

Linklaters

**Gutachterliche Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der
Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Ur-
teils des EuGH zur Pkw-Maut**

erstellt im Auftrag des

Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur

23. Oktober 2019

Linklaters

Linklaters LLP
Potsdamer Platz 5
10785 Berlin
Postfach 30 18 50
10746 Berlin

Telefon (+49) 30 21496-0
Telefax (+49) 30 21496-100

Zeichen L-281029

Linklaters

Inhaltsverzeichnis

Inhalt	Seite
Teil I: Ergebnisse	1
Teil II: Sachverhalt.....	4
1 Das Pkw-Mautsystem in Deutschland.....	4
1.1 Hintergrund des Projekts und nationales Gesetzgebungsverfahren	4
1.2 Diskurs auf europäischer Ebene im Vorfeld des EuGH-Verfahrens – Anpassung des Systems nach Abstimmung mit der EU Kommission	5
1.3 Verfahren vor dem EuGH (Rechtssache C-591/17).....	5
1.3.1 Klage Österreichs und maßgebliches Vorbringen.....	5
1.3.2 Wesentlicher Verfahrensablauf	5
(i) Mündliche Verhandlung vor dem EuGH	6
(ii) Stellungnahme des EuGH-Generalanwalts	6
(iii) EuGH-Urteil.....	7
2 Ausschreibung der Mautverträge.....	8
2.1 Projekt-Konzeptualisierung.....	8
2.2 Vergabeverfahren BV.....	8
2.2.1 Ablauf des Verfahrens	8
2.2.2 Vertragsverhandlungen	8
(i) Bieter A.....	9
(ii) Bieter B.....	9
(iii) Bieter C.....	10
(iv) Bieter D.....	10
(v) Verhandlungsrunden mit den Bietern	10
2.2.3 Best and Final Offer (BAFO).....	11
2.3 Vergabeverfahren Vertrag Automatische Kontrolle.....	12
2.4 Ausverhandelte Verträge	12
2.4.1 Betreibervertrag	12
2.4.2 Vertrag Automatische Kontrolle.....	13
2.5 Bewertung und Risikoeinschätzung des Bundes im Verlauf des EuGH-Verfahrens	14
2.6 Zuschlagsentscheidung und Abschluss der Verträge	15
3 Projektverlauf und Kündigung der Mautverträge nach der Entscheidung des EuGH	15
4 Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktionen FDP und Bündnis 90/Die Grünen mit wesentlichen Inhalten	16
5 Gegenstand der Stellungnahme.....	17
Teil III: Rechtliche Würdigung	18
1 Kündigungsregime nach dem BV.....	18
1.1 Unterscheidung nach Kündigungsgrund, Kündigendem und Grad der Verantwortlichkeit ...	18
1.1.1 Übernahme des Mautsystems	18
1.1.2 Option Abwicklung.....	20
1.2 Bestimmungen zur Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen.....	20

Linklaters

1.3	Entschädigungsfolgen einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen.....	21
1.4	Weitere Kündigungsgründe und Entschädigungsfolgen	22
2	Angemessenheit der vorgenommenen Risikoordnung.....	22
2.1	Verantwortungssphären und vertragliche Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer	23
2.1.1	Belastung des Betreibers mit wirtschaftlichen Risiken.....	24
2.1.2	Keine weitere Risikoallokation auf den Betreiber.....	25
(i)	Verantwortlichkeit des Bundes für eine auf ordnungspolitischen Gründen beruhende Kündigung.....	25
(ii)	Keine gemeinsame Risikotragung der Vertragsparteien.....	26
2.2	Marktüblichkeit der Risikoordnung bei Infrastruktur- und ÖPP-Projekten	27
2.2.1	Zuordnung ordnungspolitischer Risiken zur staatlichen Verantwortungssphäre in ÖPP-Projekten	28
2.2.2	Zuordnung externer Gerichtsurteile zu ordnungspolitischen Gründen.....	32
2.3	Abgleich mit zivilrechtlichen Maßstäben	33
2.3.1	Rechtliche Einordnung des BV	33
2.3.2	Kündigungsrecht des Bundes aus ordnungspolitischen Gründen entspricht zivilrechtlichen Maßstäben	34
(i)	Werkvertragliches „freies“ Kündigungsrecht, § 648 BGB	34
(ii)	Erhalt der Gegenleistungspflicht infolge Unmöglichkeit, §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1, 2 BGB.....	35
2.4	Öffentlich-rechtliche Maßstäbe	37
2.5	Ausgewogene Regelungssystematik der Kündigungsregelungen im BV	38
2.6	Zwischenergebnis	38
3	Angemessenheit der ermittelten Kompensation	39
3.1	Maßstab zur Ermittlung einer angemessenen Kompensation.....	39
3.1.1	Ausgleich für Investitionen des Betreibers	40
3.1.2	Ausgleich für die Übernahme von Projektrisiken im Betreibervertrag.....	40
3.2	Ermittlung des Bruttounternehmenswerts nach IDW S1.....	42
3.2.1	Ermittlung des Bruttounternehmenswerts	42
(i)	Berücksichtigung von Risiken bei der Bewertung.....	43
(ii)	Berücksichtigung projektbezogener Risiken.....	43
3.2.2	Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten	45
(i)	Vom Betreiber ersparte Aufwendungen.....	46
(ii)	Von den Gesellschaftern ersparte Aufwendungen.....	46
3.2.3	Zusammenfassung.....	46
3.3	Abgrenzung zur Ermittlung des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB	47
3.3.1	Vertragliche Sonderregelung	47
3.3.2	Unterschiedlicher Prüfmaßstab und nicht vergleichbare Prüfmethodik	48
3.4	Keine anderen geeigneten zivilrechtlichen Maßstäbe	49
3.4.1	Negatives Interesse.....	49
3.4.2	Entschädigung nach dem Werkvertragsrecht.....	50
3.5	Entschädigungsregime des Vertrags Automatische Kontrolle.....	51
3.5.1	Unterschiedliche Regelung der Kündigungsfolgen.....	51
3.5.2	Abweichendes Risikoprofil zum Betreibervertrag	52
3.6	Alternative Vertragsgestaltungen weder sinnvoll noch erforderlich	53
4	Rechtliche Angemessenheit der Entschädigungsregelung auch im Übrigen	53

Linklaters

4.1	Kein Verstoß gegen das europäische Beihilferecht.....	54
4.1.1	Kündigungs- und Entschädigungsregelung ist marktkonform	54
4.1.2	Regelungen wurden in einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren ermittelt.....	55
4.2	Kein Verstoß gegen das Haushaltsrecht.....	57
5	Bund musste nicht auf die Entscheidung des EuGH warten	58
5.1	Geringes Prozessrisiko	58
5.1.1	Disput bezüglich Unionsrechtskonformität	58
5.1.2	Abstimmung mit der Kommission und Verfahren vor dem EuGH.....	59
(i)	Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens.....	59
(ii)	Verfahren vor dem EuGH bis zur Zuschlagsentscheidung.....	60
(iii)	Schlussplädoyer des Generalanwalts	61
5.1.3	Fortlaufende Bewertung des verbleibenden Risikos durch den Bund	62
5.2	Zuschlagsfähiges Vergabeverfahren.....	63
5.2.1	Aussetzung des Vergabeverfahrens mit erheblichen Verfahrensrisiken verbunden...63	
5.2.2	Aufhebung des Vergabeverfahrens keine Handlungsoption	64
5.3	Drohende Einnahmeverluste	65
5.4	Gesetzgeberischer Auftrag zur Einführung der Infrastrukturabgabe	66
5.5	Zusammenfassung.....	66
	Auszüge aus Kündigungs- und Entschädigungsregelungen des Betreibervertrags	67

Linklaters

Teil I: Ergebnisse

- 1 Der Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe vom 30. Dezember 2018 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Betreiber sowie dessen Gesellschaftern (BV) sieht Entschädigungsregelungen auch für den Fall vor, dass die Bundesrepublik Deutschland (Bund) als Auftraggeber den Vertrag aus ordnungspolitischen Gründen kündigt. Auf diesem Kündigungsgrund beruht, neben weiteren Gründen, die Beendigung des Betreibervertrags durch das BMVI, nachdem der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 18. Juni 2019 die geplante Umsetzung der Pkw-Maut für unionsrechtswidrig erklärt hatte.
- 2 Im Betreibervertrag wurde in Ziffer 26.3.4 v) vereinbart, dass der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen kann, wenn „*ordnungspolitische Gründe*“ eintreten. Darunter sind nach dem Wortlaut auch „*Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte*“ zu verstehen, wenn diese eine Kündigung des Vertrags erforderlich machen und zwar auch dann, wenn solch eine Gerichtsentscheidung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags bereits absehbar war. Wird der Vertrag aus solch einem Grund gekündigt, ist dem Betreiber nach Ziffer 30.5.4 BV i.V.m. der Anlage 29.5.1 zum BV grundsätzlich der verbleibende Bruttounternehmenswert als Schadensersatz zu erstatten. Ersparte Aufwendungen sowie anderweitige tatsächliche oder unterlassene Einnahmen über die restliche Projektlaufzeit muss er sich anrechnen lassen. Tritt neben die ordnungspolitischen Gründe ein weiterer Kündigungsgrund, den der Betreiber zu vertreten hat, so entfällt dessen Entschädigungsanspruch.
- 3 Die Regelungen des Betreibervertrags, die zur Berechnung der Entschädigung des Betreibers im Falle einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen an den Bruttounternehmenswert anknüpfen, entsprechen marktüblichen Vertragsstandards und sind als angemessen zu beurteilen:
- 3.1 Kündigungsregime in Infrastrukturverträgen und Verträgen über Öffentlich-Private-Partnerschaften (ÖPP) differenzieren regelmäßig nach Verantwortungssphären, die den Vertragsparteien entweder allein oder gemeinsam zugewiesen werden. Die Errichtung und Aufrechterhaltung eines normativen Rahmens, der die Umsetzung des Projektes überhaupt erst ermöglicht, ist dabei regelmäßig der Verantwortungssphäre des staatlichen Auftraggebers und nicht der des privaten Auftragnehmers zugeordnet. Der Betreibervertrag fasst dies in Ziffer 26.3.4 v) als „*ordnungspolitische Gründe*“ zusammen. Solch eine Zuordnung lässt sich auch anhand zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Maßstäbe bestätigen.
- 3.2 Schon aus Gründen der Rechtstaatlichkeit liegt es allein in der Verantwortung des Staates, das gesetzliche Regelungssystem (hier für die Einführung der Infrastrukturabgabe) rechtmäßig und damit im Einklang mit allen nationalen und unionsrechtlichen Anforderungen auszugestalten. Er trägt damit auch das Risiko, dass deutsche oder europäische Gerichte dessen Rechtswidrigkeit feststellen. Daher werden solche Gerichtsentscheidungen in Ziffer 26.3.4 v) BV zutreffend den „*ordnungspolitischen Gründen*“ zugeordnet. Die Unabhängigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, deren Ausgang von keiner Partei bestimmt werden kann, stellt die grundsätzliche Verantwortung des Staates, einen rechtmäßigen und durchsetzbaren Rechtsrahmen zur Erhebung der Pkw-Maut zu schaffen, nicht in Frage und rechtfertigt daher auch keine Aufteilung der aus der Kündigung folgenden Lasten. Nur der Staat kann in solch einem Fall entscheiden, ob Änderungen an dem Regelungssystem vorgenommen werden sollen, um das Projekt rechtmäßig auszugestalten, oder aber ob auf dessen Durchführung dann verzichtet werden soll. Die Verantwortungssphäre des Betreibers ist da-

Linklaters

mit nicht berührt. Aus diesem Grund haben die Bieter ihre Angebotsabgabe in dem Vergabeverfahren für den Betreibervertrag von einer entsprechenden Vertragsgestaltung samt Entschädigungszahlung abhängig gemacht.

- 3.3** Wird der Betreibervertrag durch den Bund allein aus ordnungspolitischen Gründen beendet, liegt in der Erstattung des objektivierten Bruttounternehmenswerts unter Anrechnung ersparter Kosten und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten eine angemessene Kündigungsfolge. Maßstab für die Angemessenheit ist dabei die Erstattung der dem Betreiber bereits entstandenen Investitionskosten sowie ein Ausgleich für die von ihm mit dem Betreibervertrag verbindlich übernommenen (umfassenden) Verpflichtungen und Risiken bei der Errichtung und dem Betrieb des Pkw-Mautsystems.

Die nach den Grundsätzen des Instituts für Wirtschaftsprüfer (IDW S1) durchzuführende Unternehmensbewertung ermittelt den *objektivierten* Unternehmenswert zum Kündigungsstichtag. Im Rahmen dieser Bewertung ist nicht nur zu überprüfen, ob bereits im bisherigen Projektverlauf aufgetretene Risiken (beispielsweise Verzögerungen oder Schlechtleistungen) eine Anpassung der Planungen und der damit verbundenen Renditeerwartungen des Betreibers verlangen. Vielmehr ist solch eine Anpassung auch für alle zukünftigen vertrags- und projektimmanenten Risiken zu prüfen, die mit der Errichtung und dem Betrieb eines Maut-Projekts, etwa aufgrund von Verspätungen oder der Überschreitung von Kosten, verbunden sein können. Bei der Bewertung kann auf Erfahrungen mit vergleichbaren Infrastrukturprojekten zurückgegriffen werden. Die im Betreibervertrag angeordnete Unternehmensbewertung ermöglicht damit eine kritische und objektivierte Überprüfung der Risiko- und Ertragslage des Projektes zum jeweiligen Stichtag der Kündigung. Auf dieser Grundlage kann eine angemessene Entschädigung auch zu einem Zeitpunkt ermittelt werden, in dem sich das System noch am Anfang der Errichtungsphase befindet. Einer Sonderregelung für solche Fälle bedurfte es daher nicht.

Die auf diese Weise ermittelte Kompensation gewährleistet damit eine den jeweiligen Projektfortschritt berücksichtigende angemessene Kompensation für die vom Betreiber getätigten Investitionen sowie die von ihm vertraglich übernommenen Risiken und Verpflichtungen.

- 3.4** Die im Betreibervertrag vereinbarte Entschädigung im Falle einer Kündigung des Bundes aus ordnungspolitischen Gründen spricht dem Betreiber nicht den Ersatz des „entgangenen Gewinns“ über die gesamte restliche Vertragslaufzeit zu. Denn nach zivilrechtlichen Maßstäben käme es bei dessen Ermittlung gerade zu keiner einer Unternehmensbewertung nach IDW S1 methodisch vergleichbaren, standardisierten und am Projektfortschritt zum Stichtag orientierten Berücksichtigung von vertrags- und projektimmanenten Risiken. Wären im Betreibervertrag nur allgemeine zivilrechtliche Maßstäbe der Schadensberechnung wie der Ersatz des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB vereinbart worden, hätte dies voraussichtlich zu (je nach Einzelfall deutlich) höheren Entschädigungszahlungen des Bundes geführt.

- 4** Eine Erstattung allein der tatsächlich angefallenen Kosten hätte bei der Ermittlung einer Kompensation zu kurz gegriffen, die mit dem Betreibervertrag verbundenen erheblichen Risikokosten des Betreibers wären damit völlig ausgeblendet geblieben. Dies entspräche keinem angemessenen Nachteilsausgleich und war daher in den Verhandlungen mit den Bietern auch nicht durchsetzbar. Eine angemessene und marktübliche vertragliche Entschädigungsregelung kann weder den Regelungen der europäischen Beihilfenkontrolle noch nationalen haushaltsrechtlichen Maßstäben widersprechen. Es ist insbesondere nicht deren Aufgabe, nachträglich einen im wettbewerblichen Verfahren ermittelten und vertraglich ver-

Linklaters

einbaren Ausgleichsmechanismus zu korrigieren, der die Erstattungszahlung des staatlichen Auftraggebers für den Fall regelt, dass ein von ihm im Betreibervertrag übernommenes Risiko eintritt.

- 5 Das BMVI war weder verpflichtet noch war es für das Ministerium zumutbar, die Entscheidung des EuGH abzuwarten, bevor der Zuschlag für den BV erteilt wurde. Für den Umgang mit den damit verbundenen Risiken war, wie auch für zahlreiche weitere Projektrisiken, aus Sicht der Vertragsparteien vielmehr eine angemessene Vertragsregelung gefunden worden. Alle am deutschen Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe hatten den normativen Grundlagen zur Erhebung der Pkw-Maut zugestimmt. Eine verzögerte Einführung hätte in jedem Fall zu erheblichen Einnahmeausfällen des Bundes geführt und einen erfolgreichen Abschluss des Vergabeverfahrens sowie die Realisierung weiterer davon technisch abhängiger Teilprojekte gefährdet. Nach der Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission am 17. Mai 2017, dem Prozessverlauf in dem Verfahren vor dem EuGH einschließlich der mündlichen Verhandlung Anfang Dezember 2018 sowie den regelmäßigen Berichten der auf Seiten des Bundes involvierten Experten durfte der Bund das Risiko einer negativen Entscheidung des EuGH, dem zudem nicht durch Anpassungen des Pkw-Mautsystems hätte Rechnung getragen werden können, als gering einschätzen.

Linklaters

Teil II: Sachverhalt

1 Das Pkw-Mautsystem in Deutschland

1.1 Hintergrund des Projekts und nationales Gesetzgebungsverfahren

Um den hohen Standard der deutschen Verkehrsinfrastruktur aufrecht zu erhalten und den prognostizierten Verkehrszuwachs im Personen- und Güterverkehr bewältigen zu können, entschloss sich der Bund, die Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur von der Steuer- zur Nutzerfinanzierung umzustellen. Hierdurch sollte eine größere Unabhängigkeit von der Haushaltslage des Bundes und mehr Planungssicherheit für die Finanzierung von dringend erforderlichen Infrastrukturinvestitionen erlangt werden.¹

Zur Umsetzung dieses Vorhabens brachte die Bundesregierung Anfang 2015 Gesetzesentwürfe² in den Bundestag ein. Nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens im Bundestag und im Bundesrat trat am 12. Juni 2015 das Gesetz über die Erhebung einer zeitbezogenen Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgabengesetz, „InfrAG“) in Kraft. Mit diesem Gesetz sollte eine zeitabhängige Benutzungsgebühr („Infrastrukturabgabe“) für Halter bzw. Führer von Personenkraftwagen für die Benutzung von Fernstraßen in Deutschland eingeführt werden. Hierbei sollte insbesondere berücksichtigt werden, dass Halter von nicht in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen, die das deutsche Bundesfernstraßennetz nutzen, bislang nicht an der Finanzierung des Erhalts und des Ausbaus des Netzes beteiligt waren. Die Abgabe sollte als elektronische Vignette (E-Vignette) erhoben werden. Die entsprechende Fahrtberechtigung sollte mit dem amtlichen Kraftfahrzeugkennzeichen verknüpft werden, das nach Entrichtung der Infrastrukturabgabe im System freigeschaltet wird. Der Preis für die Jahresvignette sollte sich nach dem Hubraum und den Umwelteigenschaften der Pkw bzw. – im Falle von Wohnmobilen – nach dem Fahrzeuggewicht berechnen. Der Bund entschloss sich, Halter von in Deutschland zugelassenen Pkws in Höhe der zu zahlenden Infrastrukturabgabe von der Kfz-Steuer zu befreien, um eine Doppelbelastung im Vergleich zu Haltern von im Ausland zugelassenen Fahrzeugen zu vermeiden. Zu diesem Zweck wurde das Zweite Gesetz zur Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes und des Versicherungsteuergesetzes („Zweites Verkehrsteueränderungsgesetz“, „2. VerkehrStÄndG“) verabschiedet, welches am 12. Juni 2015 in Kraft trat.

Nach dem zugrundeliegenden Konzept sollte die Infrastrukturabgabe vom Kraftfahrt-Bundesamt („KBA“) in Flensburg erhoben und vom Bundesamt für Güterverkehr („BAG“) überwacht werden. Nach der Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Jahr 2015 entschloss sich der Bund dazu, sowohl die Errichtung und den Betrieb des Infrastrukturabgabensystems als auch die Kontrolle der Entrichtung der Abgabe im Wege der Beleihung an einen privaten Dritten zu übertragen, der dann der Aufsicht des KBA sowie des BAG unterstanden hätte.

Der Bund ging von jährlichen Gesamteinnahmen in Höhe von rund 3,85 Mrd. Euro (brutto) aus, wobei rund 3 Mrd. Euro auf in Deutschland zugelassene Fahrzeuge und rund 845 Mio. Euro auf nicht in Deutschland zugelassene Fahrzeuge entfallen sollten. Die laufenden Betriebs- und Personalkosten wurden mit 247 Mio. Euro pro Jahr angesetzt.³

¹ Vgl. Bundestagsdrucksache 18/399 vom 11. Februar 2015, S. 1.

² Vgl. „Gesetz zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen“ und „Zweites Verkehrsteueränderungsgesetz“.

³ Vgl. BMVI, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StV/infrastrukturabgabe.html>, zuletzt abgerufen am 21. Oktober 2019.

Linklaters

1.2 Diskurs auf europäischer Ebene im Vorfeld des EuGH-Verfahrens – Anpassung des Systems nach Abstimmung mit der EU Kommission

Am 18. Juni 2015 leitete die Europäische Kommission („EU-Kommission“) wegen des InfrAG ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein. Nach Einschätzung der EU-Kommission sei das Gesetz mit dem geltenden Europarecht nicht zu vereinbaren, da dieses zu einer Ungleichbehandlung von Bürgern aus anderen EU-Mitgliedstaaten führe und der Preis für Kurzzeit-Vignetten für bestimmte Fahrzeuge, die hauptsächlich von nicht-deutschen Autofahrern genutzt werden, im Vergleich zu dem der Jahresvignetten unverhältnismäßig hoch sei.⁴

Am 1. Dezember 2016 einigten sich die EU-Kommission und Deutschland auf eine „umweltfreundliche, faire und gerechte“ Ausgestaltung der Infrastrukturabgabe „für alle Autofahrer“.⁵ Nach der Einigung sollte die Infrastrukturabgabe für fünf Fahrzeugkategorien (statt drei) eingeführt werden. Bei der Bemessung der Kfz-Steuer sollten die umweltfreundlichsten Fahrzeuge besonders günstig behandelt werden.

Am 17. Mai 2017 beendete die EU-Kommission das gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren, nachdem Deutschland der EU-Kommission zugesichert hatte, das InfrAG entsprechend dem Kompromiss zwischen dem Bund und der EU-Kommission zu ändern. Nach Beschluss des Bundestags am 24. März 2017 und Beteiligung des Bundesrats am 31. März 2017 traten die entsprechenden Gesetzesänderung am 25. Mai 2017 in Kraft.

1.3 Verfahren vor dem EuGH (Rechtssache C-591/17)

1.3.1 Klage Österreichs und maßgebliches Vorbringen

Mit Schreiben vom 7. Juli 2017 befasste die Republik Österreich die EU-Kommission erneut mit der Infrastrukturabgabe. Österreich argumentierte, dass die Bundesrepublik Deutschland insbesondere aufgrund der Kombination der in Rede stehenden Maßnahmen des InfrAG und des 2. VerkehrStÄndG wegen einer mittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und einer Beeinträchtigung des freien Dienstleistungs- und Warenverkehrs gegen die Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV verstoßen habe.

Dieses Vorbringen wies die Bundesrepublik Deutschland mit Schreiben vom 11. August 2017 zurück. Am 31. August 2017 fand eine Anhörung statt, bei der die Republik Österreich und die Bundesrepublik Deutschland ihre Argumente vor der EU-Kommission vorbrachten. Die EU-Kommission gab innerhalb der in Art. 259 AEUV vorgesehenen Dreimonatsfrist keine mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Daraufhin initiierte die Republik Österreich am 12. Oktober 2017 das Klageverfahren vor dem EuGH. Die Kommission trat dem Verfahren nicht als Streithelferin bei.

1.3.2 Wesentlicher Verfahrensablauf

Mit Beschlüssen des Präsidenten des Gerichtshofs vom 15. Januar und 14. Februar 2018 wurden das Königreich der Niederlande und das Königreich Dänemark als Streithelfer zur Unterstützung der Republik Österreich bzw. der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Am 12. November 2018 übersandte der Gerichtshof der

⁴ Vgl. EU-Kommission, Factsheet vom 18. Juni 2015, MEMO-15-5162-DE, S. 9.

⁵ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 2. Dezember 2016.

Linklaters

EU-Kommission ein Klarstellungsersuchen, mit dem er die EU-Kommission aufforderte, die Gründe für die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens vom 17. Mai 2017 darzulegen.

Am 26. November 2018 antwortete die Kommission auf das Ersuchen des Gerichtshofs und erklärte, dass die in Rede stehenden nationalen Vorschriften hinsichtlich des Preises für Kurzzeitvignetten und der Steuerentlastung durch die vom Deutschen Bundestag am 24. März 2017 verabschiedeten Gesetze geändert worden seien. Aufgrund dieser Änderung und

„des Bedürfnisses, breite politische Unterstützung für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für ein gemeinsames europäisches System der Entgelte für Straßenbenutzung zu erhalten“⁶,

sei seinerzeit das Verfahren eingestellt worden.

(i) Mündliche Verhandlung vor dem EuGH

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH am 11. Dezember 2018 setzte sich der EuGH mit den schriftsätzlich von der Republik Österreich vorgebrachten Argumenten sowie der vom Bund vertretenen Auffassung kritisch auseinander. Aus der Sicht der für den Bund am Verfahren beteiligten Experten verlief die mündliche Verhandlung für den Bund positiv. Nach Einschätzung der Lenkungsgruppe für das Gesamtprojekt war eine Bewertungskorrektur im Hinblick auf das Risiko einer negativen EuGH-Entscheidung nicht erforderlich.⁷

(ii) Stellungnahme des EuGH-Generalanwalts

Nachdem am 11. Dezember 2018 die mündliche Verhandlung vor dem EuGH stattgefunden hatte, stellte Generalanwalt Nils Wahl am 6. Februar 2019 seine Schlussanträge. Darin schlug er dem Gerichtshof eine Abweisung der Klage der Republik Österreich vor. Alle vier Klagegründe seien unbegründet.

Zum behaupteten diskriminierenden Charakter der in Rede stehenden Maßnahmen trug der Generalanwalt vor, dass die Republik Österreich den Begriff der Diskriminierung aus Art. 18 AEUV grundlegend missverstanden habe. Zwar seien Halter inländischer Fahrzeuge in der Regel deutsche Staatsangehörige und Halter ausländischer Fahrzeuge in der Regel Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates. Allerdings seien beide Gruppen nicht in einer vergleichbaren Situation, womit die von der österreichischen Regierung gewählte Vergleichsgröße schon nicht geeignet sei, einen Fall der Diskriminierung zu begründen. Zudem konnte der Generalanwalt keine bessere Behandlung inländischer Autofahrer feststellen. Um auf deutschen Autobahnen zu fahren, müssten diese nämlich sowohl eine Infrastrukturabgabe als auch Kraftfahrzeugsteuer zahlen, während die Fahrer ausländischer Fahrzeuge dafür ausschließlich die Infrastrukturabgabe zahlen müssten und dabei – anders als inländische Halter – auf eine Vignette gemäß ihrem tatsächlichen Bedarf zurückgreifen könnten.

⁶ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17.

⁷ Vgl. Statusbericht zum Projekt Infrastrukturabgabe (ISA) im Berichtszeitraum 18. Dezember 2018 - 29. Januar 2019 (Stand: 29. Januar 2019), S. 12.

Linklaters

Dem Vorbringen Österreichs, die konkrete Ausgestaltung der Kontroll- und Vollzugsmaßnahmen der Infrastrukturabgabe stelle eine mittelbare Diskriminierung dar und verstoße daher gegen Art. 18 AEUV, entgegnete der Generalanwalt, dass die Republik Österreich hierzu ihrer Beweislast nicht ausreichend nachgekommen sei. Den behaupteten Verstoß gegen Art. 34 und 56 AEUV hielt der Generalanwalt ebenfalls für unbegründet. Nach Auffassung des Generalanwalts habe die Infrastrukturabgabe

„in keiner Weise die Regulierung des Handels zum Ziel.“⁸

Deshalb sei die Infrastrukturabgabe nicht als sog. Maßnahme gleicher Wirkung zur Beschränkung des Handelsverkehrs i.S.v. Art. 34 AEUV bzw. des freien Dienstleistungsverkehrs i.S.v. Art. 56 AEUV zu qualifizieren gewesen.⁹ Zudem habe die österreichische Regierung es versäumt, ausreichende Belege für etwaige negative Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel beizubringen.¹⁰

Hinsichtlich des behaupteten Verstoßes gegen Art. 92 AEUV argumentierte der Generalanwalt, dass diese Vorschrift im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, denn die EU habe in der Vergangenheit ausreichende Bestimmungen für den Bereich des Straßenverkehrs (einschließlich der Richtlinie über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge¹¹) erlassen, so dass Art. 92 AEUV bereits nach seinem Wortlaut nicht anwendbar gewesen sei.¹²

Im Ergebnis stellte sich der Generalanwalt damit gegen das klägerische Vorbringen der Republik Österreich und wies eine Unionsrechtswidrigkeit des Vorhabens der Bundesrepublik Deutschland zurück. Entsprechend empfahl er, die Klage abzuweisen.

(iii) EuGH-Urteil

Der EuGH folgte diesen Schlussanträgen des Generalanwalts nicht. In seinem Urteil vom 18. Juni 2019 bestätigte der EuGH weitestgehend die von Österreich vorgebrachten Klagegründe. Die Kombination der Einführung der Infrastrukturabgabe bei gleichzeitiger Senkung der Kfz-Steuer stelle eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Die Bundesrepublik Deutschland habe demnach gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV verstoßen.¹³

⁸ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 124.

⁹ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 124 im Hinblick auf Art. 34 und Rn 132 für den Dienstleistungsverkehr.

¹⁰ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 125.

¹¹ Vgl. Richtlinie 2011/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2011 zur Änderung der Richtlinie 1999/62/EG über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge.

¹² Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 141 ff.

¹³ Vgl. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 18. Juni 2019 – Az. C-591/17 (Republik Österreich/Bundesrepublik Deutschland).

Linklaters

2 Ausschreibung der Mautverträge

2.1 Projekt-Konzeptualisierung

Das Projekt zur Umsetzung der Infrastrukturabgabe startete mit dem Inkrafttreten des InfrAG am 12. Juni 2015. Das BMVI setzte eine Projektgruppe ein, zu der auch externe Berater (Ernst & Young („EY“), PricewaterhouseCoopers („PwC“), Greenberg Traurig und KPMG Law) gehörten. Hierbei stimmte sich die Projektgruppe mit dem KBA und dem BAG eng ab.

Im Rahmen der Projekt-Konzeptualisierung („Phase HA01“) sollte die Projektgruppe die für das künftige Erhebungssystem bestehenden Risiken umfassend evaluieren und die entsprechenden Erkenntnisse unter anderem in die Vergabeunterlagen einschließlich der jeweiligen Leistungsbeschreibungen, Anforderungskataloge sowie Vertragswerke für die Bereiche Erhebung und automatische Kontrolle einfließen lassen.

Die Phase HA01 wurde am 24. Juni 2016 abgeschlossen. Anschließend wurden die im Rahmen dieser Phase gewonnenen Erkenntnisse von der Projektgruppe vertieft und weiter plausibilisiert. In diesem Zusammenhang fanden auch regelmäßige Risikoeinschätzungen statt, bei denen die Projektgruppe die aus ihrer Sicht relevanten Risiken prüfte und abhängig von der Eintrittswahrscheinlichkeit sowie der Schadenshöhe als hoch, mittel oder gering bewertete.

2.2 Vergabeverfahren BV

2.2.1 Ablauf des Verfahrens

Mit der im Amtsblatt der EU am 13. Juni 2017 veröffentlichten Bekanntmachung schrieb das BMVI den Auftrag über *„die Entwicklung, den Aufbau sowie den Betrieb eines wesentlichen Bestandteils (Infrastrukturabgabenerhebungssystem) des für die Erhebung der Infrastrukturabgabe nach dem InfrAG notwendigen Gesamtsystems“* aus („Vergabeverfahren BV“).¹⁴

Der Auftrag sollte in einem Verhandlungsverfahren samt vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb vergeben werden.¹⁵ Nach Ziffer IV.2.2 der Bekanntmachung sollten die Teilnahmeanträge bis spätestens 1. August 2017, 13:00 Uhr, beim BMVI eingehen.

Nach der Durchführung des Teilnahmewettbewerbs entschied sich das BMVI dafür, das Verfahren mit vier Bietergemeinschaften, unter anderem dem später ausgewählten Bieter, fortzuführen.

2.2.2 Vertragsverhandlungen

Im Rahmen der dem Teilnahmewettbewerb nachfolgenden Erstangebotsphase überreichten die Bieter mit dem Formblatt 07 auch ihre Verhandlungsvorschläge für die Ausgestaltung des BV. Die entsprechenden Vorschläge der Bieter wurden vom Bund in den Tabellen Verhandlungsbedarf berücksichtigt und als Grundlage für die Vorbereitung der Verhandlungen mit den Bietern verwendet.¹⁶

¹⁴ Vgl. EU Abl. 2017/S 111-223607.

¹⁵ Vgl. Ziffer IV.2.1 der Bekanntmachung.

¹⁶ In Abstimmung mit dem BMVI wurden nachfolgend aus Gründen der Vertraulichkeit des Vergabeverfahrens und der Wahrung von Geheimhaltungsinteressen der beteiligten Bieter die Positionen der Bieter nur anonymisiert und summarisch wiedergegeben.

Linklaters

Die Verhandlungen mit den Bietern fanden im Februar/März 2018 statt. Für jeden Bieter wurden vier Verhandlungstage vorgesehen. Das BMVI orientierte sich dabei an im Vorfeld der Verhandlungen definierten und mit den externen Beratern abgestimmten Verhandlungsleitlinien, um sicherzustellen, dass das BMVI die verhandlungsbedürftigen Punkte in seinem Sinne durchsetzt und ein interessensgerechter Vertrag zum Abschluss kommt.

In den Vergabeverhandlungen machten die Bieter sehr deutlich, dass sie nicht bereit waren, das Risiko einer negativen EuGH-Entscheidung zu tragen. Eine Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen durch den Auftraggeber war für die Bieter nur akzeptabel, wenn der Bieter nach der Kündigung angemessen entschädigt wird.

Die Verhandlungspositionen der Bieter lassen sich wie folgt zusammenfassen:

(i) Bieter A

Der Bieter A meldete u.a. Verhandlungsbedarf zu den Kündigungs- und Entschädigungsregelungen an. Dieser Komplex wurde schon in den vom Bieter hervorgehobenen zehn wichtigsten Verhandlungspunkten unter dem Gesichtspunkt der Finanzierbarkeit genannt.¹⁷ Die Kündigungssystematik der gesamten Ziffer 26 Entwurf BV V1.0 wurde unter Gesichtspunkten des wirtschaftlichen Risikos als nicht nachvollziehbar bezeichnet.

Die Kündigungsgründe für eine Kündigung durch den Auftraggeber in Ziffer 26.3.2 Entwurf des BV 2017 wurden als zu weitgehend kritisiert und seien in jedem Fall auf die Fälle zu beschränken, in denen ein Verschulden des Betreibers vorliegt.¹⁸ Kündigungsgründe, die der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen sind, könnten keinesfalls akzeptiert werden. Ordnungspolitische Gründe seien jedenfalls nicht der Risikosphäre des Betreibers zuzuordnen.¹⁹ Das Kündigungsrecht des Auftraggebers sei aber weniger problematisch, wenn eine entsprechende Kompensation vorgesehen sei. Erhebliche Kaufpreisabschläge seien Banken nicht vermittelbar und führten dazu, dass das Projekt nicht finanzierbar sei. Die Preisauswirkung für den Komplex Kündigungssystematik wurde mit einem dreistelligen Millionen-Betrag beziffert.²⁰

(ii) Bieter B

Der Bieter B kritisierte die Unbestimmtheit des Begriffs der ordnungspolitischen Gründe in Ziffer 26.3.2 x) Entwurf des BV 2017. Eine Kündigung solle nicht bei jeder Änderung des InfRAG möglich sein, sondern nur, wenn dieses insgesamt entfalle und auch nicht durch eine andere Regelung ersetzt werde.²¹

Im Rahmen der Entschädigungsregelungen forderte der Bieter B für den Fall der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen durch den Auftraggeber

¹⁷ Vgl. Anlage 1 des Schreibens des Bieters A an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 19. Januar 2018, S. 1.

¹⁸ Vgl. Erstangebot des Bieters A, Formblatt 7, S. 52 f.

¹⁹ Vgl. Protokoll Vergabe Infrastrukturerhebungssystem, 4. Verhandlungstag, S. 4.

²⁰ Vgl. Erstangebot des Bieters A, Formblatt 7, S. 48.

²¹ Vgl. Erstangebot des Bieters B, Formblatt 7, S. 170.

Linklaters

eine höhere Entschädigung in Form des Equity Value ohne Anrechnungen oder Kürzungen.²²

(iii) Bieter C

Der Bieter C verlangte im Rahmen der Entschädigungsregelungen eine insgesamt angemessenere Ausgestaltung des Optionskaufpreises und kritisierte verschiedene in dem bisherigen Entwurf vorgesehene Sanktionsmechanismen als unangemessen.²³ Der Bieter C machte dabei deutlich, dass er in allen Fällen, in denen die Gründe für die Beendigung des BV nicht durch ihn selbst beeinflusst werden können (wie etwa bei der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen), eine hohe Entschädigungszahlung erwarte (Equity Value und zusätzlich anfallende Beendigungskosten gegen Nachweis). Die Rechtsfolgen der Ausübung der Call Option durch den Auftraggeber nach fünf Jahren und die einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen müssten identisch sein, weil der Betreiber in beiden Fällen keinen Einfluss auf die Beendigung habe.

(iv) Bieter D

Der Bieter D forderte grundsätzlich, dass Kündigungen des Auftraggebers stets ein Verschulden des Betreibers voraussetzen müssten.

