

Anna Fuchs-Keller  
Rechtsanwältin

Jan Matthias Hesse  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Medizinrecht

Bernhard Ludwig  
Rechtsanwalt

Kernerplatz 2  
70182 Stuttgart

[info@anwaltskanzlei-keller.de](mailto:info@anwaltskanzlei-keller.de)

Fon 0711-22 02 16 90

Fax 0711-22 02 16 91

[www.anwaltskanzlei-keller.de](http://www.anwaltskanzlei-keller.de)

Datum: 11. Juli 2011

## **Rechtsgutachterliche Stellungnahme**

**Nichtigkeit der im Finanzierungsvertrag Stuttgart 21 vom  
2. April 2009 vereinbarten Finanzierungsbeiträge des Landes  
und der Landeshauptstadt Stuttgart wegen Verstoß gegen  
Art. 104 a Absatz 1 Grundgesetz**

von Rechtsanwalt Bernhard Ludwig

## A.

### Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die vertragliche Verpflichtung des Landes und der Landeshauptstadt Stuttgart, das Projekt Stuttgart 21 mitzufinanzieren<sup>1</sup> ist wegen Verstoßes gegen Art. 104 a Abs. 1 GG iVm. § 59 VwVfG nichtig.
2. Art. 104 a Abs. 1 GG gebietet, dass der Aufgabenträger die Ausgabenlast trägt und verbietet Mischfinanzierungen, soweit sie im Grundgesetz nicht vorgesehen sind. Die Gutachter (Dolde, Dolde/Porsch und Meyer) sind sich einig, dass für den Bau der Schieneninfrastruktur der Eisenbahnen des Bundes – einschließlich Bahnhöfen – allein der Bund die Verwaltungszuständigkeit hat. Stuttgart 21 ist ein Projekt der Schieneninfrastruktur, das in die Zuständigkeit des Bundes fällt (dazu unter C.I, S. 13). Im Grundgesetz ausdrücklich geregelte Ausnahmen vom Verbot der Mischfinanzierung sind nicht einschlägig (C.II.1; S. 14).
3. Die Rechtsfigur der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“ im Sinne einer eigenen, ungeschriebenen Mitfinanzierungskompetenz findet in der Rechtsprechung keine Stütze und wird auch von der Mehrheit in der Literatur abgelehnt (C.II.2; S. 14).
4. Bei faktischer Überschneidung verschiedener Bundes- und Landesaufgaben bei einem Gegenstand wird eine Mitfinanzierungskompetenz im Sinne einer Kostenaufteilung von den Gutachtern Dolde und Dolde/Porsch für zulässig gehalten (C.II.3; S. 15) und ebenfalls als „unechte Gemeinschaftsaufgabe“ bezeichnet.
5. Das als Stütze herangezogene Urteil des BVerwG vom 15.03.1989<sup>2</sup> ist dafür weder Präjudiz noch einschlägig. Dort war die Gemeinde zur Schülerbeförderung gesetzlich verpflichtet, und die Bahn hat ihr diese Aufgabe in einer „Art von Amtshilfe“ abgenommen. Hier ist das Land weder verpflichtet noch nach Art. 87 e Abs. 4 GG befugt, und die DB AG leistet für das Projekt auch keine „Art von Amtshilfe“. Zudem war Streitgegenstand des Urteils die Pflicht zur Zahlung von *Betriebskosten* für den *Betrieb* von zwei Schülerzügen und eines Haltepunktes im Jahr 1980. Mit der Bahnreform 1993 wurde durch Art. 87 e Abs. 4 GG den Ländern die Kompetenz für das Verkehrsangebot im SPNV (den *Betrieb*), und dem Bund für das Schienennetz der Eisenbahnen des Bundes zugewiesen. Die Entscheidung des BVerwG steht damit in Einklang. Sie kann nicht auf Fälle von Investitionen ins Schienennetz des Bundes durch die Länder übertragen werden (C.II.3.a); S. 15).
6. Es liegt kein anderer Fall einander überschneidender Kompetenzen bei der Aufgabenwahrnehmung im Hinblick auf eine Maßnahme vor. Zwar sind das Land für die Wirtschaftsförderung und das Verkehrsangebot im SPNV und die Stadt zusätzlich auch für den Städtebau allgemein zuständig. Im Bereich des SPNV besteht eine Zuständigkeit nur für den *Betrieb*, nicht das Netz. Ist die Zuständigkeit für eine bestimmte Aufgabe einem Verwaltungsträger zugewiesen, ist ein Rück-

<sup>1</sup> § 6 Abs. 1 b) und § 8 Abs. 3 b), e) iVm. Ziff. II der Ergänzungsvereinbarung vom 05.10.2007.

<sup>2</sup> Az.: 7 C 42/87; BVerwGE 81, 312.

griff auf allgemeine Kompetenzen versperrt. Die Zuständigkeit für Investitionen in das Schienennetz ist überschneidungsfrei dem Bund zugewiesen (lex specialis Art. 87 e Abs. 4 GG) und umfasst im Rahmen der Planfeststellung auch die Berücksichtigung der Belange des SPNV, der Wirtschaftsförderung und der Stadtentwicklung (§ 18 Satz 2 AEG). Misch- und Doppelzuständigkeiten sind wegen des verfassungsrechtlichen Gebots einer klaren und widerspruchsfreien Kompetenzordnung grundsätzlich unzulässig und können – soweit sie nicht ausdrücklich normiert sind – nicht durch Auslegung begründet werden (C.II.3.b); S. 17).

7. Selbst wenn der Ansicht von Dolde und Dolde/Porsch gefolgt würde, lägen die Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Bemessung der Höhe der Finanzierungsanteile von Stadt und Land nicht vor (D; S. 20). Nach der Schülerbeförderungentscheidung des BVerwG muss die Höhe des Finanzierungsanteils dem Maß der Aufgabenverantwortung entsprechen (D.I; S. 20). Damit unvereinbar ist bereits das von Dolde konstruierte Wahlrecht, die Höhe des Anteils entweder an den ersparten Aufwendungen oder am „Interesse“ des Landes zu bemessen (D.I.1.a); S. 21).
8. Der von Dolde angenommene Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum bei der Bemessung der Anteilshöhe besteht nicht. Ein Beurteilungsspielraum kommt selbst dem Gesetzgeber bei der Bestimmung von Doppel- und Mischzuständigkeiten insbesondere im bundesstaatlichen Gefüge nicht zu (vgl. jüngst BVerfG, Ur. v. 20.12.2007 - 2 BvR 2433/04 – Job-Center). Die gesetzlichen Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums liegen auch nicht vor (D.I.1.b); S. 22).
9. Jedenfalls wurden die Grenzen eines etwaigen Beurteilungsspielraums überschritten (D.I.2; S. 24). Es fehlt bereits an einer nachvollziehbaren Sachverhaltsermittlung. Auch eine nachvollziehbare Abgrenzung zu den vom Bund zur Verfügung gestellten Mitteln, die für den SPNV bestimmt sind, ist nicht erfolgt. Das Land hat sich bei der Bemessung seiner Anteile von dem sachfremden Kriterium leiten lassen, die Wirtschaftlichkeit des Projekts für die DB AG im Sinne einer internen Verzinsung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 7,5% zu gewährleisten (D.I.2.c); S. 26). Die Höhe der Anteile des Landes nimmt im historischen Verlauf der Fortschreibung der Verträge und Kostenberechnungen erheblich zu, ohne dass sich das Maß seiner Aufgabe erhöht hätte; gleiches gilt für den erheblich erhöhten Anteil des Landes am Risiko von Kostensteigerung gegenüber dem Regelbeitrag (D.I.2.d); 27).

## Gliederung

<b>A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>	<b>2</b>
<b>B. Sachverhalt .....</b>	<b>6</b>
I. Stuttgart 21 im Bedarfsplan für die Bundesschienenwege.....	6
II. Die Bindung des Landes an das Projekt.....	6
1. Rahmenvereinbarung 1995 .....	6
a) Grundstückserlöse .....	6
b) Risikobeteiligung .....	7
2. Vereinbarung zur weiteren Zusammenarbeit vom 24.07.2001 .....	7
a) Beiträge des Landes .....	7
b) Beteiligung der Flughafen Stuttgart GmbH.....	8
c) Beiträge der LHS.....	8
d) Weitere Risikobeteiligung von LHS und Land bei geänderter Wirtschaftlichkeitsberechnung der DB AG .....	8
3. Grundstückskaufvertrag vom 21.12.2001 .....	8
4. Vereinbarungen von 2007.....	9
a) Memorandum of Understanding .....	9
b) Verzicht der LHS auf Verzugszinsen für Grundstückskaufpreis mit notariellem Vertrag vom 05.10.2007 .....	9
c) Ergänzungsvereinbarung vom 05.10.2007 .....	10
5. Vereinbarungen vom 02.04.2009.....	10
a) Gemeinsame Erklärung.....	10
b) Finanzierungsvertrag Stuttgart 21 .....	10
6. Finanzierungsbeiträge der Projektpartner .....	11
a) Finanzierungsbeiträge nach § 6 und § 8 FinV .....	11
b) Weitere Beiträge der LHS und des FHS.....	12
aa) Beiträge der LHS.....	12
bb) Beiträge des FHS.....	12
<b>C. Unzulässigkeit der Mischfinanzierung und unechte Gemeinschaftsaufgaben .....</b>	<b>13</b>
I. Regelungsgehalt des Art. 104a Abs. 1 GG.....	13
1. Prüfungsmaßstab: Verwaltungszuständigkeit .....	13
2. Anwendung.....	14
II. Keine Ausnahme zugunsten einer Mischfinanzierung einschlägig.....	14
1. Geregelter Ausnahmen sind nicht einschlägig .....	14
2. Mischfinanzierungen auf Basis ungeschriebener Gemeinschaftsaufgaben .....	14
3. Mischfinanzierung bei faktischer Aufgabenüberschneidung.....	15
a) Keine Übertragbarkeit von BVerwGE 81, 312 .....	15
aa) Keine „Art von Amtshilfe“.....	15
bb) Keine „Betriebskosten“ .....	16
cc) Zwischenergebnis .....	17
b) Keine Aufgabenüberschneidung .....	17

aa)	Behauptete Mitzuständigkeiten von LHS und Land .....	17
bb)	Keine konkrete Aufgabenüberschneidung .....	17
4.	Keine Befugnis aus § 9 BSchwAG .....	19
<b>D.</b>	<b>Hilfsweise: Fehlerhafte Anwendung des Ausnahmetatbestandes der unechten Gemeinschaftsaufgabe .....</b>	<b>20</b>
I.	Finanzierungsanteil muss dem Aufgabenanteil entsprechen .....	20
1.	Prüfungsmaßstab .....	20
a)	Kein Wahlrecht der Bezugsgröße für die Bemessung der Finanzierungsanteile .....	21
b)	Kein Beurteilungsspielraum zur Ermittlung der verfassungskonformen Finanzierungsanteile .....	22
c)	Zwischenergebnis .....	24
2.	Hilfsweise: Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums .....	24
a)	Fehlerhaftes Verständnis des „Gesetzesbegriffs“ .....	25
b)	Keine Sachverhaltsermittlung .....	25
c)	Sachfremdes Kriterium der Wirtschaftlichkeit für die DB AG .....	26
d)	Widersprüchlichkeit der gewählten Quoten .....	27
<b>E.</b>	<b>Rechtsfolge .....</b>	<b>30</b>
I.	Öffentlich-rechtlicher Vertrag .....	30
II.	Rechtsfolge für vertragliche Pflichten: Nichtigkeit .....	30
III.	Rechtsfolge für Gemeinderatsbeschlüsse .....	30

