

Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.
Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Alexander Wichmann
W2K Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Kaiser-Joseph-Str. 247, 79098 Freiburg

Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Dr. rer. Oec. Irg Müller
NS⁺P Dr. Neumann, Schmeer und Partner
Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Karmeliterstr. 6, 52064 Aachen

Freiburg/Aachen, 02. September 2019

Rechtliches Kurzgutachten

**zur Risikovorsorge im PKW-Maut-Betreibervertrag vom 30.12.2018
für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung**

**erstellt im Auftrag der
Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen**

Gliederung

A. Management Summary	4
B. Gegenstand des Gutachtens	8
I. Sachverhalt	8
1. PKW-Mautgesetzgebung	8
2. Europarechtliche Bedenken.....	8
3. Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission	9
4. Klage der Republik Österreich.....	9
5. Einleitung von Vergabeverfahren durch das BMVI.....	9
6. Abschluss des Kontroll- und des Betreibervertrags	10
7. Feststellung der Europarechtswidrigkeit durch den EuGH.....	10
8. Kündigung des Maut-Kontroll- und des Mautbetreibervertrags	11
II. Aufgabenstellung	11
C. Rechtliche Beurteilung	12
I. Rechtsfolgen des negativen EuGH-Urteils	12
1. Möglichkeiten zur Herstellung einer EU-rechtskonformen Lage	12
2. Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns	13
3. Beachtung des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts	13
II. Vertragliche Regelungen für den Fall eines negativen EuGH-Urteils	13
1. Keine spezielle Regelung	13
2. Übersicht der relevanten Bestimmungen des Vertrags	14
3. Kündigung ohne Übernahme von Anteilen oder Aktiva.....	15
3.1 Voraussetzungen der Kündigung	15
3.1.1 Vertragliche Vorgaben	15
3.1.2 EuGH-Urteil als wichtiger Grund?	16
3.2 Rechtsfolgen der Kündigung.....	17
3.2.1 Verpflichtung zur Erstattung der Abwicklungskosten und zur Leistung von „Schadensersatz“	17
3.2.2 Inhalt des Schadensersatzanspruchs	18
3.2.2.1 Übersicht der relevanten Bestimmungen des Betreibervertrags	18
3.2.2.1.1 Schadensersatz bei Kündigung „ohne Übernahme“ = Kaufpreis Dritterwerb Aktiva = Bruttounternehmenswert	18
3.2.2.1.2 Bruttounternehmenswert = objektivierter Gesamtunternehmenswert nach IDW S 1 19	

3.2.2.1.3	Bewertungstichtag = Tag der Vertragsbeendigung	20
3.2.2.1.4	Bruttounternehmenswert = Wert des Unternehmens über die Restlaufzeit des Vertrags auf Grundlage des Finanzmodells.....	20
3.2.2.1.5	Finanzmodell	21
3.2.2.2	Rechtliche Fragen bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts.....	22
3.2.2.3	Wirtschaftliche Bedeutung der Schadensersatzregelung	22
4.	Kündigung mit Übernahme von Anteilen oder Aktiva	24
III.	Bewertung	24
1.	Maßstab: Gesetzliche Leitbilder.....	24
2.	Kündigungsrecht	25
3.	Kündigungsfolgen	27
3.1	Rechtsnatur der Schadensersatzregelung	27
3.2	Gesetzliche Leitbilder	27
3.2.1	Dauerschuldverhältnisse allgemein.....	27
3.2.2	Dienstvertragsrecht.....	28
3.2.3	Werkvertragsrecht	29
3.2.3.1	Kündigung aus wichtigem Grund	29
3.2.3.2	Anlasslose Kündigung.....	30
3.2.4	Exkurs: Vergleich zu den Rechtsfolgen einer Kündigung des Auftraggebers wegen einer verschuldeten Pflichtverletzung des Auftraggebers	32
3.3	Beurteilung der Regelungen des Betreibervertrags.....	33
3.3.1	Vergleich mit den gesetzlichen Leitbildern	33
3.3.2	Unangemessenheit der Regelungen des Betreibervertrags	34
3.3.3	Abschließende Bemerkungen und Hinweise.....	37
D.	Ergebnis.....	38

A. Management Summary

1. Am 18.06.2019 hat der EuGH die geplante Einführung der „PKW-Maut“ in Deutschland für europarechtswidrig erklärt. Er sah in dem Ansatz, die Maut zwar allgemein einzuführen, aber die Halter in Deutschland zugelassener Kfz über eine Kfz-Steuer-Ermäßigung wirtschaftlich vollständig zu entlasten, eine unzulässige Diskriminierung von EU-Ausländern. Das Urteil erging auf eine Klage der Republik Österreich, die diese bereits im Juni 2017 angekündigt und im Oktober 2017 erhoben hatte. Damit stand ein handgreifliches Risiko für die Durchführung des Projekts im Raum. Die Bundesrepublik Deutschland (BRD) war in einer vergleichbaren Konstellation bereits mit dem ersten deutschen LKW-Maut-Gesetz aus dem Jahr 1990 gescheitert. Damals hatte der EuGH in dem Vorhaben, die Schwerverkehrsabgabe für LKW einzuführen, gleichzeitig aber die deutschen LKW-Halter durch die Absenkung der Kfz-Steuer zu entlasten, eine europarechtswidrige Diskriminierung gesehen. Daher war das PKW-Maut-Konzept von Anfang an erheblichen europarechtlichen Bedenken ausgesetzt.
2. Trotz der konkreten Risiken für die Durchführbarkeit des Projekts schrieb das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) im Juni 2017 zwei zentrale Leistungsverträge aus und bezuschlagte diese, ohne den Ausgang des EuGH-Verfahrens abzuwarten. Am 22.10.2018 wurde der Vertrag über die Planung, Entwicklung, Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems („Kontrollvertrag“), am 30.12.2018 der – wirtschaftlich wesentlich bedeutsamere – Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe („Betreibervertrag“) abgeschlossen.
3. Unmittelbar nach Bekanntwerden des EuGH-Urteils kündigte das BMVI beide Verträge. Nunmehr stehen erhebliche Schadensersatzforderungen im Raum, die insbesondere den Betreibervertrag betreffen und sich im dreistelligen Millionenbereich bewegen dürften.
4. Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob in dem Betreibervertrag eine sachgerechte Risikovorsorge für den Fall getroffen worden ist, dass der EuGH der von der Republik Österreich erhobenen Klage gegen die deutsche Maut-Gesetzgebung stattgeben würde, so dass der Abschluss des Vertrags während des noch laufenden Gerichtsverfahrens vertretbar war. Das betrifft folgende Aspekte:
 - Wurde die mögliche Konstellation eines für die BRD negativen EuGH-Urteils in dem anhängigen Rechtsstreit mit der Republik Österreich im Vertrag spezifisch und klar geregelt oder droht eine kostenträchtige rechtliche Auseinandersetzung zwischen dem Bund und den Betreibern?

- Räumt der Betreibervertrag dem Bund eine klare und angemessene Möglichkeit ein, sich im Fall eines negativen EuGH-Urteils durch Kündigung oder auf anderem Weg von dem Betreibervertrag zu lösen?
- Sind die Rechtsfolgen einer etwaigen Kündigung – gemessen an sonst üblichen Regelungen, insbesondere gesetzlichen Leitbildern, und unter Berücksichtigung der spezifischen Situation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – sachgerecht geregelt, so dass sich eine angemessene Risikoverteilung ergibt?

Das Rechtsgutachten kommt zu folgenden Ergebnissen:

5. Der Betreibervertrag enthält keine spezielle Regelung für die Möglichkeit eines der Klage Österreichs stattgebenden Urteils. Die Konstellation wird im Kontext der „Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen“ mitgeregelt. Auch wenn die Bestimmungen ggfs. faktisch auf das anhängige Klageverfahren gemünzt wurden, treffen sie für die Konstellation eines negativen EuGH-Urteils keine differenzierte und sachgerechte Regelung. Das Kündigungsrecht schließt auch rein nationale ordnungspolitische Gründe ein – etwa das Szenario, dass der deutsche Gesetzgeber aus freien Stücken die Abschaffung der PKW-Maut beschließen würde. Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird nicht danach differenziert, ob die BRD den ordnungspolitischen Grund der Kündigung zu vertreten hat. Vielmehr wird pauschal angeordnet, dass die BRD zur Erstattung der Abwicklungskosten und zur Leistung von Schadensersatz in Höhe des Bruttoundernehmenswerts der Betreibergesellschaft verpflichtet ist, wenn sie den Vertrag kündigt, ohne die Gesellschaft bzw. deren Aktiva zu übernehmen.
6. Mit diesen Regelungen räumt der Betreibervertrag dem Bund keine klare und angemessene Möglichkeit ein, sich bei einem der Klage Österreichs stattgebenden EuGH-Urteil von dem Vertrag zu lösen. Bei der Regelung des Kündigungsrechts wird dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass die Umsetzung des Urteils eine Entscheidung des Gesetzgebers erfordert, der die Mautgesetzgebung unter gewissen Voraussetzungen auch erhalten könnte. Es ist zweifelhaft, ob der Betreibervertrag die (rechtmäßige) Kündigung ermöglicht, bevor der Gesetzgeber diese Entscheidung getroffen hat. Denn zuvor kann weder beurteilt werden, ob – wie von der Kündigungsregelung vorausgesetzt – die Kündigung des Vertrags „erforderlich“ ist, noch ob die Fortführung des Vertrags „zumutbar“ ist.
7. Die vorgesehenen Rechtsfolgen einer Kündigung sind für den Fall eines der Klage Österreichs stattgebenden Urteils unangemessen. Der auf den Bruttoundernehmenswert der Betreiber-Gesellschaft gerichtete Schadensersatzanspruch stellt im Ergebnis eine auf das positive Interesse gerichtete Garantie dar, mit der die BRD das Risiko eines negativen EuGH-Urteils vollständig auf sich übernimmt. Der Betreiber wird wirtschaftlich so gestellt, als ob das EuGH-Urteil gar nicht ergangen wäre und er den planmäßigen Gewinn über die gesamte Vertragslaufzeit erzielen könnte. Eine derartige Regelung weicht denkbar deutlich von den einschlägigen gesetzlichen Leitbildern ab. Nach diesen Leitbildern kommt ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des

positiven Interesses nur in Betracht, wenn der Vertrag auf Grund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Auftraggebers gekündigt wird oder wenn der Auftraggeber einen (Werk-)Vertrag nicht aus wichtigem Grund, sondern grundlos kündigt. Gemessen an den gesetzlichen Leitbildern ist die Gestaltung des Betreibervertrags daher äußerst ungewöhnlich.

8. Die Übernahme einer Garantie abweichend von den gesetzlichen Leitbildern ist ohne besondere gesetzliche Ermächtigung nicht zulässig (Art. 115 Abs.1 GG). Sie ist in ihrer Reich- und Tragweite auch nicht sachgerecht. Zwar kann die Vereinbarung einer angemessenen Kompensation in einem ÖPP-Vertrag für den Fall einer Kündigung des Auftraggebers unter gewissen Voraussetzungen sinnvoll sein, etwa um unangemessen hohe Risikoaufschläge in der Vergütung zu verhindern. Das gilt insbesondere dann, wenn das Risiko, auf das die Kündigung ausgerichtet ist, (nur) vom Auftraggeber beherrscht werden kann. Anders ist die Situation aber, wenn es sich um äußere Umstände handelt, die auch der Auftraggeber nicht unter Kontrolle hat. Dann liegt ein Risiko vor, das von keiner Partei (vollständig) beherrscht werden kann und folglich auch dem Auftraggeber nicht einseitig zugewiesen werden darf. Das gilt erst recht, wenn dieses Risiko im Zeitpunkt des Vertragsschlusses offenkundig ist.
9. Das Risiko, dass die Einführung der PKW-Maut in der vom Gesetzgeber beschlossenen Form auf Grund eines EuGH-Urteils nicht möglich ist, kann die BRD als Auftraggeber genauso wenig beherrschen wie der Auftragnehmer. Eine – dem Steuerrecht vergleichbare – „verbindliche Auskunft“ zur Vereinbarkeit von nationalem Recht mit EU-Recht gibt es nicht. Das „letzte Wort“ hat stets der EuGH. Die Übernahme des gesamten Risikos durch die BRD war daher sachwidrig.
10. Die Bewertung ändert sich nicht, weil die Schadensersatzpflicht nach dem Betreibervertrag dann nicht greift, wenn ein sonstiger – aus der Verantwortungssphäre des Auftragnehmers stammender – Kündigungsgrund vorliegt. Diese Regelung bewirkt keine angemessene Risikoverteilung, sondern beinhaltet ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, das einen unter Umständen zeit- und kostenaufwändigen Rechtsstreit über das Vorliegen sonstiger Kündigungsgründe vorprogrammiert. Im Übrigen konnte der Bund bei Vertragsabschluss selbstredend nicht darauf setzen, dass im Fall eines für ihn negativen EuGH-Urteils zufällig noch ein anderer Kündigungsgrund vorliegen würde.
11. Die im Betreibervertrag vorgesehenen Optionen des Auftraggebers zum Erwerb des Unternehmens oder seiner Aktiva (gegen Bezahlung eines Kaufpreises in entsprechender Höhe) sind für den Fall, dass die Maut infolge des EuGH-Urteils nicht erhoben wird, praktisch wertlos. Das Betreiber-Unternehmen ist eine Einzweckgesellschaft (single purpose entity) mit einem speziellen Gesellschaftszweck. Eine solche Gesellschaft verliert in dem Moment, in dem ihr Zweck nicht mehr erreicht werden kann, grundsätzlich ihren wesentlichen Wert.