An der Berechnung des Kaufpreises bei Vermeintlicher Kündigung durch den Betreiber wurde kritisiert, dass nach dem Entwurf des BV 2017 bei Kündigung durch den Auftraggeber aus wichtigem Grund ein stark verminderter Kaufpreis ermittelt werde und der Auftraggeber zudem Anspruch auf Ersatz des Barwerts der zusätzlichen Aufwendungen habe, die dem Auftraggeber infolge der vorzeitigen Übernahme des Betreibers entstehen. Daher seien die vorgesehenen Regelungen unangemessen.²⁴ Deswegen müsste in den Fällen einer nicht vom Betreiber verschuldeten Vertragsbeendigung der vollständige Bruttounternehmenswert ohne Abzüge und ein zusätzlicher Anspruch des Betreibers auf Erstattung von Abwicklungskosten gewährt werden.²⁵

(v) Verhandlungsrunden mit den Bieter

In den insgesamt 20 Verhandlungs- und Aufklärungsterminen wurde seitens der Bieter der Themenkomplex der vorzeitigen Beendigung und korrespondierender Entschädigung wiederholt als den Betreiber unangemessen benachteiligend und daher als höchste Priorität²⁶ bezeichnet.²⁷ Ohne befriedigende Lösungen seien erforderliche Aufsichtsratsbeschlüsse und Zustimmungen anderer Gremien nicht erreichbar und könnten keine Angebote abgegeben werden. Weil eine Amortisation der Investitionen der Bieter in der Planungs- und Errichtungsphase erst in der Betriebsphase und auch dort nur ratierlich über die gesamte Laufzeit erfolge, stelle eine solche Regelung auch

²² Vgl. Erstangebot des Bieters B, Formblatt 7, S. 253.

²³ Vgl. Erstangebot des Bieters C, Formblatt 7, S. 135.

²⁴ Vgl. Erstangebot des Bieters D, Formblatt 7, S. 156 ff.

²⁵ Vgl. Erstangebot des Bieters D, Formblatt 7, S. 156 f.

²⁶ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter D – Verhandlungstag 1, S. 9.

²⁷ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter C – Verhandlungstag 4, S. 8.

Linklaters

ein massives Finanzierungsrisiko dar, weil es für eine Fremdfinanzierung insoweit keine zur Besicherung geeigneten verlässlichen laufenden Zahlungsansprüche gebe.²⁸ Daher müssten die Kündigungsrechte des Auftraggebers begrenzt werden. Zudem müsse dem Betreiber deutlich mehr Entschädigung gewährt werden, wenn er den Kündigungsgrund nicht verschuldet oder der Auftraggeber ohne Vorliegen eines Kündigungsgrundes gekündigt habe.²⁹ Das Gesamtsystem dürfe nicht zu einem unkalkulierbaren Risiko führen, das der Bieter nicht beeinflussen könne. Dies gelte insbesondere für die Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen, die nicht der Risikosphäre des Betreibers zuzuordnen sei. Im Übrigen sei der Tatbestand dieses Kündigungsgrundes zu³⁰ unbestimmt formuliert,³¹ weshalb eine Kündigung des Auftraggebers aus ordnungspolitischen Gründen nicht möglich sein³² oder zumindest eine volle und konkret bestimmbare Kompensation vorgesehen werden sollte.³³

Insgesamt ergab sich aus den insoweit konsistenten Reaktionen der vier Bietergemeinschaften, dass die in den Vergabeunterlagen vorgesehenen Entschädigungsregelungen durchgehend für inakzeptabel gehalten wurden und der Auftraggeber ohne eine entsprechende eindeutige Korrektur nicht mit der Abgabe von finalen Angeboten rechnen konnte. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen stellte der Bund seinerseits wiederholt klar, dass er die Regelung zur Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen für unabdingbar halte. Aus Sicht des Bundes waren die Forderungen der Bietergemeinschaften angesichts der im BV vorgenommenen Risikoallokation sowie des Fremdfinanzierungsbedarfs des Betreibers allerdings nachvollziehbar; die entsprechenden Korrekturen sollten im Rahmen der Entschädigungsregelung vorgenommen werden.

2.2.3 Best and Final Offer (BAFO)

Nach der Durchführung der Verhandlungen mit den Bietern forderte das BMVI mit Schreiben vom 31. Mai 2018 die Bieter dazu auf, auf der Grundlage der überarbeiteten Vergabeunterlagen die finalen Angebote bis zum 8. August 2018 bzw. – nach einer Verlängerung der Frist für Abgabe des finalen Angebots – bis zum 17. Oktober 2019 einzureichen; mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 wurde der im Wettbewerb verbliebene Bieter zur Abgabe des zweiten finalen Angebots aufgefordert.

Der später ausgewählte Bieter reichte form- und fristgemäß sein Angebot ein. Das Angebot sah vor, dass der später ausgewählte Bieter bis zum 30. April 2019 an sein Angebot gebunden war. Nach einer eingehenden Prüfung des eingereichten Angebots sowie Aufklärungs- und Verhandlungsgesprächen hierüber und Abgabe eines zweiten finalen Angebots vom 13. Dezember 2018 erteilte das BMVI hierauf den Zuschlag auf das Angebot des ausgewählten Bieters.

²⁸ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter D – Verhandlungstag 4, S. 3, 5.

²⁹ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter B – Verhandlungstag 4, S. 5.

³⁰ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter C – Verhandlungstag 4, S. 9.

³¹ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter B – Verhandlungstag 4, S. 5.

³² Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter A – Verhandlungstag 4, S. 2 f.

³³ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter A – Verhandlungstag 4, S. 4.

Linklaters

2.3 Vergabeverfahren Vertrag Automatische Kontrolle

Mit Bekanntmachung vom 14. Juni 2017 schrieb das BMVI den Auftrag zur Planung, Entwicklung, Errichtung, Betrieb und Unterhaltung eines automatischen Kontrolleinrichtungssystems zur Kontrolle der Einhaltung der Pflicht zur Entrichtung der Infrastrukturabgabe nach dem InfrAG aus. Nach der Auftragsbekanntmachung sollte eine technische Lösung beschafft werden, die die für die Ahndung von Verstößen gegen die Abgabepflicht nach dem InfrAG erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen soll.

Nach Ziffer IV.1.1 der Bekanntmachung sollte der Auftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb vergeben werden. Die entsprechenden Teilnahmeanträge waren bis zum 13. Juli 2017, 13:00 Uhr, bei der Vergabestelle einzureichen. Nach Durchführung von Verhandlungen mit den Bietern, die sich im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs als geeignet erwiesen hatten, wurden die Bieter am 12. April 2018 zur Abgabe des letztverbindlichen Angebots aufgefordert. Das BMVI bewertete die eingereichten Angebote und entschied sich dazu, den Zuschlag auf das Angebot des späteren Auftragnehmers zu erteilen.

2.4 Ausverhandelte Verträge

Im Rahmen der Vergabeverfahren wurden mit den Bietern die wesentlichen vertraglichen Grundlagen für die Errichtung des Mautsystems samt aller Unterstützungssysteme und für den Betrieb des Mautsystems samt Erhebung der Maut ausverhandelt.

2.4.1 Betreibervertrag

Der BV regelt die Festsetzung und den Einzug (Mahnungen und Erlass von Vollstreckungsanordnungen) der Infrastrukturabgabe. Der Betreiber soll auf eigenes wirtschaftliches Risiko ein System zur Erhebung der Infrastrukturabgabe entwickeln, aufbauen und betreiben. Zu diesem Zweck sollte er mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben beliehen werden. Der Beginn der Mauterhebung war für Oktober 2020 vorgesehen. Eine vorzeitige ordentliche Kündigung des BV war ausgeschlossen, um Planungssicherheit für den Auftraggeber zu schaffen (vgl. Ziffern 26.2.1 und 26.3.1 a) BV).

Eine Vorfinanzierung des Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe („Mautsystem“) durch den Bund war weder gewollt noch möglich. Vielmehr waren die Betreiberparteien (der Betreiber) verpflichtet, diese Investition vorzufinanzieren und deren Amortisation sowie ihre Rendite über die ordentliche Laufzeit des BV von 12 Jahren ab Beginn der Erhebung der Infrastrukturabgabe zu erwirtschaften. Entsprechend kalkulierten die Bieter ihre Angebote im Vergabeverfahren.

Trotz dieser ordentlichen Laufzeit von 12 Jahren und der Vorfinanzierung des Systems durch den Betreiber sollte der Bund einseitig berechtigt sein, das Mautsystem bereits nach fünf Jahren ab Vertragsbeginn zu übernehmen und selbst (oder durch Dritte) fortzuführen, ohne dass hierfür weitere Voraussetzungen erfüllt sein mussten. Dies sollte sicherstellen, dass der Bund flexibel auf künftige politische Entwicklungen (Führung der Toll Collect GmbH als bundeseigene Gesellschaft; Zusammenführung von Mautsystemen für Lkw und Pkw; Umstellung auf streckenbezogene Abgabenerhebung; EU-rechtliche Vorgaben etc.) reagieren kann. Schon deshalb war es erforderlich, für den Fall einer solchen vorzeitigen Übernahme und Beendigung der Zusammenarbeit durch den Bund vertragliche Regelungen für eine Entschädigung des Betreibers vorzusehen. Die Entschädigung musste, um für die Bieter sowie deren

Linklaters

Vorstandsgremien, für die finanzierenden Banken und die involvierten Versicherungen akzeptabel zu sein, wirtschaftlich eine Kompensation der von dem Betreiber vorfinanzierten Investitionen für die Entwicklung und den Aufbau des Mautsystems vorsehen.

Neben der an keine weiteren Voraussetzungen geknüpften vorzeitigen „ordentlichen“ Übernahme des Mautsystems sah der BV für den Bund auch das Recht vor, bei Vorliegen wichtiger Gründe den BV außerordentlich kündigen zu können. Auch in diesen Fällen sollte der Bund die Möglichkeit zur Fortführung des Betriebs bzw. Systems durch Übernahme aller Anteile an der Betreibergesellschaft oder aber deren Vermögensgegenständen haben (sog. „Call Optionen“).

Dazu normierte der BV in Ziffer 26.3.4 insgesamt 22 „wichtige Gründe“, bei deren Vorliegen der Bund zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ist. Einer dieser Kündigungsgründe, auf den sich der Bund zur Beendigung des BV stützen konnte, ist der im hiesigen Gutachten näher betrachtete Fall der Kündigung aus sog. „ordnungspolitischen Gründen“ gemäß Ziffer 26.3.4 v) BV (vgl. dazu im Einzelnen Ziffer 1.2).

Für alle Fälle der vorzeitigen Beendigung des BV durch eine außerordentliche Kündigung des Bundes traf der Betreibervertrag in Ziffer 30.5 BV und Anlagen 28.4.1 und 29.5.1 zum BV Regelungen dazu, ob und in welchem Umfang dem Betreiber in solchen Fällen eine Entschädigung für den Verlust der Vollamortisation seiner Investition über die ordentliche Laufzeit zusteht (vgl. Anhang Auszüge aus Kündigungs- und Entschädigungsregelungen des Betreibervertrags).

Der BV differenziert dabei grundsätzlich danach,

- in wessen Verantwortungsbereich der Grund für die außerordentliche Kündigung liegt,
- was beim Zusammentreffen mehrerer Kündigungsgründe und/oder Kündigungen gelten soll und
- ob der Auftraggeber infolge der außerordentlichen Kündigung(en) das Mautsystem übernimmt oder nicht.

Für den Fall einer Kündigung (nur) aus ordnungspolitischen Gründen haben die Betreiberparteien danach Anspruch auf eine Entschädigung auf der Grundlage des Bruttounternehmenswerts, allerdings unter Abzug ersparter Aufwendungen und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten der Betreiberparteien (vgl. dazu im Einzelnen Ziffer 1.3). Im Falle der Abwicklung haben die Betreiberparteien außerdem Anspruch auf Erstattung sämtlicher Kosten der Abwicklung des Betreibers.

2.4.2 Vertrag Automatische Kontrolle

Der Vertrag über die Planung, die Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems („Vertrag Automatische Kontrolle“) hat die Beschaffung der für die automatische Kontrolle der Einhaltung der Abgabepflicht nach dem InfrAG erforderlichen technischen und baulichen Einrichtungen sowie spezifische Unterstützungsleistungen zum Gegenstand.

Die Einhaltung der Abgabepflicht nach dem InfrAG wird nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InfrAG vom BAG stichprobenartig überwacht. Das BAG kann sich dabei gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InfrAG der Mitwirkung eines privaten Dritten bedienen.

Linklaters

Der Vertrag Automatische Kontrolle enthält ein eigenes, vom BV abweichendes Kündigungsregime samt einer auf das Regelungskonzept und die Risikoallokation zugeschnittenen Entschädigung des Betreibers im Falle der Beendigung dieses Vertrags. Die Höhe der Vergütung orientiert sich dabei grundsätzlich unmittelbar am Fortschritt der Arbeiten und am konkreten Errichtungsstand (vgl. dazu auch Ziffer 3.5)

2.5 Bewertung und Risikoeinschätzung des Bundes im Verlauf des EuGH-Verfahrens

Während der gesamten Projektlaufzeit betrieb der Bund – unterstützt von externem Sachverständigen – ein fortlaufendes Risikomanagement, um sicherzustellen, dass sämtliche für die Projektdurchführung relevanten Risiken identifiziert und fortlaufend bewertet werden.

Bereits im Rahmen der Projekt-Konzeptualisierung (Phase HA01) wurde eine umfassende Risikoanalyse im Hinblick auf das künftige Infrastrukturabgabesystem durchgeführt. Die entsprechenden Erkenntnisse aus der Risikoanalyse wurden in den Vertragswerken BV und Automatische Kontrolle reflektiert. Das Risiko von Rechts- und Gesetzesänderungen (außerhalb technischer Vorgaben) wurde als separate Kategorie innerhalb der Risikomatrix ausgewiesen und für das Initialjahr als „gering“ bewertet.³⁴

Zur Identifikation und Bewertung von Risiken wurden mehrere Risikoworkshops durchgeführt. An den Workshops nahmen die technisch/wirtschaftlichen, rechtlichen und Projektmanagement-Berater des Bundes teil. Es sollte sichergestellt werden, dass sämtliche Projektrisiken (einschließlich des Risikos von Rechtsänderungen) erkannt und im Rahmen der wirtschaftlichen Bewertung durch adäquate Risikokosten berücksichtigt werden.

Auch die Klage Österreichs vor dem EuGH wurde in das Projekt-Risikomanagementsystem einbezogen und vom Projektteam – unter Zuhilfenahme des externen Expertenwissens – fortlaufend bewertet. Prof. C. Hillgruber, der als externer Berater des Bundes fungierte, ging davon aus, dass die Regelungen zur Pkw-Maut unionsrechtskonform seien.³⁵ Das Risiko einer aus dem EuGH-Verfahren resultierenden Projektverzögerung wurde daraufhin von den Projektverantwortlichen mit Aufnahme in die Risikoliste mit einer „zwei“ für die Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos und einer „fünf“ für die Eintrittsauswirkungen bewertet (auf einer Skala von „eins“ = sehr niedrig bis „fünf“ = sehr hoch).³⁶ Die Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit mit „gering“ unterstellt eine Eintrittswahrscheinlichkeit von bis zu 15 %. Damit handelte es sich um ein mittleres Risikolevel, das die beteiligten Experten engmaschig begleiteten und fortlaufend evaluierten.

Bis zum Abschluss der Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche mit den Bietern im November/Dezember 2018 hatte der Bund die entsprechende Risikobewertung fortlaufend überprüft und ließ diese bis zum Zuschlag unverändert.³⁷ Aus Sicht des Bundes lagen keine belastbaren Anhaltspunkte aus dem laufenden Verfahren vor, dass der EuGH zu Lasten des Bundes entscheiden und das Gesamtkonzept der Infrastrukturabgabe in Frage stellen könnte. Die Parteien tauschten die bereits bekannten, mittels Parteigutachten belegten Rechtspositionen im Laufe des Jahres 2018 schriftsätzlich aus. Seitens des EuGH gab es

³⁴ Vgl. Risikomatrix Erhebung, Anlage zum Protokoll des Risikomeetings II vom 4. Mai 2016 (HA01 - AP077.04 - Risikomatrix Workshop II_v3.0).

³⁵ Vgl. dazu Hillgruber, Stellungnahme zum Schreiben der Republik Österreich nach Art. 259 AEUV wegen Verletzung der Verpflichtungen aus den Verträgen durch die Bundesrepublik Deutschland vom 7. Juli 2017, 24. Juli 2017.

³⁶ Vgl. Risikoliste zum Projekt ISA, Datei: Risikoliste_Gesamtprojekt_ISA (2).xlsx.

³⁷ Vgl. dazu exemplarisch Projektstatusbericht für den Berichtszeitraum 31. Oktober 2018 – 17. Dezember 2018, S. 6.

Linklaters

vor der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2018 weder Einlassungen zur Belastbarkeit der vorgetragenen Rechtspositionen geschweige denn zu den Erfolgsaussichten der Klage.

2.6 Zuschlagsentscheidung und Abschluss der Verträge

Am 22. Oktober 2018 schloss das BMVI im Namen der Bundesrepublik Deutschland den Vertrag Automatische Kontrolle mit dem in diesem Verfahren ausgewählten Bieter ab.

Am 30. Dezember 2018 wurde der BV zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem ausgewählten Bieter abgeschlossen.

Der Bund stützte sich im Rahmen seiner Zuschlagsentscheidungen auf folgende Überlegungen:

Zum Zeitpunkt des Zuschlags war offen, wann der EuGH entscheiden würde. Eine Urteilsverkündung hätte ab dem Antrag des Generalanwalts (Februar 2019) bis zu einem Jahr, ggf. aber auch länger dauern können. Wäre der Auftrag erst nach einer positiven Entscheidung des EuGH vergeben worden, hätte dies die verzögerte Einführung des Infrastrukturabgabensystems sowie Einnahmeverluste in Höhe von jährlich 845 Mio. Euro (allein aus den Einnahmen von ausländischen Kfz-Haltern) zur Folge gehabt.³⁸ Zudem konnte der Bund nicht ausschließen, dass eine Entscheidung des EuGH erst nach Ablauf der jeweiligen Bindefristen vorliegt und dass die Bieter die entsprechenden Bindefristen ihrer zweiten finalen Angebote nicht verlängern.

3 Projektverlauf und Kündigung der Mautverträge nach der Entscheidung des EuGH

Der Bund kündigte den Betreibervertrag vom 30. Dezember 2018 schließlich mit Wirkung zum 30. September 2019 außerordentlich. Die Kündigung erfolgte mit Schreiben vom 18. Juni 2019 wegen nicht fristgerechter Vorlage einer vertragsgemäßen Feinplanungsdokumentation und außerdem aus ordnungspolitischen Gründen unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-591/17. Sie wurde außerdem mit Schreiben vom 25. Juni 2019 wegen des Versuchs einer vorsätzlichen treuwidrigen Schädigung des Bundes und zusätzlich wegen des Abschlusses von Unterauftragnehmerverträgen unter Verstoß gegen die Bestimmungen des BV erklärt. Schließlich kündigte der Bund am 29. August 2019 erneut wegen des Versuchs einer weiteren vorsätzlichen treuwidrigen Schädigung des Auftraggebers durch die Betreiberparteien. Mit Schreiben vom 29. August 2019 wählte der Auftraggeber außerdem die Option Abwicklung und entschied sich gegen die Übernahme des Mautsystems.

Der Auftraggeber kündigte den Vertrag Automatische Kontrolle vom 22. Oktober 2018 mit Schreiben vom 18. Juni 2019 wegen nicht fristgerechter Vorlage vertragsgemäßer Spezifikationsdokumente und außerdem aus ordnungspolitischen Gründen unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-591/17 ebenfalls mit Wirkung zum 30. September 2019 außerordentlich.

³⁸ Vgl. BMVI, Prognose der Einnahmen aus dem Verkauf von Vignetten an Halter von im Ausland zugelassenen Fahrzeugen bei der Einführung einer Infrastrukturabgabe (Stand Januar 2019), S. 16.

Linklaters

4 Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktionen FDP und Bündnis 90/Die Grünen mit wesentlichen Inhalten

Am 23. August 2019 legte die Bundestagsfraktion FDP ein bei der Kanzlei Chatham Partners LLP in Auftrag gegebenes Gutachten vor.³⁹ Das Gutachten hat die Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils zum Gegenstand und setzt sich mit der Frage auseinander, ob die vereinbarten Kündigungsfolgenregelungen in den Verträgen vor dem Hintergrund der seinerzeit noch ausstehenden EuGH-Entscheidung als üblich und angemessen zu beurteilen sind.

Am 2. September 2019 folgte ein weiteres im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen erarbeitetes Gutachten der Rechtsanwälte W2K.⁴⁰ Dieses Gutachten nimmt zu der Frage Stellung, ob in dem BV eine sachgerechte Risikovorsorge für den Fall getroffen worden ist, dass eine negative EuGH-Entscheidung ergeht, so dass der Abschluss des Vertrags während des noch laufenden Gerichtsverfahrens vertretbar war.

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Beide Gutachten kommen – in unterschiedlicher Ausprägung und Schwerpunktsetzung – zu dem Ergebnis, dass die im BV vorgesehene Regelung zur Kündigung des BV aus ordnungspolitischen Gründen als unüblich und insbesondere wegen der vertraglich vorgesehenen Entschädigung des Betreibers als unangemessen einzustufen sei.⁴¹
- Mit einiger Wahrscheinlichkeit verstoße die Kündigungsregelung sogar gegen Grundsätze des Haushaltsrechts und EU-Beihilferechts.⁴²
- Das von der Kündigungsregelung aus ordnungspolitischen Gründen umfasste Risiko einer negativen EuGH-Entscheidung sei von der Risikoallokation her beiden Vertragsparteien zuzuordnen; das Risiko sei gemeinsam zu tragen. Die einseitige Übernahme des Risikos durch den Bund sei nicht sachgerecht. Die Gutachter stellen dabei maßgeblich darauf ab, dass das Risiko eines negativen Verfahrensausgangs einen „äußeren Umstand“ darstelle, der weder vom Bund noch vom Betreiber beherrschbar bzw. kontrollierbar gewesen sei. Insbesondere habe weder der Bund noch der Betreiber den negativen Ausgang des EuGH-Verfahrens zu vertreten bzw. zu verantworten.⁴³
- Die Kündigungsregelung samt Rechtsfolge entspreche dabei weder gesetzlichen Leitbildern, noch halte die Regelung einem Vergleich mit marktüblichen Vertragsgestaltungen der öffentlichen Hand stand. Diese Abweichungen seien auch nicht durch Besonderheiten des Regelungsgegenstandes gerechtfertigt. Vielmehr hätten sich alternative Möglichkeiten der Vertragsgestaltung angeboten.⁴⁴
- Der Bund werde durch die vorgesehene Entschädigung des Betreibers im Falle der Kündigung ohne Übernahme des Mautsystems (Option Abwicklung) unangemessen

³⁹ Vgl. Gutachten der Kanzlei Chatham Partners LLP vom 23. August 2019: „PKW-Maut: Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils und angemessene Berücksichtigung in den vergebenen Aufträgen“; („Chatham-Gutachten“).

⁴⁰ Vgl. Gutachten der Kanzlei W2K vom 2. September 2019: „Rechtliches Kurzgutachten zur Risikovorsorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018 für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung“; („W2K-Gutachten“).

⁴¹ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 4, 24; W2K-Gutachten, S. 35.

⁴² Vgl. Chatham-Gutachten, S. 28; W2K-Gutachten, S. 37.

⁴³ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 24; W2K-Gutachten, S. 35.

⁴⁴ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 23 ff.; W2K-Gutachten, S. 33 ff.

Linklaters

benachteiligt, da er dem Betreiber für den Fall eines negativen Verfahrensausgangs den „entgangenen Gewinn“ über die gesamte restliche Vertragslaufzeit ersetzen müsse. Diese weitreichende Entschädigung sei als unüblich einzustufen und erscheine unangemessen.⁴⁵

- Üblich und angemessen sei hingegen der Ausgleich des negativen Interesses des Betreibers gewesen, also eine Erstattung der bis zur Kündigung tatsächlich angefallenen Kosten. Insgesamt sei das Kündigungsfolgenregime daher unausgewogen, es fehle an der nötigen Balance.⁴⁶
- Für die Unangemessenheit der Kündigungsfolgenregelung spreche auch die beträchtliche Eintrittswahrscheinlichkeit einer negativen EuGH-Entscheidung. Ein der Klage Österreichs stattgebendes Urteil des EuGH sei in jedem Fall vorhersehbar gewesen. Dass die Eintrittswahrscheinlichkeit dieses Risikos „greifbar“ und „nicht lediglich gering“ gewesen sei, folge aus der generellen Ungewissheit des Ausgangs entsprechender Verfahren, dem konkreten Verfahrensablauf sowie einem grundsätzlich kritischen Diskurs betreffend die Unionrechtskonformität der Umsetzung des Infrastrukturabgabeprojekts bereits im Vorfeld des EuGH-Verfahrens.⁴⁷
- Im Zweifel hätte der Bund das Vergabeverfahren aussetzen und die Entscheidung des EuGH abwarten müssen, bevor er den Zuschlag erteilt.⁴⁸

5 Gegenstand der Stellungnahme

Das BMVI hat Linklaters LLP beauftragt, die Angemessenheit und Marktüblichkeit der im BV vom 30. Dezember 2018 vereinbarten Entschädigungsregelungen zu begutachten, wonach der Betreiber eine Erstattung beanspruchen kann, wenn die Bundesrepublik Deutschland als Auftraggeber den Vertrag allein aus ordnungspolitischen Gründen kündigt. Auf diesem Kündigungsgrund beruht, neben weiteren Gründen, die Beendigung des BV durch das BMVI, nach dem der EuGH mit Urteil vom 18. Juni 2019 die geplante gesetzliche Umsetzung der Infrastrukturabgabe für unionsrechtswidrig erklärt hatte.

In dieser Stellungnahme setzen wir uns gutachterlich mit der Üblichkeit der Kündigungsregelung aus ordnungspolitischen Gründen in Ziffer 26.3.4 v) BV und der Angemessenheit der vorgesehenen Entschädigung für den Betreiber – im Lichte des seinerzeit noch laufenden EuGH-Verfahrens – auseinander und zeigen auf, dass die Gutachten der Kanzleien Chatham und W2K auf Basis unzutreffender Prämissen (vgl. Teil II, Ziffer 4) zu nicht tragfähigen Ergebnissen kommen.

⁴⁵ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 17; W2K-Gutachten, S. 34.

⁴⁶ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 4.

⁴⁷ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 25; W2K-Gutachten, S. 35.

⁴⁸ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 25; W2K-Gutachten, S. 36.

Linklaters

Teil III: Rechtliche Würdigung

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung geben wir zunächst einen Überblick über das Kündigungsregime im BV mit Fokus auf die Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen samt der vorgesehenen Entschädigung für den Betreiber (vgl. Ziffer 1). Nach dem vertraglichen Risikoprofil und den Verantwortungssphären der Vertragsparteien fallen ordnungspolitische Gründe und im Speziellen das Risiko einer negativen Entscheidung des EuGH in die Risikosphäre und den Verantwortungsbereich des Bundes.

Solch eine Kündigungsregelung aus ordnungspolitischen Gründen wie auch die dafür vorgesehene Entschädigung des Betreibers sind marktüblich und angemessen.⁴⁹ Dies bestätigt ein Vergleich mit den maßgeblichen gesetzlichen Leitbildern sowie vergleichbaren Regelungen in nationalen und internationalen Infrastrukturprojekten. Die Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen samt Rechtsfolge ordnet sich im Übrigen nahtlos und stimmig in die Gesamtsystematik des vertraglichen Kündigungs(-folgen)regimes des Vertrages ein (vgl. Ziffer 2).

Die Erstattung des Bruttounternehmenswerts nach IDW S1 unter Anrechnung ersparter Kosten und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten ist zudem eine sachgerechte Kündigungsfolge, die auch bei einer frühzeitigen Kündigung des Vertrages zur Ermittlung einer angemessenen Kompensation führt. Sie führt nicht zum Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB. Ein Ausgleich lediglich des negativen Interesses wäre vor dem Hintergrund der durch die Bieter bereits getätigten Investitionen, die sich gemäß der Vergütungssystematik des BV nur über die gesamte Laufzeit amortisieren lassen, und der mit dem Betreibervertrag übernommenen Risiken und vertraglichen Verpflichtungen weder sach- noch marktgerecht⁵⁰ (vgl. Ziffer 3).

Diesem Ergebnis steht weder EU-Beihilferecht noch Haushaltsrecht entgegen⁵¹ (vgl. Ziffer 4).

Das BMVI war schließlich weder verpflichtet noch war es für das Ministerium zumutbar, die Entscheidung des EuGH abzuwarten, bevor der Zuschlag für den BV erteilt wurde (vgl. Ziffer 5).

1 Kündigungsregime nach dem BV

Das Kündigungsregime samt Entschädigung des Betreibers ist im BV wie folgt konzipiert:

1.1 Unterscheidung nach Kündigungsgrund, Kündigendem und Grad der Verantwortlichkeit

Der BV differenziert nach Sachverhalten, die eine Kündigung aus wichtigem Grund durch den Auftraggeber (vgl. Ziffer 26.3.4) bzw. den Betreiber rechtfertigen (vgl. Ziffer 26.3.5) und einer Kündigung aufgrund Höherer Gewalt (vgl. Ziffer 26.3.6), bei der jede Partei den Vertrag unter Einhaltung der Frist gemäß Ziffer 26.3.1 b) kündigen darf. Die Rechtsfolgen, d.h. die an den Betreiber zu leistende Entschädigung, richtet sich dann danach, ob die Kündigung auf mehrere Kündigungsgründe gestützt werden kann und ob der Bund das Mautsystem übernimmt oder nicht (vgl. Ziffer 6 Auszug der Kündigungsregelungen):

1.1.1 Übernahme des Mautsystems

Im Fall der Kündigung samt anschließender Übernahme des Mautsystems durch den Bund steht dem Betreiber gemäß den Anlagen 28.4.1 und 29.5.1 zum BV eine

⁴⁹ Entgegen Chatham-Gutachten, S. 4 und S. 23; W2K-Gutachten, S. 5 und S. 34.

⁵⁰ Entgegen Chatham-Gutachten, S. 4 und S. 23; W2K-Gutachten, S. 35.

⁵¹ Entgegen Chatham-Gutachten, S. 25; W2K-Gutachten, S. 37.

Linklaters

Entschädigung zu, die in der Höhe vom Kündigungsgrund und der Person des Kündigenden abhängt. Die Anlage 28.4.1 zum BV (Übernahme der Geschäftsanteile) setzt als Ausgangsgröße für die Entschädigung den Kaufpreis in Höhe des Equity Value an, wobei die Entschädigung des Betreibers danach variiert, wer kündigt (Betreiber, Auftraggeber), aus welchem Grund gekündigt wird (berechtigte Kündigung, vermeintliche Kündigung⁵², Höhere Gewalt) und wem die Verantwortung für den Kündigungsgrund zugeordnet ist. Die Anlage 29.5.1 zum BV (Aktiva-Erwerb) stellt für den Kaufpreis auf den Bruttounternehmenswert als Berechnungsgrundlage ab. Von der Systematik der Entschädigung spiegelt Anlage 29.5.1 zum BV dann wiederum die Anlage 28.4.1 zum BV und stuft die Entschädigung des Betreibers im Grundsatz entsprechend ab:

- So werden im Rahmen der Kündigung aufgrund Höherer Gewalt, für die beide Vertragsparteien gemeinsam die Verantwortung tragen (vgl. Ziffer 2.1.2 (ii)), im Falle der Übernahme des Mautsystems durch den Bund deutliche zeitabhängige Abschläge gemacht, die zu einer erheblichen Reduzierung der Entschädigung führen (Anlage 28.4.1 zum BV, Fall 6 und Anlage 29.5.1 zum BV, Fall 6).
- Für den Fall einer vermeintlichen Kündigung des Auftraggebers (jeweils Fall 3 der Anlagen 28.4.1 und 29.5.1 zum BV), d.h. einer Kündigung eindeutig im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, und der Übernahme des Mautsystems durch den Bund wird als Kaufpreis (wirtschaftlich betrachtet: Entschädigung) der Equity Value bzw. der Bruttounternehmenswert angesetzt.
- Für den Fall einer vermeintlichen Kündigung durch den Betreiber (vgl. Ziffer 30.5.5 BV) oder einer berechtigten Kündigung durch den Auftraggeber (vgl. Ziffer 26.4.3 BV) aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Betreibers liegen, hat der Betreiber – neben einem ggf. bestehenden Anspruch auf den Kaufpreis bei Übernahme des Mautsystems durch den Bund (vgl. Anlage 28.4.1 und 29.5.1 zum BV) – keinen weiteren Anspruch auf Entschädigung gegen den Bund. Im Gegenteil: Gemäß Ziffer 30.5.5 BV hat der Bund in diesen Fällen Anspruch auf Schadensersatz gemäß den gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere Anspruch auf Ersatz etwaig entgangener Mauteinnahmen. Dieser Schadensersatzanspruch kann im Einzelfall so hoch sein, dass er den Kaufpreisanspruch des Betreibers deutlich übersteigt. Der Betreiber kann im Falle einer von ihm verschuldeten Kündigung keinerlei Kompensation für die getätigten Investitionen sowie übernommene Risiken beanspruchen und muss ggf. noch Schadensersatz in substantieller Höhe an den Bund leisten.

Nach der vertraglichen Regelungssystematik erfolgt somit im Falle der Übernahme des Mautsystems durch den Bund eine Kaufpreiszahlung, deren Höhe davon abhängig ist, ob der Bund die Geschäftsanteile oder die Vermögensgegenstände übernimmt, welcher Kündigungsfall (berechtigte oder vermeintliche Kündigung) vorliegt und welche Partei den BV kündigt.

⁵² Eine „Vermeintliche Kündigung“ wird gemäß Ziffer 30.5.1 des BV als eine Kündigung definiert, bei der die Voraussetzungen für eine Kündigung nicht vorliegen.

Linklaters

1.1.2 Option Abwicklung

Im Falle der Kündigung des Bundes ohne Übernahme des Mautsystems (Option Abwicklung) hat der Betreiber keinen Kaufpreisanspruch jedoch steht ihm je nach Fallkonstellation eine Entschädigung (Schadensersatz) zu. Insoweit wird bei der Frage der Entschädigung des Betreibers (Schadensersatz) sachgerecht danach differenziert, in wessen Verantwortungsbereich die Kündigung fällt bzw. ob ein Verschulden des Kündigungsempfängers vorliegt:

- Übernimmt der Bund das Mautsystem nach der Kündigung aufgrund Höherer Gewalt nicht, dann steht dem Betreiber weder gemäß Ziffer 30.5.6 Satz 2 BV eine Entschädigung zu, noch können sich die Vertragsparteien gegenseitig auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, gemäß Ziffer 30.5.6 Satz 1 BV (Gemeinsame Verantwortlichkeit, kein Verschulden).
- Im Falle der berechtigten Kündigung durch den Bund gemäß Ziffer 30.5.5. BV steht dem Betreiber ebenfalls keine Entschädigung zu, ihm drohen vielmehr Schadensersatzansprüche des Bundes (Verantwortlichkeit/Verschulden Betreiber).
- Spiegelbildlich zur Ziffer 30.5.5 BV regelt Ziffer 30.5.4 BV den Fall, dass der Bund die Kündigung zu verantworten hat, gleichzeitig aber das Mautsystem nicht übernimmt.

Für den Fall einer Kündigung i.S.d. Ziffer 30.5.4 BV durch den Auftraggeber allein gemäß Ziffer 26.4.3 e) (Kontrollwechsel), s) (Insolvenz) oder v) (ordnungspolitische Gründe), im Falle einer Vermeintlichen Kündigung des Auftraggebers oder im Falle der berechtigten Kündigung durch den Betreiber gemäß Ziffer 26.3.5 BV, hat der Betreiber Anspruch auf Schadensersatz. Dieser wird auf der Grundlage des Bruttounternehmenswerts abzüglich ersparter Aufwendungen und der Anrechnung anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten berechnet (Anlage 29.5.1 zum BV) (Verantwortlichkeit/Verschulden Bund).

Die im hiesigen Fall in Betracht kommende Entschädigung aufgrund einer Kündigung des Bundes allein aus ordnungspolitischen Gründen gemäß Ziffer 26.3.4 v) BV ohne Übernahme des Mautsystems, und soweit keine weiteren Kündigungsgründe vorliegen, beurteilt sich folglich nach Ziffer 30.5.4 BV.

1.2 Bestimmungen zur Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen

Ziffer 26.3.4 v) BV regelt die Kündigung aus „ordnungspolitischen Gründen“ durch den Bund. Nach dieser Regelung sollten insbesondere Risiken für den Bund aus Änderungen des gesetzlichen Rahmens und der politischen Rahmenbedingungen, die dazu führen, dass das Projekt nicht länger wie vertraglich vorgesehen umgesetzt werden kann, geregelt werden. Mit einer solchen Regelung sichert sich der Auftraggeber typischerweise die Dispositionshoheit über das Projekt und die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um auf Änderungen des gesetzlichen Rahmens oder der politischen Rahmenbedingungen – beispielsweise die Einführung einer europaweiten streckenbezogenen Abgabe – sachgerecht reagieren zu können. Solche Änderungen der Rahmenbedingungen können sich aber naturgemäß auch aufgrund von Gerichtsentscheidungen ergeben, wie durch die negative Entscheidung des EuGH erfolgt.