## **B.**

### **Sachverhalt**

#### **I. Stuttgart 21 im Bedarfsplan für die Bundesschienenwege**

Das Projekt Stuttgart 21 ist Teil der Aus- und Neubaustrecke Stuttgart-Augsburg. Sie wird im Bedarfsplan für die Bundesschienenwege (Anlage zu § 1 Abs. 1 BSchWAG, lfd. Nr. 20<sup>3</sup>) als Maßnahme des vordringlichen Bedarfs geführt.<sup>4</sup> Auch im Bundesverkehrswegeplan 2003 ist die Neu- und Ausbaustrecke Stuttgart-Ulm-Augsburg einschließlich Einbindung in den Knoten Stuttgart ausgewiesen (unter „laufende und fest disponierte Vorhaben“ als Projekt Nr. 20 – S. 54). Die Feststellung des Bedarfs im Bedarfsplan ist auch für die Planfeststellung nach § 18 AEG verbindlich (§ 1 Abs. 2 BSchWAG). Die Bundesregierung ist indes der Auffassung, bei Stuttgart 21 handele es sich nicht um ein Projekt des Bedarfsplans für die Schienenwege des Bundes,<sup>5</sup> das auch nicht notwendig mit der NBS Wendlingen-Ulm verknüpft sei.<sup>6</sup>

#### **II. Die Bindung des Landes an das Projekt**

Die Beteiligung der Landeshauptstadt Stuttgart (im Folgenden: LHS) am Projekt Stuttgart 21 ergibt sich insbesondere aus folgenden Vereinbarungen und Gemeinde-ratsbeschlüssen:

##### **1. Rahmenvereinbarung 1995**

Am 07.11.1995 wurde zwischen der Deutschen Bahn AG (im Folgenden: DB AG), der Bundesrepublik Deutschland, dem Land Baden-Württemberg, dem Verband Region Stuttgart sowie der LHS eine Rahmenvereinbarung zum Projekt Stuttgart 21 geschlossen. Der Gemeinderat der LHS hat ihr mit Beschluss vom 30.11.1995 zugestimmt (GRDrs 605/1995). In dieser Vereinbarung wurde die finanzielle und planerische Beteiligung der LHS wie folgt geregelt:

##### **a) Grundstückserlöse**

In § 3 Abs. 4 wurden Grundstückserlöse zugunsten der DB AG in Höhe von 2.175 Mio. DM zugrunde gelegt. In § 4 Abs. 1 verpflichtete sich die LHS für das Gebiet Bebauungspläne aufzustellen, die diese Erlöse ermöglichen sollten und in Abs. 2 Schadenersatz bei von ihr zu vertretender Zielverfehlung zu leisten. In Abs. 3 sicherten sich Land und LHS eine Kaufoption für die Grundstücke zu den Preisen zu, die der Ermittlung der Grundstückserlöse

<sup>3</sup> BGBl. I. S. 1874, zuletzt geändert durch VO vom 31.10.2006, BGBl. I. S. 2407.

<sup>4</sup> Vgl. auch VGH Mannheim, Ur. v. 06.04.2006 – 5 S 848/05, Rn. 37, der den Knoten Stuttgart selbst wohl nicht dem vordringlichen Bedarf zuordnet.

<sup>5</sup> Antwort der Bundesregierung auf die Parlamentarische Anfrage im Bundestag BT-Drs. 17/955, S. 2 zu den Fragen 3 bis 5 vom 08.03.2010.

<sup>6</sup> Fußn. 5, S. 2 zu Frage 6: Antwort der Bundesregierung auf die Frage, ob „die Realisierung des NBS Wendlingen-Ulm gefährdet sein, wenn Stuttgart 21 nicht realisiert würde“: „Nein“.

nach § 3 Abs. 4 zugrunde liegen, wobei sich im Falle einer erst nach dem Kauf erfolgenden zur Verfügung Stellung der Grundstücke der Kaufpreis um die Zwischenfinanzierungskosten für den Zeitraum von der Kaufpreiszahlung bis zur Verfügbarmachung der Flächen reduzieren sollte.

## **b) Risikobeteiligung**

In § 3 Abs. 5 erklärte sich die LHS zusammen mit dem Land an einer Beteiligung an Mehrkosten bis zu einem Betrag von 170 Mio. DM mit einer Quote von 1/3 bereit.

## **2. Vereinbarung zur weiteren Zusammenarbeit vom 24.07.2001**

Unter dem 24.07.2001 schlossen die Deutsche Bahn AG, das Land Baden-Württemberg, der Verband Region Stuttgart sowie die LHS eine „Vereinbarung zur weiteren Zusammenarbeit zur Realisierung der Projekte Stuttgart 21 und NBS Wendlingen-Ulm“ (sog. *Realisierungsvereinbarung*). Der Gemeinderat der LHS stimmte der Unterzeichnung der Vereinbarung mit Beschluss vom 12.07.2001 zu (GRDRs 664/2001).

Nachdem die DB AG ihre Wirtschaftlichkeitsrechnung aktualisiert hatte, war eine Nachfinanzierung notwendig geworden. Um den damals „*geänderten finanziellen Rahmenbedingungen*“ der Bahn gerecht zu werden und „*die Risiken aus der Realisierung des Projektes im Rahmen des jeder Partei wirtschaftlich zumutbaren*“ zu halten (vgl. Vorbem.), sollten Land, Flughafen Stuttgart GmbH (im Folgenden auch: FHS) folgende Beiträge übernehmen:

### **a) Beiträge des Landes**

Unter Ziff. 1 erklärte das Land ferner die Absicht,

- 1.1 einen langfristigen Verkehrsvertrag mit der DB Regio, der den erschwerten Betriebsbedingungen während der Bauzeit Rechnung tragen sollte, abzuschließen,
- 1.2 "zusätzliche Verkehre" für "vorgezogene Mehrverkehre im Zusammenhang mit Stuttgart 21" über das damalige Fahrplanangebot hinaus (2,62 Mio. Zugkm) zu bestellen und
- 1.3 einen Zuschuss für Fahrzeuginvestitionen iHv. 200 Mio. DM zu zahlen.

Unter Ziff. 3. erklärte sich das Land ferner

- 3.1.2 zu einer Beteiligung an der Anbindung des Flughafens in Höhe von 5 Mio. DM sowie
- 3.1.4 zur zinslosen Vorfinanzierung der zuwendungsfähigen Kosten der NBS Wendlingen-Ulm und

3.2 zu einer weiteren – über die Rahmenvereinbarung von 1995 hinausgehenden Risikobeteiligung von bis zu 40 Mio. DM bereit.

**b) Beteiligung der Flughafen Stuttgart GmbH**

Nach Ziff. 3.1.2 sollte sich der Flughafen an den Kosten für seine Anbindung mit 100 Mio. DM beteiligen.

**c) Beiträge der LHS**

Die LHS erkläre in Ziff. 2, die Flächen A2/A3 sowie B/C/D für 459 Mio. € zu erwerben, um die Bahn in die Lage zu versetzen, einen Beitrag zur Finanzierung des Gesamtprojektes zu leisten – wie es in der Präambel des Grundstückskaufvertragsentwurfs vom 15.11.2001 heißt. Ferner war eine Verzinsung für den Zeitraum ab dem 01.01.2011 im Falle einer späteren Baufeldfreimachung vereinbart (5,5% bis Ende 2014 und von da an 4 % über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB).

Nach Ziff. 3.2 sollte die LHS eine weitere Risikobeteiligung für wasserwirtschaftliche Risiken iHv. Max. 40 Mio. DM übernehmen.

**d) Weitere Risikobeteiligung von LHS und Land bei geänderter Wirtschaftlichkeitsberechnung der DB AG**

In Ziff. 3.3 wurde eine aktualisierte Wirtschaftlichkeitsberechnung der DB AG für 2004 avisiert und vereinbart, dass anschließend Verhandlungen über Abweichungen aufgenommen werden. Wörtlich heißt es:

*„Ziel dieser Verhandlungen ist die gegebenenfalls erforderliche Anpassung der Finanzierungsbeiträge der Parteien, um die Wirtschaftlichkeit des Projektes zu gewährleisten. Die Wirtschaftlichkeit gilt als gewährleistet, wenn auf Basis der aktualisierten Wirtschaftlichkeitsberechnung eine interne Verzinsung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 7,5% erreicht wird.“*

**3. Grundstückskaufvertrag vom 21.12.2001**

Mit Beschluss vom 19.12.2001 (GRDRs 990/2001) stimmte der Gemeinderat der LHS einem Kaufvertrag zwischen der DB AG bzw. der DB Netz AG als Verkäufer und der LHS als Käufer über frei werdende Bahnflächen (Teilgebiete A 2, A 3, B, C und D) zu. Der Kaufvertrag wurde unter dem 21.12.2001 abgeschlossen.

