

**Finanzverfassungsrechtliche Fragen  
im Zusammenhang mit der Aufstellung des Bundeshaushalts 2025**

Kurzgutachten

von

Prof. Dr. Johannes Hellermann  
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Universität Bielefeld

im Auftrag des

Bundesministeriums der Finanzen

Juli 2024

## GLIEDERUNG

A.	Gegenstand und Auftrag des Kurzgutachtens .....	1
B.	Finanzverfassungsrechtliche Würdigung .....	2
I.	Zum Umgang mit Restmitteln und Zinserträgen auf dem sog. Zuschussverrechnungskonto für die Abwicklung der Gaspreisbremse bei der KfW 2	
1.	Restmittel .....	2
a.	Verantwortlichkeit des Bundes für den Umgang mit den Restmitteln ....	2
b.	Inhaltliche Vorgaben des Art. 106 Abs. 2 S. 6 GG .....	5
aa.	Problem im Haushaltsvollzug .....	5
bb.	Bedeutung von Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG für den Haushaltsvollzug	5
2.	Zinserträge .....	9
II.	Zur Zulässigkeit einer Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an die DB InfraGO AG .....	10
1.	Einschlägige verfassungs- und einfachrechtliche Regelungen .....	10
2.	Zur Interpretation der zentralen tatbestandlichen Merkmale .....	11
a.	Adressat der Regelungen (Rechtsträgerprinzip) .....	11
b.	Anforderungen an das Vorliegen einer finanziellen Transaktion (insbesondere in Gestalt einer Darlehensvergabe).....	13
aa.	Allgemeine Anforderungen .....	13
bb.	Insbesondere: Darlehen.....	14
3.	Einschränkungen wegen rechtsmissbräuchlicher Umgehungs- und Missbrauchstatbestände .....	16
a.	Versuche der Konkretisierung anhand von Fallgruppen .....	17
aa.	Selbständige Sondervermögen mit reiner Finanzierungsfunktion.	18
bb.	Kreditaufnahme Im Auftrag und für Rechnung des Bundes bei Übernahme des Schuldendienstes durch den Bund .....	18
cc.	Kreditaufnahme auf eigene Rechnung im Falle wesentlicher Beteiligung und der Schuldendienstübernahme des Bundes .....	18
b.	Zur Beurteilung der Kreditvergabe des Bundes an die DB InfraGO AG 20	
4.	Beschränkung auf Kreditfinanzierung von Investitionen Dritter .....	23
5.	Beurteilung im Lichte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2023 .....	24
III.	Zur Zulässigkeit einer Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an die Autobahn GmbH.....	26
1.	Rechtsträgerprinzip und finanzielle Transaktion .....	27
2.	Schuldenbremsenrelevanz wegen Rechtsmissbrauch? .....	27
a.	Sachaufgabe der Autobahn GmbH.....	27

b.	Darlehensvergabe als grundsätzlich zulässiges, gleichberechtigtes Finanzierungsinstrument .....	28
c.	Bedienung der Schulden .....	29
C.	Schluss .....	31

## GUTACHTEN

### A. Gegenstand und Auftrag des Kurzgutachtens

Das vorliegende Kurzgutachten gilt der finanzverfassungsrechtlichen Beurteilung einiger Fragen, die im Zusammenhang mit der Erstellung des Regierungsentwurfs des Haushaltsgesetzes 2025 und des Haushaltsplans für das Haushaltsjahr 2025 aufgetreten sind. Im Einzelnen sollen folgende Fragen erörtert werden:

- (1) Können bei der KfW befindliche Restmittel, die der KfW aus Notlagenkrediten gemäß Art. 115 Abs. 2 GG im Jahr 2023 für die Abwicklung der Gaspreisbremse aus dem Bundeshaushalt als Zahlstelle auf das sog. Zuschussverrechnungskonto zugewiesen wurden und nach Schlussabrechnung der Gaspreisbremse nicht mehr für den Verwendungszweck benötigt werden, im Jahr 2025 an den Bundeshaushalt als strukturelle Einnahmen zurückgeführt und unter Berücksichtigung des Gesamtdeckungsprinzips wie alle anderen Einnahmen genutzt werden? Ist eine differenzierte Betrachtung danach vorzunehmen, zu welchem Zeitpunkt die Höhe oder ein Zwischenstand der Höhe der Restmittel feststand?

Können Zinserträge, die die KfW aus der Verzinsung des Zuschussverrechnungskontos auf dem Zuschussverrechnungskonto gutschreibt, im Bundeshaushalt strukturell vereinnahmt werden?

Wie wäre mit solchen Restmitteln und Zinserträgen aus Notlagenkrediten, die für den ursprünglichen Verwendungszweck nicht mehr benötigt werden, umzugehen, falls eine strukturelle Vereinnahmung nicht als zulässig erscheint?

- (2) Kann eine Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an die DB InfraGO AG zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen der DB InfraGO AG im Kontext des Regelwerks der Schuldenbremse gemäß Art. 109 Abs. 3 und Art. 115 Abs. 2 GG als finanzielle Transaktion eingestuft werden? Spielen Determinanten wie die Höhe des Darlehens, Laufzeit und die Zinshöhe eines Darlehens für die Beurteilung der Frage, ob es sich um eine finanzielle Transaktion handelt, eine Rolle? Wäre eine Darlehensvergabe des Bundes an die DB InfraGO AG zur Ablösung von anderen Kreditverbindlichkeiten als finanzielle Transaktion zu bewerten? Inwiefern ändert sich die Bewertung, ob es sich um eine einmalige oder eine regelmäßige Darlehensvergabe handelt?

- (3) Kann eine Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an die Autobahn GmbH des Bundes zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen der Autobahn GmbH im Kontext des Regelwerks der Schuldenbremse gemäß Art. 109 Abs. 3 und Art. 115 Abs. 2 GG als finanzielle Transaktion eingestuft werden? Welche Rolle spielt die Einnahmesituation der Autobahn GmbH, etwa falls durch eine gleichzeitige Übertragung der rechtlichen Gläubigerstellung für die Autobahn-Mautgebühren auf die Autobahn GmbH zusätzliche Einnahmen geschaffen würden?

## **B. Finanzverfassungsrechtliche Würdigung**

### **I. Zum Umgang mit Restmitteln und Zinserträgen auf dem sog. Zuschussverrechnungskonto für die Abwicklung der Gaspreisbremse bei der KfW**

Die Untersuchung der Frage nach dem Umgang mit Restmitteln und Zinserträgen auf dem sog. Zuschussverrechnungskonto für die Abwicklung der Gaspreisbremse bei der KfW geht zunächst auf die Restmittel und sodann, weil insofern eine Abhängigkeit bestehen könnte, auf die Zinserträge ein.

#### **1. Restmittel**

Als Maßstabnorm für die Beurteilung der Frage, ob auf dem sog. Zuschussverrechnungskonto der KfW befindliche Restmittel, die im Jahr 2023 aufgenommenen Notlagenkrediten entstammen, als strukturelle Einnahmen an den Bundeshaushalt zurückgeführt werden können, kommt allein Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG in Betracht.

##### **a. Verantwortlichkeit des Bundes für den Umgang mit den Restmitteln**

Die Anwendbarkeit von Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG setzt zunächst voraus, dass die Verantwortlichkeit für den Umgang mit den genannten Restmitteln beim Bund liegt. Denn Art. 115 Abs. 2 GG bindet, wie explizit aus Art. 109 Abs. 3 S. 4 GG hervorgeht, den Haushalt des Bundes.

Die Frage nach der Verantwortlichkeit des Bundes stellt sich, weil an der Durchführung der sog. Gaspreisbremse als der Notlagenmaßnahme, für deren Finanzierung die notlagenkreditfinanzierten Mittel aufgenommen worden sind, mehrere Stellen beteiligt gewesen sind. Eine Gaspreisbremse ist zunächst in dem Gesetz über eine Soforthilfe für Letztverbraucher von leitungsgebundenem Erdgas und Kunden von Wärme (Erdgas-Wärme-Soforthilfegesetz - EWSG) vom 15. November 2022

BGBl. I S. 2035, 2051.

geregelt worden. § 6 S. 1 EWSG sah vor, dass Versorger zum Ausgleich der Letztverbrauchern und Kunden geleisteten Entlastungen einen Erstattungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland hatten. Auch das nachfolgende Gesetz zur Einführung von Preisbremsen für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme (Erdgas-Wärme-Preisbremsengesetz - EWPPBG) vom 20. Dezember 2022

BGBl. I S. 2560, 2894.

sah in § 31 S. 1 EWPPBG einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland vor. Durch ein Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung eines Finanzmarkt- und eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Stabilisierungsfondsgesetz - StFG) vom 20. Oktober 2022

BGBl. I Nr. 40.

wurde gemäß §§ 16 Abs. 4, 26a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StFG die Durchführung der Gaspreisbremsenprogramme, insbesondere auch die Bereitstellung der erforderlichen Mittel dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds zugewiesen. Der Bund hat weiter der KfW die Aufgabe, als Zahlstelle ohne inhaltliche Prüfungszuständigkeit für die Voraussetzungen der im Rahmen der Gaspreisbremsen vorgesehenen Entlastungen zu fungieren, zugewiesen. Zur Ausgestaltung dieser Funktion nach beiden Gesetzen wurden zwischen dem Bund und der KfW Zahlstellenvereinbarungen abgeschlossen. Diese sahen – im Wesentlichen übereinstimmend – vor, dass der Bund über den Wirtschaftsstabilisierungsfonds der KfW die für die vorgesehenen Auszahlungen benötigten Mittel bereitstellt; der geschätzte Mittelbedarf wurde auf das für die Abwicklung der Zahlungen an die Versorger und die Verrechnung mit den Bundesmitteln eingerichtete Zuschussverrechnungskonto bei der KfW eingezahlt. Ein positiver Saldo nach Abschluss der Maßnahme war nach der EWSG-Zahlstellenvereinbarung spätestens bis zum 30. Juni 2024, nach der EWPPBG-Zahlstellenvereinbarung bis spätestens zum 30. September 2025, bei einer absehbaren erheblichen Differenz zwischen dem positiven Saldo des Zuschussverrechnungskontos und dem noch zu erwartenden Auszahlungsvolumen ggf. früher, an die Bundeskasse zurückzuzahlen.

Für die hier interessierende Frage, ob Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG als eine an den Bund adressierte Regelung in Bezug auf die Restmittel Anwendung finden kann, ist die Einschaltung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds durch den Bund ohne Bedeutung. Der Wirtschaftsstabilisierungsfonds ist ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes (§ 17 S.1 StFG) und als solches von einer allfälligen Bindung des Bundes erfasst; der Haushalt des Bundes im Sinne von Art. 115 Abs. 2 GG schließt unbe-

stritten über den Kernhaushalt hinaus auch die besonderen Zwecken gewidmeten und wirtschaftlich abgesonderten, aber rechtlich unselbständigen Sondervermögen des Bundes ein.

Vgl. BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 175 ff.; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 23; Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 115 Rn. 59; Wendt, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 115 Rn. 56, 112 f., unter Hinweis auf die mit der Novellierung des Art. 115 GG im Zuge der Föderalismusreform II entfallenen Möglichkeit, diese Sondervermögen durch Bundesgesetz von den Anforderungen des Art. 115 GG freizustellen (Art. 115 Abs. 2 GG a. F.); Siekmann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 31.

