsvertrag nimmt indirekt in § 2 Abs. 7 noch auf einen weiteren finanziell bedeutsamen Vorgang im Zusammenhang mit dem Projekt Stuttgart 21 Bezug. Es geht um den Kauf von Bahngrundstücken durch die Stadt, die durch die Tieferlegung des Bahnhofs und die Verlagerung des Abstellbahnhofs nach Untertürkheim frei werden.

Dieser Komplex bleibt im Folgenden außer Betracht, weil er keine rechtlichen Probleme aufwirft. Es geht nicht um eine städtische Finanzierung des Bauvorhabens, sondern um die Erfüllung eines normalen Kaufvertrages, der der städtischen Bodenvorratspolitik dient.

III.

Die Beteiligung des Landes, der Stadt, der Region und des Flughafens an der Finanzierung des Projekts Stuttgart 21 in finanzverfassungsrechtlicher Sicht

1. Die Adressaten der Verfassungsbefehle des Art. 104a Abs. 1 GG

Die Vorschrift verteilt und begrenzt das Ausgaben- und damit Finanzierungsrecht für den Bund und die Länder, und zwar jeweils auf ihre Aufgaben. Von den Finanzierungsbeteiligten am Projekt Stuttgart 21 stellt sich also nur die Frage, ob die Stadt Stuttgart und der Verband Region Stuttgart und vielleicht auch die Flughafen GmbH, weil ihre Eigentümer das Land und die Stadt sind, unter den Begriff „Land“ im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG zu subsumieren sind, also den Begrenzungen ebenso unterliegen wie das Land selbst.

Die Gemeinden, hier also die Stadt Stuttgart, sind staatsorganisatorisch dem jeweiligen Land zuzurechnen, und zwar unabhängig von ihrer auch gegenüber dem Land wirkenden Eigenständigkeit, die ihnen Art. 28 GG garantiert und unabhängig von Sonderregelungen wie zum Beispiel Art. 106 Abs. 5 und 5a GG, welche die Finanzverfassung für sie kennt. Da sich Art. 104a Abs. 1 GG mit den staatlichen Großorganisationen befasst, ist ihnen der öffentlich-rechtlich organisierte Bereich zuzurechnen, der ihnen zuzuordnen ist. Gerade die Finanzverfassung gibt dazu noch einen speziellen Hinweis, wenn sie in Art. 106 Abs. 9 GG aus-

ausfallen, mindert sich die Zahlungsverpflichtung der EIU nach § 6 Abs. 1 Finanzierungsvertrag entsprechend.

drücklich verfügt, dass zu den Einnahmen und Ausgaben der Länder im Sinne des Art. 106 zwischen den EIU und dem Land führen. Der Bund ist, da nicht Vertragspartner, nicht beteiligt.

Der Finanzierungsvertrag nimmt indirekt in § 2 Abs. 7 noch auf einen weiteren finanziell bedeutsamen Vorgang im Zusammenhang mit dem Projekt Stuttgart 21 Bezug. Es geht um den Kauf von Bahngrundstücken durch die Stadt, die durch die Tieferlegung des Bahnhofs und die Verlagerung des Abstellbahnhofs nach Untertürkheim frei werden.

Dieser Komplex bleibt im Folgenden außer Betracht, weil er keine rechtlichen Probleme aufwirft. Es geht nicht um eine städtische Finanzierung des Bauvorhabens, sondern um die Erfüllung eines normalen Kaufvertrages, der der städtischen Bodenvorratspolitik dient.

III.

Die Beteiligung des Landes, der Stadt, der Region und des Flughafens an der Finanzierung des Projekts Stuttgart 21 in finanzverfassungsrechtlicher Sicht

1. Die Adressaten der Verfassungsbefehle des Art. 104a Abs. 1 GG

Die Vorschrift verteilt und begrenzt das Ausgaben- und damit Finanzierungsrecht für den Bund und die Länder, und zwar jeweils auf ihre Aufgaben. Von den Finanzierungsbeteiligten am Projekt Stuttgart 21 stellt sich also nur die Frage, ob die Stadt Stuttgart und der Verband Region Stuttgart und vielleicht auch die Flughafen GmbH, weil ihre Eigentümer das Land und die Stadt sind, unter den Begriff „Land“ im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG zu subsumieren sind, also den Begrenzungen ebenso unterliegen wie das Land selbst.

