

PKW-Maut

**Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils und angemessene
Berücksichtigung in den vergebenen Aufträgen**

An: Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag

Von: Chatham Partners LLP

Datum: 23. August 2019

Inhaltsverzeichnis

A.	FRAGESTELLUNG.....	4
B.	ZUSAMMENFASSUNG DER RECHTLICHEN BEURTEILUNG.....	4
C.	HINTERGRUND UND SACHVERHALT	5
I.	EINFÜHRUNG EINES MAUTSYSTEMS	5
II.	AUSEINANDERSETZUNG MIT DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION UND WEITERER DISKURS	6
III.	AUSSCHREIBUNG.....	8
IV.	MAUTVERTRÄGE.....	9
	1. BETREIBERVERTRAG.....	9
	2. VERTRAG AUTOMATISCHE KONTROLLE.....	10
V.	VERFAHREN VOR DEM EUGH	10
VI.	KÜNDIGUNG DER MAUTVERTRÄGE	11
VII.	ANTWORT DER BUNDESREGIERUNG AUF DIE KLEINE ANFRAGE VON ABGEORDNETEN UND DER FRAKTION DER FDP	11
D.	RECHTLICHE BEURTEILUNG.....	12
I.	ABSEHBARKEIT DES EUGH-URTEILS.....	12
	1. VORHERSEHBARKEIT EINER LETZTENTSCHEIDUNG DURCH DEN EUGH	12
	2. KONTINUIERLICHER DISPUT BEZÜGLICH UNIONSRECHTSKONFORMITÄT	13
II.	BEWERTUNG DES KÜNDIGUNGSREGIMES	15
	1. KÜNDIGUNGSREGIME IN DEN MAUTVERTRÄGEN	16
	1.1 BETREIBERVERTRAG	16
	1.1.1 GRUNDSATZ: ERSTATTUNG BRUTTOUNTERNEHMENSWERT	16
	1.1.2 WIRTSCHAFTLICHE FOLGE: ERSTATTUNG DES ENTGANGENEN GEWINNS	17
	1.2 VERTRAG AUTOMATISCHE KONTROLLE.....	17
	1.2.1 KÜNDIGUNGSFOLGEN NACH PROJEKTFORTSCHRITT	17
	1.2.2 WIRTSCHAFTLICHE FOLGE: ANTEILIGE ERSTATTUNG	18
	2. GRUNDSÄTZE UND AUSGESTALTUNGEN VON KÜNDIGUNGSFOLGENREGIMEN.....	18
	2.1 PRIVATAUTONOMIE.....	18
	2.2 GRUNDSÄTZE DER RISIKOVERTEILUNG UND WIRTSCHAFTLICHKEITSBETRACHTUNG BEI PPP-PROJEKTEN	19
	2.3 VERGLEICHSMABSTÄBE.....	20
	2.3.1 GESETZLICH VORGESEHENES KÜNDIGUNGSREGIME	20
	2.3.2 ÜBLICHE REGELUNGEN IN INFRASTRUKTURVERTRÄGEN	21

3. BEWERTUNGEN DER KÜNDIGUNGSFOLGEN IN DEN MAUTVERTRÄGEN	23
3.1 VERGLEICH ZU GESETZ UND MUSTERVERTRÄGEN	24
3.2 VERTRAGSGESTALTUNG VOR DEM HINTERGRUND DER UMSTÄNDE DES EINGETRETENEN RISIKOS.....	24
3.3 KEIN BERECHTIGTES INTERESSE DES BETREIBERS ERHEBUNG	25
3.4 KURZFRISTIG ZU ERWARTENDES EUGH-URTEIL RECHTFERTIGT KEINE VOLLE KOMPENSATION	25
3.5 MÖGLICHE RECHTSWIDRIGKEIT DES KÜNDIGUNGSFOLGENREGIMES	25
3.6 FAZIT	26
III. WEITERE FRAGEN	26
1. ALTERNATIVE VERTRAGSGESTALTUNG	27
2. VERGABEVERFAHREN	27
3. EUROPARECHTLICHE IMPLIKATIONEN	28
4. HAUSHALTSRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN	28
PKW-MAUT – ANLAGE 1	29
PKW-MAUT – ANLAGE 2	30
PKW-MAUT – ANLAGE 3	51
PKW-MAUT – ANLAGE 4	52

A. Fragestellung

Im Zusammenhang mit der vormals geplanten deutschen PKW-Maut hat die Bundesrepublik Deutschland verschiedene Verträge zu deren Umsetzung geschlossen. Infolge eines EuGH-Urteils, dass die Umsetzung der PKW-Maut in der vorgesehenen Form für unionsrechtswidrig erklärte, wurden diese Verträge wieder gekündigt. Vor diesem Hintergrund wurden wir gebeten, die folgenden Fragestellungen zu untersuchen:

- ▶ War mit der Entscheidung des EuGH zur Unionsrechtswidrigkeit der gesetzlichen Regelungen zur Umsetzung der PKW-Maut zu rechnen oder war diese gänzlich unvorhersehbar? (siehe hierzu Ziff. D.I)
- ▶ Sind die vereinbarten Kündigungsfolgenregelungen in den Verträgen vor dem Hintergrund des seinerzeit anstehenden EuGH-Urteils üblich und angemessen? (siehe hierzu Ziff. D.II)
- ▶ Welche zusätzlichen Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang auf Grundlage der öffentlich zugänglichen Informationen? (siehe hierzu Ziff. D.III)

B. Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung¹

- ▶ Das Risiko, dass der EuGH in seinem bevorstehenden Urteil die Unionsrechtswidrigkeit der vorgesehenen Umsetzung der PKW-Maut feststellen könnte, war bekannt. Die Eintrittswahrscheinlichkeit dieses Risikos war nicht lediglich gering.
 - ▷ Dies folgt einerseits aus der generellen Ungewissheit des Ausgangs entsprechender Verfahren.
 - ▷ Darüber hinaus wurden die Zweifel an der Unionsrechtskonformität, die letztlich auch zur Entscheidung des EuGH führten, zuvor wiederholt von verschiedenen Institutionen und Wissenschaftlern vorgetragen.
 - ▷ Zusätzliche Vorsicht indizierte der Verfahrenslauf: Einerseits trat die Kommission dem Verfahren nicht (wie sonst üblich) als Streithelfer bei und betonte zudem die politische Motivation ihrer zuvor ergangenen Entscheidung. Andererseits wies der EuGH das Verfahren bereits früh seiner Großen Kammer zu.
 - ▷ Dass der EuGH eine Entscheidung treffen würde, war spätestens im ersten Quartal 2017 absehbar. Ebenso war seit Klageeinreichung im Oktober 2017 klar, dass eine solche Entscheidung spätestens 24 Monate später ergehen würde.
 - ▷ Üblich und angemessen wäre der Ausgleich des negativen Interesses des Auftragnehmers gewesen, also eine Erstattung der bis zur Kündigung tatsächlich angefallenen Kosten.
- ▶ Die Regelungen zu den Folgen einer Kündigung des Betreibervertrages für den Fall eines negativen Verfahrensausgangs sprechen dem Auftragnehmer den entgangenen Gewinn über die gesamte restliche Vertragslaufzeit zu. Diese weitreichende Entschädigung ist als unüblich einzustufen und erscheint unangemessen.
 - ▷ Sie sprechen dem Betreiber Erhebung bei einer Kündigung aus „*ordnungspolitischen Gründen*“ eine Erstattung des entgangenen Gewinns über den gesamten Vertragszeitraum zu, obwohl Deutschland als Auftraggeber den Ausgang des EuGH-Verfahrens nicht kontrollieren konnte.

¹ Die Ausführungen in der Zusammenfassung verwenden teilweise Begrifflichkeiten, die im Hauptteil des Gutachtens näher definiert sind.

- ▷ Üblich ist eine solche Kündigungsfolge allenfalls bei Kündigungen, die der Auftraggeber zu vertreten hat, weil er den Kündigungsgrund zumindest mutwillig oder grob fahrlässig herbeigeführt hat.
- ▷ Für die Unangemessenheit der Kündigungsfolgenregelung spricht die beträchtliche Eintrittswahrscheinlichkeit des zugrundeliegenden Risikos, da das EuGH-Verfahren noch nicht abgeschlossen und dessen Ausgang als offen anzusehen war (s.o.).
- ▷ Ein schützenswertes Interesse des Betreibers Erhebung an der Vereinbarung eines Kündigungsregimes, das auch seinen entgangenen Gewinn über den gesamten Vertragszeitraum absicherte, ist nicht erkennbar. Insbesondere konnte der Auftraggeber durch die Regelung nicht zur Vertragstreue angehalten werden, da er den Ausgang des EuGH-Verfahrens nicht beeinflussen konnte.
- ▷ Auch die (erwartbar) kurz nach Vertragsschluss ergangene Entscheidung des EuGH-Urteils lässt eine Entschädigung in dem vereinbarten Umfang als unangemessen erscheinen.
- ▶ Dieser Sachverhalt wirft eine Reihe zusätzlicher Fragenkomplexe auf, die aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen nicht geklärt werden konnten.
 - ▷ Es ist zunächst unklar, wie es zu dem Verhandlungsergebnis und Vereinbarung der weitreichenden Kündigungsfolgenregelung kam. Es hätte eine Vielzahl anderer Regelungsmechanismen gegeben, um zu einer angemesseneren Risiko- und Kostenverteilung zu kommen.
 - ▷ Da die Mautverträge in Vergabeverfahren vergeben wurden und auf den Betreibervertrag anscheinend nur ein letztverbindliches Angebot abgegeben wurde, stellt sich die Frage, ob alle möglichen Bieter gleich behandelt wurden oder die Bedingungen nachträglich geändert wurden.
 - ▷ Die möglicherweise erheblichen Zahlungen infolge der Kündigung könnten eine rechtswidrige Beihilfe zugunsten des Auftragnehmers darstellen.
 - ▷ Haushaltsrechtliche Fragen und Bedenken ergeben sich vor allem hinsichtlich des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, der hinreichenden Risiko- und Wirtschaftlichkeitsbewertungen sowie der ausreichenden Berücksichtigung der im Kündigungsfall zu leistenden Zahlungen im Haushaltsplan.

C. Hintergrund und Sachverhalt

Dem Gegenstand dieses Gutachtens liegt der folgende, öffentlich bekannte Sachverhalt zugrunde²:

I. Einführung eines Mautsystems

Die bereits seit 2006 durch die CSU verfolgte Einführung einer „*PKW-Maut*“³ wurde 2013 zu einem zentralen Wahlkampfthema des damaligen CSU-Generalsekretärs und späteren Bundesverkehrsministers *Alexander Dobrindt*.⁴ Trotz ursprünglicher Ablehnung dieses Vorschlags durch Bundeskanzlerin *Dr. Angela Merkel*⁵ wurde das Vorhaben schließlich in den Koalitionsvertrag zur 18. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD aufgenommen. Dabei wurde festgeschrieben, dass die

² Sowohl in der Darstellung des Sachverhalts als auch in Bezug auf dessen Bewertung wurden ausschließlich öffentliche Quellen herangezogen.

³ Der Begriff ist irreführend, weil es sich tatsächlich um eine Infrastrukturabgabe handelt, wird jedoch auch hier wegen Sprachgebräuchlichkeit für das Gutachten verwendet.

⁴ <https://www.csu.de/service/pressemitteilungen/2013/csu-gibt-gas-bei-pkw-maut/> (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

⁵ Vgl. TV-Beitrag: *Das TV-Duell: Merkel – Steinbrück*, Das Erste, 01.09.2013 (abrufbar unter: <http://mediathek.daserste.de/ARD-Sondersendung/Das-TV-Duell-Merkel-Steinbr%C3%BCck/Video?bcastId=3304234&documentId=25990514>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

Ausgestaltung dieser Maßnahme europarechtskonform zu erfolgen hat.⁶ Am 11. Februar 2015 brachte die Bundesregierung Entwürfe eines „Gesetzes zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen“ (**InfrAG**)⁷ sowie eines „Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes“ (**2. VerkStÄndG**)⁸ in den Bundestag ein. Diese sahen die Einführung einer Infrastrukturabgabe auf die Nutzung des deutschen Bundesfernstraßennetzes bei gleichzeitiger Einführung eines Steuerentlastungsbetrags bei der Kfz-Steuer vor. Am 8. Juni 2015 wurden schließlich das InfrAG sowie das 2. VerkStÄndG ausgefertigt.⁹

II. Auseinandersetzung mit der Europäischen Kommission und weiterer Diskurs

Schon vor Erlass der Gesetze und spätestens seit November 2014 stand die Europäische Kommission (**Kommission**) in Kontakt mit den deutschen Behörden wegen grundsätzlicher Bedenken der Kommission zur Einführung der deutschen PKW-Maut.¹⁰

Nach Inkrafttreten des InfrAG und des 2. VerkStÄndG leitete die Kommission mit Aufforderungsschreiben vom 18. Juni 2015 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland (**Deutschland** oder **Auftraggeber**) ein.¹¹

Am 28. April 2016 gab die Kommission bekannt, dass sie die sogenannte zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens eingeleitet und Deutschland eine mit Gründen versehene Stellungnahme zugeleitet hatte.¹² Am 29. September 2016 gab die Kommission bekannt, den Gerichtshof der Europäischen Union (**EuGH**) mit der Sache befassen zu wollen.¹³

Am 1. Dezember 2016 teilte die Kommission mit, dass sie sich mit Deutschland auf eine „gerechte und diskriminierungsfreie Maut“ geeinigt habe.¹⁴ Die Republik Österreich (**Österreich**) kritisierte die Einigung und stellte eine Koordination mit weiteren Mitgliedstaaten und auch eine Klageerhebung in Aussicht.¹⁵ Am 25. Januar 2017 beschloss das Bundeskabinett Gesetzentwürfe zur Änderung des InfrAG und zur Änderung des 2. VerkStÄndG und brachte Änderungsanträge in den Gesetzgebungsprozess ein.¹⁶ Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (**BMVI**)

⁶ Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.12.2013, S. 8 (abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen, BT-Drs. 18/3990, 11.02.2015.

⁸ Entwurf eines Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes (VerkehrStÄndG2), BT-Drs. 18/3991, 11.02.2015.

⁹ Gesetz über die Erhebung einer zeitbezogenen Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen vom 08.06.2015 (Infrastrukturabgabegesetz – InfrAG), BGBl. I, S. 904; Zweites Gesetz zur Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes und des Versicherungssteuergesetzes vom 08.06.2015 (Zweites Verkehrsteueränderungsgesetz – 2. VerkStÄndG), BGBl. I, S. 901.

