

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
Ausschussdrucksache
18(15)193-E
Stellungnahme zur ÖA am 18.03.2015

Rechtsanwälte Schwemer, Titz & Tötter
Gertrudenstr. 3 · 20095 Hamburg

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Rechtsanwalt: Prof. Dr. Schwemer
Sekretariat: Anika Zupic
Tel.: 30 30 1-234
Fax: 30 30 1-111
anika.zupic@stt-hh.de

Az.: 04327015-az
Hamburg, 16.03.2015

Sitzung des Verkehrsausschusses am 18.03.2015

Sehr geehrte Frau Hanke-Giesers,
sehr geehrte Damen und Herren,

anbei übersende ich Ihnen meine Stellungnahme zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Infrastrukturabgabegesetzes. Für weitere Fragen stehe ich bei der Anhörung zur Verfügung.

Mit freundlichem Gruß



(Prof. Dr. Schwemer)

Schwemer Titz & Tötter

Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

RECHTSANWÄLTE
PROF. DR. H. SCHWEMER
FA Verwaltungsrecht
REINHARD TITZ
RONALD TITZ
FA Steuerrecht
KARSTEN TÖTTER
FA Arbeitsrecht
FA Insolvenzrecht
MICHAEL W. KULEISA
SANDRA BERNERT
DR. GERT FREYDAG
FA Insolvenzrecht
THORSTEN APPEL
JÜRGEN ZENK
MONIKA SEKARA
FA in IT-Recht
AXEL KARKOWSKI
FRANE ZIVKOVIC
CLAUDIA MENZEL
DR. WOLFRAM KONERTZ
JULIANE TÖTTER

Gertrudenstraße 3
20095 Hamburg
Tel. (040) 30 30 10
Fax (040) 30 30 11 11
Gerichtsfach 533

Eisenacher Straße 2
10777 Berlin
Tel. (030) 5 16 51 06 0
Fax (030) 5 16 51 06 26

WIRTSCHAFTSPRÜFER
REINHARD SCHACHT
Steuerberater
Michaelisstraße 22
20459 Hamburg

www.stt-hh.de
mail@stt-hh.de

Partnerschaftsgesellschaft
PR AG Hamburg Nr. 539

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (BTDrucks. 18/3990 vom 11.02.2015)

Prof. Dr. Holger Schwemer, Rechtsanwalt, Fachanwalt VerwaltungsR

Vorbemerkung:

Meine Stellungnahme befasst sich mit drei Themenkreisen: mit der möglichen (Un-)Vereinbarkeit des Gesetzgebungsvorhabens mit dem Recht der Europäischen Union; Verstoß gegen die „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ wegen mangelnder inhaltlicher Schärfe der Verordnungsermächtigungen und der Einbindung Privater in den Gesetzesvollzug sowie mögliche Grundrechtswidrigkeiten wegen unverhältnismäßiger Eingriffe, insbes. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

In den jeweiligen Abschnitten finden sich zudem Hinweise auf etwaige Folgewirkungen möglicher Rechtswidrigkeiten sowie auf etwaige Heilungsmöglichkeiten, die durch Nachbesserung erreicht werden können.

I. (Un-) Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV?

Das Unionsrecht enthält eine Reihe von besonderen Diskriminierungsverboten. Sie scheiden als Prüfungsmaßstab aus. Die Einführung der Abgabe ist für die Bürger anderer Mitgliedsstaaten der Europäischen Union am allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zu messen.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV soll sicherstellen, dass Unionsbürger und Inländer gleichbehandelt werden. Verboten sind eine offene und eine versteckte Diskriminierung. Letzteres ist der Fall, wenn die Ungleichbehandlung „verschleiert“ wird, wenn sie „indirekt“ wirkt oder nur „mittelbare“ Auswirkungen hat. Allerdings führt eine Ungleichbehandlung in der Regel nicht zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, wenn sie durch objektive Gründe gerechtfertigt ist.

Es muss sich dabei um sachliche Gründe handeln, es darf nicht um Gesichtspunkte gehen, die etwa auf die Staatsangehörigkeit der benachteiligten Personengruppe abstellen.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nicht vor. Fraglich ist allein, ob eine mittelbare Ungleichbehandlung gegeben ist, die vom Gesetzgeber nicht offen gelegt worden ist.

Mit dem „Verschleierungsverbot“ will das Unionsrecht Ungleichbehandlungen verhindern, die verdeckt erfolgen oder – anders ausgedrückt – bei denen der nationale Gesetzgeber seine wahren Absichten nicht deutlich macht. Eine derartige Diskriminierung ist nicht zu rechtfertigen, weil sie zugleich mit dem rechtsstaatlichen Transparenzgebot (Art. 2 EUV) unvereinbar ist.