Die Gemeinden, hier also die Stadt Stuttgart, sind staatsorganisatorisch dem jeweiligen Land zuzurechnen, und zwar unabhängig von ihrer auch gegenüber dem Land wirkenden Eigenständigkeit, die ihnen Art. 28 GG garantiert und unabhängig von Sonderregelungen wie zum Beispiel Art. 106 Abs. 5 und 5a GG, welche die Finanzverfassung für sie kennt. Da sich Art. 104a Abs. 1 GG mit den staatlichen Großorganisationen befasst, ist ihnen der öffentlich-rechtlich organisierte Bereich zuzurechnen, der ihnen zuzuordnen ist. Gerade die Finanzverfassung gibt dazu noch einen speziellen Hinweis, wenn sie in Art. 106 Abs. 9 GG aus-

drücklich verfügt, dass zu den Einnahmen und Ausgaben der Länder im Sinne des Art. 106 GG auch die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände gehören. Das gilt unabhängig davon, ob sie in den einzelnen Absätzen ausdrücklich genannt sind. Das Bundesverfassungsgericht hat das gerade für Art. 104a Abs. 1 betont: Die „grundlegende Lastenverteilungsregel des Art. 104a Abs. 1 GG“ – die zugleich das Fremdfinanzierungsverbot enthält – „stellt für die Ausgabenlast und ihre Konnexität mit der Aufgabenverantwortung allein Bund und Länder gegenüber und behandelt die Kommunen – unbeschadet der ihnen verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie – als Glieder des betreffenden Landes; ihre Aufgaben und Ausgaben werden denen des Landes zugerechnet.“⁵⁵

Dasselbe gilt auch für die kommunalen Verbände. Art. 106 Abs. 9 GG, auf den das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang auch verweist, bezieht die „Gemeindeverbände“ ein. Nach dem Gesetz über die Errichtung des Verbands Region Stuttgart (GVRS) handelt es sich um einen höheren Gemeindeverband, wie sich schon aus der Tatsache ergibt, dass er sich, bei Direktwahl der Mitglieder der Regionalversammlung, auch durch eine Umlage finanzieren kann, die er von den Kommunen des Verbandsgebietes erheben kann (§ 22 GVRS). Selbst wenn nicht als höherer Gemeindeverband anzusehen wäre, müsste er aber dem Land als seinem Mutergemeinwesen zugerechnet werden. Wie der Bund können sich auch die Länder nicht aus der Verpflichtung des Art. 104a Abs. 1 GG lösen, indem sie Aufgaben auf verselbständigte öffentlich-rechtlich organisierte Körperschaften oder Anstalten auslagern.⁵⁶

Etwas anderes hat für die Flughafen GmbH zu gelten. Anteilseigner sind zwar ihrerseits ausschließlich öffentlich-rechtliche Körperschaften, nämlich das Land und die Stadt Stuttgart. Durch die private Organisationsform haben aber beide zu erkennen gegeben, dass die Flughafen Stuttgart GmbH sich nach den Bedingungen des Wirtschaftsverkehrs betätigen soll und kann. Anders als bei der Deutschen Bahn AG und ihrer für den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen zuständigen, und ebenfalls privatrechtlich organisierten Tochter existieren keine entsprechenden öffentlich-rechtlichen Bindungen. Die Flughafen Stuttgart GmbH kann also, von Art. 104a Abs. 1 GG nicht gehindert, im Rahmen ihrer Zweckbestimmung verlorene Zuschüsse zum Beispiel für einen Anschluss an das Fernbahnnetz ge-

⁵⁵ BVerfGE 86, 148, 215. Das ist auch in der Literatur nicht strittig. Siehe z. B. *Rainer Prokisch*, BK (2003), Art. 104a Rn. 58 oder *Markus Heintzen* in v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a Rn.24.

⁵⁶ In der Kommentarliteratur steht in diesem Zusammenhang das Verhältnis zu den Kommunen im Vordergrund, weil ihnen im Übrigen ein verfassungsrechtlicher Sonderstatus zukommt und man deshalb an ihrer Einbeziehung zweifeln könnte.

ben.⁵⁷ Ihr Engagement nach dem Finanzierungsvertrag ist also finanzverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Findet Art. 104a Abs. 1 GG auf das Projekt Stuttgart 21 Anwendung?

a. Das Projekt Stuttgart 21: vorrangig ein städtebauliches Projekt?