Linklaters

Ziffer 26.3.4 v) BV lautet:

„Ein wichtiger Grund für die Kündigung durch den Auftraggeber liegt insbesondere vor, wenn:

[...] ordnungspolitische Gründe eintreten, insbesondere die Änderung oder Aufhebung des InfrAG, Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte oder Rechtssetzungsakte der Europäischen Union bzw. ihrer Organe, die eine Kündigung durch den Auftraggeber (ganz oder teilweise) erforderlich oder dem Auftraggeber die Weiterführung des Vertrages in der bestehenden Form unzumutbar machen, auch soweit eine solche Änderung, Aufhebung, Entscheidung oder solch ein Rechtssetzungsakt bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist. Ein ordnungspolitischer Grund in diesem Sinne ist insbesondere die Einführung einer streckenbezogenen Abgabe aufgrund von Rechtssetzungsakten der Europäischen Union bzw. ihrer Organe.“

Das Kündigungsrecht aus ordnungspolitischen Gründen ist eine für den Bund ausschließlich positive Regelung. Es stellt sicher, dass der Bund flexibel auf künftige – das Projekt als solches gefährdende – rechtliche wie auch politische Entwicklungen reagieren kann und beseitigt somit erhebliche Rechtsunsicherheiten. Dies gilt umso mehr, als eine Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Hinblick auf den typengemischten Charakter des Betreibervertrags einerseits sowie angesichts der Tatsache, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund ausschließlich auf Umstände gestützt werden kann, die dem Risikobereich des Kündigungsgegners entstammen, andererseits, zumindest mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden gewesen wäre (vgl. Ziffer 2.3).

1.3 Entschädigungsfolgen einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen

Bei einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen (ohne weitere Kündigungsgründe) liegt der Kündigungsgrund allein im Verantwortungsbereich des Bundes (vgl. Ziffer 2.1.2). Hieraus rechtfertigt sich, dass der Bund dem Betreiber im Falle der Abwicklung gemäß Ziffer 30.5.4 BV i.V.m. Anlage 29.5.1 zum BV Schadensersatz in Höhe des Bruttountermehmerswerts zu leisten hat.

Nachdem der Auftraggeber am 29. August 2019 die Option Abwicklung gewählt hat, ist die Entschädigung des Betreibers bei Vorliegen allein ordnungspolitischer Gründe für die Kündigung gemäß Ziffer 30.5.4 BV zu beurteilen. Der Betreiber kann die Erstattung sämtlicher Kosten der Abwicklung des BV verlangen und ihm steht ein Schadensersatzanspruch zu. Ziffer 30.5.4 BV lautet:

„(i) Kündigt der Auftraggeber den Vertrag gemäß Ziffer 26.3.4e), Ziffer 26.3.4s), sofern es sich bei dem Kontrollwechsel um einen Unvermeidbaren Kontrollwechsel (wie in Anlage 28.4.1 Teil B definiert) handelt, oder Ziffer 26.3.4v), jeweils ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 erfüllt ist, oder erklärt der Auftraggeber die Kündigung des Vertrages im Fall einer Vermeintlichen Kündigung oder kündigen die Betreiberparteien den Vertrag berechtigt gemäß Ziffer 26.3.5 und (ii) handelt es sich dabei jeweils um einen Fall der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung), hat der Betreiber Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises, wie er sich auf Basis der Anlage 29.5.1 ergeben würde, wenn ein Angebot Dritterwerb Aktiva angenommen worden wäre; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen oder durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen (einschließlich der Verwendung in Verbundenen Unternehmen) erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen. Außerdem gilt Ziffer 20.9.1e) entsprechend. Der Betreiber hat detailliert dazu vorzutragen und zu beziffern, was er sich anrechnen lässt und was nicht und jegliche Nichtanrechnung detailliert zu begründen. Darüberhinausgehende Ansprüche der

Linklaters

Betreiberparteien sind ausgeschlossen, soweit dieser Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder vorsätzliches Handeln des Auftraggebers den Anspruch begründet. In anderen Fällen der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung) haben die Betreiberparteien keine Schadensersatz- oder sonstigen Ansprüche gegen den Auftraggeber“

Für die Berechnung des Schadensersatzes wird auf den (fiktiven) Kaufpreis abgestellt, wie er sich auf Basis der Anlage 29.5.1 zum BV ergeben würde, wenn der Auftraggeber die Call Option auf die Vermögensgegenstände des Betreibers ausgeübt hätte. Der damit in Bezug genommene Kaufpreis gemäß Anlage 29.5.1 zum BV entspricht dem üblicherweise nach einem Standard des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. („IDW“) zu ermittelnden Bruttounternehmenswert. Dieser ist nach Teil A der Anlage 28.4.1 zum BV durch eine Unternehmensbewertung nach dem Standard IDW S1 zu bestimmen und spiegelt — vereinfacht dargestellt — die erwarteten, abgezinsten finanziellen Überschüsse des Betreibers über die Laufzeit wider.⁵³ Im Rahmen der Unternehmenswertberechnung nach IDW S1 sind zudem Risikokorrekturen vorzunehmen. Hierdurch werden auch in dieser frühen Projektphase weit vor der Inbetriebnahme des Systems im Oktober 2020 die von dem Betreiber zu tragenden Risiken aus der Errichtungs- und Betriebsphase in die Bewertung einbezogen (vgl. Ziffer 3.2.1). Überdies sind die ersparten Aufwendungen und die anderweitig erzielten oder erzielbaren Erträge von dem Bruttounternehmenswert abzuziehen. Der Betreiber muss diese Abzugspositionen detailliert und nachvollziehbar darlegen (vgl. Ziffer 3.2.2).

Insoweit ist die in Ziffer 30.5.4 BV vereinbarte Entschädigung eine für den Bund günstige Regelung, die zugunsten des Bundes von vergleichbaren gesetzlichen Entschädigungsregelungen abweicht und diese — in der Sache angemessen — optimiert (vgl. Ziffer 2.3).

1.4 Weitere Kündigungsgründe und Entschädigungsfolgen

Kündigt der Bund den BV nicht ausschließlich wegen eines der in den Ziffern 26.3.4 e) (Kontrollwechsel) bzw. Ziffer 26.3.4 s) (Insolvenz) oder Ziffer 26.3.4 v) BV (ordnungspolitische Gründe) normierten Gründe, haben die Betreiberparteien gemäß Ziffer 30.5.5 BV im Falle der Abwicklung keinen Anspruch auf Entschädigung auf der Grundlage des Bruttounternehmenswerts. Dagegen hat der Auftraggeber in diesen Fällen einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß den gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere Anspruch auf Ersatz entgangener Einnahmen aus der Erhebung der Infrastrukturabgabe.

Nach unserem Verständnis hat der Bund hier auch noch weitere Kündigungsgründe geltend gemacht (vgl. Teil II, Ziffer 3), die eine Entschädigung nach dem Bruttounternehmenswert ausschließen würden.

2 Angemessenheit der vorgenommenen Risikoordnung

Es ist marktüblich und angemessen, den Eintritt ordnungspolitischer Gründe der Risikosphäre des Bundes in Gestalt des vertraglichen Kündigungs- und Entschädigungsregimes zuzuordnen. Dies ist Ausdruck der vertraglichen Risikoallokation nach Verantwortungsbereichen (vgl. Ziffer 2.1) und entspricht insoweit der bei vergleichbaren Infrastrukturprojekten üblichen Zuordnung von Risiken (vgl. Ziffer 2.2). Das Kündigungsrecht aus ordnungspolitischen Gründen folgt im Hinblick auf den Tatbestand, die zugrundeliegende Risikoverteilung wie auch die Rechtsfolgen dabei den gesetzlichen Leitbildern (vgl. Ziffer 2.3). Die Üblichkeit und Angemessenheit des vereinbarten Kündigungsrechts aus ordnungspolitischen Gründen bestätigen zudem öffentlich-rechtliche Erwägungen (vgl. Ziffer 2.4). Dabei ordnet sich die

⁵³ Vgl. zur Unternehmenswertberechnung Anlage 28.4.1 und Anlage 29.5.1 zum Betreibervertrag im Anhang 1.

Linklaters

Kündigungsregelung nahtlos und systematisch konsequent in die Gesamtsystematik des betreibervertraglichen Kündigungs- und Entschädigungsregimes ein (vgl. Ziffer 2.5).

2.1 Verantwortungssphären und vertragliche Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer

Im Ausgangspunkt müssen in einer Vertragsbeziehung sämtliche Risiken, ob beherrschbar oder nicht, entsprechend der Risikosphäre, der sie zugeordnet werden, und des Verantwortungsbereichs, in den sie fallen, zwischen den Vertragspartnern aufgeteilt werden. Nach den Hinweisen des Bundesministeriums der Finanzen sollen Projektrisiken

„stets dem Projektpartner zugeordnet werden, der sie aufgrund seiner Kompetenz am besten einschätzen und steuern kann.“⁶⁴

In diesem Sinne formuliert auch der 2003 von einer Beratergruppe erstellte Leitfaden „PPP im öffentlichen Hochbau“ eine „unumstößliche Regel“ für eine effiziente Risikoallokation bei ÖPP-Projekten:

„Unumstößliche Regel zur sachgerechten Verteilung der Projektrisiken ist, dass ein bestimmtes Projektrisiko von demjenigen Partner zu tragen ist, der dieses Risiko am besten beeinflussen („managen“) kann (sog. Cheapest Cost Avoider).“⁶⁵

Der öffentliche Auftraggeber soll einen maximalen Transfer von Projektrisiken an Private unterlassen; vielmehr sind die Risiken entsprechend den jeweiligen Einflussphären bzw. Beherrschungsmöglichkeiten zu verteilen.⁶⁶ Hierdurch sollen die Risikokosten geringgehalten und das Projekt so effizient wie möglich gestaltet werden. Erst eine solche Verteilung der Projektrisiken gewährleistet, dass sich überhaupt ein privater Dritter an Public Private Partnership-Projekten (ÖPP-Projekte) beteiligt und dass diese Projekte finanzierbar und im Ergebnis wirtschaftlicher als bei einer Realisierung allein durch den staatlichen Auftraggeber sein können.

Nach diesem Grundsatz wird jedes Projektrisiko entweder einem der Vertragspartner oder aber beiden Vertragspartnern anteilig zugewiesen. Die vertragliche Risikoallokation führt dazu, dass kein Risiko offen, d.h. nicht zugewiesen ist. Sollte ein Risiko für keinen der Vertragspartner beherrschbar sein, dann wird das Risiko grundsätzlich – bei Unterstellung von entsprechender Verhandlungsmacht und entsprechendem Verhandlungsgeschick – gleichberechtigt gemeinsam getragen. Dazu gehört regelmäßig das Risiko der Höheren Gewalt, das nach allgemeinem Marktverständnis von keiner Partei beherrschbar ist bzw. besser eingeschätzt oder gesteuert werden kann (vgl. Ziffer 2.1.2 (ii)).

Der BV greift die dargelegten Grundsätze auf und verteilt die verschiedenen Risiken nach Verantwortungssphären in sachgerechter Art und Weise auf die Vertragsparteien. Dafür verlagert der BV u.a. die mit der Planung, Errichtung, Betrieb und Instandhaltung des Mautsystems verbundenen Planungs-, Leistungs-, Kalkulations-, Haftungs- und Finanzierungsrisiken weitgehend auf den Betreiber (vgl. Ziffer 2.1.1). Andere Risiken, die für den Betreiber nicht beherrschbar sind bzw. seiner Risikosphäre nicht zugerechnet werden können, werden ihm hingegen nicht zugeordnet. Dies gilt auch für das Risiko einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen durch den Auftraggeber (vgl. Ziffer 2.1.2).

⁶⁴ Vgl. Arbeitsanleitung Einführung in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, Rundschreiben des BMF vom 12. Januar 2011, zuletzt geändert durch Rundschreiben vom 6. Mai 2019 (GMBI 2019 Nr. 19, S. 372) unter Ziffer C.VI.3.

⁶⁵ Beratergruppe, Bd. I: Leitfaden PPP im öffentlichen Hochbau, 2003, S. 5.

⁶⁶ Vgl. Beratergruppe, Bd. I: Leitfaden PPP im öffentlichen Hochbau, 2003, S. 63.

Linklaters

2.1.1 Belastung des Betreibers mit wirtschaftlichen Risiken

Der Betreiber muss nach dem BV vor allem in der Planungs-, Errichtungs- und Inbetriebnahmephase, d.h. der gesamten Vertragslaufzeit bis zum Beginn der Erhebung der Maut, die korrespondierenden wirtschaftlichen Risiken *de facto* alleine tragen:

Er trägt das Risiko der Vollständigkeit aller Leistungen, die für die Planung, Errichtung und einen funktional beschriebenen anforderungsgerechten Betrieb des ISA-Erhebungssystems erforderlich sind (vgl. insbesondere Ziffer 5.1.1 BV). Zugleich muss der Betreiber durch die Übernahme des wirtschaftlichen Betriebsrisikos⁵⁷ sicherstellen, dass die Anforderungen an die hoheitliche Tätigkeit der Infrastrukturbehörde eingehalten werden (vgl. Ziffer 4.3 BV). Zudem muss er gewährleisten, dass das Mautsystem zukünftigen Änderungen von rechtlichen Rahmenbedingungen Rechnung trägt (vgl. insbesondere Ziffern 5.7 und 15.7.4 BV). Für diese Risiken trägt der Betreiber auch das Kalkulationsrisiko, da gegenüber der von ihm vor Vertragsbeginn vorzulegenden Finanzplanung eintretende Kostenveränderungen grundsätzlich nicht zu einer Anpassung seiner Vergütungsansprüche führen. Etwas anderes gilt nur bei einer vom Auftraggeber initiierten oder von ihm genehmigten Leistungsänderung (vgl. insbesondere Ziffer 20.1.2 BV).

Die Gesellschafter des Betreibers sind verpflichtet, die für den vertragsgerechten Betrieb erforderliche finanzielle Ausstattung des Betreibers entsprechend der vor Vertragsbeginn vorzulegenden Finanzplanung sicherzustellen (vgl. Ziffer 17.1.1 BV). Darüber hinaus garantieren die Gesellschafter sämtliche Zahlungspflichten des Betreibers gegenüber dem Auftraggeber (insbesondere auf Schadensersatz oder Vertragsstrafen) bis zu bestimmten Haftungshöchstgrenzen (vgl. Ziffer 17.2 i.V.m. Ziffer 31.2 BV). Dieses Haftungsrisiko umfasst auch die Freistellung des Auftraggebers gegenüber Ansprüchen Dritter im Zusammenhang mit der Erhebung der Infrastrukturabgabe (vgl. Ziffer 31.5 BV).

Im Ergebnis muss der Betreiber seine Investitionen für die Planung und Errichtung des Mautsystems sowie hohe Kosten in der Inbetriebnahmephase (u.a. infolge von Aufwand für die Erstellung und Versendung der Anhörungsschreiben an die inländischen Abgabepflichtigen) auf eigenes Risiko vorfinanzieren. Eine Amortisation dieser Investitionen durch Vergütungszahlungen ist erst ab dem Beginn der Erhebung (d.h. nach erfolgreichem Abschluss der Errichtung und Inbetriebnahme des Mautsystems) und zu einem erheblichen Teil nur ratierlich über die gesamte restliche Laufzeit des BV möglich (vgl. insbesondere Ziffer 20.3 BV). Damit ist der Betreiber — ungeachtet seines Anspruchs auf die sogenannte Startvergütung⁵⁸ und die variablen Vergütungsbestandteile⁵⁹ — für die vollständige Rückführung seiner Investitionen und eine Gewinnerzielung darauf angewiesen, dass der BV über die gesamte Laufzeit durchgeführt wird.

Der BV nimmt damit nach den zu Beginn dieses Abschnitts dargelegten Grundsätzen eine sachgerechte Risikoverteilung vor. Als „typischer Betreibervertrag“ zeichnet

⁵⁷ Dem Betreiber oblag die Finanzierung aller von ihm zu erbringenden Leistungen auf sein eigenes wirtschaftliches Risiko (vgl. Ziffer 16.1 BV). Insbesondere war der Betreiber verpflichtet, ein Gesamtsystem für die Erhebung der Infrastrukturabgabe von in- und ausländischen Nutzern der deutschen Fernstraßen zu errichten und dauerhaft zu betreiben.

⁵⁸ Erstattung von bis zum Beginn der Vergütung nachweislich entstandener Betriebsaufwendungen in durch eine Obergrenze beschränkter Höhe.

⁵⁹ Vgl. hierzu Ziffern 20.3.3 bis 20.3.6 BV.

Linklaters

er sich dadurch aus, dass ein privater Vertragspartner der öffentlichen Hand verpflichtet wird, auf eigene Rechnung eine Gesamtheit von Ressourcen (materieller und immaterieller Art sowie Personal) zu planen, zu (be-)schaffen und zu betreiben, ohne dass diese Ressourcen während der Vertragslaufzeit auf die öffentliche Hand übertragen werden. Die öffentliche Hand bedient sich dabei privater Unternehmen, um deren Know-how und Kompetenz bei der Einschätzung und Steuerung hierin liegender inhärenter Risiken zu nutzen und bildet diese Risikoübernahme in der Vergütung entsprechend ab.

2.1.2 Keine weitere Risikoallokation auf den Betreiber

Demgegenüber war die durch den BV vorgenommene Allokation von wirtschaftlichen Risiken beim Betreiber nicht auf Risiken auszuweiten, die für den Betreiber in keiner Weise beherrschbar waren bzw. seiner Risikosphäre nicht zugerechnet werden konnten. Dies gilt in besonderem Maße für ordnungspolitische Gründe, zu denen auch das Risiko einer negativen Entscheidung des EuGH zählt. Zurecht wurden diese daher allein dem Bund zugeordnet (vgl. Ziffer 2.1.2 (i)). Eine gemeinsame Risikotragung der Vertragsparteien kommt insoweit nicht in Betracht (vgl. Ziffer 2.1.2 (ii)).

(i) Verantwortlichkeit des Bundes für eine auf ordnungspolitischen Gründen beruhende Kündigung

Die Errichtung und Aufrechterhaltung eines normativen Rahmens, der die Umsetzung des Projektes überhaupt erst ermöglicht, muss der Verantwortungssphäre des staatlichen Auftraggebers zugeordnet sein. Dies gilt umso mehr, da der staatliche Auftraggeber im hiesigen Fall identisch mit dem zuständigen Gesetzgeber ist.

Der BV fasst dies in Ziffer 26.3.4 v) als „*ordnungspolitische Gründe*“ zusammen: Ordnungspolitische Gründe betreffen sowohl Änderungen der rechtlichen (Gesetzgebung und Rechtsprechung) als auch der politischen Rahmenbedingungen, die den Auftraggeber zur Kündigung berechtigen. Der Begriff beschreibt eine Gestaltungs- und Entscheidungsprärogative, die der Auftraggeber sich vorbehalten hat und vorbehalten musste, um in jedem Einzelfall einer nicht nur unwesentlichen Änderung der Rahmenbedingungen der Infrastrukturabgabe eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können.

Schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit liegt es allein in der Verantwortung des Staates, das gesetzliche Regelungssystem (hier für die Einführung der Infrastrukturabgabe) rechtmäßig und damit im Einklang mit allen nationalen und unionsrechtlichen Anforderungen auszugestalten. Er trägt damit auch das Risiko, dass deutsche oder europäische Gerichte dessen Rechtswidrigkeit feststellen. Daher werden Gerichtsentscheidungen in Ziffer 26.3.4 BV zutreffend den „*ordnungspolitischen Gründen*“ zugeordnet. Dies ist auch deshalb angemessen, weil nur der Staat in solch einem Fall entscheiden kann, ob Änderungen an dem Regelungssystem vorgenommen werden sollen, um das Projekt rechtmäßig auszugestalten, oder aber ob auf dessen Durchführung dann verzichtet werden soll.

Die Verantwortungssphäre des Auftragnehmers, hier also des Betreibers, ist demgegenüber nicht berührt. Der Betreiber ist vielmehr auf den Rechtsrahmen als Vorbedingung seiner Beauftragung angewiesen, durfte von dessen

Linklaters

Rechtmäßigkeit ausgehen und gestaltete danach sein Angebot. Vor diesem Hintergrund haben die Bieter ihre Angebotsabgabe in dem Vergabeverfahren für den BV von einer entsprechenden Vertragsgestaltung samt Entschädigungszahlung abhängig gemacht (vgl. Ziffer 2.2.2).

Auch kann der Verantwortlichkeit des Bundes für eine Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen nicht entgegengehalten werden, dass mit dem EuGH ein unabhängiges Gericht geurteilt hat. Die grundsätzliche Verantwortung des Staates, einen rechtmäßigen und durchsetzbaren Rechtsrahmen zur Erhebung der Pkw-Maut zu schaffen, kann durch die Unabhängigkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht in Frage gestellt werden. Der EuGH hat im Ergebnis den Rechtsrahmen für die Erhebung der Infrastrukturabgabe geprüft und für unionsrechtswidrig befunden. Für diesen Rechtsrahmen trägt allein der Bund die Verantwortung, er allein kann ihn ggf. auch rechtsgestalterisch kontrollieren bzw. anpassen.

(ii) Keine gemeinsame Risikotragung der Vertragsparteien

Die (negative) Entscheidung des EuGH stellt gerade keinen Fall eines Risikos dar, das eine Verteilung der daraus resultierenden Lasten auf beide Vertragspartner rechtfertigt. Dies verkennen die Gutachter von Chatham und W2K, wenn sie argumentieren, auch den Bund treffe hinsichtlich der Entscheidung des EuGH keine Verantwortlichkeit, da er deren Ausgang gleichfalls nicht beeinflussen könne: In den Gutachten von Chatham⁶⁰ und W2K⁶¹ wird argumentiert, dass die Entscheidung des EuGH gewissermaßen ein „äußerer Umstand“ sei, den weder der Bund noch seine Vertragspartner unter Kontrolle hätten. Demnach handele es sich um ein Risiko, das von keiner Partei beherrscht werden könne. Eine einseitige Übernahme des Risikos durch den Bund sei daher unangemessen.⁶² In der Konsequenz wäre eine gemeinsame Verantwortung und damit eine gemeinsame Risikotragung zu regeln gewesen.

Der BV anerkennt solch eine Verantwortungsteilung bei einer Kündigung aufgrund „Höherer Gewalt“ gemäß Ziffer 26.3.6 BV. Die Entscheidung des EuGH über die Rechtmäßigkeit des geplanten Pkw-Mautsystems solch einem Kündigungsgrund zuzuordnen, wäre jedoch weder marktüblich (vgl. Ziffer 2.2) noch sachgerecht. Damit aber wählen die beiden Gutachten schon im Ausgangspunkt einen unzutreffenden Maßstab zur Beurteilung der Angemessenheit der Kompensationsansprüche des Betreibers.

Im Einzelnen:

Den Begriff der „Höheren Gewalt“ definiert Ziffer 26.3.6 c) BV wie folgt:

„Als 'Höhere Gewalt' [...] gelten alle unvorhersehbaren Ereignisse oder solche Ereignisse, die außerhalb des Einflussvermögens der Parteien liegen und deren Auswirkungen auf die Vertragserfüllung durch zumutbare Bemühungen der Parteien nicht verhindert werden können [...]“

⁶⁰ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 23.

⁶¹ Vgl. W2K-Gutachten, S. 35.

⁶² Vgl. W2K-Gutachten, S. 35.

Linklaters

Es folgt eine Aufzählung von – nicht abschließenden – Regelbeispielen, die insbesondere Naturkatastrophen (*bspw. Überschwemmungen, Orkane, Erdbeben, u.a.*) und Epidemien sowie – ebenso der Beeinflussbarkeit der Parteien entzogene – Handlungen Dritter (*bspw. Krieg, terroristische Akte, Sabotageakte, u.a.*) ausweist.

Insoweit entspricht der Begriff der „Höheren Gewalt“ i.S.d. Ziffer 26.3.6 c) BV weitestgehend dem europarechtlichen Begriff der „Force Majeure“. Diese wird definiert als Eintritt *„ungewöhnlicher und unvorhersehbarer Ereignisse, auf die derjenige, der sich auf höhere Gewalt beruft, keinen Einfluss hat und deren Folgen trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können“*.⁶³ Eine vergleichbare Begriffsbestimmung liefert schließlich die Rechtsprechung des BGH, nach welcher der Begriff der „Höheren Gewalt“ ausschließlich *„ganz ungewöhnliche Ereignisse“* erfasst, welche *„normalerweise [...] nicht zu erwarten“* sind.⁶⁴ Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass eine Berufung auf das Rechtsinstitut der „Höheren Gewalt“ einzig und allein im Falle des Eintritts ungewöhnlicher wie auch unvorhersehbarer, mithin unbeeinflussbarer sowie unabwendbarer Ereignisse in Frage kommt.

Die gegenständliche (negative) Entscheidung des EuGH war indes weder ungewöhnlich, noch im Sinne einer höheren Gewalt unvorhersehbar, noch – jedenfalls für den Bund – unbeeinflussbar und somit *per definitionem* kein Fall der „Höheren Gewalt“. Beide Vertragsparteien hatten lange vor und bei Abschluss des BV Kenntnis von dem Gegenstand des Verfahrens und dem Verfahrensverlauf. Beide konnten die Risiken des Verfahrens abwägen, in ihre Entscheidungen einbeziehen und konnten potentielle Risiken „einpreisen“. Der Bund stand dem EuGH-Verfahren, und damit dem Risiko, jedoch viel näher als der Betreiber. Der Bund war als Partei in das Verfahren involviert, war aus erster Hand über das Verfahren informiert und konnte über seine Verfahrensbeteiligten auf das Verfahren einwirken. Er allein hatte es auch in der Hand, bei einem teilweise negativen Ausgang des Verfahrens die ggf. erforderlichen gesetzgeberischen Anpassungen zu veranlassen.

2.2 Marktüblichkeit der Risikoordnung bei Infrastruktur- und ÖPP-Projekten

Entgegen der Auffassung in den Chatham-⁶⁵ und W2K-Gutachten⁶⁶ ist diese Risikoverteilung marktüblich. Sie entspricht der Zuordnung solcher Risiken, wie sie sich in nationalen und internationalen Infrastrukturprojekten und ÖPPs findet:

In zahlreichen Projektverträgen werden Risiken, die an die Veränderung politischer oder rechtlicher Rahmenbedingungen anknüpfen, typischerweise der Risikosphäre des staatlichen Auftraggebers zugeordnet. Daraus folgt im Falle einer Kündigung durch den staatlichen Auftraggeber beim Eintritt des entsprechenden Risikos typischerweise eine Entschädigung zugunsten des Auftragnehmers, die sich vom Umfang her an den Rechtsfolgen einer Kündigung aus vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen orientiert (vgl. Ziffer 2.2.1). Ein

⁶³ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. 1990 L 158, 56 ff., dort Art. 4 Abs. 6 b) ii).

⁶⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 23. April 1993 – V ZR 250/92 = NJW 1993, 1855 (1856).

⁶⁵ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 5.

⁶⁶ Vgl. W2K-Gutachten, S. 35.

Linklaters

weniger eindeutiges Bild ergibt sich, soweit nicht allgemein regulatorische bzw. ordnungspolitische Risiken betrachtet werden, sondern explizit nach Handlungsoptionen gefragt wird, die typischerweise an gerichtliche Entscheidungen anknüpfen. Den Projektverträgen lassen sich aber auch insofern Hinweise darauf entnehmen, dass auch nachteilige Gerichtsentscheidungen, die die rechtlichen Rahmenbedingungen von Projekten betreffen, wie sonstige regulatorische Risiken der Risikosphäre des Auftraggebers zugeordnet werden (vgl. Ziffer 2.2.2).

2.2.1 Zuordnung ordnungspolitischer Risiken zur staatlichen Verantwortungssphäre in ÖPP-Projekten

Ordnungspolitische Risiken werden in ÖPP-Verträgen weltweit standardmäßig dem staatlichen Auftraggeber zugeordnet. Als Vorbild kann insoweit die Praxis im Vereinigten Königreich gelten, welches als erstes europäisches Land verstärkt auf ÖPP gesetzt hat. Die sog. Private Finance Initiative (PFI) wurde im Jahr 1992 eingeführt und ist seitdem in zahlreichen Projekten umgesetzt worden. Entsprechende Projekt- und Betreiberverträge sind zwischenzeitlich weitgehend standardisiert und auf viele andere Staaten übertragen worden. Die grundsätzlich vorgesehene Risikoallokation lässt sich anhand der für die staatlichen Vergabestellen des Vereinigten Königreichs vorgegebenen Musterverträge für Infrastrukturprojekte⁶⁷ veranschaulichen:

- In diesen Musterverträgen werden zum einen die Risiken einer Rechtsänderung näher behandelt. Diese werden dem privaten Auftragnehmer nur insoweit zugewiesen, als es sich dabei um allgemeine Risiken der Rechtsänderung oder solche Rechtsänderungen handelt, die zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bereits absehbar waren (vgl. Ziffer 16.1.4). Sonstige Rechtsänderungsrisiken, insbesondere solche, die den konkreten Projekt- bzw. Vertragsgegenstand betreffen („*discriminatory change in law*“) bzw. solche, die der Auftragnehmer nicht ohne Weiteres an Kunden weiterreichen kann, sollen demgegenüber nicht vom Auftragnehmer, sondern vom staatlichen Auftraggeber getragen werden.
- Daneben besteht nach den Musterverträgen die Möglichkeit einer sog. „*voluntary termination*“ durch den Auftraggeber, die in ihrer Rechtsfolge der Kündigung aus vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen gleichgestellt wird und dementsprechend eine weitreichende Entschädigung zugunsten des Auftragnehmers nach sich zieht. Sie soll diesen grundsätzlich in die gleiche Lage versetzen, wie er bei voller Laufzeit des Vertrags stehen würde⁶⁸. Unter diesen Kündigungsgrund ließen sich auch die im Rahmen des BV aufgelisteten ordnungspolitischen Gründe fassen, soweit sie nicht bereits nach den spezifischen Vorgaben der Ziffer 16 der britischen Musterverträge als Rechtsänderung zu qualifizieren wären. Unter einer „*voluntary termination*“ ist dabei nicht etwa nur eine anlasslose (in Deutschland auch „freie“ genannte) Kündigung des Auftraggebers zu verstehen. Vielmehr fallen darunter – insoweit den ordnungspolitischen Gründen vergleichbar – Kündigungen aufgrund von Umständen, durch die sich der Auftraggeber nicht länger in der Lage sieht, an der Vertragsfortführung festzuhalten („*Authority is no longer*“).

⁶⁷ Vgl. HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, December 2012, abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf.

⁶⁸ Vgl. HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, December 2012, Ziffer 23.5.3.1 und 23.5.3.2.

Linklaters

able to continue the relationship it has with the Contractor under a Contract⁶⁹).

Ähnliches gilt für ÖPP-Verträge in anderen europäischen Ländern: So werden in einem Konzessionsvertrag über die Durchführung eines Autobahninfrastrukturprojekts der ungarischen Regierung Änderungen des spezifischen rechtlichen Projektrahmens dem Auftraggeber überantwortet. Jeder „*discriminatory change in law*“ sowie Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen über einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle werden dem Auftraggeber als Verschulden zugerechnet. Unter eine solche Änderung fallen die „*introduction or repeal (in whole or in part) of, or amendment, alteration or modification to or change in interpretation*“ und daher die Änderung jeder verbindlichen rechtlichen Rahmenbedingung, die Auswirkungen auf den Vertragsgegenstand hat. Der Auftraggeber kann darüber hinaus den Vertrag jederzeit ohne besonderen Grund kündigen („*voluntary termination*“). In beiden Fällen muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Entschädigung in gleicher Höhe zahlen wie im Falle einer Kündigung des Konzessionärs wegen eines Verschuldens auf Seiten des Auftraggebers. Die Entschädigungszahlung umfasst in diesen Fällen im Einzelnen:

- die Übernahme aller Verpflichtungen des Auftragnehmers zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung,
- die Zahlung einer Summe, durch welche eine interne Rendite auf die Summe des eingezahlten Grundkapitals der Konzessiongesellschaft und des Kapitals der nachrangigen Schuldverschreibung an die Konzessiongesellschaft gezahlt werden kann,
- Abfindungszahlungen für Mitarbeiter des Auftragnehmers,
- Ausfallkosten aller Subunternehmen sowie
- Kosten, die zur Sicherung von Krediten im Zeitraum zwischen Vertragsbeendigung und Begleichung der Kosten durch den Auftraggeber entstanden sind.

Dem allgemeinen Grundsatz der Risikoverteilung nach Verantwortungssphären folgend, finden sich auch in der deutschen ÖPP-Praxis Beispiele für eine Zuordnung ordnungspolitischer Risiken zum Staat:

- Im Lkw-Maut-Betreibervertrag von 2002 findet sich eine vergleichbare Risikoallokation. Dieser sieht zwar aus „*ordnungspolitischen Gründen*“ kein eigenes Kündigungsrecht vor. Der Auftraggeber kann aber „*jederzeit aus ordnungspolitischen oder anderen wesentlichen Gründen*“ die Call-Option ausüben (vgl. Ziffer L.1.2 c)). Der Kaufpreis wird in diesem Fall nach Anlage M Ziffer 1 berechnet und damit nach den gleichen Maßstäben wie die Entschädigung des Auftragnehmers im Falle einer Kündigung wegen eines vom Auftraggeber zu vertretenden Grundes (vgl. Ziffer M.4.2). Auch im Übrigen wird im Lkw-Maut-Betreibervertrag das Risiko einer Änderung der nationalen oder europarechtlichen Rahmenbedingungen beim Auftraggeber allokiert. Verursachen solche Änderungen zusätzliche Kosten, kann der Auftragneh-

⁶⁹ Vgl. HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, December 2012, Ziffer 23.5.1.

Linklaters

mer vom Auftraggeber die entsprechende Anpassung der vereinbarten Vergütung verlangen (vgl. Ziffer I.1 und I.2). Ein diesbezügliches Kündigungsrecht wurde demgegenüber ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Ziffer K.3 und K.4) und der Auftraggeber somit in seinen Handlungsmöglichkeiten stärker eingeschränkt als im hiesigen BV.

- Ein weiteres Beispiel für die Allokation von Regulierungsrisiken beim Auftraggeber bietet das vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen im Jahr 2005 herausgegebene Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrags für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau („A-Modell“). § 41.1. (b). des Muster-Konzessionsvertrags „Konventionelle Planung“ („Mustervertrag“) regelt die Kompensationspflicht des Auftraggebers im Falle eines rechtlichen Hindernisses. Die Entschädigung entspricht der Höhe von Mauteinnahmen, die der hypothetische Konzessionsnehmer für die Dauer des rechtlichen Hindernisses erzielt hätte zzgl. entsprechender prozentualer Steigerungen der Mauteinnahmen. Darüber hinaus hat der Konzessionsnehmer gegen den Auftraggeber nach § 41.1 (d) des Mustervertrags einen Anspruch auf Kompensationszahlungen, soweit die Erhebungsgrundlage der Maut geändert wird und dies zu einem wesentlichen Rückgang der Einnahmen führt. Die Höhe der Kompensationszahlungen entspricht nach dem Mustervertrag der Differenz zwischen den durchschnittlichen Mauteinnahmen abzüglich „[•] %“ und den tatsächlich für den betreffenden Monat weitergeleiteten Mauteinnahmen des Konzessionsnehmers. In beiden Fällen kann der Konzessionsnehmer alternativ den Vertrag kündigen (vgl. § 41.4 des Mustervertrags), ohne dass es auf ein Vertretenmüssen des Auftraggebers für das Eingreifen entsprechender regulatorischer Risiken ankommt. Entsprechende Regelungen wurden in nachfolgenden A-Modellen und Verfügbarkeitsmodellen weiterentwickelt und konkretisiert.

Weltweit lassen sich zahlreiche weitere Beispiele anführen, die die Marktüblichkeit der in deutschen ÖPP-Projekten typischerweise vorgenommenen Risiko- und Zuordnung bestätigen: Auch diesen ist gemein, dass in ihnen wie im BV eine angemessene Risikoallokation abgebildet wird, nach der Risiken im Zusammenhang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des jeweiligen Projekts beim staatlichen Auftraggeber verortet und mit entsprechenden Rechtsfolgen verknüpft werden. Dabei wird bei der Auswertung solcher Beispiele deutlich, dass im Hinblick auf etwaige Entschädigungsfolgen jeweils zwischen ordnungspolitischen Risiken einerseits (die der staatlichen Risikosphäre zugeordnet werden) und den von keiner der Vertragsparteien zu verantwortenden Fällen von Höherer Gewalt andererseits unterschieden wird:

- In einem Konzessionsvertrag der Hafenbehörde Zadar in Kroatien⁷⁰ wird das Risiko für eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen dem Auftraggeber zugerechnet, der für eine Kündigung „aufgrund öffentlichen Interesses“ entsprechend einzustehen hat: Der Vertrag kann ganz oder teilweise gekündigt werden, wenn das öffentliche Interesse nach Ansicht des kroatischen Parlaments es erfordert (Art. 98 des Konzessionsvertrags). Wird der

⁷⁰ Vgl. Concession Contract for the provision of services to passengers with use and maintenance of ports infrastructure facilities and ports superstructure on the port area open for public transport of particular (international) economic interest to the Republic of Croatia – port Gaženica, Zadar; abrufbar unter: <http://www.indianembassyzagreb.gov.in/docs/15314782411.pdf>.

Linklaters

Vertrag aus diesem Grund gekündigt, steht dem Konzessionsnehmer – ebenso wie bei einem vom Auftraggeber zu vertretenden Kündigungsgrund (vgl. Art. 110 des Konzessionsvertrags) ein Anspruch auf Entschädigung nach Maßgabe der allgemeinen Rechtsvorschriften zu. Ein solcher Anspruch ist hingegen nicht gegeben, wenn der Vertrag aufgrund höherer Gewalt gekündigt wird. In einem solchen Fall hat jeder Vertragspartner seine eigenen Kosten zu tragen (Art. 108 Konzessionsvertrag).