12. Weshalb die BRD bereit war, das Risiko vollständig auf sich zu nehmen und dem Auftragnehmer das positive Interesse zu garantieren, ist fraglich. Angesichts des wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Leistungsvergütung und Risikoverteilung erscheint es denkbar, dass das BMVI die Priorität einseitig auf eine niedrige(re) Vergütung gesetzt und dafür die vollständige Risikoübernahme in Kauf genommen hat. Denkbar ist auch, dass die Bieter die vollständige Risikoübernahme zur Bedingung für die (weitere) Teilnahme am Verfahren gemacht haben. Allerdings wäre dies ein klares Indiz dafür gewesen, dass die Bieter das Risiko eines negativen EuGH-Urteils deutlich höher einstufen als das BMVI. Das hätte das BMVI veranlassen müssen, seine Risikoeinschätzung zu überprüfen. Das BMVI hätte das in Kürze zu erwartende Ergebnis des Verfahrens vor dem EuGH abwarten müssen, oder es hätte der offensichtlich bestehenden Unsicherheit damit begegnen müssen, mit den Bietern über eine gestufte Beauftragung zu verhandeln. Der Vertragsschluss während des noch laufenden Klageverfahrens bei voller Übernahme des unbegrenzten Risikos war unangemessen.

13. Insgesamt ist festzuhalten:

Die Möglichkeit eines der Klage Österreichs stattgebenden EuGH-Urteils wurde im Betreibervertrag nicht angemessen geregelt. Die Regelungen sind pauschal verfasst und inhaltlich so gestaltet, dass mit kostenträchtigen Auseinandersetzungen gerechnet werden muss. Das Kündigungsrecht ist nicht präzise geregelt. Es bleibt unberücksichtigt, dass im Fall eines negativen EuGH-Urteils der Gesetzgeber zur Entscheidung berufen ist und dabei mehrere Handlungsoptionen hat. Die Rechtsfolgen einer Kündigung gehen einseitig zu Lasten der BRD. Nach dem Vertrag übernimmt sie das Risiko eines negativen EuGH-Urteils vollständig. Der Betreiber wird so gestellt, als ob das EuGH-Urteil gar nicht ergangen wäre und er den planmäßigen Gewinn über die gesamte Vertragslaufzeit erzielen könnte. Das ist mit Blick auf die gesetzlichen Leitbilder äußerst ungewöhnlich, ohne besondere gesetzliche Ermächtigung nicht zulässig (Art. 115 Abs. 1 GG) und sachlich nicht gerechtfertigt.

B. Gegenstand des Gutachtens

I. Sachverhalt

Dem Gutachten liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

1. PKW-Mautgesetzgebung

Die Bundesrepublik Deutschland (BRD) hat mit dem Gesetz über die Erhebung einer zeitbezogenen Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgabengesetz – InfrAG)¹ die Rechtsgrundlage für die Einführung einer Infrastrukturabgabe für Personenkraftwagen („PKW-Maut“)² geschaffen.³ Zugleich hat sie für Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen eine mindestens dem Betrag dieser Abgabe entsprechende Steuerentlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer vorgesehen. Die Steuerentlastung wurde mit dem Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetz⁴ in das Kraftfahrzeugsteuergesetz eingeführt.

2. Europarechtliche Bedenken

Gegen die Einführung einer PKW-Maut bei gleichzeitiger Entlastung (nur) der Halter von in Deutschland zugelassenen PKW über eine Kfz-Steuerermäßigung waren schon früh europarechtliche Bedenken erhoben worden. Mit einem vergleichbaren Ansatz war die BRD schon beim ersten deutschen LKW-Maut-Gesetz aus dem Jahr 1990 gescheitert. Damals sollte die Schwerverkehrsabgabe für LKW eingeführt werden; gleichzeitig sollten die deutschen LKW-Halter durch die Absenkung der Kfz-Steuer entlastet werden. Der EuGH sah darin eine mit Art. 72 EGV (= Art. 92 AEUV) unvereinbare Diskriminierung von ausländischen Verkehrsunternehmen und stufte die deutsche Gesetzgebung als europarechtswidrig ein.⁵ Vertreter aus Rechtswissenschaft und Praxis sowie der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags haben darauf hingewiesen, dass der EuGH die Einführung einer PKW-Maut in Verbindung mit einer Kompensation über die Kfz-Steuer – jedenfalls hinsichtlich der Anwendung auf Verkehrsunternehmen – aller Voraussicht nach nicht anders beurteilen und demnach ebenfalls als europarechtswidrig einstufen würde.⁶

¹ Gesetz vom 8.6.2015 (BGBl. I 2015, 904), geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 18.5.2017 (BGBl. I 2017, 1218).

² Der Begriff „Pkw-Maut“ ist gebräuchlich, aber irreführend: Maut ist die Bezeichnung für eine entfernungsabhängige Abgabe; das InfrAG sieht eine zeitabhängige Abgabe (Vignette) vor; *Zabel*, NVwZ 2015, 186.

³ Die Erhebung der Infrastrukturabgabe ist an das Vorliegen der technischen Einsatzbereitschaft des Erhebungssystems geknüpft (vgl. § 16 Abs. 1 und 2 InfrAG).

⁴ Gesetz vom 8.6.2015 (BGBl. I 2015, 901), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes vom 6.6.2017 (BGBl. I 2017, 1493).

⁵ EuGH, Urt. v. 19.5.1992 – C-195/90 – Slg. 1992, I-3141 Rn. 22 ff.

⁶ So schon *Hartwig/Huld/Kupfer/Schreiber/Peltzer/Weiß*, *Mobilitätskonzept Straße – Die Zukunft der Verkehrsfinanzierung am Beispiel NRW*, Studie des Verkehrsverbands Westfalen e. V., 2009, S. 78 f. u. S. 53 f.; https://www.verkehrsverband-westfalen.de/images/publikationen/mobilitaetskonzepte_strasse_2009.pdf; aus der umfangreichen Literatur vgl. insb. *Boehme-Neßler*, NVwZ 2014, 97; *Zabel*, NVwZ 2015, 186 (189 ff.); auch

3. Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission

Ein von der EU-Kommission mit Aufforderungsschreiben vom 18.6.2015 eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren konnte die BRD durch gewisse Änderungen an den beanstandeten Rechtsvorschriften abwenden; das Verfahren wurde am 17.5.2017 eingestellt. Allerdings vertritt die EU-Kommission beim Thema der Diskriminierung von Nicht-Ansässigen bekanntlich eine großzügigere Position als der EuGH.⁷ Bei einem „Dissens“ hat der EuGH das „letzte Wort“. Wie der EuGH klargestellt hat, ist die EU-Kommission „nicht berechtigt ..., Garantien hinsichtlich der Vereinbarkeit eines bestimmten Verhaltens mit dem Vertrag zu geben“ und hat „keinesfalls die Befugnis, gegen den Vertrag verstoßende Verhaltensweisen zu genehmigen“.⁸

4. Klage der Republik Österreich

Die Republik Österreich setzte auf die strengere Position des EuGH. Sie kündigte kurz nach Einstellung des Verfahrens durch die EU-Kommission – am 7.6.2017 – an, dass sie ein Klageverfahren gegen die BRD beim EuGH einleiten werde.⁹ Mit Schreiben vom 7.7.2017 wandte sie sich – wie im Art. 259 AEUV vorgesehen – zunächst an die EU-Kommission. Nachdem das Anhörungsverfahren durchgeführt worden war und die EU-Kommission binnen der in Art. 259 AEUV vorgesehenen Dreimonatsfrist keine Stellungnahme abgegeben hatte, erhob die Republik Österreich am 12.10.2017 Klage beim Europäischen Gerichtshof (EuGH).

5. Einleitung von Vergabeverfahren durch das BMVI

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) leitete am 9.6.2017 mehrere Vergabeverfahren zur Beschaffung der für die Realisierung der PKW-Maut erforderlichen Leistungen ein. Insbesondere wurden ein (Gesamt-)Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe (im Folgenden: Betreibervertrag) und ein Vertrag über die Planung, Entwicklung, Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems (im Folgenden: Kontrollvertrag) ausgeschrieben.

Korte/Gurreck, EuR 2015, 420 m. w. Nachw.; *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung vom 6.2.2017, PE 6 – 3000 - 5/17, Vereinbarkeit des Infrastrukturabgabengesetzes und des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes in der Fassung der von der Bundesregierung beschlossenen Änderungsgesetze mit dem Unionsrecht, S. 51 f. **A. A. Hillgruber**, Rechtsgutachten (erstattet im Auftrag des *BMVI*) 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, 17.10.2014; ferner *Söllner/Jaenichen*, Finanzwissenschaftliches Gutachten (erstattet im Auftrag des *BMVI*) - Die Infrastrukturabgabe und die Debatte über Ausländerdiskriminierung. Ausführliche Darstellung des europarechtlichen „Risikokontexts“ bei *Hufeld/Wagner-von Papp*, Gutachten (erstattet im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen) vom 19.8.2019: Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe vor dem Urteil des EuGH vom 18.06.2019: Budgetflüchtige Risikoverwaltung? – Rechtliche Würdigung am Maßstab des Haushaltsverfassungsrechts, S. 49 ff.

⁷ *Korte/Gurreck*, EuR 2014, 420 (422 ff., 425): „Dissens“ zwischen EU-Kommission und EuGH.

⁸ EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 – NJW 1996, 404 Rn. 136 (Bosman); siehe den Hinweis bei *Zabel*, NVwZ 2015, 186 (190).

⁹ Beck-aktuell vom 7.6.2017, becklink 2006877, unter Verweis auf die „Passauer Neue Presse“ vom 7.6.2017.

Der Betreibervertrag ist der ökonomisch wesentlich bedeutsamere Vertrag. Auf diesen Vertrag konzentriert sich dieses Kurzugutachten.

6. Abschluss des Kontroll- und des Betreibervertrags

Noch vor Abschluss des beim EuGH anhängigen Verfahrens schloss das BMVI am 22.10.2018 den Kontrollvertrag mit der MTS Maut & Telematik Services GmbH sowie deren Gesellschafter Kapsch TrafficCom AG und am 30.12.2018 den Betreibervertrag mit der autoTicket GmbH und deren Gesellschaftern CTS Eventim AG & Co. KGaA und Kapsch TrafficCom AG ab.

7. Feststellung der Europarechtswidrigkeit durch den EuGH

Am 18.6.2019 gab der EuGH der Klage der Republik Österreich in den zentralen Punkten statt. Er stellte fest, dass die Einführung der Infrastrukturabgabe für Personenkraftwagen und die gleichzeitige Steuerentlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer in einer Höhe, die mindestens dem Betrag der entrichteten Abgabe entspricht, zugunsten der Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen europarechtswidrig ist.¹⁰

Der EuGH konstatiert – wie schon beim ersten deutschen LKW-Maut-Gesetz aus dem Jahr 1990 – eine Verletzung von Art. 92 AEUV (Diskriminierung von EU-ausländischen Verkehrsunternehmen).¹¹ Darüber hinaus bestätigt er auch die von der Republik Österreich geltend gemachten Verstöße gegen das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV)¹² sowie eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)¹³ und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)¹⁴. Im Zentrum des Urteils stehen folgende Erwägungen:

Zwar sind weder die Ausgestaltung noch der Vollzug des InfrAG für sich genommen diskriminierend. Jedoch bewirkt die Einführung der Infrastrukturabgabe in Verbindung mit der Kfz-Steuerentlastung eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Beide Maßnahmen sind gemeinsam zu beurteilen, da sie in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen. Ihre Kombination führt dazu, dass die wirtschaftliche Last der Abgabe faktisch nur die Halter und Führer von Kraftfahrzeugen trifft, die in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland zugelassen sind. Die darin liegende Ungleichbehandlung beruht zwar nicht unmittelbar auf der Staatsangehörigkeit, führt aber zum gleichen Ergebnis, weil die große Mehrheit der Halter und Führer von den im EU-Ausland zugelassenen Fahrzeugen nicht deutsche Staatsangehörige sind. Eine derartige Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist im Bereich der Verkehrsunternehmen durch Art. 92 AEUV strikt

¹⁰ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex.

