



Greenberg Traurig Germany, LLP · Potsdamer Platz 1 · 10785 Berlin

Noerr LLP  
Herrn Rechtsanwalt Dr. Tobias Frevert  
Charlottenstraße 57  
10117 Berlin

Per E-Mail an: [tobias.frevert@noerr.com](mailto:tobias.frevert@noerr.com)

26. Juni 2019

**Vertrag über die Entwicklung, den Aufbau und den Betrieb eines Systems für die Erhebung der Infrastrukturabgabe ("Betreibervertrag" oder "BV");**

**Ihre E-Mail vom 17. Juni 2019 (gesendet 18:41 Uhr); Ihr Schreiben vom 20. Juni 2019**

Sehr geehrter Herr Kollege Frevert,

mit Ihrem Schreiben vom 20. Juni 2019 weisen Sie die vom Auftraggeber am 18. Juni 2019 erklärte Kündigung des BV hinsichtlich des Kündigungsgrundes nach Ziffer 26.3.4a) (i) BV als lediglich "vorgeschoben" zurück. Diese Behauptung trifft nicht zu.

Namens und im Auftrag des Auftraggebers erwidern wir – in Ergänzung zu dem Schreiben des KBA vom 21. Juni 2019 – hierzu sowie auf Ihre E-Mail vom 17. Juni 2019:

## 1. SACHVERHALT

- 1.1 Der Betreiber war gemäß Ziffer 5.4.1 und Ziffer 5.6 Satz 1 Nr. 1 BV verpflichtet, spätestens bis zum 01. April 2019 die vollständige Feinplanungsdokumentation als ersten Meilenstein des Projekts in vertragsgemäßer Form vorzulegen. Bis zum 18. Juni 2019 – also elf Wochen nach dem vereinbarten Meilenstein und damit fast dem Doppeltem der vorgegebenen Zeit, und trotz Verstreichens einer vereinbarten Nachlieferungsfrist – war dem Betreiber dies nicht gelungen.
- 1.2 Das ab dem 01. April vorgelegte Arbeitsergebnis des Betreibers war so unvollständig und fehlerhaft, dass der Auftraggeber die Prüfung abrechnen und des Arbeitsergebnis insgesamt als nicht prüffähig zurückweisen musste. Die Gründe für diese Zurückweisung wurden dem Betreiber detailliert erläutert und von diesem akzeptiert, und eine Nachlieferungsfrist wurde vereinbart.

DR. HENRIK ARMAH  
WENCKE BASLER, LL.M. (WASHINGTON, D.C.)  
DR. KATI BECKMANN, LL.M.  
DR. VIOLA BENSINGER  
DR. NIKLAS CONRAD  
DR. CHRISTOPH ENAUX, LL.M. (GEORGETOWN)  
DR. MARTIN HAMER  
CLAUDIA HARD, LL.M. (AJUSTIN)  
DR. JOSEF HOFSCHROER  
DR. NICOLA LAGONI  
DR. STEFAN LÜTJE  
DR. ANKA MITZKANT  
DR. DIETER NEUMANN  
DR. KARA FREEDY, LL.M.  
DR. FLORIAN RÖSCH (RECHTSANWALT UND NOTAR)  
DR. CHRISTIAN SCHEDE, LL.M. (GEORGETOWN)  
DR. PETER SCHORLING  
DR. HENNING SIEBER, LL.M.  
GEORG VON WALLIS

DR. SARA MELINA BERENDSEN  
DR. MARTIN BORNING  
MARTIN DRESSSEL, LL.M. (EMORY)  
HOLGER FAUST  
CARSTEN KOCK, LL.M. (BCSTON)  
KONRADIN PLEUL  
CLAUDIA STREML

ALEXANDER AHRENS  
DR. DANIEL BENIGHAUS, LL.M.  
MARTIN DOBIAS, LL.M.  
DOROTHEE VON EINEM, LL.M. (UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA)  
NATALIE HSIAO  
SILKE KÖHLER, LL.M.  
DR. OLIVER MARKWANN  
DR. PHILIPP OSTEROTH  
DR. LAURA M. ZENTNER

GREENBERG TRAURIG  
GERMANY, LLP  
POTSDAMER PLATZ 1  
10785 BERLIN  
GERMANY

TEL +49 (0) 30 700171 100  
FAX +49 (0) 30 700171 900

[WWW.GTLAW.DE](http://WWW.GTLAW.DE)

DR. DIETER NEUMANN  
+49 30 700 171-114  
[DIETER.NEUMANN@GTLAW.COM](mailto:DIETER.NEUMANN@GTLAW.COM)