Der Protest gegen das Projekt Stuttgart 21 vermittelt den Eindruck, es gehe in erste Linie um ein städtebauliches Projekt. Tatsächlich ist nicht zu verkennen, dass mit dem Verschwinden des Hauptbahnhofs unter die Erde, mit der Nutzbarkeit der beträchtlichen Gleisvorfläche als neues Bauland mitten in der Stadt und dem Abriss eines Teils des Bonatzschen Baukörpers es vor allem um einen Stadtumbau geht, also um ein genuin kommunales Projekt. Und da es sich um die Landeshauptstadt und den Sitz der Verfassungsorgane des Landes handelt, auch um genuines Projekt des Landes. Woher sollten da die finanzverfassungsrechtlichen Bedenken der Mitfinanzierung durch das Land, die Stadt und den Regionalverband kommen?

Die Suggestion ist offensichtlich so stark, dass das Gutachten *Dolde* versucht, die auch in seinen Augen offenbar isoliert nicht so sehr verteidigungsfähige Landesfinanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm durch die Verknüpfung mit dem Projekt Stuttgart 21 zu „retten“.⁵⁸

b. Das Projekt Stuttgart 21: primär ein Eisenbahnprojekt?

Es geht tatsächlich um einen Stadtumbau an einer zentralen Stelle der Stadt. Das ist jedenfalls die Konsequenz der Verwirklichung des Projekts Stuttgart 21. Das Projekt selbst ist aber vom Ursprung, der Zielsetzung und der Durchführung her ein Bahnprojekt und es bezieht sich trotz seiner Bezeichnung nicht nur auf Stuttgart. Die Betreiber werden daher auch nicht müde zu betonen, dass es um einen Teil des Transeuropäischen Projekts 17, der Hochgeschwindigkeitsstrecke zwischen Paris und Bratislava geht. In der Sache geht es um die Veränderung und den Neubau von Schienenwegen und um die Veränderung und den Neubau dazu gehörender

⁵⁷ Siehe den schon erwähnten Beitrag nach § 7 Abs. 1 Finanzierungsvertrag.

⁵⁸ Gutachten, S. 27 f. Die Bundesregierung freilich meint (s. Anm. 48), dass die Neubaustrecke auch ohne das Projekt Stuttgart 21 ihren Sinn behalte.

Bahnhöfe. Die Wirkung eines Stadtbbaus ergibt sich als Konsequenz der Planungen,⁵⁹ aber die Planungen gelten einem genuinen Eisenbahnprojekt.

Dafür ist nach Art. 87e Abs. 3 und 4 GG der Bund ausschließlich zuständig, wie oben unter B II 1 im Einzelnen nachgewiesen ist. Das wird auch von dem für die Landesregierung erstatteten Gutachten von Prof. *Dolde* vom 13. Juli 2007 nicht bestritten. Es heißt dort auf S. 20 sub e: „Aus dem Gesamtzusammenhang von Art. 87e GG ergibt sich, dass die Verwaltungszuständigkeit für den Erhalt und den Ausbau des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes beim Bund liegt.“ Dem ist nichts hinzuzufügen. Art. 104a Abs. 1 GG findet also Anwendung.

Da es ein Eisenbahnprojekt ist, stellt sich so auch für das Projekt Stuttgart 21 die Frage, ob und inwieweit die vorgesehene Mitfinanzierung durch das Land, die Stadt und den Regionalverband im Lichte des Art. 104a Abs. 1 GG rechtfertigt werden könnte.

3. Ist das Projekt als „Knoten“ oder als eigenwirtschaftliches Projekt der Bahn von den Bindungen des Art. 104a GG befreit?

a. Ist die Bezeichnung „Knoten“ oder „Eisenbahnknoten“ rechtlich relevant?

Es ist offensichtlich, dass durch die Etikettierung des Projektes Stuttgart 21 als (Eisenbahn-)Knoten der Abstand von der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm gewonnen werden soll. Der Begriff des Knotens kommt auch in der Gesetzessprache vor. So sieht der Bedarfsplan für die Bundesschienenwege unter 1 a („laufende und festdisponierte Vorhaben“) unter Nr. 27 vor: „Ausbau von Knoten (Berlin, Dresden, Erfurt, Halle/Leipzig, Magdeburg). Unter 1 b („neue Vorhaben“) findet sich bei Nr. 28 der unspezifizierte Merkposten „Ausbau von Knoten (2. Stufe)“ mit der Anmerkung 5 „Vorbehaltlich des Nachweises der Wirtschaftlichkeit“.