¹¹ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex Rn. 158 ff.

¹² EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex Rn. 37 ff.

¹³ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex Rn. 119 ff.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex Rn. 135 ff.

verboten. Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen nicht.¹⁵ Bei Art. 18, 34, 56 AEUV ist eine Rechtfertigung zwar grundsätzlich möglich. Die Rechtfertigungsvoraussetzungen sind aber nicht erfüllt.¹⁶ Der von der BRD angeführte Systemwechsel von der Steuer- zur Nutzerfinanzierung ist nicht kohärent umgesetzt. Umwelterwägungen vermögen die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht zu rechtfertigen; es ist schon nicht erkennbar, inwiefern die Einführung einer Infrastrukturabgabe, die faktisch nur die Halter und Fahrer von in anderen Mitgliedstaaten als Deutschland zugelassenen Fahrzeugen trifft, geeignet sein soll, dieses Ziel zu gewährleisten.

8. Kündigung des Maut-Kontroll- und des Mautbetreibervertrags

Noch am Tag der Urteilsverkündung, dem 18.6.2019, kündigte das BMVI sowohl den Betreiber- als auch den Kontrollvertrag.

II. Aufgabenstellung

Gegenstand dieses Gutachtens ist die Prüfung folgender Frage:

Wurde in dem Betreibervertrag eine sachgerechte Vorsorge für den Fall getroffen, dass der EuGH der von der Republik Österreich erhobenen Klage stattgeben würde?

Das umfasst folgende Aspekte:

- Wurde die mögliche Konstellation eines für die BRD negativen EuGH-Urteils in dem anhängigen Rechtsstreit mit der Republik Österreich im Vertrag spezifisch und klar geregelt oder droht eine kostenträchtige rechtliche Auseinandersetzung zwischen dem Bund und den Betreibern?
- Räumt der Betreibervertrag dem Bund eine klare und angemessene Möglichkeit ein, sich im Fall eines negativen EuGH-Urteils durch Kündigung oder auf anderem Weg von dem Betreibervertrag zu lösen?
- Sind die Rechtsfolgen einer etwaigen Kündigung – gemessen an sonst üblichen Regelungen, insbesondere gesetzlichen Leitbildern, und unter Berücksichtigung der spezifischen Situation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – sachgerecht geregelt, so dass sich eine angemessene Risikoverteilung ergibt?

¹⁵ Siehe EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex Rn. 162 f.: Die Ungleichbehandlung ist mit Art. 92 AEUV unvereinbar; auf die Frage der Rechtfertigung geht der EuGH nicht ein. Im Schrifttum ist die Frage umstritten; siehe *Zabel*, NVwZ 2015, 186 (189).

¹⁶ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17 – Eurlex Rn. 73 ff., 133, 148.

C. Rechtliche Beurteilung

Zur Beurteilung der Frage, ob im Betreibervertrag für den Fall der Europarechtswidrigkeit der deutschen PKW-Maut-Gesetzgebung sachgerecht vorgesorgt wurde, sind zunächst die Rechtsfolgen des negativen EuGH-Urteils darzustellen (I.). Anschließend werden die im Betreibervertrag für diesen Fall vorgesehenen Handlungsoptionen in den Blick genommen (II.) und bewertet (III.).

I. Rechtsfolgen des negativen EuGH-Urteils

Die Verurteilung eines EU-Mitgliedstaats in einem Vertragsverletzungsverfahren löst für den EU-Mitgliedstaat Handlungspflichten aus. Nach Art. 260 Abs. 1 AEUV hat der Staat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben. Welche Maßnahmen dies sind, hängt vom jeweiligen Urteilsinhalt ab.

1. Möglichkeiten zur Herstellung einer EU-rechtskonformen Lage

Die von der Republik Österreich geltend gemachten und vom EuGH mit Urteil vom 18.6.2019 festgestellten EU-Rechtsverletzungen betreffen nicht die Erhebung einer Infrastrukturabgabe als solche, sondern deren Kombination mit einer Entlastung bei der Kfz-Steuer, die nur den Haltern von in Deutschland zugelassenen Pkw zu Gute kommen soll (siehe oben B.I.7 = S. 10). Zur Auflösung der darin liegenden (mittelbaren) Ungleichbehandlung von deutschen und EU-ausländischen Kraftfahrzeughaltern gibt es verschiedene Möglichkeiten:

- 1) Die BRD kann auf die Erhebung der Infrastrukturabgabe verzichten (= Aufhebung des InfrAG).
- 2) Die BRD kann die Infrastrukturabgabe wie geplant allgemein erheben, aber auf die Kompensation bei der Kfz-Steuer verzichten (= Rück-Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes).
- 3) Zulässig wäre es darüber hinaus wohl auch, wenn die BRD die Kfz-Steuer vollständig abschaffen und damit einen „echten“ Systemwechsel hin zur Nutzerfinanzierung vollziehen würde (= Aufhebung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes). Die Abschaffung der Steuer würde dann nicht auf die Begünstigung der Inländer, sondern auf einen Systemwechsel zielen. Die Entlastung der Inländer wäre nur ein zwangsläufiger Nebeneffekt. Daher wäre eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung nicht angezeigt.¹⁷

¹⁷ So *Boehmer-Neßler*, NVwZ 2014, 97 (102); *Zabel*, NVwZ 2015, 186 (191). Die Rechtsfrage kann in diesem Kurzgutachten nicht abschließend geprüft und beantwortet werden.

2. Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns

Jede dieser möglichen Gestaltungen macht ein Handeln des Gesetzgebers erforderlich. Denn das EU-Recht verlangt die Herstellung einer europarechtskonformen Gesetzeslage.¹⁸

3. Beachtung des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts

Bis zur Herstellung einer europarechtskonformen Gesetzlage besteht für die mitgliedstaatlichen Behörden die Pflicht, die nationalen Gesetze nicht mehr anzuwenden, soweit sie gegen EU-Recht verstoßen.¹⁹ Diese folgt aus dem (Anwendungs-)Vorrang des EU-Rechts vor dem mitgliedstaatlichem Recht.²⁰ Danach verliert kollidierendes mitgliedstaatliches Recht zwar nicht seine Gültigkeit, aber seine Anwendbarkeit.²¹

In der vorliegenden Konstellation – Ungleichbehandlung auf Grund einer Gesamtbetrachtung von InfrAG²² und dem durch das zweite Verkehrsteueränderungsgesetz²³ geänderte Kraftfahrzeugsteuergesetz – stellt sich die Frage nach der sachlichen Reichweite des Anwendungsvorrangs: Klar ist, dass die BRD die Regelungen des InfrAG und die Regelungen des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes nicht in der vorgesehenen Kombination zur Anwendung bringen darf. Darüber hinaus führt das europarechtliche Effektivitätsprinzip dazu, dass die Halter und Führer von im EU-Ausland zugelassenen PKW nicht zur Bezahlung der Infrastrukturabgabe herangezogen werden dürfen, solange der deutsche Gesetzgeber keine europarechtskonforme Gesetzeslage hergestellt hat.²⁴ Dagegen wäre es rein rechtlich nicht ausgeschlossen, das InfrAG gegenüber Haltern von in Deutschland zugelassenen Kfz zur Anwendung zu bringen und diese Halter über die Kfz-Steuerermäßigung zu kompensieren – freilich macht diese Variante ökonomisch keinen Sinn.

II. Vertragliche Regelungen für den Fall eines negativen EuGH-Urteils

1. Keine spezielle Regelung

Der vom BMVI veröffentlichte Betreibervertrag enthält keine Bestimmung, die speziell nur den Fall eines negativen EuGH-Urteils in dem von der Republik Österreich eingeleiteten Klageverfahren regelt. Die Möglichkeit einer Entscheidung europäischer Gerichte wird bei den

¹⁸ EuGH, Urt. v. 14.12.1982 – C-314-316/81 und 83/82 – Slg. 1982, 4337 Rn. 14; *Cremer*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 5.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 14.12.1982 – C-314-316/81 und 83/82 – Slg. 1982, 4337 Rn. 14; *Cremer*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 5.

²⁰ Grdl. EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/65 – Slg. 1964, 1259 (1269 f. *Costa/ENEL*).

²¹ *Ruffert*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV Rn. 18.

²² Gesetz vom 8.6.2015 (BGBl. I 2015, 904), geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 18.5.2017 (BGBl. I 2017, 1218).

²³ Gesetz vom 8.6.2015 (BGBl. I 2015, 901), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes vom 6.6.2017 (BGBl. I 2017, 1493),

²⁴ Vgl. *Zabel*, NVwZ 2015, 186 (190).

Kündigungsgründen unter dem Oberbegriff der „ordnungspolitischen Gründe“ angesprochen (Nr. 26.3.4v] Betreibervertrag).

Diese Regelung ist ggfs. faktisch auf den Fall eines negativen EuGH-Urteils im anhängigen Klageverfahren gemünzt worden, hat aber einen breiteren Anwendungsbereich und steht in folgendem Zusammenhang:

2. Übersicht der relevanten Bestimmungen des Vertrags

Nach Nr. 26.1.1 Betreibervertrag beginnt der Vertrag am 1.1.2019. Er hat eine ordentliche Laufzeit von zwölf Jahren (Nr. 26.2.1 Betreibervertrag). Vor Ende der Laufzeit kann der Vertrag von keiner Partei ordentlich gekündigt werden (Nr. 26.3.1a] Betreibervertrag). Allerdings kann jede Partei den Vertrag aus wichtigem Grund vorzeitig kündigen (Nr. 26.3.1b] Betreibervertrag). Der Begriff „wichtiger Grund“ wird in Nr. 26.3.2 Betreibervertrag wie folgt definiert:

*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 Z. 26.3.4e) und 26.3.4v).

Nr. 26.3.4 Betreibervertrag beinhaltet eine nicht abschließende²⁵ Auflistung von wichtigen Gründen. Nach Nr. 26.3.4v) liegt ein wichtiger Grund 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.*

Die Erklärung der Kündigung durch den Auftraggeber hat grundsätzlich die Wirkung, dass der Vertrag zu dem in der Kündigungserklärung bestimmten Zeitpunkt endet (Nr. 26.1.2 S. 2 Betreibervertrag).

²⁵ Der nicht-abschließende Charakter der Regelung zeigt sich an dem Wort „insbesondere“.

Mit der Kündigungserklärung sind allerdings auch Erwerbsoptionen für den Auftraggeber verknüpft, nämlich

- die Option zum Erwerb der Anteile am Betreiber-Unternehmen durch den Auftraggeber („Call-Option Anteils-erwerb, Nr. 28.1 Betreibervertrag) oder einen Dritten („Angebot Dritterwerb Anteile“, Nr. 28.2 Betreibervertrag) sowie
- die Option zum Erwerb aller Aktiva des Unternehmens durch den Bund („Call-Option Aktiva-Erwerb“, Nr. 29.1 Betreibervertrag) oder einen Dritten („Angebot Dritterwerb Aktiva“, Nr. 29.2 Betreibervertrag).

Diese Optionen kann der Auftraggeber jederzeit ab Abgabe der Erklärung zur Kündigung des Betreibervertrags bis zum Wirksamwerden der Beendigung des Vertrags ausüben (siehe Nr. 28.3.1a) und Nr. 29.4 Betreibervertrag).

Ergänzend sieht Nr. 30.4 Betreibervertrag das Recht des Auftraggebers vor, im Falle einer Beendigung des Vertrags zu verlangen, dass der Betreiber ihn bzw. einen nachfolgenden Betreiber bei der Überleitung und Migration der vertraglichen Leistungen des Betreibers unterstützt („Option Migration“).

Damit stehen im Wesentlichen folgende Handlungsoptionen im Raum:

- Kündigung des Vertrags ohne Übernahme von Anteilen oder Aktiva;
- Kündigung des Vertrags und Erwerb der Anteile am Betreiber (durch den Bund oder einen Dritten);
- Kündigung des Vertrags und Erwerb der Aktiva am Betreiber (durch den Bund oder einen Dritten).

Diese Handlungsoptionen sind im Folgenden näher zu betrachten:

3. Kündigung ohne Übernahme von Anteilen oder Aktiva

Bezüglich der Handlungsoption Kündigung ist zunächst zu untersuchen, ob der Kündigungsgrund nach Nr. 26.3.4v) Betreibervertrag den Fall eines stattgebenden EuGH-Urteils in dem Klageverfahren der Republik Österreich gegen die BRD erfasst (hierzu 3.1). Im Anschluss ist auf die Rechtsfolgen der Kündigung einzugehen (hierzu 3.2).