¹⁰ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29.09.2016 (IP/16/3130) – *Straßenverkehr: Kommission verklagt Deutschland wegen diskriminierender Straßenbenutzungsgebühren* (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3130_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 18.06.2015 (IP/15/5200) – *Verkehr: Kommission leitet bezüglich der Einführung einer Straßennutzungsgebühr für private Kraftfahrzeuge („PKW-Maut“) Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein* (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5200_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019); ein ergänzendes Aufforderungsschreiben folgte am 10.12.2015 – vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2019, Az. C-591/17, Rn. 14 – *Österreich / Deutschland* (abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215105&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5073597>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹² Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 28.04.2016 (IP/16/1456) – *Kommission schützt den EU-Binnenmarkt und geht gegen die Diskriminierung von Kraftfahrern aus anderen Mitgliedstaaten in Deutschland und im Vereinigten Königreich vor* (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1456_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019); Factsheet vom 28.04.2016 (MEMO/16/1452) – *Vertragsverletzungsverfahren im April: wichtigste Beschlüsse* (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1452_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹³ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29.09.2016 (Fn. 10); Factsheet vom 29.09.2016 (MEMO/16/3125) – *Vertragsverletzungsverfahren im September: wichtigste Beschlüsse* (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 01.12.2016 (IP/16/4221) – *EU-Kommission und Deutschland einigen sich auf gerechte und diskriminierungsfreie Maut* (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4221_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹⁵ Vgl. Bericht der „Tagesschau“ vom 31.12.2016: *Wien will Bündnis gegen Pkw-Maut* (abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/oesterreich-maut-101.html>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019); vgl. auch Wirtschaftsnachrichten der Deutschen Handelskammer in Österreich vom 25.01.2017: *Leichtfried prüft Klage der EU-Anrainerstaaten gegen deutsche Maut* (abrufbar unter: <https://oesterreich.ahk.de/newsroom/news/news-detailansicht/leichtfried-prueft-klage-der-eu-anrainerstaaten-gegen-deutsche-maut/>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹⁶ Vgl. Pressemitteilung des BMVI vom 25.01.2017: *Bundesregierung setzt Einigung mit EU zur Infrastrukturabgabe um* (abrufbar unter <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2017/010-dobrindt-infrastrukturabgabe.html>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

erläuterte hierzu, dass „die Bundesregierung die Einigung mit der Kommission [umsetzt]. Neben einer Stärkung der ökologischen Komponente bei der Kfz-Steuer werden die Preise für Kurzzeitvisitenneten ausländischer Kfz-Halter stärker gespreizt. Für inländische Kfz-Halter wird es keine Mehrbelastung geben.“¹⁷

Am 6. Februar 2017 schloss der mit der rechtlichen Bewertung der Änderungen befasste *Fachbereich Europa* des Bundestages seine Ausarbeitung – verkürzt – mit dem Fazit, dass die „objektiv gebotene Gesamtbetrachtung“ der vorgesehenen Maßnahmen dafür spreche, dass die „Maßnahmenkombination in ihrem Gesamtkonzept [...] eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit [...] bewirkt, die sich nicht auf unionsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe stützen lässt. [Zudem] führt die Einführung einer Infrastrukturabgabe [...] zu einer potentiellen Beeinträchtigung von Verkehrsunternehmen im Sinne von Art. 92 AEUV.“¹⁸

Am 15. März 2017 äußerte sich ebenfalls das Europäische Parlament im Rahmen einer Entschließung kritisch zu der Zustimmung der Kommission zum überarbeiteten Plan Deutschlands, die PKW-Maut einzuführen. Das Europäische Parlament führte unter anderem aus, dass die Maßnahme weiterhin Elemente enthalte, „die einen Verstoß gegen das Unionsrecht darstellen und grundlegende Prinzipien der Verträge verletzen, insbesondere was die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit [angehe].“¹⁹

Die Gesetzesänderungen wurden am 24. März 2017 nach ausführlicher Debatte mit Stimmen der regierenden Fraktionen CDU/CSU und SPD im Bundestag angenommen.²⁰ Daraufhin kündigte das österreichische Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (*bmvit*) am 31. März 2017 an, dass Österreich vor dem EuGH gegen die deutschen Mautpläne klagen werde.²¹

Die Kommission stellte am 17. Mai 2017 ihr im Jahr 2015 eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren ein. Sie teilte mit, dass sie zu dem Schluss gelangt sei, „dass Deutschland ihren Bedenken Rechnung getragen hat, indem es jegliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beseitigt“ habe.²² Damit entschied sich die Kommission dagegen, der – durch ein Rechtsgutachten der Universität Innsbruck gestützten – dringlichen Bitte von Österreich, die geplante PKW-Maut (weiter) auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu prüfen, zu entsprechen.²³

In der Folge befasste Österreich mit Schreiben vom 7. Juli 2017²⁴ die Kommission mit der Sache. Mit Schreiben vom 11. August 2017 wies Deutschland das Vorbringen Österreichs zurück; am

¹⁷ A.a.O.

¹⁸ Ausarbeitung des Fachbereichs Europa, PE 6 – 3000 – 005/17 vom 06.02.2017: *Vereinbarkeit des Infrastrukturabgabengesetzes und des Zweiten Verkehrssteueränderungsgesetzes in der Fassung der von der Bundesregierung beschlossenen Änderungsgesetze mit dem Unionsrecht* (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/493516/ab77f6cf73cf5d38bc57a0193bf808c0/p%20e-6-005-17-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

¹⁹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.03.2017 zur Billigung des überarbeiteten Plans Deutschlands, eine Straßenmaut einzuführen, durch die Kommission (2017/2526(RSP)), veröffentlicht im ABl. (EU) vom 25.07.2018 Nr. C 263/103, dort insb. Ziff. 13.

²⁰ Deutscher Bundestag – Plenarprotokoll 18/226, Stenografischer Bericht 226. Sitzung, 24.03.2017 (abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18226.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019). Gegenstimmen und Enthaltungen gab es auch aus den Fraktionen der Regierungsparteien; die weiteren Fraktionen stimmten dagegen; das „Erste Gesetz zur Änderung des Infrastrukturabgabengesetzes“ wurde am 18.05.2017 verabschiedet (BGBl. I, S. 1218); das „Gesetz zur Änderung des Zweiten Verkehrssteueränderungsgesetzes“ wurde am 06.06.2017 verabschiedet (BGBl. I, S. 1493).

²¹ BMVI Pressemitteilung vom 31.03.2019 - „Deutsche Maut-Pläne: Österreich klagt vor EuGH“ (abrufbar unter <https://infothek.bmvit.gv.at/maut-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

²² Europäische Kommission, Factsheet vom 17.05.2017 (MEMO/17/1280) – *Vertragsverletzungsverfahren im Mai – Teil 1: wichtigste Beschlüsse*, dort unter Ziff. 6 (abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1280_de.htm, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

²³ Vgl. bspw.: Süddeutsche Zeitung vom 12.05.2015 – *Österreich drängt EU zum Einschreiten gegen deutsche Maut* (abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/news/wirtschaft/verkehr-oesterreich-draengt-euzum-einschreiten-gegen-deutsche-maut-dpa.um-newsml-dpa-com-20090101-150512-99-08052>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

²⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2019, Rz. 16 (Fn. 11).

31. August 2017 fand in Brüssel eine Anhörung statt, in der Österreich und Deutschland ihre Argumente vortrugen.²⁵ Nachdem die Kommission anschließend nicht fristgemäß begründet Stellung genommen hatte²⁶, erhob Österreich am 12. Oktober 2017 Klage gegen Deutschland beim EuGH und beantragte – zusammengefasst – festzustellen, dass Deutschland durch die Einführung der Infrastrukturabgabe in Verbindung mit der Steuerentlastung gegen Unionsrecht (namentlich Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV) verstoßen habe.²⁷

Zur Vereinbarkeit der geplanten PKW-Maut mit dem Unionsrecht wurden sowohl im Hinblick auf die ursprüngliche Planung als auch nach deren Änderungen im Jahr 2017 verschiedene Rechtsauffassungen vertreten. Während gerade die vom BMVI in Auftrag gegebenen Gutachten die Europarechtskonformität des Vorhabens bestätigen²⁸, nahmen zahlreiche andere Stimmen einen Verstoß gegen die europarechtlichen Diskriminierungsvorschriften sowohl hinsichtlich der ursprünglichen als auch hinsichtlich der abgeänderten PKW-Maut Gesetze an.²⁹

III. Ausschreibung

Parallel zu der Einleitung des o.g. Verfahrens schrieb das BMVI im Juni 2017 die für die Realisierung der Infrastrukturabgabe notwendigen Leistungen europaweit aus.³⁰ Nach § 4 Abs. 1 InfrAG ist das Kraftfahrt-Bundesamt für die Erhebung der Infrastrukturabgabe zuständig und kann einem privaten Dritten die Erhebung der Infrastrukturabgabe, die Durchführung des Mahnverfahrens und den Erlass von Vollstreckungsanordnungen übertragen. § 11 InfrAG regelt die Zuständigkeit des Bundesamtes für Güterverkehr für die stichprobenartige Überwachung der Einhaltung der Abgabepflicht und ermächtigt das Bundesamt, sich hierfür der Mitwirkung eines privaten Dritten zu bedienen.

Das BMVI schrieb einen Auftrag mit der Bezeichnung „*Entwicklung, Aufbau und Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgabenerhebungssystem)*“ aus. Den Auftragsgegenstand bezeichnete das BMVI als „*wesentliche[n] Bestandteil*“ des für die Erhebung der Infrastrukturabgabe nach dem InfrAG notwendigen Gesamtsystems. In dem geplanten Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb sollten vier Bewerber zur Abgabe eines Erstangebots aufgefordert werden.³¹ Gemäß der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Januar 2019 wurde schließlich nur ein Angebot abgegeben, das auch den Zuschlag erhielt.³²

²⁵ A.a.O., Rz. 18.

²⁶ A.a.O., Rz. 20.

²⁷ Bekanntmachung über Gerichtsverfahren: Klage eingereicht am 12.10.2017 – Republik Österreich / Bundesrepublik Deutschland (Az. C-591/17), ABl. (EU) vom 27.11.2017 Nr. C 402/18 (abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CN0591&from=DE>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

²⁸ Vgl. Prof. Dr. C. Hillgruber (2014): Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der Pkw – Maut mit EU – Recht im Auftrag des BMVI (abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/infrastrukturabgabe-gutachten-hillgruber.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 20.08.2019); Dr. B. Müller (2015): Kurzgutachten zur Infrastrukturabgabe mit besonderer Berücksichtigung österreichischer Begleitmaßnahmen (abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/gutachten-infrastrukturabgabe-mueller.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 20.08.2019); Prof. Dr. F. Söllner/ Dr. S. Jaenichen (2015): Die Infrastrukturabgabe und die Debatte über Ausländerdiskriminierung (abrufbar unter: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/gutachten-infrastrukturabgabe-soellner-jaenichen.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

²⁹ Vgl. Prof. Dr. W. Obwexer (2017): Gutachten Vereinbarkeit der Pkw-„Maut“ neu in Deutschland mit dem Unionsrecht (abrufbar unter <https://images.derstandard.at/2017/03/31/Scan142033.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019); Prof. Dr. F. C. Mayer, LL.M. (Yale) (2017): Stellungnahme zur Europarechtswidrigkeit in der Änderungsfassung 2017 (abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/498596/1b453c5846f456b3240dc3166721ee24/100_sitzung_485e-data.pdf, zuletzt abgerufen am 20.08.2019), der einleitend auch darauf hinwies, dass die „*Einordnung als europarechtswidrig [...] von den meisten Europarechtlern geteilt*“ werde; Prof. Dr. M. Zabel (2015): Die Pkw Maut im Lichte von Art. 92 AEUV, NVwZ 2015, 186; Prof. Dr. M. Fehling (2014): Die Pkw – Maut: (Unions-) Rechtliche Rahmenbedingungen, ZG 2014, 305; Oberamtsrat a.D. A. A. Krühl (2017), Nachbesserungen bei der PKW-Maut – ein aktueller Überblick, NZV 2017, 167.

³⁰ Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2017/S 111-223607, Auftragsbekanntmachung (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:223607-2017:TEXT:DE:HTML&tabId=1>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

³¹ A.a.O.

³² Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2019/S 014-029153, Bekanntmachung verbogener Aufträge, Ergebnisse des Vergabeverfahrens (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:29153-2019:TEXT:DE:HTML>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

Einen weiteren Auftrag schrieb das BMVI mit der Bezeichnung „*Planung, Entwicklung, Errichtung, Betrieb und Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems*“ aus. Geplant war gemäß Auftragsbekanntmachung auch hier ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb, in dem drei Bewerber zur Abgabe eines Erstangebots aufgefordert werden sollten.³³ Im November 2018 gab das BMVI bekannt, dass schließlich zwei Angebote abgegeben wurden, wovon eines den Zuschlag erhielt.³⁴

IV. Mautverträge

In Folge der Zuschläge schloss Deutschland, vertreten durch das BMVI³⁵, am 22. Oktober 2018 mit der MTS Maut & Telematik Services GmbH (*Auftragnehmer Kontrolle*) und der Kapsch Traffic-Com AG als deren Gesellschafter den Vertrag über die Planung, Entwicklung, Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems (*Vertrag Automatische Kontrolle*). Am 30. Dezember 2018 schloss der Auftraggeber³⁶ mit der autoTicket GmbH (*Betreiber Erhebung*), der CTS Eventim AG & Co. KGaA und der Kapsch TrafficCom AG, letztere als deren Gesellschafter, den Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe (*Betreibervertrag*, gemeinsam mit dem Vertrag Automatische Kontrolle die *Mautverträge*³⁷).

Der Vertrag Automatische Kontrolle regelt die Beschaffung der für die automatische Kontrolle der Einhaltung der Abgabepflicht nach dem InfrAG erforderlichen technischen und baulichen Einrichtungen sowie spezifischen Unterstützungsleistungen. Der Betreibervertrag regelt die Festsetzung und den Einzug (Mahnungen und Erlass von Vollstreckungsanordnungen) der PKW-Maut. Die Mautverträge enthalten jeweils ein differenziertes Kündigungsregime und regeln zudem die Rechtsfolgen bei Beendigung des jeweiligen Vertrags:

1. Betreibervertrag

Der Betreibervertrag endet zwölf Jahre nach Beginn der Erhebung, sofern nicht die Verlängerungsoptionen von bis zu drei Jahren ausgeübt wurden (Ziff. 26.2.1 und 26.2.2 Betreibervertrag). Der Betreibervertrag schließt die ordentliche Kündigung aus (Ziff. 26.3 Betreibervertrag). Außerordentliche Kündigungen sind in verschiedenen Szenarien möglich. Der Betreibervertrag enthält insofern ein je nach den Gründen für die Kündigung differenziertes Folgenregime.

Die schärfsten Kündigungsfolgen sieht der Betreibervertrag u.a. bei einer „*Vermeintlichen Kündigung*“, also einer Kündigung ohne Kündigungsgrund, sowie bei einer Kündigung aus ausschließlich „*ordnungspolitischen Gründen*“ vor. Letztere liegt nach Ziff. 26.3.4 v) Betreibervertrag insbesondere vor, wenn „*Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte [...] 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 [...] Entscheidung bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist.*“

³³ Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2017/S 112-225571, Auftragsbekanntmachung (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:225571-2017:TEXT:DE:HTML>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

³⁴ Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2018/S 211-482741, Bekanntmachung vergebener Aufträge, Ergebnisse des Vergabeverfahrens (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:482741-2018:TEXT:DE:HTML>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

³⁵ Dieses wiederum vertreten durch das Bundesamt für Güterverkehr.

³⁶ Bei Abschluss dieses zweiten Mautvertrages wurde das BMVI durch das Kraftfahrt-Bundesamt vertreten.

³⁷ Online verfügbar auf der Website des BMVI, abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/Maut-Vertrag.html> (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

In diesen Fällen basiert der bei Kündigung zu zahlende Schadensersatz (oder Kaufpreis, falls ein Erwerb der Geschäftsanteile oder der Aktiva des Betreibers Erhebung erfolgt) auf dem Bruttoundernehmenswert (Ziff. 30.5.4 Betreibervertrag). Angenommen wird für die Berechnung die volle Vertragslaufzeit und somit der Erhalt sämtlicher künftiger Vergütungszahlungen.

Eine vereinfachte schematische Darstellung des für dieses Gutachten relevanten Kündigungsregimes des Betreibervertrages ist diesem Gutachten als Anlage 1 beigelegt. Die maßgeblichen Passagen des Betreibervertrages sowie der Anlagen sind diesem Gutachten als Anlage 2 beigelegt.

2. Vertrag Automatische Kontrolle

Auch der Vertrag Automatische Kontrolle sieht eine ordentliche Laufzeit von zwölf Jahren ab Beginn der Erhebung der Infrastrukturabgabe sowie Verlängerungsoptionen von bis zu drei Jahren vor und schließt neben dem Rücktritt die ordentliche Kündigung aus (Ziff. 32.2.1 und 32.3.2 Vertrag Automatische Kontrolle). In Ziff. 32.3.1 a) und in Ziff. 32.3.2 s) Vertrag Automatische Kontrolle sind inhaltlich identische und fast gleichlautende Klauseln wie im Betreibervertrag sowohl zur Kündigung aus wichtigem Grund (im Allgemeinen) als auch wegen ordnungspolitischer Gründe aufgenommen.

Die Regelung zur Kündigung wegen ordnungspolitischer Gründe erklärt hinsichtlich der Entschädigung des Auftragnehmers Kontrolle die Ziff. 32.4.2 und 33.4.3 Vertrag Automatische Kontrolle für anwendbar. Danach hat der Auftragnehmer Kontrolle einen Anspruch auf eine einmalige Zahlung, deren Berechnung sich danach richtet, in welcher Phase (1-3) der Erfüllung des Vertrages Automatische Kontrolle die Kündigung erklärt wurde. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach dem Anteil der bereits erbrachten Leistungen, die quotal entsprechend der unter dem Vertrag vereinbarten Gesamtvergütung erstattet werden, korrigiert um offene Ansprüche sowie ersparte Aufwendungen. Ziff. 33.4.3 Vertrag Automatische Kontrolle sieht eine betragsmäßige Begrenzung vor, die sich nach der zum Zeitpunkt der Kündigung für die verbleibende Laufzeit geschuldeten diskontierten Vergütung richtet.