Die KfW ist hingegen eine gegenüber dem Bund rechtlich verselbständigte Anstalt des öffentlichen Rechts. Solche rechtlich selbständige juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts werden, auch wenn sie vom Bund finanziert werden oder der Bund kraft ausdrücklicher Garantie oder seiner Anstaltslast für ihre Verbindlichkeiten haftet, in Übereinstimmung mit der bereits früher geltenden Verfassungsrechtslage von Art. 115 Abs. 2 GG nicht erfasst (sog. Rechtsträgerprinzip).

Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 115 Rn. 60; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24; Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 49. Vgl. (zu Art. 110 Abs.1 GG) BVerfGE 129, 356 (366): „Einnahmen und Ausgaben des Bundes sind lediglich solche der Gebietskörperschaft Bund. Nicht erfasst sind die Einnahmen und Ausgaben von bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder von privatrechtlich organisierten Gesellschaften, die im Eigentum des Bundes stehen oder an denen der Bund beteiligt ist.“

Wenn mit der Weiterleitung der notlagenkreditfinanzierten Mittel an die KfW die Gaspreisbremse, d.h. die Notlagenmaßnahme des Bundes abgeschlossen gewesen und deren weitere Ausführung in die Verantwortung der KfW übergegangen wäre, könnte Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG insoweit keine Bindungskraft mehr entfalten.

Ein solcher Übergang bzw. Abschluss der Notlagenmaßnahme könnte – ohne dies an dieser Stelle weitergehend beleuchten zu müssen und zu können – beispielsweise nahe liegen bei notlagenkreditfinanzierten Mitteln, die zur Überwindung der Folgen der Corona-Pandemie an die Länder zur eigenverantwortlichen Verwendung, an Unternehmen oder Bürgerinnen und Bürger ausgezahlt wurden.

Aus den dargestellten Rechtsbeziehungen des Bundes zur KfW ergibt sich jedoch, dass die KfW eine reine Zahlstellenfunktion in Bezug auf die Durchführung der Gaspreisbremse ausgeübt hat; die Verantwortung für die inhaltliche Durchführung und

für die betragsmäßige Höhe der Leistungen für die Gaspreisbremse als die notlagenkreditfinanzierte Maßnahme ist nicht auf die KfW übergegangen, sondern beim Bund geblieben. Entsprechend kann auch die in den Zahlstellenvereinbarungen vorgesehene Rückzahlungspflicht nicht so verstanden werden, dass die Restmittel als von der ursprünglichen Zweckbestimmung befreite, sozusagen freie Mittel der KfW an die Bundeskasse zufließen. Vielmehr handelt es sich – ungeachtet der Einschaltung der KfW als Zahlstelle – nach wie vor um Finanzmittel, die der Bund auf der Grundlage von Notlagenkreditermächtigungen zum Zweck der Notlagenbekämpfung aufgenommen hat. Insofern ist die materielle Verantwortung des Bundes für die Verwendung der Mittel unberührt geblieben.

b. Inhaltliche Vorgaben des Art. 106 Abs. 2 S. 6 GG

Das führt zu der Frage, ob Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG dem Bund in der Sache Vorgaben zur Verwendung der verbliebenen Restmittel macht.

aa. *Problem im Haushaltsvollzug*

Das ist deshalb nicht ohne Weiteres anzunehmen, weil hier jedenfalls nicht primär die Kreditermächtigung im Haushaltsplan in Rede steht. Fraglich ist hier nicht eigentlich die nach Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG zu beurteilende Verfassungsmäßigkeit der auf die Feststellung einer durch den Ukraine-Krieg begründeten außergewöhnlichen Notlage gestützte Notlagenkreditermächtigung zur Finanzierung der Gaspreisbremse. Das hier zu erörternde Problem hat seinen eigentlichen Ursprung darin, dass unter Inanspruchnahme dieser Kreditermächtigung mehr liquide Mittel aufgenommen worden sind, als für den Zweck der Gaspreisbremse benötigt worden sind. Das Problem ist insoweit zumindest vorrangig im Haushaltsvollzug begründet.

bb. *Bedeutung von Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG für den Haushaltsvollzug*

Das führt zu der Frage, ob Art. 115 Abs. 2 GG, insbesondere Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG verfassungsrechtliche Vorgaben auch für den Haushaltsvollzug jedenfalls insofern macht, als auch den auf der Grundlage der Notfallkreditermächtigung im Ergebnis unnötig aufgenommenen Mitteln die notfallbezogene Zweckbindung anhaftet.

Die Frage der Bedeutung für den Haushaltsvollzug hat schon zu Art. 115 GG a.F. Probleme aufgeworfen. Sie ist dort insbesondere mit Blick auf die Situation des sog. asymmetrischen Haushaltsvollzugs, in der im Verlauf des Haushaltsjahrs weniger als geplant für Investitionen ausgegeben worden, zugleich jedoch das angesetzte Kreditvolumen ausgeschöpft worden ist, erörtert worden. Zwar haben Stimmen in

der Literatur darauf bezogen eine Bindung der Exekutive im Haushaltsvollzug angenommen.

Vgl. Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 122, m.w.N.

Doch hat diese Annahme bei näherer Betrachtung erhebliche Probleme aufgeworfen.

Vgl. dazu ausführlich Tappe, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, 2008, S. 286 ff., insbes. S. 289 ff. zu den praktischen Umsetzungsproblemen.

Wohl überwiegend ist eine Bindung auch im Haushaltsvollzug verneint worden.

Falter, Die Schuldenbremse des Grundgesetzes und ihre Umsetzung in den Ländern, 2021, S. 59.

Vor diesem Hintergrund ist in der Literatur ausdrücklich begrüßt worden, dass Art. 115 Abs. 2 GG mit der Einführung des Kontrollkontos (Art. 115 Abs. 2 S. 4 GG), mittels dessen Abweichungen der tatsächlich erfolgten Kreditaufnahme von der haushaltsgesetzlichen Kreditermächtigung festgehalten werden und auf dessen Grundlage haushaltsjahresübergreifend ein Ausgleich vorzunehmen ist, nunmehr ausdrücklich auch Wirkung für den Haushaltsvollzug beansprucht.

Vgl. BT-Drs. 16/12410, S. 12: „In Satz 4 wird gewährleistet, dass die neue Schuldenregel nicht nur die Aufstellung des Bundeshaushaltes erfasst, sondern darüber hinaus dessen Vollzug.“ Dies begrüßend Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 122; Falter, Die Schuldenbremse des Grundgesetzes und ihre Umsetzung in den Ländern, 2021, S. 146.

Das Kontrollkonto nach Art. 115 Abs. 2 S. 4 GG findet jedoch ausdrücklich nur Anwendung auf Abweichungen der tatsächlichen Kreditaufnahme von der nach Art. 115 Abs. 2 S. 1 bis 3 GG zulässigen Kreditobergrenze,

Siekmann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 31; Rn. 57b Fn. 132.

lässt also Kreditaufnahmen auf der Grundlage von Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG ausdrücklich unbeachtet. Das wird für vertretbar gehalten, weil insoweit in Art. 115 Abs. 2 S. 7 GG ein Tilgungsplan und in Art. 115 Abs. 2 S. 8 GG eine Rückführungspflicht vorgesehen ist.

Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 124; Klepzig, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, S.114 f, 325 (dort krit.).

Die Einführung des Kontrollkontos als Instrument der Bindung des Haushaltsvollzugs lässt damit die Frage, ob auch Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG Bindungswirkung im Haushaltsvollzug entfaltet, unentschieden. Literaturstimmen dazu finden sich – soweit ersichtlich – nicht, und auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2022,

BVerfG, NVwZ 2023, 1892.

das der Haushaltsplanung gilt, macht dazu keine unmittelbaren Vorgaben. Für eine Beschränkung auf die Haushaltsplanung ließe sich möglicherweise anführen, dass auch für die Notlagenkreditermächtigung das Gebot der Schätzgenauigkeit

BVerfGE 119, 96 (129).

gelten dürfte, dass nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Notfallkreditermächtigungen mit dem Ende des Haushaltsjahres verfallen

Vgl. BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 171 ff.

und dass es die ausdrückliche – sozusagen als Äquivalent zum Kontrollkonto angesehene – Verpflichtung zu einem Tilgungsplan und zur Rückführung gibt.

Vgl. Seiler, JZ 2009, 721 (726).

Dagegen steht, dass das Gericht dem Gesetzgeber gerade bei der Entscheidung über die über Notfallkredite zu finanzierenden Notfallmaßnahmen einen erheblichen Spielraum lässt,

BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 134.

was die Möglichkeit auch unnötig hoher Inanspruchnahmen von Notlagenkreditermächtigungen nicht unerheblich erweitert; diesen weiten Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Dimensionierung der Notlagenkredite lässt das Gericht jedoch gerade vor dem Hintergrund der von ihm geforderten strikten Beachtung des sachlichen und zeitlichen Veranlassungszusammenhangs.

Die Frage kann im Rahmen dieser kurzgutachtlichen Stellungnahme verfassungsrechtsdogmatisch nicht umfassend erörtert werden; sie dürfte auch kaum einheitlich beantwortet werden. Eine Risikoabschätzung vor dem Hintergrund des Urteils des

Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2022 lässt jedoch angeraten erscheinen, von einer Zuführung der notlagenkreditfinanzierten Restmittel zu den allgemeinen Haushaltsmitteln abzusehen. Eine solche Nutzung käme der Sache nach in Konflikt mit zwei Anliegen, die dem Gericht in diesem Urteil erkennbar besonders wichtig gewesen sind, nämlich mit der zeitlichen und der sachlichen Konnexität zwischen der Notlagenfeststellung des Gesetzgebers und der Inanspruchnahme der Notlagenkreditermächtigung.

Vgl. BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 124 ff., 155 ff.

Es erscheint eher naheliegend, dass das Gericht diese beiden – in Bezug auf die gesetzlichen Notfallkreditermächtigungen strikt verfolgten – Anliegen auch zur Geltung bringen würde, wenn sich erst im Haushaltsvollzug herausstellt, dass von der Notfallkreditermächtigung im Ergebnis höher als – ex post betrachtet – erforderlich Gebrauch gemacht worden ist und deshalb Restmittel entstanden sind. Die Zuführung dieser Restmittel zu den allgemeinen Haushaltsmitteln zum Ausgleich struktureller Mehrausgaben oder Mindereinnahmen aber würde diese in dem der Notlagenfeststellung nachfolgenden Haushaltsjahr nutzbar machen und vor allem die im sachlichen Veranlassungszusammenhang geforderte Zweckbindung aufheben.