3.1 Voraussetzungen der Kündigung

3.1.1 Vertragliche Vorgaben

Nach Nr. 26.3.4v) Betreibervertrag liegt ein wichtiger, zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund vor, wenn

ordnungspolitische Gründe eintreten, insbesondere die Änderung oder Aufhebung des InfrAG, Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte oder

*Rechtsetzungsakte 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.*

(Hervorhebungen durch Verf.)

3.1.2 EuGH-Urteil als wichtiger Grund?

Ein Urteil des EuGH ist nach dem Wortlaut der Bestimmung unzweifelhaft ein ordnungspolitischer Grund. Die Kündigung setzt aber des Weiteren voraus, dass die Entscheidung

→ eine Kündigung durch den Auftraggeber **erforderlich** macht

oder

→ die Fortführung des Vertrages in der bestehenden Form **unzumutbar** macht.

Wie bereits dargestellt, macht die Umsetzung des EuGH-Urteils vom 18.6.2019 eine Tätigkeit des Gesetzgebers erforderlich. Der Gesetzgeber muss eine europarechtskonforme Gesetzeslage herbeiführen; dabei hat er die aufgezeigten Möglichkeiten (siehe C.I.1 = S.12):

- 1) Aufhebung des InfrAG;
- 2) Beibehaltung des InfrAG, aber Abschaffung der Kfz-Steuer-Kompensation;
- 3) Beibehaltung des InfrAG, „echter“ Systemwechsel durch vollständige Abschaffung der Kfz-Steuer.

Im Szenario (1) dürfte eine Kündigung des Vertrags als „erforderlich“ im Sinne der Nr. 26.3.4v) Betreibervertrag anzusehen sein,²⁶ jedenfalls aber ist dem Auftraggeber die Fortführung des Vertrags nicht zumutbar. In den Szenarien (2) und (3) kann der Vertrag hingegen ohne Weiteres durchgeführt werden.

Angesichts der verschiedenen Handlungsoptionen des Gesetzgebers ist es hingegen sehr zweifelhaft, ob die Kündigung ausgesprochen werden kann, bevor der Gesetzgeber eine definitive Entscheidung über die Abschaffung (Szenario 1) oder Beibehaltung (Szenarien 2 und 3) des InfrAG getroffen hat. Solange diese Entscheidung nicht getroffen ist, kann weder beurteilt werden, ob die Kündigung des Vertrags „erforderlich“ ist, noch, ob die Fortführung des Vertrags „zumutbar“ ist.

²⁶ Allerdings ist es auch in diesem Fall durchaus möglich, das Infrastrukturerhebungssystem zu planen und zu errichten, so dass ggfs. nur eine Teilkündigung erforderlich (im engeren Sinne) ist.

3.2 Rechtsfolgen der Kündigung

3.2.1 Verpflichtung zur Erstattung der Abwicklungskosten und zur Leistung von „Schadensersatz“

Wird der Betreibervertrag aus ordnungspolitischen Gründen gekündigt, so muss der Auftraggeber nach **Nr. 20.9d) Betreibervertrag** die gesamten **Abwicklungskosten** erstatten, sofern kein anderer Kündigungsgrund gemäß Nr. 26.3.4 erfüllt war; das gilt auch für den Fall einer vermeintlichen Kündigung.

Zudem löst die Kündigung nach **Nr. 30.5.4 Betreibervertrag** eine **Schadensersatzpflicht des Auftraggebers** aus. Die Bestimmung 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 (...);

„Zerlegt“ man die kompliziert formulierte Bestimmung, ergibt sich im Kern:

- Kündigt der Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen und wird der Vertrag ohne Übernahme von Anteilen oder Aktiva beendet, so schuldet er „Schadensersatz“.
- Die Wirksamkeit der Kündigung ist dabei nicht vorausgesetzt. Die Schadensersatzpflicht greift auch bei einer sogenannten „Vermeintlichen Kündigung“.²⁷
- Weitere Voraussetzungen – insbesondere ein Verschulden des Auftraggebers – sind nicht vorausgesetzt. Es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Haftung.
- Die Schadensersatzpflicht entfällt nur dann, wenn noch ein anderer Kündigungsgrund – also ein anderer Kündigungsgrund als 26.3.4.e), 23.3.4.s) und 25.3.4.v)²⁸ – vorliegt; hierbei handelt es sich um Kündigungsgründe, die aus der Verantwortungssphäre des Betreibers stammen.

²⁷ Eine „Vermeintliche Kündigung“ liegt nach Nr. 30.5.1 Betreibervertrag vor, „wenn, nachdem eine Partei eine Erklärung zur Kündigung dieses Vertrages abgegeben hat, das Dispute Adjudication Board (vgl. Ziff. 35.3), das Schiedsgericht (vgl. Ziff. 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 vorliegen“.

²⁸ Siehe hierzu das Dokument „Zusätzliche Auskünfte im Rahmen der finalen Angebotsphase zum Vergabeverfahren „Infrastrukturabgabeerhebungssystem“, Nr. 57. Dort ist ausgeführt: „Der Betreiber enthält auch dann eine Entschädigung nach Ziffer 30.5.4 des Betreibervertrages (Stand: Finalangebotsphase), wenn mehrere der privilegierten Kündigungsgründe nach (i), erster Teilsatz eintreten.“

3.2.2 Inhalt des Schadensersatzanspruchs

Die Bestimmung des „Schadensersatzes“ richtet sich nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (etwa §§ 249 ff. BGB). Vielmehr beinhaltet der Vertrag besondere Regelungen, die sich aus zahlreichen Verweisen zusammensetzen.

3.2.2.1 Übersicht der relevanten Bestimmungen des Betreibervertrags

Der „Schadensersatz“ wird gleichgesetzt mit dem Kaufpreis, den der Betreiber erhalten würde, wenn das Angebot Dritterwerb Aktiva angenommen worden wäre, abzüglich ersparter Aufwendungen und sonstiger Vorteile. Nach Nr. 30.5.4 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.

(Hervorhebungen durch Verf.)

3.2.2.1.1 Schadensersatz bei Kündigung „ohne Übernahme“ = Kaufpreis Dritterwerb Aktiva = Bruttounternehmenswert

In Anlage 29.5.1 heißt es einleitend:

*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 **Bewertungstichtag** 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 [sic!]. Dies gilt nicht, soweit die entsprechenden Pensions- und sonstigen Verpflichtungen beim Verkäufer verbleiben, oder, falls auf den Bruttoundernehmenswert abgestellt wird, soweit die entsprechenden Verpflichtungen bereits im Rahmen der Ermittlung des Bruttoundernehmenswerts berücksichtigt worden sind.

(Hervorhebungen durch Verf.)

Des Weiteren wird im Betreibervertrag **Anlage 29.5.1 Nr. 2b** ausgeführt:

1. Fall 1 – 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) ...

*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 Bruttoundernehmenswert**;*

(Hervorhebungen durch Verf.)

Das Gleiche gilt nach Anlage 29.5.1 auch für die Vermeintliche Kündigung:

3. Fall 3 – Vermeintliche Kündigung Auftraggeber

*Für den Fall, dass der Auftraggeber die Kündigung des Vertrages aufgrund eines Kündigungsgrundes gemäß Ziff. 26.3.4 (Kündigung durch den Auftraggeber) oder aufgrund eines von einer Betreiberpartei zu vertretenden, nicht in Ziff. 26.3.4 genannten wichtigen Grundes erklärt, dies sich jedoch als **Vermeintliche Kündigung** herausstellt, ist der Kaufpreis für die erworbenen Vermögensgegenstände der **Bruttoundernehmenswert**.*

(Hervorhebungen durch Verf.)

3.2.2.1.2 Bruttoundernehmenswert = objektivierter Gesamtunternehmenswert nach IDW S 1

In Anlage 28.4.1 Teil A werden **Allgemeine Grundsätze für die Unternehmensbewertung** aufgestellt. Unter Ziff. 1 ist der Bruttoundernehmenswert wie folgt definiert:

*Der **objektivierte Gesamtunternehmenswert** (Bruttoundernehmenswert, 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 ("**Bruttoundernehmenswert**").*

(Hervorhebungen durch Verf.)

3.2.2.1.3 Bewertungsstichtag = Tag der Vertragsbeendigung

Hinsichtlich des **Bewertungsstichtags** ist nach Anlage 29.5.1 auf den Vollzugstag nach dem Kaufvertrag über Vermögensgegenstände abzustellen (Anlage 29.6.1²⁹). Dort heißt es in Nr. 6.1:

*Der wirtschaftliche Übergang des Kaufgegenstands vom Verkäufer auf den Käufer erfolgt mit Ablauf des Tages der Beendigung des Vertrags (24.00) (der „**Vollzugstag**“).*

(Hervorhebungen durch Verf.)

Vollzugstag ist also der Ablauf des Tages der Beendigung des Vertrages, mithin der Tag, zu dem die Kündigung erklärt wurde. Das dürfte nach dem Willen der Vertragsparteien auch im Fall einer „Vermeintlichen Kündigung“ gelten, auch wenn der Vertrag durch eine Vermeintliche Kündigung im Rechtssinne gar nicht beendet wird.

3.2.2.1.4 Bruttoundernehmenswert = Wert des Unternehmens über die Restlaufzeit des Vertrags auf Grundlage des Finanzmodells

Zur Berechnung des Bruttoundernehmenswerts werden in der Anlage 28.4.1 Teil A detaillierte Vorgaben gemacht. Insbesondere ist in Nr. 4 geregelt:

*Bei der Ermittlung des Bruttoundernehmenswertes 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.***

(Hervorhebungen durch Verf.)

Dies wird ergänzt durch die Regelung in Anlage 28.4.1 Teil A Nr. 8:

Der Bruttoundernehmenswert 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

²⁹ Die Anlagennummer ist in Anlage 29.5.1 bei der Verweisung nicht genannt. Auch ist der Vertrag in der Anlage 29.6.1 etwas anders bezeichnet („Kaufvertrag bezüglich Vermögensgegenständen“). Es ist aber davon auszugehen, dass gleichwohl die Anlage 29.6.1 gemeint ist.

einnimmt. 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.** [...]

3.2.2.1.5 Finanzmodell

Der Begriff „Finanzmodell“ ist in Nr. 12.2.4 Betreibervertrag wie folgt definiert:

12.2.4 Finanzmodell

a) Der Betreiber verpflichtet sich, dem Auftraggeber während der gesamten Vertragslaufzeit jährlich jeweils spätestens drei Monate nach der Feststellung des testierten Jahresabschlusses ein Finanzmodell bis zum Ende der Ordentlichen Laufzeit (zzgl. ggf. bereits ausgeübter Verlängerungsoptionen) als ungeschütztes Excel-Dokument zu übergeben.

b) Das Finanzmodell umfasst aufeinander abgestimmte Plan-Bilanz, Plan-Gewinn- und Verlustrechnung sowie eine Kapitalflussrechnung. Das Finanzmodell stellt die Berechnung der für diesen Vertrag relevanten kommerziellen Zahlen, insbesondere der Finanzkennzahlen, der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Betreibers und der Zahlungen an den Gesellschafter und Verbundene Unternehmen (insbesondere Dividenden, Zinsen auf und Tilgung von Gesellschafterdarlehen sowie Rückzahlung des Eigenkapitals) einschließlich der entsprechenden, dort aufgeführten Annahmen dar (in der jeweils gemäß dieser Ziffer 12.2.4 oder im Zusammenhang mit einer Refinanzierung aktualisierten Fassung nachfolgend das "**Finanzmodell**"). Der im Finanzmodell abgebildete Zeitraum hat die gesamte Vertragslaufzeit und den anschließenden Zeitraum, der für die Abwicklung und ggf. Liquidation des Betreibers nach Ende der Vertragslaufzeit notwendig ist, zu umfassen.

c) Das Finanzmodell zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns entspricht dem als Teil des Angebots auf CD-ROM eingereichten auditierten Finanzmodell. Diese CD-ROM ("CD-ROM") ist dem Notar zu Beweis Zwecken übergeben worden, welcher weder Inhalt noch Funktionsfähigkeit der CD-ROM geprüft hat. Die Parteien beauftragen den Notar hiermit, die CD-ROM für die Dauer von 20 Jahren ab Beurkundung dieses Vertrages zu verwahren. Bis zum Ablauf dieser Frist ist der Notar auf schriftliches Verlangen einer Partei und auf deren Kosten verpflichtet, dieser zu üblichen Geschäftszeiten Zugang zu der CD-ROM zum Zwecke der Nutzung und/oder Vervielfältigung zu gewähren. Nach Ablauf dieser Frist ist der Notar verpflichtet, die CD-ROM dem Auftraggeber herauszugeben.