- Die Musterkonzessionsvereinbarung Nationalstraße der Planungskommission der indischen Regierung⁷¹, die den Behörden eine Leitlinie bei der Ausgestaltung von Infrastrukturprojekten geben soll, ordnet alle direkten und indirekten politischen Risiken dem staatlichen Auftraggeber zu. Der Begriff der politischen Risiken bzw. der politischen höheren Gewalt wird dabei nicht näher definiert, jedoch von dem Begriff der unpolitischen höheren Gewalt abgegrenzt, gegen die in der Regel Schutz durch Versicherungen bestehen soll. In verschiedenen indischen Konzessionsverträgen wird der Fall, dass eine Gesetzesänderung die Umsetzung des Vertrags unmöglich macht, unter den Begriff der politischen höheren Gewalt subsumiert.⁷² Entsprechendes dürfte für Gerichtsentscheidungen gelten. Im Falle einer Kündigung aufgrund politischer höherer Gewalt oder Versäumnissen der Behörde sieht die Musterkonzessionsvereinbarung eine angemessene Ausgleichszahlung an den Konzessionär vor. Der entsprechende vom staatlichen Auftraggeber zu leistende Ausgleichsbetrag darf nicht niedriger sein als das Gebührenvolumen aus einer zweijährigen Konzessionstätigkeit. Entsprechende Risikozuordnungen finden sich auch in weiteren Musterverträgen der indischen Regierung.⁷³
- Ein Beispiel dafür, dass eine Kündigung des Auftraggebers aus ordnungspolitischen Gründen im Rahmen von PPP-Verträgen mit einer Kündigung aus vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen gleichgestellt wird, ergibt sich auch aus einem Musterdokument für Konzessionsverträge der World Bank.⁷⁴ Danach kann der Auftraggeber den Vertrag aus Gründen des öffentlichen Interesses kündigen (vgl. Ziffer 21.2.2). Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer in diesem Fall eine Entschädigung zu zahlen (vgl. Ziffer 22.3.5 i.V.m. 22.2.3.1). Diese umfasst sämtliche zum Kündigungszeitpunkt von der Konzessionsbehörde genehmigten Investitionen in Infrastruktur und Oberbau sowie Entwicklungsarbeiten, abzüglich der Abschreibungen, die proportional

⁷¹ Vgl. Model Concession Agreement for National Highways der Planning Commission der indischen Regierung, abrufbar unter http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/1.Model%20Concession%20Agreement%20Overview/01-MCA-for-National-Highways.pdf.

⁷² Vgl. Ziffer 34.4 a) Storage Agreement for Silo Project at Murli, Sehore zwischen der Regierung von Madhya Pradesh und M.P. Warehousing & Logistics Corporation, 13. Juni 2014; Ziffer 11.1 (b) (ii) (E) Storage Agreement zwischen Sri Rabi Narayan Mishra und Odisha State Civil Supplies Corporated Limited, 3. März 2016, beide Verträge abrufbar unter <https://www.pppinindia.gov.in/project-concession-agreements>.

⁷³ Vgl. Model Concession Agreement for Operation & Maintenance of Highways der Planning Commission der Indischen Regierung, abrufbar unter http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/1.Model%20Concession%20Agreement%20Overview/04-MCA-for-Operation-&-Maintainance-of-Highways.pdf; Model Concession Agreement for State Ports der Indischen Regierung, abrufbar unter http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/1.Model%20Concession%20Agreement%20Overview/05-MCA-for-state-Ports.pdf; Model Concession Agreement for Greenfield Airports der Planning Commission der Indischen Regierung, abrufbar unter http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/1.Model%20Concession%20Agreement%20Overview/07-MCA-for-Greenfield-Airports.pdf.

⁷⁴ Vgl. Sample concession Agreement des PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations (PPPIRC), World Bank, Dezember 2009.

Linklaters

zu dem Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags sind. Die Bewertung von Infrastruktur- und Oberbauarbeiten soll zu dem von der Gesellschaft erfassten Buchwert erfolgen. Darüber hinaus umfasst die zu zahlende Entschädigung den zu erwartenden Gewinn des Unternehmens für einen vertraglich zu bestimmenden Zeitraum.

2.2.2 Zuordnung externer Gerichtsurteile zu ordnungspolitischen Gründen

Auch ohne explizite Inbezugnahme lässt sich Projektverträgen die grundsätzliche Wertung entnehmen, dass nachteilige Gerichtsentscheidungen, die die rechtlichen Rahmenbedingungen von Projekten betreffen (zumal von obersten Gerichtshöfen wie dem EuGH), ebenso wie sonstige ordnungspolitische Gründe zu behandeln sind und deshalb der Risikosphäre des Auftraggebers zugeordnet werden:

- Nach den bereits angeführten britischen Musterverträgen wird unter „Change in law“ auch eine Rechtsprechungsänderung des „common law“ verstanden.⁷⁵ Einem Grundsatzurteil des EuGH wäre eine vergleichbare Wirkung zuzuschreiben. Jedenfalls aber ließe sich die Kündigung aufgrund eines EuGH-Urteils, das die weitere Ausführung des Betreibervertrags aus Sicht des Auftraggebers redundant macht, auch unter den Begriff der „voluntary termination“ fassen und würde entsprechend nach den Maßstäben der britischen ÖPP-Verträge eine umfassende Entschädigung des Auftragnehmers nach sich ziehen. Eine Verortung des nachteiligen Gerichtsurteils im Bereich der höheren Gewalt („Force Majeure“) oder sonstiger Gründe, die zu geteilter Verantwortung führen, käme demgegenüber nicht in Betracht.⁷⁶
- Vereinzelt findet sich auch eine ausdrückliche Zuordnung gerichtlicher Entscheidungen zu den beim Auftraggeber zu verortenden Regulierungsrisiken, bspw. in einem Projektvertrag zu einem rumänischen Autobahninfrastrukturprojekt, in dem ausdrücklich ausgeführt wurde, dass unter Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen auch verbindliche Gerichtsurteile sowie verbindliche Entscheidungen aller Institutionen der EU fallen, inklusive „changes in the interpretation and/or application“ aller „mandatory deeds of any EU institutions“. Bei solch einer Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer sämtliche zusätzlichen Investitionen und Kosten ersetzen.

Solchen Projektverträgen kann mithin die Wertung entnommen werden, dass auch Gerichtsentscheidungen (auf deren Ausgang der Auftraggeber keine unmittelbare Steuerungsmöglichkeiten hat), in ihren Auswirkungen der Verantwortungssphäre des Staates zuzuordnen sind.

Insofern entspricht die im BV vorgenommene Risiko- und Zuordnung weltweiten Marktstandards. Dort wurde aufgrund der Projektspezifika ausdrücklich (und exemplarisch) auch der Fall einer negativen EuGH-Entscheidung aufgenommen; als (negative) gerichtliche Entscheidung hätte dies aber ohnehin einen ordnungspolitischen Grund für eine entsprechende Kündigung ausgelöst. Wie bereits unter Ziffer 2.1 aufgezeigt, ist eine solche Risiko- und Zuordnung auch sachgerecht: Der Bund konnte das

⁷⁵ Vgl. HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, December 2012, Ziffer 16.2 (c).

⁷⁶ Vgl. Beschreibung und Beispiele in Ziffer 15.4.1, HM Treasury, Standardisation of PF2 Contracts, December 2012.

Linklaters

Risiko aus der EuGH-Entscheidung besser einschätzen als der Bieter und – im Rahmen seiner Gesetzgebungsmöglichkeiten – sogar beeinflussen. Dementsprechend liegt dieser Kündigungsgrund in der Verantwortungssphäre des Bundes.

2.3 Abgleich mit zivilrechtlichen Maßstäben

Gleiches gilt nach zivilrechtlichen Maßstäben. Auch hiernach ist die gewählte Risikozuordnung samt ihrer Rechtsfolge angemessen und üblich.

Diversen gesetzlichen Kündigungsregelungen ist zu entnehmen, dass ein Auftragnehmer bei einer Kündigung des Auftraggebers zu entschädigen ist, wenn diese aus Gründen erfolgt, die in der Risikosphäre und dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Kündigungsgrund nicht vom Kündigungsempfänger zu verantworten bzw. wegen einer Pflichtverletzung zu vertreten ist (vgl. Ziffer 2.3.2(ii)). Auch bei einer Unmöglichkeit der Leistungserbringung ist eine Entschädigung des Schuldners der Leistung zumindest dann vorgesehen, wenn der Gläubiger für den zur Unmöglichkeit führenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (vgl. Ziffer 2.3.2(iii)).

Auch nach zivilrechtlichen Maßstäben ist im Übrigen vorgesehen, dass dem Auftragnehmer ein Ersatz in angemessener Höhe zusteht, der über die bloße Vergütung bereits erbrachter Leistungen hinausgeht.

2.3.1 Rechtliche Einordnung des BV

Bei dem BV handelt es sich um einen gemischten Vertrag⁷⁷ eigener Art, der eine Vielzahl von Leistungsbestandteilen umfasst, die Elemente verschiedener Vertragstypen – namentlich insbesondere des Dienstvertrags (§§ 611 ff. BGB) bzw. eines Dienstleistungen betreffenden Geschäftsbesorgungsvertrags (§§ 675 ff. BGB) und des Werkvertrags (§§ 631 ff. BGB) – enthalten.

Die Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstvertrag bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Gemeinsam ist beiden Vertragstypen, dass sie eine entgeltliche Tätigkeit zum Gegenstand haben. Während jedoch beim Dienstvertrag die Dienstleistung als solche, das Tätigsein, geschuldet wird, schuldet der Werkunternehmer das Ergebnis seiner Tätigkeit, den Erfolg, das Werk.⁷⁸

Dem Typus des Dienstvertrags i.S.d. § 611 BGB entspricht dabei die Leistung von Diensten über eine vereinbarte Zeitdauer durch einen Selbständigen, nämlich den Betreiber, gegen Entgelt. Dem Typus des Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB entspricht die Pflicht des Betreibers zur wirtschaftlichen Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers, namentlich der Erhebung der Infrastrukturabgabe, die nach dem BV vollständig an den Auftraggeber auszukehren war (vgl. insbesondere Ziffer 8 BV). Der BV weist schließlich auch werkvertragliche Elemente i.S.d. § 631 BGB auf, obwohl der Betreiber während der ordentlichen Laufzeit des BV keinerlei Rechte oder körperliche Gegenstände an den Auftraggeber zu übertragen hatte.⁷⁹ Denn die vom Betreiber nach dem BV geschuldeten Tätigkeiten, namentlich der Errichtung

⁷⁷ Vgl. Gehrlein, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 1. Mai 2019, § 311 Rn. 25; vgl. auch BGH, NJW 2008, 1072 Rn. 19. Bei einem gemischten Vertrag ist hinsichtlich der anwendbaren Normen ausgehend von Parteiwille, Sinn und Zweck des Vertrages im Einzelfall ein interessengerechter Ausgleich zu suchen (BGH NJW 2008, 1072 Rn. 19; Gehrlein, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 1. Mai 2019, BGB § 311 Rn. 21).

⁷⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2002 – X ZR 27/01 = NJW 2002, 3323 (3324); Busche, in: MÜKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 631 Rn. 16.

⁷⁹ Übertragung von Vermögensgegenständen des Betreibers nur bei Ausübung der Call Option nach Ziffer 29 BV gegen Zahlung eines separaten Kaufpreises für diese Vermögensgegenstände.

Linklaters

eines den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Mautsystems (vgl. hierzu insbesondere Ziffer 7 BV) sowie der anforderungsgerechten Erhebung und Auskehr der Infrastrukturabgabe waren erfolgsbezogen. Werkvertragliche Elemente der Leistungspflichten des Betreibers folgen überdies aus den Bestimmungen zu den Call Optionen des Auftraggebers, nach denen der Auftraggeber berechtigt war, das vom Betreiber zu planende und zu errichtende Mautsystem entweder durch Übernahme aller Geschäftsanteile am Betreiber oder sämtlicher Vermögensgegenstände des Betreibers mit von den Betreiberparteien garantierten Eigenschaften vollständig zu übernehmen (vgl. hierzu Ziffern 28 und 29 BV und die als Anlage 28.5.1 sowie Anlage 29.6.1 dem BV beigefügten Muster-Erwerbsverträge).

2.3.2 Kündigungsrecht des Bundes aus ordnungspolitischen Gründen entspricht zivilrechtlichen Maßstäben

Anknüpfend an diese rechtliche Einordnung des BV findet die Kündigungsregelung aus ordnungspolitischen Gründen sowohl in werkvertraglichen (vgl. Ziffer 2.3.2 (ii)) wie auch in allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen (vgl. Ziffer 2.3.2 (ii)) Anlehnung. Sie entspricht damit allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben.

(i) Werkvertragliches „freies“ Kündigungsrecht, § 648 BGB

§ 648 Satz 1 BGB räumt dem Auftraggeber die Möglichkeit ein, den Werkvertrag bis zur Vollendung des Werks jederzeit – ohne besonderen Grund – zu kündigen:

„Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.“

Im Gegensatz zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund (vgl. §§ 314, 626, 648a BGB), die ihre Ursache in Umständen haben muss, die aus dem Risikobereich des Kündigungsgegners herrühren, kann der Auftraggeber seine Kündigung im Rahmen des § 648 BGB insbesondere auf solche Umstände stützen, die dem Verantwortungsbereich des Kündigungsempfängers entzogen sind und/oder aus der eigenen Risikosphäre des Kündigenden entstammen.

Mit der Aufnahme eines außerordentlichen Kündigungsrechts aus ordnungspolitischen Gründen hat sich der Bund die volle Flexibilität vorbehalten, auf Gesetzes- oder Rechtsänderungen sowie Entscheidungen von Gerichten sachgerecht und situationsangepasst reagieren zu können. Er kann den BV ähnlich der freien Kündigung nach § 648 BGB kündigen. Die Kündigung folgt aus einem Grund, für den nicht der Kündigungsempfänger verantwortlich ist, sondern der in der Person des Kündigenden begründet ist oder in seiner Verantwortung liegt.

Gleiches gilt für das Kündigungsrecht aus Ziffer 26.3.4 v) BV. Sowohl ordnungspolitische Gründe im Allgemeinen als auch eine (negative) Entscheidung des EuGH im Besonderen entstammen nicht der Risikosphäre des Kündigungsempfängers, spricht der Risikosphäre des Betreibers. Im Gegen-

Linklaters

teilt. Diese Umstände sind eindeutig der Risikosphäre und dem Verantwortungsbereich des Bundes zugewiesen. Die Schaffung eines – den Anforderungen des Unionsrechts genügenden – gesetzlichen Rahmens für die Erhebung der Infrastrukturabgabe steht allein in der Verantwortung des Bundes (vgl. Ziffer 2.1.2).

Nicht nur der Tatbestand der Ziffer 26.3.4 v) BV sondern auch das Rechtsfolgenregime des BV spiegelt die gesetzliche Wertung des § 648 BGB – mit gewissen Abweichungen zugunsten des Auftraggebers (vgl. im Einzelnen Ziffer 3.5) – wider. Nach der gesetzlichen Konzeption des § 648 S. 2 BGB behält der Auftragnehmer – als Äquivalent zum freien Kündigungsrecht des Auftraggebers – im Grundsatz seinen vollen, vertraglich vereinbarten Vergütungsanspruch, wobei dasjenige in Abzug zu bringen ist, was der Auftragnehmer infolge der Kündigung an Aufwendungen erspart (§ 648 S. 2 Alt. 1 BGB) oder durch anderweitige Verwendung seiner Ressourcen erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 648 S. 2 Alt. 1 BGB). Diese Anrechnungen nimmt auch Ziffer 30.5.4 BV vor. Demnach ist beiden Regelungen gemein, dass sie dem Auftragnehmer einen Ersatz in angemessener Höhe zugestehen, der über die bloße Vergütung bereits erbrachter Leistungen hinausgeht.

- (ii) Erhalt der Gegenleistungspflicht infolge Unmöglichkeit, §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1, 2 BGB

Auch das Rechtsinstitut der Unmöglichkeit regelt Fallkonstellationen, in denen der Schuldner der Leistung (Betreiber) trotz Nichtleistung (keine Erhebung der Infrastrukturabgabe) seinen (vollen) Vergütungsanspruch behält, wenn der Gläubiger (Bund) für den zur Unmöglichkeit führenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

Eine objektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB – hier der Erhebung der Infrastrukturabgabe – liegt vor, wenn die Leistung weder vom Schuldner noch von einem Dritten erbracht werden kann.⁸⁰ Da unter dem Begriff der Leistung nicht die Leistungshandlung als solche, sondern der Leistungserfolg zu verstehen ist, liegt eine Unmöglichkeit auch dann vor, wenn die Leistungshandlung zwar weiterhin möglich ist, sie aber den Leistungserfolg nicht mehr herbeiführen kann.⁸¹

Hieran anknüpfend ist ein Zweckfortfall gegeben, wenn durch besondere Umstände außerhalb der persönlichen oder sachlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners (Betreiber), namentlich durch den Wegfall oder die Ungeeignetheit des vom Gläubiger zu stellenden Leistungssubstrats (Rechtsrahmen der Infrastrukturabgabe), der Eintritt des Leistungserfolges verhindert wird.⁸²

Ordnungspolitische Gründe i.S.d. Ziffer 26.3.4 v) BV können im konkreten Einzelfall dazu führen, dass die Infrastrukturabgabe in der gesetzlich vorgesehenen Form nicht (mehr) erhoben werden kann. So ließe sich hier vertreten, dass infolge der Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit der geplanten

⁸⁰ Vgl. *Ernst*, in: *MüKo-BGB*, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 36; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 275 Rn. 13 f.

⁸¹ Vgl. *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 275 Rn. 18.

⁸² Vgl. *Ernst*, in: *MüKo-BGB*, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 158; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 275 Rn. 19.

Linklaters

Umsetzung der Pkw-Maut der rechtliche Rahmen des Betreibervertrags, mit- hin das Leistungssubstrat im weitesten Sinne, weggefallen ist. Infolge der negativen EuGH-Entscheidung ist zwar die Leistungshandlung als solche – die Errichtung des Mautsystems sowie die Erhebung der Infrastrukturabgabe durch den Betreiber – weiterhin möglich, indes kann die Auskehr der Abga- beeinnahmen an den Bund aufgrund der gesetzlich bezweckten – zeitglei- chen – steuerlichen Entlastung inländischer Kfz-Halter nicht mehr erfolgen, ohne dass der Bund insoweit unionsrechtswidrig handeln würde. Die Erhe- bung der Infrastrukturabgabe in seiner konkreten – gesetzlich geregelten und vertraglich zugrunde gelegten Gestalt – ist demnach unmöglich gewor- den.

Ist die Erbringung der Leistung unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB, so er- lischt der diesbezügliche Anspruch des Gläubigers. Dies ist gleichbedeutend mit der Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht.⁸³ Nach Maß- gabe des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erlischt mit der Leistungspflicht – grund- sätzlich – zugleich die Pflicht des Gläubigers (Bund) zur Erbringung der Ge- genleistung (Vergütung). Dies gilt indes nicht in den Fällen des § 326 Abs. 2 BGB:

So bleibt die Gegenleistungspflicht des Gläubigers (Vergütung des Betrei- bers) bestehen, wenn dieser für den zur Unmöglichkeit führenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB). Dabei muss sich der Schuldner anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von seiner Leistung erspart, anderweitig erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Der Gläubiger ist verantwortlich, wenn das Leistungshindernis auf ein die- sem vorwerfbares Fehlverhalten zurückgeht.⁸⁴ Entsprechendes gilt, wenn der Gläubiger nach der vertraglichen Risikoverteilung – ausdrücklich oder konkludent – die Gefahr für ein bestimmtes Leistungshindernis übernommen hat und sich dieses Risiko verwirklicht.⁸⁵

Da die Schaffung eines – den Anforderungen des Unionsrechts genügenden – gesetzlichen Rahmens für die Erhebung der Infrastrukturabgabe allein in der Verantwortung des Bundes liegt (vgl. Ziffer 2.1.2) und er dieses Risiko auch nach der vertraglichen Risikoverteilung übernommen hat, kann eine Verantwortlichkeit des Bundes hinsichtlich des Fortfalls des Vertragszwecks ohne Weiteres angenommen werden.

Für diesen Fall steht dem Schuldner (Betreiber) eine angemessene Entschä- digung zu, die über die bloße Vergütung bereits erbrachter Leistungen hin- ausgeht (§ 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB).

⁸³ Vgl. Ernst, in: MUKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 71; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 275 Rn. 31.

⁸⁴ Vgl. Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2015, § 326 Rn. C7.

⁸⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – III ZR 87/10 = NJW 2011, 756 (758); Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2015, § 326 Rn. C24.

Linklaters

2.4 Öffentlich-rechtliche Maßstäbe

Auch unter Berücksichtigung der für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Wertungen zur auftraggeberseitigen Kündigung erweist sich die in den BV aufgenommene Regelung zur Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen als angemessen.

Der BV dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, nämlich der Mauterhebung nach dem InfrAG zur Sicherstellung der Nutzerfinanzierung des Ausbaus des Bundesfernstraßennetzes. In diesem Zusammenhang regelt der BV auch öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Bund und dem Betreiber (vgl. VORBEMERKUNGEN (A) und (B) BV). Nach Ziffer 4.1 BV überträgt der Bund die Erhebung der Infrastrukturabgabe nach § 4 Abs. 1 InfrAG, die Durchführung der Mahnungen nach § 3 Abs. 3 VwVG sowie den Erlass von Vollstreckungsanordnungen auf den Betreiber, so dass dieser als Infrastrukturabgabenbehörde nach § 2 Abs. 2 Satz 3 InfrAG fungiert.

Von seiner Rechtsnatur weist der BV in dieser Hinsicht Elemente eines öffentlich-rechtlichen Vertrags auf, so dass zur Bestimmung der Angemessenheit der getroffenen vertraglichen Regelungen auch die für öffentlich-rechtliche Verträge relevanten Wertungen der §§ 54 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG) herangezogen werden können:

Demnach sind öffentlich-rechtliche Verträge so zu gestalten, dass die im Rahmen der Vertragserfüllung auftretenden Risiken zwischen den Vertragsparteien angemessen, also entsprechend den unter Ziffer 2.1 dargestellten Grundsätzen, nach den jeweiligen Risikosphären verteilt werden. Dementsprechend wäre auch bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag das Risiko von Änderungen des regulatorischen Rahmens der Risikosphäre des Bundes zuzuordnen, so dass der Betreiber im Falle einer auf diesem Risikoeintritt beruhenden Kündigung durch den Auftraggeber angemessen zu entschädigen wäre.

Diese Wertung wird von § 60 Abs. 1 VwVfG gestützt, der die Kündigung in besonderen Fällen regelt. Danach ist das Risiko von Änderungen des für die Vertragsdurchführung relevanten Rechtsrahmens beim Bund und nicht beim Betreiber allokiert. Denn selbst wenn die Vertragsparteien keine Sonderkündigungsrechte regeln, kann der Staat einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl abzuwenden. Darüber hinaus ist eine Kündigung durch den Staat nach § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG möglich, wenn im Ergebnis aufgrund der geänderten Verhältnisse das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung unzumutbar ist und eine Anpassung ausscheidet. Das wird gerade auch im Hinblick auf eine Projektdurchführung gelten, deren rechtliche Grundlage durch eine Gerichtsentscheidung in Frage gestellt wird.⁸⁶

Kommt es zu einer Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags durch den Bund, so müsste der Bund den Privaten angemessen entschädigen, um die durch die Kündigung resultierenden Nachteile zu kompensieren.⁸⁷

Im Übrigen verweist § 62 Satz 2 VwVfG ergänzend auch auf die entsprechend geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Vor diesem Hintergrund sind auch die oben dargestellten zivilrechtlichen Wertungen (vgl. Ziffer 2.3) im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge grundsätzlich anwendbar. Dies gilt insbesondere für die koordinationsrechtlich bzw. kooperationsrechtlich geprägten Vertragsbestandteile des BV, in denen die Parteien sich als Wirtschaftakteure auf „Augenhöhe“ gegenüberstehen. Dies trifft gerade auf die Verteilung

⁸⁶ Vgl. für die vergleichbare Regelung nach § 313 BGB BGH NJW 2013, 1530 (1531), BGH, NJW 1986, 1348 (1349).

⁸⁷ Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Bonk/Neumann/Siegel, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 60 Rn. 43; Kokott, VerwArch 1992, 503 (521).

Linklaters

der wirtschaftlichen Chancen und Risiken in den Vergütungs-, Haftungs- und Kündigungsbestimmungen zu, die Bund und Betreiber in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren auszuverhandeln hatten.

2.5 Ausgewogene Regelungssystematik der Kündigungsregelungen im BV

Das betreibervertragliche Kündigungssystem ist auch in seiner Gesamtheit ausgewogen. Entsprechend den Grundsätzen der angemessenen Risikoordnung (vgl. Ziffer 2.1) unterscheidet der BV in Bezug auf die Kompensation des Betreibers unter Berücksichtigung von Risikosphären und bestehenden Verantwortlichkeiten sachgerecht danach, wer den Kündigungsgrund zu vertreten hat, ob mehrere Kündigungsgründe vorliegen und ob der Auftraggeber das Mautsystem nach der Kündigung des BV übernimmt (vgl. Ziffer 1.1).

Der Kompensationsmechanismus nach Ziffer 30.5.4 BV wird zutreffend nur in den wenigen Fällen angeordnet, in denen der Vertrag ausschließlich aus einem der Risikosphäre des Auftraggebers zuzurechnenden Umstand gekündigt wird und der Bund das Mautsystem nicht übernimmt. Entsprechend muss der Betreiber angemessen entschädigt werden.

Spiegelbildlich dazu verhält sich Ziffer 30.5.5 BV: Ist die Kündigung auf eine Pflichtverletzung des Betreibers zurückzuführen (z.B. unberechtigte Kündigung des BV, Schlecht- oder Spätleistung) oder kündigt der Bund berechtigt, verliert der Betreiber seinen Entschädigungsanspruch und muss ggf. Schadensersatz in substantieller Höhe aufgrund der entgangenen Mauteinnahmen leisten. Ein Kaufpreis in Höhe des Bruttounternehmenswerts steht ihm auch dann nicht zu, falls der Bund das Mautsystem nicht übernimmt. Dies gilt auch für die Konstellationen, in denen der Bund – wie vorliegend – den Vertrag aus mehreren Gründen kündigt und einer dieser Gründe der Risikosphäre des Betreibers zuzuordnen ist.

Insoweit korrespondieren die Kündigungsfolgen ausgewogen und interessengerecht miteinander und führen je nach Kündigungskonstellation zu einem vollständigen Verlust des Anspruchs des Betreibers auf eine Entschädigung (Schadensersatz) und ggf. sogar zu substantiellen Gegenansprüchen des Bundes (vgl. Ziffer 1.1).

2.6 Zwischenergebnis

Die Kündigungsregelung aus ordnungspolitischen Gründen ist in Bezug auf die Risikoallokation – sowohl nach zivilrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Erwägungen – marktüblich und in seiner Mechanik angemessen. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass dem Betreiber im Falle der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen grundsätzlich eine Entschädigung zu gewähren ist. Dies wird durch diverse nationale und internationale Infrastruktur- und ÖPP-Projekte bestätigt, die für den Fall der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen ein vergleichbares Risikoprofil aufweisen und dem Betreiber für den Fall der Kündigung eine angemessene Entschädigung einräumen.

Dabei fügt sich die Regelung zur Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen auch sachgerecht gemäß ihrer Risikoallokation in die Gesamtsystematik des betreibervertraglichen Kündigungsregimes samt Rechtsfolgen ein. Die Rechtsfolgen der Kündigung lehnen sich dabei an die beschriebenen gesetzlichen Leitbilder an, werden jedoch zu Gunsten des Bundes durch die Berechnung der Entschädigung nach den Grundsätzen des IDW S1 modifiziert. Dies ist im folgenden Abschnitt zu erläutern.

Linklaters

3 Angemessenheit der ermittelten Kompensation

Die Kündigung durch den Bund aus ordnungspolitischen Gründen führt nach dem BV auch zu einer angemessenen Entschädigung. Vertraglich ist dort die Erstattung des objektivierte Bruttounternehmenswerts nach IDW S1 unter Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten vorgesehen. Auf dieser Grundlage kann für den Betreiber eine angemessene Entschädigung auch dann ermittelt werden, wenn der Vertrag zu unterschiedlichen Zeitpunkten gekündigt wird. Eine Überkompensation findet nicht statt (vgl. Ziffer 3.2.3).

Nach dem BV wird ein objektivierter Unternehmenswert nach den Grundsätzen des Instituts für Wirtschaftsprüfer (IDW S1) zum Kündigungsstichtag ermittelt. Zur Anwendung kommt damit ein faires und objektivierte Bewertungsverfahren, das die wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien in angemessener Art und Weise ausgleichen kann. Insbesondere hat im Rahmen der Bewertung ein neutraler Gutachter zu überprüfen, ob im bisherigen Projektverlauf bereits aufgetretene Risiken oder Risiken, die erst im weiteren Projektverlauf eintreten könnten, eine Adjustierung der bei Vertragsschluss prognostizierten Zahlungsmittelüberschüsse zur Ableitung entsprechender Erwartungswerte und damit letztlich eine Abbildung in der vertraglich geschuldeten Kompensation verlangen. Konkret hat der Gutachter zu überprüfen, ob sich die Eintrittswahrscheinlichkeiten der Risiken im Projektverlauf gegenüber der im Finanzmodell des Betreibers zu Grunde gelegten Einschätzung verändert haben. Bei einer frühzeitigen Kündigung muss der Gutachter also auch zukünftige vertragsimmanente Risiken, die während der Errichtungsphase, etwa in Form von Verzögerungs- und Kostenrisiken, und der Betriebsphase auftreten können, bei der Bewertung berücksichtigen und mit ihren zum Bewertungsstichtag anzusetzenden Eintrittswahrscheinlichkeiten in die seiner Bewertung zugrunde liegenden zu erwartenden Zahlungsmittelüberschüsse einfließen lassen. Der Unternehmenswert spiegelt dann im Ergebnis einen fairen und angemessenen Preis für die vom Betreiber übernommenen Risiken wider (vgl. Ziffer 3.2.1).

Der auf diese Weise ermittelte Bruttounternehmenswert bildet nach dem BV die Grundlage für die Kompensation der vom Betreiber übernommenen Risiken und nicht amortisierten Investitionen. Die Erstattung lediglich der tatsächlich angefallenen Kosten, wie er von den Gutachten Chatham und W2K angeregt wird, führte hingegen zu keinem angemessenen Ergebnis, weil damit die mit dem BV verbindlich übernommenen (umfassenden) Verpflichtungen und Risiken des Betreibers während der Gesamtlaufzeit des Vertrags völlig ausgeblendet blieben (vgl. Ziffer 3.4).

Entgegen dem Gutachten von Chatham ordnet der BV gerade nicht den Ersatz des „entgangenen Gewinns“ für die verbleibende Vertragslaufzeit an. Der zivilrechtlich in § 252 BGB verankerte entgangene Gewinn unterscheidet sich grundlegend von einer Unternehmensbewertung nach IDW S1 (vgl. Ziffer 3.3.1). Denn nach zivilrechtlichen Maßstäben käme es bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns gerade zu keiner einer Unternehmensbewertung vergleichbaren, am Projektfortschritt zum Stichtag orientierten Berücksichtigung von vertrags- und projektimmanenten Risiken samt Vornahme von Risikoabschlägen (vgl. Ziffer 3.3.2).

3.1 Maßstab zur Ermittlung einer angemessenen Kompensation

Die Angemessenheit einer Entschädigung nach einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen durch den Bund knüpft an zwei Parameter an:

Linklaters

- Zum einen sind Investitionen des Betreibers, die dieser für die Vertragsdurchführung bereits getätigt hat, die sich aber nach der feststehenden Kündigung des Betreibervertrags nicht mehr über die Vertragslaufzeit amortisieren, auszugleichen.
- Zum anderen hat der Betreiber mit dem Vertrag zahlreiche Verpflichtungen und damit verbundene Risiken übernommen, für die er einzustehen hätte, hätte er den Vertrag erfüllen müssen. Auch deren Übernahme verlangt daher eine angemessene Kompensation.

Eine Beschränkung der Entschädigung des Betreibers allein auf die tatsächlich angefallenen Kosten wäre nach diesen Prämissen nicht angemessen. Im Einzelnen:

3.1.1 Ausgleich für Investitionen des Betreibers

Nach dem BV muss der Betreiber in der Planungs-, Errichtungs- und Inbetriebnahmephase, d.h. der gesamten Vertragslaufzeit bis zum Beginn der Erhebung, die damit korrespondierenden wirtschaftlichen Risiken *de facto* alleine tragen.

Die Gesellschafter des Betreibers haben sich dementsprechend verpflichtet, die für den vertragsgerechten Betrieb erforderliche finanzielle Ausstattung des Betreibers entsprechend der vor Vertragsbeginn vorzulegenden Finanzplanung sicherzustellen (vgl. Ziffer 17.1.1 BV). Der Betreiber musste alle Kosten, die für die Planung und Errichtung des Mautsystems anfielen, auf eigenes Risiko vorzufinanzieren. Zu einer Amortisation dieser Investitionen durch Vergütungszahlungen des Bundes wäre es erst mit dem Beginn der Erhebung (d.h. nach erfolgreichem Abschluss der Errichtung und Inbetriebnahme des Mautsystems) und zu einem erheblichen Teil nur ratierlich über die gesamte restliche Laufzeit des BV gekommen, vgl. insbesondere Ziffer 20.3 BV. Damit ist der Betreiber für die Refinanzierung seiner Investitionen darauf angewiesen, dass der Vertrag wie ursprünglich geplant umgesetzt werden kann.

Im Falle einer Kündigung bereits in der Errichtungsphase verliert der Betreiber damit jegliche Chance auf die Amortisation seiner bisher in den Aufbau des Mautsystems getätigten Investitionen. Eine entsprechende Kompensation ist daher sach- und interessengerecht. Ohne solch eine Ausgleichsregelung wäre der Vertrag mit Blick auf mögliche Kündigungsszenarien letztlich unkalkulierbar gewesen. Weder Auftragnehmer noch Finanzgeber hätten solche Risiken übernommen, was in den Verhandlungen von allen Bietern so auch klargestellt wurde (vgl. Ziffer 2.2.2).

3.1.2 Ausgleich für die Übernahme von Projektrisiken im Betreibervertrag

Mit dem Abschluss des BV übernahmen der Betreiber sowie seine Gesellschafter erhebliche Risiken unter anderem in Gestalt von vertraglichen Leistungs- und Haftungsverpflichtungen. Wesentliche Vertragsrisiken lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Der Betreiber muss das Risiko der Vollständigkeit aller Leistungen, die für die Planung, Errichtung und einen funktional beschriebenen anforderungsgerechten Betrieb des ISA-Erhebungssystems erforderlich sind, tragen. Dies schließt auch den termingerechten Aufbau des Mautsystems mit ein (vgl. insbesondere Ziffer 5.1.1 BV).

Linklaters

- Zugleich hat der Betreiber durch die Übernahme des wirtschaftlichen Betriebsrisikos⁸⁸ sicherzustellen, dass alle Anforderungen an die hoheitliche Tätigkeit der Infrastrukturbehörde eingehalten werden (vgl. Ziffer 4.3 BV).
- Zudem muss er die Konformität des Mautsystems mit den jeweils geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen sicherstellen (vgl. insbesondere Ziffern 5.7 und 15.7.4 BV). Für diese Risiken trägt der Betreiber zudem noch das Kalkulationsrisiko, da gegenüber der von ihm vor Vertragsbeginn vorzulegenden Finanzplanung eintretende Kostenveränderungen nicht zu einer Anpassung seiner Vergütungsansprüche führen, es sei denn, diese beruhen auf einer vom Auftraggeber initiierten oder von ihm genehmigten Leistungsänderung (vgl. insbesondere Ziffer 20.1.2 BV).
- Nach Ziffer 17.1 BV sind die Gesellschafter verpflichtet, alle im Businessplan bzw. dem Finanzmodell vorgesehenen Zahlungen und/oder sonstigen Leistungen an den Betreiber zu erbringen. Dies umfasste auch vorgesehene Zahlungen und Leistungen von verbundenen Unternehmen und betraf insbesondere die finanzielle und sonstige Ausstattung des Betreibers, die erforderlich war, um den Betrieb des Infrastrukturabgabenerhebungssystems in Gang zu setzen. Damit trugen die Gesellschafter mittelbar auch Kostensteigerungsrisiken aus der Errichtungsphase.
- Schließlich hatten der Betreiber und die Gesellschafter Haftungsrisiken zu tragen, die sich bereits während der Planungs- und Errichtungsphase auf bis zu 300 Mio. Euro und über die gesamte Vertragslaufzeit auf bis zu 800 Mio. Euro beliefen, vgl. hierzu Ziffer 17.2 BV (Zahlungsgarantie) in Verbindung mit Ziffern 31.1 BV (Haftung des Betreibers) und 31.2 BV (Haftung der Gesellschafter). Dieses Haftungsrisiko umfasst auch die Freistellung des Auftraggebers gegenüber Ansprüchen Dritter im Zusammenhang mit der Erhebung der Infrastrukturabgabe (vgl. Ziffer 31.5 BV).

Typischerweise steht der Übernahme von Risiken ökonomisch die Erwartung gegenüber, bei einem erfolgreichen Verlauf des Projekts über die Vertragslaufzeit eine angemessene Rendite erzielen zu können. Durch die Kündigung des Bundes aus ordnungspolitischen Gründen bereits zum Beginn der Vertragslaufzeit wurde dem Betreiber jedoch jede Chance genommen, aus dem Projekt entsprechende Erträge erzielen zu können, obwohl er bereits alle Projektrisiken vertraglich übernommen und die Kündigung nicht zu verantworten hatte.