Knoten sind also dem Bundesschienenwegeausbaugesetz nicht unbekannt. Sie unterliegen wie die Strecken diesem Gesetz und damit der Ausbauplanung. Ihr Bau ist wie der Streckenbau eine Aufgabe des Bundes.

Der Blick auf den Bedarfsplan für die Schienenwege zeigt nun, dass die mit 26 anderen unter „Vordringlicher Bedarf“ als Nr. 20 aufgelistete Ausbau- bzw. Neubaustrecke nicht „Wendlin-

⁵⁹ Die Notwendigkeit gerade der vorliegenden Planungen ist damit nicht behauptet, aber für die zu untersuchende

gen-Ulm“, sondern „Stuttgart-Ulm-Augsburg“ heißt. Die Gesamtstrecke wird damit als Aufgabe des Bundes reklamiert. Von Ulm nach Stuttgart macht die Strecke Wendlingen-Ulm ungefähr nur die Hälfte aus.⁶⁰ Es steht nicht im Belieben der Beteiligten, die Hälfte der Neubaustrecke einem „Knoten Stuttgart“ zuzuschlagen, jedenfalls nicht mit dem Ziel, sie aus der im Bedarfsplan fixierten Bundesaufgabe herauszunehmen. Wenn nach § 5 Abs. 2 Satz 4 der Gemeinsamen Erklärung die 500 Millionen Euro des Bundes „sowieso“ anfallenden Kosten für die „ursprünglich“(?) geplante „Anbindung der NBS Wendlingen-Ulm in den Knoten Stuttgart“ entsprechen sollen, kann damit unmöglich nur das Anbindungsbauwerk gemeint sein.⁶¹

Aber selbst wenn man die Hälfte dieser Strecke als „Knoten“ bezeichnen könnte, hülfe das nichts, weil Knoten wie Strecken gleichermaßen Bundesaufgaben sind. Außerdem ist unbestritten, dass Bahnhöfe als notwendige Nebenanlagen essentieller Bestandteil des Schienennetzes sind.⁶² Die in Stuttgart vorgesehene vollständige Veränderung des Bahnhofs gehört also im Sinne des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG zum „Ausbau des Schienennetzes“, ist also auch im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG eine Bundesaufgabe.

b. Dispensiert die Eigenwirtschaftlichkeit des Unternehmens von Art. 104a Abs. 1 GG?

Im Gegensatz zur Neubaustrecke Wendlingen-Ulm, bei der die Deutsche Bahn AG oder ihre Infrastrukturunternehmen keine Finanzierung übernehmen, sondern zunächst, nämlich bis 2016, nur das Land Baden-Württemberg mit einem Festbetrag von 950 Millionen Euro und dann der Bund ohne Begrenzung⁶³, hat das Projekt Stuttgart 21 viele Finanziere. Der Hauptfinanzier⁶⁴ sind die Infrastrukturunternehmen der Bahn. Heißt das, dass diese unter dem Stichwort „eigenwirtschaftliche Tätigkeit“ wie ein Privater handeln, also auch Finanzmittel von jedermann annehmen können? Träfe dies zu, dann wäre der verlorene Zuschuss des Bundes von über 1,1 Milliarden ebenso unproblematisch wie das Entstehen des Landes und seine Partner für über 1,3 Milliarden Euro.

Rechtsfrage auch nicht relevant.

⁶⁰ Nach der gemeinsamen Presseerklärung 106/2009 vom 2. April 2009 geht es bei Wendlingen-Ulm um 59,6 km, bei den „Baumaßnahmen Stuttgart 21“ um 57 km.

⁶¹ § 1 Abs. 2 Finanzierungsvertrag sagt etwas über den Verbindungspunkt.

⁶² Nach § 2 Abs. 3 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) umfasst die Eisenbahninfrastruktur alle Bahnanlagen, worunter § 4 der Eisenbahnbau- und Betriebsordnung (EBO) selbstverständlich auch Bahnhöfe versteht.