- 1.3 Auch diese Nachlieferungsfrist hat der Betreiber nicht eingehalten. Vielmehr legte er seine Arbeitsergebnisse zum Teil erst mit einer Woche Verspätung erneut zur Prüfung vor. Vor allem aber stellte auch diese Nachlieferung keine anforderungsgemäße, freigabefähige Feinplanungsdokumentation dar. Diese Arbeitsergebnisse wiesen erneut eine Vielzahl schwerwiegender Mängel auf. Die fortbestehenden Mängel wurden dem Betreiber wiederum im Detail erläutert. Ihm wurde dabei letztmalig Gelegenheit zur Nachlieferung gegeben.
- 1.4 Mit Ihrer E-Mail vom 17. Juni 2019 ließ der Betreiber behaupten, der Prüfmaßstab für die Feinplanungsdokumentation sei nie klar gewesen und vom Auftraggeber mehrfach zulasten des Betreibers einseitig verschärft worden. Außerdem wies der Betreiber die Verantwortung für die sich aus der verspäteten und nicht vertragsgemäßen Vorlage der Feinplanung ergebende Verzögerung erstmals dem Auftraggeber zu. Mit diesen Behauptungen stellt der Betreiber die allein ihm obliegenden Leistungspflichten, insbesondere seine Hauptleistungspflicht zur Vorlage einer vertragsgemäßen Feinplanung, grundlegend in Abrede.
- 1.5 Die Versäumnisse des Betreibers im Zusammenhang mit der verspäteten und mangelhaften Lieferung der Feinplanung – dem ersten und für die gesamte weitere Projektentwicklung maßgeblichen Meilenstein – spiegeln die Erfahrungen des Auftraggebers mit der Leistungserbringung des Betreibers im Übrigen. Dem Betreiber war es in den ersten fünfmonatigen Monaten der Vertragslaufzeit nicht gelungen, die für eine vertragsgemäße Leistungserbringung erforderlichen Ressourcen zu schaffen.

## 2. TATBESTÄNDLICHE VORAUSSETZUNGEN DER KÜNDIGUNGSGRÜNDE

- 2.1 Ziffer 26.3.4a) BV bestimmt: "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 vorlegt (Meilenstein nach laufender Nr. 1) oder ..." Wie sich aus dem vorstehend in Ziffer 1 dargestellten Sachverhalt ergibt, war dieser Tatbestand erfüllt.
- 2.2 Der EuGH hat mit Entscheidung vom 18. Juni 2019 die Nichtvereinbarkeit der Infrastrukturabgabe mit europarechtlichen Grundsätzen festgestellt. Damit war die Einführung der Infrastrukturabgabe wie vom Bundestag beschlossen nicht mehr möglich. Hierdurch wurde dem Auftraggeber die Weiterführung des Betreibervertrages unzumutbar. Daher war auch der Tatbestand des Kündigungsgrundes nach Ziffer 26.3.4v) BV erfüllt.

## 3. RECHTSFOLGEN DER KÜNDIGUNG BEI ISOLIERTER BETRACHTUNG DER KÜNDIGUNGSGRÜNDE

Aus den genannten Kündigungsgründen ergeben sich – bei isolierter Betrachtung – unterschiedliche Rechtsfolgen.

- 3.1 Eine auf ordnungspolitische Gründe gestützte Kündigung nach Ziffer 26.3.4v) BV gibt dem Betreiber grundsätzlich einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des Unternehmenswertes

des Betreibers sowie Ersatz der Kosten der Abwicklung des Betreibers (vgl. Ziffer 30.5.4 BV i.V.m. Anlage 29.5.1 zum BV, Teil B Fall 2b), Ziffer 20.9.1d) BV).

- 3.2 Demgegenüber steht dem Betreiber bei einer auf den Kündigungsgrund nach Ziffer 26.3.4a) (i) BV gestützte Kündigung weder ein Anspruch auf den Unternehmenswert noch auf Erstattung von Abwicklungskosten zu (vgl. Ziffer 30.5.5 BV, Ziffer 20.9.1c) BV). Auch weitere Ansprüche bestehen in diesem Fall nicht.

#### 4. RECHTSFOLGEN BEI VORLIEGEN MEHRERER KÜNDIGUNGSGRÜNDE

Für den Fall, dass mehrere Kündigungsgründe vorliegen, trifft der Betreibervertrag eindeutige Regelungen:

- 4.1 Nach Ziffer 30.5.4 BV i.V.m. Anlage 28.4.1 zum BV, Teil B Fall 2b) steht dem Betreiber ein Anspruch auf Entschädigung in Höhe des Unternehmenswertes lediglich dann zu, wenn nur der Kündigungsgrund nach Ziffer 26.3.4v) BV vorliegt, also solange neben dem Kündigungsgrund der ordnungspolitischen Gründe kein weiterer Kündigungsgrund erfüllt ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Ob der Auftraggeber eine Kündigung aufgrund weiterer Kündigungsgründe tatsächlich ausgesprochen und/oder hierbei die Formalia der Ziffer 26.3.7 BV eingehalten hat, ist dabei unerheblich.

Diese Regelung entspricht nicht nur dem Ergebnis der Verhandlungsgespräche zum Betreibervertrag im Vergabeverfahren, sondern ist auch die einzig angemessene wirtschaftliche Risikoverteilung, da dem Betreiber Entschädigung in Höhe des Unternehmenswerts nur dann zustehen kann, wenn er sich vertragskonform verhält.

- 4.2 Auch ein Anspruch auf Erstattung der Abwicklungskosten besteht vorliegend nach Ziffer 20.9.1c) BV nicht. Denn der Betreibervertrag wird sowohl durch außerordentliche Kündigung nach Ziffer 26.3.4a) (i) BV als auch durch die weitere außerordentliche Kündigung des Auftraggebers nach Ziffer 26.3.2a) und Ziffern 26.3.4r) BV vom 25. Juni 2019 beendet.

Für diese Ergebnisse ist die vom Betreiber bemühte zeitliche Koinzidenz irrelevant.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen



Dr. Dieter Neumann  
Rechtsanwalt

i. V. 

Dr. Stefan Lütje  
Rechtsanwalt