Der Betreiber ist verpflichtet, das Finanzmodell jährlich auf Basis des jeweils letzten testierten Jahresabschlusses zu aktualisieren, und hat das Finanzmodell so aufzustellen, dass sich daraus während der gesamten Vertragslaufzeit nachvollziehbar die Einhaltung der Finanzkennzahlen gemäß Ziffer 17.4 ergibt. Grundlage der ersten Aktualisierung ist das auditierte Finanzmodell, welches auf der CD-ROM gespeichert ist.

3.2.2.2 Rechtliche Fragen bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswerts

Die Anwendung dieser Bestimmungen wirft insbesondere die Rechtsfrage auf, inwiefern die Auswirkungen der EuGH-Entscheidung (Feststellung der Europarechtswidrigkeit der deutschen Mautgesetzgebung) zu berücksichtigen sind.

In zeitlicher Hinsicht handelt es sich bei dem EuGH-Urteil um ein bewertungsrelevantes Ereignis, da es vor dem Bewertungsstichtag (= Tage der [vermeintlichen] Beendigung des Vertrags) liegt.

Allerdings bedeutet das EuGH-Urteil an sich keinesfalls, dass der Betreibervertrag nicht durchgeführt werden kann. Der deutsche Gesetzgeber hat – wie aufgezeigt – verschiedene Möglichkeiten zur Herstellung von Europarechtskonformität. Insbesondere könnte er am InfrAG festhalten, wenn er auf die Kfz-Steuer-Kompensation verzichten oder diese vollständig abschaffen würde (→ C.I.1 = S. 12). Die Undurchführbarkeit des Vertrags folgt erst aus der Entscheidung, das InfrAG aufzuheben (→ C.II.3.1 = S. 15).

Zudem ist die Bewertung gemäß Anlage 28.4.1 Teil A Nr. 4 und 8 unter der Annahme zu erstellen, dass keine ordentliche Kündigung erfolgt wäre. Sie ist auf einem Finanzmodell aufzusetzen, das für die Restlaufzeit des Vertrages fortzuschreiben ist.

Diese Regelungen dürften so zu verstehen sein, dass die planmäßige Durchführung des Vertrags und eine planmäßige Entwicklung der Betreiberin (gemäß dem abgestimmten Finanzmodell) zu unterstellen ist. Dafür spricht auch die Erwägung, dass es der Auftraggeber andernfalls in der Hand hätte, seine Schadensersatzpflicht durch (nationale) ordnungspolitische Maßnahmen zu schmälern. Denn der Kündigungsgrund Nr. 30.5.4v) erfasst ausdrücklich auch ordnungspolitische Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers wie etwa eine freiwillige – nicht durch EU-Recht erzwungene – Aufhebung des InfrAG.

3.2.2.3 Wirtschaftliche Bedeutung der Schadensersatzregelung

Damit hat die Schadensersatzregelung folgende wirtschaftliche Bedeutung:

Nach den oben aufgeführten vertraglichen Regelungen erfolgt im Falle einer Kündigung „ohne Übernahme“ eine Bemessung des Schadenersatzes auf der Grundlage des anhand eines Zukunftserfolgswertverfahrens (DCF-WACC-Verfahrens) ermittelten objektivierten Bruttounternehmenswertes.

Beim Bruttounternehmenswert oder auch Entity-Wert wird der Marktwert des (Gesamt-) Unternehmens unabhängig von seiner Finanzierungsstruktur, also aus der Perspektive der Eigen- und der Fremdkapitalgeber ermittelt. Es wird mithin unterstellt, dass (wie auch bei der Übernahme lediglich sämtlicher Aktiva) keine Fremdkapitalpositionen übernommen werden und die Finanzierung der Unternehmung Angelegenheit des Übernehmers ist.

Anders verhält es sich bei der Übertragung von Eigenkapitalrechten (Geschäftsanteilen): Hier wird ein Nettounternehmenswert (Equity-Wert) benötigt, der den Marktwert des Eigenkapitals repräsentiert, da bei der Übernahme von Geschäftsanteilen regelmäßig auch (indirekt) Passivpositionen auf der Ebene der Gesellschaft übernommen werden.

Bei Anwendung der Bruttobewertungsverfahren kann der Bruttounternehmenswert (Marktwert des Gesamtkapitals) in den Marktwert des Eigenkapitals überführt werden, indem der Marktwert des Fremdkapitals (Nettofinanzposition) vom Bruttounternehmenswert abgezogen wird und so der Marktwert des Eigenkapitals verbleibt.

Wirtschaftlich betrachtet entspricht im Falle der Kündigung „ohne Übernahme“ der derart zu ermittelnde Schadenersatz dem Betrag, den die Auftragnehmerin erhalten hätte, wenn sie ihr gesamtes Unternehmen (im Wege eines Asset-Deals) verkaufen würde, jedoch sämtliche (zinstragenden) Verbindlichkeiten zurückhalten würde und diese aus dem Verkaufserlös begleichen würde. Identische Annahmen und korrekte Berechnungen vorausgesetzt kommt man aus der Perspektive der Gesellschafter zu selbigem wirtschaftlichen Ergebnis, wenn man anstatt eines Asset-Deal einen Share-Deal wählen würde und zum (geringeren) Nettounternehmenswert die gesamten Geschäftsanteile veräußert und sich somit (indirekt) auch sämtlichen (in der Gesellschaft gebundenen) Fremdkapitals entledigen würde.³⁰

Die Auftragnehmerin *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* würde. Dies könnten Veräußerungserlöse durch die Verwertung der im Falle einer Kündigung „ohne Übernahme“ noch vorhandenen Aktiva sein. Im aktuellen Stadium dürfte jedoch davon auszugehen sein, dass veräußerungsfähige Aktiva weder in nennenswertem Umfang vorhanden sind, noch solchen ein besonderer Wert beizumessen ist.

Der Ermittlung des Bruttounternehmenswertes werden die in der Zukunft erzielbaren finanziellen Überschüsse zu Grunde gelegt, welche sich anhand des Finanzmodells ergeben hätten. **Eine etwaige Kündigung des Vertrages bleibt hierbei unberücksichtigt.** Da in der kurzen Zeitspanne bis zur Kündigung des Vertrages noch keine Anpassung des Finanzmodells

³⁰ Nach erster Einschätzung der Verfasser sind jedoch die völlig unterschiedlichen Besteuerungseffekte nicht beachtet worden, welche sich aus der unterschiedlichen steuerrechtlichen Behandlung von Asset- und Share-Deal ergeben. Mithin wäre es sachgerecht gewesen, bei der Ermittlung eines Schadenersatzanspruchs auf der Grundlage eines Bruttounternehmenswertes entsprechende steuerrechtliche Folgewirkungen auf der Ebene der Auftragnehmerin zu berücksichtigen.

nach den Regelungen des Vertrages erfolgt sein dürfte, wird voraussichtlich das bei Vertragsabschluss und als Anlage zum Vertrag aufgenommene Finanzmodell maßgeblich sein.

In der vereinfachten Form bestimmt sich der Bruttounternehmenswert, indem die nach Maßgabe des Finanzmodells von den Eigen- und Fremdkapitalgebern während der Vertragslaufzeit erzielbaren finanziellen Cashflows anhand eines adäquaten gewichteten Diskontierungszinssatzes in einen Kapitalwert überführt werden. Auf diese Weise wird dem wirtschaftlichen Vorteil des früheren Zuflusses einer Schadensersatzzahlung Rechnung getragen.

Das bedeutet insgesamt: Durch die Schadensersatzregelung wird dem Auftragnehmer die vollständige Erstattung seines positiven Interesses garantiert. Er wird wirtschaftlich so gestellt, wie wenn der Vertrag über die gesamte Laufzeit plangemäß durchgeführt worden wäre, auch wenn er sich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen muss.

4. Kündigung mit Übernahme von Anteilen oder Aktiva

Als alternative Handlungsoptionen zu einer isolierten Kündigung sieht der Betreibervertrag die Möglichkeit vor, dass der Auftraggeber oder vom Auftraggeber benannte Dritte die Anteile am Betreiber oder die Aktiva des Betreibers erwerben können (→ C.II.2 = S. 14). Der Kaufpreis für den Erwerb der Anteile am Betreiber ist der Equity Value (Nr. 28.4.1 i.V.m. Anlage 28.4.1, Teil B Nr. 2 b) Betreibervertrag), der Kaufpreis für den Erwerb der Aktiva ist der Brutto-Unternehmenswert (Nr. 29.5.1. i.V.m. Anlage 29.5.1 Nr. 2 b) Betreibervertrag).

III. Bewertung

Als Maßstab für die Bewertung der dargestellten Regelungen des Betreibervertrags werden im Ausgangspunkt die gesetzlichen Leitbilder des BGB herangezogen. Die Bewertung unterscheidet zwischen dem Kündigungsrecht und den Kündigungsfolgen.

1. Maßstab: Gesetzliche Leitbilder

Zur Bestimmung der einschlägigen gesetzlichen Leitbilder muss die Typologie des Betreibervertrags betrachtet werden. Der Vertrag sieht im Wesentlichen folgende Leistungspflichten vor:

- Dem Betreiber wird die Aufgabe übertragen, die Erhebung und Vollstreckung von Infrastrukturabgaben im Wege der Beleihung durchzuführen (Nr. 4.1 Betreibervertrag). Hierzu wird der Betreiber verpflichtet, ein Infrastrukturabgabenerhebungssystem zu entwickeln, zu errichten, zu unterhalten und zu betreiben (Nr. 5 Betreibervertrag). Hinzu kommen umfassende Dokumentations- und Berichtspflichten (z.B. Nr. 12.8 Betreibervertrag) sowie die Pflicht zur Abgabenerhebung und treuhänderischen Verwahrung vereinnahmter Abgaben (Nr. 8 Betreibervertrag).

→ Gemäß Nr. 20.2 Betreibervertrag erhält der Betreiber eine „Startvergütung“ als Erstattung für bis zum Beginn der Erhebung nachweislich entstandene Betriebsaufwendungen einschließlich verauslagter Portokosten begrenzt auf einen Höchstbetrag von rd. 84 Mio €. Zudem erhält der Betreiber eine feste Vergütung für die durch ihn bis zum Beginn der Erhebung erbrachten Leistungen (Nr. 20.3.1) und für die übrigen, nach Beginn der Erhebung nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen (Nr. 20.3.2).³¹ Darüber hinaus erhält der Betreiber eine variable Vergütung, die abhängig ist von den vereinnahmten Beträgen (Nr. 20.3.3) und der Anzahl abgeschlossener Bearbeitungsvorgänge (Nr. 20.3.3) sowie von dem Erreichen von Digitalisierungsquoten bei der Kommunikation (Nr. 20.3.4).

Damit weist der Betreibervertrag Bezüge zu verschiedenen gesetzlich vorgegebenen Vertragstypen auf. Er enthält sowohl werk- als auch dienstvertragliche Elemente und kann keinem dieser Vertragstypen ohne Weiteres zugeordnet werden. Es spricht Vieles dafür, den Vertrag als eigenen Vertragstypus anzusehen,³² der aufgrund der vorgesehenen Vertragsdauer von 12 Jahren ab Beginn der Erhebung mit durchgehenden Leistungspflichten ein Dauerschuldverhältnis darstellt. Eine abschließende Einordnung ist im Rahmen dieses Kurzgutachtens nicht möglich,³³ aber auch nicht erforderlich, da sich die einschlägigen Bestimmungen weitgehend gleichen. Im Rahmen der weiteren Prüfung werden die für die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund allgemein geltenden Bestimmungen sowie die speziellen Regelungen des Dienst- und Werkvertragsrechts betrachtet.

Dies erfolgt zunächst mit Blick auf das Kündigungsrecht an sich, bevor die Kündigungsfolgen in den Blick genommen werden.

2. Kündigungsrecht

Mit der Regelung in Nr. 26.3.1b], wonach jede Partei den Vertrag aus wichtigem Grund vorzeitig kündigen kann, und der Definition des „wichtigen Grundes“ in Nr. 26.3.2³⁴ folgt der Betreibervertrag im Ausgangspunkt den gesetzlichen Leitbildern des § 314 Abs. 1 BGB für Dauerschuldverhältnisse, des § 626 BGB für Dienstverträge und des § 648a BGB für Werkverträge sowie der üblichen Gestaltungspraxis. Es ist auch üblich, im Vertrag diverse

³¹ Sofern diese Leistungen nicht durch die Startvergütung nach Nr. 20.2 abgegolten sind.