Legt man eine Bindungswirkung des Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG auch für den Haushaltsvollzug zugrunde, erscheint es weiter auch problematisch, danach zu differenzieren, zu welchem Zeitpunkt erkennbar war, dass ein bestimmter Anteil von Mitteln auf dem Zuschussverrechnungskonto für die Zwecke der Gaspreisbremse nicht benötigt werden würde, um den unabsehbar nicht benötigten Anteil an Restmitteln den allgemeinen Einnahmen zuzuführen. In der Sache könnte dafür angeführt werden, dass gewisse Abweichungen gegenüber Soll-Vorgaben im Haushaltsvollzug unvermeidlich sind. Allerdings hat der verfassungsändernde Gesetzgeber des Art. 115 GG eben diese Unvermeidbarkeit von Abweichungen der Kreditaufnahme im Haushaltsvollzug in Bezug auf die Soll-Kreditaufnahme nach Art. 115 Abs. 2 S. 1 und 2 GG gesehen und dem Kontrollkonto gerade die Funktion zugeschrieben, solche Abweichungen über das einzelne Haushaltsjahr hinaus auszugleichen.

BT-DRs. 16/12410, S. 12.

Dass insoweit Abweichungen im Haushaltsvollzug nicht folgenlos bleiben sollen, spricht dafür, dass das Bundesverfassungsgericht mit einiger Wahrscheinlichkeit auch Abweichungen von den Vorgaben einer Notlagenkreditermächtigung, die auf Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG als eine abschließende Ausnahmeregelung

BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 98.

gestützt ist, auch unabhängig von ihrer Unvermeidbarkeit oder Vertretbarkeit nicht akzeptieren würde.

Wenn auf Grund der vorstehenden Überlegungen von einer Zuführung der Restmittel an den Bundeshaushalt als strukturelle Einnahmen abgesehen wird, dürfte der dem Anliegen des Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG Rechnung tragende, angemessene Umgang mit den Restmitteln in ihrem Einsatz zur – soweit möglich – überobligationsmäßigen bzw. vorzeitigen Tilgung des Notlagenkredits liegen.

## **2. Zinserträge**

Auch für den Umgang mit den aus den notlagenkreditfinanzierten Finanzmitteln generierten, auf dem Zuschussverrechnungskonto bei der KfW befindlichen Zinserträgen sind eindeutige finanzverfassungsrechtliche Vorgaben, insbesondere aus Art. 105 Abs. 2 S. 6 GG und der Konkretisierung seiner Anforderungen durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2022, nicht erkennbar.

Die finanzverfassungs- und haushaltsrechtliche Beurteilung von Notlagenkrediten und damit verbundenen Zinsbelastungen wie auch -erträgen für den Bundeshaushalt ist nicht notwendig miteinander verknüpft und einheitlich. Der Notlagenbeschluss nach Art. 105 Abs. 2 S. 6 GG umfasst die aus der Aufnahme der zugelassenen Notlagenkredite resultierenden Finanzierungskosten nicht mit; die anfallenden Zinsen sind vielmehr ohne Weiteres aus dem Bundeshaushalt zu bestreiten. In der Umkehrung spricht das dafür, dass auch aus vollzogenen notlagenkreditfinanzierten Maßnahmen folgende Erträge, wie sie etwa aus notlagenbedingten Unternehmenskäufen folgen können, dem Bundeshaushalt als strukturelle Einnahmen zuzuführen sind.

Für den vorliegenden Sachverhalt entscheidend ist, ob das auch für Zinserträge aus notfallkreditfinanzierten Mitteln gilt, die (noch) nicht zweckentsprechend verwendet worden sind. Auch insoweit spricht zunächst für ihre Zuführung als strukturelle Einnahmen zum Bundeshaushalt, dass auch für diese Mittel die bisherige Zinsbelastung aus dem Bundeshaushalt bestritten worden ist und dass die aus diesen Mitteln bei der KfW entstandenen Zinserträge auf Grund der bloßen Zahlstellenfunktion der KfW dem Bund zuzurechnen sind. Der Umstand, dass die notlagenkreditbedingte Zweckbindung, der die den Zinserträgen zugrunde liegenden Mittel unterlegen haben, hier zunächst und dann zum Ende des Haushaltsjahres endgültig nicht eingelöst worden ist, könnte allerdings einen signifikanten Unterschied begründen. Die Zuführung dieser zweckgebundenen, aber nicht zweckgerecht verwendeten Mitteln entstammenden Zinserträge zu den strukturellen Einnahmen könnte mit den beiden, dem Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 15. November 2022 erkennbar be-

sonders wichtigen Anliegen, mit der Forderung zeitlicher sowie sachlicher Konnexität zwischen der Notlagenfeststellung des Gesetzgebers und der Inanspruchnahme der Notlagenkreditermächtigung, in Konflikt geraten, denn die Zinserträge würden einem nachfolgenden Haushalt zugeführt und stünden als strukturelle Einnahmen zweckungebunden zur Verfügung. Ob das Bundesverfassungsgericht dem Haushaltsgesetzgeber diese Prämie auf die Aufnahme von ex post betrachteter Höhe nach nicht erforderlichen Notfallkrediten zugestehen würde, ist ungewiss. Das Gericht könnte darin einen unerwünschten Anreiz, die Notfallkreditaufnahme (zu) großzügig bemessen, und darin wiederum eine Schwächung der Wirkung der Schuldenbremse sehen. Vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts unterläge die Zuführung dieser Zinserträge aus nicht zweckentsprechend verwendeten Notlagenkrediten zu den strukturellen Einnahmen des Haushalts 2025 daher einem nicht unerheblichen Risiko.

## **II. Zur Zulässigkeit einer Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an die DB InfraGO AG**

### **1. Einschlägige verfassungs- und einfachrechtliche Regelungen**

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob und ggf. unter welchen Randbedingungen eine Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an den Deutsche Bahn-Konzern bzw. die DB InfraGO AG

Die Fragen, wer im Deutsche Bahn-Konzern Vertragspartner einer Darlehensvereinbarung mit dem Bund würde, wie erforderlichenfalls eine Zweckbindung zugunsten der DB InfraGO AG sichergestellt würde, wer innerhalb des Deutsche Bahn-Konzerns das Darlehen bedienen würde etc., werden im Rahmen der nachfolgenden kurzgutachtlichen, primär finanzverfassungsrechtlichen Stellungnahme nicht näher untersucht. Ggf. bleiben mögliche Auswirkungen auf die finanzverfassungsrechtliche Beurteilung im Detail noch zu berücksichtigen.

zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen der DB InfraGO AG im Rahmen des Regelwerks der grundgesetzlichen Schuldenbremse als finanzielle Transaktion eingestuft werden kann, ist Art. 115 Abs. 2 S. 5 GG. Danach regelt ein Bundesgesetz Näheres zur Ausgestaltung der Schuldenbremse auf Bundesebene und dabei „insbesondere die Bereinigung der Einnahmen und Ausgaben um finanzielle Transaktionen“. Diese Regelung ist im Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes (Artikel 115-Gesetz – G 115), namentlich in § 2 Abs. 1 S. 1 Artikel 115-Gesetz

§ 2 Artikel 115-Gesetz (Grundsätze für die Veranschlagung von Kreditaufnahmen zur Deckung von Ausgaben)

(1) Einnahmen und Ausgaben sind bei der Veranschlagung in einer konjunkturellen Normallage grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen; Einnahmen und Ausgaben sind um finanzielle Transaktionen zu bereinigen. ...

und weiter in § 3 Artikel 115-Gesetz

§ 3 Artikel 115-Gesetz (Bereinigung um finanzielle Transaktionen)

Aus den Ausgaben nach § 2 Absatz 1 erster Halbsatz sind die Ausgaben für den Erwerb von Beteiligungen, für Tilgungen an den öffentlichen Bereich und für die Darlehensvergabe herauszurechnen, aus den Einnahmen nach § 2 Absatz 1 erster Halbsatz diejenigen aus der Veräußerung von Beteiligungen, aus der Kreditaufnahme beim öffentlichen Bereich sowie aus Darlehensrückflüssen.

getroffen. Dort ist angeordnet, dass bei den für den gebotenen Haushaltsausgleich maßgeblichen Einnahmen und Ausgaben (u.a.) einerseits Ausgaben für die Darlehensvergabe, andererseits Einnahmen aus Darlehensrückflüssen als sog. finanzielle Transaktionen herauszurechnen, also unbeachtlich sind. An dieser Vorgabe ist zu messen, ob eine Darlehensvergabe an die DB InfraGO AG, wenn im Bundeshaushalt 2025 vorgesehen, als finanzielle Transaktion beurteilt werden kann, so dass sie nicht auf die schuldenbremsenrelevante Nettokreditaufnahme angerechnet wird und in diesem Sinne nicht schuldenbremsenrelevant wird.

## **2. Zur Interpretation der zentralen tatbestandlichen Merkmale**

Die Interpretation dieser Vorgaben in Art. 115 Abs. 2 S. 5 GG, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 3 Artikel 115-Gesetz muss zunächst zwei zentrale Tatbestandsmerkmale klären, nämlich zum einen die – in den genannten Bestimmungen nicht explizit gestellte, sondern ihnen vorausliegende – Frage nach dem Adressaten der Anforderungen des Art. 115 Abs. 2 GG und zum anderen die Frage nach den Voraussetzungen für das Vorliegen einer finanziellen Transaktion.

### **a. Adressat der Regelungen (Rechtsträgerprinzip)**

Anders als Art. 109 Abs. 3 GG betrifft Art. 115 GG den Haushalt des Bundes, so dass auch Art. 115 Abs. 2 S. 5 GG, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 3 Artikel 115-Gesetz dem Haushalt des Bundes gelten. Dies umfasst unbestritten über den Kernhaushalt hinaus auch die besonderen Zwecken gewidmeten und wirtschaftlich abgesonderten, aber rechtlich unselbständigen Sondervermögen des Bundes.

Vgl. bereits unter B. I. 1. a. (m.N.); vgl. insbes. BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 175 ff.

Gegenüber dem Bund rechtlich verselbständigte juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts werden dagegen in Übereinstimmung mit der bereits früher geltenden Verfassungsrechtslage von Art. 115 Abs. 2 GG nicht erfasst, und zwar auch dann, wenn sie vom Bund finanziert werden oder der Bund kraft ausdrücklicher Garantie oder seiner Anstaltslast für ihre Verbindlichkeiten haftet (sog. Rechtsträgerprinzip).

Vgl. auch dazu bereits unter B. I. 1. a. (m.N.).

Dies stößt zwar wegen der insoweit gegebenen Abweichung vom Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG),

Vgl. Hermes/Vorwerk/Beckers, Die Schuldenbremse des Bundes und die Möglichkeit der Kreditfinanzierung von Investitionen – Rechtslage, Ökonomische Beurteilung und Handlungsempfehlungen, IMK STUDY Nr. 70, Okt. 2020, S. 22 ff.; Kube, VerfBlog, 2021/10/20, <https://verfassungsblog.de/die-zukunft-der-staatlichen-kreditaufnahme/> (abgerufen am 21. Juli 2024).

vor allem jedoch wegen damit eröffneter Umgehungs- und Missbrauchsgefahren

Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (622); Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 115 Rn. 61; Wendt, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 115 Rn. 114; Siekmann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 70.

auf gewisse Kritik. Das hier erhobene Bedenken rechtfertigt aber – wie so gut wie unbestritten ist – nicht die generelle Erstreckung der Vorgaben nach Art. 115 Abs. 2 GG auf den Gesamthaushalt einschließlich auch der sog. Nebenhaushalte von rechtlich selbständigen juristischen Personen.