1. Kopplung der Gesetzesvorhaben

Für die Beurteilung dieser Frage sind die Besonderheiten der Kopplung zwischen Steuerermäßigung und Einführung einer Infrastrukturabgabe von Bedeutung:

- Die **differenzierte** Steuerentlastung durch Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes (Art. 1 Nr. 7b – § 9 Abs. 6-8) und die in vergleichbarer Weise differenzierte Einführung der Infrastrukturabgabe (§§ 1, 2, 7 InfrAG iVm Anlage zu § 7) legen die Annahme nahe, dass trotz der Trennung der beiden Gesetzesvorhaben allein das Ziel verfolgt wird, eine Benutzungsgebühr nur für Ausländer einzuführen, zumal die Gesetzesvorhaben **zeitgleich** erfolgen.

Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber – trotz der zeitlichen Nähe – sich unterschiedlicher Instrumentarien bedient: Die Regelung der Steuerermäßigung ist dem Finanzverfassungsrecht zuzurechnen und damit der Gesetzgebung und Verwaltung nach Art. 104a ff GG, die Infrastrukturabgabe hingegen den allgemeinen Kompetenztiteln, hier der Art. 74 Abs. 1 Nr. 22, 83 ff GG.

- Die **Art der Abgabenerhebung** bei Bundesbürgern ist hinsichtlich der Kraftfahrzeugsteuer und der Infrastrukturabgabe im Prinzip so ähnlich, dass der *Eindruck* entstehen muss, mit der Infrastrukturabgabe werde bei Bundesbürgern lediglich ein anderes Verrechnungsmodell, der Sache nach aber weiterhin eine steuerähnliche Abgabe erhoben. Die Infrastrukturabgabe ist bei Bundesbürgern nicht – wie dies für eine Gebühr typisch wäre – an den **Umfang der Straßenbenutzung** geknüpft (§ 6 Abs. 1 InfrAG). Sie wird, vergleichbar der Kraftfahrzeugsteuer, an die Zulassung eines Fahrzeugs gekoppelt und **im Grundsatz als Abgabe für ein Jahr** berechnet. Die **Lenkungswirkung** zu Gunsten umweltfreundlicher Antriebsarten bei Kraftfahrzeugen ist typisch für steuerähnliche Abgaben, sie widerspricht zumindest im Grundsatz den gegenleistungsbezogenen Anforderungen des Gebührenrechts.

Demgegenüber ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Verwaltung der Kraftfahrzeugsteuer und der Infrastrukturabgabe unterschiedlichen Behörden zugewiesen ist. Der Abgabenertrag wird unterschiedlich verwendet. Es kommt hinzu, dass bei Beiträgen und Gebühren die Praktikabilität der

Abgabenerhebung eine Ausgestaltung der Abgabenerhebung notwendig machen kann, die für den Abgabenschuldner „steuerähnlich“ erscheint.

- Das (künftige) **Nebeneinander von Steuer- und Infrastrukturabgabenerhebung** ist gleichfalls nicht geeignet, den Eindruck einer verdeckten Ungleichbehandlung auszuräumen. Auf der anderen Seite ist in Rechnung zu stellen, dass der Gesetzgeber mit der jetzigen Regelung der Infrastrukturabgabe einen 1. Schritt unternimmt, um sich langfristig von der steuerbezogenen Finanzierung des Straßenbaus zu lösen. Es liegt auf der Hand, dass dieser Prozess nur schrittweise erfolgen kann.

2. Zuordnung der Abgabe

Aus den vorstehend entwickelten Abgabenmerkmalen folgt zugleich, dass die Infrastrukturabgabe sowohl **Gebühr als auch Beitrag** sein könnte. Fahrzeughalter aus der Bundesrepublik werden wie *Beitragsschuldner* erfasst: Ihre Abgabenschuld besteht unabhängig vom Umfang der Inanspruchnahme des Fernstraßennetzes, die Zahlungsverpflichtung entsteht, sobald ein Fahrzeug für den Halter zugelassen wird. Für Ausländer ist die Maut deutlicher als *Gebühr* ausgestaltet. Gebührenpflichtig ist der Gemeingebrauch an Autobahnen (§ 1 Abs. 2 InfrAG), die Höhe der Gebühr ist vom zeitlichen Umfang der Inanspruchnahme abhängig (§ 6 Abs. 2 InfrAG).