⁶³ Siehe § 4 Abs. 3 Gemeinsame Erklärung.

⁶⁴ Das klingt angesichts der noch zu erörternden wirklichen Verteilung der Lasten etwas übertrieben.

Die Beteiligten selbst haben das nicht als unproblematisch angesehen. In § 5 Abs. 1 der Gemeinsamen Erklärung, an der der Bund im Gegensatz zum Finanzierungsvertrag ausdrücklich beteiligt ist, werden zwar die EIU als „Vorhabenträger und Bauherr“ des Projektes Stuttgart 21 genannt. Der in Absatz 2 Satz 1 der Bestimmung aber versprochene Finanzierungsbeitrag des Bundes von 500 Millionen Euro wird aber auf § 8 Abs. 1 Schienenwegeausbaugesetz gestützt und es wird sogar für nötig gehalten, ihn selbst und seine Höhe zu begründen: „Der BKZ des Bundes ergibt sich aus den ‚Sowieso-Kosten‘ der ursprünglich geplanten Anbindung der NBS Wendlingen-Ulm in den Knoten Stuttgart“ (§ 5 Abs. 2 Satz 4 Gemeinsame Erklärung). Es geht also um Gelder für eine Bundesaufgabe.

Das gilt auch für die nach § 5 Abs. 5 der Gemeinsamen Erklärung vorgesehenen weiteren 197 Millionen Bundesmittel, die nach § 8 Abs. 2 Bundesschienenwegeausbaugesetz bereitgestellt werden. § 8 Abs. 2 dieses Gesetzes verlangt, dass 20% der Bundesinvestitionen für „Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes“ verwendet werden, „die dem Schienenpersonennahverkehr dienen“.

Der Hinweis der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage im Bundestag,⁶⁵ es handle sich bei „Stuttgart 21“ nicht um ein Projekt des Bedarfsplans, sondern um ein eigenwirtschaftliches Projekt der DB AG und der Hinweis, die EIU seien Vorhabenträger, kann natürlich die gesetzliche Festlegung im Bedarfsplan nicht aufheben, dass die Strecke Stuttgart-Ulm und nicht Wendlingen-Ulm mit vordringlichem Bedarf festgestellt und nach § 8 Bundesschienenwegeausbaugesetz primär vom Bund zu finanzieren ist.

Es kann nicht die Aufgabe eines Rechtsgutachtens sein, in Detailuntersuchungen herauszufinden, welche der Baumaßnahmen des Projekts Stuttgart 21 mit ihren Nebenkosten vielleicht über die Anbindung der mit vordringlichem Bedarf charakterisierten Strecke Ulm-Stuttgart an das Fernnetz der Bundesbahn in Stuttgart hinausgehen und daher weder als Aufgaben des Bundes im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG anzusehen sind noch seiner Finanzierungspflicht unterfallen und damit vom Land finanziert werden können.

Es ist aber völlig ausgeschlossen, dass sie ein Volumen ausmachen, dem bei dem eher wahrscheinlichen Anstieg der Kosten auf 4.5 Milliarden Euro fast ein Drittel entspricht.

⁶⁵ BT-Drucks. 17/955, S. 2 zu Fragen 3 bis 5.

c. Rückschlüsse aus der Festlegung der Finanzierungsquoten

Bei der Betrachtung der Finanzierungsquoten fällt im Übrigen auf, dass die Bundesfinanzierung sich ausschließlich orientiert an der offensichtlich zu niedrig angesetzten ursprünglichen Gesamtsumme von 3.076 Millionen Euro. Sie machte bei der ursprünglichen Finanzplanung desselben Projektes, wie es heute vorliegt, mehr als ein Drittel der prognostizierten Kosten aus. Ebenfalls mehr als ein weiteres Drittel ging bei dieser Rechnung zu Lasten der EIU. Insgesamt 2.466.400.000 Euro der prognostizierten 3.076.000.000 Euro, und das sind über 80%, gingen also bei der ursprünglichen Finanzplanung auf Kosten des Bundes bzw. seiner Gesellschaften. Land und Partner und der Flughafen sollte nur ein Fünftel zusteuern. Das zeigt, wie sehr die Maßnahme als eine Bundesaufgabe angesehen wurde.