So – auch vor dem Hintergrund angenommener Umgehungs- und Missbrauchsgefahren – Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 115 Rn. 60 f.; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24; Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 49. A.A. zu Art. 115 GG a.F. Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 533 f. Die nicht näher begründete, abweichende Annahme von G. Kirchhof, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl., Art. 109 Rn. 84, ist an entsprechender Stelle bei G. Kirchhof, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl., Art. 109 Rn. 92, 102 f., nicht mehr aufrechterhalten.

Dazu, ob und inwieweit eventuellen Umgehungs- und Missbrauchsgefahren dadurch zu begegnen ist, dass einzelne Finanzierungsbeziehungen, insbesondere einzelne von rechtlich selbständigen Sondervermögen aufgenommene Kredite des Bundes dem Bundeshaushalt zuzurechnen sind, vgl. so gleich unter B. II. 3.

Adressat der Verpflichtungen nach Art. 115 Abs. 2 GG ist somit der Bund mit seinem Haushalt, nicht aber die ihm gegenüber als Aktiengesellschaft verselbständigte DB InfraGO AG.

b. Anforderungen an das Vorliegen einer finanziellen Transaktion (insbesondere in Gestalt einer Darlehensvergabe)

aa. *Allgemeine Anforderungen*

Für die nähere Definition der finanziellen Transaktion im Sinne von §§ 2 Abs. 1 S. 1 HS. 2, 3 Artikel 115-Gesetz wird, gestützt auf die Entstehungsgeschichte,

Vgl. BT-Drucks. 16/12 410, S. 13: „Die vorzusehende Bereinigung der Einnahmen und Ausgaben um finanzielle Transaktionen (z. B. Privatisierungseinnahmen oder Ausgaben für Vermögensbeschaffungen) stellt insoweit einen Gleichklang der nationalen Schuldenbegrenzungsregel mit der Systematik des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes her.“ BT-Drs. 16/12400, S. 19: „Die Berücksichtigung von so genannten finanziellen Transaktionen im Rahmen der Schuldenregel führt zu einer Annäherung des Haushaltssaldos an den Finanzierungssaldo der Maastricht-Rechnung, der dem Konzept der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen (VGR) folgt. Als finanzielle Transaktionen werden in den VGR – und damit in der Maastricht-Rechnung – nichtvermögenswirksame Einnahmen und Ausgaben bezeichnet.“

auf das Konzept des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) verwiesen.

Der maßgebliche Gesichtspunkt für die Qualifikation als finanzielle Transaktion ist die Vermögensneutralität des fraglichen Vorgangs. Darunter fallen Einnahmen und Ausgaben, die das staatliche Finanzvermögen weder steigern noch senken, d. h. vermögensneutral bzw. nichtvermögenswirksam sind.

Vgl. BT-Drs. 16/12400, S. 19 („nichtvermögenswirksame Einnahmen und Ausgaben“); Kastrop/Meister-Scheufelen/Sudhof, Die neuen Schuldenregeln im Grundgesetz, 2010, S. 97 („keine Veränderung der Vermögensposition des Staates“); E. Reimer, BeckOK GG (58. Ed. Juni 2024), Art. 115 Rn. 51

(„bloße Umschichtungen im Vermögenshaushalt [...], Bilanzverlängerungen [...] und Bilanzverkürzungen“); Falter, Die Schuldenbremse des Grundgesetzes und ihre Umsetzung in den Ländern, 2021, S. 140.

*bb. Insbesondere: Darlehen*

Darlehen sind im ESVG, mit dem der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der gemäß Art. 115 Abs- 2 S. 5 GG vorzusehende Bereinigung der Einnahmen und Ausgaben um finanzielle Transaktionen erklärtermaßen Gleichklang angestrebt hat,

BT-Drucks. 16/12 410, S. 13.

explizit als ein Anwendungsfall von finanziellen Transaktionen genannt.

Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen. ESVG 2010, Kap. 5, 5.12 (AF.4) und F.4, 5.112 ff. (abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/resource/blob/612638/3ffa99474d4169000ddb160fe478a899/mL/esvg-2010-data.pdf>; abgerufen am 21. Juli 2024).

Entsprechend sieht auch der in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Verfassungsänderung beschlossene § 3 Artikel 115-Gesetz ausdrücklich die Bereinigung um Darlehen als finanzielle Transaktion vor.

Dem Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG) insoweit folgend

Vgl. Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen. ESVG 2010, Kap. 5, 5.42 f., wonach Zinsleistungen auf Kredite entsprechend dem Auflaufen beim Gläubiger als Einnahme verbucht werden (abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/resource/blob/612638/3ffa99474d4169000ddb160fe478a899/mL/esvg-2010-data.pdf>; abgerufen am 21. Juli 2024).

erfolgt auch im Bundeshaushalt eine Bereinigung nur in Höhe des Darlehensbetrags einerseits, des Rückforderungsanspruchs andererseits; Zinsansprüche ebenso wie Refinanzierungskosten unterfallen nicht der Bereinigung, so dass die Zinskonditionen nach der grundsätzlichen Definition der finanziellen Transaktion hier noch keine Rolle spielen.

Insofern sorgt die Regelung der finanziellen Transaktion, obgleich ihr die Einbringung einer – zumindest teilweisen – doppelten Betrachtung in die Schuldenbremsenregelung attestiert wird (Falter, Die Schuldenbremse des Grundgesetzes und ihre Umsetzung in den Ländern, 2021, S. 138), nicht für eine ökonomisch überzeugende Berücksichtigung von Vermögensneutralität. Auf die ökonomisch bedeutsame Frage der Zinsgestaltung ist zurückzukommen im Zusammenhang mit der Frage nach einem evtl. rechtsmiss-

bräuchlichen Einsatz von Darlehen anstelle von Zuschüssen des Bundes (vgl. unten unter B. II. 3. b.).

Nach dieser Buchungsregelung folgt die geforderte Vermögensneutralität bei Darlehen grundsätzlich schon daraus, dass der Darlehensgewährung der Rückzahlungsanspruch gleicher Höhe korrespondiert. Unberücksichtigt bleiben danach auch Haushaltsansätze jenseits der Darlehensgewährung, insbesondere – wie vorliegend beabsichtigt – zeitgleich mit der Darlehensgewährung vorgesehene Reduktionen von Zuschüssen.

Andernfalls müsste für die Feststellung des Umfangs der finanziellen Transaktion der Darlehensbetrag um den Betrag reduzierter Zuschüsse gekürzt werden, was einerseits eine – rechtlich nicht geforderte – materielle Prüfung wegfallender Zuschüsse zur Folge haben müsste und andererseits bei Rückzahlung des Darlehens in den Folgejahren zu strukturellen Einnahmen für den Bundeshaushalt (in dem Maße des anfangs nicht als finanzielle Transaktion anerkannten Darlehensvolumens) führen würde. Mit einer solchen Verrechnung von Zuschusskürzungen könnte in haushaltswirtschaftlich günstigen Zeiten Spielraum für die Schuldenbremsenberechnung in späteren Jahren konstruiert werden.

Damit ein Darlehen im Einzelfall als vermögensneutral und damit als finanzielle Transaktion anerkannt werden kann, wird insbesondere die Werthaltigkeit des Darlehens, d.h. die Verlässlichkeit seiner Rückzahlung gefordert. Da die Deutsche Bahn AG und insbesondere die DB InfraGO AG über erhebliche eigene Einnahmen verfügen und zudem ergänzend Empfänger von Zuwendungen des Bundes sind, werden insoweit keine Bedenken zu erheben sein.

Ein Private Investor Test, wie er im Europäischen Beihilferecht durchgeführt wird, um verdeckte Zuschüsse (Beihilfen) der öffentlichen Hand aufzudecken, oder ein Kapitalzuführungstest

Zu dessen Erforderlichkeit im Falle einer Kapitalbeteiligung des Bundes Kube, VerfBlog, 2021/10/20, <https://verfassungsblog.de/die-zukunft-der-staatlichen-kreditaufnahme/> (abgerufen am 21. Juli 2024).

erscheinen staatschuldenrechtlich für die Anerkennung eines Darlehens als finanzielle Transaktion nicht angezeigt. Die dafür vorausgesetzte Vermögensneutralität folgt hier – Werthaltigkeit im oben genannten Sinn vorausgesetzt – schon aus der Rechtsnatur des Darlehens, nämlich aus dem Gegenüberstehen von Darlehensgewährung und Rückzahlungsanspruch gleicher Höhe.

Ob das vom Bund gewährte Darlehen beim Darlehensnehmer zur Ablösung anderer, bestehender Kreditverbindlichkeiten dient, ist für eine Anerkennung als finanzielle Transaktion nach § 3 Artikel 115-Gesetz nicht von Bedeutung. Bezugspunkt der Regelung ist allein die Vermögensneutralität für den Bundshaushalt; auf die Veränderung der Verschuldungssituation beim Kreditnehmer stellt die Regelung nicht ab.

Einschränkungen bezüglich des Kreditnehmers kennt die Definition der finanziellen Transaktion nicht. Auch Darlehen des Bundes an rechtlich selbständige Sondervermögen oder Bundesbetriebe gelten danach grundsätzlich als finanzielle Transaktion.

Vgl. Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Sondervermögen für Sozialversicherungen, WD 4 - 3000 - 033/23, S. 19, 21 (abrufbar unter <file:///P:/Eigene%20Dateien/Aktuell/WD-4-033-23-pdf-data.pdf>; abgerufen am 17. Juli 2024).

Dem gesetzgeberischen Willen entsprechend

Vgl. BT-Drs. 16/12400, S. 19.

werden allerdings nur die finanziellen Transaktionen berücksichtigt werden, die den Haushalten über den ihm zugrunde liegenden Gruppierungsplan unmittelbar entnommen werden können. Da im Gruppierungsplan Darlehen an Sondervermögen, an öffentliche Vermögen und Einrichtungen sowie an Sonstige im Inland einerseits, entsprechende Darlehensrückflüsse andererseits vorgesehen sind, wäre ein Darlehen an die DB InfraGO AG problemlos erfasst.

### **3. Einschränkungen wegen rechtsmissbräuchlicher Umgehungs- und Missbrauchstatbestände**

An den so definierten Vorgaben besteht in der Literatur wegen verbreitet angenommener Umgehungs- und Missbrauchsmöglichkeiten gerade im Verhältnis von Bund und rechtlich selbständigen Sondervermögen bzw. privatrechtlichen Bundesbetrieben zwar Unbehagen, zugleich jedoch Unsicherheit, ob und wie dem begegnet werden kann.

Vgl. exemplarisch Siekmann, in: Sachs, GG, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 70: „Im Ergebnis kann es *nicht richtig* sein, wenn der Bund nur eine jur. Person zu gründen braucht, die er zur Kreditaufnahme ermächtigt, um *frei von den Bindungen* des Art. 115 II die Erfüllung seiner Aufgaben mit Krediten finanzieren zu können. Die genaue jur. Begründung für diese Erkenntnis ist jedoch nicht einfach.“ Ähnlich Wendt, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 115 Rn. 114.

