

**Zusammenfassung der Klagerwiderung des Landes Baden-Württemberg
vom 30. Januar 2018 vor dem Verwaltungsgericht Stuttgart
in der Verwaltungsstreitsache
Deutsche Bahn AG u.a. ./ Land Baden-Württemberg u.a. (VG 13 K 9542/16)**

Die Deutsche Bahn AG und die zu ihr gehörenden Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU: DB Netz AG, DB Station & Service AG und DB Energie GmbH, zusammen mit der Deutsche Bahn AG: DB) haben das Land Baden-Württemberg (Land), die Landeshauptstadt Stuttgart (LHS), den Verband Region Stuttgart (VRS) und die Flughafen Stuttgart GmbH (FSG, zusammen mit dem Land, der LHS und dem VRS: Landesseite) vor dem Verwaltungsgericht Stuttgart mit Klageschrift vom 22. Dezember 2016 auf Änderung des Finanzierungsvertrags (FinV) für das Projekt Stuttgart 21 (Projekt) und die Übernahme weiterer Mehrkosten des Projekts verklagt.

Nach Auffassung des Landes ist die Klage unbegründet. Am 30. Januar 2018 hat das Land seine Klagerwiderung beim Verwaltungsgericht Stuttgart eingereicht. Nachfolgend werden die wesentlichen Argumente des Landes gegen die Klage zusammengefasst:

A. Einführung

Die DB hat keinen Anspruch auf Ergänzung des FinV zur Deckung der streitgegenständlichen „weiteren Kostensteigerungen“ im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV (weitere Mehrkosten) durch die Landesseite.

Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus der Sprechklausel in § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV, noch aus den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung oder der Regelung über die Änderung der Geschäftsgrundlage in § 60 Abs. 1 LVwVfG. Der in der Klage dargestellte Sachverhalt ist in wesentlichen Teilen unzutreffend und auch unvollständig. Trotzdem ergibt sich nicht einmal daraus eine Verpflichtung der Landesseite zur Übernahme von weiteren Mehrkosten.

Die DB verkennt die Rechtsnatur des FinV und die vertraglichen Verantwortlichkeiten der Parteien (hierzu unter B I). Der von ihr erhobene Anspruch besteht weder dem Grunde (hierzu unter B II), noch der Höhe nach (hierzu unter B III). Zudem trifft das Land keine Einstandspflicht für die LHS, den VRS und die FSG (hierzu unter B IV). Der Anspruch wäre schließlich auch verjährt (hierzu unter B V).

B. Wesentliche Argumentation

I. Ausgangspunkte

Die DB verkennt die Rechtsnatur des FinV und die vertraglichen Verantwortlichkeiten der Parteien. Der FinV begründet kein gemeinsames Projekt mit gemeinsamer Finanzierungsverantwortung der Parteien.

Der FinV ist ein öffentlich-rechtlicher Subventionsvertrag. Die EIU sind alleinige Projektträger und Bauherren. Sie haben die Kalkulation, Planung und Realisierung des Projekts übernommen und müssen die hiermit verbundenen Risiken tragen. Das gilt insbesondere für das streitgegenständliche Kostenrisiko.

Die Finanzierung der Kosten des Projekts (Gesamtkosten) erfolgt gemäß § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 3 FinV durch die EIU, den Bund und die Landesseite. Die EIU handeln als privatrechtlich organisierte Wirtschaftsunternehmen nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG und finanzieren das Projekt aus Eigenmitteln. Zusätzlich erhalten sie vom Bund und der Landesseite höhenmäßig begrenzte „nicht rückzahlbare Zuschüsse“ (Subventionen).

Für den Fall, dass die vereinbarten Zuwendungen ausgeschöpft sind, weist der FinV den EIU das Risiko von Kostensteigerungen zu. Ein Anspruch auf die Gewährung eines Nachschusses durch die Landesseite ist – wie regelmäßig bei Subventionen – nicht geregelt. Ein solcher Anspruch kann auch nicht im Wege der Vertragsanpassung geschaffen werden. Das gilt erst recht deshalb, weil sich nach Abschluss des FinV herausstellte, dass die Planung und Kostenkalkulation der EIU erhebliche Fehler aufweist.

II. Kein Anspruch auf Vertragsanpassung dem Grunde nach

Die DB kann keine Vertragsanpassung dem Grunde nach verlangen.

1. Kein Anspruch aus der Sprechklausel

Die Sprechklausel sieht vor, dass die EIU und das Land im Falle von Kostensteigerungen, die nicht durch den in § 8 Abs. 3 FinV geregelten Risikopuffer abgedeckt sind, Gespräche aufnehmen.