Aus diesem Grund ist es sachgerecht, in solchen Fällen den Betreiber angemessen auch dafür zu entschädigen, dass sich die von ihm mit der Übernahme von Projektrisiken avisierten Chancen – aufgrund von Umständen, die außerhalb seines Einwirkungsbereiches liegen – nicht realisieren werden. Den Nachteilsausgleich allein auf die angefallenen Aufwendungen zu beziehen, wie dies die beiden Gutachten von Chatham und W2K vorschlagen, würde diesen Aspekt zu Unrecht ausblenden und wäre aus diesem Grund in entsprechenden Kündigungsszenarien daher auch nicht marktüblich.

⁸⁸ Dem Betreiber oblag die Finanzierung aller von ihm zu erbringenden Leistungen auf sein eigenes wirtschaftliches Risiko (vgl. Ziffer 16.1 BV). Insbesondere war der Betreiber verpflichtet, ein Gesamtsystem für die Erhebung der Infrastrukturabgabe von in- und ausländischen Nutzern der deutschen Fernstraßen zu errichten und dauerhaft zu betreiben.

Linklaters

3.2 Ermittlung des Bruttounternehmenswerts nach IDW S1

Nach Ziffer 30.5.4 BV ist für die Entschädigung des Betreibers infolge einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen nach Ziffer 26.3.4 v) BV der Bruttounternehmenswert des Betreibers maßgeblich (vgl. bereits Ziffer 1.3). Solch ein objektivierter Bruttounternehmenswert wird nach den Maßstäben des für Unternehmensbewertungen anerkannten Standards IDW S1 berechnet. Diese verlangen eine kritische und objektivierte Überprüfung der Risiko- und Ertragslage des Projektes zum jeweiligen Stichtag, hier also zum Zeitpunkt der Kündigung, in dem sich das Mautsystem noch in der Errichtungsphase befand. Das gutachterliche Bewertungsverfahren ist damit in besonderer Art und Weise geeignet, für die bereits getätigten Investitionen und übernommenen Risiken auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen eine angemessene Kompensation zu ermitteln.

3.2.1 Ermittlung des Bruttounternehmenswerts

Der Bruttounternehmenswert wird nach dem Discounted Cash Flow-Verfahren (DCF-Verfahren) unter Anwendung der Weighted Average Cost of Capital (WACC-Methode (= gewichtete durchschnittliche Eigen- und Fremdkapitalkosten) von einem neutralen Gutachter ermittelt.

Die Unternehmensbewertung basiert auf einer Ermittlung des Barwerts zukünftiger finanzieller Überschüsse. Der Unternehmenswert wird durch Diskontierung des Cash Flows ermittelt, also der Summe der Zahlungsströme, die den Kapitalgebern – Gesellschaftern und Fremdkapitalgebern – gemeinsam zur Verfügung ständen. Nach Anlage 28.4.1 zum BV, Teil A, Ziffer 8 ist bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts das Finanzmodell des Betreibers zugrunde zu legen. Es bildet damit die Ausgangsbasis für die Feststellung der erwarteten Cash Flows und ihrer Überprüfung durch den Gutachter. Das Finanzmodell war mit dem zweiten finalen Angebot einzureichen und war daher unter wettbewerblichen Bedingungen zu erarbeiten.

Der Bruttounternehmenswert ist abhängig vom Stichtag der Bewertung, hier dem Beendigungszeitpunkt des Vertrags. Die Anknüpfung an einen Bewertungsstichtag gewährleistet also eine flexible und realitätsnahe Bewertung des Unternehmens in Abhängigkeit vom jeweiligen Zeitpunkt der Kündigung. Dies ist schon deshalb der Fall, weil sich der gemäß IDW S1 zu bestimmende Bruttounternehmenswert während des Projektverlaufes signifikant verändert.

Während der Planungs- und Errichtungsphase steigt der Bruttounternehmenswert an, weil in diesem Zeitraum die erforderlichen Investitionen getätigt werden und der Unternehmenswert sukzessive geschaffen wird. Gleichzeitig verringert sich – sofern die Projektentwicklung planmäßig verläuft – das wertmindernde zu berücksichtigende Risiko etwa aufgrund von Projektverzögerungen oder sogar eines Scheiterns des Projekts aus vom Betreiber zu vertretenden Gründen. Seinen maximalen Wert hätte der Bruttounternehmenswert zum Beginn der Erhebung der Maut erreichen können. Zu diesem Zeitpunkt hätten alle Investitionen geleistet und die Risiken der Errichtungsphase überwunden sein können. Im Anschluss wäre der Bruttounternehmenswert dann während der Erhebungsphase wieder kontinuierlich abgesunken. Denn in diesem Zeitraum spiegelt der Wert nur noch die finanziellen Überschüsse wider, die aus den noch ausstehenden Vergütungszahlungen während der Betriebsphase resultieren.

Linklaters

(i) Berücksichtigung von Risiken bei der Bewertung

Bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts müssen alle zum Bewertungsstichtag vorhandenen projektbezogenen Chancen und Risiken bis zum Ende der Vertragslaufzeit angemessen berücksichtigt werden. Das der Bewertung zugrundeliegende Finanzmodell des Betreibers wird dabei grundsätzlich von einer störungsfreien Errichtungsphase und einem unterbrechungsfreien Betrieb ausgehen. Bei der Ermittlung eines objektivierten Bruttounternehmenswerts nach IDW S1 sind durch den Gutachter auch weitere Szenarien sowie damit verbundene Vertragsstrafen oder Haftungszahlungen wahrscheinlichkeitsgewichtet zu berücksichtigen. Der Gutachter hat im Rahmen seiner Plausibilisierung auch zu prüfen, ob in der vom Betreiber vorgelegten Planung und seinem Finanzmodell alle Risiken, die sich auf die zukünftigen Erträge auswirken können, sachgerecht abgebildet sind oder ob entsprechende Anpassungen erforderlich sind.⁸⁹ Die Berechnung der Kompensation erfolgt mithin also nicht auf der Grundlage subjektiver Risikowertungen des Betreibers, sondern diese sind durch den Gutachter kritisch zu hinterfragen, objektiviert anzupassen und bei Bedarf auch zu ergänzen.

Methodisch werden allgemeine, geschäftsmodellimmanente Risiken bei der Diskontierung durch einen Zuschlag auf den Kapitalisierungszins berücksichtigt. Die zu diskontierenden Cash Flows müssen bei der Ableitung des objektivierten Unternehmenswerts statistische Erwartungswerte darstellen, die die projektspezifischen Risiken berücksichtigen.⁹⁰ Um dies sicherzustellen, hat der neutrale Gutachter Plausibilitätsuntersuchungen durchzuführen und durch Adjustierungen zu gewährleisten, dass alle Risiken gemäß ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit im Cash Flow sachgerecht abgebildet werden können.⁹¹

(ii) Berücksichtigung projektbezogener Risiken

Im Rahmen seiner Bewertung hat der Gutachter nicht nur zu überprüfen, ob im bisherigen Projektverlauf bereits aufgetretene Risiken oder Risiken, für die sich die Eintrittswahrscheinlichkeiten verändert haben (etwa aufgrund von Verspätungen oder Schlechtleistungen etc.) eine Anpassung der prognostizierten Cash Flows im Finanzmodell des Betreibers verlangen.

Vielmehr hat er auch zu bewerten, ob unter Berücksichtigung der vertraglichen Regelungen des BV auch alle (noch zukünftigen) typischen, vertragsimmanenten Risiken im weiteren Ablauf des Projekts im Finanzmodell sachgerecht abgebildet wurden. Die Gewichtung solcher Risiken kann auf der Grundlage von Erfahrungswerten in vergleichbaren Maut- und Infrastrukturprojekten und der Häufigkeit, mit der sich vertragsimmanente Risiken dort tatsächlich realisiert haben, erfolgen. Die Berücksichtigung dieser Umstände führt zu einer wahrscheinlichkeitsgewichteten Berücksichtigung auch adverser Szenarien im ermittelten Bruttounternehmenswert. Dabei gilt: Je größer

⁸⁹ Vgl. IDW Praxishinweis 2/2017 „Beurteilung einer Unternehmensplanung bei Bewertung, Restrukturierungen, Due Diligence und Fairness Opinion“, Rn. 6, 53.

⁹⁰ Vgl. IDW Praxishinweis: Beurteilung einer Unternehmensplanung bei Bewertung, Restrukturierungen, Due Diligence und Fairness Opinion (IDW Praxishinweis 2/2017), Rz. 8, 53.

⁹¹ Vgl. IDW Praxishinweis: Beurteilung einer Unternehmensplanung bei Bewertung, Restrukturierungen, Due Diligence und Fairness Opinion (IDW Praxishinweis 2/2017), Rz. 53.

Linklaters

die Wahrscheinlichkeitsprognose für den Eintritt eines Risikos ist, desto höher ist der Risikoabschlag auf die Cash Flows.

Für den Betreibervertrag bedeutet dies konkret folgendes:

(a) Risiken in der Errichtungsphase

Typische Risiken der bei Kündigung noch nicht abgeschlossenen Errichtungsphase resultieren vor allem aus Verzögerungen und Kostenüberschreitungen.

Insofern wird zu überprüfen sein, ob im Finanzmodell des Betreibers beispielsweise Verzögerungsrisiken und damit verbundene Vertragsstrafen oder andere Kompensationen nach ihrem Erwartungswert ausreichend berücksichtigt worden sind. Nach unserer Kenntnis sind dort jedenfalls keine Vertragsstrafen angesetzt und wurde keine Vorsorge für weitere Haftungsrisiken getroffen. Der BV sieht für den Fall eines verzögerten Beginns der Erhebung bei einer zu späten Fertigstellung des Systems in Anlage 24.1 Part D zum BV vor, dass für jeden Tag des Verzugs durch den Betreiber bis zu 400.000 Euro Vertragsstrafe zu zahlen sind und er zudem für die Einnahmeausfälle des Auftraggebers haftet.

Kostenrisiken können sich zudem bei Verzögerungen durch zusätzlichen Personalbedarf oder weiteren Aufwand für Unterauftragnehmer materialisieren, da sich zum einen der Zeitraum verlängert, für den das für die Errichtung zuständige Personal benötigt wird und zum anderen für die Problemlösung mehr und oftmals höher qualifizierte und dadurch teurere Ressourcen benötigt werden.

In der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung wurde ermittelt, dass der Betreiber allein in der Errichtungsphase Kostenrisiken in Höhe von über 200 Mio. Euro brutto zu tragen hat. Sie entsprechen dem Wert aller nach dem Finanzmodell geplanten Investitionen des Betreibers. Der Gutachter wird ermitteln, in welchem Umfang sie auch bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts zu berücksichtigen sind und daher den Anspruch auf Kompensation reduzieren.

Überdies ist festzustellen, in welcher Höhe Anpassungen im Erwartungswert für die geschätzten Kosten vorgenommen werden müssen. Hierbei sind der aktuelle Projektstand und der Stand der Beauftragung der Unterauftragnehmer zu berücksichtigen, um zu bewerten, ob die Wahrscheinlichkeit einer Kostenüberschreitung nach dem bisherigen Projektverlauf höher als vor Projektbeginn anzusetzen ist.

(b) Risiken in der Betriebsphase

Auch für die Betriebsphase wurden dem Betreiber signifikante Kostenrisiken übertragen. Nach der Abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung belaufen sie sich auf jährlich rund 35 bis 40 Mio. Euro brutto.

Bei der Begutachtung werden im Erwartungswert zudem Risiken aus vereinbarten Vertragsstrafen und weiteren Haftungstatbeständen zu

Linklaters

berücksichtigen sein. Diese werden insbesondere durch Schlechtleistung und Systemausfälle ausgelöst. In Referenzprojekten konnten die Vertragsstrafen signifikante Anteile des Umsatzes umfassen und dementsprechend die finanziellen Überschüsse des Betreibers verringern.⁹² Nach unserem Verständnis wurde auch hierfür im Finanzmodell keine Vorsorge getroffen, so dass der Gutachter zu entscheiden haben wird, welche Anpassungen hier erforderlich werden.

(c) Berücksichtigung des tatsächlichen Projektstandes

Schließlich ist bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts naturgemäß auch der tatsächliche Projektstand zum Zeitpunkt der Kündigung zu berücksichtigen, damit tatsächliche Wahrscheinlichkeiten von Kostensteigerungen, Verzögerungen und dadurch verbundene Konsequenzen wie Vertragsstrafen und Haftungsfälle in den Erwartungswert eingehen können.

Nach unserer Kenntnis wurden insofern vom Bund bereits Verzögerungen bei der Erstellung der Feinplanungsdokumentation festgestellt. Auch die Umsetzung des Release 1 zum Plantermin Ende Juni 2019 im geplanten Umfang war nicht vollständig abgeschlossen. Weiterhin waren bereits Verzögerungen beim Abschluss von Verträgen, die zum Aufbau des Systems notwendig sind, aufgetreten. Es wäre auch nicht auszuschließen gewesen, dass es zu einer verspäteten Bereitstellung der (Test-)Umgebungen (einschließlich dem Problem der Standleitung beim KBA) gekommen wäre.

Der Gutachter wird auch die nach dem Projektstand zum Zeitpunkt der Kündigung bestehenden Risiken in die Ermittlung des Bruttounternehmenswerts miteinbeziehen.

3.2.2 Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten

Über die im Unternehmenswert berücksichtigten Risiken hinaus, muss sich der Betreiber ersparte Aufwendungen und anderweitige Erwerbsmöglichkeiten schadensmindernd anrechnen lassen.

Ziffer 30.5.4 BV bestimmt:

„[...] er [der Betreiber] muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen oder durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen (einschließlich der Verwendung in Verbundenen Unternehmen) erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen. [...]“

Mit dieser Bestimmung wird – in Anlehnung an die Bestimmungen in § 648 BGB – sichergestellt, dass die Betreiberparteien durch die Kündigung des BV durch den Auftraggeber wegen des Eintritts ordnungspolitischer Gründe nicht überkompensiert werden. Durch die zur Ermittlung des Bruttounternehmenswerts nachgelagerte und selbständige Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitiger Erwerbsmög-

⁹² Vgl. z.B. das LKW-Mautprojekt des Bundes, in dem der Betreiber u.a. Vertragsstrafen wegen verspäteter Inbetriebnahme und wegen Verspätung bei diversen Meilensteinen in dreistelliger Millionenhöhe verwirkte.

Linklaters

lichkeiten werden Szenarien erfasst, die im Rahmen der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts noch nicht schadensmindernd zu Gunsten des Bundes berücksichtigt wurden.

Ziffer 30.5.4 BV bezieht sich auf die Betreiberparteien, d.h. nicht nur auf den Betreiber, sondern insbesondere auch auf seine Gesellschafter.

(i) Vom Betreiber ersparte Aufwendungen

Der Bruttounternehmenswert ist zunächst um bestimmte, nach dem Finanzmodell geplante Aufwendungen des Betreibers zu reduzieren. Diese Reduzierung betrifft Aufwendungen im Zeitraum zwischen der Kündigung bzw. der Weisung des Auftraggebers, die Tätigkeiten auf die Abwicklung des Betreibers zu beschränken (21. Juni 2019) und dem Bewertungsstichtag (30. September 2019). Diese Aufwendungen wurden entgegen der Finanzplanung eingespart, was sich jedoch auf die Bestimmung des Bruttounternehmenswerts auf den 30. September 2019 nicht auswirkt, da diese nur Zahlungsströme nach diesem Datum berücksichtigt. Diese Reduzierung betrifft Aufwendungen in signifikanter Gesamthöhe.

(ii) Von den Gesellschaftern ersparte Aufwendungen

Bei den Gesellschaftern wären im Rahmen der Durchführung des BV Kosten für das Management des Betreibers angefallen, da es sich bei dem Betreiber um eine Projektgesellschaft handelt, in der typischerweise nicht externe Kosten der Sponsoren berücksichtigt sind. Anhaltspunkte für die Ermittlung der Höhe der eingesparten und dadurch vom Bruttounternehmenswert abzuziehenden Kosten können bspw. die Asset-Management-Kosten von Infrastrukturfonds oder vergleichbaren Unternehmen bilden.

Ersparte Aufwendungen resultieren auch aus geplanten, aber nicht mehr erforderlichen Investitionen auf Gesellschafterebene, um Leistungen der Gesellschafter im Zusammenhang mit dem Maut-Projekt zu erbringen. Gegebenenfalls entfallen auch Kosten für die Absicherung gegen eine originäre Haftung der Gesellschafter über die Übernahme einer Zahlungsgarantie für Zahlungspflichten des Betreibers gegenüber dem Auftraggeber gemäß Ziffer 17.2 BV hinaus. Die Gesellschafter haben überdies das Bankdarlehen des Betreibers durch Bankgarantien abgesichert. Durch die vorzeitige Beendigung des Kreditvertrags reduzieren sich die wirtschaftlichen Kosten der Gesellschafter für die Absicherung des Darlehens.

Schließlich sind anderweitige Erwerbsmöglichkeiten der Gesellschafter zum Abzug zu bringen, insbesondere die Möglichkeit, die für die Infrastrukturabgabe geschaffene Software oder weitere Entwicklungsarbeiten für Folgeprojekte nutzen zu können.

3.2.3 Zusammenfassung

Die Entschädigung auf der Grundlage des Bruttounternehmenswerts samt Anrechnung von ersparten Aufwendungen und anderweitigen Erwerbsmöglichkeiten bedingt damit auch bei einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit einen angemessenen und marktüblichen Ausgleich für die Investitionen des Betreibers und von ihm vertraglich übernommenen Risiken:

Linklaters

- Zu kompensieren sind dabei grundsätzlich Investitionen für die Planung und Errichtung des Mautsystems, die vom Betreiber vorfinanziert und erst über die gesamte Vertragslaufzeit hätten refinanziert werden können.
- Die Ermittlung eines objektivierten Bruttounternehmenswerts verlangt, wahr-scheinlichkeitsbasiert alle projektrelevanten Risiken, für die bislang keine Vorsorge getroffen wurde, durch entsprechende Abschläge in den Cash Flows zu berücksichtigen. Damit ist gewährleistet, dass im Rahmen der im BV angeordneten Unternehmensbewertung eine kritische und objektivier-te Überprüfung der Risiko- und Ertragslage des Projektes zum jeweiligen Stich-tag und damit auch zu einem Zeitpunkt, in dem das System sich noch in der Errichtungsphase befindet, vorgenommen wird.
- Die Berechnungsmethodik nach IDW S1 sowie die Anrechnung von erspar-ten Aufwendungen und anderweitigen Erwerbsmöglichkeiten verhindert zu-dem eine Überkompensation des Betreibers. Der Bruttounternehmenswert spiegelt damit eine faire und angemessene Entschädigung für die vom Be-treiber übernommenen substantiellen Haftungsrisiken und der infolge der Kündigung nicht mehr zur Verfügung stehenden Ertragschancen wider.

3.3 Abgrenzung zur Ermittlung des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB

Weder eine Ermittlung des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB noch andere zivilrecht-liche Modelle der Entschädigung sorgen für eine interessengerechtere oder angemesse-nere Lösung als eine Berechnung des Unternehmenswerts nach IDW S1. Aus diesem Grund war es sachgerecht, nicht allein auf zivilrechtliche Regelungen Bezug zu nehmen, sondern stattdessen im BV eine Kompensation auf der Grundlage des objektivierten Bruttounterneh-menswerts vorzusehen.

Die Berechnung des Bruttounternehmenswerts nach IDW S1 unterscheidet sich grundle-gend von der Berechnung bzw. Ermittlung des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB. Die nach zivilrechtlichen Maßstäben erfolgende Ermittlung des entgangenen Gewinns ist dogmatisch, methodisch und strukturell nicht mit der Unternehmenswertberechnung nach IDW S1 vergleichbar. Daher trifft auch die im Chatham-Gutachten vertretene Auffassung, wonach der Bund im Falle einer negativen EuGH-Entscheidung dem Betreiber den entgan-genen Gewinn über die restliche Vertragslaufzeit zu erstatten ihn damit quasi schadlos zu halten habe⁹³, gerade nicht zu.

Der Ersatz des entgangenen Gewinns wird tendenziell (und je nach Einzelfall deutlich) höher und damit für den Bund nachteiliger als der nach IDW S1 ermittelte Bruttounternehmenswert ausfallen. Dies ergibt sich aus den folgenden Erwägungen:

3.3.1 Vertragliche Sonderregelung

Gemäß Ziffer 30.5.4 BV haben sich die Parteien auch für die Ermittlung einer Ent-schädigung des Betreibers nach einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen nicht zivilrechtlichen Maßstäben unterworfen, sondern mit der Unternehmenswert-berechnung nach IDW S1 ein Sonderregime gewählt, dass einer gesamtheitlichen und standardisierten Berechnungsmethodik folgt, bei der der zivilrechtlich geprägte

⁹³ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 17; in die gleiche Richtung argumentierend: W2K-Gutachten, S. 34.

Linklaters

Terminus „entgangener Gewinn“ keine gesonderte Berechnungskomponente darstellt und als Begrifflichkeit daher auch keine Erwähnung findet.

3.3.2 Unterschiedlicher Prüfmaßstab und nicht vergleichbare Prüfmethodik

Dabei weicht der Prüfmaßstab und die Prüfmethodik der Berechnung des Unternehmenswerts nach IDW S1 wesentlich von der zivilrechtlichen Methodik zur Ermittlung des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB ab:

- Das Bewertungsverfahren nach IDW S1 wird von einem unabhängigen Gutachter vorgenommen, der sich bei der Berechnung ausschließlich den Maßstäben des IDW aus Sicht eines objektiven Betrachters verpflichtet sieht.
- Im Gegensatz dazu müsste ein Schiedsgericht, sollte eine Einigung zwischen den Vertragsparteien nicht gelingen, bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände entscheiden, ob ein Gewinn entgangen ist und wie hoch er ist. Die Norm dehnt das richterliche Ermessen für die Feststellung der Schadenshöhe über die Schranken des § 286 ZPO aus. Die zivilrechtliche Ermittlung des entgangenen Gewinns hängt maßgeblich vom Parteivortrag – in erster Linie von den seitens des Geschädigten vorgetragenen Anknüpfungstatsachen – und der darauf fußenden schiedsgerichtlichen Wahrscheinlichkeitsprognose ab. Insgesamt nimmt das Gesetz in Kauf, dass das Ergebnis dieser Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt.⁹⁴
- Nach zivilrechtlichen Maßstäben kommt dem Geschädigten die Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB zugute. Es wird gesetzlich widerleglich vermutet, dass dem Geschädigten tatsächlich ein Gewinn entgangen ist. Diese Vermutung muss der Schädiger nach zivilprozessualen Maßstäben widerlegen. Beruft sich der Schädiger darauf, dass entgegen dem gewöhnlichen Lauf der Dinge kein oder nur ein geringerer Gewinn angefallen wäre, so trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Angesichts der erheblichen Anforderungen an einen solchen Gegenbeweis trifft den Schädiger ein hohes Risiko, dass dieser misslingt.
- Während die Berechnung nach IDW S1 standardmäßig Risikokorrekturen und Diskontierungen vornimmt, die mittels Risikozuschlägen auf den Kapitalisierungszins zugunsten des Bundes Eingang in die Berechnung finden (s.o.), wird für die Ermittlung eines entgangenen Gewinns nach § 252 Satz 2 BGB auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abgestellt. Standardisierte Risikokorrekturen werden im Rahmen des § 252 BGB bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns nicht automatisch vorgenommen.
- Gemäß § 252 BGB mindern nur solche Risikofaktoren den entgangenen Gewinn, deren Eintritt der Schädiger (der Bund) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen vermag.⁹⁵ Da die Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB jedenfalls über die des Anscheinsbeweises hinausgeht,

⁹⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 28. September 2012 – 10 AZR 370/10 = NJW 2013, 331 (332).

⁹⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2014 – VI ZR 340/13 = NJW-RR 2014, 1147 (1148); Prütting, in: MÜKo-ZPO, 5. Aufl. 2016, § 287 Rn. 17; OLG Köln, Urteil vom 28. Mai 2003 – 5 U 77/01 = VersR 2004, 247 (247); Die Rechtsprechung spricht von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wenn der Nichteintritt des Gewinns wahrscheinlicher ist als der Eintritt des Gewinns.

Linklaters

ist dieser Gegenbeweis indes nicht schon dann geführt, wenn lediglich die „*ernsthafte Möglichkeit*“ besteht, dass der Gewinn nicht gemacht worden wäre.⁹⁶ Der Schädiger muss zur Überzeugung des Schiedsgerichts darlegen und beweisen, dass der Eintritt des Risikos (z.B. Verspätung) wahrscheinlicher ist als der Nichteintritt (> 50 %). Daraus folgt, dass im Rahmen der Ermittlung des entgangenen Gewinns sämtliche Risikofaktoren unberücksichtigt bleiben werden, für die der Schädiger nicht durch seinen unter Beweis gestellten Vortrag und nach der Überzeugung des Schiedsgerichts diese Wahrscheinlichkeitsschwelle überschreitet.

- Die Berechnung nach IDW S1 erfolgt zukunftsbezogen zum Kündigungstichtag. Für die Bewertung des Gutachters sind daher grundsätzlich nur Ereignisse und Erkenntnisse relevant, soweit sie zum Kündigungstichtag bekannt und kausal verursacht wurden. Dagegen fehlen im Schadensrecht ausdrückliche gesetzliche Vorgaben zum Bewertungstichtag, so dass im Rahmen der Ermittlung des entgangenen Gewinns auch künftige Ereignisse berücksichtigt werden und die Entschädigungshöhe nicht unerheblich beeinträchtigen können. Die Berechnung nach IDW S1 ist insoweit verlässlicher, weil stichtagsbezogen.

Solche Nachteile bei der Berechnung des Schadens nach den gesetzlichen Bestimmungen werden vermieden, indem die entsprechende Kompensation auf Grundlage von IDW S1 ermittelt wird. Durch die nicht vergleichbare Herangehensweise bei der Schadensberechnung liegt es auf der Hand, dass die unterschiedlichen Prüfansätze auch zu unterschiedlichen und damit nicht vergleichbaren Ergebnissen führen, wobei der nach zivilrechtlichen Maßstäben ermittelte entgangene Gewinn tendenziell (und je nach Einzelfall deutlich) höher sein wird, als der nach IDW S1 ermittelte Bruttounternehmenswert.

3.4 Keine anderen geeigneten zivilrechtlichen Maßstäbe

Auch andere zivilrechtliche Modelle der Entschädigung wären nicht zu sachgerechteren und angemesseneren Lösungen als eine Berechnung des Unternehmenswerts nach IDW S1 gekommen.

3.4.1 Negatives Interesse

Ein bloßer Ersatz von Angebotskosten (negatives Interesse) wäre zur Entschädigung von entgangenen Chancen und Risiken des Betreibers weder geeignet noch angemessen. Die gesetzlich geregelten Konstellationen, in denen der Vertragspartner lediglich den Ersatz des negativen Interesses verlangen kann, sind mit der hiesigen Konstellation nicht vergleichbar⁹⁷:

Neben den in §§ 122 und 179 Abs. 2 BGB klar umrissenen Fällen ist das negative Interesse nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB zu ersetzen, wenn eine Partei die Vertragsverhandlungen in einer unlauteren Weise (z.B. bei Vortäuschung einer tatsächlich nicht bestehenden Abschlussbereitschaft) abbricht und hierdurch das berechtigte Vertrauen der anderen Partei auf das Zustandekommen des Vertrags enttäuscht. Auch im Vergaberecht hat der öffentliche Auftraggeber das negative Interesse zu ersetzen, wenn er gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende

⁹⁶ Vgl. Oetker, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 252 Rn. 40; Schiemann, in: Staudinger, Neubearbeitung 2017, § 252 Rn. 18.

⁹⁷ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 4, wonach lediglich der Ausgleich des negativen Interesses üblich und angemessen sei.

Linklaters

Vorschrift verstoßen hat, und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu bekommen. So muss der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die jeweils für die Angebotserstellung angefallenen Bieterkosten ersetzen, wenn der Auftraggeber ein laufendes Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt.⁹⁸

Im vorliegenden Fall wäre eine Gleichsetzung der Interessenlage des Bundes und des Betreibers mit den oben beschriebenen Erwägungen durch den Ersatz des Vertrauensschadens nicht vergleichbar und aus folgenden Gründen auch nicht sachgerecht:

- Der hiesige Sachverhalt ist mit den in §§ 122 und 179 BGB erfassten Fällen einer Willens- und Vertretungsmangelsituation nicht zu vergleichen. Vorliegend schlossen der Bund und der Betreiber einen rechtswirksamen Vertrag ab, der bis zum Zeitpunkt der Kündigung des Auftraggebers von den Parteien bereits tatsächlich durchgeführt wurde.
- Mit der Zuschlagserteilung wurde das Vergabeverfahren BV abgeschlossen, sodass ein Rückgriff auf vergaberechtliche Schadensersatzansprüche rechtlich nicht mehr sachgerecht wäre.
- Würde der Bund hier dem Betreiber lediglich die Angebotserstellungskosten ersetzen, ohne eine darüber hinausgehende Entschädigung zu zahlen, würde der Bund unter anderem alle nach Vertragsschluss getätigten Investitionen und alle vertraglich übernommenen Risiken und Verpflichtungen aus der Berechnung einer Kompensation ausblenden. Offensichtlich wäre dies kein angemessener Ausgleich und wäre damit im Vergabeverfahren von den Bietern auch nicht akzeptiert worden (vgl. Ziffer 2.2.2).

3.4.2 Entschädigung nach dem Werkvertragsrecht

Auch die an der hiesigen Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen angelegten werkvertraglichen Kündigungsfolgen aus § 648 BGB führten für den Bund zu keiner vorteilhafteren Rechtsfolge.

Wie bereits unter Ziffer 2.3.2 dargestellt, soll der Auftragnehmer im Fall einer freien Kündigung des Auftraggebers nach § 648 BGB so stehen, wie er bei Erfüllung des Vertrags gestanden hätte (wirtschaftlich betrachtet: positives Interesse).

Solch eine Entschädigung wird anhand der vertraglich vereinbarten Vergütung berechnet. Diese deckt Wagnis/Gewinn des Auftragnehmers sowie seine allgemeinen Geschäftskosten ab und zwar in der Gestalt, in der der Auftragnehmer diese bei Projektbeginn kalkulatorisch ansetzte. Andere projektimmanente Aspekte (z.B. Terminrisiken, Risiko einer Schlechtleistung, etc.) werden bei der Kompensationsberechnung nicht berücksichtigt, vorausgesetzt, das entsprechende Risiko hat sich bisher im Projektverlauf nicht realisiert.

Daher könnten im späteren Projektverlauf denkbare Projektrisiken anders als bei der Unternehmensbewertung nach IDW S1 nicht ausreichend berücksichtigt werden. Eventuelle Korrekturen der vom Auftraggeber geschuldeten Entschädigung über

⁹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2007 – X ZR 18/07; BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 – X ZR 143/10; LG Köln, Urteil vom 7. November 2017 – 33 O 192/16; VK Südbayern, Beschluss vom 22. Mai 2015 – Z3-3-3194-1-63-12/14.

Linklaters

z.B. Risikoaufläge auf künftige Entwicklungen sieht das Werkvertragsrecht nicht vor.

3.5 Entschädigungsregime des Vertrags Automatische Kontrolle

Während der Betreibervertrag im Falle der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen gemäß Ziffern 26.3.4 v), 30.5.4 BV eine Entschädigung (Schadensersatz) in Höhe des Bruttounternehmenswerts vorsieht, knüpft der Vertrag Automatische Kontrolle für Zwecke der Entschädigung des Auftragnehmers an die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen des Auftragnehmers an. Eine – vom Chatham-Gutachten angedachte⁹⁹ – Übernahme dieses Entschädigungsregimes im BV kam indes nicht in Frage. Der Vertrag Automatische Kontrolle weicht hinsichtlich seiner Vertragsstruktur, den maßgeblichen vertraglichen Pflichten und Leistungen sowie seinem Risikoprofil grundlegend vom Betreibervertrag ab.

3.5.1 Unterschiedliche Regelung der Kündigungsfolgen

Der Vertrag Automatische Kontrolle enthält zur Vertragslaufzeit, zum Ausschluss der ordentlichen Kündigung während der Vertragslaufzeit sowie zur außerordentlichen Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen den Bestimmungen des BV vergleichbare Regelungen. Hinsichtlich der Kündigungsfolgen wurden jedoch eigenständige Regelungen vereinbart:

Ziffer 33.4.1 Vertrag Automatische Kontrolle bestimmt:

„Im Falle der Beendigung dieses Vertrages, insbesondere im Falle der Kündigung dieses Vertrages aus wichtigem Grund (einschließlich aufgrund Höherer Gewalt) sowie der Erklärung der Kündigung dieses Vertrages aus wichtigem Grund mit der Folge, dass im Nachhinein festgestellt wird, dass ein wichtiger Grund nicht vorlag oder die Kündigung aus anderen Gründen unwirksam war, richten sich eventuelle Ansprüche der Parteien, sofern sie nicht in diesem Vertrag gesondert geregelt sind, nach den gesetzlichen Vorschriften.“

Sonderregelungen sind insbesondere für den Fall einer außerordentlichen Kündigung durch den Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen vor Abschluss der Phasen 1 (Planung und Konzeptionierung) und 2 (Beschaffung, Errichtung und Inbetriebnahme) von Ziffer 33.4.2a) Vertrag Automatische Kontrolle umfasst. Dieser Fall ist vorliegend relevant, da der Auftraggeber den Vertrag Automatische Kontrolle vor Freigabe der Spezifikationsdokumente und damit in Phase 1 (vgl. Ziffer 6.4.5 Vertrag Automatische Kontrolle) gekündigt hat.

Für diesen Fall sieht Ziffer 33.4.2a) Vertrag Automatische Kontrolle einen die folgenden Komponenten umfassenden Zahlungsanspruch des Auftragnehmers vor:

- Einen Anteil an der über die ordentliche Laufzeit geschuldeten Festen Vergütung I (d.h. der Vergütung des Auftragnehmers zur Abgeltung der Eigentumsverschaffung und der Einräumung von Rechten am automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystem), der dem Anteil der zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung bereits vorliegenden Errichtungsstand entspricht, aber nur Zug um Zug gegen Übereignung der bereits errichteten bzw. beschafften Gegenstände.

⁹⁹ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 17 f.

Linklaters

- Dieser Anspruch erhöht sich um vom Auftragnehmer nachgewiesene sogenannte „breakage costs“ in marktüblicher Höhe (z.B. Vorfälligkeitsentschädigungen oder Ansprüche von Unterauftragnehmern aufgrund der vorzeitigen Beendigung) und
- vermindert sich um sogenannte „breakage gains“ und andere Ansprüche des Auftragnehmers im Zusammenhang mit der Kündigung, z.B. gegen Versicherungen, sowie abzüglich ersparter Aufwendungen.

3.5.2 Abweichendes Risikoprofil zum Betreibervertrag

Der Vertrag Automatische Kontrolle weicht nach seiner Vertragsstruktur und dem damit verbundenen Risikoprofil in wesentlichen Gesichtspunkten vom BV ab. Dies rechtfertigt ein vom BV abweichend gestaltetes Entschädigungsregime für den Fall der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen.

Auf Basis des BV gingen die Vertragsparteien eine umfangreiche öffentlich-private Partnerschaft ein, in dessen Rahmen der Betreiber das Mautsystem zu entwickeln, zu errichten und für die Dauer von 12 Jahren zu betreiben hatte. Dabei wurden auf den Betreiber umfangreiche wirtschaftliche Errichtungs- und Betriebsrisiken verlagert, die der Betreiber auf sein Risiko vorfinanzieren musste. Erst ab der Inbetriebnahme hätte sich die Investition des Betreibers über die Gesamtlaufzeit während des ordentlichen Betriebs des Mautsystems amortisiert. Die Inbetriebnahme war Vorbedingung für das return on investment des Betreibers im Rahmen der Kooperation mit dem Bund. An diesem Risikoprofil hatte sich die Entschädigung wie oben beschrieben auszurichten.

Der Vertrag Automatische Kontrolle hat dagegen keine ÖPP-Struktur zum Gegenstand, vielmehr entspricht er im Grundsatz dem gesetzlichen Leitbild eines Werkvertrags mit Erstellungs-, Lieferungs- und Übereignungspflichten des Werkunternehmers. Der Auftragnehmer war danach verpflichtet, die zur automatischen Überwachung der ordnungsgemäßen Infrastrukturabgabentrachtung erforderliche technische Lösung (d.h. insbesondere Kameras zur Erfassung von Kraftfahrzeugen und Rechte an Software zu deren Betrieb) spätestens mit der Inbetriebnahme der technischen Lösung gegen die sogenannte Feste Vergütung I gemäß Ziffer 25.2.1 Vertrag Automatische Kontrolle an den Bund zu übertragen. Betriebsleistungen standen – anders als im BV – demgegenüber im Hintergrund und sind allenfalls als nachgelagerte Nebenpflicht zu qualifizieren. Die wesentliche Hauptleistungspflicht des Werkunternehmers ist mit der Fertigstellung des Werks erbracht. Im Grundsatz hat er dann einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen, etwa auf Zahlungen entsprechend dem Baufortschritt, gemäß § 632a BGB. Nichts anderes wurde im Vertrag Automatische Kontrolle umgesetzt.

Besonders deutlich zeigen sich die unterschiedlichen Vertragsstrukturen an der Verteilung der Finanzierungsrisiken: Während der Betreiber seine Errichtungskosten in dreistelliger Millionenhöhe gemäß dem Betreibervertrag vorfinanzieren musste und auf die volle Laufzeit des Betreibervertrages angewiesen war, um diese wieder zu refinanzieren, traf den Auftragnehmer unter dem Vertrag Automatische Kontrolle ein deutlich geringeres Finanzierungsrisiko. Selbst im Falle einer frühen Kündigung des Bundes hat er Anspruch auf eine Vergütung, die abhängig ist vom jeweiligen Errichtungsstand. Daher waren beim Vertrag Automatische Kontrolle im Vergleich zum BV

Linklaters

keine oder allenfalls geringe Vorfinanzierungen erforderlich (vgl. zum BV Ziffer 2.1.1).