V. Verfahren vor dem EuGH

Dem am 12. Oktober 2017 von Österreich initiierten Klageverfahren³⁸ trat die Kommission nicht bei. Am 12. November 2018 übersandte der EuGH der Kommission ein Ersuchen, mit dem es die Kommission aufforderte, die Gründe für die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland zu erläutern.³⁹ Die Kommission erklärte hierauf mit Schreiben vom 26. November 2018, dass die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften hinsichtlich des Preises für Kurzzeitvignetten und der Steuerentlastung durch die vom Bundestag am 24. März 2017 verabschiedeten Gesetze geändert worden seien; im Übrigen machte die Kommission deutlich, dass die seinerzeitige Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland nicht etwa darauf beruhte, dass die Kommission nunmehr rechtlich von der Unbedenklichkeit von InfrAG und 2. VerkStÄndG überzeugt wäre, sondern dass die Verfahrenseinstellung maßgeblich auf politischen Opportunitätserwägungen beruhte: *„Angesichts dieser Änderungen und des Bedürfnisses, breite politische Unterstützung für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für ein gemeinsames europäisches System der Entgelte für Straßennutzung zu erhalten, sollte das Verfahren nach Ansicht der*

³⁸ Österreich wurde im Verfahren von dem Königreich der Niederlande und Deutschland von dem Königreich Dänemark als Streithelfer unterstützt.

³⁹ Generalanwalt beim EuGH Wahl, Schlussanträge vom 6. Februar 2019, Az. C-591/17 – Österreich / Deutschland, Rz. 26 (abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210529&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5073597>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

Kommission eingestellt werden“, heißt es hierzu in den Schlussanträgen.⁴⁰ Nachdem am 11. Dezember 2018 die mündliche Verhandlung vor dem EuGH stattgefunden hatte⁴¹, stellte Generalanwalt Wahl am 6. Februar 2019, also nach Abschluss der Mautverträge, seine Schlussanträge. Der Generalanwalt schlug dem EuGH eine Abweisung der Klage Österreichs vor. Er begründete dies insbesondere damit, dass sich Fahrer ausländischer Fahrzeuge einerseits und Halter deutscher Fahrzeuge andererseits nicht in vergleichbaren Situationen befänden, so dass es bereits an der Voraussetzung einer Diskriminierung fehle.⁴²

Der EuGH folgte diesem Vorschlag nicht, sondern verkündete am 18. Juni 2019 sein Urteil und bestätigte mit geringfügigen Abstrichen die von Österreich gerügte, nicht gerechtfertigte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und entschied, dass Deutschland gegen seine Verpflichtungen aus Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV verstoßen hat.⁴³

VI. Kündigung der Mautverträge

Am 19. Juni 2019, also einen Tag nach Verkündung des EuGH-Urteils, wurden die Mautverträge nach Aussage des Bundesverkehrsministers durch Deutschland gekündigt.⁴⁴ Die Kündigungserklärungen sind bisher nicht öffentlich zugänglich.

Die Bundesregierung hat auf die Kleine Anfrage von Bundestagsabgeordneten und der Fraktion DIE Linke am 5. August 2019 (*Antwort auf die Kleine Anfrage LINKE*) auf die Frage, aus welchen Gründen die Mautverträge gekündigt worden seien, geantwortet, dass sich die Kündigung des Betreibervertrages auf drei Gründe stütze, während beim Vertrag Automatische Kontrolle zwei Kündigungsgründe vorgelegen haben sollen.⁴⁵ Beim Betreibervertrag seien dies (i) die Nichterfüllung vertraglicher Leistungspflichten, (ii) ordnungspolitische Gründe (EuGH-Urteil) sowie (iii) ein vertragswidriges Verhalten des Vertragspartners nach der Kündigung, das eine weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien nicht mehr zumutbar machte. Beim Vertrag Automatische Kontrolle lägen ebenfalls (i) die Nichterfüllung vertraglicher Leistungspflichten und (ii) ordnungspolitische Gründe (EuGH-Urteil) vor.

Die Bundesregierung führt in der Antwort auf die Kleine Anfrage LINKE zudem aus, dass „*die Infrastrukturabgabe in der in den deutschen Gesetzen vorgesehenen Form nunmehr vom Tisch ist, weil die Umsetzung des Projektes so nicht mehr zu realisieren ist.*“⁴⁶

VII. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der FDP

In ihrer Beantwortung vom 19. Juli 2019 auf eine Kleine Anfrage von Bundestagsabgeordneten und der Fraktion FDP betreffend „*Kosten der Pkw-Maut*“ hat sich die Bundesregierung weiterführend geäußert (*Antwort auf die Kleine Anfrage FDP*).⁴⁷

Sie teilte mit, (i) dass sie aus dem EuGH-Urteil den Schluss ziehen werde, „*die Infrastrukturabgabe nicht zu vollziehen*“ (S. 1 und S. 2), (ii) dass sie sich durch die Schlussanträge des Generalanwalts darin bestätigt sehe, dass ihre dem EuGH vorgetragene Rechtsauffassung „*sehr gut vertretbar*“ gewesen sei (S. 2) und (iii) dass im Rahmen des Risikomanagements „*auch das Risiko einer möglichen*

⁴⁰ A.a.O.

⁴¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2019, Einleitung (Fn. 11).

⁴² Generalanwalt beim EuGH Wahl, Schlussanträge vom 6. Februar 2019, Rz. 46-58 (Fn. 39).

⁴³ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2019 (Fn. 11).

⁴⁴ Vgl. den Bericht der Tagesschau vom 26.06.2019: *Verkehrsausschuss befragt Verkehrsminister Scheuer zur gescheiterten Pkw-Maut* (abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/pkw-maut-207.html>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

⁴⁵ BT-Drs. 19/11780, S. 1.

⁴⁶ BT-Drs. 19/11780, S. 9.

⁴⁷ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Oliver Luksic, Frank Sitta, Torsten Herbst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion FDP betreffend „*Kosten der Pkw-Maut*“, BT-Drs. 19/11413.

mangelnden Konformität zu nationalen und europäischen Gesetzgebungen bewertet“ und dass dieses Risiko „von den externen Beratern als niedrig eingeschätzt“ worden sei (S. 10). Weiter führte sie aus, dass sich „[m]it der Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens durch die EU-KOM [...] auch kein Anlass für Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Einführung einer Infrastrukturabgabe in Deutschland“ ergeben habe (S. 10) und dass das „Urteil keine grundsätzliche Absage an die Nutzerfinanzierung“ sei (S. 2).

Zum Verfahrensverlauf teilte die Bundesregierung weiter mit, dass das europaweite Vergabeverfahren direkt nach der Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens gestartet (S. 10) und dass der Zuschlag vor der Entscheidung des EuGHs erteilt worden sei (S. 11). Im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens führte sie aus, dass Österreich erst „nach dem bereits eröffneten Vergabeverfahren“ ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet habe und dass das Vergabeverfahren dann zur Vermeidung einer „mehrjährigen Verzögerung“ fortgeführt worden sei (S. 10). Darüber hinaus merkte die Bundesregierung an, dass „[a]lle Arbeiten zur Einführung einer Infrastrukturabgabe in Deutschland [...] noch am 18.06.2019 gestoppt“ worden seien (S. 12).

Vereinfacht stellt sich der zeitliche Ablauf des Sachverhalts wie folgt dar:

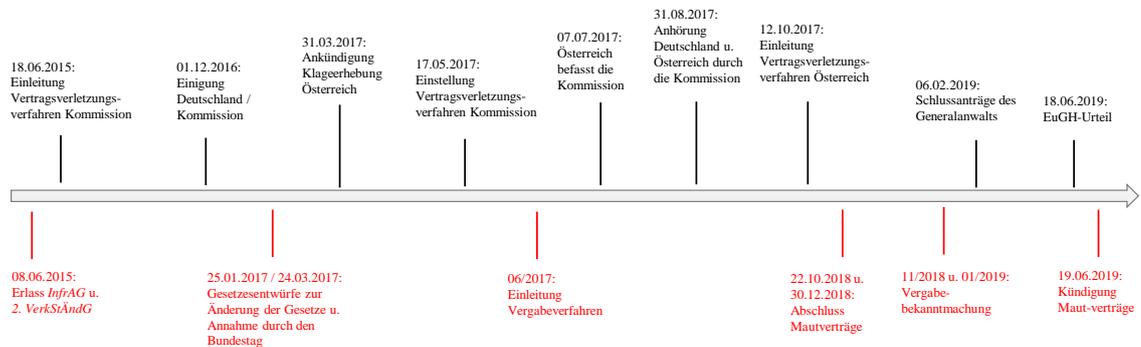


Abb. 1: Zeitstrahl Sachverhalt PKW-Maut (ebenfalls beigefügt als Anlage 3)

D. Rechtliche Beurteilung

I. Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils

Bis zum Urteil des EuGH am 18. Juni 2019 herrschte Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Unionsrechtskonformität der PKW-Maut. Dass der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren entscheiden würde, war spätestens im ersten Quartal 2017 vorhersehbar (siehe hierzu Ziff. I.1). Wie er entscheiden würde, war wegen des juristischen Disputs über die Unionsrechtskonformität bis zur Urteilsverkündung ungewiss, das konkrete Risiko einer Entscheidung gegen die von Deutschland beabsichtigte PKW-Maut also bekannt. Zahlreiche Stimmen hatten sich schon vor dem EuGH-Urteil deutlich gegen die Unionsrechtskonformität der PKW-Maut ausgesprochen (siehe hierzu Ziff. I.2).

1. Vorhersehbarkeit einer Letztentscheidung durch den EuGH

Dass eine Letztentscheidung durch den EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren ergehen würde, war spätestens Ende März 2017 vorhersehbar.

Das Risiko der Durchführung eines solchen Verfahrens war weder durch die Einigung mit der Kommission im Dezember 2016 noch durch die Entscheidung der Kommission im Mai 2017, das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland einzustellen, ausgeräumt. Auch die Tatsache, dass die Kommission nach Befassung der Angelegenheit durch Österreich im Herbst 2017 keine mit Gründen

versehene Stellungnahme gegenüber Österreich abgab, ließ nicht den Rückschluss zu, dass kein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH durchgeführt werden würde.

Gegen ein mit diesen Ereignissen verbundenes Präjudiz zugunsten Deutschlands spricht *per se* die in Art. 259 Abs. 1 AEUV vorgesehene Möglichkeit der Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren durch die Mitgliedstaaten. Mit Art. 259 AEUV wird den Mitgliedstaaten gerade ein von der Auffassung der Kommission unabhängiges Klagerecht eingeräumt⁴⁸, das nach ordnungsgemäßer Befassung der Kommission mit der Sache gemäß Art. 259 Abs. 2 AEUV nach Art. 259 Abs. 4 AEUV auch nicht davon abhängt, dass die Kommission eine Stellungnahme abgibt.

Zwar sind Vertragsverletzungsverfahren, die ein Mitgliedstaat gegen einen anderen Mitgliedstaat initiiert, sehr selten.⁴⁹ Das hohe Risiko, dass ein solches Vertragsverletzungsverfahren hinsichtlich der PKW-Maut trotz der Einigung mit der Kommission in dieser Sache durchgeführt werden würde, ergab sich jedoch spätestens am 31. März 2017, als das österreichische Ministerium die Klage Österreichs per Pressemitteilung konkret ankündigte, nachdem der öffentlichen Berichterstattung schon zuvor zu entnehmen war, dass Österreich eine Klage prüfte. Unmittelbar im Zusammenhang mit der Einstellung des (ursprünglichen) Vertragsverletzungsverfahrens seitens der Kommission im Mai 2017 – und noch vor Ausschreibung der Mautverträge – drängte Österreich dann wiederum auch öffentlich darauf, dass die Kommission eine weitere Überprüfung der Unionsrechtskonformität der deutschen PKW-Maut vornehmen sollte, was sich mit der „Befassung“ der Kommission im Juli 2017 lediglich noch manifestierte.

Mit Kenntniserlangung von der Klageeinreichung am 12. Oktober 2017 stand fest, dass der EuGH zeitnah, nämlich in einem Zeitraum von maximal 24 Monaten nach Klageerhebung⁵⁰, über die Unionsrechtskonformität der PKW-Maut entscheiden würde.⁵¹

2. Kontinuierlicher Disput bezüglich Unionsrechtskonformität

In der Sache war der Ausgang des EuGH-Urteils zwar nicht vorhersehbar, doch ist die Entscheidung keineswegs überraschend. Während der gesamten Verfahrenszeit verblieb die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Unionsrechtskonformität, das Risiko einer Entscheidung gegen die PKW-Maut war also bekannt.

Schon seit Anbeginn der PKW-Maut-Pläne wurden diese von zahlreichen Stimmen in Politik und Rechtswissenschaft kritisiert. Dies änderte sich auch nicht nach der Einigung Deutschlands mit der Kommission und den daraus resultierenden Gesetzesänderungen.⁵² Wenn die Bundesregierung im Rahmen ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage FDP somit ausführt, es habe sich mit der Einstellung des (ursprünglichen) Vertragsverletzungsverfahrens kein Anlass für Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Einführung „einer“ (*sic!*) Infrastrukturabgabe in Deutschland ergeben, ist diese Aussage falsch oder jedenfalls irreführend, da sich Zweifel an der Rechtmäßigkeit der konkret vorgesehenen Infrastrukturabgabe, namentlich im Zusammenspiel mit der vorgesehenen Steuerentlastung, jedenfalls

⁴⁸ Vgl. Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 259 AEUV, Rn. 2.

⁴⁹ Vgl. Karpenstein in: Grabitz/Hilf/Nettelshelm, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 67. EL Juni 2019, Art. 259 Rn. 6 und Cremer: EUV/AEUV (2016), Rn. 1 (Fn. 48), jeweils m.w.N.

⁵⁰ Vgl. die Jahresberichte des EuGH (abrufbar auf www.curia.europa.eu, zuletzt abgerufen am 20.08.2019). Aus dem Jahresbericht 2017, dort S. 122, ergab sich für „Klagen“ eine durchschnittliche Verfahrensdauer von 19,3 Monaten für das Jahr 2016 und von 20,3 Monaten für das Jahr 2017.

⁵¹ Für eine nach der Verfahrensordnung gütliche Einigung oder gar eine Klagerücknahme seitens Österreich gab es keinen Anhaltspunkt. Selbst wenn das Verfahren ohne Urteil beendet worden wäre, wäre eine spätere Entscheidung des EuGH im Hinblick auf die PKW-Maut über ein Vorlageverfahren möglich gewesen.

⁵² Vgl. hierzu nur die Stellungnahme des *Fachbereich Europa* vom 06.02.2017 (Fn. 18), die Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 15.03.2017 (Fn. 19); *Kruhl*: Nachbesserungen (2017) (Fn. 29).

durch die Äußerungen des Europäischen Parlaments⁵³, der Opposition im Bundestag⁵⁴, der Äußerungen Österreichs⁵⁵, des *Fachbereichs Europa*⁵⁶ und in der Rechtswissenschaft⁵⁷ auch nach der Einigung mit der Kommission im Dezember 2016 kontinuierlich aufdrängen. Dass „eine“ Infrastrukturabgabe unionskonform ausgestaltet werden könnte, wurde dabei nicht in Frage gestellt.⁵⁸

Die bestehende Rechtsunsicherheit erhöhte sich überdies im Laufe des Vertragsverletzungsverfahrens jedenfalls noch einmal faktisch, als die Kommission dem EuGH-Verfahren nicht als Streithelfer zur Unterstützung Deutschlands binnen der in der Verfahrensordnung des EuGH vorgesehenen Fristen und damit (spätestens) bis zur Entscheidung über die Eröffnung des mündlichen Verfahrens beitrug. Soweit ersichtlich handelt es sich um das erste Verfahren dieser Art, an dem sich die Kommission dann nicht als Streithelfer beteiligte.⁵⁹ Diese Rechtsunsicherheit verstärkte sich noch einmal dadurch, dass die Kommission mit ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 26. November 2018 gegenüber dem EuGH ein starkes Indiz dafür setzte, dass ihre Entscheidung über die Einstellung ihres Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland primär politisch und nicht etwa rechtlich motiviert war. Es kommt hinzu, dass der EuGH das Verfahren frühzeitig seiner Großen Kammer (mit hier 13 Richtern) zuwies; nach Art. 60 der Verfahrensordnung des EuGH erfolgt eine solche – in der Praxis seltene – Verweisung (nur) dann, wenn „die Schwierigkeit oder die Bedeutung der Rechtssache oder besondere Umstände“ dies erfordern (es sei denn, dass ein beteiligter Mitgliedstaat diese Verweisung beantragt hat, wofür Urteil und Schlussanträge hier freilich keine Anhaltspunkte geben). Aufgrund dieser Verweisung musste Deutschland daher frühzeitig damit rechnen, dass der EuGH die vorliegende Sache nicht ohne weiteres wie zuvor die Kommission bewerten würde, sondern im Gegenteil hier möglicherweise unionsrechtliche Schwierigkeiten sah.