§ 8 Abs. 4 Satz 1 FinV ist eine offene Sprechklausel ohne Vertragsanpassungsrecht einer Vertragspartei. Sie soll lediglich einen Gedankenaustausch über den Umgang mit den bei Abschluss des FinV für sehr unwahrscheinlich gehaltenen Kostenrisiken ermöglichen. Das Ergebnis dieser Gespräche ist offen. Daher kommt auch ein Scheitern der Gespräche in Betracht, ohne dass eine Partei daraus Ansprüche herleiten könnte. Die Sprechklausel ist also keine Verhandlungsklausel mit Vertragsanpassungsrecht für den Fall, dass sich die Parteien im Rahmen der Gespräche nicht einigen.

Die gegenteilige Auffassung der DB verkennt die Bedeutung der Sprechklausel. Die Auslegung von § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV ist klar. Der Wortlaut und der systematische Zusammenhang, die Entstehungsgeschichte sowie die Interessenlage und der Sinn und Zweck der Sprechklausel zeigen eindeutig, dass ein Vertragsanpassungsanspruch nicht besteht (hierzu a bis d). Auch die Rechtsprechung und das Schrifttum stützen die in der Klage dargelegte Interpretation der Sprechklausel nicht (hierzu e).

a) Wortlaut

Der Wortlaut der Sprechklausel gibt für eine Verhandlungsklausel mit Vertragsanpassungsrecht nichts her. Im Gegenteil: Die Sprechklausel ist – anders als die von den Klägerinnen zitierten Beispielfälle aus der Rechtsprechung – erkennbar offen formuliert und gibt kein bestimmtes Gesprächsergebnis vor.

Die in der Sprechklausel bestimmte Pflicht zur Aufnahme von Gesprächen bedeutet nach dem allgemeinen Wortsinn nicht, dass förmliche Vertragsverhandlungen durchgeführt oder sogar – was die DB fordert – rechtsverbindliche Willenserklärungen zur Änderung des FinV abgegeben werden müssen. Ein derartiges Verständnis der Sprechklausel würde ihren Wortlaut überdehnen und ihm eine falsche Bedeutung beimessen.

Entsprechend dem allgemeinen Wortsinn des Begriffs „Gespräch“ soll vielmehr nur ein Gedankenaustausch zwischen den EIU und dem Land über die Frage stattfinden, wie mit weiteren Kostensteigerungen im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV umgegangen werden kann. Die Verwendung des Verbs „aufnehmen“ (von Gesprächen) zeigt, dass § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV kein bestimmtes Ergebnis des Gedankenaustauschs vorgibt, sondern der Ausgang der Gespräche offen ist. Zudem findet sich in der Sprechklausel kein Anhaltspunkt dafür, dass die Gespräche zwingend zu einem positiven Ergebnis oder sogar zu einer Vertragsanpassung führen sollen.

Was nach dem Wortlaut der Sprechklausel für das Land gilt, muss erst recht für die nicht an den Gesprächen Beteiligten gelten: Für die Begründung einer Pflicht zur Vertragsanpassung zu Lasten der an den Gesprächen nach § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV nicht beteiligten Beklagten (die LHS, der VRS und die FSG) ist kein Ansatz ersichtlich. Dem Wortlaut des FinV kann nicht entnommen werden, dass das Land bei den Gesprächen nach der Sprechklausel zugleich als Stellvertreter für die LHS, den VRS und die FSG handelt (siehe auch unter IV).

b) Systematischer Zusammenhang

Auch aus den systematisch mit der Sprechklausel zusammenhängenden Regelungen zu den Grundkosten (sog. Gesamtkosten nach § 6 Abs. 1 FinV) und den Risikokosten (Mehrkosten nach § 8 Abs. 3 FinV), zum Ausschluss eines Wirtschaftlichkeitsausgleichs in § 12 FinV und zum Ausschluss eines Projektabbruchs in § 8 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 FinV kann nicht abgeleitet werden, dass es sich bei der Sprechklausel um eine Verhandlungsklausel mit Vertragsanpassungsrecht handeln soll.