#### 4. Vereinbarungen von 2007

##### a) Memorandum of Understanding

Nach einer erneuten Wirtschaftlichkeitsrechnung der DB AG einigten sich die Beteiligten unter dem 19.07.2007 auf ein sog. *Memorandum of Understanding* zur Realisierung der Neubaustrecke Stuttgart-Ulm und des Projekts Stuttgart 21, dem ein *Eckpunktepapier* vom gleichen Tag zu Grunde lag. Um den Baubeginn der Neubaustrecke vorziehen zu können, erklärte sich das Land bereit, mit einem verlorenen Zuschuss ab 2010 die Investitionskosten einschließlich der Planungskosten bis 2016 zu finanzieren. Im Hinblick auf das Projekt Stuttgart 21 stellten die Beteiligten fest, dass die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens durch die Wirtschaftlichkeitsrechnung der Deutschen Bahn mit Preis- und Kostenstand 2004 sowie deren Ergänzung im Rahmen der Modellrechnung belegt worden sei.

Das Memorandum enthält Absprachen zur Höhe der Beteiligung der Parteien an den Investitionskosten und am Kostensteigerungsrisiko. Die Finanzierungsbeiträge und Risikobeteiligungen „des Landes und seiner Partner“ sind genannt, ohne sie intern aufzuteilen. Die Einzelheiten sollten in einem Finanzierungsvertrag geregelt werden. Im Eckpunktepapier Ziff. III.2 heißt es hierzu:

*„Grundlage des Projekts Stuttgart 21 bilden die Finanzierungsbeiträge, die zwischen den Beteiligten auf Grundlage der Wirtschaftlichkeitsrechnung, auf Grundlage der Rahmenvereinbarung zum Projekt vom 07.11.1995 und der Vereinbarung zur weiteren Zusammenarbeit vom 24.07.2001 (...) verhandelt wurden.“*

*(Hervorhebung durch den Unterzeichner)*

Der Gemeinderat der LHS wurde über das Ergebnis der Verhandlungen in der Sitzung am 19.07.2007 informiert (GRDRs 609/2007).

##### b) Verzicht der LHS auf Verzugszinsen für Grundstückskaufpreis mit notariellem Vertrag vom 05.10.2007

Die LHS sagte der DB AG zu, auf die aus dem Kaufvertrag vom 21.12.2001 herrührenden Verzugszinsen wegen der verspäteten Übergabe der Flächen bis zum 31.12.2020 zu verzichten. Begründet wurde dies von der Stadtverwaltung wie folgt:

*„Nach dem Vertrag über den Erwerb der Teilgebiete A2, A3, B, C und D hat die Deutsche Bahn AG die Flächen im wesentlichen bis spätestens 31.12.2010 der Stadt zu übergeben. Andernfalls hat sie Verzugszinsen zu zahlen.“*

*Aufgrund des verzögerten Baubeginns sind die vereinbarten Termine nicht zu halten. Die anfallenden Verzugszinsen sind in der Wirtschaftlichkeitsrechnung nicht enthalten. Nachdem die Deutsche Bahn AG sich bereit erklärt hat, den*

*Überschuss aus der Wirtschaftlichkeitsrechnung zur Finanzierung des Kostensteigerungsrisikos einzusetzen, ist es sachgerecht, wenn die Landeshauptstadt Stuttgart auf die Verzugszinsen bis zum 31.12.2020 verzichtet. Bei einem Zinssatz von 5,5 % entspricht dies nominal einem Betrag von 212 Mio. €, bezogen auf den Kapitalwert per 31.12.2007 von 165 Mio. €.“ (GRDRs 790/2007 vom 25.09.2007)*

### c) **Ergänzungsvereinbarung vom 05.10.2007**

Zur Umsetzung der Finanzierung schlossen das Land Baden-Württemberg, der Verband Region Stuttgart und die LHS am 05.10.2007 eine **Ergänzungsvereinbarung** über ihre Beteiligung an dem Projekt Stuttgart 21. Die Ergänzungsvereinbarung soll nach ihrem Wortlaut der „verbindlichen Regelung der Beteiligung der Landeshauptstadt und des Verbandes Region Stuttgart an den im Memorandum zugesagten Leistungen“ dienen und die Rahmenvereinbarung vom 07.11.1995 und die Realisierungsvereinbarung vom 24.07.2001 ergänzen. Nach der Ergänzungsvereinbarung beteiligt sich die LHS an den vom Land Baden-Württemberg übernommenen Kostenerhöhungsrisiken in Höhe von 780 Mio. € anteilig mit 206,94 Mio. €. Der Verband Region Stuttgart sowie die LHS haben in der Ergänzungsvereinbarung ferner das Land unwiderruflich ermächtigt, den Finanzierungsvertrag für das Projekt Stuttgart 21 mit der DB AG und der Bundesrepublik Deutschland auf der Grundlage der Ergänzungsvereinbarung auch in ihrem Namen abzuschließen.

Der Gemeinderat der LHS hat am 04.10.2007 die Zustimmung zum Abschluss der o.g. Ergänzungsvereinbarung und zur Änderung des Grundstückskaufvertrages vom 21.12.2001 beschlossen (GRDRs 790/2007).

## 5. **Vereinbarungen vom 02.04.2009**

### a) **Gemeinsame Erklärung**

Am 02.04.2009 unterzeichneten die DB AG, Bund, Land, LHS und Verband Region Stuttgart sowie die FHS GmbH eine Gemeinsame Erklärung. Das Land stellt darin sein Interesse an dem Projekt heraus, nämlich die Verbesserung des Nahverkehrsangebots und der regionalen Wirtschaftsstruktur (§ 1 Abs. 1 Gemeinsame Erklärung). In § 5 Abs. 1 wird klargestellt, dass die Deutsche Bahn Vorhabenträgerin und Bauherrin des Projekts Stuttgart 21 sei, während sich das Land, die LHS, der Verband Region Stuttgart und die FHS GmbH an der Finanzierung beteiligen.

### b) **Finanzierungsvertrag Stuttgart 21**

Das Land Baden-Württemberg, die LHS (vertreten durch das Land Baden-Württemberg), der Verband Region Stuttgart, die FHS GmbH, die DB Netz AG, die DB Station & Service AG, die DB Energie AG und die Deutsche

Bahn AG (DB AG) schlossen auf der Grundlage des *Memorandum of Understanding* am 02.04.2009 einen Finanzierungsvertrag zu dem Projekt Stuttgart 21 als Teil des Gesamtprojekts Stuttgart 21 und NBS Wendlingen-Ulm (im Folgenden: FinVe).<sup>7</sup>

Bei Abschluss des Finanzierungsvertrages vom 02.04.2009 (LT-Drs. 14/4382, im Folgenden: FinVe) gingen die Beteiligten (Deutsche Bahn, Land, Verband Region Stuttgart, LHS und FHS GmbH) von Gesamtkosten in Höhe von 3,076 Milliarden € aus. Sie vereinbarten in § 8 Abs. 3 FinVe einen zusätzlichen Risikopuffer in Höhe von 1,49 Milliarden €.

## 6. Finanzierungsbeiträge der Projektpartner

Die Projektpartner haben folgende Finanzierungsbeiträge im Finanzierungsvertrag (FinVe) – für die LHS, FHS und den Regionalverband auf Basis der Ergänzungsvereinbarung vom 05.10.2007 – vereinbart:

### a) Finanzierungsbeiträge nach § 6 und § 8 FinV

Mio €			
<b>FinV</b>	<b>4.526,000</b>		
EIU	1.300,800	§ 6 I a FinV	
Land I	257,840	§ 6 I b FinV	389,4 Mio € abzgl. Stadt + Region
Stadt I	31,560	lt. ErgänzungsV v 05.10.2007	
Region I	100,000	lt. ErgänzungsV v 05.10.2007	
Flughafen	107,800	§ 6 I c FinV	
Bund	500,000	§ 6 I d FinV	
Bund	300,000	§ 6 I e FinV	
Bund	197,000	§ 6 I e FinV	
Bund GVFG	168,600	§ 6 I f FinV	
Land GVFG	112,400		<b>3.076,000</b> kalkulierte Baukosten
EIU	220,000	§ 8 III a FinV	
Flughafen	119,400	§ 8 III b FinV	
Land II	453,660	§ 8 III b FinV	
Stadt II	206,940	§ 8 III b FinV	1.000,000 „wahrscheinlicher Risikopuffer“
EIU	160,000	§ 8 III c FinV	
EIU	130,000	§ 8 III c + d FinV	
Land	106,700	§ 8 III e FinV	
Stadt	53,300		<b>1.450,000</b> <b>4.526,000</b> Gesamtkosten

<sup>7</sup> LT-Drs. 14/4382.

**b) Weitere Beiträge der LHS und des FHS****aa) Beiträge der LHS**

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Grundstückserlöse, die nach der Rahmenvereinbarung von 1995 Bestandteil der Finanzierung sein sollten, in den Vereinbarungen ab 2007 keine konkrete Erwähnung mehr finden. Von Seiten der LHS wurde der DB AG immerhin 459 Mio. € im Vorgriff auf die zu einem letztlich unbestimmten Datum freiwerdenden Flächen als Kaufpreis zur Verfügung gestellt. Eine Verzinsung war zunächst bis Ende 2010 nicht vereinbart. Der Zinsverzicht der LHS ab 01.01.2011 bezüglich der Grundstückskaufpreise, der nach eigenen Angaben der LHS der Bahn einen Vorteil von nominal 212 Mio. € gewährt, wurde ebenfalls nicht erwähnt.

**bb) Beiträge des FHS**

Nach § 7 Abs. 1 FinVe hat der FHS der DB AG einen „Ausgleich“ für Betriebsverluste in Höhe von 112.242 Mio. € am 31.07.2008 (Vertrag vom 15.12.2008) gezahlt. Auch wenn voraussichtlich noch lange keine Baumaßnahmen im Bereich des Flughafens erfolgen werden, wurde eine Verzinsung nicht vereinbart.

Ferner wird der FHS einen Teil des Flughafenbahnhofs in Höhe von 51 Mio. € finanzieren, was aber nicht Teil des Projektes sein soll (vgl. § 7 Abs. 2 FinVe; Verträge vom 02.10.2001 und 08.02.2002).

## C.

### Unzulässigkeit der Mischfinanzierung und unechte Gemeinschaftsaufgaben

Die Zuschüsse des Landes Baden-Württemberg zur Neubaustrecke Wendlingen-Ulm und zu Stuttgart 21 sind nach dem von der Fraktion Bündnis90/Die Grünen im Landtag eingeholten Gutachten von Prof. Dr. Hans Meyer vom 03.11.2010 verfassungswidrig.