³² Vgl. zum sog. Internet-System-Vertrag BGH, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09 –, juris, Rn. 24: hier aber „insgesamt als Werkvertrag“ angesehen; zum Betreibermodell „A-Modell“ (Autobahn-Ausbau-Modell), OLG München, Urt. v. 12.2.2019 – 9 U 728/18, - juris, Rn. 110; zum Betriebsführungsvertrag für ein Hotel vgl. BGH, Urt. v. 5.10.1981 – II ZR 203/80 – juris, Rn. 78 als Geschäftsbesorgungsvertrag.

³³ Hierzu wäre eine umfassende Analyse aller Vertragspflichten erforderlich, was im Rahmen dieses Kurzgutachtens nicht geleistet werden kann.

³⁴ „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.“

Konstellationen als wichtigen Kündigungsgrund zu definieren, so wie es in dem Katalog in Nr. 26.3.4 Betreibervertrag vorgenommen worden ist.

Ungewöhnlich und überraschend ist hingegen, dass der Fall eines der Vertragsverletzungsklage der Republik Österreich stattgebenden EuGH-Urteils weder in dem Katalog der Kündigungsgründe noch sonst im Vertrag speziell geregelt wurde. Hängt die Umsetzbarkeit eines Großprojekts ganz oder teilweise vom Ausgang eines bei Vertragsschluss anhängigen Rechtsstreits ab, drängt es sich gerade auf, für das damit bestehende konkrete Risiko eine spezielle Regelung zu treffen, die die möglichen Szenarien in den Blick nimmt und die Rechte und Pflichten der Parteien jeweils präzise und abschließend regelt.

An einer solchen Regelung fehlt es im Betreibervertrag. Der Kündigungsgrund der „ordnungspolitischen Gründe“ ist zu allgemein gefasst und trifft für die spezifische Situation eines der Klage Österreichs stattgebenden EuGH-Urteils keine präzise Regelung. Insbesondere trägt die Kündigungsregelung dem Umstand, dass in diesem Fall der Gesetzgeber agieren muss und dabei verschiedene Handlungsoptionen zur Beseitigung des Diskriminierungsvorwurfs hat, nicht hinreichend Rechnung. Er trifft keine klaren Regelungen zur Rechtslage im Zeitraum zwischen dem Ergehen des EuGH-Urteils und der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers darüber, wie der Diskriminierungsvorwurf beseitigt werden soll. Damit hat sich das BMVI in eine problematische Situation gebracht: Auf der einen Seite können die Verhinderung unnötiger wirtschaftlicher Schäden und ggfs. auch die Vermeidung einer Verwirkung des Kündigungsrechts für eine frühzeitige Kündigung sprechen. Auf der anderen Seite ist zivilrechtlich sehr zweifelhaft, ob der Bund den Vertrag vor einer Entscheidung des Gesetzgebers unter Berufung auf ordnungspolitische Gründe rechtmäßig kündigen *kann*. Da der Gesetzgeber mehrere Handlungsoptionen hat, kann vor der Entscheidung des Gesetzgebers praktisch nicht beurteilt werden, ob die Kündigung des Vertrags „erforderlich“ ist noch ob die Fortführung des Vertrags „zumutbar“ ist (→ C.II.3.1.2 = S. 16). Verfassungsrechtlich spricht Vieles dafür, dass die Exekutive die Entscheidung der Legislative abwarten muss, bevor sie kündigen *darf*. Zivilrechtlich sind Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vorprogrammiert, wenn die Exekutive – wie offensichtlich geschehen – die Kündigung in diesem Zeitraum ausspricht.

Angesichts der greifbaren und keineswegs zu vernachlässigenden Gefahr eines der Klage Österreichs stattgebenden EuGH-Urteils (→ B.I.2 = S. 8 ff.) ist unverständlich, dass diesem Risiko nicht vorgebeugt wurde. Insbesondere hätte es nahegelegen, für den Zeitraum zwischen Ergehen des EuGH-Urteils und der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers eine besondere Regelung – z. B. zur vorübergehenden Aussetzung des Vertrags im Ganzen oder hinsichtlich einzelner Vertragsbestandteile – zu treffen, um dem Bund eine wohl abgewogene, die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung beachtende, Entscheidung über den Ausspruch der Kündigung zu ermöglichen.

3. Kündigungsfolgen

Hinsichtlich der Kündigungsfolgen ist zunächst daran zu erinnern, dass der Betreibervertrag sowohl für eine rechtmäßige Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen des Betreibervertrags als auch für eine „vermeintliche Kündigung“ als Rechtsfolge die Erstattung der Abwicklungskosten und die Leistung von Schadensersatz in Höhe des Bruttoundernehmenswerts vorsieht (C.II.3.2 = S. 17). Bemerkenswert ist vor allem die Regelung zur Erstattung des Bruttoundernehmenswerts, auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren.

3.1 Rechtsnatur der Schadensersatzregelung

Der Betreibervertrag sieht für den Fall der Kündigung des Vertrags („ohne Übernahme“) durch den Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch vor, der der Höhe nach auf den Bruttoundernehmenswert der Betreiber-Gesellschaft gerichtet ist. Damit wird dem Auftragnehmer die vollständige Erstattung des positiven Interesses zugesagt. Er wird wirtschaftlich so gestellt, wie wenn der Vertrag über die gesamte Laufzeit plangemäß durchgeführt worden wäre. Die Regelung hat den Charakter einer (selbständigen) Garantievereinbarung, mit der der Bund das Risiko, dass die Vertragsdurchführung aus ordnungspolitischen Gründen unmöglich oder unzumutbar wird, vollständig auf sich übernimmt.

Diese Gestaltung ist – gemessen an den gesetzlichen Leitbildern – äußerst ungewöhnlich:

3.2 Gesetzliche Leitbilder

Das geltende Gesetzesrecht kennt keine Bestimmung, die dem Auftragnehmer für den Fall, dass der Auftraggeber einen Vertrag aus wichtigem Grund kündigt, die Erstattung des positiven Interesses garantieren würde.

3.2.1 Dauerschuldverhältnisse allgemein

Für Dauerschuldverhältnisse gilt die allgemeine Kündigungsregelung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB:

(1) Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund beseitigt das Rechtsverhältnis mit Wirkung für die Zukunft. Es müssen keine weiteren Leistungen mehr erbracht werden.³⁵ Die schon für die Zeit vor dem Wirksamwerden der Kündigung erbrachten Leistungen bleiben unberührt.³⁶

§ 314 Abs. 4 BGB begründet keinen Schadensersatzanspruch. Die Bestimmung stellt lediglich klar, dass die Kündigung evtl. bereits entstandene Ansprüche wegen Pflichtverletzungen und auch einen auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB gerichteten Anspruch aus der Vertragsauflösung nicht ausschließt.³⁷ Damit sind Ansprüche gemeint, die auf einem vertragswidrigen Verhalten des Gekündigten beruhen, welches er zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2; sog. Auflösungsverschulden).³⁸

Einen Schadensersatzanspruch des Kündigungsempfängers bei einer Kündigung aus wichtigem Grund sieht § 314 BGB hingegen nicht vor. Erst recht kennt die Norm keine verschuldensunabhängige Garantie des positiven Interesses.

3.2.2 Dienstvertragsrecht

Für das Dienstvertragsrecht gilt im Wesentlichen das Gleiche. § 628 BGB trifft folgende Regelung:

1) Wird nach dem Beginn der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626 oder des § 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlasst zu sein, oder veranlasst er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 346 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstands erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

(2) Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlasst, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Auch nach § 628 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Dienstleistungsverpflichtete (hier: der Betreiber) nur einen Anspruch auf Vergütung der von ihm bereits erbrachten Leistungen.³⁹ Im vorliegenden

³⁵ Vgl. nur *Stürner*, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl., § 314, Rn. 20.

³⁶ Vorleistungen für die Zeit nach dem Wirksamwerden sind zu erstatten. Hierzu wird eine analoge Anwendung des § 628 Abs. 1 S. 3 BGB in Betracht gezogen; siehe *Stürner*, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl., § 314, Rn. 20; MüKoBGB/*Gaier*, BGB, 8. Aufl., § 314, Rn. 34.

³⁷ BGH, Urt. v. 25.11.2010 – Xa ZR 48/09 –, juris, Rn. 35; *Stürner*, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl., § 314, Rn. 21; MüKoBGB/*Gaier*, BGB, 8. Aufl., § 314, Rn. 35.

³⁸ MüKoBGB/*Gaier*, BGB, 8. Aufl., § 314, Rn. 35.

³⁹ Der Dienstverpflichtete ist grundsätzlich vorleistungspflichtig gemäß § 614 BGB.

Fall könnten dies z.B. die Leistungen gemäß Nr. 20.2 Betreibervertrag sein, für die der Betreiber eine „Startvergütung“ als Erstattung für bis zum Beginn der Erhebung nachweislich entstandene Betriebsaufwendungen einschließlich verauslagter Portokosten erhalten soll. Einen Schadensersatzanspruch sieht § 628 Abs. 2 BGB nur für den Kündigenden vor, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Gekündigten veranlasst worden ist. Dem Kündigungsempfänger steht hingegen kein Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB zu.⁴⁰

Auch § 628 BGB sieht also schon keinen Schadensersatzanspruch des Gekündigten bei einer Kündigung aus wichtigem Grund und erst recht keine verschuldensunabhängige Garantie des positiven Interesses vor.

3.2.3 Werkvertragsrecht

Das Werkvertragsrecht differenziert zwischen der Kündigung aus wichtigem Grund und der anlasslosen Kündigung:

3.2.3.1 Kündigung aus wichtigem Grund

Die Kündigung aus wichtigem Grund ist in § 648a BGB wie folgt geregelt:

(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Die Vorgaben des § 648a BGB entsprechen nahezu vollständig den Bestimmungen in § 314 BGB und § 628 BGB. Auf die obigen Ausführungen kann daher verwiesen werden.⁴¹ Insbesondere stehen dem Unternehmer gemäß § 648a Abs. 5 BGB bei einer berechtigten Kündigung aus wichtigem Grund Vergütungsansprüche nur für die bis zur Kündigung vertragsgerecht erbrachten Leistungen zu.⁴²

⁴⁰ BGH, Urt. v. 16.5.2013 – IX ZR 204/11 –, juris, Rn. 22.

⁴¹ Vgl. nur MüKoBGB/Busche, 7. Aufl., § 648a, Rn. 10f., 16.

⁴² Stürner, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl., § 648a, Rn. 13.

Hierzu wird in der Gesetzesbegründung wörtlich ausgeführt:⁴³

*Absatz 5 regelt die Folgen einer Kündigung für die vereinbarte Vergütung. Danach hat der Unternehmer – anders als bei einer freien Kündigung nach § 648 BGB-E (bisher § 649) – im Fall einer Kündigung aus einem wichtigen Grund nur Anspruch auf die Vergütung, die auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt. **Bei der Kündigung aus wichtigem Grund wäre ein an der vereinbarten Vergütung ausgerichteter Anspruch, wie ihn § 648 BGB-E (bisher § 649) vorsieht, nicht angemessen.** Bisher schon geht die Rechtsprechung bei der Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund davon aus, dass der Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen abzuwickeln ist und damit nur die bereits erbrachten Leistungen zu vergüten sind. Absatz 5 sieht diese Rechtsfolge nun für jede Kündigung nach Absatz 1 vor. Da der einer Kündigung zugrunde liegende wichtige Grund nicht ausschließlich aus der Sphäre eines der Vertragspartner kommen muss, ist dies auch für die Kündigung durch den Unternehmer gerechtfertigt.*

(Hervorhebung durch Verf.)

Schon nach der vorherigen Rechtslage war es allgemein „anerkannt, dass dem Unternehmer bei einer Kündigung seitens des Bestellers der Vergütungsanspruch nach § 631 Abs. 1, § 632 BGB für noch nicht erbrachte Leistungen nicht erhalten bleibt, soweit dem kündigenden Besteller ein Recht zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund zur Verfügung steht.“⁴⁴

Auch aus § 648a Abs. 6 BGB lässt sich kein Schadensersatzanspruch des Gekündigten bei einer Kündigung aus wichtigem Grund herleiten. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht allenfalls dann, wenn der Unternehmer (hier der Betreiber) den Vertrag kündigt und die Kündigung durch einen vorwerfbaren Verstoß des Auftraggebers gerechtfertigt ist.⁴⁵ In diesem Fall kann der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch durchsetzen, ohne die Gegenleistung erbringen zu müssen.⁴⁶ Allerdings muss sich der Unternehmer in jedem Fall die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen.⁴⁷ Dass für einen entsprechenden Schadensersatzanspruch ein schuldhaftes Verhalten des Kündigungsempfängers erforderlich ist, wird zudem in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt.⁴⁸ Eine verschuldensunabhängige Garantie des positiven Interesses kennt § 648a Abs. 6 BGB nicht.