Die von der DB für ihre Auffassung herangezogenen Schlussbestimmungen in § 16 Abs. 9 und § 10 FinV stehen in keinem Zusammenhang mit den Regelungen zur Finanzierung des Projekts und der Sprechklausel.

c) Entstehungsgeschichte

Die Parteien gestalteten § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV bewusst als offene Sprechklausel. Als Resultat eingehender Verhandlungen des Memorandums of Understanding (MoU) vom 19. Juli 2007 akzeptierte die DB in einem Spitzentreffen die Sprechklausel in ihrer heutigen Gestalt als ergebnisoffene Gesprächsklausel. Im Zuge der entscheidenden Verhandlungsrunde am 18. und 19. Juli 2007 verzichtete die DB sowohl auf die von dem Land angebotene Vereinbarung einer Verhandlungsklausel mit Vertragsanpassungsrecht als auch auf eine von der DB zuvor geforderte gemeinschaftliche Tragung des Risikos von Kostensteigerungen. Das beruhte darauf, dass das Land der DB zuvor nochmals erheblich entgegengekommen war und zugesagt hatte, dass die Landesseite weitere Beiträge im Umfang von insgesamt EUR 473 Mio. übernehmen werde.

So bot das Land in dem zuvor abgestimmten Entwurf des MoU vom 18. Juli 2007, 14:00 Uhr, noch folgende Verhandlungsklausel an:

„In dem unwahrscheinlichen Fall, dass sich darüber hinausgehende Risiken realisieren, verpflichten sich Land und Stadt mit der DB Verhandlungen mit dem Ziel aufzunehmen, die Aufteilung der Kostensteigerungen einvernehmlich zu regeln. Die Gesamtkosten des Projektes Stuttgart 21 werden endgültig nach kaufmännischem Abschluss des Gesamtprojektes ermittelt.“

Diese Klausel wurde nicht vereinbart. Die Parteien einigten sich vielmehr auf eine offene, weicher formulierte Sprechklausel, die deutlich hinter dem Angebot des Landes zurückblieb und die Übernahme weiterer Risiken durch die Landesseite ausschloss:

„Bei einer Kostensteigerung von über 1 Mrd. € übernehmen DB AG (vorrangig) und Land davon jeweils bis zu 160 Mio. €. Bei darüber noch hinaus gehenden Kostensteigerungen werden DB AG und Land Gespräche aufnehmen.“

Im Ergebnis der Verhandlungen über den FinV wurde weder die Sprechklausel noch die grundsätzliche Risikoverteilung zwischen den Parteien nach Maßgabe des MoU verändert. Zwar versuchte die DB, der Landesseite mehr Risiken des Projekts aufzubürden. Damit war sie aber nicht erfolgreich. Nach intensiven Verhandlungen konnte die DB einen Wirtschaftlichkeitsausgleich und einen Anpassungsanspruch bei Unterschreitung des in der Wirtschaftlichkeitsrechnung vorausgesetzten Ergebnisses nicht durchsetzen. Darüber hinaus machten die Parteien die Vereinbarung jeder haushaltswirksamen Verpflichtung des Landes von einer vorherigen Ermächtigung durch den Haushaltsgesetzgeber von Baden-Württemberg abhängig. Für die Sprechklausel im FinV sahen die Parteien einen entsprechenden Vorbehalt hingegen nicht vor, weil daraus – auch mittelbar – keine haushaltsrelevante Verpflichtung erwachsen sollte.

d) Interessenlage und Sinn und Zweck

Allein die Auslegung von § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV als offene Sprechklausel entspricht der Interessenlage der Parteien und dem Sinn und Zweck der Regelung.

Nach der Interessenlage der Parteien sollte die Finanzierung des Projekts durch die Landesseite abschließend über die Regelungen zur Deckung der Grund- und der Risikokosten nach § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 3 FinV erfolgen. Eine darüber hinausgehende, der Höhe nach unbestimmte und unbegrenzte Finanzierungslast sollte vermieden werden. Deshalb hatte die DB während der Vertragsverhandlungen den Risikopuffer nach § 8 Abs. 3 FinV gefordert und schrittweise erhöht und zugleich eine erheblich höhere Kostenbeteiligung der Landesseite durchsetzen können als ursprünglich geplant.

Die Landesseite subventioniert das Projekt in Form von „nicht rückzahlbaren Zuschüssen“, was im FinV detailliert geregelt ist. Eine unbestimmte und unbegrenzte Nachschusspflicht, wie sie die DB aus der Sprechklausel ableiten möchte, bedürfte einer besonderen vertraglichen Regelung, die in § 8 Abs. 4 FinV gerade nicht vereinbart wurde.