Dementsprechend werden insoweit – ohne dass das Meinungsbild in Rechtsprechung und Schrifttum dogmatisch gefestigt

So ausdrücklich Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (622): „weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum eindeutig geklärt“; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24. Vgl. auch BerlVerGH, NVwZ-RR 2003, 537 (540): „Die juristische Begründung für eine Ausweitung der haushaltsverfassungsrechtlichen Schranken bleibt dogmatisch allerdings unklar ...“.

und in der sachlichen Tendenz einheitlich

Vgl. einerseits krit. zu einem ökonomisch bestimmten erweiterten Kreditverständnis und i.Erg. sehr zurückhaltend, nur offensichtliche Umgehungstatbestände anerkennend Droege, VerwArch 98 (2007), 101 (105 ff.); ähnlich Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24: „Allenfalls eine offensichtlich mißbräuchliche Umgehung ...“; andererseits Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 50: „Allgemein lässt sich sagen, dass das Staatsschuldenrecht Kreditaufnahmen Dritter erfasst, wenn sie einerseits zu einem *heutigen Finanzierungsnutzen* des Bundes führen ... und andererseits für den Bund *in der Zukunft Finanzierungslasten* zur Folge haben ...“.

erscheint – verschiedene Einschränkungen erwogen, die gerade darauf abzielen, unter bestimmten Voraussetzungen die Kreditaufnahme rechtlich selbständiger Trabanten des Bundes der Staatsverschuldung des Bundes zuzurechnen.

#### a. Versuche der Konkretisierung anhand von Fallgruppen

Die einschlägigen Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur suchen nach auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs gestützten Zurechnungsregeln,

So Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 109 Rn. 121.

die für einzelne Finanzierungsstrukturen und -vorgänge das grundsätzlich anerkannte Rechtsträgerprinzip überwinden und die Kreditaufnahme eines rechtlich selbständigen Sondervermögens dem Bund zurechnen. Anhand einzelner Fallgruppen, die in der Regel die Kreditaufnahme selbständiger Sondervermögen bei Dritten zum Gegenstand haben, werden potentielle Umgehungs- und Missbrauchstatbestände erörtert, wobei über deren Beurteilung als rechtsmissbräuchlich unterschiedlich weitreichende Einigkeit besteht.

*aa. Selbständige Sondervermögen mit reiner Finanzierungsfunktion*

Ein Umgehungstatbestand, durch den der Bund sich unzulässigerweise den Vorgaben des Art. 115 GG zu entziehen versuche, wird verbreitet angenommen für den Fall der Kreditaufnahme durch eine selbständige juristische Person, für die der Bund (etwa kraft Garantieübernahme oder Anstaltslast) haftet, wenn diese keine eigenen Sachaufgaben, sondern ausschließlich oder auch nur überwiegend finanzwirtschaftliche Funktionen wahrnimmt.

Wendt, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl., Art. 115 Rn. 114; Siekmann, in: Sachs, GG, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 72 f.; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24; Pünder, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG (EL 3/23 Dezember 2023), Art. 115 Rn. 50; ders., in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland § 123 Rn. 22, 79.

Dieser Umgehungstatbestand, wenn man ihn als solchen zugrunde legt, scheidet bei der Kreditaufnahme durch ein rechtliches Sondervermögen aus, das selbst mit umfangreichen Sachaufgabe betraut ist und über eigenes Vermögen verfügt.

Vgl. BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 (540), zu den Berliner Stadtreinigungsbetrieben.

*bb. Kreditaufnahme Im Auftrag und für Rechnung des Bundes bei Übernahme des Schuldendienstes durch den Bund*

Nicht ganz so einhellig, aber doch verbreitet wird als ein weiterer Umgehungstatbestand, bei dem die Kreditaufnahme dem Bund zuzurechnen sei, genannt der Fall einer Darlehensaufnahme durch ein selbständiges Sondervermögen, wenn dieses im Auftrag und für Rechnung des Bundes handelt und der Bund den Schuldendienst übernimmt.

Vgl. etwa Jahndorf, NVwZ 2001, S. 620 (622); Kube, in: Dürrig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 115 Rn. 61; G. Kirchhof, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl., Art. 109 Rn. 108.

*cc. Kreditaufnahme auf eigene Rechnung im Falle wesentlicher Beteiligung und der Schuldendienstübernahme des Bundes*

Auch für Fälle, in denen das vom Bund beherrschte selbständige Sondervermögen

Ob diese Fallgruppe auch auf private Dritte erstreckt werden kann, wie Siekmann, in: Sachs, GG, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 73, Heun, in: Drei-

er, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24, annehmen, kann hier dahinstehen.

auf eigene Rechnung handelt, ist von einzelnen Stimmen in der Literatur angenommen worden, dass dessen Kreditaufnahme unter Umständen dem Bund zuzurechnen sei, wenn der Bund den Schuldendienst übernimmt.

Jahndorf, NVwZ 2001, S. 620 (622); Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 115 Rn. 61.

Kumulativ ist in einzelnen Stellungnahmen verlangt worden, dass der Bund die von ihm beherrschte juristische Person beauftragt haben müsse, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung den Kredit aufzunehmen.

Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (622), unter Verweis u.a. auf RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145 (146).

Namentlich Kube hat zusätzlich darauf abstellen wollen, ob das Motiv der formalen Auslagerung von Schulden, nicht dagegen ein Sachanliegen für die Gestaltung maßgeblich ist.

Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 109 Rn. 121, Art. 115 Rn. 61.

Diesen Umgehungstatbestand präsentiert er allerdings als Unterfall der Umgehung der Schuldenbremsenanforderungen durch die „Verschuldung mittels sachlich unbegründeter selbständiger Sondervermögen“,

Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 109 Rn. 121.

womit weniger auf die subjektive Motivlage als auf die inhaltliche Rechtfertigung der Gestaltung durch eine dem fraglichen Sondervermögen obliegende Sachaufgabe abgestellt wird. Soweit ersichtlich am weitesten in der Annahme eines Rechtsmissbrauchs geht Kube, wenn er hierfür – offenbar alternativ – die mangelnde Rechtfertigung des Sondervermögens durch einen Sachzweck oder die (direkte oder indirekte) Schuldenübernahme durch den Bund genügen lassen will.

Kube, VerfBlog, 2021/10/20, zur Zulässigkeit der Gründung einer öffentlichen Investitionsgesellschaft: „Die Gesellschaft muss sich durch einen Sachzweck legitimieren und darf nicht allein mit dem Ziel der Kreditaufnahme gegründet worden sein. Auch darf es nicht so sein, dass letztlich der Bund ... für die Schulden der Gesellschaft geradesteht oder sogar den Schuldendienst übernimmt.“ (<https://verfassungsblog.de/die-zukunft-der-staatlichen-kreditaufnahme/> ; abgerufen am 21. Juli 2024).

b. Zur Beurteilung der Kreditvergabe des Bundes an die DB InfraGO AG

Die hier zu untersuchende Kreditaufnahme durch die DB InfraGO AG unterscheidet sich von den soeben beschriebenen, in Rechtsprechung und Literatur erörterten Konstellationen dadurch, dass eine Kreditaufnahme nicht bei Dritten, sondern beim Bund in Rede steht. Hier könnte die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Umgehungs- oder Missbrauchstatbestands dazu führen, dass entweder die Kreditvergabe des Bundes an das Sondervermögen nicht als eine für den Ausgleich des Kernhaushalts unbeachtliche finanzielle Transaktion im Sinne von §§ 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 3 Artikel 115-Gesetz

Vgl. dazu oben unter B. II. 2. b.

anzuerkennen ist oder aber die Kreditaufnahme durch das selbständige Sondervermögen dem Bundeshaushalt zugerechnet wird; beide Begründungswege führen ggf. dazu, dass der Finanzierungsvorgang für den Bundeshaushalt nach Art. 115 Abs. 2 GG schuldenbremsenrelevant wird.

Die Beurteilung hat davon auszugehen, dass auf Grund des für Art. 115 Abs. 2 GG geltenden Rechtsträgerprinzips und der Nichtberücksichtigung von Darlehen als finanzieller Transaktionen Kreditaufnahmen rechtlich selbständiger Sondervermögen des Bundes beim Bund grundsätzlich für den Bundeshaushalt nicht schuldenbremsenrelevant sind. Kriterium für eine abweichende Beurteilung kann nach dem überzeugenden Ausgangspunkt der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur erst die Rechtsmissbräuchlichkeit des gewählten Finanzierungsweges sein, d.h. dessen im Einzelfall zweckwidrige Inanspruchnahme. Nach den in Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf die Kreditaufnahme durch rechtlich selbständige Sondervermögen bei Dritten erörterten Kriterien wird es auch in dieser Konstellation für die Rechtsmissbräuchlichkeit auf zwei – inhaltlich miteinander verknüpfte – Gesichtspunkte maßgeblich ankommen: die nicht allein aus Gründen finanzwirtschaftlicher Gestaltung zur Auslagerung der Verschuldung erfolgende, sondern sich aus der dem Sondervermögen obliegenden Sachaufgabe rechtfertigende Kreditfinanzierung und die Erbringung des Schuldendienstes.

Die Rechtfertigung aus einer nicht bloß finanzwirtschaftlichen Funktion des fraglichen Sondervermögens ist im Ausgangspunkt fraglos gegeben. Die DB InfraGO AG ist offenkundig kein Sondervermögen mit allein finanzwirtschaftlicher Funktion und wird bei der Kreditaufnahme ggf. auch nicht im Auftrag und für Rechnung des Bundes tätig, sondern aus eigenem Interesse und Antrieb und zudem auch auf eigene Rechnung zur Förderung der dem Unternehmen obliegenden Sachaufgabe. Die DB InfraGO AG verfolgt den satzungsmäßigen Zweck, Eisenbahninfrastruktur (insbe-

sondere Eisenbahnanlagen und Serviceeinrichtungen) als Wirtschaftsunternehmen unter besonderer Berücksichtigung gemeinwohlorientierter Ziele zu betreiben und übt Tätigkeiten wie Neu- und Ausbau, Instandhaltung und Erneuerung von Eisenbahninfrastruktur etc. aus.

Vgl. näher § 2 der Satzung der DB InfraGO Aktiengesellschaft (abrufbar unter [https://db-watch.de/wp-content/uploads/2024/01/2024\\_Satzung-DB-InfraGO-AG\\_vom-30-11-2023.pdf](https://db-watch.de/wp-content/uploads/2024/01/2024_Satzung-DB-InfraGO-AG_vom-30-11-2023.pdf); abgerufen am 18. Juli 2024).

Der teilweisen Finanzierung dieser Sachaufgabe würde das vom Bund gewährte Darlehen dienen sollen.