Die alte Landesregierung stützte sich demgegenüber auf ein nicht veröffentlichtes Gutachten von Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde vom 13.07.2007, wonach die Mitfinanzierung der Neubaustrecke in Höhe von 950 Mio. € zulässig sein soll. Das Gutachten Dolde hält den Angriffen von Meyer nicht stand und ist weder als Grundlage zur Rechtfertigung einer Mitfinanzierung in Höhe von 950 Mio. € an der NBS noch im Umfang von weit über 1 Mrd. € an Stuttgart 21 nicht geeignet.

In einem weiteren Gutachten der Kanzlei Dolde Mayen und Partner vom 08.03.2011 (Dolde/Porsch), das sich mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Finanzierungsbeteiligung der LHS an dem Projekt befasst, wurde der Versuch unternommen, die Einwände des Gutachtens Meyer zu entkräften. Meyers historische, systematische, teleologische und rechtstatsächliche Einwände halten demgegenüber Stand.

#### I.        **Regelungsgehalt des Art. 104a Abs. 1 GG**

Art. 104 a Abs. 1 GG gebietet, dass der Aufgabenträger die Ausgabenlast trägt und verbietet Mischfinanzierungen, soweit sie im Grundgesetz nicht vorgesehen sind. Es gilt auch zwischen der DB AG und den Ländern sowie zwischen Bund und Gemeinden, die den Ländern zuzurechnen sind;<sup>8</sup> es spielt dabei auch keine Rolle, ob Stadt und Land "freiwillig" zahlen.<sup>9</sup>

##### **1. Prüfungsmaßstab: Verwaltungszuständigkeit**

Art. 104 a Abs. 1 GG knüpft an die Verwaltungskompetenz an. Aus Art. 87 e Abs. 4 GG folgt, dass der Bund für den Bau und Erhalt des Schienennetzes zuständig ist (vgl. Dolde, 2007, S. 20); er gewährleistet, dass dabei dem Wohl der Allgemeinheit und insbesondere den Verkehrsbedürfnissen Rechnung getragen wird. Die Länder sind nur für das Verkehrsangebot des Schienenpersonennahverkehrs, also für die Beförderungsleistung auf den Schienen, zuständig (vgl. auch Art. 106 a GG).

Auch Dolde führt in seinem Gutachten vom 13.07.2007, S. 21 aus:

---

<sup>8</sup> Gutachten Dolde, 2007, S. 12, 13 mit nachweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>9</sup> BVerfGE 32, 145, 156; 39, 96, 109; 55, 274, 301, zitiert nach Hellermann in: v. Mangoldt u.a. GG, 6. Aufl. 2010, Art. 104a Rn. 52; vgl. auch Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages vom 10.08.2000 (Reg.-Nr.: WF IV – 100 / 2000), S. 5 m.w.N.

*"Deshalb geht die herrschende Meinung zutreffend von einer umfassenden Kompetenz des Bundes für Bau und Erhalt des Schienennetzes aus, auch wenn es dem öffentlichen Personennahverkehr dient."*

Und auf Seite 22:

*"Danach besteht grundsätzlich keine Gewährleistungspflicht der Länder für Schienenwege, wie dargelegt auch nicht für solche, die ausschließlich dem Schienenpersonennahverkehr dienen."*

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die „Beseitigung, Entlastung oder Veränderung von Bahnübergängen der Bundesbahn eine Aufgabe des Bundes und demgemäß nicht eine „gemeinschaftliche Aufgabe“ von Bund und Ländern. Der Bund könne nicht einerseits die uneingeschränkte Verwaltungskompetenz für die genannten Maßnahmen in Anspruch nehmen, andererseits jedoch - wenn es um die Kosten gehe - auf eine allgemeine Verwaltungskompetenz der Länder für den Straßenverkehr verweisen (BVerfGE 26, 338, 392). Dazu gehören auch Bahnhöfe (§ 2 Abs. 3 AEG i.V.m. § 4 EBO; Meyer, S. 44).

## 2. Anwendung

Wie im Sachverhalt (A. I.) gezeigt, handelt es sich bei dem Projekt Stuttgart 21 um einen Teil der Aus- und Neubaustrecke **Stuttgart-Augsburg**, die im Bedarfsplan für die Bundesschienenwege (Anlage zu § 1 Abs. 1 BSchWAG, lfd. Nr. 20) als Maßnahme des vordringlichen Bedarfs geführt.

Ein „Ausklammern“ des „Knotens“ Stuttgart ist aus dem Bedarfsplan ist, wie Meyer (a.a.O. S. 43 f.) zutreffend ausführt, nicht möglich und wird auch von Dolde in seinen Gutachten nicht erwogen.

### II. Keine Ausnahme zugunsten einer Mischfinanzierung einschlägig

#### 1. Geregelte Ausnahmen sind nicht einschlägig

Dolde und Meyer sind sich darin einig, dass hier keine grundgesetzlich geregelte Ausnahme eingreift.

#### 2. Mischfinanzierungen auf Basis ungeschriebener Gemeinschaftsaufgaben

Die Rechtsfigur der „unechten Gemeinschaftsaufgabe“ im Sinne einer ungeschriebenen Mitfinanzierungskompetenz von an sich unzuständigen bundesstaatlichen Ebenen findet in der Rechtsprechung keine Stütze und wird auch von der Mehrheit der Literaturmeinungen abgelehnt.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Vgl. die Urteile BVerfGE 26, 338, 391; BVerwGE 81, 312; BVerwG, NVwZ 1992, 265; BVerwGE 44, 364 f; BVerwGE 102, 124 f.; aus der Literatur aktuell: Buscher, Der Bundesstaat in Zeiten der Finanzkrise; 2009, S. 128 ff. m.w.N.; auch Prokisch, in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104 a, Stand Mai 2003, lehnt in Fußn. 253 den Begriff der "unechten Gemeinschaftsaufgabe" mit dem Hinweis ab, die Finanzierungslast könne vertraglich nicht geändert werden.

### 3. Mischfinanzierung bei faktischer Aufgabenüberschneidung

Überschneiden sich verschiedene Aufgaben unterschiedlicher staatlicher Ebenen bei einer Maßnahme, wird eine Kostenaufteilung entsprechend des Maßes der jeweiligen Aufgabenverantwortung teilweise angenommen und für den vorliegenden Fall auch von Dolde und Dolde/Porsch bejaht und ebenfalls als „unechte Gemeinschaftsaufgabe“ bezeichnet.

Im Hinblick auf den vorliegenden Fall kann diese Ansicht jedoch weder auf das Urteil des BVerwG vom 15.03.1989 (Az.: 7 C 42/87; BVerwGE 81, 312)<sup>11</sup> gestützt werden (dazu a), noch liegt hier ein Fall von faktischen Aufgabenüberschneidungen zwischen Bund und Ländern vor (dazu b).

#### a) Keine Übertragbarkeit von BVerwGE 81, 312

##### aa) Keine „Art von Amtshilfe“

(1) Die Entscheidung geht nicht von einer **Doppelkompetenz bei Wahrnehmung desselben Gegenstandes** aus und rechtfertigt die hier in Rede stehenden Mischfinanzierungen nicht.

Die Gemeinde im dortigen Fall war zur Schülerbeförderung aufgrund einer speziellen landesrechtlichen Vorschrift zwar verpflichtet, nicht aber befugt, in eigener Zuständigkeit Schülerzüge auf Bahnstrecken des Bundes zu betreiben. Die Bahn war zwar zum Transport der Schüler befugt, nicht aber wie die Gemeinde verpflichtet; das BVerwG spricht ausdrücklich davon, dass die Bahn

*"nicht verpflichtet war, die Aufgabe der Schülerbeförderung zu übernehmen, sondern sie nur im Rahmen einer Art von **Amtshilfe** (eig. Hervorhebung) für die Beklagte übernommen hat."*

Die Bahn wurde also bei der Erfüllung fremder Aufgaben tätig.<sup>12</sup> § 4 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG stellt klar, dass Amtshilfe begrifflich nur bei der Erfüllung fremder Aufgaben vorliegen kann. Aufgaben, die einer Behörde als eigene obliegen, können nicht, auch nicht zugleich, als Amtshilfe erfüllt werden, auch wenn sie im konkreten Fall der Unterstützung der Tätigkeit einer anderen Behörde dienen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, § 4, Rn. 16).

Dem entspricht der allgemeine Grundsatz, dass eine Zuständigkeitenverordnung unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Ge-

<sup>11</sup> Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Band 81, S. 312 ff. ist auf Kritik gestoßen (vgl. Fromm, NVwZ 1992, 536, 538, Siekmann, in: Sachs, GG, Art. 104a Rn. 18; Morlock, DVBl. 1989, 1147, 1148; Heun, führt in Sachs, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 106a Rn. 3 aus: "entgegen der Auffassung von BVerwGE 81, 312 standen die häufigen vertraglichen Zahlungen an die Bahn im Widerspruch zu Art. 104a I GG").

bots klarer und fester Kompetenzabgrenzungen und Zuständigkeitsabgrenzungen auszulegen ist. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, Kompetenz nur einer Behörde einzuräumen und Doppelbeauftragungen zu vermeiden (vgl. nur OVG NW NVwZ-RR 1996, 185 m.w.N. unter anderem auf Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 306). Es gilt der Grundsatz der Ausschließlichkeit der Kompetenz, weil eine rechtsstaatliche Ordnung regelmäßig keine Doppelbeauftragung verträgt (Stettner aaO).

Dem entspricht die allgemeine Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Kompetenzfragen, die insbesondere zu Kompetenzen bei Gesetzgebungsangelegenheiten entwickelt worden ist aber allgemeine Gültigkeit besitzt (BVerfGE 36, 193, 202f. BVerfGE 61, 149).

Das BVerfG hat jüngst in der Job-Center-Entscheidung vom 20.12.2007 (2 BvR 2433/04) die grundsätzliche Unzulässigkeit von Gemeinschaftseinrichtung und Mischverwaltung deutlich gemacht. Unter Rn. 151 ff. führt es aus:

*"Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt (...). Es gilt der allgemeine Verfassungssatz (vgl. BVerfGE 4, 115, 139), dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können; Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig (vgl. BVerfGE 32, 145, 156). (...) Das Grundgesetz schließt, von begrenzten Ausnahmen abgesehen, auch eine sogenannte Mischverwaltung aus (vgl. BVerfGE 63, 1, 38; 108, 169, 82 m.w.N.)."*

(2) Hier ist das Land weder zum Bau von Stuttgart 21 verpflichtet noch ist es nach Art. 87 e Abs. 4 GG dazu befugt, und die DB AG leistet für das Projekt auch ersichtlich keine „Art von Amtshilfe“.