Die juristischen Gutachten, welche die Argumentation des BMVI stützten, waren vor diesem Hintergrund neben der insoweit ohnehin bestehenden Unverbindlichkeit für den EuGH – der Privatgutachten und Schrifttum ohnehin stets außer Acht lässt und sich in seinen Urteilsbegründungen allenfalls auf seine eigene Rechtsprechung beruft – nicht geeignet, das Risiko einer Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Vorschriften als bloß „niedrig“ einzustufen.

Insbesondere die „Gleichzeitigkeits-Thematik“ (auch unter dem Stichwort „Kombination“⁶⁰ „Kopplung“⁶¹ oder „Gesamtkomplex“⁶² im juristischen Diskurs präsent), nämlich die Einführung der Infrastrukturabgabe und die gleichzeitige Steuerentlastung in Verknüpfung mit deren Auswirkungen, bildeten im juristischen Diskurs regelmäßig den umstrittenen Punkt, auf den sich dann auch der EuGH in seinem Urteil zur Begründung der von ihm angenommenen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit maßgeblich stützte.⁶³ Wie schon die kritischen Stimmen zuvor, bejahte auch der EuGH, dass die wirtschaftliche Last *de facto* allein auf den Haltern und Fahrern von in anderen Mitgliedstaaten als Deutschland zugelassenen Fahrzeugen liege.⁶⁴

⁵³ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.03.2017 (Fn. 19).

⁵⁴ Deutscher Bundestag – Plenarprotokoll 18/226, 24.03.2017 (Fn. 20).

⁵⁵ Pressemitteilung des bmvt vom 31.03.2019 (Fn. 21).

⁵⁶ Ausarbeitung des Fachbereichs Europa vom 06.02.2017 (Fn. 18).

⁵⁷ *Kruhl*: Nachbesserungen (2017) und *Mayer*: Europarechtswidrigkeit (2017) (Fn. 29).

⁵⁸ Dass die Einführung „einer“ Infrastrukturabgabe unionsrechtskonform sein kann, hat auch der EuGH in seinem Urteil nicht in Frage gestellt. Die Unionsrechtswidrigkeit hat der EuGH aufgrund der (auch) aus seiner Sicht gebotenen gemeinsamen Betrachtung von Infrastrukturabgabe und Steuerentlastung angenommen.

⁵⁹ Eine Aufzählung der (wenigen) anderen Verfahren findet sich bspw. bei *Cremer*: EUV/AEUV (2016), Rn. 1, Fn. 1 (Fn. 48); In dem Verfahren *Französische Republik / Vereinigtes Königreich* (Rs. 141/78), Slg. 1979, 2923, unterstützte die Kommission die Klägerin; in den Verfahren *Königreich Belgien / Königreich Spanien* (Rs. C-388/95), Slg. 2000, I-3123; *Königreich Spanien / Vereinigtes Königreich* (Rs. C-145/04), Slg. 2006, I-7917; *Ungarn / Slowakische Republik* (Rs. C-364/10), ECLI:EU:C:2012:630, unterstützte die Kommission die jeweilige Beklagte.

⁶⁰ Vgl. *Obwexer*: Vereinbarkeit (2017) und *Zabel*: PKW-Maut (2015) (Fn. 29).

⁶¹ Vgl. *Mayer*: Europarechtswidrigkeit (2017) (Fn. 29).

⁶² Vgl. *Kruhl*: Nachbesserungen (2017) (Fn. 29).

⁶³ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2019, Ziff. 1 des Tenors (Fn. 11).

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2019, Tz. 58, 77 (Fn. 11).

In diesem Sinne hatte der *Fachbereich Europa* schon am 6. Februar 2017 unter Bezugnahme auf die „objektiv gebotene Gesamtbetrachtung“ argumentiert, dass „die Maßnahmenkombination in ihrem Gesamtkonzept“ dazu führe, dass „eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ bewirkt werde.⁶⁵ Auch das von Österreich eingeholte Gutachten sah insoweit das Fazit vor, dass die „Kopplung der Infrastrukturabgabe mit einer kompensierenden Senkung der Kfz-Steuer für Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen“ dazu führe, dass „die Infrastrukturabgabe de facto nur Halter von nicht in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen“ treffe.⁶⁶

Es kommt hinzu, dass das EuGH-Urteil deutlich macht, dass Deutschland es versäumt hat, im Gerichtsverfahren zu zahlreichen Fragen, deren Beantwortung nach dem – wohlbekannten – Prüfungsschema des EuGH erforderlich war und ist, auch nur Stellung zu nehmen (vgl. a.a.O. Tz. 67, 69, 75, 133, 148 der Urteilsbegründung). Angesichts dieses Versäumnisses bestand während des EuGH-Verfahrens zu keiner Zeit Veranlassung, darauf zu vertrauen, dass der EuGH das InfrAG und 2. VerkStÄndG für unionsrechtlich unbedenklich erklären würde.

Die Risikoeinschätzung konnte schließlich auch nicht maßgeblich durch die Schlussanträge des Generalanwalts *Wahl* beeinflusst werden. Schlussanträge eines Generalanwalts entfalten keine Bindungswirkung gegenüber dem EuGH⁶⁷, so dass die Rechtsunsicherheit auch hiernach fortbestand. In seiner Funktion als unterstützender Berater des EuGH nach Art. 252 AEUV hatte der Generalanwalt die Klageabweisung lediglich – unverbindlich – vorgeschlagen. Im Übrigen waren die Schlussanträge ohnehin nicht geeignet, auf die Risikoevaluierung und Vertragsgestaltung im Rahmen des Abschlusses der Mautverträge noch maßgeblichen Einfluss zu nehmen, da sie erst im Februar 2019 – und damit nach Abschluss der Mautverträge – ergingen. Die Schlussanträge unterstrichen damit allein die über das gesamte Verfahren schon offensichtliche Tatsache, dass die deutsche PKW-Maut auch in ihrer rechtlichen Beurteilung umstritten war.

Auch wenn die durch das BMVI beauftragten Gutachter deren Rechtsauffassung als „vertretbar“ einstufen, was für sich genommen bereits keine Einschätzung zu den tatsächlichen Erfolgsaussichten im Verfahren zulässt, musste mithin mit einer negativen Entscheidung des EuGH gerechnet werden.

II. Bewertung des Kündigungsregimes

Vor dem Hintergrund der Absehbarkeit der Möglichkeit einer negativen Entscheidung des EuGH und in Erwartung eines zeitnahen Urteils stellt sich die Frage, ob das insoweit vereinbarte Kündigungsregime in den Mautverträgen angemessen war.

Nicht betrachtet werden anderweitige Kündigungsrechte. Einerseits lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der verfügbaren Informationen nicht absehen, ob diese tatsächlich vorlagen. Andererseits ist diese Frage für eine Bewertung des eigentlich für eine negative EuGH-Entscheidung vorgesehenen Kündigungsrechts unbeachtlich: Hätten andere Kündigungsgründe vorgelegen, könnte dies gegebenenfalls zu einem „glücklicheren“ Ausgang führen. Eine etwaige Unangemessenheit des vorgesehenen Kündigungsregimes bliebe davon aber unbeeinträchtigt.

Vor diesem Hintergrund sind zunächst die Rechtsfolgen einer Kündigung einzig infolge des EuGH-Urteils herauszuarbeiten (siehe hierzu Ziff. II.1). Sodann ist zu prüfen, welche Grundsätze für die Ausgestaltung von Verträgen unter Beteiligung der öffentlichen Hand heranzuziehen sind (siehe hierzu Ziff. II.2), um auf dieser Grundlage die Angemessenheit des Kündigungsregimes zu bewerten (siehe hierzu Ziff. II.3).

⁶⁵ Ausarbeitung des Fachbereichs Europa vom 06.02.2017 (Fn. 18).

⁶⁶ *Obwexer*: Vereinbarkeit (2017), S. 20, 22 (Fn. 29).

⁶⁷ So ausdrücklich: EuGH, Urteil vom 11. November 2010, *Hogan Lovells International / BayerCropScience* (Az. C-229/09), Slg. 2010 I-11335, Tz. 26; EuGH, Urteil vom 22. September 2011, *Interflora Inc. u.a. / Marks & Spencer plc u.a.* (Az. C-323/09), Slg. 2011 I-8625, Tz. 24.

1. Kündigungsregime in den Mautverträgen

Wie dargestellt, enthalten beide Mautverträge ein fast wortgleiches Kündigungsrecht im Falle des Eintritts sog. „*ordnungspolitischer Gründe*“. Dieses besteht, wenn „*Entscheidungen nationaler oder europäischer Gerichte [...] 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 [...] Entscheidung bereits zum heutigen Tage geplant oder absehbar ist.*“

Die im Falle einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen eintretenden Rechtsfolgen unterscheiden sich jedoch, wie eine genauere Betrachtung des Betreibervertrages (siehe hierzu Ziff. II.1.1) sowie des Vertrags Automatische Kontrolle (siehe hierzu Ziff. II.1.2) zeigt.

1.1 Betreibervertrag

Im Falle seiner Kündigung regelt der Betreibervertrag in Ziff. 30.5 ein differenziertes Regime der Schadensersatzzahlungen bzw. Kaufpreiszahlungen in Abhängigkeit der vorliegenden Kündigungsgründe, des tatsächlichen Vorliegens des Kündigungsgrundes⁶⁸ und ob infolge einer Kündigung ein Erwerb der Vermögenswerte des Betreibers Erhebung oder des Betreibers Erhebung selbst erfolgt oder nicht⁶⁹ (siehe hierzu auch die schematische Übersicht in [Anlage 1](#)).

1.1.1 Grundsatz: Erstattung Bruttounternehmenswert

Zahlungsansprüche des Betreibers Erhebung gegen Deutschland im Falle einer Kündigung aus ausschließlich ordnungspolitischen Gründen orientieren sich am Bruttounternehmenswert der Betreibergesellschaft.

Der Bruttounternehmenswert wird nach Teil A der Anlage 28.4.1 mit Hilfe der *Discounted Cash-Flow Methode* (DCF) auf Basis der Bruttokapitalisierung (WACC-Ansatz) als objektivierter Unternehmenswert gemäß den Grundsätzen des Instituts der Wirtschaftsprüfer ermittelt. Dies ist der Wert des gesamten Unternehmens unabhängig von der gewählten Kapitalstruktur (das heißt sowohl das Eigenkapital als auch das Fremdkapital werden zu Grunde gelegt) unter Berücksichtigung aller zukünftigen Zahlungsströme und Erträge, die das Unternehmen während seiner Lebensdauer voraussichtlich generiert, wobei diese auf den Bewertungsstichtag diskontiert werden.⁷⁰ Nach Teil A Ziff. 3 der Anlage 28.4.1 ist daher bei der Ermittlung des Bruttounternehmenswertes die gesamte Restlaufzeit des Betreibervertrages (ohne Kündigung) zu berücksichtigen. Der Betreiber Erhebung muss sich dabei lediglich nach Ziff. 30.5.4 Betreibervertrag ersparte Aufwendungen und das durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen Erworbene anrechnen lassen.

Deutschland oder ein von Deutschland bezeichneter Dritter (siehe hierzu Ziff. 28 und 29 Betreibervertrag) kann im Falle der Kündigung des Betreibervertrages entweder die Aktiva des Betreibers oder die Geschäftsanteile an ihm erwerben. Der Kaufpreis ist im ersten Fall der Bruttounternehmenswert und im zweiten Fall der Nettounternehmenswert (= *Equity Value*), der auf Grundlage des Bruttounternehmenswertes berechnet wird, allerdings Korrekturen in Bezug auf buchhalterische Positionen des Betreibers Erhebung vornimmt. Entscheidet sich Deutschland nicht für eine Übernahme (sei es der Aktiva oder der Geschäftsanteile), so ist der Bruttounternehmenswert als Schadensersatz zu zahlen.

⁶⁸ Sog. Vermeintliche Kündigung, vgl. Ziff. 30.5.1 Betreibervertrag: „*Wenn [...] das Dispute Adjudication Board [...], das Schiedsgericht [...] oder ein sonst für die Beilegung eines Streits zwischen den Parteien zuständiges (ordentliches) Gericht rechtskräftig feststellt, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung nicht vorliegen.*“

⁶⁹ Sog. Beendigung Ohne Übernahme, vgl. Ziff. 30.1.2 Betreibervertrag: „*Beendigung dieses Vertrages, ohne dass eine Call-Option vollzogen oder ein Angebot Dritterwerb angenommen wurde.*“

⁷⁰ *Kästle/Oberbracht* in: *Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement*, 3. Auflage 2018, S. 66.

Diese Kündigungsfolge greift ansonsten auch, wenn der Auftraggeber wegen des Nichterreichens des Long Stop Dates nach Ziff. 26.3.4 e) (Beginn der Erhebung nicht bis 31. Dezember 2021) Betreibervertrag oder wegen eines Kontrollwechsels im Sinne von Ziff. 26.3.4 s) Betreibervertrag kündigt. Gleichmaßen gilt dies bei einer Vermeintlichen Kündigung gemäß Ziff. 30.5.2 oder Ziff. 30.5.4 des Betreibervertrages, also einer Kündigung ohne das Bestehen eines Kündigungsgrundes.

Andere Rechtsfolgen gelten in den übrigen Fällen einer Kündigung, insbesondere wenn der Betreiber Erhebung die Kündigung durch Schlechtleistung herbeigeführt hat. Dann erhält er eine deutlich niedrigere Erstattung bzw. einen deutlichen niedrigeren Kaufpreis. Dasselbe gilt bei einer Kündigung wegen Höherer Gewalt.

1.1.2 Wirtschaftliche Folge: Erstattung des entgangenen Gewinns

Die wirtschaftliche Folge einer Kündigung aus ausschließlich „*ordnungspolitischen Gründen*“ läuft damit darauf hinaus, dass der Betreiber Erhebung insgesamt schadlos gehalten und so gestellt wird, als würde der Betreibervertrag erfüllt. Die Erstattung schließt damit insbesondere das positive Interesse an der Vertragserfüllung und damit hypothetische Gewinne ein, die der Betreiber Erhebung bei Erfüllung des Betreibervertrages erwirtschaftet hätte. Damit ist die schärfste und kostenintensivste Regelung zulasten des Auftraggebers vereinbart.

Daran dürfte auch die Regelung in Ziffer 30.5.4 im Falle eines Schadensersatzanspruches nichts ändern, nach welcher der Anspruch des Betreibers insoweit gekürzt wird, als er Möglichkeiten hätte, Gewinne „*durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen*“ zu erwerben. Denn durch die Natur des Betreibers Erhebung als Einzweckgesellschaft und den einmaligen Auftragsgegenstand ist eine anderweitige gewinnorientierte Bewirtschaftung kaum vorstellbar. Vielmehr dürfte die Betreibergesellschaft letztlich infolge der Kündigung den Betrieb einstellen und sich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen müssen. Ein weiterer Abzug im Sinne der zusätzlichen Anrechnung einer fiktiven anderweitigen Bewirtschaftung käme dann aber nicht in Betracht.

1.2 Vertrag Automatische Kontrolle

Das Kündigungsfolgenregime des Vertrages Automatische Kontrolle ist schlichter gestaltet als das des Betreibervertrages und orientiert sich stärker am Projektfortschritt.

1.2.1 Kündigungsfolgen nach Projektfortschritt

Der Vertrag Automatische Kontrolle differenziert hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen nach den jeweiligen Projektphasen. Phase 1 (Planung und Konzeptionierung, Ziff. 5.2.1 a) und Ziff. 6 Vertrag Automatische Kontrolle) beginnt mit Vertragsbeginn (gem. Ziff. 32.1.1 Vertragsabschluss, das heißt am 22. Oktober 2018) und endet gem. Ziff. 6.4.5 Vertrag Automatische Kontrolle mit der Freigabe der Spezifikationsdokumente, die nach Ziff. 6.4.1 und 10.1.1 Vertrag Automatische Kontrolle 168 Tage nach Vertragsbeginn vorzulegen sind. Phase 2 (Beschaffung, Errichtung und Inbetriebnahme, Ziff. 5.2.1 b) und Ziff. 7 Vertrag Automatische Kontrolle) beginnt mit schriftlicher Bestätigung des Auftragnehmers Kontrolle nach Abschluss und Freigabe der Phase 1 und endet mit Abnahme der betriebsbereiten sog. Technischen Lösung (Ziff. 7 Abs. 2 Vertrag Automatische Kontrolle).