Es begründet auch für sich genommen keinen Rechtsmissbrauchsverdacht, dass der Bund die DB InfraGO AG mit einem Kredit zu versorgen beabsichtigt. Der Bund ist nicht gehalten, seinen selbständigen Sondervermögen, soweit sie eine Kreditfinanzierung benötigen, auf eine Kreditaufnahme am Markt zu verweisen. Es ist ein legitimes Finanzierungsinstrument des Bundes, seinen rechtlich selbständigen Unternehmen Darlehen zu gewähren. Staatsschuldenrechtlich schließt das grundsätzlich auch die – ggf. beihilferechtlich zu überprüfende – Möglichkeit zinsvergünstigter oder zinsloser Darlehen ein. Insbesondere ist der Bund nicht, auch nicht durch die staatsschuldenrechtlichen Vorgaben des Art. 115 Abs. 2 GG darauf beschränkt, seine rechtsfähigen Sondervermögen durch schuldenbremsenrelevante Zuschüsse zu finanzieren. Auch ein Nebeneinander von Zuschussgewährungen und Darlehensvergaben durch den Bund an ein Sondervermögen ist nicht von vornherein bedenklich. Das schließt grundsätzlich auch das Recht des Bundes ein, das Finanzierungsregime zu ändern, d.h. eine bisherige Finanzierung über Zuschüsse partiell durch Darlehensgewährung zu ersetzen. Bei der Wahl zwischen diesen gleichermaßen legitimen Finanzierungsoptionen für den Bedarf des Sondervermögens verfügt der Haushaltsgesetzgeber über einen weiten Ermessens- und Entscheidungsspielraum. Dabei impliziert die Entscheidung für eine Darlehensfinanzierung notwendig eine Verlagerung der Verschuldung in das Sondervermögen, die den Entscheidern bewusst ist, ohne dass dies bereits als den Rechtsmissbrauchsvorwurf rechtfertigendes Motiv

In diese Richtung – wie oben gesehen – Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 109 Rn. 121, Art. 115 Rn. 61.

überzeugend entgegengehalten werden könnte.

Maßgeblich kann nur sein, dass die Darlehensgewährung an ein mit einer Sachaufgabe betrautes selbständiges Sondervermögen sich in der näheren Ausgestaltung nicht allein als ein auf die Vermeidung der schuldenbremsenrelevanten staatlichen

Ausgabe zielender „verdeckter“ Zuschuss darstellt, sondern als eine den Charakteristika des Instruments entsprechende Darlehensfinanzierung. Wegen der Einzelfallabhängigkeit und Wertungsoffenheit der Annahme eines Rechtsmissbrauchs, wie sie in den vorgestellten Rechtsprechungs- und Literaturäußerungen zum Ausdruck gekommen ist,

Vgl. oben unter B. II. 3. a.

ist eine verlässliche Formulierung konkreter Anforderungen zur Ausräumung hierauf bezogener Zweifel kaum möglich. Jedoch können verschiedene – hier nur abstrakt anzusprechende – Ausgestaltungsfaktoren in ihrem Zusammenwirken eine Rolle spielen. Zu nennen sind etwa, ohne dass zinsvergünstigte oder auch zinslose Darlehen zwingend ausgeschlossen erscheinen, die Zinsgestaltung, die Laufzeit und die Tilgungsregelung; als problematisch könnte auch etwa eine – einer haushalts-jährlichen Zuschussgewährung sehr nahestehende – periodisch kurzfristig wiederkehrende, regelmäßige Darlehensvergabe sein.

Als ein Indikator für eine Umgehung der staatsschuldenrechtlichen Vorgaben spielt in den einschlägigen Stellungnahmen schließlich eine hervorgehobene Rolle die Übernahme des Schuldendienstes durch den Bund bei von einem selbständigen Sondervermögen bei Dritten aufgenommene Kredit. Wo es um ein vom Bund selbst gewährtes Darlehen geht, wird man das so verstehen müssen, dass der Bund auch nicht indirekt das von ihm gewährte Darlehen selbst bedient, indem er dem Sondervermögen die nötigen Mittel durch Zuschüsse aus seinen Haushaltsmitteln gewährt. Eine missbräuchliche Gestaltung kommt aber auch insoweit allenfalls in Betracht, wenn der Bund auf diese Weise den Schuldendienst vollkommen übernimmt; dass ein Sondervermögen sich teils aus eigenen Einnahmen, teils auch aus Bundeszuschüssen finanziert und ein ihm gewährtes Bundesdarlehen aus diesen gemischt zusammengesetzten, zu einem Teil auch dem Bundeshaushalt entstammenden Einnahmen bedient, begründet noch keine rechtsmissbräuchliche Umgehung. So verhält es sich in Bezug auf die DB InfraGO AG. Es darf – ohne dem im Rahmen dieses Kurzgutachtens detailliert nachgehen zu können – zugrunde gelegt werden, dass die Deutsche Bahn und insbesondere DB InfraGO AG über erhebliche originäre eigene Mittel, die sie namentlich aus der Vermietung von Bahnhofsflächen und Trassennutzungsgebühren von privaten Eisenbahnunternehmen erlangt, verfügt und sich aus diesen Mitteln sowie auch aus verschiedenen Bundeszuschüssen finanziert.

Es liegt auf der Hand, dass der Missbrauchs- oder Umgehungsvorwurf besonders naheliegt, wenn für ein Haushaltsjahr, d.h. in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang eine Reduktion von Bundeszuschüssen und die Gewährung von Dar-

lehen des Bundes an ein Unternehmen des Bundes erfolgen. Insofern muss jedoch eine unzulässige, kurzschlüssige Verkoppelung dieser beiden eigenständig zu beurteilenden Entscheidungen vermieden werden. Der Haushaltsgesetzgeber kann entscheiden, dass er im Zuge von nötigen Prioritätensetzungen einem Sondervermögen bislang gewährte Zuschüsse kürzt oder auch streicht, und es ist eine davon zu trennende Entscheidung, ob er diesem Sondervermögen zur Finanzierung ihm obliegender Aufgaben ein Darlehen gewährt.

Auch in dieser Konstellation trägt der Missbrauchs- oder Umgehungseinwand nicht soweit, die (Um-)Gestaltung finanzieller Beziehungen zwischen Bund und rechtlich selbständigen Sondervermögen, die durch die Entscheidung des Art. 115 Abs. 2 GG für das Rechtsträgerprinzip und die Bereinigung um finanzielle Transaktionen ermöglicht werden, grundsätzlich in Frage zu stellen. Vielmehr gründet dieser Einwand – wie auch von insoweit streng urteilenden Stimmen anerkannt wird –

Vgl. etwa Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (103. EL Januar 2024), Art. 109 Rn. 121.

auf dem Verbot des Rechtsmissbrauchs. Die Beurteilung von Rechtsmissbräuchlichkeit ist zwar in hohem Maße einzelfallabhängig und wertungsoffen, deshalb nur mit verbleibenden Ungewissheiten zu prognostizieren. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kann jedoch nur im Einzelfall zweckwidrigen, offensichtlich missbräuchlichen Umgehungen entgegengehalten werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist insoweit zu beachten, dass dem Gesetzgeber mit den Haushaltsinstrumenten des Darlehens und des Zuschusses zwei gleichermaßen legitime Finanzierungsoptionen zur Verfügung stehen. Vor diesem Hintergrund erscheint im Falle der Gewährung eines Darlehens des Bundes an die DB InfraGO AG das Risiko, dass darin eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung erkannt werden könnte, gut hinnehmbar.

#### **4. Beschränkung auf Kreditfinanzierung von Investitionen Dritter**

Vereinzelt erwogen worden ist, ob eine dem Bund nicht zurechenbare Kreditaufnahme durch von ihm beherrschte juristische Personen an die Bedingung geknüpft werden kann, dass aufgenommene Kredite nur für Investitionen verwendet werden dürfen oder dass die Einnahmen des Nebenhaushalts aus Krediten die Summe der Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten dürfen.

Vgl. hierzu, auch zum Folgenden Hermes/Vorwerk/Beckers, Die Schuldenbremse des Bundes und die Möglichkeit der Kreditfinanzierung von Investitionen – Rechtslage, Ökonomische Beurteilung und Handlungsempfehlungen, IMK STUDY Nr. 70, Okt. 2020, S. 26 f.

Hierfür könnte sprechen, dass die Neufassung des Art. 115 GG nicht hinter die zuvor geltende Staatsschuldenregel des Art. 115 GG a.F., die die Nettokreditaufnahme grundsätzlich durch die veranschlagten Investitionsausgaben begrenzt sah, zurückfallen, sondern eine Verstärkung bewirken sollte. Jedoch findet sich in Art. 115 GG n.F. kein Anhalt für ein Abstellen auf die Höhe der Investitionen, und die Unschärfe des Investitionsbegriffs war gerade einer der Gründe für die Neufassung der Bestimmung. Die neue Schuldenbremse hat sich von der Orientierung an den Investitionen bewusst verabschiedet.

Vgl. dazu, mit kritischem Unterton Falter, Die Schuldenbremse des Grundgesetzes und ihre Umsetzung in den Ländern, 2021, S. 61 f.

Deshalb ist davon auszugehen, dass eine solche Beschränkung verfassungsrechtlich nicht vorgegeben ist.

Auch wenn sie es wäre, stünde dies einer möglichen Kreditvergabe an die DB InfraGO AG, soweit sie der Finanzierung ihrer Investitionstätigkeit zu dienen bestimmt wäre, ohnehin nicht entgegen. Soweit Darlehensmittel der DB InfraGO AG nicht unmittelbar zur Investitionsfinanzierung, sondern etwa zur Ablösung von anderen, der Investitionsfinanzierung dienenden Kreditverbindlichkeiten gewährt würden, würde sich die Frage stellen, ob nicht auch das noch von einer allfälligen Bindung an Investitionszwecke gedeckt wäre. Da eine solche Bindung unter der Geltung von Art. 115 GG n.F. aber nicht anzunehmen ist, dürfte hier ohnehin kein Problem entstehen.

## **5. Beurteilung im Lichte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2023**

Die Frage, ob die Darlehensvergabe an die DB InfraGO AG eine Umgehung der Schuldenbremsenvorgaben darstellt, soll abschließend noch einmal im Lichte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2022 gestellt werden. Dieses hatte insbesondere auch die überjährige Nutzung von Notlagenkrediten im Sinne von Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG, insbesondere auch im Wege der Übertragung auf (rechtlich unselbständige) Sondervermögen, für verfassungsrechtlich unzulässig erklärt.

BVerfG, NVwZ 2023, 1892 Rn. 155 ff., 181 ff.

Anlass zu dieser erneuten Überprüfung gibt die Überlegung, dass auch die – ggf. als finanzielle Transaktion anzuerkennende – Darlehensgewährung in einem Haushaltsjahr Finanzmittel zur Verfügung stellt, ohne dass dies in dem Sinne schuldenbremsenrelevant wäre, dass der Darlehensbetrag als Ausgabe für den (grundsätz-

lich) gebotenen Haushaltsausgleich (Art. 115 Abs. 2 S.1 GG) zu berücksichtigen ist, und dass auch diese durch die Darlehensvergabe bereitgestellten Mittel überjährig nutzbar sind.

Ein entscheidender Unterschied liegt jedoch darin, dass durch die Darlehensvergabe – anders als bei der vom Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 15. November 2023 beurteilten Übertragung von notlagenbedingten Kreditemächtigungen auf ein unselbständiges Sondervermögen – keine notlagenbedingten Kreditspielräume überjährig weitergereicht werden. Eben dies zu verhindern war das Kernanliegen des Urteils. Es wird hier nicht berührt. Die ohne Anrechnung auf die – ggf. durch Kreditaufnahme zu finanzierenden – Ausgaben erfolgende Darlehensvergabe führt nicht dazu, dass in den Folgejahren auf Grund der dann zur Verfügung stehenden Darlehensmittel zusätzliche Ausgaben- und ggf. Kreditfinanzierungsspielräume für den Bundeshaushalt entstünden. Dies bewirken insbesondere auch nicht die Rückzahlungsleistungen des Darlehensnehmers an den Bund, weil nach § 3 Artikel 115-Gesetz – ebenso wie die Ausgaben für die Darlehensvergabe aus den Ausgaben – auch die Einnahmen aus Darlehensrückflüssen aus den Einnahmen herauszurechnen sind; die in nachfolgenden Jahren dem Bundeshaushalt zufließenden Darlehensrückflüsse erhöhen in diesen Jahren also nicht die beim Haushaltsausgleich relevanten Einnahmen und damit auch nicht die Ausgabenspielräume.