Die insofern andere Struktur des Vertrags Automatische Kontrolle rechtfertigte es, für den Fall einer Beendigung des Vertrags Automatische Kontrolle aus ordnungspolitischen Gründen eine – von den Regelungen des BV abweichende – Regelung zu treffen.

3.6 Alternative Vertragsgestaltungen weder sinnvoll noch erforderlich

Die Gutachten Chatham und W2K versuchen Möglichkeiten alternativer Vertragsgestaltung aufzuzeigen, die eine Beendigung des BV durch den Auftraggeber im Falle der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen „ohne derart gravierende Kostenfolge“ erlaubt hätten.¹⁰⁰ Sie wären weder zu verhandeln gewesen, noch hätten sie zu einer angemessenen Kündigungsfolgenregelung geführt.

Eine vom Entschädigungsregime im Falle der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen abweichende Sonderregelung oder alternative Vertragsgestaltung, im Sinne einer für den Bund „milderen“ Kündigungsfolge, wäre bei den Bietern jedoch nicht durchsetzbar gewesen. Sie wäre weder marktüblich noch angemessen gewesen, was den Bietern als erfahrene Investoren auch bekannt war. Die Bieter haben während den Vertragsverhandlungen daher hinlänglich deutlich gemacht, dass sie eine Kündigung des Auftraggebers aus ordnungspolitischen Gründen, die weder von ihnen zu vertreten noch zu beherrschen waren, ohne angemessene Entschädigung nicht akzeptieren werden. Sie verlangten eine volle und konkret bestimmbare Entschädigung, die für diesen Fall zu erfolgen habe (vgl. Ziffer Teil II, 2.2.2).¹⁰¹

Auch alternative Vorschläge von Chatham, die Leistungen nicht insgesamt zu vergeben, sondern die Erbringung erster Teilleistungen als Eigenleistung oder aber durch Verträge mit begrenztem Leistungsumfang auszugestalten¹⁰², überzeugen nicht. Dies hätten bereits im Ausgangspunkt die hier gewählte Struktur eines ÖPP-Vertrags zerstört, die insbesondere eine weitgehende Übernahme der Betreiberisiken durch den Auftragnehmer anstrebte und eine Aufteilung in Teilleistungen daher gerade verhindern wollte. Darüber hinaus bleibt unklar, welche Teilleistungen überhaupt hätten erbracht werden können, ohne von der EuGH-Entscheidung betroffen zu sein. Schließlich hätte solch ein Vorgehen zahlreiche vergaberechtliche Vorgaben, insbesondere die gesonderte Ausschreibung entsprechender Teilleistungen an Dritte, zu beachten gehabt und die Realisierung des Projektes daher erheblich verzögert.

Das gilt schließlich auch für den Vorschlag, den Zuschlag unter eine „aufschiebende Bedingung“ zu stellen, dass der EuGH nicht zu Lasten des Bundes entscheidet. Neben den damit verbundenen vergaberechtlichen Problemen hätte dies den Projektbeginn ähnlich wie eine Aussetzung des Vergabeverfahrens deutlich verzögert. Darauf aber musste sich der Bund nicht einlassen (vgl. sogleich Ziffer 5).

4 Rechtliche Angemessenheit der Entschädigungsregelung auch im Übrigen

Die Entschädigungsregelung im Falle der Kündigung des Auftraggebers aus ordnungspolitischen Gründen erweist sich auch nach beihilferechtlichen und haushaltsrechtlichen Maßstäben als angemessen. Als eine unter den Vertragsparteien vereinbarte angemessene und

¹⁰⁰ Vgl. Chatham, S. 24 f; W2K-Gutachten, S. 36.

¹⁰¹ Vgl. Protokoll – Verhandlung mit Bieter A – Verhandlungstag 4, S 4.

¹⁰² Vgl. Chatham-Gutachten, S. 24.

Linklaters

marktübliche vertragliche Entschädigungsregelung widerspricht sie weder beihilferechtlichen noch haushaltsrechtlichen Regelungen.

4.1 Kein Verstoß gegen das europäische Beihilferecht

Eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verbotene staatliche Beihilfe liegt nach der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission dann nicht vor, wenn die von einer staatlichen Stelle durchgeführte wirtschaftliche Transaktion zu normalen Marktbedingungen vorgenommen wird und somit der Gegenseite keinen Vorteil verschafft.¹⁰³

Das ist für den BV schon deshalb der Fall, weil die vereinbarten Kündigungs- und Entschädigungsregelungen marktüblich sind und allgemeinen zivilrechtlichen Standards folgen, die auch zwischen privaten Vertragspartnern angewendet werden. Zudem ging dem Abschluss des BV ein wettbewerbliches Vergabeverfahren voraus, auf dessen Grundlage der Zuschlag auf das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot erteilt wurde.¹⁰⁴ Im Einzelnen:

4.1.1 Kündigungs- und Entschädigungsregelung ist marktkonform

Eine Transaktion mit staatlicher Beteiligung kann anhand der Bedingungen auf ihre Marktkonformität geprüft werden, zu denen vergleichbare Transaktionen auf dem Markt vorgenommen wurden.¹⁰⁵ Nach diesen Maßstäben ist die in den BV aufgenommene Kündigungs- und Entschädigungsregelung marktkonform, denn sie greift eine Risikoverteilung auf, die Marktstandards und allgemeinen zivilrechtlichen Leitbildern entspricht (vgl. hierzu ausführlich bereits Ziffern 2.1 bis 2.4). Eine beihilferelevante Begünstigung des Betreibers scheidet damit aus:

Es ist bereits aufgezeigt worden, dass die Risikoübernahme durch den Bund dem allgemeinen Grundsatz einer vertraglichen Risikoallokation nach Verantwortungsbe-
reichen entspricht. Denn nur der Bund ist für die Schaffung des normativen Rahmens für die Projektumsetzung verantwortlich; entsprechend hat auch er die daraus folgenden Risiken zu tragen. Belegt wird diese Wertung durch den Vergleich mit nationalen und internationalen ÖPP- und Infrastrukturprojekten. Auch dort wird das Risiko von Änderungen der rechtlichen bzw. politischen Rahmenbedingungen, einschließlich nachteiliger Gerichtsentscheidungen, typischerweise dem (staatlichen) Auftraggeber zugewiesen. Damit folgen die ÖPP-Projekte letztlich den gesetzlichen Leitbildern: Sowohl nach dem Werkvertragsrecht als auch nach dem allgemeinen Schuldrecht ist der Auftragnehmer zu entschädigen, wenn der Vertrag aufgrund eines dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzurechnenden Umstands gekündigt wird.

Die Entschädigungsregelung im BV bewegt sich demnach in einem marktüblichen Rahmen und verschafft dem Betreiber keine spezifische Begünstigung. Vielmehr wird der Betreiber (nur) für jene Nachteile kompensiert, die ihm dadurch entstehen, dass ein von der Gegenseite vertraglich übernommenes Risiko eintritt. Eine beihilferechtliche Korrektur dieses Ergebnisses ist schon deshalb nicht angezeigt, weil

¹⁰³ Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, ABL EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 74; speziell für Infrastrukturbetreiber siehe auch Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, ABL EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 223.

¹⁰⁴ Die im Hinblick auf das Kündigungsregime geäußerten beihilferechtlichen Bedenken (mangelnde Marktüblichkeit bzw. Gewähren eines Sondervorteils an den Betreiber in den Gutachten Chatham (S. 25f.) und W2K (S. 37) treffen demnach nicht zu.

¹⁰⁵ Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, ABL EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 74; speziell für Infrastrukturbetreiber siehe auch Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, ABL EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 97.

Linklaters

dies die ausverhandelte und zugleich allgemeinen Grundsätzen entsprechende Risikoverteilung zwischen den Parteien nachträglich aufheben würde. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nach der Kündigungs- und Entschädigungsregelung die Entschädigung auf Grundlage eines fairen und objektiven Bewertungsverfahrens nach IDW S1 ermittelt werden soll. Im Rahmen einer solchen Berechnung werden auch vertrags- und projektimmanente Risiken berücksichtigt, die zu deutlichen Risikoabschlägen im Unternehmenswert führen können. Es ist somit eine Bewertungsmethode vereinbart worden, die eine Überkompensation des Betreibers bereits im Ausgangspunkt vermeiden soll. Dies gilt auch im Vergleich zu den gesetzlichen Leitbildern, an denen sich die Rechtsfolgen der Kündigung nach dem BV anlehnen, die aber zu Gunsten des Bundes durch die Berechnung der Entschädigung nach den Grundsätzen des IDW S1 im BV modifiziert wurden. Nach rein zivilrechtlichen Maßstäben wird dabei auch der Ersatz des entgangenen Gewinns zugelassen, der hier tendenziell sogar zu einem höheren Schadensersatz als die vom Bund vereinbarte Entschädigungsregelung hätte führen können (vgl. hierzu ausführlich unter Ziffer 3.3). Auch dies zeigt, dass eine beihilferechtlich relevante Begünstigung des Betreibers vorliegend ausgeschlossen ist.

4.1.2 Regelungen wurden in einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren ermittelt

Nach den beihilferechtlichen Vorgaben entspricht eine Transaktion im Übrigen auch dann Marktbedingungen, wenn sie sich als wettbewerbliches, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren ausgestaltet und in einem solchen Verfahren das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt wird.¹⁰⁶ Dies war im Vergabeverfahren BV der Fall, denn der ausgewählte Bieter hatte nach Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens das wirtschaftlich attraktivste Angebot abgegeben.

Das Kündigungs- und Entschädigungsregelung wurde dabei bereits im Vorfeld der letztverbindlichen Angebotsabgabe in den Entwurf des Betreibervertrags aufgenommen, sie lag der Angebotskalkulation der Bieter somit als Bedingung zugrunde, die dann bei der Erarbeitung des Angebots von allen Bietern zu beachten war. Die Regelung ist allerdings im Zuge von Verhandlungen mit den Bietern entwickelt worden und somit in einem fairen, wettbewerblichen Verfahren entstanden; eine Begünstigung des ausgewählten Bieters liegt demnach nicht vor. Im Einzelnen:

- Die Ausschreibung wurde europaweit im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht (vgl. Ziffer 2.2). Damit stand allen potenziell Interessierten die Möglichkeit offen, sich um die ausgeschriebene Dienstleistung zu bewerben.¹⁰⁷

Das Vergabeverfahren war als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach § 17 VgV ausgestaltet. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens schränkt den Wettbewerb zwar im Vergleich zu einem offenen Verfahren ein: Es ermöglicht eine Eingrenzung des Bieterkreises (typischerweise auf drei bis vier) und bietet seinem Charakter nach Raum für

¹⁰⁶ Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 74; speziell für Infrastrukturbetreiber siehe auch Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 89-96.

¹⁰⁷ Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 74; speziell für Infrastrukturbetreiber siehe auch Bekanntmachung zum Beihilfegriff, ABl. EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 89.

Linklaters

Verhandlungen über den Auftragsgegenstand. Entsprechend darf das Verhandlungsverfahren nach den Vergaberechtsnormen (§ 14 Abs. 3 VgV) nur unter bestimmten Voraussetzungen – insbesondere bei komplexen Auftragsgegenständen oder solchen, die individuell zugeschnittene Lösungen erfordern – genutzt werden. Wenn aufgrund des Auftragsgegenstands aber – wie vorliegend im Vergabeverfahren BV – die Wahl des Verhandlungsverfahrens gerechtfertigt ist, ist dieses grundsätzlich auch zum Nachweis der Beihilfefreiheit des vergebenen Auftrags geeignet.¹⁰⁸ Besonderheiten, die sich aufgrund des gewählten Verfahrens ergeben, wie insbesondere die Möglichkeit, mit den Bietern den Auftrag in gewissem Umfang aushandeln und gestalten zu können, sind dann bei der beihilferechtlichen Bewertung des abgeschlossenen Vertrags entsprechend mit zu berücksichtigen.¹⁰⁹

- Die Kündigungs- und Entschädigungsregelung wurde im Rahmen der Verhandlungen mit den ausgewählten vier Bietern in seiner jetzigen Form in den BV aufgenommen, ihre Ausgestaltung ist damit wettbewerblich ermittelt worden. Ein sukzessives Aushandeln des Auftrags ist in einem Verhandlungsverfahren zulässig. Der Auftraggeber darf nach den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben über den gesamten Angebotsinhalt mit Ausnahme der in den Vergabeunterlagen genannten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien verhandeln (vgl. § 17 Abs. 10 VgV bzw. Art. 29 Abs. 3 EU-Richtlinie (EU) Nr. 2014/24). So war es auch im Vergabeverfahren BV: Der BV wurde zunächst in den Vergabeunterlagen als Entwurf des Auftraggebers vorgestellt und ist dann in den Verhandlungen unter Berücksichtigung der Verhandlungsvorschläge der Bieter fortentwickelt worden. Gerade bei der Vergabe komplexer, langjähriger ÖPP-Projekte ist es Ziel und Gegenstand der Verhandlungen, eine dem Auftragsgegenstand angemessene Risikoallokation zwischen Staat und Privatem auszuhandeln, um auf diese Weise die Wirtschaftlichkeit des Projekts optimieren zu können.

Die Frage der Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen und einer entsprechenden Entschädigung war dabei Gegenstand intensiver Verhandlungen mit allen vier Bietergemeinschaften. Die Bieter hatten insoweit deutlich gemacht, dass sie die in den Vergabeunterlagen von der Vergabestelle zunächst vorgeschlagenen Entschädigungsregelungen für inakzeptabel hielten und der Auftraggeber ohne eine entsprechende Korrektur nicht mit der Abgabe von finalen Angeboten rechnen konnte (vgl. Ziffer 2.2.2). Die Regelung wurde dann im Anschluss an die Verhandlungen überarbeitet und im Vorfeld der Aufforderung zur Abgabe des Finalen Angebots in den BV eingeführt. Mit diesem Vorgehen wurde auch keinem einzelnen Bieter ein besonderer Vorteil eingeräumt. Vielmehr sollte die Regelung allen Bietern eine angemessene Grundlage schaffen, ein wirtschaftliches und zuschlagsfähiges Angebot abzugeben.

- Die Entschädigungsregelung war somit bereits vor der entsprechenden Angebotsabgabe in das Verfahren eingeführt worden, sie konnte von allen Bietern gleichermaßen berücksichtigt werden. Der Umstand, dass letztlich nur

¹⁰⁸ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 10. Dezember 2018, Staatliche Beihilfe N110/2008, *JadeWeserPort*, Rn. 72 ff.; Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU vom 19. Juli 2016, C 262/1, Rn. 93.

¹⁰⁹ Vgl. State aid No N 264/2002 – United Kingdom London Underground Public Private Partnership, Entscheidung der Kommission vom 2. Oktober 2002, Rn. 87-89.

Linklaters

der ausgewählte Bieter ein finales und bindendes Angebot (BAFO) abgegeben hat, stellt die Wettbewerbslichkeit des Verfahrens nicht in Frage. Sie ist bereits dann gesichert, wenn Angebote in der Erwartung abgegeben werden, dass sie im Wettbewerb mit anderen Bietern erarbeitet wurden. Dies war vorliegend der Fall. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dem ausgewählten Bieter offengelegt wurde, dass allein er im Verfahren verblieben war. Dies wäre auch mit dem im Vergaberecht herrschenden Grundsatz des Geheimwettbewerbs nicht vereinbar gewesen. Der Zuschlag auf sein Angebot und die damit verbundenen Vertragsregelungen waren daher auch aus diesem Grund beihilfefrei.

4.2 Kein Verstoß gegen das Haushaltsrecht

Das im BV verwendete Kündigungsregime genügt auch den haushaltsrechtlichen Maßstäben, die an einen Vertragsschluss der öffentlichen Hand gestellt werden:

Unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten hat der Bund beim Abschluss von Verträgen insbesondere die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten und dabei im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 2 Satz 1, 2 BHO). Eine entsprechende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung hat das BMVI durchgeführt. Aber auch im Übrigen hat der Bund die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit hinreichend beachtet: Dies folgt schon daraus, dass die im BV vereinbarte Kündigungs- und Entschädigungsregelung bereits nach zivilrechtlichen Maßstäben üblich und angemessen ist. Zum anderen wurde die Regelung in einem wettbewerblichen Verfahren verhandelt, auf dessen Grundlage das wirtschaftlich attraktivste Angebot ausgewählt wurde (vgl. Ziffer 2.2); dies genügt grundsätzlich auch für den haushälterischen Nachweis der Wirtschaftlichkeit (vgl. nur § 55 BHO).

Darüber hinaus ist auf Folgendes hinzuweisen: Die aus der Vertragsanwendung möglicherweise resultierenden Belastungen für den Bundeshaushalt (z.B. in Gestalt von Entschädigungszahlungen an den Betreiber) sind von dem vorhandenen Budgetrahmen¹¹⁰ abgedeckt und bedurften keiner eigenständigen haushaltsrechtlichen Ermächtigung. Im Übrigen musste der Bund angesichts des Prozessverlaufs vor dem EuGH (vgl. Ziffer 5.1) die Verpflichtung zu Kompensationszahlungen an den Betreiber nach Ziffer 30.5.4 BV nicht für so wahrscheinlich halten, dass sie einer gesonderten haushälterischen Ermächtigung bedurft hätten.

Eine gesonderte Verpflichtungsermächtigung ist insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistungsübernahme nach Art. 115 Abs. 1 GG bzw. § 39 BHO nicht erforderlich, denn der Bund nimmt weder einen Kredit auf noch wird eine Haftung für fremde Schulden oder für fremde Risiken als Hauptvertragsgegenstand übernommen.¹¹¹ Die Verpflichtung im BV, Schadensersatz zu leisten, wenn sich ein Risiko aus der eigenen Sphäre realisiert, ist vielmehr eine vertragliche Nebenpflicht. Die Übernahme solcher Nebenpflichten ist von Art. 115 Abs. 1 GG bzw. § 39 BHO aber nicht erfasst.

¹¹⁰ Das Haushaltsgesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2018 (vom 12. Juli 2018, BGBl. I S. 1126) schaffte den entsprechenden haushaltsrechtlichen Rahmen. Im Kapitel betreffend die Bundesfernstraßen sind sowohl Ausgaben im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Erhebung der Infrastrukturabgabe als auch Verpflichtungsermächtigungen für den Einzug der Infrastrukturabgabe von bis zu EUR 2,08 Mrd. vorgesehen (vgl. Einzelplan 12, Titelgruppe 03, 532 34-719).

¹¹¹ Vgl. *Nebel*, in *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, EL 50, 2018, Art. 115 GG, Rn. 14; *ders.* ebenda, EL 47, 2013, § 39 BHO, Rn. 1.

Linklaters

5 Bund musste nicht auf die Entscheidung des EuGH warten

Die Entscheidung des Bundes, den Zuschlag noch Ende 2018 zu erteilen, ohne zuvor die Entscheidung des EuGH abzuwarten, war sachgerecht und nachvollziehbar.

Bereits im Ausgangspunkt ist es völlig üblich, mit dem Abschluss eines Vertrags auch die damit verbundenen Risiken zu übernehmen. Risikoneutral lässt sich weder für den Auftraggeber noch den Auftragnehmer ein Projekt realisieren. Umgekehrt stehen den übernommenen Risiken die für beide Vertragsparteien mit einer Projektumsetzung verbundenen Vorteile gegenüber, für den Bund hier die Erwartung, die Maut zeitnah erheben zu können. Für ordnungspolitische Risiken gilt hier nichts anderes: Letztlich war abzuwägen, ob verbleibende Risiken aus der noch ausstehenden Gerichtsentscheidung es verlangten, die Umsetzung des Projektes noch weiter hinauszuzögern. Rechtlich (wie auch politisch) stand dem Bund dabei ein umfassender Bewertungs- und Abwägungsspielraum zur Verfügung, den er in angemessener Art und Weise dahingehend nutzte, sich für einen Projektbeginn noch im Jahr 2018 trotz des noch laufenden EuGH-Verfahrens zu entscheiden.

Geht es um die Bewertung von künftigen Risiken, so darf die Ausübung des Bewertungs- und Abwägungsspielraums durch den Bund nicht schon deshalb als unsachgerecht bzw. willkürlich bewertet werden, weil ein erkanntes Risiko sich später tatsächlich realisiert. Anders wäre es nur zu bewerten, wenn der Staat keine Risikovorsorgemaßnahmen für den Fall des Schadenseintritts getroffen hätte.

Vor seiner Entscheidung, der ausgewählten Bietergemeinschaft Ende Dezember 2018 den Zuschlag zu erteilen, hat der Bund den für die weitere Verfahrensgestaltung relevanten Sachverhalt auch unter Zuhilfenahme von externen Experten vollständig ermittelt und bewertet.

Aus den folgenden Erwägungen war es dabei innerhalb der bestehenden Bewertungsspielräume sachgerecht und nachvollziehbar, trotz des noch laufenden EuGH-Verfahrens mit der Umsetzung des Vertrags zu beginnen:

5.1 Geringes Prozessrisiko

Der Bund musste nach dem Prozessverlauf bei Abschluss des Vertrags, letztlich bis zur Verkündung der EuGH-Entscheidung, nicht damit rechnen, dass der EuGH das Gesamtkonzept der Erhebung der Infrastrukturabgabe nachhaltig in Frage stellen würde. Dies bestätigte insbesondere der zu diesem Zeitpunkt bekannte Verfahrensverlauf vor der EU-Kommission und dem EuGH:

5.1.1 Disput bezüglich Unionsrechtskonformität

Mit Aufnahme der Pläne der Bundesregierung zur Einführung einer Infrastrukturabgabe und zur Senkung der Kfz-Steuer wurden diese von zahlreichen Stimmen in

Linklaters

Politik und der Rechtswissenschaft sowohl befürwortet als auch kritisiert. Neben Äußerungen des Europäischen Parlaments¹¹² und des Fachbereichs Europa des Deutschen Bundestags¹¹³ wurden auch mehrere juristische Gutachten¹¹⁴ angefertigt, die das Vorhaben teils für europarechtswidrig hielten, teils dessen Europarechtskonformität bestätigten. Der Bund stützte seine Rechtsposition im Wesentlichen auf die Gutachten von Prof. Dr. Hillgruber der Universität Bonn, der sich als anerkannter Europarechtsexperte in mehreren Stellungnahmen dezidiert mit der Vereinbarkeit der geplanten Infrastrukturabgabe mit dem Europarecht befasst und sich dabei auch mit den formulierten Einwänden anderer Gutachter intensiv auseinandergesetzt hatte. Er kam dabei zu dem Ergebnis, dass das Vorhaben des Bundes in seiner konkreten Ausgestaltung als europarechtskonform zu bewerten ist.¹¹⁵

Trotz gegenläufiger Stimmen im Schrifttum oder anderer Gutachten durfte der Bund bereits auf dieser Grundlage von einer rechtlichen Umsetzbarkeit der geplanten Pkw-Maut ausgehen.

5.1.2 Abstimmung mit der Kommission und Verfahren vor dem EuGH

Nach dem Verlauf des Vertragsverletzungsverfahrens und des Verfahrens vor dem EuGH ergaben sich bis zum Abschluss des Vertrags keine Anhaltspunkte, diese Rechtsauffassung hinterfragen zu müssen:

(i) Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens

Der Bund durfte bereits aufgrund der Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens aus dem Jahr 2015 durch die Europäische Kommission am 17. Mai 2017 mit guten Gründen davon ausgehen, dass die am Infrastrukturabgabenmodell geäußerten Bedenken nunmehr erledigt waren.

Die EU-Kommission begründete die Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens damit, dass das InfAG und das 2.VerkehrStAndG unionsrechtswidrig seien, da diese zu einer indirekten Ungleichbehandlung zwischen deutschen Kfz-Haltern und Kfz-Haltern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union führten. Die Befreiung von der Kfz-Steuer in Höhe der Straßennutzungsgebühr garantiere, dass deutsche Kfz-Halter – jedenfalls *de facto* –

¹¹² Vgl. ABl. EU vom 25. Juli 2018, Nr. C 263/103.

¹¹³ Vgl. Ausarbeitung des Fachbereichs Europa, PE 6-3000-005/17 vom 6. Februar 2017: Vereinbarkeit des Infrastrukturabgabengesetzes und des Zweiten Verkehrssteuerungsänderungsgesetzes in der Fassung der von der Bundesregierung beschlossenen Änderungsgesetze mit dem Unionsrecht.

¹¹⁴ Vgl. Befürwortend s. Hillgruber (2014), Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der Einführung einer Infrastrukturabgabe für Kraftfahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von bis zu 3,5 Tonnen auf dem deutschen Bundesfernstraßennetz mit dem Recht der Europäischen Union; Müller (2015), Kurzgutachten über die Vereinbarkeit von Kompensationsmaßnahmen im Rahmen der Einführung einer Infrastrukturabgabe für Kraftfahrzeuge mit einem zulässigen Gewicht von bis zu 3,5 Tonnen auf dem deutschen Bundesfernstraßennetz unter besonderer Berücksichtigung österreichischer Begleitmaßnahmen bei der Einführung einer PKW-Mut mit dem Unionsrecht; Söllner/Jaenichen (2015), Die Infrastrukturabgabe und die Debatte über Ausländerdiskriminierung. Ablehnend s. Boehme-Neßler: Pkw-Maut für EU-Ausländer?, NVwZ 2014, 97; Zabel, die geplante Infrastrukturabgabe („Pkw-Maut“) im Lichte von Art. 92 AEUV, NVwZ 2015, 186; Obwexer (2017), Gutachten Vereinbarkeit der nach Verhandlungen mit der Kommission geänderten Infrastrukturabgabe für PKW und Wohnmobile (Pkw-„Maut“ neu) in Deutschland mit dem Unionsrecht; Mayer (2017), Zur Europarechtswidrigkeit der „PKW-Maut“ (Infrastrukturabgabe) in der Änderungsfassung 2017; Kruhl, Nachbesserungen bei der Pkw-Maut – ein aktueller Überblick, NVZ 2017, 167; unter Einschränkung s. auch Fehling, Die PKW-Maut: (Unions-)rechtliche Rahmenbedingungen und konzeptioneller Hintergrund, ZG 2014, 305.

¹¹⁵ Vgl. nur Hillgruber, Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der Einführung einer Infrastrukturabgabe für Kraftfahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von bis zu 3,5 Tonnen auf dem deutschen Bundesfernstraßennetz mit dem Recht der Europäischen Union vom 17. Oktober 2014 (abrufbar unter: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/infrastrukturabgabe-gutachten-hillgruber.pdf?__blob=publicationFile).

Linklaters

von der Straßennutzungsgebühr ausgenommen würden. Zudem seien die Preise für Kurzzeitticketten, die typischerweise von Kfz-Haltern aus anderen EU-Mitgliedstaaten genutzt würden, überproportional teuer.¹¹⁶

Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen und nach umfassenden Abstimmungen mit der EU-Kommission im Jahre 2016 wurde das InfrAG und das 2. VerkehrStÄndG reformiert. Daraufhin stellte die EU-Kommission das Vertragsverletzungsverfahren am 17. Mai 2017 ein.

Vor diesem Hintergrund durfte der Bund annehmen, dass die Bedenken der EU-Kommission gegen die geplante deutsche Infrastrukturabgabe vollständig ausgeräumt waren und die Kommission das Vorhaben unterstützen würde, selbst wenn dieses vor dem EuGH angegriffen werden sollte. Im Juli 2017 befasste die Republik Österreich, die die deutsche Infrastrukturabgabe für weiterhin unionsrechtswidrig hielt, die EU-Kommission erneut. Nach einer Anhörung am 31. August 2017, in der die Republik Österreich und die Bundesrepublik Deutschland ihre Argumente vorbrachten, entschloss sich die EU-Kommission keine Klage beim EuGH einzureichen. Sie sah folglich keinen Anlass, ihre Auffassung, auf deren Grundlage sie das Vertragsverletzungsverfahren eingestellt hatte, zu revidieren.

Dies wird durch die im weiteren Verfahrensverlauf auf das Ersuchen des EuGH vom 12. November 2018 von der EU-Kommission abgegebene Klarstellung deutlich. Mit Schreiben vom 26. November 2018 erklärte sie, dass ihre Bedenken durch die vom Bund vorgenommenen Änderungen an dem Rechtsrahmen für die Pkw-Maut ausgeräumt worden seien. Zudem bestehe aus Kommissionssicht ein Bedürfnis, breite politische Unterstützung für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für ein gemeinsames europäisches System der Entgelte für Straßenbenutzung zu erhalten.

(ii) Verfahren vor dem EuGH bis zur Zuschlagsentscheidung

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem konkreten Verlauf des Verfahrens vor dem EuGH. Von der Einleitung des Verfahrens im Juni 2017 bis zur mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2018 und bis zur Zuschlagserteilung ergaben sich keine besonderen Anhaltspunkte für den Bund, dass der EuGH zu einer abweichenden Auffassung kommen könnte, die die Umsetzung der Infrastrukturabgabe insgesamt unmöglich machen würde.

Ein negatives Indiz lässt sich insbesondere nicht aus der Verweisung des Verfahrens an die Große Kammer des Gerichtshofs herleiten. Diese war vielmehr der Bedeutung der Rechtssache geschuldet (vgl. Art. 60 der Verfahrensordnung des EuGH) und angesichts der politischen Reichweite der zu treffenden Entscheidung und der Bestrebungen, auf europäischer Ebene zu einer Harmonisierung der Mautpolitik kommen zu wollen, naheliegend.

Da der Gerichtshof in seiner Entscheidungsfindung unabhängig ist und Privatgutachten, Schrifttum sowie Anmerkungen aus der politischen Sphäre regelmäßig außer Acht lässt und als Referenz allenfalls seine eigene Rechtsprechung anführt¹¹⁷, waren weder Gutachten zugunsten noch zulasten der

¹¹⁶ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 18. Juni 2015, IP/15/5200.

¹¹⁷ Vgl. Pechstein, EU-Prozessrecht (2011), Rn. 162.

Linklaters

Unionrechtskonformität der in Frage stehenden Regelungen geeignet, den Verfahrensausgang vor dem EuGH zu präjudizieren und die Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten negativen Verfahrensausgang in die eine oder andere Richtung zu determinieren. Damit taugt der Verweis auf den Diskurs in der Rechtswissenschaft¹¹⁸ grundsätzlich nicht zum Nachweis der Vorhersehbarkeit der Entscheidung des EuGH. Im Übrigen wäre es weder konsequent noch im Hinblick auf die mit der Einführung der Infrastrukturabgabe verfolgten Ziele angemessen, dass der Bund einen gesetzgeberischen Auftrag zur Umsetzung des Infrastrukturabgabensystems nicht erfüllt und sich hierbei auf eine – vom eigenen Gutachter widerlegte – Rechtsauffassung beruft.

Bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren BV hatte der Bund aus dem Verfahrensablauf über die immer bestehenden allgemeinen Prozessrisiken hinaus keine Hinweise darauf, dass der EuGH die Infrastrukturabgabe für unionsrechtswidrig halten könnte:

Die Parteien tauschten die bereits bekannten, mittels Parteigutachten belegten Rechtspositionen im Laufe des Jahres 2018 schriftsätzlich aus. Aus dem Vorbringen der Republik Österreich ergaben sich keine neuen Aspekte. Der EuGH äußerte sich – wie üblich – vor der mündlichen Verhandlung weder zur Belastbarkeit der vorgetragenen Rechtspositionen noch zu den Erfolgsaussichten der Klage der Republik Österreich.¹¹⁹

Hinweise auf die Rechtsauffassung des EuGH konnten sich frühestens aus der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2018 ergeben. Nach übereinstimmender Auffassung der Verfahrensverantwortlichen auf Seiten des Bundes verlief die mündliche Verhandlung für den Bund positiv. Die Republik Österreich brachte keine weiteren, neuen Argumente vor. Zwar richtete die Berichterstatterin des EuGH Nachfragen auch an den Bund, im Wesentlichen wurde jedoch die Position und Argumentation von Österreich durch die Berichterstatterin, den Generalanwalt und insbesondere auch den Präsidenten des EuGH kritisch hinterfragt. Daraus durfte gefolgert werden, dass das Gericht wie auch der Generalanwalt die Verfahrensposition Österreichs zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung für diskussionsbedürftig und nicht ausreichend überzeugend hielten. Denn regelmäßig lassen Ausführungen zum Sach- und Streitstand des Gerichts mit anschließender kritischer Würdigung und Fragenstellung durch die Richter jedenfalls im Grundsatz erkennen, in welche Richtung das Gericht tendiert.

In dem Zeitraum nach der mündlichen Verhandlung bis zu der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des BV am 30. Dezember 2019 gab es keine neuen Hinweise zum Ausgang des Verfahrens.

(iii) Schlussplädoyer des Generalanwalts

Die Wahrnehmung des Bundes vom Verlauf der mündlichen Verhandlung wurde dann schließlich durch das Schlussplädoyer des Generalanwalts am

¹¹⁸ Vgl. Chatham-Gutachten, S. 14.

¹¹⁹ Vgl. für die Auffassung im Chatham-Gutachten (S. 15), der Bund habe es versäumt die vom EuGH gestellten Fragen ausreichend zu beantworten, lassen sich weder dem EuGH-Urteil noch der Stellungnahme des Generalanwalts belastbare Hinweise entnehmen.

Linklaters

6. Februar 2019 bestätigt. Darin beantragte der Generalanwalt die Abweisung der Klage.¹²⁰

In seinem Schlussplädoyer setzte sich der Generalanwalt mit den Rechtsauffassungen der Parteien auseinander und nahm explizit auf den Vortrag der Parteien¹²¹ wie auch auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2018 Bezug.¹²² Dabei wies er die Rechtsposition Österreichs nicht nur in sämtlichen Punkten zurück¹²³, sondern schloss sich der Rechtsposition des Bundes an.¹²⁴ Im Kern argumentierte der Generalanwalt, dass sich die Halter ausländischer Fahrzeuge einerseits und die Halter inländischer Fahrzeuge andererseits in Bezug auf die Finanzierungsmaßnahmen einer Infrastrukturabgabe nicht in vergleichbaren Situationen befänden. Denn die deutschen Halter hätten andernfalls zusätzlich zur Infrastrukturabgabe die Kfz-Steuer zu entrichten und wären daher doppelt belastet. Insofern fehle es bereits an der Voraussetzung einer Diskriminierung. Im Übrigen sei die Republik Österreich ihrer Beweislast im Hinblick auf negative Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel bzw. den freien Dienstleistungsverkehr nicht nachgekommen.¹²⁵ Zu den Einzelheiten siehe auch Ziffer 1.3.2. (ii).

5.1.3 Fortlaufende Bewertung des verbleibenden Risikos durch den Bund

Für die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens sowie anschließende Umsetzung des Projekts hatte das BMVI eine Lenkungsgruppe eingesetzt, die auch mit einem umfassenden Risikomanagement beauftragt war. Die Lenkungsgruppe wurde dabei von externen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Beratern unterstützt, die auch für die Risikoeinschätzung relevante Stellungnahmen erarbeiteten (vgl. Teil II, Ziffer 2.1).

Im Rahmen des Risikomanagements wurden sämtliche für die Projektumsetzung und -durchführung relevanten Risiken identifiziert und wiederkehrend bewertet. Dies umfasste auch die Risikoeinschätzung zu dem im Oktober 2017 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH. Dementsprechend wurde das Risiko einer Unvereinbarkeit der Infrastrukturabgabe mit höherrangigem Recht unter Berücksichtigung der der Lenkungsgruppe jeweils zur Verfügung stehenden aktuellen Informationen unter Zuhilfenahme der externen Expertise fortlaufend evaluiert.

Die Verfahrensverantwortlichen für das EuGH-Verfahren berichteten der Lenkungsgruppe fortlaufend über den Stand des Gerichtsverfahrens. Auf dieser Grundlage konnte die Lenkungsgruppe jeweils in ihren Projektsitzungen darüber entscheiden, ob die Risikobewertung und etwaige Mitigationsmaßnahmen ergriffen werden müssen sowie ob die Bezifferung von (wirtschaftlichen) Risikokosten anzupassen ist. Die

¹²⁰ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Nr. 154. „Aus den Akten der Rechtssache ergibt sich aus meiner Sicht nichts, was eine andere Schlussfolgerung zuließe [...]“, vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 125.

¹²¹ „Aus den Akten der Rechtssache ergibt sich aus meiner Sicht nichts, was eine andere Schlussfolgerung zuließe [...]“, vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 125.

¹²² Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 65-67 und Fußnote 34.

¹²³ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 58, 73, 84, 88 und 141.

¹²⁴ „Diesem Vorbringen muss ich beipflichten.“, vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 69.

¹²⁵ Vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 6. Februar 2019, Az C-591/17, Rn. 125, 133.

Linklaters

Risikobewertungen wurden anschließend in den monatlichen Projektstatusberichten abgebildet und innerhalb der Lenkungsgruppe unter Beteiligung der externen Experten eingehend besprochen.

Nach Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens wurde das Risiko einer aus diesem Verfahren resultierenden Projektverzögerung von den Projektverantwortlichen in die Risikoliste aufgenommen. Nach Abstimmung mit externen Experten wurde die Eintrittswahrscheinlichkeit als gering (Stufe 2) eingestuft.¹²⁶ Bis zur Zuschlagsentscheidung sah die Lenkungsgruppe vor dem Hintergrund der Berichte der Verfahrensbeteiligten und dem oben beschriebenen Prozessverlauf keine Anhaltspunkte dafür, diese Risikobewertung anzupassen.