#### **bb) Keine „Betriebskosten“**

Streitgegenstand der Entscheidung war die Pflicht zur Zahlung einer Betriebskostenpauschale für den *Betrieb* von zwei Schülerzügen und eines Haltepunktes im Jahr 1980. Wie die im Zuge der Bahnreform im Jahre 1993 zur Regionalisierung des SPNV eingefügten Art. 87 e Abs. 4 und Art. 106 a GG zeigen, wurde den Ländern die Kompetenz für das *Verkehrsangebot* für den SPNV zugewiesen. Der Bund ist hingegen für den Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie für das Verkehrsangebot im SPNV zuständig. Die Entscheidung des BVerwG steht damit in

---

<sup>12</sup> So auch Prokisch, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104 a, der unter Rn. 115 davon ausgeht, dass die Aufgabe in dem betreffenden Fall nach Ansicht des BVerwG allein der Gemeinde oblag.

Einklang; die Betriebskosten für eine Schülerbeförderung fallen seither unter die Zuständigkeit der Länder für das Verkehrsangebot im SPNV.

Hier geht es indessen um die Mitfinanzierung des Neubaus von Schieneninfrastruktur der DB AG. Dafür ist, wie gezeigt, nach Art. 87 Abs. 4 GG allein der Bund zuständig.

### **cc) Zwischenergebnis**

Das Urteil ist nicht einschlägig und lässt sich auch nicht entsprechend übertragen. Das BVerwG hat im Urteil vom 11.06.1991<sup>13</sup> die Reichweite seines Urteils von 1989 auf den Bereich der Leistungsverwaltung in Abgrenzung zur Gefahrenabwehr, und zwar der „Gefahrenabwehr im weiteren Sinne“, deutlich eingeschränkt. Hier geht es um ein Vorhaben, das sich nur ordnungsrechtlich durch eine komplexe Planfeststellung bewältigen lässt.

## **b) Keine Aufgabenüberschneidung**

Dolde (GA 2007, S. 14) kann auch nicht darin gefolgt werden, dass eine Mitfinanzierung außerhalb des Bereichs der Gefahrenabwehr zulässig sei. Auch für die Bereiche des Schienen- und Fernstraßenbaus (Daseinsvorsorge; Leistungsverwaltung) gilt das Verbot des Art. 104 a Abs. 1 GG uneingeschränkt,<sup>14</sup> wie selbst der Staatssekretär im Bundesverkehrsministerium auf eine parlamentarische Anfrage vom 20.06.2007 mitgeteilt<sup>15</sup> und der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages ausgeführt hat.<sup>16</sup>

### **aa) Behauptete Mitzuständigkeiten von LHS und Land**

Im Gutachten von Dolde vom 13.07.2007 wurde eine Mitzuständigkeit des Landes im Hinblick auf die Verknüpfung der Neubaustrecke mit dem Projekt Stuttgart 21 wegen dessen Zuständigkeit für den SPNV und die regionale Wirtschaftsförderung angenommen (S. 25 ff.). Im Gutachten vom 08.03.2011 stellen Dolde/Porsch zugunsten der LHS zusätzlich auf die in der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28. Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Kompetenz für die Stadtentwicklung ab (S. 24 ff.).

### **bb) Keine konkrete Aufgabenüberschneidung**

**(1)** Im Bereich des SPNV besteht eine Zuständigkeit des Landes nur für den *Betrieb*, nicht das *Netz*. Zutreffend arbeitet Dolde im Gutach-

<sup>13</sup> Az. 7 C. 1/91; NVwZ 1992, 264.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 26, 338, 392; VG Oldenburg für Wasserstraßen, Urt. v. 16.04.1986, StädteT 1986, 819.

<sup>15</sup> BT-Drs. 16/5855, S. 27 f.

<sup>16</sup> Ausarbeitung v. 10. August 2000 (Reg.-Nr. WF IV–100/2000); vgl. Stürer, DVBl. 2003, 582, 583 f.

ten von 2007 die Verwaltungszuständigkeit des Bundes für das Schienennetz einschließlich des Netzes des SPNV heraus und grenzt sie überschneidungsfrei von der Länderkompetenz für das Verkehrsangebot im SPNV ab (S. 18 ff). Sein Bemühen fällt daher auf, den bereits konstatierten Unterschied zwischen Netz und Betrieb zu verwischen, indem er darauf abstellt, nur Netz und Verkehrsangebot zusammen ergäben ein ausreichendes Verkehrsangebot (S. 26), also sei das Land mitzuständig.

Unbestritten soll das Projekt mittelbar auch dem SPNV nutzen. Soweit das durch die Schieneninfrastruktur geschieht, ist gleichwohl der Bund zuständig (Dolde 2007, S. S. 22). Der Bund wendet der Bahn für das Projekt auch erhebliche Mittel zu, die dem gesetzlichen Zweck nach für den SPNV bestimmt sind (§ 6 Abs. 1 lit. e) FinVe nach dem § 8 Abs. 2 BSchwAG (197 Mio. €). Ein eigener Kompetenztitel des Landes für zusätzliche Investitionen in das Netz der Eisenbahnen des Bundes zur Förderung des SPNV besteht nicht.

**(2)** Zwar sind das Land für die Wirtschaftsförderung (Art. 30 GG) und die Stadt zusätzlich auch für den Städtebau allgemein zuständig. Diese Aufgaben eröffnen für den konkreten Fall indes keine Kompetenzen für das Projekt Stuttgart 21.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet der Gemeinde zwar das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Daraus erwächst ihr aber nicht die Befugnis, sich solcher Angelegenheiten ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen, die **bereits anderen Trägern öffentlicher Gewalt**, wie hier und bereits mehrfach dargelegt, überantwortet sind (BVerfGE 79, 127, 146; BVerwG NVwZ 1991, 682). Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG zu **Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** kann es keine zusätzliche, ergänzende Kompetenz für die LHS geben. Auch die kommunale Daseinsvorsorge wirkt nur dann auf der Grundlage von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG kompetenzbegründend, wenn die Zuständigkeit nicht bereits von einem anderen Kompetenzträger in verfassungsrechtlich zulässiger Weise in Anspruch genommen worden ist.

**(3)** Die Belange der Wirtschaftsförderung, des SPNV und des Städtebaus liegen auch als Gegenstand der planerischen Abwägung dem Planfeststellungsbeschluss für den PFA 1.1 zugrunde. Im Rahmen der Planfeststellung sind auch die Belange des SPNV, der Wirtschaftsförderung und der Stadtentwicklung als öffentliche Belange zu berücksichtigen und abzuwägen (§ 18 Satz 2 AEG; Planfeststellungsbeschluss PFB 1.1 vom 28.01.2005, S. 139 ff.)<sup>17</sup>, für die das Eisenbahnbundesamt (EBA) zuständig ist und die DB AG An-

<sup>17</sup> Vgl. auch Gesamtabwägung, S. 387 f.; VGH Mannheim, Urt. v. 06.04.2006, Az. 5 S 848/05.

tragstellerin war. Die Planfeststellung ist Ausfluss der Verwaltungskompetenz.<sup>18</sup>

Die Stadt war für ihr städtebauliches Anliegen darauf angewiesen, dass die DB AG das Planfeststellungsverfahren unter Berücksichtigung ihrer Belange betreiben und die für den Städtebau gewünschten Flächen freimachen würde. Sie konnte dies durch den Kauf von Grundstücken und eine für die DB AG wirtschaftlich interessante Bauplanung fördern, wie sie es auch gemäß des Rahmenvertrages von 1995 getan hat; weitergehende Befugnisse hat die Stadt nicht.

**(4)** Im konkreten Punkt treffen sich die Aufgaben von Bund und Land bei Stuttgart 21 also genauso wenig, wie beim Bau von Kasernen oder Militärflugplätzen der Bundeswehr. Jedes Infrastrukturvorhaben hat Auswirkungen auf die Wirtschaft, den Regionalverkehr und den Städtebau. Würde man hier eine Überschneidung annehmen, verlöre die Kompetenzordnung ihre Kontur, da nahezu jede bundesstaatliche Maßnahme, die mit Investitionen verbunden ist, im Hinblick auf einen der angeführten Belange von Interesse ist (Zitat Meyer: „Kollateralnutzen“). Die Kompetenzordnung liefe leer und wäre dem Belieben der Beteiligten anheimgestellt.

#### **4. Keine Befugnis aus § 9 BSchwAG**

Auch 9 Abs. 1 BSchwAG bietet keine Rechtsgrundlage für die Mitfinanzierung durch Stadt und Land. Hierbei handelt es sich um keine Kompetenzregelung, die im Übrigen an Art. 104a GG zu messen wären; vielmehr setzt sie an anderer Stelle begründete Zuständigkeiten voraus (Meyer, S. 28 f.). Auch wurde die Finanzierungsvereinbarung wohl nicht auf diese Norm gestützt, zumal sich die DB AG dann womöglich nach § 10 Abs. 1 iVm. Abs. 2 BSchwAG zu Zahlungen an Stadt und Land in Höhe der Abschreibungen auf die von ihnen finanzierten Schienenwege hätte verpflichten müssen.

---

<sup>18</sup> BVerfG 26, 374. Daraus hat das BVerfG die Finanzierungsverantwortung abgeleitet, S.390.

## D.

### **Hilfsweise: Fehlerhafte Anwendung des Ausnahmetatbestandes der unechten Gemeinschaftsaufgabe**

Selbst wenn man der Auffassung von Dolde folgt und eine unechte Gemeinschaftsaufgabe als ungeschriebenen Ausnahmetatbestand zu Art. 104a Abs. 1 GG grundsätzlich anerkennen wollte, ist die Finanzierungsvereinbarung im konkreten Fall verfassungswidrig. Folgt man Dolde und hält die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 81, 312) für einschlägig, muss der Finanzierungsanteil von Bund und Land (einschließlich Gemeinden) dem Anteil ihrer miterledigten Aufgaben entsprechen (I.). Allerdings besteht entgegen Dolde hierbei für die beteiligten Aufgabenträger keine Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative über die Höhe der jeweils zu tragenden Finanzierungsanteile (II.). Selbst wenn man einen Beurteilungsspielraum annehmen wollte, wurden dessen Grenzen überschritten und eine willkürliche Kostenbeteiligung gewählt (III.).