Das gilt im Übrigen auch insoweit, wie die DB InfraGO AG sich auch aus Bundeszuschüssen finanziert und ihre Darlehensrückzahlungen nicht vollständig aus originär eigenen Einnahmen, sondern rechnerisch anteilig aus der DB InfraGO AG gewährten Bundeszuschüssen bestritten würden. Die aus dem Bundeshaushalt gewährten Zuschüsse werden in nachfolgenden Jahren jeweils als Ausgaben schuldenbremsenrelevant einzustellen sein; die auch daraus mitfinanzierten Darlehensrückzahlungen gemäß § 3 Artikel 115-Gesetz wären hingegen – wie soeben bereits dargelegt – nicht als für den Haushaltsausgleich relevante Einnahmen zu berücksichtigen. Die Bundeszuschüsse wären also ungeachtet ihres Einfließens in die Darlehensrückzahlung als Ausgaben und damit schuldenbremsenrelevant, Ausgaben- und Kreditaufnahmespielräume verkürzend einzustellen. Auch insoweit ergäbe sich keine unmittelbare Schuldenbremsenrelevanz.

Die Bedienung des Darlehens unter Inanspruchnahme von Zuschüssen aus dem Bundeshaushalt kann danach allenfalls potentielle und indirekte Relevanz für die Schuldenbremse dadurch haben, dass künftige Bundeszuschüsse zu diesem Zweck in die Haushalts- und Finanzplanung der nachfolgenden Jahre eingestellt werden müssen. Das kann zur Folge haben, dass in entsprechend erhöhtem Umfang von der zulässigen Kreditaufnahme in Höhe von 0,35 % des BIP (der sog. Strukturkom-

ponente des Art. 115 Abs. 2 S. 2 GG) oder auch der konjunkturabhängigen Neuverschuldungskompetenz (der sog. Konjunkturkomponente des Art. 115 Abs. 2 S. 3 GG) Gebrauch gemacht werden muss; denkbar ist auch, dass im Falle des Eintritts einer Naturkatastrophe oder außergewöhnlichen Notlage u.U. eher eine erhebliche Beeinträchtigung der staatlichen Finanzlage eintritt und eine notlagenbedingte Kreditaufnahme gerechtfertigt ist. Doch sind die Folgen, wie sie auch anderen finanzwirksamen Entscheidungen mit Ausstrahlung auf nachfolgende Haushaltsjahre eigen sind.

### **III. Zur Zulässigkeit einer Darlehensvergabe aus dem Bundeshaushalt 2025 an die Autobahn GmbH**

Die Relevanz der Frage nach der finanzverfassungsrechtlichen Beurteilung einer Darlehensvergabe an die Autobahn GmbH ist zunächst abhängig von der einfachrechtlichen Vorfrage, ob die Autobahn GmbH zur Annahme eines Darlehens des Bundes berechtigt ist. Dem könnte § 7 Abs. 1 InfrGG (Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen [Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz – InfrGG]) vom 14. August 2017

BGBl. I S. 3122, 3141).

entgegenstehen.

§ 7 Abs. 1 InfrGG

(1) Der Bund stellt der Gesellschaft privaten Rechts die für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung erforderlichen Mittel aus dem Gebührenaufkommen nach dem Bundesfernstraßenmautgesetz und dem Infrastrukturabgabengesetz in der jeweils geltenden Fassung anteilig für das in ihrer Zuständigkeit befindliche Streckennetz zur Finanzierung der ihr obliegenden Aufgaben aus dem Bundeshaushalt zur Verfügung. Ergänzend kann der Bund zur Finanzierung der in Satz 1 genannten Aufgaben weitere Haushaltsmittel zur Verfügung stellen. Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, Kredite am Markt aufzunehmen. Notwendige Liquiditätshilfen gewährt der Bund nach Maßgabe des Haushaltsgesetzes.

Nur wenn das Kreditaufnahmeverbot – was hier nicht vertieft zu untersuchen ist – allein Kreditaufnahmen am Markt, nicht aber Kreditaufnahmen im Verhältnis zum Bund ausschließt, stellt sich aktuell die Frage; ansonsten bedürfte es einer solche Kreditaufnahmen ermöglichenden Änderung der einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen.

Die finanzverfassungsrechtliche Beurteilung kann an die Ausführungen zur DB InfraGO AG anknüpfen und sich auf ergänzende Bemerkungen beschränken.

## 1. Rechtsträgerprinzip und finanzielle Transaktion

Auch für eine Kreditvergabe des Bundes an die Autobahn GmbH gilt zunächst, dass das Darlehen der Autobahn GmbH wegen des Rechtsträgerprinzips nicht als Kreditaufnahme des Bundes im Sinne von Art. 115 Abs. 2 GG gilt und die Darlehensvergabe für den Bundeshaushalt als finanzielle Transaktion im Sinne von Art. 115 Abs. 2 S. 5 GG, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 3 Artikel 115-Gesetz nicht schuldenbremsenrelevant ist. Die dort geforderte Werthaltigkeit des vom Bund gewährten Darlehens, d.h. die Verlässlichkeit seiner Rückzahlung ist bei der Autobahn GmbH - anders als bei der DB InfraGO AG – zwar nicht durch größere eigene Einnahmen sichergestellt; der auf ihre Aufgabenerfüllung bezogene Finanzierungsanspruch gegen den Bund gemäß § 7 Abs. 1 S.1 InfrGG garantiert der Autobahn GmbH jedoch auch die zur Bedienung des Darlehens benötigten Mittel.

Dazu, ob diese – formal genügende – Sicherstellung der Bedienung des Darlehens auch unter dem Aspekt einer eventuell rechtsmissbräuchlichen Gestaltung akzeptabel ist, vgl. unten unter B. III. 2. c.

## 2. Schuldenbremsenrelevanz wegen Rechtsmissbrauch?

Auch in Bezug auf die Autobahn GmbH stellt sich die Frage, ob die – partiell an die Stelle von Zuschüssen des Bundes tretende – Darlehensfinanzierung sich im Einzelfall als rechtsmissbräuchliche Umgehung der staatsschuldenrechtlichen Vorgaben des Art. 115 Abs. 2 GG darstellt und deshalb als schuldenbremsenrelevant anzusehen ist. Als für die Beurteilung maßgeblich sind unter Rückgriff auf vorhandene Rechtsprechung und Literatur auch hier die beiden – inhaltlich miteinander verknüpften – Gesichtspunkte, nämlich die nicht allein aus Gründen finanzwirtschaftlicher Gestaltung zur Auslagerung der Verschuldung erfolgende, sondern sich aus der dem Sondervermögen obliegenden Sachaufgabe rechtfertigende und den Charakteristika dieses Instruments entsprechende Kreditfinanzierung und die Erbringung des Schuldendienstes, zugrunde zu legen. Insoweit bleiben ergänzend einige Besonderheiten in Bezug auf die Autobahn GmbH zu erörtern.

### a. Sachaufgabe der Autobahn GmbH

Auch die Autobahn GmbH ist keine reine Finanzierungseinrichtung, sondern eine Gesellschaft, der im Wesentlichen die Erledigung von Sachaufgaben übertragen ist. Ihre Sachaufgaben haben ihre zentrale Rechtsgrundlage in § 5 Abs. 1 S. 2 InfrGG

§ 5 Abs. 1 S. 2 InfrGG

Gegenstand der Gesellschaft privaten Rechts sind die übertragenen Aufgaben des Bundes der Planung, des Baus, des Betriebs, der Erhaltung, der vermögensmäßigen Verwaltung und der Finanzierung der Bundesautobahnen.

sowie näher ausgeführt im Gesellschaftsvertrag.

#### § 2 Abs. 2 Gesellschaftsvertrag für Die Autobahn GmbH des Bundes

Gegenstand des Unternehmens ist

1. die Planung, der Bau, der Betrieb, die Erhaltung, die vermögensmäßige Verwaltung und die Finanzierung der Bundesautobahnen nach Maßgabe von §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz („InfrGG“), unbeschadet der Aufgaben, die dem Fernstraßen-Bundesamt („FBA“) nach § 2 Fernstraßen-Bundesamt-Errichtungsgesetz („FStrBAG“) obliegen oder durch oder auf Grund eines Gesetzes zugewiesen werden,
2. die Planung, der Bau, der Betrieb, die Erhaltung, die vermögensmäßige Verwaltung und die Finanzierung der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs, sofern diese auf Antrag eines Landes und soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen nach Artikel 90 Abs. 4 oder Artikel 143e Abs. 2 des Grundgesetzes in Bundesverwaltung übernommen werden, und
3. das Finanzmanagement für die Bundesfernstraßen (insbesondere Durchführung des Zahlungsverkehrs im Zusammenhang mit Neubau, Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung von Bundesfernstraßen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt).

Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung durch Einschaltung einer bloßen Finanzierungseinrichtung liegt daher fern.

- b. Darlehensvergabe als grundsätzlich zulässiges, gleichberechtigtes Finanzierungsinstrument

Die Darlehensvergabe ist auch in diesem Anwendungszusammenhang ein grundsätzlich zulässiges, als gleichermaßen legitim neben der Zuschussgewährung stehendes Instrument zur Finanzierung eines mit einer Sachaufgabe betrauten rechtsfähigen Sondervermögens. Als rechtsmissbräuchlich kann die Wahl dieses Instruments solange nicht bezeichnet werden, wie die Darlehensgewährung sich in der näheren Ausgestaltung nicht allein als ein auf die Vermeidung der schuldenbremenrelevante staatlichen Ausgabe zielender „verdeckter“ Zuschuss darstellt, sondern als eine den Charakteristika des Instruments entsprechende Darlehensfinanzierung.

Vgl. oben unter B. II. 3. b.