3.2.3.2 Anlasslose Kündigung

Von der Kündigung aus wichtigem Grund deutlich zu unterscheiden ist die „anlasslose Kündigung“ (auch als „freie Kündigung“ bezeichnet). Hierzu trifft § 648 BGB folgende Regelung:

⁴³ BT-Drs. 18/8486, S. 52.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 25.3.1993 – X ZR 17/92 –, juris, Rn. 20; Urt. v. 27.10.1998 – X ZR 116/97 –, juris, Rn. 18.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 24.2.2005 – VII ZR 225/03 –, juris, Rn. 14.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 128/88.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 24.2.2005 – VII ZR 225/03 –, juris, Rn. 14.

⁴⁸ BT-Drs. 18/8486, S. 52.

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. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

Die Vorschrift räumt dem Auftraggeber ein freies Kündigungsrecht ein, welches er ohne jegliche Veranlassung durch den Auftragnehmer ausüben darf. Insoweit unterscheidet sich § 648 BGB von der Kündigung aus wichtigem Grund nach dem Vorbild des § 314 BGB.⁴⁹ Die Zubilligung dieses „freien“ Kündigungsrechts beruht auf der gesetzgeberischen Überlegung, dass vorzugsweise der Besteller an der Ausführung der Werkleistungen und der Erreichung des Werkerfolges interessiert ist und er deshalb die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Fall erhalten soll, dass dieses Interesse entfällt.⁵⁰ Dem Auftragnehmer soll kein Anspruch zugebilligt werden, das Werk gegen den Willen des Auftraggebers fertigzustellen.⁵¹

Damit wird der Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, zwar durchbrochen. Nach der Wertung des Gesetzes ist der Auftragnehmer aber durch die Regelung des § 648 S. 2 BGB ausreichend geschützt.⁵² Denn dem in erster Linie auf die Vergütung gerichteten Interesse des Werkunternehmers trägt § 648 S. 2 BGB dadurch Rechnung, dass ihm der Anspruch auf die Gegenleistung im Ausgangspunkt auch für diejenigen Leistungen verbleibt, die er wegen der Kündigung des Vertrages nicht mehr erbringen muss.⁵³ Dementsprechend ist der Besteller zur Kündigung des Werkvertrages nach § 648 S. 1 BGB unabhängig davon berechtigt, welcher Art die versprochenen Werkleistungen sind und innerhalb welchen Zeitraums der Unternehmer diese Leistungen zu erbringen hat.

Für den Fall der anlasslosen Kündigung sieht § 648 S. 2 BGB vor, dass der Unternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen kann. Von dieser Vergütung muss er sich den Betrag abziehen lassen, den er

- infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder
- durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Der Anspruch auf die Vergütung ist somit von vornherein auf die Differenz zwischen vereinbarter Vergütung einerseits und kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen und

⁴⁹ Bzw. §§ 626, 648a BGB.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 133/10-, juris, Rn. 11.

⁵¹ Vgl. nur MüKoBGB/Busche, 7. Aufl., § 648, Rn. 2 m.w.N.

⁵² BGH, Urt. v. 8.07.1999 – VII ZR 237/98 –, juris, Rn. 14.

⁵³ BGH, Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 133/10-, juris, Rn. 11.

anderweitigem Erwerb andererseits beschränkt.⁵⁴ Der Auftragnehmer soll weder besser noch schlechter stehen als bei Durchführung des Vertrages.⁵⁵

Dieser Anspruch ist verschuldensunabhängig und soll dem Ausgleich dafür dienen, dass der Auftragnehmer auch eine grundlose Kündigung des Vertrages hinnehmen muss.

Die Vorschrift ist der Schadensersatzregelung im Betreibervertrag hinsichtlich der Rechtsfolgen (Erstattung des entgangenen Gewinns) vergleichbar. Sie unterscheidet sich aber grundlegend in den Voraussetzungen, greift nämlich gerade nicht bei der Kündigung aus wichtigem Grund, sondern nur bei einer grundlosen Kündigung.

3.2.4 Exkurs: Vergleich zu den Rechtsfolgen einer Kündigung des Auftraggebers wegen einer verschuldeten Pflichtverletzung des Auftraggebers

Zum Vergleich sei noch kurz auf die Rechtsfolgen einer Kündigung des Auftragnehmers wegen eines schuldhaften Verhaltens des Auftraggebers eingegangen:

Wie bereits erwähnt, kann dem Auftragnehmer ein Schadensersatzanspruch zustehen, wenn er (!) die Kündigung des Vertrages ausspricht wegen eines wichtigen Grundes, der durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers gegeben ist (§ 280 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 3, § 281 BGB; sog. Auflösungsverschulden und Kündigungsschaden⁵⁶). Dabei hat der Auftragnehmer darzulegen und zu beweisen, dass ihm aufgrund der Beendigung des Vertrages ein konkreter Schaden entstanden ist (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB).

Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Auftragnehmer in diesem Fall so zu stellen, wie wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ziel der Schadensrestitution ist es, den Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich gesehen der hypothetischen Lage ohne das Schadensereignis entspricht. Dabei umfasst der Schadensersatzanspruch auch den entgangenen Gewinn (§ 252 S. 1 BGB). Gemäß § 252 S. 2 BGB gilt als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Hierzu hat der Auftragnehmer nachzuweisen, wie sich seine Vermögenslage bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages dargestellt hätte und welchen Gewinn er in diesem Fall hätte erwarten können. Mit dieser Vermögenslage im Fall ordnungsgemäßer Vertragserfüllung ist sodann die infolge der Nichterfüllung des Vertrages eingetretene Vermögenslage zu vergleichen. Zu diesem Zweck muss der Geschädigte darlegen, welchen anderweitigen gegebenenfalls niedrigeren Gewinn er aus der Verwertung der infolge der Nichterfüllung des Vertrages frei gewordenen Mittel, etwa auch der eigenen Arbeitskraft,

⁵⁴ BGH, Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 277/97 –juris, Rn. 11.

⁵⁵ Gemäß § 648 S. 3 BGB wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

⁵⁶ Vgl. nur MüKoBGB/Gaier, BGB, 8. Aufl., § 314, Rn. 35.

erzielt hat. Aus dem Vergleich beider Gewinnmöglichkeiten ist sodann der konkrete, durch die Nichterfüllung bedingte, Schaden zu errechnen.⁵⁷

Mit dem entgangenen Gewinn ist der Nettogewinn gemeint.⁵⁸ D.h. ersparte Aufwendungen sind als Abzugsposten im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen (sog. Vorteilsausgleichung).⁵⁹ Hierzu gehören z.B. Abzinsungen,⁶⁰ ersparte Betriebskosten⁶¹ (z.B. wegen Stilllegung des Betriebs)⁶² und Steuern, die das entgangene hypothetische Geschäft belastet hätten.⁶³

Schließlich ist im Rahmen der Schadensberechnung die allgemeine Schadensminderungspflicht des Geschädigten gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 bzw. § 242 BGB zu berücksichtigen. Diese hat den Zweck, bei bereits eingetretenen Schäden den Schadensumfang möglichst gering zu halten und unnötige Kosten bei der Schadensbeseitigung zu vermeiden.⁶⁴ Im Rahmen der Schadensminderungspflicht wird deshalb von dem Geschädigten als vernünftigem und sorgfältigem Menschen erwartet, dass er dazu beiträgt, den Schaden nicht unnötig groß werden zu lassen.⁶⁵ Die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 Abs. 2 BGB ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben und kommt dann zum Zuge, wenn der Geschädigte Maßnahmen unterlässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Schadensminderung ergreifen würde.

Auch dieser gesetzliche Schadensersatzanspruch ist der Regelung im Betreibervertrag (nur) hinsichtlich der Rechtsfolgen vergleichbar, nicht aber hinsichtlich der Voraussetzungen. Er greift nämlich nur, wenn der Vertrag auf Grund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Auftraggebers beendet wird.

3.3 Beurteilung der Regelungen des Betreibervertrags

Die Regelung der Kündigungsfolgen im Betreibervertrag ist danach wie folgt zu bewerten:

3.3.1 Vergleich mit den gesetzlichen Leitbildern

Der im Betreibervertrag für den Fall der Kündigung des Vertrags durch den Auftraggeber aus ordnungspolitischen Gründen vorgesehene verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch, der der Höhe nach auf den Bruttoundernehmenswert der Betreiber-Gesellschaft gerichtet ist,

⁵⁷ St. Rspr. BGH, Urt. v. 24.4.2012 - XI ZR 360/11; Urt. v. 28.2.1996 - XII ZR 186/94; Urt. v. 19.6.1951 - I ZR 118/50, BGHZ 2, 310, 313 f.

⁵⁸ Hierzu MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl., § 252, Rn. 12.

⁵⁹ Flume, in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl., § 249, Rn. 337; § 252, Rn. 19; MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl., § 249, Rn. 241.

⁶⁰ MüKoBGB/Gaier, BGB, 8. Aufl., § 314, Rn. 35.

⁶¹ BGH, Urt. v. 15.7.1997 - VI ZR 208/96 -, juris, Rn. 9f.

⁶² MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl., § 252, Rn. 28.

⁶³ Flume, in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl., § 252, Rn. 19; ausf. Hierzu MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl., § 249, Rn. 247ff. und § 252, Rn. 13ff.

⁶⁴ Lorenz, in BeckOK BGB, 47. Edition, § 254 Rn. 29.

⁶⁵ Z.B. OLG Koblenz, Urt. v. 29.11.2018 - 1 U 679/18 -, juris, Rn. 66.

stellt der Sache nach eine auf das positive Interesse gerichtete Garantie dar.⁶⁶ Mit dieser Garantie übernimmt der Bund das Risiko, dass die Vertragsdurchführung aus ordnungspolitischen Gründen unmöglich oder unzumutbar wird, vollständig auf sich.

Eine derartige Regelung ist den einschlägigen gesetzlichen Leitbildern fremd. Das Gesetzesrecht kennt keine vergleichbare Regelung. Nach den gesetzlichen Leitbildern setzt ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers eine schuldhafte Pflichtverletzung des Auftraggebers voraus. Ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Erstattung des positiven Interesses findet sich nur im Werkvertragsrecht und dort gerade nicht bei der Kündigung aus wichtigem Grund, sondern nur für den Fall der grundlosen Kündigung.

Gemessen an den gesetzlichen Leitbildern ist die Gestaltung des Betreibervertrags daher äußerst ungewöhnlich.

3.3.2 Unangemessenheit der Regelungen des Betreibervertrags

Die festgestellte Abweichung von den gesetzlichen Leitbildern ist jedenfalls in ihrer konkreten Reich- und Tragweite auch nicht durch Besonderheiten des Regelungsgegenstands gerechtfertigt.

Bei der effizienten Gestaltung von ÖPP-Verträgen kommt es entscheidend darauf an, welche Partei ein bestimmtes Risiko (besser) beherrschen bzw. absorbieren kann.⁶⁷ Dementsprechend wird bei den Kündigungsfolgen – juristisch gewendet – üblicherweise danach differenziert, welche Partei die Kündigung zu vertreten hat.⁶⁸

Die Übernahme eines Risikos durch den Auftraggeber ist danach insbesondere dann sachgerecht, wenn ein Risiko (nur) vom Auftraggeber beherrscht oder deutlich besser absorbiert werden kann.⁶⁹ Denn der Auftragnehmer müsste ein solches Risiko mit hohen Aufschlägen in seine Vergütungsforderung einpreisen bzw. würde im Rahmen einer Ausschreibung ggfs. sogar davon absehen, ein Angebot abzugeben. Demnach ist es ökonomisch sinnvoll, dass das

⁶⁶ So auch *Hufeld/Wagner-von Papp*, Gutachten (erstattet im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen) vom 19.8.2019: „Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe vor dem Urteil des EuGH vom 18.06.2019: Budgetflüchtige Risikoverwaltung? – Rechtliche Würdigung am Maßstab des Haushaltsverfassungsrechts, S. 39 ff.

⁶⁷ Vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Chancen und Risiken Öffentlich-Privater Partnerschaften, 2016, S. 23 ff. – abrufbar unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2016-09-22-chancen-und-risiken-oeffentlich-privater-partnerschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁶⁸ *Knütel*, in: Siebel/Röver/Knütel, Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, 2. Aufl. 2008, Rn. 1439 ff.; vgl. auch BVMI, Systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich – Verfügbarkeitsmodell, Mustervertrag § 54, Rechtsfolgen der Kündigung; abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/oep-systematische-darstellung-projektvertraeglicher-regelungen.pdf?__blob=publicationFile.