#### I.      **Finanzierungsanteil muss dem Aufgabenanteil entsprechen**

##### 1. Prüfungsmaßstab

Nach Dolde (GA vom 13.07.2007, S. 33; GA vom 08.03.2011, S. 13) und dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 81, 312 Rn. 8) gebietet Art. 104a Abs. 1 GG „*allenfalls, dass jeder diejenigen Kosten trägt, die dem Anteil seiner Verpflichtung zur Aufgabewahrnehmung entspricht*“. Somit kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Finanzierungsvereinbarung entscheidend darauf an, dass die konkrete Höhe der Anteile nicht willkürlich gewählt wurde. Andernfalls könnte über willkürlich gewählte Finanzierungsanteile eine Mischfinanzierung vereinbart werden, indem der eine oder der andere Träger überproportional hohe Anteile übernimmt.

Um eine verfassungskonforme Finanzierungsvereinbarung zu schließen ist es daher erforderlich, dass zunächst die beteiligten Aufgabenträger

- ihre mit dem Projekt wahrgenommenen Aufgaben eindeutig und abgrenzbar identifizieren,
- die mit den identifizierten Aufgaben verbundenen Kosten ermitteln,
- die jeweiligen Kosten der beteiligten Aufgabenträger ins Verhältnis zueinander setzen, bzw. die eindeutig identifizierbaren und abgrenzbaren Kosten eines Aufgabenträgers beziffern,
- ungewisse Kostensteigerungen auf Grund von Risiken demjenigen Aufgabenträger zuweisen, aus dessen Sphäre diese stammen oder, wenn dies nicht möglich ist, diese nach der allgemeinen Quote verteilen.

a) **Kein Wahlrecht der Bezugsgröße für die Bemessung der Finanzierungsanteile**

Dolde vertritt hingegen offenbar die Auffassung, die Aufgabenträger hätten bei der Ermittlung des Verteilungsmaßstabs ein **Wahlrecht**. Sie könnten diese auf der Grundlage entweder der **ersparten Aufwendungen** für den mitfinanzierenden Aufgabenträger oder den verfolgten Interessen (**Vorteile**) der Verwaltungsträger verteilen (Dolde, GA vom 13.07.2007, S. 32ff.).

Diese Ansicht ist mit dem Urteil des BVerwG vom 15.03.1989 (Az.: 7 C 42.87) nicht vereinbar. Das BVerwG verlangt, dass jeder die Kosten trägt, „*die dem Anteil seiner Verpflichtung zur Aufgabenwahrnehmung entspricht*“.<sup>19</sup> Ein Wahlrecht, die Höhe des Anteils entweder an den ersparten Aufwendungen oder den verfolgten Interessen zu bemessen, ist damit nicht deckungsgleich.

Nicht zuletzt wegen der Konturlosigkeit des Wahlrechts stößt die Auffassung Doldes auf grundsätzliche Bedenken. Es liegt auf der Hand, dass eine Kostenverteilung nach der Höhe der für die Aufgabenerledigung entstehenden bzw. ersparten Aufwendungen und diejenige nach der Höhe der verfolgten Interessen zu vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Insbesondere bei der Erfüllung von Pflichtaufgaben oder der Verfolgung von nicht wirtschaftlichen Zielen fällt es nicht nur schwer, das Interesse „finanziell zu bewerten“. Wenn ein anderer Aufgabenträger dagegen Aufgaben mit hohen wirtschaftlichen Vorteilen oder – andersherum – mit geringen Gewinnen verfolgt, wird die Höhe der jeweiligen Kostenanteile nicht nach vergleichbaren Maßstäben bestimmt und willkürlich.

Unklar bleibt bei Dolde, nach welchen Kriterien der aufwands- oder interessenbezogene Verteilungsmaßstab gewählt werden darf. Obwohl Dolde ausführt, dass bei dem Bau von Bundesautobahnen durchaus eine Beteiligung unter dem Gesichtspunkt der ersparten Aufwendungen des Landes für Landstraßen praktiziert werde, verwirft er diesen Verteilungsmaßstab und wählt ohne überzeugende Begründung den der beteiligten Interessen.

Nach Dolde würde zudem die Wahl zwischen einem Verteilungsmaßstab **nach Aufwendungen** ohne Beurteilungsspielraum und einem solchen nach **finanziell bewerteten Interessen** mit Beurteilungsspielraum bestehen. Das lässt sich nicht begründen.

Der von Dolde gewählte Verteilungsmaßstab des finanziellen Wertes der verfolgten Interessen ist mangels Bestimmbarkeit der Abgrenzungskriterien und vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Verbots aus Art. 104 a Abs. 1 GG nicht tragfähig. Er bleibt theoretisch und ergebnisorientiert. Er wurde auch nicht zur Grundlage des Vertrages gemacht, was anhand des

---

<sup>19</sup> Das sieht auch der Gesetzgeber so, vgl. den Nachweis bei Fastenrath/Simma, DVBl 1983, S. 19, Fn. 111 auf BT-Drs. II/480: „Wird die Verantwortung für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben von mehreren Gebietskörperschaften verschiedener Ordnung gemeinsam getragen

Baukostenzuschusses des Bundes zu Stuttgart 21 in Höhe von 500 Mio € festgestellt werden kann. In § 5 Abs. 2 der Gemeinsamen Erklärung vom 02.04.2009 wurde der Baukostenzuschuss ausdrücklich damit begründet, dass es sich um die „Sowieso-Kosten“ des Bundes für die ursprünglich geplante Anbindung der NBS Wendlingen – Ulm in den Knoten Stuttgart handle, also ersparte Aufwendungen. Somit befürwortet Dolde sogar die Mischung der verschiedenen Verteilungsmaßstäbe innerhalb derselben Maßnahme.

#### **b) Kein Beurteilungsspielraum zur Ermittlung der verfassungskonformen Finanzierungsanteile**

Nach Auffassung von Dolde/Porsch haben die Parteien bei der Aufteilung der Kosten einen „Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum“ (GA v. 08.03.2011, S. 31).

Diese Ansicht hat sich die Stadtverwaltung zu Eigen gemacht:

*„Dem Gemeinderat wird in diesen Fragen der Beurteilung und Wertung von politischen Sachverhalten und Interessen von den Gerichten zu Recht aus Gründen der Gewaltenteilung ein so großer Spielraum eingeräumt, dass nur greifbare Fehlentscheidungen gerügt werden.“ (Stellungnahme zum Antrag v. 08.06.2011, 239/2011 - GZ: OB 7831-10.00).*

In der Job-Center-Entscheidung vom 20.12.2007 hat das BVerfG (2 BvR 2433/04) der Ansicht der Bundesregierung eine deutliche Absage erteilt, für die Beteiligung von Kommunen an Arbeitsgemeinschaften mit der Bundesagentur für Arbeit stünde dem Gesetzgeber ein Prognose- und Beurteilungsspielraum zu mit der Folge einer eingeschränkten Kontrollbefugnis des BVerfG (Rn. 85). Unter Rn. 151 des Urteils heißt es:

*"Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt (...) Es gilt der allgemeine Verfassungssatz (vgl. BVerfGE 4, 115, 139), dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können; Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig (vgl. BVerfGE 32, 145, 156)".*

Dabei müssten die Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit der Kompetenzordnung beachtet werden, durch die das Rechts-, Bundesstaats- und Demokratieprinzip abgesichert würden (BVerfG, a.a.O., Rn. 155).

Mit diesen Grundsätzen wäre es unvereinbar, wenn den Beteiligten im Rahmen der Kostenaufteilung sogar außerhalb des gesetzlich geregelten Bereichs ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukäme.

---

*(Gemeinschaftsaufgaben), so entspricht es der Regel, dass die beteiligten Verbände sich entsprechend ihrem Anteil an der Aufgabenverantwortung in die Ausgabenverantwortung teilen.“*

Ein Beurteilungsspielraum widerspräche auch der verfassungsrechtlichen Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten. Das BVerfG hat zu Art. 104a Abs. 4 GG (Finanzhilfen des Bundes an die Länder) entschieden, dass die Pflicht des Bundes, die Länder bei einer Finanzmittelverteilung nach gleichen Maßstäben zu behandeln, in dem föderalistischen Prinzip begründet sei, nach dem die Länder als Glieder des Gesamtstaates den gleichen Status besitzen und gleichberechtigt nebeneinander stehen (BVerfGE 39, 96, 118). Der Bund habe die Proportionalität der Finanzhilfen im Verhältnis der Länder untereinander zu wahren.

Nichts anderes kann für die Frage der Kostenaufteilung im Falle einander überschneidender Zuständigkeiten von Bund und Ländern gelten. Es bedarf einheitlicher, transparenter Kriterien, um eine Gleichbehandlung der Länder zu gewährleisten und unsachgemäße, willkürliche Anteilsbemessungen zu vermeiden. So lässt es sich beispielsweise sachlich nicht rechtfertigen, wenn der Bund die Kosten sowie ganz erhebliche Kostensteigerungen beim Bau des Berliner Hauptbahnhofs unbegrenzt finanziert,<sup>20</sup> hier aber seine Beteiligung auf einen untergeordneten Anteil begrenzt hat.

Abgesehen davon liegen auch die Voraussetzungen, unter denen den Aufgabenträgern ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird, hier nicht vor.

**aa)** Nach der wohl herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur setzt das Bestehen eines Beurteilungsspielraums das Vorliegen einer **gesetzlichen** Grundlage voraus, die diesen über einen unbestimmten Rechtsbegriff der Verwaltung zuweist (vgl. zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011, 1 BvR 857/07, Rn. 73f.). Vor dem Hintergrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG wird ein Beurteilungsspielraum wegen des damit verbundenen Ausschlusses der gerichtlichen Kontrolle nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen anerkannt und im Zweifel abzulehnen sein (vgl. nur: Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. § 114 Rn. 23). Es wird allenfalls erwogen, ob er ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage von Verfassungs wegen dann zulässig ist, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße (BVerfG, a.a.O., Rn. 76 mit Verweis auf besondere Situationen im Prüfungsrecht).