Einer die Charakteristika des Instruments der Darlehensgewährung während der Ausgestaltung einer Darlehensfinanzierung durch den Bund an die Autobahn GmbH könnte der Vorwurf einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung schwerlich entgegengehalten werden.

c. Bedienung der Schulden

Die ansonsten gut begründbar erscheinende Zulässigkeit einer Kreditfinanzierung von Tätigkeiten der Autobahn GmbH durch den Bund steht jedoch vor einem besonderen Problem im Hinblick auf die Bedienung eines solchen Kredits. Nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung verfügt die Autobahn GmbH über keine eigenen Einnahmen. Die als Einnahmequelle u.U. in Betracht kommenden Einnahmen aus der Lkw-Maut stehen nicht der Autobahn GmbH, sondern dem Bund als Gläubiger zu (§ 2 Abs. 2 Bundesfernstraßenmautgesetz – BFStrMG). Die Geschäftstätigkeit der Autobahn GmbH wird nach § 7 Abs. 1 InfrGG durch Zuschüsse des Bundes finanziert, die vornehmlich dem – dem Bund zustehenden – Gebührenaufkommen nach dem Bundesfernstraßenmautgesetz,

Das in § 7 Abs. 1 S.1 InfrGG weiter genannte Infrastrukturabgabengesetz ist durch Art. 5 des Dritten Gesetzes zur Änderung mautrechtlicher Vorschriften (BGBl. 2023 I Nr. 315) mit Wirkung zum 25.11.2023 aufgehoben worden.

ergänzend auch sonstigen Haushaltsmitteln entstammen. Ein vom Bund gewährtes Darlehen könnte die Autobahn GmbH danach nur aus Mitteln bedienen, die ihrerseits dem Bundeshaushalt entstammen. Eine Darlehensgewährung fügt sich deshalb in die bisherige gesetzliche Regelung der Finanzierung der Autobahn GmbH, die diese – abgesehen von den Möglichkeiten der ÖPP – ganz an die Gewährung von Zuschüssen des Bundes knüpft, nicht bruchlos ein. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass die partielle Ersetzung von Bundeszuschüssen durch ein Darlehen des Bundes, welches wiederum mit aus Bundeszuschüssen entstammenden Mitteln bedient würde, als ein Umgehungsgeschäft zur Vermeidung staatschuldenrechtlicher Begrenzungen angegriffen würde. Angesichts des Umstands, dass in den einschlägigen Stellungnahmen die Übernahme des Schuldendienstes durch den Bund für ein von einem selbständigen Sondervermögen aufgenommenes Darlehen – zumeist bei Hinzutreten weiterer Umstände, vereinzelt aber auch für sich genommen – regelmäßig eine starke Rolle für die Annahme rechtsmissbräuchlicher Gestaltungen spielt,

Vgl. oben unter B. II. 3.a.

besteht ein nicht unbeträchtliches Risiko, dass bei einem vom Bund gewährten Darlehen dessen vollständige (indirekte) Bedienung aus Bundeszuschussmitteln als eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung angesehen würde.

Dieses Risiko würde erheblich gemindert, wenn die Autobahn GmbH nicht ausschließlich über Bundeszuschüsse finanziert würde, sondern zumindest auch über nennenswerte originär eigene Einnahmen verfügte.

Vgl. oben unter B. II. 3. b. zur DB InfraGO AG.

Es würde deshalb rechtliche Risiken deutlich reduzieren, wenn vor der Gewährung eines Bundesdarlehens an die Autobahn GmbH dieser durch Änderungen der einschlägigen einfachgesetzlichen Regelungen Zugang zu originär eigenen Einnahmen eröffnet würde. In welcher Weise das geschehen könnte und zur Reduktion des Rechtsmissbrauchsrisikos beitragen würde, wäre ggf. noch näher zu untersuchen. Vorstellbar, im Hinblick auf die grundgesetzlich garantierte Eigentümerstellung des Bundes an den Bundesautobahnen und Bundesfernstraßen (Art. 90 Abs. 1 S. 1 GG, für deren Benutzung die Maut erhoben wird, zu überprüfen wäre die gesetzliche Verleihung der Gläubigerstellung für jedenfalls einen Teil der Mauteinnahmen nach dem Bundesfernstraßenmautgesetz; eine solche Regelung könnte eine Beurteilung analog zu der zur DB InfraGO AG ermöglichen. Alternativ vorstellbar wäre die gesetzliche Verankerung eines gegen den Bund gerichteten Anspruchs der Autobahn GmbH auf Weiterleitung von Mauteinnahmen aus dem Bundeshaushalt, wodurch die Bedienung eines Darlehens des Bundes durch die Autobahn GmbH zwar immer noch aus ursprünglichen Bundesmitteln erfolgte, aber nicht mehr so unmittelbar mit der haushaltsjährlichen Gewährung von Zuschüssen im Haushaltsgesetz als der alternativen Finanzierungsoption verkoppelt wäre; das könnte den Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Übergangs von der bisherigen Zuschuss- zu einer partiellen Darlehensfinanzierung maßgeblich abschwächen. Ein solcher Schritt könnte u.U. schon dadurch nahegelegt sein, dass eine Änderung der einfachgesetzlichen Finanzierungsregelungen möglicherweise schon erforderlich ist, um der Autobahn GmbH die Aufnahme eines Darlehens beim Bund zu gestatten und rechtlich wie ökonomisch zu ermöglichen.

Vgl. oben unter B. III. vor 1.

## C. Schluss

Die wesentlichen Ergebnisse der vorstehenden kurzgutachtlichen Überlegungen zu den drei einleitend wiedergegebenen Fragenkomplexen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- (1) Die Antwort auf die Frage nach dem Umgang mit Restmittel und Zinserträgen auf dem Zuschussverrechnungskonto der KfW für die Abwicklung der Gaspreisbremse ist finanzverfassungsrechtsdogmatisch schwierig zu beantworten. Als maßgebliche Norm für den insoweit für die Mittelverwendung verantwortlichen Bund kommt insoweit Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG in Betracht. Ob diese Bestimmung nicht nur für die Haushaltsplanung, sondern auch im Haushaltsvollzug Bindungswirkung im Hinblick auf die notlagenbezogene Zweckbindung der aufgenommenen Mittel entfaltet, ist ungeklärt und kann im Rahmen dieses Kurzgutachtens nicht vertieft untersucht werden.

Eine Risikoabschätzung vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2023, das unmittelbar nur der Haushaltsplanung gilt, dessen zentrale Sachanliegen, die Sicherung sachlicher und zeitlicher Konnexität zwischen Notlagenfeststellung und Mittelverwendung, hier aber im Haushaltsvollzug tangiert werden, lässt es angeraten erscheinen, jedenfalls die Restmittel nicht den allgemeinen Haushaltsmitteln zuzuführen, sondern sie nach Möglichkeit zur vorzeitigen bzw. überobligationsmäßigen Tilgung des Notlagenkredits einzusetzen. Bezüglich der Zinserträge ist die Beurteilung weniger eindeutig, doch besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass das Bundesverfassungsgericht dem Haushaltsgesetzgeber die Zuführung dieser Zinserträge zu den strukturellen Einnahmen – sozusagen als Prämie auf die Aufnahme von ex post betrachtet der Höhe nach nicht erforderlichen Notfallkrediten – nicht zugestehen würde, sondern darin einen unerwünschten Anreiz, die Notfallkreditaufnahme (zu) großzügig bemessen, und darin wiederum eine Schwächung der Wirkung der Schuldenbremse sehen könnte.

- (2) Im Falle der Gewährung eines Darlehens des Bundes an die DB InfraGO AG wäre die Darlehensschuld der DB InfraGO AG als eines rechtsfähigen Sondervermögens des Bundes auf Grund des sog. Rechtsträgerprinzips keine nach Art. 115 Abs. 2 GG schuldenbremsenrelevante Kreditaufnahme des Bundeshaushalts. Für den Bundeshaushalt selbst handelt es sich nach Art. 115 Abs. 2 S. 5 GG, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 3 Artikel 115-Gesetz um eine finanzielle Transaktion, die nicht schuldenbremsenrelevant ist.

Mit den Haushaltsinstrumenten Darlehen und Zuschuss stehen dem Gesetzgeber zwei gleichermaßen legitime Finanzierungsoptionen zur Verfügung,

über deren Einsatz er nach eigenem (pflichtgemäßen) Ermessen unter Abwägung aller bei der Haushaltsaufstellung relevanten Sachverhalte entscheiden kann. Daher ist auch eine Darlehensfinanzierung im Verhältnis des Bundes zu einem rechtsfähigen Sondervermögen bzw. Unternehmen ein grundsätzlich zulässiges Finanzierungsinstrument. Schuldenbremsenrelevant wird sie wegen eines darin zu erkennenden Umgehungs- und Missbrauchstatbestand erst bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme. Die Beurteilung, wann im Einzelfall eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung vorliegt, ist in hohem Maße wertungsoffen. Grundsätzlich kommt es darauf an, dass die – partiell an die Stelle von Zuschüssen des Bundes tretende – Darlehensfinanzierung sich in ihrer näheren sachlichen Ausgestaltung nicht allein als ein auf die Vermeidung der schuldenbremsenrelevante staatlichen Ausgabe zielender „verdeckter“ Zuschuss darstellt, sondern als eine und den Charakteristika des Instruments entsprechende Darlehensfinanzierung; hierfür können etwa die Bemessung des Darlehens, die Zinshöhe, die Laufzeit bedeutsam sein. Ausgehend von der Annahme, dass die Deutsche Bahn bzw. insbesondere die DB InfraGO AG sich zu einem erheblichen Teil aus eigenen Einnahmen und im Übrigen aus diversen Bundeszuschüssen finanziert, dürfte die Bedienung des Darlehens aus diesen gemischt zusammengesetzten, zu einem Teil auch dem Bundeshaushalt entstammenden Einnahmen noch keine rechtsmissbräuchliche Umgehung begründen.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2023 gibt keinen Anlass zu einer strengeren Beurteilung der Darlehensvergabe.

- (3) Die Gewährung eines Darlehens des Bundes an die Autobahn GmbH setzt u.U. – dies zu klären ist nicht Aufgabe des vorliegenden finanzverfassungsrechtlichen Kurzgutachtens – eine Änderung von § 7 Abs. 1 InfrGG voraus, um der Autobahn GmbH die Aufnahme eines solchen Darlehens zu gestatten.

Finanzverfassungsrechtlich wäre zunächst auch ein solches Darlehen nach dem Rechtsträgerprinzip keine nach Art. 115 Abs. 2 GG schuldenbremsenrelevante Kreditaufnahme des Bundeshaushalts und für den Bundeshaushalt selbst eine finanzielle Transaktion gemäß Art. 115 Abs. 2 S. 5 GG, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 3 Artikel 115-Gesetz, damit grundsätzlich nicht schuldenbremsenrelevant.

Dem Einwand einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung staatsschuldenrechtlicher Bindungen durch die Darlehensgewährung – partiell an Stelle bisheriger Gewährung von Bundeszuschüssen – steht auch bei der Autobahn GmbH entgegen, dass das Darlehen der Finanzierung einer dieser ob-

liegenden Sachaufgabe zu dienen bestimmt wäre. Ein nicht unerhebliches rechtliches Risiko folgt jedoch aus dem Umstand, dass die Autobahn über keine originär eigenen Einnahmen verfügt, sondern ausschließlich über Bundeszuschüsse finanziert wird; ein vom Bund gewährtes Darlehen, das (indirekt) vollständig aus Bundeszuschussmitteln bedient würde, unterläge nach den vorliegenden Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur einem beträchtlichen Risiko, als eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung angesehen zu werden. Dieses rechtliche Risiko würde vermindert, wenn vor der Gewährung eines Bundesdarlehens an die Autobahn GmbH dieser durch Änderungen der einschlägigen einfachgesetzlichen Regelungen – die möglicherweise schon erforderlich sind, um der Autobahn GmbH die Aufnahme eines Darlehens beim Bund zu gestatten – Zugang zu nennenswerten originär eigenen Einnahmen eröffnet würde.

Bielefeld, den 26. Juli 2024

Prof. Dr. Joh. Hellermann