In Phase 1 und 2 setzt sich die geschuldete Zahlung nach Ziff. 33.4.2 a) Vertrag Automatische Kontrolle (vereinfacht dargestellt) wie folgt zusammen:

- (i) Quotale (und diskontierte) Vergütung für die bis zum Wirksamwerden der Kündigung erbrachte Leistung (**Technische Lösung**),

- (ii) sog. *breakage costs*, die dem Auftragnehmer Kontrolle aufgrund der vorzeitigen Beendigung der jeweiligen Verträge gegenüber Dritten entstehen,

abzüglich

- (iii) etwaiger ersparter Aufwendungen, Versicherungsleistungen, Zahlungsansprüche gegen Dritte.

Weitergehende Vergütungs- oder Schadensersatzpflichten werden ausgeschlossen (Ziff. 33.4.2 a) letzter Satz Vertrag Automatische Kontrolle). Der Auftraggeber kann zudem entweder die Übertragung der noch nicht übertragenen sog. Physischen Komponenten oder deren Rückbau verlangen.

Bei Kündigungen aus anderen Gründen, einschließlich der Kündigung wegen Höherer Gewalt, sind nach Ziff. 33.4.1 Vertrag Automatische Kontrolle für etwaige Ansprüche der Vertragsparteien die gesetzlichen Regelungen maßgeblich.

1.2.2 Wirtschaftliche Folge: Anteilige Erstattung

Wirtschaftlich werden damit im Fall der Kündigung des Vertrages Automatische Kontrolle aus „*ordnungspolitischen Gründen*“ im Ergebnis die beim Auftragnehmer Kontrolle bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen Kosten und eingetretenen direkten Schäden erstattet. Entgangener Gewinn wird nur insoweit berücksichtigt, als Ausgangspunkt für die quotale Vergütung die Feste Vergütung I ist, die im Wesentlichen für die erstmalige Herstellung des Systems (Beschaffung Hardware, Einrichtung Software) geleistet wird. Durch die quotale Zahlung der Vergütung wird in Bezug auf diese Leistungen auch der eingerechnete Gewinn berücksichtigt (aber eben jeweils „*nur*“ entsprechend des Erfüllungsstands).

Die folgenden Kosten während des Betriebs bleiben insoweit jedenfalls bei einer Kündigung während der Phasen 1 und 2 unberücksichtigt. Lediglich bei einer Kündigung erst in Phase 3 (mit Beginn der Automatischen Kontrolle) wird die anteilig für die restliche Vertragslaufzeit noch ausstehende Vergütung (Feste Vergütung I und II) sowie sog. *breakage costs* erstattet. Neben den Abzugsposten, die wie in Phase 1 und 2 zum Abzug zu bringen sind, sind zusätzlich der Verkehrswert des Sachvermögens (ausgenommen die sog. Physischen Komponenten) sowie das Barvermögen in Abzug zu bringen.

2. Grundsätze und Ausgestaltungen von Kündigungsfolgenregimen

Die zuvor dargestellten Regelungen in den Mautverträgen unterliegen grundsätzlich der Privatautonomie und den sich hieraus ergebenden Schranken (siehe hierzu Ziff. II.2.1). Sie sind hinsichtlich deren Angemessenheit insbesondere anhand der Grundsätze vertraglicher Risikoverteilung (siehe hierzu Ziff. II.2.2) sowie geeigneter Vergleichsmaßstäbe zu prüfen (siehe hierzu Ziff. II.2.3).

2.1 Eingeschränkte Privatautonomie der öffentlichen Hand

Den Vertragsparteien steht es aufgrund der Privatautonomie – im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Schranken – grundsätzlich frei, vertragliche Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen zu vereinbaren. Denn der Grundgedanke der Privatautonomie ist davon geprägt, dass die Vertragsparteien als Gleichgeordnete selbst einen angemessenen Ausgleich ihrer Interessen vereinbaren.⁷¹ Allerdings wird hierdurch nicht gewährleistet, dass die vertragliche Regelung auch bei objektiver Betrachtung einen angemessenen und gerechten Ausgleich bedeutet.⁷²

⁷¹ Schubert in: Münchener Kommentar BGB, 8. Auflage 2019, § 242, Rn. 526; Finkenauer in: Münchener Kommentar BGB, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 61 f.

⁷² Schubert: Miko (2019), Rn. 526 (Fn. 71).

Das Zivilrecht sieht bereits eigene Schranken vor, die letztlich zu einer Korrektur der Privatautonomie führen. Hierunter fallen insbesondere die Inhaltskontrolle im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Recht zur Anfechtung sowie die Nichtigkeitsfolgen bei Verstoß gegen Verbotsgesetze, die guten Sitten oder Treu und Glauben.

Verschärfte Anforderungen gelten dann, wenn wie vorliegend einer der Vertragspartner die öffentliche Hand ist. Denn bei einem öffentlich-rechtlichen Vertragspartner ergeben sich aus dem Grundgesetz weitere Grenzen, die insbesondere im Rahmen der Verbotsgesetze zu beachten sind. So ist die öffentliche Hand bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben, unabhängig von der gewählten Organisations- oder Handlungsform und den verfolgten Zwecken, an die Grundrechte⁷³ und das Unionsrecht⁷⁴ gebunden. Zudem ergeben sich für die Exekutive und Legislative weitere Vorgaben aus den Regelungen und Grundsätzen des Haushaltsrechts. Insbesondere haben sich die Exekutive und Legislative an die im Haushaltsplan aufgeführten Einnahmen und Ausgaben zu halten, da sie nur insoweit ermächtigt sind, ausgewiesene Einnahmen und Ausgaben vorzunehmen (vgl. Art. 110 GG). Ebenfalls diskutiert wird die Nichtigkeit von zivilrechtlichen Verträgen bei Verstoß gegen die Finanzverfassung.⁷⁵

Doch selbst wenn sich eine solche Korrektur oder einzuhaltende Grenze nicht bereits aus zwingend einzuhaltenden gesetzlichen Vorgaben ergibt, stellt sich dennoch die Frage nach der Angemessenheit der vertraglichen Regelung und ob berechtigte Gründe die vertragliche Regelung rechtfertigen.

2.2 Grundsätze der Risikoverteilung und Wirtschaftlichkeitsbetrachtung bei PPP-Projekten

Ein Grundsatz des Risikomanagements und der Risikoverteilung besagt, dass jede Partei das Risiko (oder die Schadenshöhe oder die Eintrittswahrscheinlichkeit) übernehmen soll, das sie auch verantworten oder aktiv beeinflussen kann.⁷⁶ Je nach Vertragsinhalt und den Besonderheiten des jeweiligen Projekts ergeben sich hiervon ausgehend differenzierte Regime der Risikoallokation. Ziel der Risikoallokation ist es, die Risikokosten gering zu halten und dadurch das jeweilige Projekt so effizient wie möglich zu gestalten⁷⁷, sodass gemäß dem Prinzip der kostengünstigen Risikovermeidung regelmäßig demjenigen das Risiko zugeteilt wird, der es kostengünstiger vermeiden kann, in dessen Machtsphäre der Leistungsgegenstand sich also befindet.⁷⁸ Bei sog. Public Private Partnership (**PPP**) Projekten soll dadurch erreicht werden, dass die Projekte wirtschaftlicher sind als bei konventioneller Realisierung durch die öffentliche Hand. Dabei wird der Auftragnehmer die an ihn übertragenen Risiken in seiner Kostenermittlung berücksichtigen, und zwar in Abhängigkeit der Steuerungsmöglichkeit des Risikos.⁷⁹ Eine derartige Risikobewertung wird auch für die öffentliche Hand gefordert, sofern ein identifizierbares Risiko nicht auf den Privaten übertragen wird, sondern beim öffentlichen Auftraggeber verbleibt.⁸⁰ Zwar trägt grundsätzlich der Gläubiger einer Sachleistung auch ihr Verwendungs- und Verfügbarkeitsrisiko, sofern nicht Anhaltspunkte für eine Risikobeteiligung des Schuldners (bspw. durch Partizipation des Schuldners am Verwendungszweck durch erhöhte Gegenleistung oder Beteiligung am Umsatz des Gläubigers) vorliegen.⁸¹ Bei PPP-Projekten, insbesondere

⁷³ Das BVerfG (Beschluss vom 19. Juli 2016, Az.: 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153, 3154 f.) sieht eine Flucht aus der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG in das Privatrecht als verstellt an.

⁷⁴ Dazu zählen insbesondere die Beihilfe- und vergaberechtlichen Vorschriften sowie die Grundfreiheiten.

⁷⁵ Vgl. Wolff, *Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge*, NJW 2012, 812; *Armbrüster* in *Münchener Kommentar BGB*, 8. Auflage 2018, § 134, Rn. 35.

⁷⁶ *Schede/Benighaus* in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2. Auflage 2018, § 6, S. 299; *Pfñür/Schetter/Schöbener*, *Risikomanagement bei Public Private Partnerships*, 2010, S. 43 ff.

⁷⁷ *Pfñür/Schetter/Schöbener*., *Risikomanagement* (2010), S. 43 (Fn. 76).

⁷⁸ *Finkenauer*: *MüKo* (2019), Rn. 69 m.w.N. (Fn. 71).

⁷⁹ *Schede/Benighaus*: *Praxishandbuch Public Private Partnership* (2018), § 8, S. 388 (Fn. 76).

⁸⁰ A.a.O.

⁸¹ *Finkenauer*: *MüKo* (2019), Rn. 253, 255 f. (Fn. 71); *Roth*, *Die Risikoverteilung bei Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) aus vergaberechtlicher Sicht*, NZBau 2006, 84, 85.

bei Infrastrukturvorhaben im Fernstraßenbereich, gelten hinsichtlich der Risikoverteilung Besonderheiten, da der private Auftragnehmer häufig das geschuldete Werk für einen langen Zeitraum betreibt und er beispielsweise an dem Verwendungs- und Verfügbarkeitsrisiko durch die an die Nutzung gekoppelte Vergütung beteiligt wird.⁸²

Daher hat die öffentliche Hand stets abzuwägen, ob die Übertragung oder die eigene Übernahme des Risikos wirtschaftlicher ist (siehe hierzu auch die entsprechende Regelung in § 7 der Bundeshaushaltsordnung (*BHO*), welche die für die Aufstellung des Haushaltsplan einzuhaltenden Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit festlegt). Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung sind daher die unterschiedlichen Beschaffungsvarianten (konventionelle Beschaffung, Realisierung im Wege eines PPP-Projekts, eigene Leistungserbringung) zu betrachten und die günstige Relation zwischen verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln zu wählen.⁸³ Bei PPP-Projekten wird daher gefordert, dass unmittelbar vor der Zuschlagserteilung unter Berücksichtigung des vorgelegten Angebots des Bieters der Nachweis erbracht wird, dass das PPP-Projekt auch gegenüber konventionellen Beschaffungsvarianten wirtschaftlicher ist.⁸⁴

Aufgrund der vereinbarten Risikoallokation ergeben sich anknüpfende Regelungserfordernisse. So wird in Bezug auf Kündigungsfolgen üblicherweise danach differenziert, welche Vertragspartei den Kündigungsgrund zu vertreten hat oder ob etwa keine Partei den Kündigungsgrund zu vertreten hat.⁸⁵ Hiernach richtet sich sodann eine ausgewogene Verteilung der wechselseitigen Erstattungs- und Restleistungspflichten.

2.3 Vergleichsmaßstäbe

Aufgrund der Besonderheiten großer PPP-Vorhaben bereitet eine Einordnung in die gesetzlichen Vertragstypen Schwierigkeiten. Jedoch bietet es sich an, als geeignete Vergleichsmaßstäbe die gesetzlich vorgesehenen Kündigungsregime von ähnlichen Vertragstypen zu betrachten (siehe hierzu Ziff. II.2.3.1) sowie die mittlerweile bei größeren PPP-Vorhaben durch die öffentliche Hand vorgesehenen und etablierten Regelungen heranzuziehen (siehe hierzu Ziff. II.2.3.2).⁸⁶

2.3.1 Gesetzlich vorgesehenes Kündigungsregime

Welche gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge bei einer Kündigung der Mautverträge greifen würde, wenn die Mautverträge keine vorrangige Regelung enthielten, richtet sich nach der rechtlichen Einordnung der Mautverträge. Sofern der Vertragsgegenstand und die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses überwiegend dem öffentlichen Recht entspricht⁸⁷, wären auf die Mautverträge die §§ 54 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz (*VwVfG*) für öffentlich-rechtliche Verträge anzuwenden. Ist der Schwerpunkt der Mautverträge nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen, kämen aufgrund der geschuldeten Leistungen insbesondere die werkvertraglichen Regelungen nach den §§ 631 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (*BGB*) oder die dienstvertraglichen Regelungen der §§ 611 ff. BGB in direkter oder gegebenenfalls entsprechender Anwendung in Betracht.

a) Kündigung aus wichtigem Grund

Sowohl in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verträge (vgl. § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG und § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 314 BGB) als auch auf Dienst- und Werkverträge (vgl. §§ 626, 627, 648a BGB)

⁸² Roth: Risikoverteilung (2006), S. 86 (Fn. 81).

⁸³ Fischer/Schubert in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2. Auflage 2018, § 8, S. 361, 387 ff.

⁸⁴ A.a.O. § 8, S. 393.

⁸⁵ Reit-Born/Weiner in: Huster/Kaltenborn Krankenhausrecht, 2. Auflage 2017, § 17 Beschaffungsfragen und Public Private Partnerships (PPP) im Krankenhauswesen, Rn. 58; Roquette/Scherer-Leydecker in: Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Auflage 2011, G. Öffentlich-Private Partnerschaften, Rn. 410.

⁸⁶ So auch der Vorschlag zur Vorgehensweise von Roth: Risikoverteilung (2006), S. 88 (Fn. 81).

⁸⁷ Siehe bspw. zur Einordnung von Konzessionsverträgen Schede/Benighaus: Praxishandbuch Public Private Partnership (2018), S. 339 (Fn. 76), m.w.N.

sind gesetzliche Kündigungsrechte aus wichtigem Grund vorgesehen, wenn – vereinfacht zusammengefasst – ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist.

b) Rechtsfolgen

Während das VwVfG keine unmittelbaren Rechtsfolgen einer wirksamen Kündigung regelt,⁸⁸ soll jedenfalls dann ein Ausgleich für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen erfolgen, wenn die Vertragsparteien ihre Leistungspflichten in unterschiedlichem Umfang erfüllt haben und es einer Partei wegen erheblicher Äquivalenzstörung als Ausdruck des Treu und Glaubens Grundsatzes nicht zugemutet werden kann, ohne Ausgleich zu bleiben.⁸⁹ Auch die zivilrechtlichen Regelungen des BGB knüpfen an die Äquivalenz der Leistungen an und gewähren dem Unternehmer das Recht, jedenfalls die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werkes/der Leistung entfällt (§§ 628 Absatz 1, 648a Absatz 5 BGB).

Ein Anspruch auf entgangenen Gewinn kommt allenfalls dann in Betracht, wenn neben den direkten Kündigungsfolgen ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann.⁹⁰ Dies setzt jedoch insbesondere voraus, dass nicht nur ein Kündigungsgrund vorliegt, sondern der Ersatzpflichtige schuldhaft eine Vertragspflicht verletzt hat (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach der Gesetzesbegründung sind insbesondere die Fälle erfasst, wenn der wichtige Grund, der Anlass für die Kündigung war, von einer Partei schuldhaft herbeigeführt worden ist⁹¹, beispielsweise die unberechtigte Zahlungsverweigerung des Bestellers/Auftraggebers.

c) Besonderheit bei Werkverträgen

Eine Besonderheit gilt bei der im Werkvertragsrecht vorgesehenen freien und jederzeitigen Kündigung gemäß § 648 BGB. In diesem Fall kann der Unternehmer die vereinbarte Vergütung für das gesamte Werk verlangen, er muss sich aber ersparte Aufwendungen oder was er infolge der Aufhebung des Vertrages durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, anrechnen lassen. Weitergehende Schadensersatzansprüche sind aufgrund der abschließenden Regelung in § 648 BGB ausgeschlossen.⁹² § 648 BGB soll dem Umstand Rechnung tragen, dass regelmäßig nur der Besteller/Auftraggeber ein Interesse an der Herstellung des Werkes hat, während es dem Unternehmer/Auftragnehmer vorrangig um die Vergütung geht.⁹³ Diese Kündigung sieht damit ähnliche Folgen vor, wie die Kündigungsfolge „aus ordnungspolitischen Gründen“ im Betreibervertrag. Sie erfasst dabei aber nur einseitig grundlose Kündigungen, die damit dem Auftraggeber komplette Flexibilität zusichert, im Gegenzug dem Auftragnehmer seine Vergütung.