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist zu Gunsten der Projektbeteiligten im Hinblick auf mögliche Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Projekt Stuttgart 21 zu beachten. So werden bei etwaigen Rechtsstreitigkeiten der Vertragspartner über vertragliche Pflichten die angerufenen Gerichte inzident die Verfassungsmäßigkeit der Finanzierungsvereinbarung prüfen müssen. So ist es denkbar, dass sich später ein Vertragspartner wegen zwischenzeitlich gewonnener besserer Einsichten auf die Verfassungswidrigkeit beruft. Im Rahmen des Bürgerbegehrens wird die Frage geprüft werden. Ebenso könnte die Verfassungsmäßigkeit im Rahmen der noch of-

---

<sup>20</sup> Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 22.03.2007, BT-Drs. 16/4783, S. 3

fenen Planfeststellungsverfahren (PFA 1.3 – Filderbahnhof und 1.6b – Untertürkheim) im Zusammenhang mit der Planrechtfertigung zu prüfen sein. Denn ohne eine wirksame Finanzierungsvereinbarung ist die Realisierung nicht sichergestellt.

**bb)** Bei der Frage, ob ein Beurteilungsspielraum besteht, kann sich Dolde nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung berufen, weil die von Stimmen der Literatur vertretene unechte Gemeinschaftsaufgabe als Ausnahmetatbestand zu Art. 104a Abs. 1 GG nicht gesetzlich normiert wurde. Insofern scheidet die Annahme eines Beurteilungsspielraums schon vom Ansatz her aus. Hier fällt auf, dass auch Dolde seine Auffassung nicht näher begründet.

Noch weniger kann ein Beurteilungsspielraum ohne gesetzliche Grundlage wegen etwaiger Funktionsgrenzen der Rechtsprechung angenommen werden. Die Maßnahmen der öffentlichen Haushalte stehen unter dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Im Projekt Stuttgart 21 wurden diesbezüglich Untersuchungen durchgeführt, die durch Sachverständige und Wirtschaftsprüfer überprüft wurden und auch von den Gerichten nachgeprüft werden können. Ebenso war die Bahn in der Lage, die Wirtschaftlichkeit und daher ihre Interessen beziffern zu können. Die Rechtsprechung würde in diesem Fall nicht an ihre Funktionsgrenzen stoßen.

Zudem ist die These, dass innerhalb eines eindeutigen verfassungsrechtlichen Verbots der Mischfinanzierung den Aufgabenträgern ein großer Beurteilungsspielraum zustehen soll, den Dolde der Höhe nach auf knapp unter 50% der Gesamtkosten beziffert, sehr gewagt. Sie beachtet nicht, dass Ausnahmenvorschriften restriktiv auszulegen sind und insbesondere nicht dem Zweck der Verbotsnorm zuwider laufen dürfen.

Die Voraussetzungen für das Bestehen eines Beurteilungsspielraums liegen daher nicht vor.

### **c) Zwischenergebnis**

Die Anforderungen der Rechtsprechung des BVerwG (E 81, 312) hinsichtlich der Bemessung der Kostenquoten anhand des Anteils an der Aufgabenverantwortung sind möglichst genau und transparent vorzunehmen, so dass eine Gleichbehandlung aller Länder (und Kommunen) gewährleistet ist. Dies ist mit der Einräumung eines Beurteilungsspielraums nicht vereinbar.

## **2. Hilfsweise: Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums**

Selbst wenn man mit Dolde das Bestehen eines Beurteilungsspielraums annehmen wollte, hätten die beteiligten Aufgabenträger die Grenzen desselben überschritten und willkürlich gehandelt. Die Gerichte müssen Entscheidungen mit Beurteilungsspielräumen darauf überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an

allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (vgl. nur: BVerwG, Urt. v. 01.09.2010, 6 C 13/09, NVwZ 2011, 563, Rn. 15). Diese Grenzen haben die Aufgabenträger bei der Bestimmung der Höhe der Finanzierungsanteile gleich mehrfach verletzt.

#### **a) Fehlerhaftes Verständnis des „Gesetzesbegriffs“**

Nach der Auffassung Doldes sollen nicht nur unechte Gemeinschaftsaufgaben einen Ausnahmetatbestand bilden, sondern der Tatbestand soll gleichzeitig bestimmen, dass in diesen Fällen die Kosten entweder nach den ersparten Aufwendungen oder nach dem Anteil der mit dem Projekt verfolgten Interessen (Vorteile) verteilt werden.

Es kann nicht festgestellt werden, dass seitens der Aufgabenträger überhaupt eine Auslegung des Begriffes und des Ausnahmetatbestandes vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Verbots stattgefunden hat.

Im Gegenteil: Der Oberbürgermeister der Stadt hat anlässlich des Abschlusses der Ergänzungsvertrages vom 05.10.2007 erklärt, dass sich die verfassungsrechtliche Problematik nicht stelle. Auf eine Anfrage eines Stadtrats erklärte er:

*„Bei Stuttgart 21 handelt es sich nicht um ein Bedarfsplanvorhaben des Bundes sondern um ein eigenwirtschaftliches Projekt der DB AG. Insofern ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, dass neben dem Bund beispielsweise auch das Land Baden-Württemberg und die Landeshauptstadt Stuttgart Finanzierungspartner der DB AG bei Stuttgart 21 sind.“ (GRDrs. 410/2007 vom 04.10.2007)*

In der Stellungnahme vom 01.03.2011 (GRDr. 96/2011) bestätigte er, dass außer der Begutachtung der Mitfinanzierung der Neubaustrecke durch Prof. Dolde für das Land keine verfassungsrechtliche Prüfung stattgefunden habe.

#### **b) Keine Sachverhaltsermittlung**

Selbst wenn man den Aufgabenträgern unterstellen wollte, sie hätten die Aufgaben eindeutig identifiziert, fehlt es an der erforderlichen Identifizierung und Bewertung der jeweiligen Interessen (zu diesem Erfordernis: GA Dolde vom 13.07.2007, S. 33). Hierzu hätte es der Dokumentation der Sachverhaltsfeststellungen und Bewertungen bedurft, um die Fehlerfreiheit des Entscheidungsvorgangs feststellen zu können (vgl. zur Ausübung des Beurteilungsermessens durch den Haushaltsgesetzgeber: LVerfGH Berlin, Urt. v. 31.10.2003, 125/02, Rn. 55).

**aa)** Die Interessen von Land, LHS, Region und FHS (bei dem Land und Stadt Anteilseigner sind) wurden nie ermittelt, geschweige denn nachvollziehbar dokumentiert. Für das Land ist das weder im Zusammenhang mit der Verpflichtungsermächtigung im Haushalt 2009 noch in der Debatte über den Abschluss des Finanzierungsvertrages geschehen. Auch in den Gemeinde-

ratsprotokollen finden sich keine Anhaltspunkte für ein systematisches, sachlich begründbares und nachvollziehbares Vorgehen. Ohne die annähernde Ermittlung und Bewertung der Interessen von Land und Stadt lassen diese sich jedoch nicht ins Verhältnis zu den Interessen von Bund und Bahn setzen. Das Land und seine Partner haben nie ihre mit dem Projekt verfolgten Interessen unter Ausschöpfung eines Beurteilungsspielraums konkret bewertet.

Die fehlende Sachverhaltsermittlung lässt sich gut anhand der Anlage 2 der Mitteilungsvorlage der Stadtverwaltung vom 19.07.2007, GRDRs. 609/2007, nachvollziehen. Dort werden unter Ziff. 4 die vertraglichen Vereinbarungen über die Finanzierungsanteile der Stadt seit Abschluss der Rahmenvereinbarung 1995 bis zum Abschluss des Memorandum of Understanding dargestellt. Obwohl das Projekt sich von der Interessenlage der Stadt nicht wesentlich verändert hat, wurden im Laufe der Zeit vollkommen verschiedene Finanzierungsanteile vereinbart, ohne dass je ein sachlicher Bezug hergestellt wurde.

**bb)** Vollkommen unklar bleibt, wie die Finanzierungsanteile des Landes wegen dessen Interesse an der Förderung des Schienenpersonennahverkehrs bewertet wurden und wie diese von den Mitteln abgegrenzt wurden, die der Bund gem. § 6 Abs. 1 lit. e) FinVe nach dem § 8 Abs. 2 BSchwAG (197 Mio. €) und gem. § 6 Abs. 1 lit. f) FinVe aus dem GVFG-Bundesprogramm (281 Mio €, davon 168,6 Mio € Bund) erbracht hat.

**cc)** Schließlich verwischt Dolde mit seiner Theorie vom Beurteilungsspielraum die erforderlichen Grenzen. Die finanzielle Bewertung der Interessen eines Aufgabenträgers ist ein eigenständiger Entscheidungsvorgang, für den Dolde einen Beurteilungsspielraum sehen will. Eine andere selbständige Entscheidung ist es jedoch, die finanziell bewerteten (und bezifferten) Interessen der Aufgabenträger anschließend ins Verhältnis zueinander zu setzen. Dies ist ein relativ einfacher mathematischer Vorgang. Maßnahmen, die eindeutig einem Auftraggeber zugeordnet werden können, sind von diesem allein zu tragen. Andere Maßnahmen werden dann im Verhältnis der Werte der verfolgten Interessen verteilt. Hierfür bedarf es keines Beurteilungsspielraums. Es geht also nicht an, dass Dolde – und ihm folgend die Stadtverwaltung – apodiktisch erklären, letztendlich komme es auf das Verhältnis der finanziell bewerteten Interessen der Aufgabenträger nicht an. Der Ausgabenanteil müsse jedenfalls unter 50% liegen (GA Dolde vom 13.07.2007, S. 35) oder er müsse angemessen sein im Verhältnis zu den Vorteilen, die die Stadt (und nur diese) durch das Projekt erziele (GA Dolde/Porsch vom 08.03.2011, S. 31, GRDRs. 239/2011 v. 08.06.2011).