Eine unzulässige Differenzierung könnte somit darin liegen, dass Deutsche und ausländische Benutzer von Fernstraßen unterschiedlichen Abgabesystemen unterworfen werden. Andererseits hat sich der Gesetzgeber in der Zuordnung der Infrastrukturabgabe nicht festgelegt. Er hat sich vielmehr allein aus Gründen der bei Gebühren und Beiträgen zulässigen Vereinfachung und Praktikabilität zur unterschiedlichen Erhebungstatbeständen gegenüber Deutschen und Ausländern entschieden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beteiligung von Ausländern aus anderen Mitgliedsstaaten der EU zwar auf den 1. Blick den Eindruck einer Diskriminierung erzeugen kann, aber tatsächlich keine Diskriminierung ist.

Dem möglichen Eindruck, dass der Gesetzgeber seine wahren Absichten nicht transparent gemacht hat, kann er entgegenzutreten, indem er die Gesetzesvorhaben Steuersenkung und Infrastrukturabgabe zeitlich entkoppelt. Zu empfehlen ist weiter, dass die Umstellung des Abgabensystems von der Kraftfahrzeugsteuer zur Gebühr bzw zum Beitrag auch tatsächlich weiterbetrieben wird und dadurch dem Eindruck entgegengewirkt werden kann, dass es sich nicht um eine bloße Umverteilung zulasten von Ausländern bei der Benutzung von Straßen handelt.

Dass die Umstellungsphase als solche europarechtlich kritisch gesehen wird, liegt auf der Hand und beinhaltet damit ein Risiko, das der Gesetzgeber in Kauf nehmen muss.

II. Inhaltliche Konkretisierungen

Dem Gesetzgeber wird empfohlen, punktuell einige gesetzlich umschriebenen Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren. Dies ist nicht nur Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern auch der Wesentlichkeitstheorie (Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG) geschuldet.

Die „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des BVerfG ergänzt die Ableitung und die Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt. Wann etwa die Verwaltung für ihr Handeln einer Ermächtigungsgrundlage in Form eines Parlamentsgesetzes bedarf, erschließt sich nicht nur aus speziellen Vorgaben der Verfassung (z. B. Art. 80 Abs. 1 GG für Rechtsverordnungen, aber auch die Schrankensystematik der Grundrechte), sondern auch aus der Wesentlichkeitsrechtsprechung. Ihr lassen sich zugleich Aussagen darüber entnehmen, welche Regelungsdichte die danach erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für Verwaltungshandlungen aufweisen müssen.

Die Wesentlichkeitsrechtsprechung leitet sich aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip und damit aus Art. 20 Abs. 2 und 20 Abs. 3 GG ab. Danach sind wesentliche Entscheidungen dem Parlament vorbehalten und durch Gesetz zu regeln. Die wesentlichen Fragen (insbes. die Voraussetzungen und Befugnisbegrenzungen für die Verwaltung) müssen vom Gesetzgeber selbst vorgegeben werden. Je wesentlicher etwas ist, umso höher sind die Anforderungen an die Regelungsdichte im Gesetz.

1. Verordnungsermächtigungen

a) Nach § 4 Abs. 4 Satz 1 InfrAG sollen Ausländer bei der Erhebung der Infrastrukturabgabe mitwirken und die dafür maßgeblichen Tatsachen ordnungsgemäß angeben. **§ 4 Abs. 4 Satz 2 InfrAG** ermächtigt das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, „durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Einzelheiten zur Mitwirkung bei der Erhebung der Infrastrukturabgabe nach Satz 1 zu regeln.“

Diese Vorschrift bedarf einer näheren Konkretisierung, um Zweifeln über ihre Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entgegenzutreten. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Verordnungsermächtigung müssen im Gesetz vorherbestimmt sein.

In welchem Umfang Ausländer bei der Erhebung der Infrastrukturabgabe mitwirken müssen, ist nicht in § 4 Abs. 4 Satz 2 InfrAG geregelt.

Der Gesetzgeber sollte auch nicht davon ausgehen, dass sich diese Mitwirkungspflichten aus dem übrigen Kontext des Gesetzes ohne weiteres ableiten. Um dem Risiko einer Beanstandung entgegenzutreten, ist es angebracht, den Tatbestand der gesetzlichen Vorschrift zu konkretisieren.