Das Risiko einer negativen EuGH-Entscheidung umfasste dabei nicht nur das Szenario, dass die Pkw-Maut insgesamt aufgehoben wird, sondern schloss auch eine Anpassung des bestehenden Rechtsrahmens ein, um möglichen von dem Gericht aufgestellten Anforderungen gerecht zu werden. Dabei hielt der Bund nach seinen Erfahrungen aus der Abstimmung mit der Kommission Anpassungen am bestehenden System für wahrscheinlicher. Denn im Zuge des Vertragsverletzungsverfahrens hatte die EU-Kommission nicht das Mautsystem als solches in Frage gestellt, sondern nur partielle Anpassungen am Mautsystem gefordert. Der Bund hatte daher keinen Hinweis dafür, dass das gesamte System für unionsrechtswidrig gehalten werden könnte. Ausgehend hiervon hat der Bund im BV umfangreiche Vorsorge für eine mögliche Anpassung des Mautsystems getroffen, insbesondere durch die Aufnahme von Regelungen zur Leistungsanpassung (z.B. Ziffer 15.7 BV). Zusätzlich hat er sich mit den Kündigungsvorschriften die Dispositionshoheit über das Projekt und die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gesichert (vgl. bereits Ziffern 1.2 und 1.3).

Dem standen die nachfolgend aufgeführten Punkte bei der Abwägungsentscheidung gegenüber:

5.2 Zuschlagsfähiges Vergabeverfahren

Das Vergabeverfahren für den Betreibervertrag war bis zum Dezember 2018 vollständig abgeschlossen, das Projekt damit zuschlagsfähig. Im Anschluss an die entsprechenden Verhandlungen über den Angebotsinhalt reichte der später ausgewählte Bieter am 13. Dezember 2018 sein zweites finales Angebot ein. Im Rahmen der Angebotsprüfung kam der Bund zum Ergebnis, dass dieses Angebot zuschlagsfähig und wirtschaftlich sei, so dass der Zuschlag an den ausgewählten Bieter erteilt werden konnte. Demgegenüber hätte eine weitere Aufschiebung der Zuschlagserteilung den erfolgreichen Abschluss des Verfahrens erheblich gefährden können. Für den Bund wäre damit das Risiko verbunden gewesen, für die Umsetzung des Projektes über keinen Vertragspartner mehr zu verfügen:

5.2.1 Aussetzung des Vergabeverfahrens mit erheblichen Verfahrensrisiken verbunden

Hätte der Bund die Entscheidung des EuGH abgewartet und für diesen Zeitraum das Vergabeverfahren ausgesetzt, hätte ein erhebliches Risiko bestanden, dass der

¹²⁶ Das Risiko eines negativen EuGH-Urteils wurde wie folgt bewertet: die Eintrittswahrscheinlichkeit betrug „zwei“, und Eintrittsauswirkungen wurden mit „fünf“ bewertet (auf einer Skala von „eins“ = sehr niedrig bis „fünf“ = sehr hoch). Die Einschätzung einer Eintrittswahrscheinlichkeit mit „gering“ war mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von bis zu 15 % definiert worden.

Linklaters

BV überhaupt nicht zustande kommt, was zu erheblichen Einnahmeeinbußen auf Seiten des Bundes geführt hätte:

Das zweite finale Angebot der ausgewählten Bietergemeinschaft war nur bis zum 30. April 2019 befristet. Es entspricht vergabe- und zivilrechtlichen Grundsätzen, dass der Bieter an sein Angebot zu den jeweiligen Konditionen nur bis zum Ablauf der Angebotsbindefrist gebunden ist. Die Bietergemeinschaft wäre in keinem Fall verpflichtet gewesen, diese Angebotsbindefrist zu verlängern. Aus den nachfolgenden Gründen war aber eine Verhandlung mit dem ausgewählten Bieter über eine längere Bindefrist – und damit verbunden eine Aussetzung des Vergabeverfahrens – für den Bund nicht hinnehmbar:

Zunächst war für den Bund schon nicht erkennbar, wann genau eine Entscheidung des EuGH hätte ergehen sollen. Somit war auch nicht sinnvoll abschätzbar, um welchen Zeitraum die Bindefrist des ausgewählten Bieters hätte verlängert werden sollen.

Eine solche Verlängerung der Bindefrist wäre für den ausgewählten Bieter kaum darstellbar gewesen, weil Finanzierungszusagen der Gesellschafter des ausgewählten Bieters sowie der Fremdkapitalgeber gleichfalls an dieses Datum geknüpft waren (vgl. Ziffer 6.9.3 der Bewerbungsbedingungen für die Abgabe des Zweiten Finalen Angebots). Selbst wenn der ausgewählte Bieter aber im Lichte dieser Finanzierungszusagen zu einer Verlängerung der Bindefrist bereit gewesen wäre, hätte dies für den Bund eine erhebliche Verschlechterung seiner Verhandlungsposition bedeutet: Für den Bund bestand ein deutliches Risiko, dass der ausgewählte Bieter seine Zustimmung zu einer (möglicherweise substantiellen) Verlängerung der Bindefrist zum Anlass bzw. zur Bedingung hätte nehmen können, vormalig in den Vertragsverhandlungen nicht durchsetzbare Punkte erneut zu verhandeln und für ihn günstigere Bedingungen zu erreichen.

Außerdem hätte der Bund nicht ausschließen können, dass der ausgewählte Bieter von einer Verlängerung der Bindefrist Abstand genommen hätte, wenn er seine Forderungen nicht hätte durchsetzen können. Der Bund wäre damit das Risiko eingegangen, kein zuschlagfähiges Angebot zu haben. Eine dann erforderliche Neuausschreibung hätte aber zu einer erheblichen Verzögerung der Projektumsetzung sowie damit verbunden zu Einnahmefällen für den Bundeshaushalt i.H.v. über 3,6 Mrd. Euro¹²⁷ p.a. geführt.

5.2.2 Aufhebung des Vergabeverfahrens keine Handlungsoption

Erst recht war eine Aufhebung des Vergabeverfahrens und eine anschließende Neuausschreibung keine sachgerechte Handlungsalternative:

Hätte der Auftraggeber das Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung aufgehoben und in Gestalt eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb neu begonnen, hätte dies zu einer erheblichen Verzögerung der Einführung des Infrastrukturabgabesystems geführt. In der Regel dauert ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb in vergleichbar komplexen Projekten mindestens anderthalb

¹²⁷ Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), Prognose der Einnahmen aus dem Verkauf von Vignetten an Halter von im Ausland zugelassenen Fahrzeugen bei der Einführung einer Infrastrukturabgabe („Einnahmeprognose“), 2019, S. 17.

Linklaters

Jahre, so dass sich die Erhebung der Infrastrukturabgabe zumindest um diesen Zeitraum verzögert hätte. In dieser Zeit hätten auch keine Einnahmen aus der Infrastrukturabgabe erzielt werden können (vgl. Ziffer 5.3).

Überdies ist höchst zweifelhaft, ob die Angebotslage vor der EuGH-Entscheidung überhaupt zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens berechtigt hätte, da jedenfalls ein Angebot vorlag, das in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt wurde.¹²⁸ Im Falle einer rechtswidrigen Aufhebung kann der Bieter aber einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geltend machen. Ein solcher Schadensersatz umfasst den entgangenen Gewinn, wenn dem Bieter bei ordnungsgemäßigem Verlauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag mit hinreichender Wahrscheinlichkeit hätte erteilt werden müssen und der ausgeschriebene oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag (später) vergeben worden ist.¹²⁹ Entsprechende Schadensersatzforderungen hätten damit nur verhindert werden können, wenn der Bund endgültig auf die Beschaffung verzichtet hätte. Dies war vor der EuGH-Entscheidung aber gerade nicht der Fall.

5.3 Drohende Einnahmeverluste

Naturgemäß hatte der Bund im Rahmen seiner Abwägungsentscheidung zudem zu berücksichtigen, dass eine verzögerte Inbetriebnahme des Infrastrukturabgabensystems wirtschaftlich zu erheblichen Einnahmefällen im Bundeshaushalt hätte führen können, die haushalterisch für die Investitionen in den Straßenbau vorgesehen waren.

Nach den vom BMVI im Jahr 2019 erstellten Prognosen wurden die jährlichen Nettoeinnahmen aus dem Betrieb des Infrastrukturabgabensystems auf 3,601 Mrd. Euro geschätzt. Diese setzen sich aus erwarteten Einnahmen von rund 3,002 Mrd. Euro pro Jahr für in Deutschland zugelassene Fahrzeuge sowie etwa 845 Mio. Euro pro Jahr für insgesamt rund 19,99 Mio. gebietsfremde Pkw zusammen. Den Einnahmen sollten laufende Kosten von rund 247 Mio. Euro pro Jahr gegenüberstehen.¹³⁰

Im Rahmen der vom Gesetzgeber beschlossenen Umstellung von einer Steuerfinanzierung auf eine Nutzerfinanzierung im Bereich Infrastruktur sollten die bislang für den Straßenausbau verwendeten Steuermittel durch die erwarteten Einnahmen aus der Erhebung der Infrastrukturabgabe ersetzt werden. Bei einer späteren Einführung der Infrastrukturabgabe wäre eine Finanzierungslücke zwischen den bereits nicht mehr eingeplanten Steuermitteln und den diese dann erst später ersetzenden Einnahmen aufgetreten.¹³¹ Zudem wäre die mit der Infrastrukturabgabe verfolgte Steuerungswirkung zugunsten von emissionsarmen Fahrzeugen (Euro 6) ebenfalls verzögert worden.¹³²

¹²⁸ Vgl. OLG München, Beschluss vom 6. Dezember 2012 – Verg 29/12; VK Südbayern, Beschluss vom 22. Mai 2015 – Z3-3-3194-63-12/14; BeckOK VergabeR/Queisner, 12. Ed. 31. Januar 2019, VgV § 63 Rn. 24.

¹²⁹ Vgl. nur BGH, Urteil vom 20. November 2012 – X ZR 108/10.

¹³⁰ Vgl. BMVI, Einnahmeprognoze, S. 17. Bei der Prognose der Einnahmen legte das BMVI den Kauf einer Jahresvignette für die rund 45 Mio. im Jahr 2017 in Deutschland zugelassenen Pkw bei einem durchschnittlichen Preis von 62,37 Euro sowie einen durchschnittlichen Jahresvignettenpreis von 42,40 Euro für ausländische Fahrzeuge zugrunde.

¹³¹ Diese Einnahmenerwartung bezog das Bundesfinanzministerium in seiner Finanzplanung von 2021 an ein. Vgl. BMF, Regierungsentwurf zum Bundeshaushalt 2020 und Finanzplanung bis 2023, S. 3; BMVI, Einnahmeprognoze, S. 17; BT-Drs. 18/13001, S. 29.

¹³² Vgl. BMVI, Einnahmeprognoze, S. 5.

Linklaters

5.4 Gesetzgeberischer Auftrag zur Einführung der Infrastrukturabgabe

Aus diesen Gründen gab es auch einen klaren Auftrag des Gesetzgebers an die Bundesregierung und das BMVI, die Infrastrukturabgabe baldmöglichst umzusetzen, um die prognostizierten Einnahmen zur Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur erzielen zu können. In dem Gesetzgebungsprozess hatten dabei alle Beteiligten, d.h. der Bundestag, der Bundesrat und der Bundespräsident, der Infrastrukturabgabe in der vorgesehenen Form zugestimmt. Alle Beteiligten hatten sich im Vorfeld eingehend und sorgfältig mit der Einführung der Infrastrukturabgabe auseinandergesetzt. Das Erste Änderungsgesetz zum InfrAG wurde im Bundestag nach einer breiten Diskussion mit einer großen Mehrheit beschlossen. Im Gesetzgebungsprozess setzte der Gesetzgeber dabei auch die Vorschläge der EU-Kommission um, die im Zusammenhang mit der Beendigung des Vertragsverletzungsverfahrens unterbreitet worden waren.

Zu beachten war schließlich, dass bereits im Haushalt 2018 die haushaltsrechtliche Voraussetzung für die Einbindung von Auftragnehmern zur Errichtung und für den Betrieb des Mautsystems geschaffen worden war, indem Verpflichtungsermächtigungen ausgebracht wurden, um auf dieser Basis die Verträge abschließen zu können. Damit war ersichtlich, dass eine Zuschlagserteilung grundsätzlich für das Jahr 2018 angestrebt worden war. Ein späterer Abschluss des Betreibervertrags im Nachgang zu einer EuGH-Entscheidung hätte demnach eine neue haushaltsrechtliche Ermächtigung durch den Bundestag verlangt.

5.5 Zusammenfassung

Im Ergebnis war das BMVI daher weder verpflichtet noch war es für das Ministerium zumutbar, die Entscheidung des EuGH abzuwarten, bevor der Zuschlag für den BV erteilt wurde. Für den Umgang mit den damit verbundenen Risiken war, wie auch für zahlreiche weitere Projektrisiken, aus Sicht der Vertragsparteien vielmehr eine angemessene Vertragsregelung gefunden worden. Alle am deutschen Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe hatten den normativen Grundlagen zur Erhebung der Pkw-Maut zugestimmt. Eine verzögerte Einführung hätte in jedem Fall zu erheblichen Einnahmeausfällen des Bundes geführt und einen erfolgreichen Abschluss des Vergabeverfahrens sowie die Realisierung weiterer davon technisch abhängiger Teilprojekte gefährdet. Nach der Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens durch die EU-Kommission am 17. Mai 2017, dem Prozessverlauf in dem Verfahren vor dem EuGH einschließlich der mündlichen Verhandlung Anfang Dezember 2018 sowie den regelmäßigen Berichten der auf Seiten des Bundes involvierten Experten durfte der Bund das Risiko einer negativen Entscheidung des EuGH, dem nicht durch Anpassungen des Pkw-Mautsystems hätte Rechnung getragen werden können, als gering einschätzen.

Linklaters

Auszüge aus Kündigungs- und Entschädigungsregelungen des Betreibervertrags

der Vorlage in Anlage 25. Der Betreiber wird Personalkontinuität der von ihm benannten Ansprechpartner bestmöglich gewährleisten und den Auftraggeber vor einem Austausch von Ansprechpartnern konsultieren. Ein Wechsel von Ansprechpartnern wird innerhalb von zehn Werktagen nach Zugang einer entsprechenden schriftlichen Mitteilung bei der jeweils anderen Partei wirksam. Für die Kommunikation zwischen Auftraggeber und Betreiber gilt im Übrigen Ziffer 36.4.

26. LAUFZEIT DES VERTRAGES UND VORBEREITUNG DER ENDSCHAFTSPHASE

26.1 Beginn und Beendigung des Vertrages

26.1.1 Dieser Vertrag beginnt am 1. Januar 2019, 00.00 Uhr ("Vertragsbeginn").

26.1.2 Er endet vorbehaltlich Ziffer 28.5.4 und Ziffer 29.6.7 mit Ablauf der Laufzeit nach Maßgabe der Ziffer 26.2. Der Vertrag endet ferner im Falle einer außerordentlichen Kündigung gemäß Ziffer 26.3 zum darin bestimmten bzw. zu bestimmenden Zeitpunkt. Die Ausübung einer Call-Option bzw. Annahme eines Angebots Dritterwerb nach Ziffer 28.5.3 bzw. Ziffer 29.6.6 führt ebenfalls zur Beendigung dieses Vertrages zum jeweils festgelegten Zeitpunkt.

26.2 Laufzeit des Vertrages

26.2.1 Ordentliche Laufzeit

Die ordentliche Laufzeit dieses Vertrages beginnt mit dem Vertragsbeginn und endet zwölf Jahre nach dem Beginn der Erhebung ("Ordentliche Laufzeit").

26.2.2 Verlängerungsoption

- a) Dieser Vertrag kann vom Auftraggeber entweder einmalig um drei Jahre oder bis zu dreimalig um je ein Jahr verlängert werden. Im Falle der Ausübung der Verlängerungsoption gelten die Regelungen dieses Vertrages bis zum Ablauf des jeweiligen Verlängerungszeitraumes fort.
- b) Zur Ausübung einer Verlängerungsoption muss der Auftraggeber dem Betreiber mindestens zwölf Monate vor Ablauf der Ordentlichen Laufzeit nach Ziffer 26.2.1 bzw. mindestens zwölf Monate vor Ablauf eines vorhergehenden Verlängerungszeitraumes eine schriftliche Ausübungsmitteilung zukommen lassen. Er kann in einer Ausübungsmitteilung auch die Verlängerung um zwei Jahre erklären.

26.3 Kündigung aus wichtigem Grund

26.3.1 Kündigungsfrist

- a) Der Vertrag kann vor Ende der Laufzeit von keiner Partei ordentlich gekündigt werden.
- b) Vorbehaltlich Ziffer 26.3.6b) darf jede Partei diesen Vertrag aus wichtigem Grund mit einer Frist von mindestens drei und höchstens 18 Monaten zum

Seite 151 von 210

Linklaters

Monatsende ("Auslauffrist") kündigen. Die kündigende Partei hat die von ihr gewählte Auslauffrist in der Kündigungserklärung zu bezeichnen. Im Fall kollidierender Bestimmungen der Auslauffrist der Parteien gilt die vom Auftraggeber bestimmte.

- c) Der Auftraggeber ist berechtigt, die Auslauffrist durch schriftliche Erklärung, die dem Betreiber spätestens drei Monate vor dem Ende der Auslauffrist zugegangen sein muss, um weitere sechs Monate zu verlängern.
- d) Im Fall der Abgabe einer Ausübungsmitteilung Anteilerwerb oder einer Ausübungsmitteilung Aktiva-Erwerb verschiebt sich der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beendigung des Vertrages gemäß dieser Ziffer 26.3.1 nach Maßgabe von Ziffer 28.5.3 bzw. Ziffer 29.6.6.

26.3.2 Wichtiger Grund

- a) Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der kündigenden Partei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung dieses Vertragsverhältnisses bis zum Ende der Ordentlichen Laufzeit bzw. des Verlängerungszeitraumes nicht zugemutet werden kann.
- b) Beruht der Eintritt eines wichtigen Grundes für den Auftraggeber auf einer Unterbliebenen Mitwirkung, wird der Auftraggeber davon absehen, wegen dieses wichtigen Grundes die Kündigung zu erklären. Dies gilt jedoch nicht für die wichtigen Gründe nach Ziffern 26.3.4e) und 26.3.4v).

26.3.3 Verhältnis Gesellschafter – Betreiber im Rahmen der Kündigung

Für Zwecke dieser Ziffer 26.3 werden die Betreiberparteien einheitlich wie eine einzige Partei dieses Vertrages behandelt. Dies bedeutet, dass der Vertrag seitens des Auftraggebers nur einheitlich mit Wirkung gegenüber allen Betreiberparteien gekündigt werden kann, wobei es ausreichend ist, wenn der Kündigungsgrund durch einen Gesellschafter oder den Betreiber gesetzt wurde bzw. das Risiko dafür nach diesem Vertrag einer Betreiberpartei zugewiesen ist, und die Kündigung gegenüber einer Betreiberpartei erklärt wird. Umgekehrt können die Betreiberparteien diesen Vertrag nur durch gemeinsame Kündigungserklärung kündigen, wobei dafür wiederum ausreichend ist, wenn einem Gesellschafter oder dem Betreiber ein Kündigungsrecht nach diesem Vertrag zusteht. Solche Kündigungen gelten dann mit Wirkung für und gegen alle Betreiberparteien.

26.3.4 Kündigung durch den Auftraggeber

Ein wichtiger Grund für die Kündigung durch den Auftraggeber liegt insbesondere vor, wenn:

- a) der Betreiber (i) eine freigabefähige Feinplanungsdokumentation nicht spätestens am in Ziffer 5.6 genannten Termin vorgelegt (Meilenstein nach laufender Nr. 1) oder (ii) die Erklärung der Testbereitschaft für das erste

Seite 152 von 210

Linklaters

Release (bei agilem Vorgehen) bzw. des gesamten Infrastrukturabgabenerhebungssystems (bei Wasserfallmodell) nicht spätestens am in Ziffer 5.6 genannten Termin übermittelt hat oder die Voraussetzungen für die Erklärung der Testbereitschaft bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllt worden sind (Meilenstein nach laufender Nr. 2), es sei denn, der Betreiber hat dies jeweils nicht zu vertreten;

- b) der Betreiber die Erklärung der Bereitschaft zum Probebetrieb nicht spätestens am in Ziffer 5.6 genannten Termin übermittelt hat oder die Voraussetzungen für die Erklärung der Bereitschaft zum Probebetrieb bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllt worden sind (Meilenstein nach laufender Nr. 6), es sei denn, der Betreiber hat dies nicht zu vertreten;
- c) der Betreiber (i) gegen die Garantie aus Ziffer 11.1.3d) bzw. Anforderung A58 der Leistungsbeschreibung oder (ii) in schwerwiegender Weise oder trotz Abmahnung durch den Auftraggeber mehrfach gegen sonstige datenschutzrechtliche Garantien gemäß Ziffer 11.1 oder gegen die garantierte Verpflichtung aus Anforderung A57 der Leistungsbeschreibung verstößt;
- d) die Voraussetzungen der Erteilung der VBE hinsichtlich des Infrastrukturabgabenerhebungssystems nicht bis spätestens 90 Tage nach dem in Ziffer 5.6 genannten Termin vorliegen (Meilenstein nach laufender Nr. 8), es sei denn, der Betreiber hat dies nicht zu vertreten;
- e) der Beginn der Erhebung nicht bis zum 31. Dezember 2021 eingetreten ist;
- f) der Betreiber (i) gegen eine Verpflichtung der Anforderungen A06.4, A54 oder A60 verstoßen hat oder (ii) um mehr als 10 % und für mehr als 21 Tage von der geforderten Anzahl der physischen Zahlstellen gemäß Anforderungen A09.1 bis A09.4 der Leistungsbeschreibung (unter Berücksichtigung der Erläuterungen hierzu sowie von Ziffer 22.1.2e)) abgewichen ist, im Fall (ii) es sei denn, der Betreiber hat dies nicht zu vertreten;
- g) der Betreiber ohne die vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers wesentlich vom Angebot oder der freigegebenen Feinplanungsdokumentation abweicht, es sei denn, der Betreiber hat dies nicht zu vertreten;
- h) das Infrastrukturabgabenerhebungssystem oder wesentliche Bestandteile über einen Zeitraum von 14 Tagen durchgehend oder an mehr als 30 Tagen in einem Betriebsjahr ihre Funktion nicht oder überwiegend nicht erfüllen, es sei denn, der Betreiber hat dies nicht zu vertreten;
- i) der Betreiber nicht bis zu dem in Ziffer 16.2.1 bezeichneten Zeitpunkt den Financial Close nachweist;

Seite 153 von 210

Linklaters

- j) der Betreiber eine der Finanzkennzahlen nach Ziffer 17.4 nicht einhält, es sei denn, der Betreiber weist nach, dass Maßnahmen getroffen worden sind, die es bei objektiver Betrachtung erwarten lassen, dass die Finanzkennzahlen in Kürze nachhaltig eingehalten werden. Sollte sich herausstellen, dass die getroffenen Maßnahmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums doch nicht dazu führen, dass die Finanzkennzahlen nachhaltig eingehalten werden, lebt der Kündigungsgrund dieser lit. j) wieder auf, jedoch ohne die Möglichkeit des Betreibers, neue Maßnahmen zur Einhaltung der Finanzkennzahlen zu treffen und nachzuweisen;
- k) zum mindestens dritten Mal die Voraussetzungen der Ziffer 32.3 zur Einleitung von Maßnahmen der sofortigen Vollstreckung gegenüber dem Betreiber vorliegen;
- l) eine Betreiberpartei gegen einen Zustimmungsvorbehalt nach Ziffer 3.4 oder eine der (garantierten) Verpflichtungen aus Ziffer 3.2 verstößt, oder der Gesellschafter eine Garantie aus Ziffer 3.1.1 oder Ziffer 3.1.5 verletzt;
- m) die Betreiberparteien sich mit der Verpflichtung zur Vorlage einer (neuen) Patronatserklärung gemäß Ziffer 17.3.3 in Verzug befinden und eine vom Auftraggeber gesetzte Nachfrist von 30 Tagen erfolglos verstrichen ist;
- n) der Betreiber oder ein Unterauftragnehmer, bei dem es sich um ein Verbundenes Unternehmen handelt, Kontroll-, Einsichts- und Zutrittsrechte gemäß Ziffer 12.7 wiederholt auch nach Ablauf einer vom Auftraggeber jeweils gesetzten Nachfrist von sieben Tagen nicht ordnungsgemäß gewährt;
- o) der Betreiber nicht rechtzeitig den Prüfbericht des Finanzmodells nach Maßgabe der Ziffer 12.2.4d) vorlegt und eine vom Auftraggeber gesetzte Nachfrist von 21 Tagen erfolglos abgelaufen ist;
- p) eine Betreiberpartei oder ein Eignungsgeber wiederholt Berichte nach Ziffer 12 nicht fristgerecht vorlegt, und jeweils eine vom Auftraggeber gesetzte Nachfrist von sieben Tagen erfolglos abgelaufen ist;
- q) der Betreiber den nach diesem Vertrag aufrecht zu erhaltenden Versicherungsschutz nicht vollständig herstellt und/oder aufrecht erhält;
- r) der Betreiber unter Verstoß gegen Ziffer 14 und insbesondere ohne eine nach Ziffer 14 erforderliche vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Dritte mit der Erfüllung von Vertragspflichten beauftragt (also einen Unterauftragnehmervertrag abschließt oder Leistungen darunter in Anspruch nimmt);
- s) ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers bei dem Betreiber ein Kontrollwechsel stattfindet bei dem (i) eine Person (a) mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluss im Sinne von § 290 Abs. 2 HGB auf den Betreiber erlangt oder (b) im Sinne von § 29 Abs. 2 WpÜG die Kontrolle über eine Gesellschaft erlangt, deren Aktien, Aktienzertifikate (i.S.d.

Seite 154 von 210

Linklaters

Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU ("MiFID II") oder vergleichbaren oder diese vertretenden übertragbaren Wertpapiere (i.S.d. MiFID II) an einem Handelsplatz (i.S.d. MiFID II) gehandelt werden, und diese Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss im Sinne von § 290 Abs. 2 HGB auf den Betreiber hat, (ii) die Person im Sinne von (i) ihrerseits nicht unter dem beherrschenden Einfluss bzw. der Kontrolle eines Dritten steht, der bereits mittelbar beherrschenden Einfluss auf den Betreiber hat, und (iii) die Person im Sinne von (i) bei objektiver Betrachtung und unter besonderer Berücksichtigung der Beleihung des Betreibers Zweifel an dessen fortdauernder uneingeschränkter Eignung und Zuverlässigkeit für die Durchführung dieses Vertrages begründet. Dies gilt nicht, wenn der Kontrollwechsel auf einer mit Zustimmung des Auftraggebers vorgenommenen Verfügung über die Geschäftsanteile an dem Betreiber (vgl. Ziffer 3.4.1) oder einer Ausübungsmittelteilung Anteilserwerb nach Ziffer 28 beruht;

- t) der Gesellschafter, ein Verbundenes Unternehmen oder der Betreiber zahlungsunfähig (§ 17 InsO), drohend zahlungsunfähig (§ 18 InsO) oder überschuldet (§ 19 InsO) ist, oder nach den Regeln einer anderen Rechtsordnung ein Grund vorliegt, der die entsprechende Gesellschaft zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens oder eines vergleichbaren Verfahrens verpflichtet oder berechtigt (einschließlich, jedoch hierauf nicht beschränkt, der in Anhang A und Anhang B zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren bzw. Anhang A zur Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren sowie der in einer etwaigen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entscheidungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU aufgeführten Verfahren, einschließlich präventiver Restrukturierungsverfahren), es sei denn, dass dies keine Auswirkungen auf die ordnungsgemäße Durchführung dieses Vertrages hat oder haben wird;
- u) ein Insolvenzverfahren bzw. vergleichbares Verfahren einer anderen Rechtsordnung (einschließlich, jedoch hierauf nicht beschränkt, der in Anhang A und Anhang B zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren bzw. Anhang A zur Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren sowie der in einer etwaigen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entscheidungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU aufgeführten Verfahren, einschließlich präventiver Restrukturierungsverfahren) über das Vermögen des Gesellschafters, eines Verbundenen Unternehmens oder des Betreibers beantragt oder eröffnet wird bzw. die

Seite 155 von 210

Linklaters

Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird, es sei denn, dass dies keine Auswirkungen auf die ordnungsgemäße Durchführung dieses Vertrages hat oder haben wird; oder

- v) ordnungspolitische Gründe eintreten, insbesondere die Änderung oder Aufhebung des InfrAG, Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte oder Rechtssetzungsakte der Europäischen Union bzw. ihrer Organe, die eine Kündigung durch den Auftraggeber (ganz oder teilweise) erforderlich oder dem Auftraggeber die Weiterführung des Vertrages in der bestehenden Form unzumutbar machen, auch soweit eine solche Änderung, Aufhebung, Entscheidung oder solch ein Rechtssetzungsakt bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist. Ein ordnungspolitischer Grund in diesem Sinne ist insbesondere die Einführung einer streckenbezogenen Abgabe aufgrund von Rechtssetzungsakten der Europäischen Union bzw. ihrer Organe.

26.3.5 Kündigung durch den Betreiber

Ein wichtiger Grund für die Kündigung durch den Betreiber liegt insbesondere dann vor, wenn:

- a) der in Ziffer 10.1.3 genannte Fall eintritt; oder
- b) eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen oder sonstiger wesentlicher Grundlagen dieses Vertrages eintritt und die Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB vorliegen.

26.3.6 Kündigung aufgrund Höherer Gewalt

- a) Tritt ein Fall Höherer Gewalt ein, benachrichtigt die betroffene Partei die andere unverzüglich gemäß Ziffer 10.3.2 von dem Vorfall.
- b) Dauert der Fall Höherer Gewalt länger als sechs Monate an, so darf jede Partei den Vertrag unter Einhaltung der Frist gemäß Ziffer 26.3.1b) kündigen.
- c) Als "Höhere Gewalt" im Sinne dieses Vertrages gelten alle unvorhersehbaren Ereignisse oder solche Ereignisse, die außerhalb des Einflussvermögens der Parteien liegen und deren Auswirkungen auf die Vertragserfüllung durch zumutbare Bemühungen der Parteien nicht verhindert werden können, insbesondere:
 - aa) (erklärter und unerklärter) Krieg, kriegsähnlicher Zustand, terroristische Akte, Aufruhr, Revolution, Rebellion, Militär- oder Zivilputsch, Aufstand, Tumult, Ausschreitungen,
 - bb) Blockade, Embargo,
 - cc) Sabotageakte,

Seite 156 von 210

Linklaters

- dd) Streik oder Aussperrung im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland,
- ee) Epidemien,
- ff) nukleare Explosionen oder Kernschmelze, radioaktive, biologische oder chemische Verseuchung,
- gg) Feuerschäden,
- hh) Überschwemmungen, Sturmfluten, Orkane oder andere Unwetter im Ausmaß einer Katastrophe, Erdbeben, Erdrutsche, Blitzschläge und
- ii) allgemeine Versorgungsengpässe,

jeweils sofern und soweit sich diese Ereignisse auf das Infrastrukturabgabenerhebungssystem derart auswirken, dass die weitere Errichtung und/oder der (Weiter-)Betrieb des Infrastrukturabgabenerhebungssystems insgesamt (und nicht nur einzelner seiner Teile) als schlechterdings nicht mehr möglich oder nicht mehr zumutbar anzusehen ist.

26.3.7 Fristen und Verfahren

- a) Innerhalb von sechs Wochen, nachdem eine Partei von einem Kündigungsgrund Kenntnis erlangt, ist diese verpflichtet, der anderen Partei eine Mitteilung zu senden, in der sie die andere Partei auffordert, den Kündigungsgrund innerhalb einer Heilungsfrist von acht Wochen, sofern in diesem Vertrag nicht eine andere Frist bestimmt ist, zu beseitigen.
- b) Vorstehende lit. a) gilt nicht (i) bei Höherer Gewalt, (ii) in den Fällen der Ziffern 26.3.4b), 26.3.4c), 26.3.4d), 26.3.4e), 26.3.4h), 26.3.4j), 26.3.4k), 26.3.4l), 26.3.4s), 26.3.4t), 26.3.4u) und 26.3.4v), und (iii) falls die betreffende Partei die Beseitigung ernsthaft und endgültig i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB verweigert hat.
- c) Die Kündigung ist,
 - aa) für den Fall der Kündigung durch den Auftraggeber, sofern eine Heilungsfrist gemäß dieser Ziffer 26.3.7 erforderlich ist, innerhalb von vier Monaten nach Zugang der Aufforderungsmitteilung zur Heilung, im Übrigen innerhalb von vier Monaten ab Kenntnis des Auftraggebers vom Vorliegen des Kündigungsgrundes; dies gilt nicht für den Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4v), für den keine Ausübungsfrist nach dieser lit. aa) besteht; und
 - bb) für den Fall der Kündigung durch die Betreiberparteien, sofern eine Heilungsfrist gemäß dieser Ziffer 26.3.7 erforderlich ist, innerhalb von vier Monaten nach Zugang der Aufforderungsmitteilung zur Heilung, im Übrigen innerhalb von vier Monaten ab Kenntnis des Betreibers vom Vorliegen des Kündigungsgrundes

Seite 157 von 210

Linklaters

- a) Zu den Transitionsleistungen zählen insbesondere, aber nicht abschließend folgende Leistungen:
 - aa) Systemwartung und Bugfixing (Hypercare);
 - bb) Datenmigration;
 - cc) Unterstützung bei Verträgen mit Zahlstellenbetreibern und anderen Dritten;
 - dd) Bereitstellung von Personal zu Schulungszwecken;
 - ee) Kooperation in Schnittstellenbereichen, insbesondere zu dem Nachfolgenden Betreiber; und
 - ff) Weitere Unterstützungsleistungen bei Bedarf und nach Aufforderung durch den Auftraggeber.
- b) Der Betreiber schuldet die Erbringung von Transitionsleistungen bis zu zwölf Monate nach Vertragsende.
- c) Die Transitionsleistungen werden nach Ziffer 20.9.2 vergütet. Der Betreiber wird die Transitionsleistungen mit angemessenem und marktüblichem Aufwand erbringen. Einzelheiten zum Gegenstand und Ablauf der Transition und der Transitionsleistungen (einschließlich der Festlegung eines Transition-Plans) ergeben sich aus dem Überleitungskonzept sowie aus Anlage 30.4.

30.4.3 Der Betreiber ist verpflichtet, mit den Transitionleistungen jederzeit nach schriftlicher Aufforderung durch den Auftraggeber zu beginnen.

30.5 Auseinandersetzung / Entschädigung

30.5.1 Wenn, nachdem eine Partei eine Erklärung zur Kündigung dieses Vertrages abgegeben hat, das Dispute Adjudication Board (vgl. Ziffer 35.3), das Schiedsgericht (vgl. Ziffer 35.4) oder ein sonst für die Beilegung eines Streits zwischen den Parteien zuständiges (ordentliches) Gericht rechtskräftig feststellt, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung nicht vorlagen ("Vermeintliche Kündigung"), berührt dies die Wirksamkeit einer etwaig ausgeübten Call Option bzw. eines etwaig angenommenen Angebots Dritterwerb, die in Folge dessen gemäß Ziffer 28.5.3 oder Ziffer 28.5.4 bzw. Ziffer 29.6.6 oder Ziffer 29.6.7 eingetretene Beendigung dieses Vertrages sowie die Wirksamkeit eines abgeschlossenen Anteilskaufvertrages oder Kaufvertrages über Vermögensgegenstände nicht. Weder das ursprüngliche Fehlen der Voraussetzungen für die Kündigung noch die Feststellung dieses Fehlens ist ein Grund, um vom Anteilskaufvertrag oder einem Kaufvertrag über Vermögensgegenstände zurückzutreten oder diesen anderweitig rückabzuwickeln oder um diesen Vertrag wieder aufleben zu lassen.

Seite 177 von 210

Linklaters

- 30.5.2 Im Falle einer Vermeintlichen Kündigung richtet sich der in Folge einer Ausübung der Call Option bzw. einer Annahme des Angebots Dritterwerb geschuldete Kaufpreis nach der in Anbetracht der Person des Kündigenden und des vermeintlichen Kündigungsgrundes einschlägigen Fallgruppe für eine Vermeintliche Kündigung in Anlage 28.4.1 Teil B bzw. Anlage 29.5.1.
- 30.5.3 In jedem Fall einer Kündigung dieses Vertrages (einschließlich einer Vermeintlichen Kündigung) mit Ausübung der Call Option bzw. Annahme des Angebots Dritterwerb werden etwaige Schäden der Betreiberparteien pauschal vollständig durch den in Folge der Ausübung der Call Option bzw. der Annahme des Angebots Dritterwerb zu zahlenden Kaufpreis abgegolten, soweit dieser Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche der Betreiberparteien aufgrund der (Vermeintlichen) Kündigung oder der Ausübung der Call Option oder der Annahme des Angebots Dritterwerbs sind ausgeschlossen; dies gilt jedoch nicht für Ansprüche aufgrund vorsätzlichen Handelns des Auftraggebers.
- 30.5.4 (i) Kündigt der Auftraggeber den Vertrag gemäß Ziffer 26.3.4e), Ziffer 26.3.4s), sofern es sich bei dem Kontrollwechsel um einen Unvermeidbaren Kontrollwechsel (wie in Anlage 28.4.1 Teil B definiert) handelt, oder Ziffer 26.3.4v), jeweils ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 erfüllt ist, oder erklärt der Auftraggeber die Kündigung des Vertrages im Fall einer Vermeintlichen Kündigung oder kündigen die Betreiberparteien den Vertrag berechtigt gemäß Ziffer 26.3.5 und (ii) handelt es sich dabei jeweils um einen Fall der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung), hat der Betreiber Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises, wie er sich auf Basis der Anlage 29.5.1 ergeben würde, wenn ein Angebot Dritterwerb Aktiva angenommen worden wäre; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was die Betreiberparteien infolge der Beendigung des Vertrages an Aufwendungen ersparen oder durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen (einschließlich der Verwendung in Verbundenen Unternehmen) erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen. Außerdem gilt Ziffer 20.9.1e) entsprechend. Der Betreiber hat detailliert dazu vorzutragen und zu beziffern, was er sich anrechnen lässt und was nicht und jegliche Nichtanrechnung detailliert zu begründen. Darüberhinausgehende Ansprüche der Betreiberparteien sind ausgeschlossen, soweit dieser Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder vorsätzliches Handeln des Auftraggebers den Anspruch begründet. In anderen Fällen der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung) haben die Betreiberparteien keine Schadensersatz- oder sonstigen Ansprüche gegen den Auftraggeber.
- 30.5.5 Erklären die Betreiberparteien die Kündigung des Vertrages und liegt ein Fall der Vermeintlichen Kündigung vor oder kündigt der Auftraggeber den Vertrag berechtigt gemäß Ziffer 26.3.4, jedoch nicht (nur) gemäß Ziffer 26.3.4e), Ziffer 26.3.4s), sofern es sich bei dem Kontrollwechsel um einen Unvermeidbaren Kontrollwechsel (wie in Anlage 28.4.1 Teil B definiert) handelt, oder Ziffer 26.3.4v), haben die Betreiberparteien unabhängig davon, ob (i) eine Call Option ausgeübt bzw. ein Angebot Dritterwerb angenommen wurde, oder (ii) ein Fall der Beendigung ohne Übernahme (einschließlich aufgrund Vermeintlicher Kündigung) vorliegt, neben einem

Seite 178 von 210

Linklaters

ggf. bestehenden Anspruch auf Kaufpreis keine Schadensersatz- oder sonstigen Ansprüche gegen den Auftraggeber. Dagegen hat der Auftraggeber in diesen Fällen Anspruch auf Schadensersatz gemäß den gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere Anspruch auf Ersatz etwaig entgangener Einnahmen aus der Erhebung der Infrastrukturabgabe sowie Anspruch auf Ersatz der zusätzlichen Aufwendungen, die dem Auftraggeber infolge einer etwaigen vorzeitigen Übernahme des Betreibers oder bestimmter seiner Vermögensgegenstände entstehen; die Betreiberparteien haften dem Auftraggeber gegenüber gesamtschuldnerisch.