### **c) Sachfremdes Kriterium der Wirtschaftlichkeit für die DB AG**

Die Aufgabenträger haben die Grenze des Beurteilungsspielraums überschritten und willkürlich gehandelt, indem sie die Finanzierungsanteile nicht nach dem Maß der ersparten bzw. für die Aufgabe anfallenden Aufwendun-

gen verteilt haben, oder nach dem Maß der jeweiligen Interessen, sondern allein (!) nach der Wirtschaftlichkeitsrechnung der Deutschen Bahn AG und ihrer Tochtergesellschaften (EIU). Maßgeblich war allein, ob der Deutsche Bahn Konzern mit dem Projekt eine Rendite erzielt. Der Wert der Interessen des Landes oder der Stadt spielten hingegen keine Rolle. Dies geht aus folgenden Dokumenten hervor:

Bereits in der Realisierungsvereinbarung vom 24.07.2001, als es noch um vergleichsweise geringe Anteile von Land und LHS ging, wurde unter Ziff. 3.3 vereinbart:

*„Ziel dieser Verhandlungen ist die gegebenenfalls erforderliche Anpassung der Finanzierungsbeiträge der Parteien, **um die Wirtschaftlichkeit des Projektes zu gewährleisten**. Die Wirtschaftlichkeit gilt als gewährleistet, wenn auf Basis der aktualisierten Wirtschaftlichkeitsberechnung eine **interne Verzinsung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 7,5% erreicht wird**.“ (Hervorhebung des Unterzeichners).*

Die nach erfolgter Aktualisierung der Wirtschaftlichkeitsrechnung 2004 vereinbarten wesentlich höheren Finanzierungs- und Risikobeteiligungen in 2007 sind die Umsetzung dieser Vereinbarung. Deshalb heißt es auch unter Ziff. III. des *Memorandum of Understanding* vom 19.07.2007 sowie in § 2 Abs. 2 S. 2 FinVe, dass die Wirtschaftlichkeit des Projekts nunmehr belegt wurde.

Das Memorandum und das Eckpunktepapier vom 19.07.2007 waren die Grundlage für die Entscheidung der Stadt Stuttgart vom 04.10.2007, den Ergänzungsvertrag mit dem Land vom 05.10.2007 abzuschließen. Darin wurde das Land bevollmächtigt, die Stadt bei dem Abschluss der Finanzierungsvereinbarung zu vertreten und es zur Zahlung der im Jahr 2007 vereinbarten Beiträge zu verpflichten. Dem Eckpunktepapier lässt sich erneut entnehmen, wie die Finanzierungsanteile ausgehandelt wurden, nämlich *„auf der Grundlage der Wirtschaftlichkeitsrechnung“* (Ziff. III.2 des Eckpunktepapiers).

Dies spiegelt sich unmittelbar in § 2 Abs. 2 FinVe wieder (s.o.). Auch der Beitrag des FHS erfolgte ebenfalls „zum Ausgleich von Betriebsverlusten an die EIU“ (§ 7 Abs. 1 FinVe).

#### **d) Widersprüchlichkeit der gewählten Quoten**

Schließlich belegen die in der Finanzierungsvereinbarung vereinbarten Beteiligungsanteile die Willkürlichkeit der gewählten Finanzierungsbeiträge. Denn die Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums zur finanziellen Bewertung der beteiligten Interessen muss schließlich zu einer angemessenen Kostenverteilung führen. Damit ist jedoch unvereinbar, wenn je nach Höhe der Gesamtkosten **unterschiedliche Quoten** vereinbart werden, die der Höhe nach nicht nachvollzogen werden können und sachlich nicht gerechtfertigt sind.

Die Kostenverteilung der Projektpartner wurde oben im Sachverhalt in tabellarischer Form dargestellt. Daraus lassen sich je nach Höhe der tatsächli-

chen Baukosten folgende Finanzierungsanteile der Aufgabenträger errechnen:

	<b>4.526,000</b>	<b>Gesamt</b>	
Bund	1.165,600	25,75%	
Land	930,600	20,56%	
Stadt	291,800	6,45%	
Region	100,000	2,21%	
Flughafen	227,200	5,02%	
EIU	1.810,800	40,01%	100,00%
	<b>3.076,000</b>	<b>Bau (§ 6 FinV)</b>	
Bund	1.165,600	37,89%	
Land	370,240	12,04%	
Stadt	31,560	1,03%	
Region	100,000	3,25%	
Flughafen	107,800	3,50%	
EIU	1.300,800	42,29%	100,00%
	<b>1.450,000</b>	<b>Risikopuffer (§ 8 FinV)</b>	
Bund	0,000	0,00%	
Land	560,360	38,65%	
Stadt	260,240	17,95%	
Flughafen	119,400	8,23%	
EIU	510,000	35,17%	100,00%

Das bedeutet beispielsweise, dass das Land und seine Partner (Stadt, Flughafen, Region) bei den ursprünglich kalkulierten Baukosten von 3,076 Mrd. € einen Finanzierungsanteil von **19,82%** (12,04%+1,03%+3,25%+3,5%) für aufgabenangemessen eingeschätzt haben. Am Risikopuffer von 1,45 Mrd. € haben sie einen Kostenanteil von **64,83%** für aufgabenangemessen gehalten, was bei einer Ausschöpfung des Risikopuffers zu einer Gesamtbeteiligungsquote von **34,24%** führt.

Die überproportional hohe Beteiligung an dem Risikopuffer ließe sich nur rechtfertigen, wenn dieser zur Absicherung von Risiken dienen würde, die überproportional durch die Aufgabenerfüllung für das Land (einschließlich LHS, Regionalverband und FHS) entstehen. Dem ist jedoch nicht so. Er wurde bereits für die simple Kostenfortschreibung auf Grund exakterer Kalkulationen benötigt. Auch erfolgte keine entsprechende Zweckbestimmung des Risikopuffers.

Ebenso wenig lässt sich die Steigerung des Finanzierungsanteils des Landes und seiner Partner um 14,42% von 19,82% auf 34,24% in irgendeiner Weise nachvollziehen. Die Stadtverwaltung konnte jedenfalls auf eine dementsprechende Anfrage einer Gemeinderatsfraktion (bezogen auf den städtischen Anteil von 1,03% Baukosten, 17,95% Risikopuffer und 6,45% gesamt, keine befriedigende

Antwort geben und verwies lediglich darauf, dass der Gesamtanteil von rund 6% „angemessen“ sei (GRDrs. 239/2011 vom 08.06.2011). Wörtlich heißt es dort:

*„Eine mathematische Ermittlung des Verhältnisses der Finanzierungsbeiträge untereinander hat nicht stattgefunden, ist aber auch nicht erforderlich. Dies ist auch für die Beurteilung der Angemessenheit des städtischen Anteils nicht notwendig. Jeder Projektbeteiligte hat für sich zu beurteilen, zu entscheiden und zu verantworten, ob sein Anteil angemessen ist.“*

Dabei übersieht sie freilich, dass weder die Stadt die Aufgabenerfüllung des Bundes finanzieren darf, noch umgekehrt der Bund die Aufgabenerfüllung der Stadt. Daher ist der Begriff der Angemessenheit, der zudem allein die Vorteile der Stadt in den Blick nimmt, nicht passend.

Schließlich blendet die Stadt bei dieser Betrachtung aus, dass sie der Bahn außerhalb der im Finanzierungsvertrag vereinbarten Finanzierungsbeiträge einen Zinsverzicht für die verspätete Übergabe der bereits Ende 2001 für 459 Mio. € erworbenen Grundstücke mit einem – nach eigenen Angaben – nominalen Wert von 212 Mio € hat zukommen lassen (GRDrs 790/2007 v. 25.09.2007). Dies hat sie ausschließlich mit der gefährdeten Wirtschaftlichkeit des Projekts für die Bahn begründet. Allein dadurch erhöht sich der städtische Anteil weiter auf über 11%.<sup>21</sup>

Dies alles belegt, dass die Festlegung der Finanzierungsanteil, wie Oberbürgermeister Dr. Schuster auch erklärt, hart ausgehandelt wurde, letztendlich aber willkürlich bzw. nach sachfremden Kriterien erfolgt ist, nämlich dazu, um den Kriterien der Wirtschaftlichkeitsberechnung der DB AG zu erfüllen.

---

<sup>21</sup> Auch die zusätzlichen „Hilfen“ des Landes gemäß der „Realisierungsvereinbarung“ von 2001 (dazu im Sachverhalt oben B.II.2.a); S. 7) verschieben die Finanzierungsanteile deutlich zu Lasten des Landes.

## E. Rechtsfolge

### I. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Finanzierungsverträge zu Stuttgart 21 wurden bislang übereinstimmend als öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne der §§ 54 ff VwVfG angesehen (Gutachten Dolde/Porsch, Meyer, Hermes/Wieland). Folglich richtet sich die Frage, ob die vertraglich geregelten Finanzierungspflichten von Land und LHS wegen Verstoß gegen Art. 104 a Abs. 1 GG nichtig sind, nach § 59 VwVfG.

### II. Rechtsfolge für vertragliche Pflichten: Nichtigkeit

Das VG Oldenburg (Urt. v. 16.04.1986, Az. 7 (3) A 144/82, StädteT 1986, 819) hat bereits einen ähnlichen Fall der Mischfinanzierung einer Bundeswasserstraße entschieden und die vertragliche Zahlungsverpflichtung einer Kommune **für nichtig erklärt**:

*„Die in den Art. 104 a bis 108 GG enthaltenen finanzverfassungsrechtlichen Normen sind eine der tragenden Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes. (...) Dabei kommt der strikten Beachtung der finanzverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbereiche von Bund und Ländern eine überragende Bedeutung für die Stabilität der bundesstaatlichen Verfassung zu.“*

Die Bundesrepublik hat das Urteil durch ihre Klagerücknahme in der Berufungsinstanz vor dem OVG Lüneburg seinerzeit akzeptiert.

In der Entscheidung des BVerwG zur Schülerbeförderung (BVerwGE 81, 312) wird die Rechtsfolge der Nichtigkeit eines vertraglichen Verstoßes gegen Art. 104 a Abs. 1 GG vorausgesetzt.

Meyer zieht in seinem Gutachten vom 03.10.2010 die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus § 59 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

### III. Rechtsfolge für Gemeinderatsbeschlüsse

Auch die den vertraglichen Finanzierungspflichten der LHS zugrunde liegenden Gemeinderatsbeschlüsse dürften analog § 44 VwVfG nichtig sein; Rechtsprechung und Literatur wenden § 44 VwVfG für Beschlüsse von Gemeindeorganen entsprechend an (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 230; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2010, § 44 Rn. 6).