b) Nicht anders ist die verfassungsrechtliche Beurteilung bei **§ 8 Abs. 2 InfrAG** vorzunehmen. Nach § 8 Abs. 1 InfrAG hat der Abgabenschuldner die ordnungsgemäße Entrichtung der Infrastrukturabgabe beim Kraftfahrtbundesamt nachzuweisen. Nach § 8 Abs. 2 wird das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates „Einzelheiten über das Verfahren beim Kraftfahrtbundesamt zum Nachweis der Entrichtung der Infrastrukturabgabe zu regeln.“ Auch dies ist eine zu konturenlose Ermächtigung: Mit welchen Befugnissen, in welchem Umfang und aus welchem Anlass der Nachweis verlangt werden kann, mit welchen Mitteln der Nachweis durchgesetzt werden kann – all dies erschließt sich nicht aus der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Für den Juristen erschließt sich zwar vielfach dies alles aus dem Sachzusammenhang, in dem die Regelung im Gesetz steht. Es ist aber abzusehen, dass die Infrastrukturabgabe nach ihrer Einführung zu Kontroversen führen wird – ein Hinweis und Anlass für den Gesetzgeber, etwaigen Schwächen durch tatbestandliche Verdichtung der Vorschriften entgegenzutreten.

c) Durch **§ 9 Abs. 5 InfrAG** wird das Bundesministerium schließlich auch ermächtigt, durch Rechtsverordnung „das Verfahren der Erstattung der Infrastrukturabgabe beim Kraftfahrtbundesamt oder einem Betreiber, den Nachweis des Vorliegens der Erstattungsvoraussetzungen und die Höhe der Erstattungsgebühr zu regeln.“ Die Erstattung der Infrastrukturabgabe ist in § 9 Abs. 1-4 InfrAG geregelt. Insoweit erschließt sich ein Teil der Verordnungsermächtigung aus diesen Bestimmungen.

§ 9 Abs. 5 InfrAG könnte jedoch – zusätzlich – die Befugnisse des Bundesministeriums auf diese Vorgaben begrenzen, um der Vorschrift weitere Konturen zu vermitteln.

2. Einschaltung Privater

a) Die Einschaltung Privater erfolgt in dem Gesetz teilweise im Wege der **Beleihung**. Den Privaten wird Hoheitsgewalt übertragen, damit sie in Handlungsformen des öffentlichen Rechts gegenüber den Abgabeschuldnern tätig werden können.

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung von Hoheitsgewalt als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen. Aus dieser Regelvorgabe im GG folgt, dass das Grundgesetz Ausnahmen und damit die Übertragung von Hoheitsgewalt auf Private zulässt.

Die Beleihung stellt aber auch aus einem anderen Grunde eine Ausnahmeerscheinung dar: Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG fordert, dass die Ausübung von Hoheitsgewalt der sachlichen und der personellen Legitimation bedarf. Der Gesetzesvorbehalt dient der sachlichen Legitimation und stellt sicher, dass die wesentlichen Entscheidungen auf das Parlament rückführbar sind. Personelle Legitimation bedeutet, dass nur derjenige Hoheitsgewalt ausüben darf, auf dessen Person das Parlament über die Bundesregierung Einfluss hat. Das BVerfG kombiniert die beiden Grundsätze und fordert ein angemessenes Legitimationsniveau: Je geringer etwa die sachliche Legitimation ist, umso höher sind die Anforderungen an die personelle Legitimation – und umgekehrt.

Letzteres ist bedeutsam für die Beleihung. Der Beliehene entzieht sich der Legitimationskette in personeller Hinsicht. Deshalb muss die Beleihung eine strikte Ausnahme bleiben, sie ist rechtfertigungsbedürftig und muss in Inhalt und Ausmaß hinreichend genau umschrieben sein.

Über die Beleihung privater Dritter, die zur Erhebung der Infrastrukturabgabe bei Ausländern befugt sind, bestimmt **§ 4 Abs. 5 InfrAG** lediglich, dass die Beleihung vom Kraftfahrtbundesamt im Bundesanzeiger bekanntzugeben ist. Die Voraussetzungen der Beleihung, insbes. die Anforderungen an die Person des Beliehenen, die Dauer der Beleihung, Aufsichtsrechte gegenüber dem Beliehenen sowie die inhaltliche Kontrolle des Verwaltungshandelns des Beliehenen sind nicht geregelt worden.

b) Ebenso sind die Vorschriften über die Einschaltung **Privater ohne Beleihung** zu knapp ausgefallen. Wenn **§ 4 Abs. 6 InfrAG** bestimmt, dass sich das Kraftfahrtbundesamt anstelle einer Beleihung eines privaten Dritten bedienen darf, dann bedarf es der Abgrenzung zur Beleihung. Die Regelung ist zumindest problematisch.