2.3.2 Übliche Regelungen in Infrastrukturverträgen

Anhand öffentlich zugänglicher Musterverträge lässt sich die übliche Einordnung von Kündigungen und deren Folgen nachvollziehen (siehe hierzu Ziff. II.2.3.2 a)). Hieraus folgt eine grundsätzliche Systematik (siehe hierzu Ziff. II.2.3.2 b)).

⁸⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen diese vom jeweiligen Einzelfall abhängen, vgl. BT-Drs. 7/910, S. 82; VGH Mannheim, Urteil vom 29. Juni 2015 (9 S 280/14), Rn. 182, m.w.N.

⁸⁹ Vgl. *Bonk/Neumann/Siegel* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, § 60, Rn. 39; *Tegethoff* in: *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 20. Auflage 2019, § 60, Rn. 37; ähnlich BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1995, Az. 3 C 21/93; *Sanden*, Die Anpassung und Kündigung öffentlich-rechtlicher Verträge am Beispiel des Alllastensanierungsvertrags, NVwZ 2009; 491, 495 schließt zwar einen Entschädigungsanspruch aus, hält aber eine Kompensation nach Treu und Glauben für erbrachte Vorleistungen für möglich.

⁹⁰ Vgl. §§ 628 Absatz 2, 648a Absatz 6 BGB; *Tegethoff* in: *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 20. Auflage 2019, § 62, Rn. 20 f.

⁹¹ BT-Drs. 16/8486, S. 52.

⁹² *Busche* in: *Münchener Kommentar BGB*, 7. Auflage 2018, § 648, Rn. 17.

⁹³ *Busche*: MüKo (2018), Rn. 2 (Fn. 92); *Voit* in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, *BeckOK BGB*, 50. Edition Stand: 01.02.2019, § 648 BGB, Rn. 1.

a) Übliche Kündigungsfolgen

Eine (vereinfacht dargestellte) Gegenüberstellung der Kündigungsfolgen in größeren (Muster-)Infrastrukturverträgen, bei denen der Auftraggeber ebenfalls die öffentliche Hand ist, ist diesem Gutachten als Anlage 4 beigelegt.⁹⁴

Der Gegenüberstellung lässt sich zunächst entnehmen, dass hinsichtlich der Rechtsfolgen jeweils danach unterschieden wird, ob eine der Parteien den Kündigungsgrund zu vertreten hat oder ob der Kündigungsgrund von keiner Partei zu vertreten ist. Die weitreichendsten Kündigungsfolgen sind dann vorgesehen, wenn der Kündigungsgrund vom Auftraggeber zu vertreten ist. In diesen Fällen hat der Auftragnehmer in der Regel Anspruch auf Kostenersatz für die vorzeitige Beendigung (insb. Vorfälligkeitsentschädigung sowie Ansprüche Kapitalgeber/Dritte, Rückführung sämtlicher Verbindlichkeiten) und Schadensersatz (mitunter einschließlich entgangenem Gewinn), abzüglich ersparter Aufwendungen. Als solche Kündigungsgründe gelten regelmäßig insbesondere Zahlungsverzug und schwerwiegende schuldhaftige Pflichtverletzungen, die anlasslose (freie oder ordentliche) Kündigung und Insolvenz des Auftraggebers.

Liegt hingegen ein Kündigungsgrund vor, der von keiner Partei zu vertreten ist, wird i.d.R. die bisher erbrachte Leistung vergütet und das ausstehende Fremdkapital sowie etwaige Vorfälligkeitsentschädigungen (Auflösungskosten) ersetzt. Zu den hierunter fallenden Kündigungsgründen zählen regelmäßig insbesondere Ereignisse Höherer Gewalt (z.B. Krieg, Streik, Naturkatastrophen), das Baugrundrisiko und/oder das Risiko der Unversicherbarkeit.

Die Ausführungen des BMVI in einem Beitrag zur systematischen Darstellung von PPP-Vertragsregelungen decken dieses Ergebnis:

„Hat der Auftragnehmer in diesem Sinne die Kündigung zu vertreten, so erhält er einen bestimmten Teil des noch ausstehenden Fremdkapitals erstattet, während auf das Eigenkapital keine Entschädigung erfolgt. [...] Zudem hat er dem Auftraggeber dessen Schäden zu ersetzen, die infolge der Kündigung entstanden sind.

Im Falle einer Kündigung, die von keiner Partei zu vertreten ist, erhält der Auftragnehmer eine Entschädigung für das noch ausstehende Fremdkapital sowie für das Eigenkapital. Diese Entschädigung ist ebenfalls auf den Ertragswert des Projekts begrenzt.

Im Falle einer vom Auftraggeber zu vertretenden Kündigung hat der Auftraggeber das Recht, die Finanzierungsverträge des Auftragnehmers zu übernehmen. Alternativ kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer einen Ersatz der Kosten der vorzeitigen Beendigung und Abwicklung der Verträge leisten. Im Hinblick auf das Eigenkapital erhält der Auftragnehmer eine Entschädigung, die nach dem Ertragswert des Projekts bemessen wird.“⁹⁵ (Unterstreichungen jeweils durch den Verfasser)

Ähnlich empfiehlt auch das Bundesministerium der Finanzen (**BMF**) in einem 2016 veröffentlichten Gutachten, das sog. exogene Risiken (also solche, die von den Partnern nicht beeinflusst werden können), auf die Partei übertragen werden sollten, die das Risiko am besten – durch Diversifikation oder Risikopräferenzen – absorbieren kann.⁹⁶ Damit stellt auch das BMF darauf ab, ob eine der Parteien die Möglichkeit hat, auf eine Vermeidung des Risikos (und der damit verbundenen Kosten) besser als die andere Partei hinzuwirken.

⁹⁴ Die Gegenüberstellung berücksichtigt ausschließlich öffentlich zugängliche Musterverträge und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁹⁵ BMVI, *Häufig gestellte Fragen zur systematischen Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich* (abrufbar unter: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20haeufig%20gestellte%20fragen.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

⁹⁶ BMF, *Chancen und Risiken Öffentlich-Privater Partnerschaften*, Februar 2016, S. 23 (abrufbar unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2016-09-22-chancen-und-risiken-oeffentlich-privater-partnerschaften.pdf?__blob=publication-File&v=1, zuletzt abgerufen am 21.08.2019).

b) Systematische Einordnung und praktische Anwendung

Die Kündigungsfolgenregelungen zeigen, dass der Auftraggeber im Grundsatz die Risiken einer durch ihn und einer durch keine Partei zu vertretenden Kündigung absorbiert. Im Fall der durch keine Partei zu vertretenden Kündigung ersetzt er dem Auftragnehmer das aufgenommene Fremdkapital und das ausstehende Eigenkapital, also im Ergebnis dessen tatsächliche Investition. Er hält ihn damit in Bezug auf das negative Interesse schadlos. Das positive Interesse, einschließlich des entgangenen Gewinns, erstattet der Auftraggeber nur, wenn die Kündigung durch ihn zu vertreten ist. Einerseits soll dadurch dem Auftragnehmer in diesen Fällen auch die Opportunität, also der Verzicht auf andere Investitionsmöglichkeiten ersetzt werden. Andererseits dient diese Kündigungsfolge als Sanktion, die den Auftragnehmer vor willkürlichem oder eben grob vertragswidrigem Verhalten des Auftraggebers schützen soll.

Grundsätzlich sind die vom Auftraggeber zu vertretenden Kündigungsgründe, die zu einer Erstattung entgangenen Gewinns führen, deshalb nur solche, denen entweder (i) eine bewusste und im Prinzip grundlose Abkehr des Auftraggebers vom Vertrag oder (ii) eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Auftraggebers zugrunde liegt. Es handelt sich also um Kündigungen, die aus einer durch den Auftraggeber kontrollierbaren Sphäre stammen.

Der Mustervertrag für Schul-PPP-Projekte ordnet der alleinigen Risikosphäre des Auftraggebers auch gewisse Risiken zu, die die grundsätzliche Durchführbarkeit eines Projektes betreffen, beispielsweise das Risiko der grundsätzlichen Bebaubarkeit (in rechtlicher Hinsicht) des vorgesehenen Grundstücks. Bei genauer Betrachtung beruht diese Risikozuweisung jedoch ebenfalls auf dem Grundsatz der Kontrollierbarkeit eines bestimmten Risikos, in diesem Fall im Vorwege des Vertragsschlusses. Üblicherweise wird der öffentliche Auftraggeber Projekte mit einer hinreichenden Entwicklungsreife vergeben. In diesem Stadium sollte die Frage der grundsätzlichen Bebaubarkeit geklärt sein, wenn nicht sogar die erforderlichen Genehmigungen vorab eingeholt werden bzw. die Bebaubarkeit durch eine Voranfrage geklärt wird.

3. Bewertungen der Kündigungsfolgen in den Mautverträgen

Insbesondere der Betreibervertrag ist hinsichtlich seiner Kündigungsfolgen gravierend, da er im Falle einer Kündigung aus ausschließlich ordnungspolitischen Gründen dem Betreiber Erhebung den entgangenen Gewinn über den gesamten Vertragszeitraum zuspricht. Deutschland übernimmt somit vollständig das damit verbundene Risiko ohne Anspruch auf eine äquivalente Gegenleistung zu haben. Im Gegensatz dazu sieht der Vertrag Automatische Kontrolle eine am Erfüllungsstand des Vertrages orientierte Vergütung vor. Aus diesem Grund wird in der Folge insbesondere die Angemessenheit der Regelungen des Betreibervertrages geprüft.

Die Unüblichkeit der getroffenen Regelung im Betreibervertrag folgt zunächst aus einem Vergleich zu den gesetzlichen Regelungen und Musterverträgen (siehe hierzu Ziff. II.3.1). Eine andere Vertragsgestaltung war insbesondere deshalb angezeigt, weil der Ausgang des EuGH-Verfahrens als offen anzusehen war und die Regelung ein bekanntes, erhebliches, aber unkontrollierbares Risiko betraf (siehe hierzu Ziff. II.3.2). Auch eine Prüfung anhand der berechtigten Interessen des Betreibers Erhebung bestärkt dieses Ergebnis (siehe hierzu Ziff. II.3.3). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des in einer sehr frühen Projektphase zu erwartenden EuGH-Urteils (siehe hierzu Ziff. II.3.4). Es stellt sich zudem die Frage, ob die vereinbarten Kündigungsfolgen überhaupt rechtmäßig waren (siehe hierzu Ziff. II.3.5). Vor diesem Hintergrund wäre eine anderweitige Vertragsgestaltung für den Fall eines negativen EuGH-Urteils üblich und geboten gewesen. Alternativ hätte von einem Vertragsschluss zunächst abgesehen werden müssen (siehe hierzu Ziff. II.3.6).

3.1 Vergleich zu Gesetz und Musterverträgen

Aus dem Vergleich zu den gesetzlichen Regelungen wird deutlich, dass die in Form der Kündigungsfolgen vereinbarte Risikoverteilung grundlegend von den gesetzlichen Kündigungsfolgen abweicht. Gölte das Gesetz, so wäre entgangener Gewinn nur zu leisten, wenn ein Schadensersatzanspruch neben die eigentlichen Kündigungsfolgen träte. Dies setzte voraus, dass der Auftraggeber eine Vertragspflicht verletzt und ihn insoweit ein Verschulden trifft. Dasselbe ergibt ein Vergleich zu der im Werkvertragsrecht gesetzlich vorgesehenen sogenannten freien Kündigung, nach der der Werkunternehmer die gesamte ausstehende Vergütung erhält. Diese knüpft ebenfalls an eine anlasslose Kündigung an.

Es ist selbstverständlich, dass ein Vertrag der Gestalt des Betreibervertrages Regelungen trifft, die von der Gesetzeslage abweichen. Allerdings geben diese gesetzlichen Regelungen bereits eine Indikation, dass die Kündigungsfolgen im Betreibervertrag von dem abweichen, was im Grundsatz als recht und billig angesehen wird.

Noch deutlicher wird dies, wenn der Vergleichsmaßstab üblicher Vertragsgestaltungen der öffentlichen Hand angelegt wird. Auch in diesen Fällen wird eine vergleichbar großzügige Erstattung im Kündigungsfall nur dann geregelt, wenn ein Risiko durch den Auftraggeber kontrollierbar und daher die Kündigung durch den Auftraggeber zu vertreten ist. Diese Kontrolle kann darin liegen, dass der Auftraggeber selbst durch willkürliches Verhalten (bspw. freie Kündigung) oder durch schwere Pflichtverletzungen die Kündigung herbeiführt. Die andere Form der Kontrollierbarkeit besteht in der Zuweisung von Risiken, die im Vorfeld durch den Auftraggeber beherrschbar sind und deren Eintritt damit von vorneherein ausgeschlossen werden kann.

Eine entsprechende Kontrollierbarkeit fehlte Deutschland in Bezug auf das EuGH-Urteil. Weder konnte der Ausgang des Verfahrens im Ergebnis verlässlich beeinflusst werden, noch war der Ausgang absehbar, so dass er auch nicht zuverlässig im Vorhinein ausgeschlossen werden konnte. Schon vor diesem Hintergrund ist die gewählte Vertragsgestaltung hinsichtlich der Kündigungsfolge als unüblich und überraschend anzusehen.

3.2 Vertragsgestaltung vor dem Hintergrund der Umstände des eingetretenen Risikos

Es stellt sich die Frage, ob die Bekanntheit und relative hohe Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos eines negativen EuGH-Urteils (vgl. hierzu oben Ziff. I.) hier eine anderweitige Behandlung gerechtfertigt hätte.

Bei genauer Betrachtung ist jedoch das Gegenteil der Fall. Aus Sicht Deutschlands bedurfte es gerade wegen der relativ hohen Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos einer Regelung, die in diesem Fall einen zu großen Schaden ausschließen würde. Die erhöhte Eintrittswahrscheinlichkeit eines negativen EuGH-Urteils verringert das Schutzbedürfnis Deutschlands an einer angemessenen Regelung nicht, sondern vergrößert es. Denn das Risiko bleibt trotz seiner Bekanntheit und Eintrittswahrscheinlichkeit unkontrollierbar. Das Eingehen einer besonders gravierenden Kündigungsfolge gerade in einem Fall mit hoher Eintrittswahrscheinlichkeit ist vor diesem Hintergrund widersinnig.

Dies wird auch durch die anderen Fälle, in denen der Betreibervertrag diese Rechtsfolge setzt, deutlich. So entspricht die Rechtsfolge einer Kündigung „*aus ordnungspolitischen Gründen*“ der einer nur „*Vermeintlichen Kündigung*“. Da letztere einer Kündigung ohne jedweden Kündigungsgrund entspricht, wird die Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen letztlich der lediglich willkürlichen Kündigung gleichgesetzt. Auch dies zeigt die fehlende Balance dieses Kündigungsfolgenregimes auf.

3.3 Kein berechtigtes Interesse des Betreibers Erhebung

Es stellt sich zudem die Frage, ob ein berechtigtes Interesse des Betreibers Erhebung bestand, bei einem negativen Ausgang des EuGH-Verfahrens seinen über den gesamten Vertragszeitraum kalkulierten Gewinn erstattet zu bekommen. Dies wäre einerseits dann gerechtfertigt, wenn er geltend machen könnte, ihm entstehe bei Vertragsbeendigung stets ein erheblicher Opportunitätsschaden. Andererseits könnte der Sanktionsgedanke der gravierenden Kündigungsfolge ein entsprechendes Interesse an einer solchen Kündigungsfolge begründen.

Ein pauschal entstehender Opportunitätsschaden ist jedoch nicht erkennbar. Vor dem Hintergrund der Spezialität und des Umfangs der nachgefragten Leistung lässt sich ein solcher auch schwer begründen. Es ist jedenfalls nicht offensichtlich so, dass der Betreiber Erhebung (oder dessen Gesellschafter) bei Nichterhalt des Zuschlags die gesamten materiellen und finanziellen Ressourcen, die für den Betreiber Erhebung erforderlich gewesen wären, schlicht anderweitig gewinnbringend hätte kontrahieren können.

Hinzu kommt, dass auch die Funktion einer entsprechenden Kündigungsfolge, den Vertragspartner zur angemessenen Vorsicht und Vertragserfüllung anzuhalten, nicht gegeben war. Dies liegt im Wesen des Risikos als unkontrollierbar. Der Auftraggeber hatte nicht in der Hand, wie das Urteil des EuGH ausfallen würde. Vor diesem Hintergrund könnte ihn auch die gravierende Kündigungsfolge nicht von dem Eintritt (bzw. der Herbeiführung) des Risikos abhalten.