30.5.6 Kündigt eine Partei den Vertrag wegen Höherer Gewalt gemäß Ziffer 26.3.6, sind sämtliche Ansprüche der Parteien gegeneinander auf Ersatz etwaiger infolge der Kündigung wegen Höherer Gewalt eingetretener Schäden ausgeschlossen. Kommt es infolge einer solchen Kündigung zu einer Ausübungsmitteilung Anteilserwerb oder einer Ausübungsmitteilung Aktiva-Erwerb, hat die jeweilige Betreiberpartei Anspruch auf den Kaufpreis gemäß Anlage 28.4.1 Teil B bzw. Anlage 29.5.1.

30.5.7 Etwaige Ansprüche auf Vergütung im Falle einer Ausübung der Option Abwicklung und/oder der Option Transition gemäß Ziffer 5.5.5 i.V.m. Ziffer 20.9 bleiben unberührt.

31. HAFTUNG, VERKEHRSSICHERUNGSPFLICHT, FREISTELLUNGEN

31.1 Haftung des Betreibers

31.1.1 Verschuldensabhängige Haftung

Der Betreiber haftet gegenüber dem Auftraggeber für alle durch ihn, seine gesetzlichen Vertreter, seine Mitarbeiter oder seine Erfüllungsgehilfen, insbesondere Unterauftragnehmer, schuldhaft (fahrlässig oder vorsätzlich) verursachten Pflichtverletzungen. Wenn und soweit eine Pflichtverletzung (auch) auf einer Unterbliebenen Mitwirkung beruht, gilt sie in diesem Umfang als nicht vom Betreiber zu vertreten.

31.1.2 Verschuldensunabhängige Haftung

Bei Verstoß gegen Garantien haftet der Betreiber (vorbehaltlich eines Falls der Unterbliebenen Mitwirkung) verschuldensunabhängig.

31.1.3 Haftungsbegrenzungen

a) Die Haftung des Betreibers aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag (einschließlich des Kaufvertrages über Vermögensgegenstände gemäß Ziffer 29.6.1) für die Verletzung von Garantien, Pflichtverletzungen sowie die Verwirkung von Vertragsstrafen und Freistellungen ist vorbehaltlich der Ziffer 31.1.4 der Höhe nach begrenzt auf:

aa) EUR 300 Mio. (in Worten: dreihundert Millionen Euro) für haftungsbegründende Ereignisse, die zwischen Vertragsbeginn und dem Ablauf des ersten Betriebsjahres eintreten;

Seite 179 von 210

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

ANLAGE 28.4.1 KAUFPREIS GESCHÄFTSANTEILSERWERB

Der Kaufpreis für die Geschäftsanteile an dem Betreiber einschließlich aller mitverkauften Ansprüche und Rechte bestimmt sich nach (i) den Allgemeinen Grundsätzen für die Unternehmensbewertung in nachstehendem Teil A sowie (ii) der jeweils einschlägigen Fallvariante in nachstehendem Teil B.

Teil A – Allgemeine Grundsätze für die Unternehmensbewertung

1. Der objektivierte Gesamtunternehmenswert (*Bruttounternehmenswert, Enterprise Value*) des Betreibers wird mit Hilfe der Discounted Cash-Flow Methode (DCF) auf Basis der Bruttokapitalisierung (WACC-Ansatz) als objektivierter Unternehmenswert gemäß den Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) (IDW S 1) in der zum Bewertungsstichtag aktuellen Fassung ermittelt ("Bruttounternehmenswert").

Der Bewertungsstichtag ist der in Anlage 28.5.1 als "Stichtag" definierte Tag.

2. Der Bruttounternehmenswert wird um folgende Positionen angepasst:

Bruttounternehmenswert

- a) zuzüglich der Summe der Barmittel zum Bewertungsstichtag;
- b) abzüglich der Summe der Finanzverbindlichkeiten zum Bewertungsstichtag;
- c) zuzüglich des Betrages, um den das Nettoumlaufvermögen zum Bewertungsstichtag den Referenzbetrag übersteigt bzw. abzüglich des Betrages, um den das Nettoumlaufvermögen zum Bewertungsstichtag den Referenzbetrag unterschreitet. Der "Referenzbetrag" wird als Durchschnittswert des Nettoumlaufvermögens der letzten drei Bilanzstichtage vor dem Bewertungsstichtag ermittelt. Sofern keine Werte für drei Bilanzstichtage verfügbar sind, werden die Werte der verfügbaren Bilanzstichtage herangezogen.

= Nettounternehmenswert (im Folgenden "Equity Value").

Soweit Teile der vorgenannten Bilanzpositionen oder sich aus den Bilanzpositionen ergebenden Werte bereits in der Berechnung des Bruttounternehmenswerts berücksichtigt worden sind, werden sie im Zuge der Anpassung gemäß dieser Ziffer 2 nicht noch einmal berücksichtigt.

Der Equity Value und entsprechend der Kaufpreis kann auch negativ sein; Ziffer 31.2 des Vertrages bleibt unberührt.

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

3. Für die Zwecke der Ziffer 2 gelten folgende Definitionen:

"Barmittel" sind:

- a) Kassenbestand, Bundesbankguthaben, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks i. S. d. § 266 Abs. 2 lit. B IV HGB;
- b) sonstige Wertpapiere i. S. d. § 266 Abs. 2 lit. B III Nr. 2 HGB;
- c) Forderungen auf Erstattung von Ertragssteuern für vergangene Perioden i. S. d. § 266 Abs. 2 lit. B. II Nr. 4 HGB; sowie
- d) etwaige Forderungen des Betreibers auf Verlustausgleich nach § 302 AktG analog.

"Finanzverbindlichkeiten" sind:

- a) Anleihen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 1 HGB und Verbindlichkeiten aus Gewinn-, Wandel-, Options- und sonstigen Schuldverschreibungen sowie Genussscheine jeder Art;
- b) Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 2 HGB;
- c) Wechselverbindlichkeiten i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 5 HGB mit Ausnahme von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen;
- d) Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 6 HGB, mit Ausnahme von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen;
- e) Verbindlichkeiten gegenüber Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 7 HGB, mit Ausnahme von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen;
- f) sonstige Verbindlichkeiten i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 8 HGB, sofern sie nicht dem operativen Betrieb zuzuordnen sind, insbesondere aus Steuern für vergangene Perioden sowie Garantien und Einstandsverpflichtungen, sofern nicht bereits unter einer der vorstehenden Positionen 3. a) bis 3. e) erfasst, einschließlich einer etwaig noch bestehenden Verpflichtung des Betreibers zur Gewinnabführung nach § 301 AktG analog, aber im Übrigen mit Ausnahme von Verbindlichkeiten zur Zahlung von noch nicht ausgeschütteten Gewinnen sowie von Verbindlichkeiten aus Rückgriffsansprüchen;
- g) Rückstellungen für Pensionen und ähnliche Verpflichtungen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. B Nr. 1 HGB;

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

- h) Rückstellungen für Ertragsteuern vergangener Perioden i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. B Nr. 2 HGB; sowie
- i) Positionen – über die in 3. a) bis 3. h) genannten Positionen hinaus –, die wirtschaftlich einer Verbindlichkeit aus einer Darlehensaufnahme oder einer sonstigen Finanzierungsform gleichkommen, einschließlich drohende Verluste aus Derivaten, sowie sonstige finanzielle Verpflichtungen, Verbindlichkeiten, Rückstellungen und Eventualverbindlichkeiten mit Ausnahme von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen.

"Nettoumlaufvermögen" bedeutet:

die Summe aus:

- a) Vorräten i.S.d. § 266 Abs. 2 lit. B I HGB;
- b) Forderungen aus Lieferungen und Leistungen i. S. d. § 266 Abs. 2 lit. B II Nr. 1 HGB;
- c) sonstigen Vermögensgegenständen i. S. d. § 266 Abs. 2 lit. B II Nr. 4 HGB, soweit nicht bereits als Barmittel erfasst; und
- d) Rechnungsabgrenzungsposten i. S. d. § 266 Abs. 2 lit. C HGB;

abzüglich der Summe von:

- a) erhaltenen Anzahlungen auf Bestellungen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 3 HGB;
 - b) Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 4 HGB, einschließlich solcher gegenüber verbundenen Unternehmen und gegenüber Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht;
 - c) sonstigen Verbindlichkeiten i.S.d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 8 HGB, sofern nicht bereits als Finanzverbindlichkeit erfasst;
 - d) Rückstellungen, soweit nicht bereits als Finanzverbindlichkeit erfasst; und
 - e) Rechnungsabgrenzungsposten i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. D HGB.
4. Bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswertes ist die Restlaufzeit des Vertrages bis zum Ende der Ordentlichen Laufzeit (bzw. etwaiger Verlängerungszeiträume) zugrunde zu legen; eine etwaige Kündigung des Vertrages bleibt hierbei unberücksichtigt. Die Parteien stellen klar, dass etwaige für die Zeit im Anschluss an die Laufzeit des Vertrages (inklusive etwaig ausgeübter Verlängerungsoptionen) abzuschließende bzw. abgeschlossene Verträge nicht werterhöhend berücksichtigt werden, auch nicht, wenn sie der Betreiber nach Vollzug der Call-Option unter einem neuen Gesellschafter schließt.

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

5. Der Betreiber ist frei von zinstragenden Finanzverbindlichkeiten, Zinssicherungsgeschäften und vergleichbaren Finanzderivaten zu übertragen und das Nettoumlaufvermögen hat zum Bewertungsstichtag eine für den Geschäftsbetrieb angemessene Höhe aufzuweisen. Soweit der Betreiber mit zinstragenden Finanzverbindlichkeiten, Zinssicherungsgeschäften und vergleichbaren Finanzderivaten übertragen wird, ist ein Abschlag auf den Equity Value vorzunehmen, indem diese Finanzverbindlichkeiten und negativen Derivatwerte abweichend von der unter Ziffer 2. angegebenen Basisformel mit dem Faktor 1,1 berücksichtigt werden. Bezogen auf die nachfolgend in Teil B dargestellten Fälle kommt dieser Faktor 1,1 jedoch nicht in den Fällen 1, 2b), 3, 4, 6a) und 7a) zur Anwendung.
6. Abweichend von Ziffer 3 werden etwaige Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten oder drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, die sich im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtungen der Option Transition ergeben, weder als Finanzverbindlichkeiten noch als Abzugsposten im Nettoumlaufvermögen erfasst. Die Parteien stellen klar, dass Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten oder drohende Verluste weder in Bezug auf eine etwaige Liquidation des Betreibers noch für den Grundsätzen von § 648 Satz 2 BGB entsprechende Regelungen in zum Bewertungsstichtag nicht gekündigten Unterauftragnehmerverträgen, die im Einklang mit Ziffer 14.4.15c) des Vertrages vereinbart wurden, zu berücksichtigen sind.
7. Ansprüche des Auftraggebers gegen den Betreiber auf Schadensersatz in Geld sowie Zahlung von Vertragsstrafen, die von der Zahlungsgarantie des Gesellschafters nach Ziffer 17.2 des Vertrages umfasst sind, werden abweichend von Ziffer 3 weder als Finanzverbindlichkeiten noch als Abzugsposten im Nettoumlaufvermögen erfasst. Vorbehaltlich abweichender Regelungen in Teil B dieser Anlage 28.4.1 ist der Auftraggeber im Rahmen von Ziffer 4.7 des Anteilskaufvertrages berechtigt, insoweit gegen seine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung mit etwaigen Ansprüchen aus der Zahlungsgarantie, die der Erfüllung von gegen den Betreiber gerichteten Schadensersatzansprüchen bzw. Vertragsstrafen dienen, aufzurechnen, wie unter Berücksichtigung des Betrages der Kaufpreisforderung, der durch die Aufrechnung erlischt, die Haftungsobergrenze aus Ziffer 31.2 des Vertrages nicht überschritten wird. Im Falle der Annahme des Angebots Dritterwerb Anteile haben die Parteien Ziffer 4.4.3 des Anteilskaufvertrages und im Falle der Annahme des Angebots Dritterwerb Aktiva Ziffer 5.4.3 des Kaufvertrages über Vermögensgegenstände dahingehend anzupassen, dass der Dritterwerber verpflichtet ist, den entsprechenden Betrag der Kaufpreisforderung nicht auf ein Konto des jeweiligen Verkäufers, sondern auf ein Konto des Auftraggebers zu zahlen. Im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem jeweiligen Verkäufer stellt die Zahlung des Dritterwerbers eine Leistung gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.
8. Der Bruttounternehmenswert und der Equity Value werden nach näherer Maßgabe der Ziffer 4.3 in Anlage 28.5.1 (bzw. Ziffer 5.3 in Anlage 29.6.1) durch die Stichtagsprüfungsgesellschaft (wie in Ziffer 4.4.1c) der Anlage 28.5.1 bzw. Ziffer 5.3.1c) der Anlage 29.6.1 definiert) bestimmt, die die Funktion eines neutralen Gutachters einnimmt.

Linklaters

AZ: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

Basis der Unternehmensbewertung durch die Stichtagsprüfungsgesellschaft bildet das dann aktuelle Finanzmodell (wie in Ziffer 12.2.4b) des Vertrages definiert), das von dem Betreiber nach Maßgabe der nachfolgenden Sätze fortzuentwickeln ist. Der Planungszeitraum des Finanzmodells umfasst alle (Rumpf-) Perioden vom Bewertungsstichtag bis zum Ende der Ordentlichen Laufzeit des Vertrages (bzw. etwaiger Verlängerungszeiträume). Das Finanzmodell setzt auf einer nach näherer Maßgabe des Anteilskaufvertrages (bzw. des Kaufvertrages über Vermögensgegenstände) zu erstellenden und von der Stichtagsprüfungsgesellschaft zu testierenden Stichtagsbilanz auf und ist unter der Annahme zu erstellen, dass keine Kündigung des Vertrages erfolgt wäre.

Führen oder führten Nicht- bzw. Schlechtleistungen des Betreibers sowie sonstige in dem Vertrag vorgesehene Tatbestände zu Vertragsstrafen und/oder Vergütungsminderungen im laufenden Geschäftsjahr oder in den dem Bewertungsstichtag vorausgegangenen zwei Geschäftsjahren, so ist für Zwecke des Finanzmodells und der darauf basierenden Bestimmung des Bruttounternehmenswerts und des Equity Value grundsätzlich und für jeden der nachfolgend unterschiedenen Fälle zu unterstellen, dass entsprechende Mindereinnahmen / Mehrausgaben auch bis zum Ende des Planungszeitraumes angefallen wären, es sei denn, es handelte sich bei der Nicht- bzw. Schlechtleistung oder der Erfüllung der sonstigen vorgenannten Tatbestände jeweils um ein einmaliges Ereignis, für das es insbesondere aufgrund von durch den Betreiber bereits umgesetzter Maßnahmen überwiegend wahrscheinlich erscheint, dass es nicht wieder auftreten wird. Abweichend von IDW S1 scheidet im Fall gemäß dem vorstehenden Satz zu berücksichtigender Nicht- bzw. Schlechtleistungen, Vertragsstrafen und/oder Vergütungsminderungen der Liquidationswert als objektiver Unternehmenswert aus, auch dann, wenn dieser den Fortführungswert übersteigt.

Teil B – Fallvarianten

1. FALL 1 – ANTEILSERWERB WÄHREND VERTRAGSLAUFZEIT OHNE KÜNDIGUNGSGRUND

Für den Fall, dass der Auftraggeber eine Ausübungsmitteilung Anteliserwerb gemäß Ziffer 28.3.1b) oder Ziffer 28.3.1c) abgibt und der Vertrag gemäß Ziffer 28.5.4 vor Ablauf der Ordentlichen Laufzeit des Vertrages (bzw. vor Ablauf eines etwaigen Verlängerungszeitraums) endet, ist der Kaufpreis der Equity Value.

2. FALL 2 – KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER

Für den Fall, dass der Auftraggeber den Vertrag aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.4 (Kündigung durch den Auftraggeber) oder aufgrund eines von einer Betreiberpartei zu vertretenden, nicht in Ziffer 26.3.4 genannten wichtigen Grundes kündigt, ist der Kaufpreis

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

- a) im Falle der Kündigung des Auftraggebers bei Vorliegen eines oder mehrerer der Kündigungsgründe in Ziffer 26.3.4a) (verspätete Feinplanungsdokumentation bzw. Erklärung der Testbereitschaft), b) (verspätete Erklärung der Bereitschaft zum Probebetrieb), c) (Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben), d) (verspätetes Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der VBE hinsichtlich des Infrastrukturabgabenerhebungssystems), f) (nicht diskriminierungsfreie Erhebung, Verletzung von Vorgaben zu physischen Zahlstellen), g) (Abweichung von der Feinplanungsdokumentation), h) (längerfristige Fehlfunktion des Infrastrukturabgabenerhebungssystems), i) (verspätetes Erreichen des Financial Close), k) (wiederholtes Vorliegen der Voraussetzungen der sofortigen Vollstreckung), l) (Verstoß gegen Zustimmungsvorbehalte), m) (Verzug hinsichtlich der Patronatserklärung), n) (wiederholtes Nichtgewähren von Kontroll-, Einsichts- oder Zutrittsrechten), q) (mangelnder Versicherungsschutz) und r) (vertragswidrige Beauftragung von Unteraufnehmern) der niedrigere Betrag aus:
- aa) 100% des bilanziellen Eigenkapitals des Betreibers und
 - bb) dem Equity Value. Als Sanktionsmechanismus gelangt darüber hinaus bei der Ableitung des Bruttounternehmenswertes *ceteris paribus* ein höherer Diskontierungszinssatz zur Anwendung. Hierzu wird der stichtagsbezogene Basiszinssatz zur Ableitung der gewogenen Kapitalkosten (WACC) um einen Prozentpunkt erhöht;
- b) im Falle einer Kündigung des Auftraggebers ausschließlich aufgrund des Kündigungsgrundes (i) in Ziffer 26.3.4e) (Long Stop Beginn der Erhebung), (ii) in Ziffer 26.3.4v) (ordnungspolitische Gründe) und/oder (iii) in Ziffer 26.3.4s) (b) (Wechsel des wirtschaftlich Berechtigten wegen Kontrollertlangung nach § 29 Abs. 2 WpÜG), sofern die Betreiberparteien die Kontrollertlangung nicht unterstützt haben ("Unvermeidbarer Kontrollwechsel"), jeweils ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 erfüllt ist, der Equity Value; sowie
- c) im Falle der Kündigung des Auftraggebers aufgrund eines oder mehrerer anderer Kündigungsgründe, ohne dass ein Fall von lit. a) oder lit. b) dieses Fall 2 vorliegt, der Equity Value, wobei als Sanktionsmechanismus der Bruttounternehmenswert in Übereinstimmung mit der Regelung in lit. a) bb) dieses Fall 2 berechnet wird.

Soweit einschlägig, ist zudem außer im Falle einer Kündigung gemäß lit. b) dieses Fall 2 der Abschlag gemäß Teil A Ziffer 5 vorzunehmen.

Erfolgt die Kündigung aus einem oder mehreren der in lit. a) dieses Fall 2 genannten Gründe vor Beginn der Erhebung, gilt für die Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Gesellschafter aus der Zahlungsgarantie gemäß Ziffer 17.2 des Vertrages zur Erfüllung von gegen den Betreiber gerichteten Schadensersatz- und Vertragsstrafenansprüchen Folgendes:

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

- d) Soweit der Auftraggeber Ansprüche aus der Zahlungsgarantie durch Aufrechnung gegen den Kaufpreisanspruch des Gesellschafters befriedigt, gilt in Abweichung von Teil A Ziffer 7 die Haftungsbegrenzung gemäß Ziffer 31.2 des Vertrages nicht; und
- e) die Aufrechnung ist unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Ziffer 4.7 des Anteilskaufvertrages zulässig.

3. FALL 3 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER

Für den Fall, dass der Auftraggeber die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.4 (*Kündigung durch den Auftraggeber*) erklärt, dies sich jedoch als Vermeintliche Kündigung herausstellt, ist der Kaufpreis der Equity Value.

Der Erwerber hat dem Gesellschafter den Differenzbetrag zwischen dem zunächst gemäß dem vermeintlich anwendbaren Fall 2 gezahlten Betrag und dem Equity Value nachträglich zu bezahlen. Der Differenzbetrag wird für den Zeitraum zwischen den Fälligkeiten der jeweiligen Zahlungen mit drei Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz, mindestens jedoch mit 2% p.a. verzinst.

4. FALL 4 – KÜNDIGUNG BETREIBER

Für den Fall, dass die Betreiberparteien den Vertrag aus wichtigem Grund, insbesondere gemäß Ziffer 26.3.5 a) (*keine Wiederaufnahme der Leistungen nach Unterbrechung*) kündigen, ist der Kaufpreis vorbehaltlich der Regelung im nächsten Absatz der Equity Value.

Für den Fall, dass der Betreiber den Vertrag aufgrund des Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.5b) kündigt und ein Wegfall der Geschäftsgrundlage deshalb anzunehmen ist, weil der Betreiber in Bezug auf die Vergabe von Unterauftragnehmerleistungen als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB ("Öffentlicher Auftraggeber") zu qualifizieren ist, ist der Kaufpreis der niedrigere Betrag aus:

- a) dem Equity Value und
- b) dem Betrag, der erforderlich ist, um die Betreiberparteien so zu stellen, wie sie stünden, wenn sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätten (negatives Interesse).

5. FALL 5 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG BETREIBER

Für den Fall, dass die Betreiberparteien die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.5 (*Kündigung durch den Betreiber*) oder sonst aus einem wichtigen Grund erklären, dies sich jedoch als Vermeintliche Kündigung herausstellt, ist der Kaufpreis der für Fall 2 lit. a) bestimmte Betrag. Die in Fall 2 enthaltenen Regelungen zu Aufrechnungsmöglichkeiten gelten entsprechend, sofern die Vermeintliche Kündigung vor Beginn der Erhebung erklärt wird.

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

Der Gesellschafter hat dem Erwerber den Differenzbetrag zwischen dem zunächst gemäß dem vermeintlich anwendbaren Fall 4 gezahlten Betrag und dem gemäß Fall 5 zu zahlenden Betrag nachträglich zu erstatten. Der Differenzbetrag wird für den Zeitraum zwischen den Fälligkeiten der jeweiligen Zahlungen mit drei Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz, mindestens jedoch mit 2% p.a. verzinst.

6. FALL 6 – HÖHERE GEWALT

Für den Fall, dass eine der Parteien den Vertrag aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.6 (*Kündigung aufgrund Höherer Gewalt*) kündigt, ist der Kaufpreis der Equity Value abzüglich eines Abschlags auf den Equity Value in Abhängigkeit von der Restlaufzeit des Vertrages bis zum Ablauf der Ordentlichen Laufzeit. Der zeitabhängige Abschlag beträgt:

- a) im Falle der Kündigung durch den Auftraggeber 20% bis zum Zeitpunkt des Beginns der Erhebung und verringert sich um 5/3 (fünf Drittel) Prozentpunkte für jedes (weitere) angebrochene Jahr bis zum Ablauf der Ordentlichen Laufzeit; und
- b) im Falle der Kündigung durch die Betreiberparteien 30% bis zum Zeitpunkt des Beginns der Erhebung und verringert sich um 5/2 (fünf Halbe) Prozentpunkte für jedes (weitere) angebrochene Jahr bis zum Ablauf der Ordentlichen Laufzeit. Soweit einschlägig, ist zudem der Abschlag gemäß Teil A Ziffer 5 vorzunehmen.

7. FALL 7 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG HÖHERE GEWALT

Für den Fall, dass eine der Parteien die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.6 (*Kündigung aufgrund Höherer Gewalt*) erklärt, dies sich jedoch als Vermeintliche Kündigung herausstellt, gilt Folgendes:

- a) Hat der Auftraggeber die Kündigung erklärt, so gelten die Regelungen gemäß Fall 3 entsprechend.
- b) Haben die Betreiberparteien die Kündigung erklärt, so gelten die Regelungen gemäß Fall 5 entsprechend.

8. FALL 8 – ABLAUF ORDENTLICHE LAUFZEIT BZW. VERLÄNGERUNGSZEITRAUM

Für den Fall, dass das in der Ausübungsmitteilung Anteilserwerb gemäß Ziffer 28.3.1b) oder Ziffer 28.3.1c) angegebene Datum der Tag des Ablaufs der Ordentlichen Laufzeit bzw. eines etwaigen Verlängerungszeitraumes ist, ist der Kaufpreis der Equity Value. Die Parteien stellen klar, dass auch in diesem Fall die Regelungen in Anlage 28.4.1 Teil A Ziffer 4 zu beachten sind mit der Folge, dass der Bruttounternehmenswert EUR 0 (null Euro) beträgt.

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

ANLAGE 29.5.1 KAUFPREIS UND ERSATZANSPRÜCHE AKTIVA-ERWERB

Der Kaufpreis für die Vermögensgegenstände bestimmt sich nach der jeweils einschlägigen Fallvariante wie folgt. Die Allgemeinen Grundsätze der Unternehmensbewertung gemäß Anlage 28.4.1 Teil A für die Ermittlung der Kaufpreise gelten entsprechend, soweit sie sich auf den Bruttounternehmenswert und nicht auf die auf dessen Basis erfolgende Ableitung des Equity Values beziehen. Die in Anlage 28.4.1 enthaltenen Definitionen gelten auch für diese Anlage 29.5.1, jedoch mit der Maßgabe, dass der Bewertungsstichtag der im Kaufvertrag über Vermögensgegenstände als "Vollzugstag" definierte Tag ist.

Sofern untenstehend in den Fällen 1 bis 8 auf den Bruttounternehmenswert oder auf den Buchwert der erworbenen Vermögensgegenstände abgestellt wird, wird dieser nach der Ermittlung gemäß Anlage 28.4.1 Teil A angepasst, indem Rückstellungen in der Bilanz des Betreibers für Pensionen und ähnliche Verpflichtungen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. B Nr. 1 HGB, Dies gilt nicht, soweit die entsprechenden Pensions- und sonstigen Verpflichtungen beim Verkäufer verbleiben, oder, falls auf den Bruttounternehmenswert abgestellt wird, soweit die entsprechenden Verpflichtungen bereits im Rahmen der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts berücksichtigt worden sind.

1. FALL 1 - AKTIVA-ERWERB WÄHREND VERTRAGSLAUFZEIT OHNE KÜNDIGUNGSGRUND

Für den Fall, dass der Auftraggeber eine Ausübungsmitteilung Aktiva-Erwerb gemäß Ziffer 29.4 i.V.m. Ziffer 28.3.1b) oder Ziffer 28.3.1c) abgibt und der Vertrag gemäß Ziffer 29.6.7 vor Ablauf der Ordentlichen Laufzeit des Vertrages (bzw. etwaiger Verlängerungszeiträume) endet, ist der Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände der Bruttounternehmenswert.

2. FALL 2 - KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER

Für den Fall, dass der Auftraggeber den Vertrag aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.4 (*Kündigung durch den Auftraggeber*) oder aufgrund eines von einer Betreiberpartei zu vertretenden, nicht in Ziffer 26.3.4 genannten wichtigen Grundes kündigt, ist der Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände:

- a) im Falle der Kündigung des Auftraggebers bei Vorliegen eines oder mehrerer der Kündigungsgründe in Ziffer 26.3.4a) (*verspätete Feinplanungsdokumentation bzw. Erklärung der Testbereitschaft*), b) (*verspätete Erklärung der Bereitschaft zum Probetrieb*), c) (*Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben*), d) (*verspätetes Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der VBE hinsichtlich des Infrastrukturabgabenerhebungssystems*), f) (*nicht diskriminierungsfreie Erhebung*, *Verletzung von Vorgaben zu physischen Zahlstellen*), g) (*Abweichung von der Feinplanungsdokumentation*), h) (*längerfristige Fehlfunktion des Infrastrukturabgabenerhebungssystems*), i) (*verspätetes Erreichen des Financial Close*), k) (*wiederholtes Vorliegen der Voraussetzungen der sofortigen*

Linklaters

AZ: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

Vollstreckung). l) (Verstoß gegen Zustimmungsvorbehalte), m) (Verzug hinsichtlich der Patronatserklärung), n) (wiederholtes Nichtgewähren von Kontroll-, Einsichts- oder Zutrittsrechten), q) (mangelnder Versicherungsschutz) und r) (vertragswidrige Beauftragung von Unterauftragnehmern) der niedrigere Betrag aus:

- aa) der Summe der Buchwerte aller erworbenen Vermögensgegenstände des Betreibers zum Stichtag der Wirksamkeit des Erwerbs und
- bb) dem Bruttounternehmenswert. Als Sanktionsmechanismus gelangt darüber hinaus bei der Ableitung des Bruttounternehmenswerts *ceteris paribus* ein höherer Diskontierungzinssatz zur Anwendung. Hierzu wird der stichtagsbezogene Basiszinssatz zur Ableitung der gewogenen Kapitalkosten (WACC) um einen Prozentpunkt erhöht;
- b) im Falle einer Kündigung des Auftraggebers aufgrund des Kündigungsgrundes (i) in Ziffer 26.3.4e) (*Long Stop Beginn der Erhebung*), (ii) in Ziffer 26.3.4v) (*ordnungspolitische Gründe*) und/oder (iii) in Ziffer 26.3.4s) (*Wechsel des wirtschaftlich Berechtigten*), sofern es sich dabei um einen Unvermeidbaren Kontrollwechsel handelt, jeweils ohne dass auch ein anderer Kündigungsgrund gemäß Ziffer 26.3.4 vorliegt, der Bruttounternehmenswert;
- c) im Falle der Kündigung des Auftraggebers aufgrund eines oder mehrerer anderer Kündigungsgründe, ohne dass ein Fall von lit. a) oder lit. b) dieses Fall 2 vorliegt, der Bruttounternehmenswert, wobei als Sanktionsmechanismus der Bruttounternehmenswert in Übereinstimmung mit der Regelung in lit. a) bb) dieses Fall 2 berechnet wird.

Erfolgt die Kündigung aus einem oder mehreren der in lit. a) dieses Fall 2 genannten Gründe vor Beginn der Erhebung, gilt für die Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Betreiber Folgendes:

- d) Soweit der Auftraggeber Ansprüche gegen den Betreiber durch Aufrechnung gegen den Kaufpreisanspruch des Betreibers befriedigt, gilt in Abweichung von Anlage 29.5.1 i.V.m. Anlage 28.4.1 Teil A Ziffer 7 die Haftungsbegrenzung gemäß Ziffer 31.1 des Vertrages nicht; und
- e) die Aufrechnung ist unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Ziffer 5.7 des Kaufvertrages über Vermögensgegenstände zulässig.

3. FALL 3 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER

Für den Fall, dass der Auftraggeber die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.4 (*Kündigung durch den Auftraggeber*) oder aufgrund eines von einer Betreiberpartei zu vertretenden, nicht in Ziffer 26.3.4 genannten wichtigen

Linklaters

AZ: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

Grundes erklärt, dies sich jedoch als Vermeintliche Kündigung herausstellt, ist der Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände der Bruttounternehmenswert.

Der Erwerber hat dem Betreiber den Differenzbetrag zwischen dem zunächst entsprechend dem vermeintlich anwendbaren Fall 2 vereinnahmten Betrag und dem gemäß diesem Fall 3 zu zahlenden Betrag nachträglich zu bezahlen. Der Differenzbetrag wird für den Zeitraum zwischen den Fälligkeiten der jeweiligen Zahlungen mit drei Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz, mindestens jedoch mit 2% p.a. verzinst.

4. FALL 4 – KÜNDIGUNG BETREIBER

Für den Fall, dass die Betreiberparteien den Vertrag aus wichtigem Grund, insbesondere gemäß Ziffer 26.3.5 a) (*Keine Wiederaufnahme der Leistungen nach Unterbrechung*) kündigen, so ist der Kaufpreis vorbehaltlich der Regelung im nächsten Absatz der Bruttounternehmenswert.

Für den Fall, dass die Betreiberparteien den Vertrag aufgrund des Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.5b) kündigen und ein Wegfall der Geschäftsgrundlage allein deshalb anzunehmen ist, weil der Betreiber in Bezug auf die Vergabe von Unterauftragnehmerleistungen als Öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, ist der Kaufpreis der niedrigere Betrag aus:

- a) dem Bruttounternehmenswert und
- b) dem Betrag, der erforderlich ist, um die Betreiberparteien so zu stellen, wie sie stünden, wenn sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätten (negatives Interesse).

5. FALL 5 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG BETREIBER

Für den Fall, dass die Betreiberparteien die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.5 (*Kündigung durch den Betreiber*) oder sonst aus einem wichtigen Grund erklären, dies sich jedoch als Vermeintliche Kündigung herausstellt, ist der Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände der für Fall 2 lit. a) bestimmte Betrag. Die in Fall 2 enthaltenen Regelungen zu Aufrechnungsmöglichkeiten gelten entsprechend, sofern die Vermeintliche Kündigung vor Beginn der Erhebung erklärt wird.

Der Betreiber hat dem Erwerber den Differenzbetrag zwischen dem zunächst vom Erwerber gemäß dem vermeintlich anwendbaren Fall 4 gezahlten Betrag und dem gemäß diesem Fall 5 zu zahlenden Betrag nachträglich zu erstatten. Der Differenzbetrag wird für den Zeitraum zwischen den Fälligkeiten der jeweiligen Zahlungen mit drei Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz, mindestens jedoch mit 2% p.a. verzinst.

Linklaters

AZ.: Z30-SeV/288.3/1735/G14

Anlagen Betreibervertrag Erhebung

V3.1 (Zuschlag/Beurkundung)

6. FALL 6 – HÖHERE GEWALT

Für den Fall, dass eine der Parteien den Vertrag aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.6 (*Kündigung aufgrund höherer Gewalt*) kündigt, ist der Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände der Bruttountermehmenswert abzüglich eines Abschlags auf den Bruttountermehmenswert in Abhängigkeit von der Restlaufzeit des Vertrages bis zum Ablauf der Ordentlichen Laufzeit.

Der zeitabhängige Abschlag beträgt:

- a) im Falle der Kündigung durch den Auftraggeber 20% bis zum Zeitpunkt des Beginns der Erhebung und verringert sich um 5/3 (fünf Drittel) Prozentpunkte für jedes (weitere) angebrochene Jahr bis zum Ablauf der Ordentlichen Laufzeit; und
- b) im Falle der Kündigung durch eine Betreiberpartei 30% bis zum Zeitpunkt des Beginns der Erhebung und verringert sich um 5/2 (fünf Halbe) Prozentpunkte für jedes (weitere) angebrochene Jahr bis zum Ablauf der Ordentlichen Laufzeit.

7. FALL 7 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG HÖHERE GEWALT

Für den Fall, dass eine der Parteien die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziffer 26.3.5 (*Kündigung aufgrund höherer Gewalt*) erklärt, dies sich jedoch als Vermeintliche Kündigung herausstellt, gilt Folgendes:

- a) Hat der Auftraggeber die Kündigung erklärt, so gelten die Regelungen gemäß Fall 3 entsprechend.
- b) Haben die Betreiberparteien die Kündigung erklärt, so gelten die Regelungen gemäß Fall 5 entsprechend.

8. FALL 8 – ABLAUF ORDENTLICHE LAUFZEIT BZW. VERLÄNGERUNGSZEITRAUM

Für den Fall, dass das in der Ausübungsmittellung Aktiva-Erwerb gemäß Ziffer 29.4 i.V.m. Ziffer 28.3.1b) oder Ziffer 28.3.1c) angegebene Datum der Tag des Ablaufs der Ordentlichen Laufzeit bzw. eines etwaigen Verlängerungszeitraumes ist, ist der Kaufpreis der Bruttountermehmenswert. Die Parteien stellen klar, dass auch in diesem Fall die Regelungen in Anlage 29.5.1 i.V.m. Anlage 28.4.1 Teil A Ziffer 4 zu beachten sind mit der Folge, dass der Bruttountermehmenswert EUR 0 (null Euro) beträgt.