Bei Kostensteigerungen bis zu 4,5 Milliarden ändert sich das Bild nicht unwesentlich, obwohl es sich um dasselbe Projekt handelt und das Land für eine Kostensteigerung am wenigsten kausal werden kann. Der Bundesanteil sinkt von einem Drittel auf knapp 26%, der Landesanteil steigt dagegen von knapp 20% auf knapp 30%.

Daraus lässt sich nur der Schluss ziehen, dass die Finanzierung nicht von der Zuordnung von Einzelaufgaben zum Bund und seinen Gesellschaften auf der einen und zum Land und seinen Partnern auf der anderen Seite bestimmt ist, sondern vorwiegend das Ergebnis eines Aushandlungsgeschäftes ist. Das ist zwar praktisch, wenn auch für das Land im Ergebnis nicht günstig, aber es kann nicht von sich in Anspruch nehmen, Art. 104a Abs. 1 GG gerecht zu werden.

Es ist sogar der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, dass man zunächst von einer unrealistisch niedrigen Kostenannahme ausging, damit der Anteil des Bundes und der Bundesgesellschaften besonders hoch und der des Landes und seiner Partner entsprechend niedrig schien.

IV. Ergebnis

Der Eisenbahnneu- und Ausbau Stuttgart-Ulm ist einschließlich der Bahnhofbauten und Anschlüsse an das Bestandsnetz eine Bundesaufgabe, und kann daher wegen Art. 104a Abs. 1 GG weder vom Land noch von der Landeshauptstadt Stuttgart noch von dem Verband Region

Stuttgart mitfinanziert werden. Es handelt sich auch nicht um „unechte Gemeinschaftsaufgaben“; auch sie könnten im Übrigen kein Mitfinanzierungsrecht begründen. Der Widerspruch zur Verfassung macht wie oben unter C nachgewiesen ist, den Finanzierungsvertrag insoweit nichtig; er muss rückabgewickelt werden; neue Zahlungen dürfen nicht mehr geleistet werden.

E

Thesenförmige Zusammenfassung

1.

Die Mitfinanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm durch das Land in Höhe von 950 Millionen Euro ist an der Grundregel der Finanzverfassung, nämlich an Art. 104a GG zu messen. Danach tragen der Bund und die Länder jeweils „gesondert“ die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben.

2.

Die zunehmende Fondspolitik des Bundes, mit der er finanziellen Einfluss auf Landesaufgaben nahm („goldener Zügel“), führte bei der Finanzverfassungsreform 1969 zu diesem Verbot für den Bund wie für die Länder, fremde Aufgaben ganz oder teilweise zu finanzieren.

3.

Wenn der Neubau der Strecke Wendlingen-Ulm eine Bundesaufgabe im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG ist, verbietet diese Norm eine Finanzierung durch das Land, und zwar auch eine bloße Mitfinanzierung. Es sei denn, dass die Verfassung Ausnahmen zulässt.

4.

Die im Grundgesetz vorgesehenen Ausnahmen treffen nicht zu, weil sie entweder nur die Mitfinanzierung von Landesaufgaben durch den Bund erlauben und nicht umgekehrt (Art. 91a, Art. 104b u. Art. 143c Abs. 1 GG) oder aber nicht analogiefähig sind (Art. 91b GG).

5.

Trotz der formellen Privatisierung der Eisenbahnen des Bundes und ihre Umwandlung in Wirtschaftsunternehmen durch die Neuregelung des Eisenbahnwesens im Jahre 1993 (Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG) macht die Verfassung hinsichtlich des Baues, der Unterhaltung und des Betriebes von Schienenwegen mehrere Vorbehalte, die diese Aktivitäten weiterhin als Bundesaufgaben im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG ausweisen.

6.

Zum einen ist der Bund verpflichtet, an den Teilen des Wirtschaftsunternehmens Deutsche Bahn, die diese Aktivitäten betreiben, immer eine Mehrheit zu behalten (Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG). Zum zweiten hat der Bund weiterhin zu gewährleisten, dass bei Ausbau und Erhalt des Schienetzes der Eisenbahnen des Bundes „dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen Rechnung“ getragen wird (Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG). Zum dritten bedarf dies gesetzlicher Regelung. Das Bundesschienenwegeausbaugesetz legt durch seinen „Bedarfsplan für die Bundesschienenwege“ die Neu- und Ausbaustrecken fest und fixiert den vordringlichen und den weiteren Bedarf.