3.4 Kurzfristig zu erwartendes EuGH-Urteil rechtfertigt keine volle Kompensation

Ein mangelndes Schutzbedürfnis des Betreibers Erhebung wird hier auch daran besonders deutlich, dass eine Entscheidung des EuGH relativ zeitnah nach Abschluss der Mautverträge absehbar war (spätestens innerhalb von zehn Monaten).

Gerade zu diesem Zeitpunkt war der Umfang der getroffenen Dispositionen oder gar verpassten Opportunitäten des Betreibers Erhebung in jedem Falle gering. Auch nach den Regelungen im Betreibervertrag war klar, dass das Urteil damit noch im Zeitraum der Planungsphase ergehen würde. Selbst wenn in diesem Zeitpunkt bereits erste Kosten bspw. durch Bestellungen ausgelöst worden wären, dürfte der Umfang der Leistungserbringung gemessen am Gesamtvertrag zu diesem Zeitpunkt noch gering gewesen sein.

Dieser zeitliche Kontext drängt auch die Frage auf, weshalb nicht gerade für den Fall eines negativen EuGH-Urteils ein Mechanismus gefunden wurde, der eine Beendigung des Betreibervertrags ohne derart gravierende Kostenfolge ausgelöst hätte, etwa in Form eines Sonderkündigungsrechts oder einer aufschiebenden Bedingung. Alternativ hätte auch die Erbringung erster Teilleistungen als Eigenleistung (oder aber durch Verträge mit begrenztem Leistungsumfang) in Betracht gezogen werden können.

3.5 Mögliche Rechtswidrigkeit des Kündigungsfolgenregimes

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ließe sich gar hinterfragen, ob das vereinbarte Kündigungsfolgenregime überhaupt rechtmäßig war. Bedenken ergeben sich auf der Grundlage von § 7 BHO und Art. 107 AEUV.

Haushaltsrechtlich ist aufgrund der für den Betreiber Erhebung einseitig unangemessen positiv ausgestalteten Kündigungsfolge die Frage aufzuwerfen, ob die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit eingehalten wurden. Die vorstehenden Erwägungen sprechen dagegen. Wäre eine angemessene Regelung nicht verhandelbar gewesen, hätte gegebenenfalls geprüft werden müssen, die Leistungen nicht insgesamt zu vergeben, sondern – zumindest in Teilen – selbst und/oder durch Teil-

aufträge zu vergeben. Alternativ hätte der Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH abgewartet werden können. Zu vereinbaren, dass bei Eintritt eines erkennbar nicht geringen und unkontrollierbaren Risikos, über das bereits in einem frühen Vertragsstadium Gewissheit erlangt würde, die über den gesamten Vertragszeitraum durch den Auftragnehmer erwirtschafteten Gewinne an diesen geleistet werden, ist gemessen an marktüblichen Gestaltungen nach keinem Maßstab als wirtschaftlich oder sparsam einzuordnen.

Es kommt hinzu, dass dem Betreiber Erhebung bereits mit der vereinbarten Vergütung, insbesondere aber mit Einräumung der Kündigungsfolgen eine unter Umständen erhebliche Geldleistung zugesagt wurde, die gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen könnte. Danach sind staatliche Maßnahmen untersagt, die ein Unternehmen u.a. „begünstigen“, ihm mit anderen Worten also einen nicht marktüblichen Vorteil gewähren. Der marktübliche Standard, von dem hier erheblich abgewichen wurde, war das o.g. Kündigungsfolgen-Korsett des BGB sowie vergleichbare Vertragsstandards aus den Musterverträgen der öffentlichen Hand. Gegen die Marktunüblichkeit dieser Abweichung kann im Übrigen nicht eingewandt werden, dass dem Abschluss der Verträge ein EU-weites, offenes, bedingungs- und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren vorausging, so dass die letztlich angenommenen Bieterangebote inhaltlich als „marktüblich“ und daher beihilferechtlich unbedenklich eingestuft werden könnten. Insbesondere in den Fällen, in denen – wie hier beim Betreibervertrag – dem Vertrag letztlich nur das Angebot eines einzigen Bieters zugrunde lag, verlangt die Kommission in der Regel, dass der staatliche Auftraggeber – zusätzlich zu den o.g. Anforderungen an die Ausgestaltung des Bieterverfahrens – Nachweise für die Marktüblichkeit der Vergütung vorlegt. Dies erfolgt in der Regel durch ein separates Sachverständigengutachten (oder durch die Ermittlung von „*pari passu*“ oder ähnlichen branchentypischen Verhaltensweisen in anderen Fällen), das belegt, dass die vom Bieter angebotene Ausgestaltung tatsächlich dem Verhalten entspricht, das auch ein privater, betriebswirtschaftlich orientierter Marktteilnehmer an Stelle des Staates in dieser Situation an den Tag gelegt hätte.

3.6 Fazit

Das für den Fall eines negativen EuGH-Urteils im Betreibervertrag angelegte Kündigungsfolgenregime ist einerseits als unüblich nachteilig für Deutschland als Auftraggeber anzusehen. Dabei hätte gerade aufgrund der Ungewissheit des Verfahrensausgangs und der zahlreichen warnenden Stimmen von vielen Seiten ein besonderes Bedürfnis an einer den Auftraggeber und damit Steuerzahler schützenden Regelung bestanden. Ein schutzwürdiges Interesse des Auftragnehmers an der getroffenen Regelung ist ebenfalls nicht erkennbar. Besonders gravierend ist zudem, dass klar war, dass das EuGH-Urteil nur kurze Zeit nach dem Vertragsschluss ergehen würde. Es hätte zudem eine Vielzahl üblicher Vertragsgestaltungen gegeben, um ein bekanntes, von keiner Partei kontrollierbares Risiko mit relativ gesehen hoher Eintrittswahrscheinlichkeit zu regeln.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung jedenfalls als unangemessen einzuschätzen. Mit einiger Wahrscheinlichkeit begründet sie sogar einen Verstoß gegen die Grundsätze des Haushaltsrechts und des Europarechts.

III. Weitere Fragen

Aus Anlass der vorstehenden Untersuchung und aufgrund des Umstands, dass ein Großteil der im Zusammenhang mit den Mautverträgen relevanten Unterlagen bisher nicht öffentlich zugänglich ist, stellen sich zu wesentlichen Aspekten weitere Fragen, von denen wir insbesondere die nachstehend aufgeführten aufwerfen möchten.

1. Alternative Vertragsgestaltung

Es ist davon auszugehen, dass sowohl Deutschland als auch der Betreiber Erhebung damit rechnen mussten, dass der EuGH in naher Zukunft (das heißt zu Beginn der Vertragslaufzeit) über die Konformität der PKW-Maut mit Unionsrecht entscheiden würde. Auch der kontroverse juristische Diskurs war beiden Parteien bekannt. Dennoch wurden die im Betreibervertrag vorgesehenen weiterreichenden Kündigungsfolgen bei einer Kündigung ausschließlich aus ordnungspolitischen Gründen vereinbart.

- ▶ Warum wurde vor dem Hintergrund der ausstehenden EuGH-Entscheidung keine übliche vertragliche Regelung im Betreibervertrag vereinbart?
- ▶ Welches schützenswerte Interesse des Betreibers Erhebung hat zu der Aufnahme der getroffenen Kündigungsfolgenregelung geführt? Welche Erwägungen führten zu den unterschiedlichen Regelungen in den beiden Mautverträgen?
- ▶ Wurde eine Regelung zur Aussetzung und schließlich Anpassung des Betreibervertrages infolge des EuGH-Urteils geprüft und mit dem Betreiber Erhebung besprochen?
- ▶ Falls ein anderes Verhandlungsergebnis mit dem Betreiber Erhebung nicht erreicht werden konnte:
 - ▷ Wurde infolgedessen nochmals geprüft, ob die Erhebung durch Deutschland selbst auf Grundlage der erheblichen Risikoübernahme wirtschaftlicher gewesen wäre?
 - ▷ Welche zwingenden Gründe haben vor dem Hintergrund der möglichen Rechtsfolge dagegen gesprochen, die erwartete EuGH-Entscheidung abzuwarten und bis dahin gegebenenfalls nur Teile der Gesamtleistung zu beauftragen?

2. Vergabeverfahren

Ausweislich der Vergabebekanntmachung wurde für den ausgeschriebenen Auftrag mit der Bezeichnung „*Entwicklung, Aufbau und Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgabenerhebungssystem)*“ nur ein Angebot abgegeben, welches schließlich auch den Zuschlag erhielt. Der mit dem Betreiber Erhebung abgeschlossene Vertrag sieht – trotz eines identischen Kündigungsgrundes – ein vom Vertrag Automatische Kontrolle abweichendes Kündigungsfolgenregime vor.

- ▶ Durfte das BMVI den Zuschlag für den Auftrag erteilen, obwohl in dem Vergabeverfahren nur ein Angebot abgegeben wurde? Wurden dabei die Anforderungen an ein Vergabeverfahren, insbesondere der Wettbewerbsgrundsatz und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, hinreichend beachtet?
- ▶ Wurden der Leistungsgegenstand bzw. die Leistungsbeschreibung nach Abgabe der (ersten) endgültigen Angebote noch einmal verändert, ggf. zu Gunsten des bezuschlagten Bieters? Falls ja,
 - ▷ wirkten sich die Änderungen auch auf die in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen oder Zuschlagskriterien aus?
 - ▷ wurden mit den Änderungen Bedingungen eingeführt, die, wenn sie bereits von Anfang an gegolten hätten, die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten, die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten und/oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten?

- ▶ Wurde eine Unterbrechung oder eine Aufhebung des Vergabeverfahrens geprüft und das Ergebnis der Prüfung dokumentiert? Wäre eine Unterbrechung oder Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtmäßig oder jedenfalls wirksam gewesen?

3. Europarechtliche Implikationen

Eine vertiefte beihilferechtliche Analyse der hier kontrahierten Kündigungsfolgen würde den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass hier auch die Möglichkeit bestünde, die Europäische Kommission im Wege einer Beschwerde mit der Prüfung der Kündigungsregeln zu befassen und zur Einleitung eines Beihilfeprüfverfahrens zu bewegen. Möglicherweise enthält jedenfalls das im Betreibervertrag vereinbarte Regime Elemente staatlicher Beihilfe, die mit dem Binnenmarkt unvereinbar und daher nicht genehmigungsfähig wären.

- ▶ Enthalten die Verträge, insbesondere in Bezug auf die vertraglich vereinbarten Vergütungen und/oder die vertraglich vereinbarten Kündigungsfolgen, staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten der Auftragnehmer?
- ▶ War die Bundesrepublik Deutschland nach Verkündung des EuGH-Urteils verpflichtet, die Kündigungen der Verträge zu veranlassen? Welche Erwägungen haben zur sofortigen Kündigung geführt?

4. Haushaltsrechtliche Überlegungen

Im Mai 2019 – also nach Abschluss der Mautverträge – wurde die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung Erhebung abgegeben.⁹⁷ Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung soll den Stand vom 18. Dezember 2018 reflektieren und auf die vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung aufbauen. In der Dokumentenhistorie ist jedoch aufgeführt, dass erst in der Version 2.0 vom 22. März 2019 eine ausführliche Darstellung der Grundlagen und Annahmen des Beschaffungsvariantenvergleichs aufgenommen wurde.

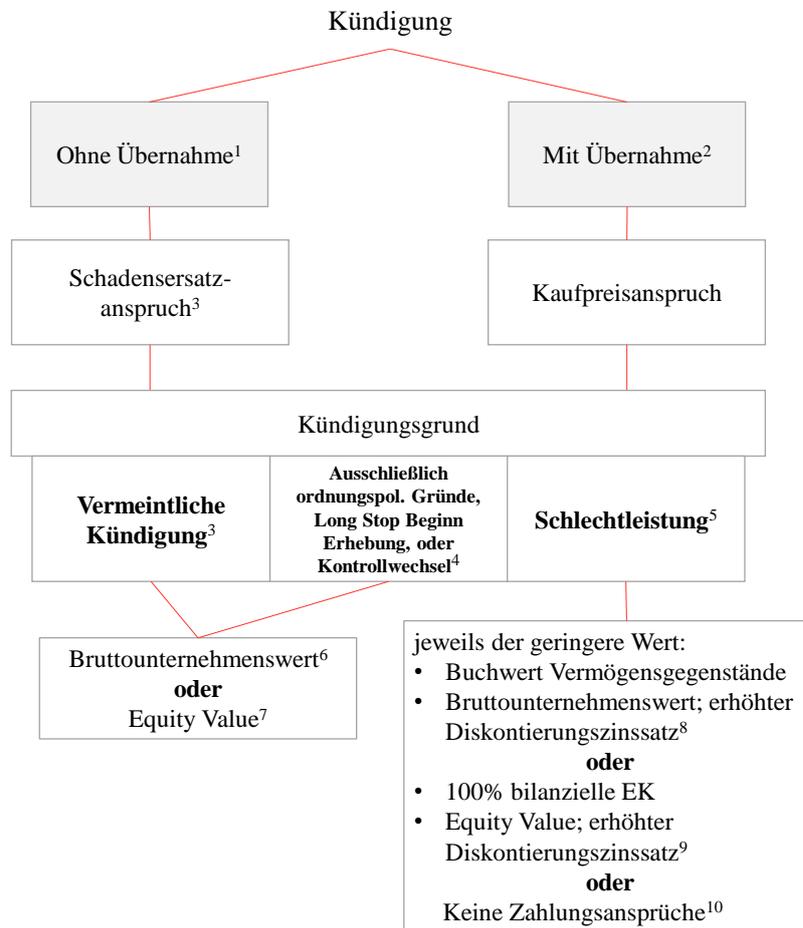
- ▶ Lagen der Vereinbarung der Kündigungsfolge aufgrund ausschließlich ordnungspolitischer Gründe gemäß der Regelung in § 7 BHO im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Risikobewertungen und Wirtschaftlichkeitsanalysen im ausreichenden Maß zu Grunde?
- ▶ War die Risikobewertung/Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zum Zeitpunkt der Vergabe und des Abschlusses der Mautverträge hinreichend untersucht und dokumentiert?
- ▶ Ist die Kündigungsfolge aufgrund ausschließlich ordnungspolitischer Gründe im Haushaltsplan hinreichend berücksichtigt?

* * *

⁹⁷ Vgl. PWC/BMVI, „Infrastrukturabgabe Los 2: Technische und wirtschaftliche Beratung Erhebung: Darstellung des Ergebnisses der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung“, abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/Wirtschaftlichkeitsuntersuchung_Erhebung.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

PKW-Maut – Anlage 1

Schematische Übersicht Kündigungsregime Betreibervertrag



¹ Gemäß Ziff. 30.5.4 (ii); Beendigung Ohne Übernahme in Ziff. 30.1.2 definiert: Die im Betreibervertrag angelegte Call-Option wurde nicht vollzogen und ein Angebot Dritterwerb wurde nicht angenommen.

² Ziff. 30.5.2 / 30.5.3 i.V.m. Anlage 28.4.1 / 29.5.1.

³ Vermeintliche Kündigung in Ziff. 30.5.1 definiert: Wenn das Dispute Adjudication Board, das Schiedsgericht oder ein sonst für die Beilegung eines Streits zwischen den Parteien zuständiges (ordentliches) Gericht rechtskräftig feststellt, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung nicht vorliegen. Als Schadensersatz nach Ziff. 30.5.4 (i), Fall 3 Anlage 29.5.1; als Kaufpreis nach Ziff. 30.5.2, Fall 3 Anlage 28.4.1 bei Beendigung mit Übernahme und Erwerb der Geschäftsanteile; Fall 3 Anlage 29.5.1 bei Beendigung mit Übernahme und Erwerb der Aktiva.

⁴ Ziff. 30.5.4 (i), Fall 2b Anlage 29.5.1 bei Beendigung Ohne Übernahme; Fall 2b Anlage 28.4.1 bei Beendigung mit Übernahme und Erwerb der Geschäftsanteile; Fall 2b Anlage 29.5.1 bei Beendigung mit Übernahme und Erwerb der Aktiva.

⁵ U.A. verspätete Feinplanungsdokumentation: Fall 2a Anlage 28.4.1 bei Erwerb der Geschäftsanteile; Fall 2a Alt. 1 Anlage 29.5.1 bei Erwerb der Aktiva.

⁶ Ermittelt nach Teil A Anlage 28.4.1 bei Kündigung ohne Übernahme oder Erwerb der Aktiva.

⁷ Nach Teil A Ziff. 2 Anlage 28.4.1 der Nettounternehmenswert bei Kündigung mit Übernahme und Erwerb der Geschäftsanteile.