⁶⁹ Vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Chancen und Risiken Öffentlich-Privater Partnerschaften, 2016, S. 23 ff. – abrufbar unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2016-09-22-chancen-und-risiken-oeffentlich-privater-partnerschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

Werkvertragsrecht das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers mit einer Kompensationsregelung flankiert, die auf das positive Interesse gerichtet ist. Gleiches gilt für die Situation, dass der Vertrag auf Grund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Auftraggebers beendet werden muss. Anders ist die Situation aber dann, wenn der Vertrag weder aus freien Stücken gekündigt wird noch auf Grund einer Pflichtverletzung des Auftraggebers beendet werden muss, sondern auf Grund äußerer Umstände (vom Auftraggeber) gekündigt wird, die auch er selbst nicht unter Kontrolle hat. Dann handelt es sich um ein Risiko, das von keiner Partei beherrscht werden kann; die Kündigung ist von keiner Seite zu vertreten. Eine vollständige Zuweisung des unbegrenzten Risikos an den Auftraggeber ist in dieser Situation weder effizient noch angemessen. Dementsprechend sehen auch ÖPP-Musterverträge für diesen Fall keine vollständige Risikoübernahme durch den Auftragnehmer in Form einer Erstattung (auch) des positiven Interesses vor; vielmehr wird in der Regel nur das negative Interesse geschützt.⁷⁰

Die Schadensersatzregelung im Betreibervertrag ist zu pauschal gefasst und für den Fall eines negativen EuGH-Urteils nicht sachgerecht. Sie erfasst jeden ordnungspolitischen Grund, ungeachtet dessen, ob dieser Grund von der BRD (ggfs. kraft ihrer eigenen Gesetzgebungskompetenz) selbst oder von einer anderen politischen Instanz – wie insbesondere der Europäischen Union – gesetzt wird. Das Risiko, dass Entscheidungen des EuGH, Verfügungen der EU-Kommission oder Gesetzgebungsakte der EU die Durchführung des Betreibervertrags unmöglich oder unzumutbar machen, kann die BRD als Auftraggeber jedoch genauso wenig beherrschen wie der Auftragnehmer. Eine – dem Steuerrecht vergleichbare – „verbindliche Auskunft“ zur Vereinbarkeit von nationalem Recht mit EU-Recht gibt es nicht (→ B.I.3 = S. 9). Im konkreten Fall hat der deutsche Gesetzgeber zwar mehrere Möglichkeiten zur Umsetzung des EuGH-Urteils (→ C.I.1 = S. 12); eine Entscheidung zur Abschaffung der PKW-Maut wird aber gleichwohl nicht „aus freien Stücken“, sondern gezwungenermaßen getroffen. Die einseitige Übernahme des gesamten Risikos durch die BRD für den Fall eines negativen EuGH-Urteils ist daher nicht angemessen.

Auch an dieser Stelle gilt: Angesichts der greifbaren Gefahr eines der Klage Österreichs stattgebenden EuGH-Urteils (→ B.I.2 = S. 8 ff.) ist es unverständlich, dass für diesen speziellen Fall keine differenzierte Kompensationsregelung getroffen wurde. Beispielsweise hätte man vorsehen können, dass den Vertragspartnern das negative Interesse erstattet, als der entstandene bzw. entstehende Aufwand (insb. für die Verfahrensteilnahme und die Abwicklung) ersetzt, die

⁷⁰ Einen Mustervertrag, der für die Errichtung und den Betrieb des Systems zur Erhebung der Infrastrukturabgabe direkt einschlägig wäre, gibt es nicht; vgl. aber etwa den Mustervertrag des BMVI für das V-Modell – BMVI, Systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich – Verfügbarkeitsmodell, Mustervertrag § 54, Rechtsfolgen der Kündigung; abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/oepp-systematische-darstellung-projektvertraeglicher-regelungen.pdf?__blob=publicationFile; vgl. ferner den Mustervertrag der Finanzverwaltung NRW für PPP-Schulprojekte – Finanzverwaltung NRW, Public Private Partnership im Hochbau, Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekte, 2005, § 20 (Folgen der Vertragsbeendigung) – abrufbar unter https://www.ppp.niedersachsen.de/informationen_service/informationmaterialien_downloads/55914.html.

bisher erbrachten Leistungen vergütet und ggfs. – falls auf Grund der Marktbedingungen angezeigt – ein gewisser Teil seines positiven Interesses erstattet wird (Abstandszahlung). Differenzierte Risikoverteilungsregelungen sind in der Praxis durchaus üblich⁷¹ – nicht aber die einseitige und vollständige Zuweisung des unbegrenzten Risikos an den Auftraggeber.

Angesichts der atypischen Gestaltung des Betreibervertrags drängt sich die Frage nach den Gründen auf, aus denen die BRD bereit war, das Risiko vollständig auf sich zu nehmen und dem Auftragnehmer das gesamte positive Interesse zu garantieren. Angesichts der ökonomischen Wechselwirkung zwischen der Leistungsvergütung und der Risikoverteilung erscheint es denkbar, dass das BMVI die Priorität auf eine niedrigere Vergütung gesetzt und dafür die vollständige Risikoübernahme durch die BRD in Kauf genommen hat. Dann fragt sich, ob dem eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu Grunde lag und welche Erwägungen dort angestellt wurden. Denkbar ist ferner, dass die Bieter die vollständige Risikoübernahme zur Bedingung für die (weitere) Teilnahme am Verfahren gemacht haben. Allerdings wäre dies ein klares Indiz dafür gewesen, dass sie das Risiko eines negativen EuGH-Urteils deutlich höher einstufen als das BMVI. Das hätte das BMVI veranlassen müssen, seine Risikoeinschätzung zu überprüfen. Entweder hätte das BMVI das Ergebnis des in Kürze zu erwartenden Verfahrens vor dem EuGH abwarten, d.h. mit dem Zuschlag zuwarten müssen.⁷² Oder es hätte der offensichtlich bestehenden Unsicherheit zumindest dadurch begegnen müssen, dass mit den Bietern über eine gestufte Beauftragung verhandelt wird. D.h., dass der Auftragnehmer zunächst einen Teil der Vorbereitungs- und Entwicklungsleistungen übernimmt und über die Beauftragung weiterer Leistungen erst nach Vorliegen des EuGH-Urteils entschieden wird. Ein solches Vorgehen ist z.B. bei der Vergabe von Planungsleistungen bei Infrastrukturprojekten üblich, wenn die Realisierung (so wie hier!) noch nicht abschließend sichergestellt ist. Der Auftragnehmer erhält dann die angemessene Vergütung für die erbrachten Leistungen, und der Auftraggeber kann sich ohne (weitere) finanzielle Belastung von dem Vertrag lösen. Ggfs. kann die Abstandnahme von der Fortsetzung des Vertrages mit einer zusätzlichen Kompensation zugunsten des Auftragnehmers ergänzt werden, um eine angemessene Risikoverteilung zu erreichen.

Die vollständige Übernahme des unbegrenzten Risikos war hingegen gerade vor dem Hintergrund der kurz bevorstehenden EuGH-Entscheidung und der damit verbundenen nicht gesicherten Realisierung des Gesamtprojektes nicht sachgerecht. Im Zweifel hätte das Verfahren ausgesetzt werden müssen, bevor eine derart weitgehende verschuldensunabhängige Belastung der BRD in Kauf genommen wird. Das BMVI hat nicht einmal das Votum des

⁷¹ Vgl. etwa die sehr differenzierte Regelung für den Fall einer von keiner Partei zu vertretenden Kündigung im Mustervertrag des BMVI für das V-Modell – BVMI, Systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich – Verfügbarkeitsmodell, Mustervertrag § 54, Rechtsfolgen der Kündigung; abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/oepp-systematische-darstellung-projektvertraeglicher-regelungen.pdf?__blob=publicationFile.

⁷² *Hufeld/Wagner-von Papp*, Gutachten (erstattet im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen) vom 19.8.2019: „Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe vor dem Urteil des EuGH vom 18.06.2019: Budgetflüchtige Risikoverwaltung? – Rechtliche Würdigung am Maßstab des Haushaltsverfassungsrechts, S. 46.

Generalanwaltes, welches in Kürze zu erwarten war und auch am 06.02.2019 veröffentlicht worden ist, abgewartet.⁷³

3.3.3 Abschließende Bemerkungen und Hinweise

Die Bewertung ändert sich nicht deswegen, weil die Verpflichtung zur Erstattung des Bruttoundernehmenswerts dann nicht greift, wenn ein sonstiger – aus der Verantwortungssphäre des Auftragnehmers stammenden – Kündigungsgrund vorliegt (C.II.3.2 = S. 17). Diese Regelung bewirkt keine angemessene Risikoverteilung, sondern beinhaltet ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, das einen unter Umständen zeit- und kostenaufwändigen Rechtsstreit über das Vorliegen sonstiger Kündigungsgründe vorprogrammiert. Im Übrigen konnte der Bund bei Vertragsabschluss selbstredend nicht darauf setzen, dass im Fall eines für ihn negativen EuGH-Urteils zufällig auch ein anderer Kündigungsgrund vorliegen würde.

Auch die im Betreibervertrag vorgesehenen Erwerbsoptionen des Auftraggebers (Anteils-Erwerb, Aktiva-Erwerb → C.II.2 = S. 14) führen zu keinem anderen wirtschaftlichen Ergebnis. Eine solche Option dürfte für den Fall, dass die Infrastrukturabgabe infolge des EuGH-Urteils nicht erhoben wird, praktisch kaum von Wert sein. Das Betreiber-Unternehmen ist eine Einzweckgesellschaft (single purpose entity). Eine solche Gesellschaft verliert in dem Moment, in dem ihr Zweck nicht mehr erreicht werden kann, ihren Wert. Etwas Anderes würde allenfalls dann gelten, wenn sie ihren Geschäftsbetrieb mit angemessenem Aufwand auf einen anderen Unternehmenszweck umstellen könnte. Das ist bei der Betreibergesellschaft zur Erhebung der deutschen Infrastrukturabgabe nicht ersichtlich.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die sachlich unangemessene Vertragsgestaltung verfassungs- und unionsrechtliche Probleme und Fragestellung mit sich bringt: Die Vereinbarung einer Garantie des positiven Interesses, die derart deutlich von den gesetzlichen Leitbildern abweicht, darf verfassungsrechtlich nicht ohne Ermächtigung in einem Bundesgesetz vereinbart werden (Art. 115 Abs. 1 GG).⁷⁴ Unionsrechtlich stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV. Der Begriff der „Beihilfe“ umfasst wirtschaftliche Sondervorteile jeder Art und damit auch Garantien, die marktunüblich sind und denen keine äquivalente Leistung des Vertragspartners gegenübersteht.⁷⁵

⁷³ SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NILS WAHL, vom 06.02.2019, Rechtssache C-591/17 Republik Österreich gegen Bundesrepublik Deutschland; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2921067659E41A8F7053CAB9CEB3A3EE?text=&docid=210529&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10538072>. Das gilt ungeachtet des von der Fachwelt nicht erwarteten Umstandes, dass der Generalanwalt die MAUT für europarechtskonform gehalten hat.

⁷⁴ Hierzu *Hufeld/Wagner-von Papp*, Gutachten (erstattet im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen) vom 19.8.2019: „Die Vorbereitung der Infrastrukturabgabe vor dem Urteil des EuGH vom 18.06.2019: Budgetflüchtige Risikoverwaltung? – Rechtliche Würdigung am Maßstab des Haushaltsverfassungsrechts, S. 52 ff.

⁷⁵ Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABIEU 2016 Nr. C 262/1, Rn. 66 ff.

D. Ergebnis

Die Möglichkeit eines der Klage Österreichs stattgebenden EuGH-Urteils wurde im Betreibervertrag nicht angemessen geregelt. Die Regelungen sind pauschal verfasst und inhaltlich so gestaltet, dass mit kostenträchtigen Auseinandersetzungen gerechnet werden muss. Das Kündigungsrecht ist nicht präzise geregelt. Es bleibt unberücksichtigt, dass im Fall eines negativen EuGH-Urteils der Gesetzgeber zur Entscheidung berufen ist und dabei mehrere Handlungsoptionen hat. Die Rechtsfolgen einer Kündigung gehen einseitig zu Lasten der BRD. Nach dem Vertrag übernimmt sie das Risiko eines negativen EuGH-Urteils vollständig. Der Betreiber wird so gestellt, als ob das EuGH-Urteil gar nicht ergangen wäre und er den planmäßigen Gewinn über die gesamte Vertragslaufzeit erzielen könnte. Das ist mit Blick auf die gesetzlichen Leitbilder äußerst ungewöhnlich, ohne besondere gesetzliche Ermächtigung nicht zulässig (Art. 115 Abs. 1 GG) und sachlich nicht gerechtfertigt.