7.

Unter dem Stichwort „unechte Gemeinschaftsaufgabe“ hat der Innenminister des Landes gestützt auf ein Rechtsgutachten von Prof. Dolde ein Mitfinanzierungsrecht des Landes reklamiert und auf § 9 Bundesschienenwegeausbaugesetz verwiesen, der von der Möglichkeit einer Mitfinanzierung ausgehe. Im Landtag wurde auf die Praxis der Mitfinanzierung bei den Planungskosten im Fernstraßenbau hingewiesen.

8.

§ 9 Bundesschienenwegeausbaugesetz sagt nicht, *wann* eine Mitfinanzierung zulässig ist, sondern dass eine Vereinbarung zu schließen ist, falls die Mitfinanzierung zulässig ist. In § 6 Abs. 2 des Finanzierungsvertrages ist dies für die Bundesfinanzierung gegenüber dem Vorhabenträger geschehen ist. Wenn der Bund beim Fernstraßenbau die Planungskosten nicht in der vom Land gewünschten Höhe ersetzt, kann es sein, dass die Planung zu opulent betrieben worden ist oder aber die Kosten jedenfalls zum Teil zu den vom Land zu tragenden Verwaltungskosten (Art. 104a Abs. 5 GG) gehören, falls es sich nämlich, was häufig ist, um Personalkosten des Landes handelt. Im Übrigen könnte ein verfassungswidriges Verhalten des Bundes das Grundgesetz nicht ändern.

9.

Der Begriff der „unechten Gemeinschaftsaufgaben“ ist eine nicht sehr intelligente Erfindung. Er soll wie bei den echten Gemeinschaftsaufgaben die Zulässigkeit einer Mitfinanzierung fremder Aufgaben suggerieren. Gemeinschaftsaufgaben werden aber nur durch die Verfassung konstituiert, woran es bei den unechten gerade fehlt. In Wirklichkeit geht es darum, aus angenommenen Aufgabenüberschneidungen trotz Art. 104a Abs. 1 GG die Zulässigkeit gemeinsamer Finanzierung abzuleiten.

10.

Angelpunkt für eine solche Argumentation ist die Entscheidung eines Senats des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1998. Das Gericht lehnte die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Art. 104a Abs. 1 GG ab, in dem sich eine Stadt zur Tragung von Betriebskosten der Deutschen Bundesbahn für den Betrieb von Schülerzügen und eines Haltepunktes verpflichtet hatte (BVerwGE 81, 31 ff.). Für die Schülerfahrkarten kam die Stadt auf. Für die Stadt war die Schülerbeförderung als solche eine Pflichtaufgabe, die Inanspruchnahme der Bahn allerdings nicht. Für die Bahn verneint der Senat eine entsprechende Beförderungspflicht, bejaht aber das Recht dazu, sie als eigene Aufgabe wahrzunehmen. Im öffentlichen Personenverkehr überschneiden sich die Kompetenzen zur Aufgabenwahrnehmung, daher könne man sich „nach Gesichtspunkten der Sachgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit“ über die Aufgabenwahrnehmung einigen und eine Kostenerstattung vereinbaren.

11.

Derselbe Senat lehnte drei Jahre später die Kostenerstattung einer erhöhten Sicherungsmaßnahme der Bahn bei einem Bahnübergang ab, die durch eine plötzliche verkehrspolizeiliche Maßnahme notwendig geworden war (NVwZ 1992, 264 ff.). Auf seine vorherige Entscheidung offenbar angesprochen relativierte er diese, hier gehe es um Gefahrenabwehr mit klaren

überschneidungsfreien Abgrenzungen, damals sei es um Daseinsvorsorge mit ihren unklaren Zuständigkeiten gegangen. Er unterschlägt dabei, dass er selbst damals die Abgrenzungen vorgenommen hat. Das Argument kann also nicht sehr viel wert sein.

12.

Selbst wenn man sich auf diese Entscheidungen einlassen würde, obwohl die Rechtsprechung im Übrigen sich durchgehend bemüht, eindeutige Kostenverantwortung in strittigen Fällen festzustellen, wäre für § 6 Abs. 2 des Finanzierungsvertrages nichts gewonnen. Denn es ist unstrittig, dass der Bau der Fernstrecke eine ausschließliche Aufgabe der Eisenbahnen des Bundes ist und dass das Land nicht in Parallele zur Schülerbeförderungsfall irgendeine Aufgabe zum Bau von Fernstrecken der Bundesbahn besitzt. Aufgabenüberschneidungen existieren nicht.