⁸ Bei Beendigung mit Übernahme und Erwerb der Aktiva.

⁹ Bei Beendigung mit Übernahme und Erwerb der Geschäftsanteile.

¹⁰ Nach Ziff. 30.5.4 S. 5 sind Ansprüche bei Beendigung Ohne Übernahme außer in den normierten Fällen ausgeschlossen; unter anderem der Kündigungsgrund der verspäteten Feinplanungsdokumentation ist nicht aufgeführt.

PKW-Maut - Anlage 2

Auszug Kündigungsregelungen Betreibervertrag

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

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

26.3.2 **Wichtiger Grund**

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

26.3.3 **Verhältnis Gesellschafter – Betreiber im Rahmen der Kündigung**

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

26.3.4 **Kündigung durch den Auftraggeber**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

26.3.5 Kündigung durch den Betreiber

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

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

26.3.6 Kündigung aufgrund Höherer Gewalt

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

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

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

30.5 Auseinandersetzung / Entschädigung

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

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

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

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

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

31. HAFTUNG, VERKEHRSSICHERUNGSPFLICHT, FREISTELLUNGEN

31.1 Haftung des Betreibers

31.1.1 Verschuldensabhängige Haftung

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

31.1.2 Verschuldensunabhängige Haftung

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

31.1.3 Haftungsbegrenzungen

- a) Die Haftung des Betreibers aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag (einschließlich des Kaufvertrages über Vermögensgegenstände gemäß Ziffer 29.6.1) für die Verletzung von Garantien, Pflichtverletzungen sowie die Verwirkung von Vertragsstrafen und Freistellungen ist vorbehaltlich der Ziffer 31.1.4 der Höhe nach begrenzt auf:
 - aa) EUR 300 Mio. (in Worten: dreihundert Millionen Euro) für haftungsbegründende Ereignisse, die zwischen Vertragsbeginn und dem Ablauf des ersten Betriebsjahres eintreten;

ANLAGE 28.4.1 KAUFPREIS GESCHÄFTSANTEILSERWERB

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

Teil A – Allgemeine Grundsätze für die Unternehmensbewertung

1. Der objektivierte Gesamtunternehmenswert (*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**").

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

2. Der Bruttoundernehmenswert wird um folgende Positionen angepasst:

Bruttoundernehmenswert

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

= Nettoundernehmenswert (im Folgenden "**Equity Value**").

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

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

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

"Barmittel" sind:

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

"Finanzverbindlichkeiten" sind:

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

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

"Nettoumlaufvermögen" bedeutet:

die Summe aus:

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

abzüglich der Summe von:

- a) erhaltenen Anzahlungen auf Bestellungen i. S. d. §. 266 Abs. 3 lit. C Nr. 3 HGB;
- b) Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 4 HGB, einschließlich solcher gegenüber verbundenen Unternehmen und gegenüber Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht;
- c) sonstigen Verbindlichkeiten i.S.d. § 266 Abs. 3 lit. C Nr. 8 HGB, sofern nicht bereits als Finanzverbindlichkeit erfasst;
- d) Rückstellungen, soweit nicht bereits als Finanzverbindlichkeit erfasst; und
- e) Rechnungsabgrenzungsposten i. S. d. § 266 Abs. 3 lit. D HGB.

4. Bei der Ermittlung des 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. Die Parteien stellen klar, dass etwaige für die Zeit im Anschluss an die Laufzeit des Vertrages (inklusive etwaig ausgeübter Verlängerungsoptionen) abzuschließende bzw. abgeschlossene Verträge nicht werterhöhend berücksichtigt werden, auch nicht, wenn sie der Betreiber nach Vollzug der Call-Option unter einem neuen Gesellschafter schließt.

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

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

Teil B – Fallvarianten

1. **FALL 1 – ANTEILSERWERB WÄHREND VERTRAGSLAUFZEIT OHNE KÜNDIGUNGSGRUND**

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

2. **FALL 2 – KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER**

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

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

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

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

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

3. **FALL 3 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER**

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

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

4. **FALL 4 – KÜNDIGUNG BETREIBER**

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

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

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

5. **FALL 5 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG BETREIBER**

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

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

6. **FALL 6 – HÖHERE GEWALT**

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

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

7. **FALL 7 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG HÖHERE GEWALT**

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

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

8. **FALL 8 – ABLAUF ORDENTLICHE LAUFZEIT BZW. VERLÄNGERUNGSZEITRAUM**

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

ANLAGE 29.5.1 KAUFPREIS UND ERSATZANSPRÜCHE AKTIVA-ERWERB

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

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

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

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

2. FALL 2 – KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER

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

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

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

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

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

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

3. **FALL 3 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG AUFTRAGGEBER**

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

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

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

4. **FALL 4 – KÜNDIGUNG BETREIBER**

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

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

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

5. **FALL 5 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG BETREIBER**

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

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

6. FALL 6 – HÖHERE GEWALT

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

Der zeitabhängige Abschlag beträgt:

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

7. FALL 7 – VERMEINTLICHE KÜNDIGUNG HÖHERE GEWALT

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

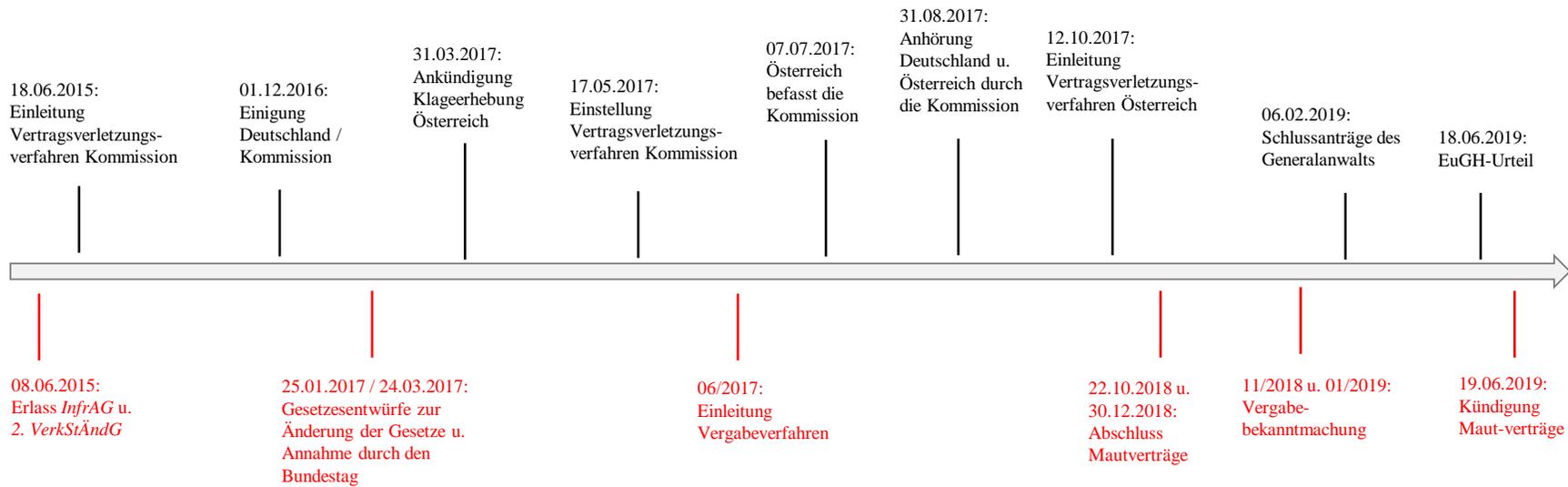
- a) Hat der Auftraggeber die Kündigung erklärt, so gelten die Regelungen gemäß Fall 3 entsprechend.
- b) Haben die Betreiberparteien die Kündigung erklärt, so gelten die Regelungen gemäß Fall 5 entsprechend.

8. FALL 8 – ABLAUF ORDENTLICHE LAUFZEIT BZW. VERLÄNGERUNGSZEITRAUM

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

PKW-Maut - Anlage 3

Darstellung des Sachverhalts



PKW-Maut - Anlage 4

Gegenüberstellung Kündigungsfolgen in ausgewählten Muster-Infrastrukturverträgen

Ziff.	Vertrag	Von öffentlicher Hand (AG) zu vertretener Kündigungsgrund	Von privatem Auftragnehmer (AN) zu vertretener Kündigungsgrund	Von keiner Partei zu vertretener Kündigungsgrund
1.	Mustervertrag V – Modell¹	Kündigungsgründe: Ordentliche Kündigung ohne Grund, vom AG zu vertretene Verzögerung, Zahlungsverzug Vergütung, vom AG zu vertretener wichtiger Grund	Kündigungsgründe: u.A. keine Erbringung der Planungsleistung (wesentlich und schuldhaft), Insolvenz, mehrfache Ersatzvornahmen, qualifizierte Pflichtverletzung (z.B. Gefährdung des Straßenverkehrs), vom AN zu vertretener wichtiger Grund	Kündigungsgründe: von keiner Partei zu vertretene Verzögerungen führen zu unvorhergesehenen Mehrkosten, Höhere Gewalt oder Drittgewalt, Unversicherbarkeit, Baugrundrisiko, von keiner Partei zu vertretener wichtiger Grund
2.		Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none">▶ Anspruch des AN gegen AG auf Übernahme aller Rechte, Pflichten, Verbindlichkeiten gegen Fremdkapitalgeber/sonstige Dritte (nicht Eigenkapitalgeber) Alternativ: <ul style="list-style-type: none">▶ Kostenersatz für die vorzeitige Beendigung, inkl. angemessene und notwendige Ansprüche der Fremdkapitalgeber/sonstiger Dritter	Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none">▶ Erstattung [●] % des ausstehenden Fremdkapitals, inkl. Barwert nicht getilgter (Teil-) Forderungen▶ Gegebenenfalls Erstattung [●] % der Beträge, die unter Instrument zur Verbesserung der Kreditwürdigkeit ausstehen▶ Wenn Ertragswert niedriger als [●] % des ausstehenden Fremdkapitals	Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none">▶ Zahlung des ausstehenden Fremdkapitals und ausstehender Zinsen▶ Rückzahlung des eingezahlten Eigenkapitals▶ Zahlung für angemessene und notwendige Ansprüche der anderen Vertragspartner des AN aufgrund der vorzeitigen Beendigung Abzüglich:

¹ BMVI, Systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich, abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20systematische%20darstellung%20projektvertraglicher%20regelungen.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

Ziff.	Vertrag	Von öffentlicher Hand (AG) zu vertretener Kündigungsgrund	Von privatem Auftragnehmer (AN) zu vertretener Kündigungsgrund	Von keiner Partei zu vertretener Kündigungsgrund
		<ul style="list-style-type: none"> ▶ Entschädigung im Hinblick auf Eigenkapital in Höhe des Ertragswerts des Projekts für die Restlaufzeit des Projektvertrags ▶ Diskontierungszinssatz für Barwertermittlung: Eigenkapitalrendite <p>Abzüglich</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ Ersparte Aufwendungen 	<p>pitals zzgl. erstattungsfähiger Beträge aus Instrument zur Verbesserung der Kreditwürdigkeit, dann Begrenzung des Anspruchs auf Ertragswert des Projektes für die Restlaufzeit des Projektvertrags</p> <p>Abzüglich:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ Verkehrswert des Sach- und Barvermögens ▶ Ansprüche des AN gegen andere Vertragspartner wegen Beendigung der Verträge ▶ Ansprüche AN gegen Versicherungen ▶ Aufwand des AG, Vertragsgegenstand wieder in vertragsgerechten Zustand zu versetzen ▶ Zusätzlicher Aufwendungsersatzanspruch AG gegen AN, insb. Kosten eines etwaigen neuen Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Verkehrswert des Sach- und Barvermögens ▶ Ansprüche des AN gegen andere Vertragspartner wegen Beendigung der Verträge ▶ Ansprüche AN gegen Versicherungen ▶ Aufwand des AG, Vertragsgegenstand wieder in vertragsgerechten Zustand zu versetzen

Ziff.	Vertrag	Von öffentlicher Hand (AG) zu vertretener Kündigungsgrund	Von privatem Auftragnehmer (AN) zu vertretener Kündigungsgrund	Von keiner Partei zu vertretener Kündigungsgrund
3.	Mustervertrag Inhabermo- dell²	Kündigungsgründe: aus wichtigem Grund, insbesondere Unterlassen der erforderlichen Mitwirkung ohne Rechtsgrund, Zahlungsverzug Vergütung, Insolvenz, schwerwiegende schuldhaftes Pflichtverletzung, Fortsetzung vertragswidrigen schuldhaften Verhaltens trotz Abmahnung mit Kündigungsandrohung und Fristsetzung, Nichtgenehmigungsfähigkeit bei nicht behebbaren baurechtlichen Gründen (z.B. Außenbereichsgrundstück)	Kündigungsgründe: aus wichtigem Grund, insbesondere mindestens grob fahrlässiger und erheblicher Verstoß gegen die Tariftreuepflicht, Insolvenz, schwerwiegende schuldhaftes Pflichtverletzung, Fortsetzung vertragswidrigen schuldhaften Verhaltens trotz Abmahnung mit Kündigungsandrohung und Fristsetzung, Nichtgenehmigungsfähigkeit bei vermeidbarer bauwerksbezogener Versagungsgründe	Kündigungsgründe: von keiner Partei zu vertretener wichtiger Grund
4.		Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Einmalige Abgeltung der noch offenen Restzahlungen für Investitionskosten (Amortisation) und Kapitalkosten (Kapital- und Kreditzins) in Höhe des Barwerts zum Beendigungszeitpunkt ▶ Ersatz des Schadens des AN 	Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Einmalige Abgeltung des Zeitwerts des Vertragsobjekts zum Beendigungszeitpunkt abzüglich des Schadens des AG ▶ Zeitwert = kalkulatorischer Restwert des Vertragsobjekts zum Beendigungszeitpunkt nach Abzug der bis dato erfolgten Amortisationen abzüglich Wertminderung 	Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Einmalige Abgeltung der noch nicht amortisierten Investitionskosten zzgl. Vorfälligkeitsentschädigung i.H. der Auflösungskosten im Rahmen der Fremdfinanzierung ▶ Anrechnung von Versicherungsleistungen

² BMVBS, Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von Public Private Partnership Modellen im kommunalen Hoch- und Tiefbau (Mai 2007), abrufbar unter: https://www.bbr.bund.de/BBSR/DE/FP/AO/WohnenBauen/MoeglichkeitenGrenzenPppModelle/Downloads/Leitfaden5Inhabermodell.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

Ziff.	Vertrag	Von öffentlicher Hand (AG) zu vertretener Kündigungsgrund	Von privatem Auftragnehmer (AN) zu vertretener Kündigungsgrund	Von keiner Partei zu vertretener Kündigungsgrund
			infolge nicht vertragsgemäßen Erhaltungszustands	
5.	Mustervertrag Schulprojekte³	Kündigungsgründe: aus wichtigem Grund, insbesondere Unterlassen der erforderlichen Mitwirkung ohne Rechtsgrund, Insolvenz, schwerwiegende schuldhafte Pflichtverletzung, Fortsetzung vertragswidrigen Verhaltens trotz Abmahnung mit Kündigungsandrohung und Fristsetzung	Kündigungsgründe: aus wichtigem Grund, insbesondere mindestens grob fahrlässiger und erheblicher Verstoß gegen die Tariftreuepflicht, Insolvenz, schwerwiegende schuldhafte Pflichtverletzung, Fortsetzung vertragswidrigen Verhaltens trotz Abmahnung mit Kündigungsandrohung und Fristsetzung	Kündigungsgründe: von keiner Partei zu vertretener wichtiger Grund
6.		Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Schadensersatz (einschließlich entgangenem Gewinn und Rückführung sämtlicher Verbindlichkeiten und des Eigenkapitals) ▶ Erfüllung etwaiger an finanzierende Bank abgetretene Ansprüche 	Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Ersatz bereits erbrachter, vertraglich vereinbarter Leistungen ▶ Kein Ersatz interner Kosten (entgangener Gewinn, Kapitalverzinsung, Verwaltungskosten) ▶ AN schuldet gegebenenfalls Schadensersatz 	Rechtsfolgen der Kündigung: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Ersatz bereits erbrachter, vertraglich vereinbarter Leistungen ▶ Ersatz der bis dahin entstandenen internen Kosten; ab dem Zeitpunkt der Kündigung entfällt der Anspruch auf Zahlung interner Kosten

* * *

³ Finanzverwaltung NRW: Public Private Partnership im Hochbau. Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP – Schulprojekten (November 2005), abrufbar unter: https://www.ppp.niedersachsen.de/informationen_service/informationsmaterialien_downloads/55914.html (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).