Das betrifft auch die Regelung in **§ 10 Abs. 1 Satz 2 InfrAG**. Ob dem Dritten zur Ausübung der dem Bundesamt für Güterverkehr zugedachten Aufgaben Hoheitsgewalt übertragen wird, ob er als verlängerter Arm der Verwaltung oder als privatrechtlicher Erfüllungsgehilfe tätig werden soll, erschließt sich aus dem Gesetz nicht. Das Gesetz versieht den privaten Dritten in **§ 10 Abs. 1 Satz 4** sowie in Abs. 2 mit hoheitlichen Aufgaben, ohne in diesem Zusammenhang ausdrücklich eine Ermächtigung durch Beleihung zu erwähnen.

Der Gesetzgeber kann den möglichen Vorwürfen mangelnder Regelungsdichte in den genannten Vorschriften entgegentreten, indem er Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigungen stärker konkretisiert und zugleich die Einschaltung Privater nach Voraussetzungen, Umfang und Kontrolle im Wesentlichen selbst regelt.

III. Verhältnismäßigkeit/Abgabengerechtigkeit

Die Gebührenerhebung beinhaltet einen Eingriff in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Die Datenerhebung und die Datenverarbeitung, zu der das Gesetz die Verwaltung, aber auch den privaten Dritten ermächtigt, schränkt die informationelle Selbstbestimmung ein, die durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet ist.

Eine Beschränkung dieser Grundrechtspositionen auf gesetzlicher Grundlage wie der des InfrAG ist zulässig, wenn die gesetzlichen Bestimmungen verhältnismäßig sind.

1. Gebührengerechtigkeit

Die Infrastrukturabgabe ist nach § 1 Abs. 1 InfrAG Entgelt für die Benutzung der Bundesfernstraßen.

a) Als „**Gebühr**“ wäre sie verhältnismäßig, wenn sie gegenleistungsabhängig ist und in ihrer Höhe den Wert der öffentlichen Leistung nicht übersteigt. Darüber hinaus sollen Gebühren in den Grenzen der Praktikabilität sowie unter Beachtung des Gleichheitssatzes so gestaffelt sein, dass letztlich eine in etwa angemessene Gegenleistung für die Inanspruchnahme der öffentlichen Leistung erbracht wird. Bei ausländischen Benutzern der Autobahnen trägt das Gesetz diesen Anforderungen Rechnung, indem die Abgabe nach dem Umfang der Inanspruchnahme differenziert.

b) Gegenüber Bundesbürgern entspricht die Ausgestaltung der Abgabe mehr einem **Beitrag**. Die Bemessung ist nicht vom Umfang der tatsächlichen Inanspruchnahme des Gemeingebrauchs abhängig. Vielmehr wird die Inanspruchnahme des Fernstraßennetzes aus Praktikabilitätsgründen als Jahresnutzung fingiert, sofern nicht glaubhaft gemacht wird, dass Bundesstraßen (auch Ortsdurchfahrten sind damit gemeint) *überhaupt nicht* genutzt worden sind (Krankheit, Auslandsaufenthalt oder Ähnliches).

Allerdings sieht das Gesetz eine nach Tagen genaue Abrechnung für den Fall vor, dass ein Fahrzeug im Verlauf des Abgabensjahres erworben oder vorzeitig veräußert wird (§ 6 InfrAG). Der Gesetzgeber hat damit eine Ausgestaltung gewählt, die typisch für einen *Beitrag* ist, aber untypisch für eine *Gebühr*.

Für die Beurteilung der Abgabengerechtigkeit ist jedoch in Rechnung zu stellen, dass der Gesetzgeber das Prinzip der speziellen Entgeltlichkeit weit gehend dadurch verlassen kann, dass er praktikable Regelungen schaffen muss, um eine gleichmäßige Belastung sicherzustellen.

2. Datenverarbeitung

Der zeitliche Umfang der Datenspeicherung sowie die Erforderlichkeit der Datenübermittlung zwischen den verschiedenen an der Verwaltung der Infrastrukturabgabe beteiligten Behörden und privaten Stellen erschließt sich aus dem gesetzlichen Anliegen nicht. Aus der Sicht des Bürgers muss der Eindruck entstehen, dass es zu einem umfangreichen Datenaustausch zwischen dem Kraftfahrtbundesamt, dem Bundesamt für Güterkraftverkehr und den Straßenverkehrsbehörden kommt. Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung sind eng zu fassen und tatbestandlich deutlich zu konturieren.

Es spricht einiges dafür, dass die Fristen für die Datenspeicherung noch einer Verkürzung zugänglich sind. Die Übermittlung der Daten an andere Behörden sollte tatbestandlich näher umrissen sein. Zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung ist auch der (bloßen) Befürchtung der Bürger vor einer zu weit gehenden Offenlegung seiner Daten durch die datenverarbeitenden Stellen Rechnung zu tragen.



(Prof. Dr. Schwemer)