13.

Selbst wenn der Bau für das Land förderlich wäre, geben weder die Kompetenz zur Wirtschaftsförderung noch eine Verantwortungen im Bereich des Personennahverkehrs noch die Verbindung zum Projekt Stuttgart 21 eine Mitkompetenz zur Finanzierung des *Baus* einer Fernstrecke der Bundesbahn.

14.

Das hat einen guten verfassungspolitischen Sinn. Wie der Bund über die Fondspolitik nicht in die Aufgabenerfüllung der Länder einwirken können soll, sollen die Länder nicht über Mitfinanzierungsangebote die Entscheidung des Bundes und seiner Bahn zu ihren Gunsten beeinflussen können. Das Land würde zudem auf diese Weise einen Ausbauentscheidung, die nach der Verfassung am Wohl der Allgemeinheit und insbesondere den Verkehrsbedürfnissen zu orientieren ist (Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG), über das beste finanzielle Angebot beeinflussen.

15.

Die Entwicklung des Landesangebots zeigt, wie so etwas funktioniert. Die Ausbaustrecke war im Bedarfsplan vorgesehen, aber erst ab 2017 geplant. Das Land wollte unbedingt ein Vorziehen auf das Jahr 2010. Es war logisch, dass man dem Bund anbot, den vorzeitigen Baubeginn durch eine Vorfinanzierung finanziell abzudecken. Der Bund sollte durch das Vorziehen der Maßnahme keinen Schaden erleiden. Der Bund wollte aber die Vorfinanzierung später nicht ablösen müssen und bestand auf eine echte Mitfinanzierung, auf die sich das Land dann auch einließ.

16.

Der Verstoß gegen Art. 104a Abs. 1 GG macht § 6 Abs. 2 Finanzierungsvertrag nichtig, da ein Vertrag die Verfassungsordnung nicht ändern kann.

17.

Die vereinbarten Leistungspflichten des Landes entfallen. Soweit das Land schon geleistet hat, muss es das Geld zurückfordern. Der Bund kann sich nicht auf Entreicherung berufen.

18.

Am Projekt Stuttgart 21, das fast die Hälfte der Neubaustrecke Stuttgart-Ulm ausmacht, sind neben dem Land, auch die Landeshauptstadt Stuttgart und der Verband Region Stuttgart finanziell beteiligt. Die Flughafen Stuttgart GmbH trägt einen geringeren Anteil. Auf der Bundesseite sind neben dem Bund auch die Infrastrukturunternehmen (EIU) der Deutschen Bahn beteiligt; beide tragen von den Ursprungskosten von etwas mehr als 3 Milliarden über 80%. Bei dem schon eingeplanten Anstieg der Kosten auf über 4,5 Milliarden ändert sich die Kostenbeteiligung markant zu Lasten der Landesseite.

19.

Weitere Kostensteigerungen sind von den EIU und dem Land aufzufangen, da der Vertrag einen Abbruch des Vorhabens nicht vorsieht.

20.

Das Fremdfinanzierungsverbot des Art. 104a Abs. 1 GG gilt nicht nur für das Land, sondern auch für die Stadt wie für den Verband, nicht für die Flughafen GmbH.

21.

Das Projekt Stuttgart 21 hat erhebliche städtebauliche Konsequenzen, ist aber genuin ein Eisenbahnprojekt. Es ist wie die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm Bestandteil der gesetzlich festgelegten Neu- bzw. Ausbaustrecke Stuttgart-Ulm-(Augsburg) und als solches eine Bundesaufgabe, was eine Mitfinanzierung von Landesseite nach Art. 104a Abs. 1 GG ausschließt. Die Bezeichnung als Eisenbahn“knoten“ ändert daran ebenso wenig wie die jedenfalls teilweise eigenwirtschaftliche Betätigung der EIU am Projekt.

22.

Die Konsequenzen sind die Nichtigkeit des Finanzierungsvertrages, das Verbot weiterer Zahlungen und die Geltendmachung der geleisteten Zahlungen.

Berlin, den 3. November 2010

gez. Hans Meyer