Das grundsätzliche Interesse der EIU an der Wirtschaftlichkeit des Projekts steht der Auslegung von § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV als offene Sprechklausel nicht entgegen. Die Parteien haben einen Wirtschaftlichkeitsausgleich in § 12 FinV ausdrücklich ausgeschlossen. Die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit war und ist gerade keine unabdingbare Voraussetzung für die EIU zur Realisierung des Projekts. Darüber hinaus haben die Parteien die Berücksichtigung des klägerischen Interesses an der Kalkulierbarkeit der Risiken und der Darstellung der Wirtschaftlichkeit im Rahmen der Sprechklauselgespräche durch die ausdrückliche Regelung in

§ 8 Abs. 4 Satz 2 FinV ausgeschlossen. Zudem haben die EIU die Realisierung des Projekts übernommen, soweit nicht ein qualifizierter Abschluss nach § 2 Abs. 2 UAbs. 2 FinV erfolgt. Sie haben daher nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen das Risiko der Leistungser schwerung zu tragen, solange die Grenze der Unmöglichkeit nicht erreicht ist.

Die EIU haben sich verpflichtet, das Projekt mit der erforderlichen Sorgfalt durchzuführen. Sie allein sind für die ordnungsgemäße Kalkulation der Kosten und die Realisierung des Projekts verantwortlich. In diesem Zusammenhang belegt nicht zuletzt die Entstehungsgeschichte des FinV, dass ein Anpassungsrecht der DB aus der Sprechklausel – wenn es überhaupt dem Grunde nach bestünde – allenfalls für solche Kostensteigerungen in Betracht käme, die nicht in der alleinigen Verantwortungs- und Risikosphäre der EIU liegen (hierzu näher unter II).

Zudem hat das Land aus haushaltsrechtlichen Gründen keine Finanzierungsverpflichtungen für der Höhe nach unbestimmte und unbegrenzte Risiken übernommen. Da gemäß § 7 und § 34 Abs. 2 Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg (LHO) Ausgaben nur soweit und nicht eher geleistet werden dürfen, als sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind, wäre eine unbegrenzte Risikoübernahme haushaltsrechtlich nicht zulässig. Die Einhaltung der haushaltsrechtlichen Bindungen hat die DB vor Vertragsabschluss ausdrücklich akzeptiert.

Schließlich ist zu beachten, dass die Interessen der LHS, des VRS und der FSG durch eine Auslegung der Sprechklausel als Verhandlungsklausel mit Vertragsanpassungsrecht schwerwiegend verletzt würden. Denn diese sind nicht an den Gesprächen nach § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV beteiligt. Das Land handelt bei den Gesprächen nicht als rechtsgeschäftlicher Stellvertreter für die LHS, den VRS und die FSG (siehe dazu auch unter IV 2). Die Sprechklausel würde gemäß der Auslegung der DB die LHS, den VRS und die FSG rechtlos stellen und zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter führen. Die Auslegung der DB kollidiert auch deshalb offenkundig mit der Interessenlage der Parteien und dem Sinn und Zweck des FinV.

e) Rechtsprechung und Literatur

Ohne Erfolg beruft sich die DB für ihre Auslegung der Sprechklausel auf die Rechtsprechung der Zivilgerichte aus gänzlich anderen Rechtsbereichen und einzelne Stimmen in der Literatur.

Die von der DB herangezogenen Entscheidungen der Zivilgerichte tragen die klägerische Argumentation nicht. Den dort behandelten Vertragsklauseln ist gemein, dass sie anders als § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV jeweils ausdrücklich eine final ausgerichtete Verhandlungspflicht mit einem bestimmten Verhandlungsziel enthalten. Der Wortlaut dieser Klauseln belegt, dass in der zivilrechtlichen Vertragspraxis regelmäßig sehr viel konkretere Formulierungen gewählt werden, wenn die Vertragsparteien eine final ausgerichtete Verhandlungspflicht begründen wollen. Dies entspricht auch den Darstellungen im Schrifttum, auf das sich die DB unzutreffend beruft.

Die fraglichen Klauseln aus der zivilrechtlichen Vertragspraxis und die diesbezügliche Rechtsprechung waren bei Abschluss des FinV bekannt. Hätten die in vertraglichen Fragen sehr erfahrenen Parteien im FinV in Anknüpfung an die Rechtsprechung eine weitergehende Pflicht begründen wollen, hätten sie die Sprechklausel anders formuliert und nicht nur die Aufnahme von Gesprächen zwischen einem Teil der betroffenen Vertragsparteien vorgesehen. Auf eine Verhandlungsklausel haben sie aber bewusst verzichtet.

2. Kein Anspruch aus ergänzender Vertragsauslegung

Ein Anspruch der DB lässt sich auch nicht nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung begründen.

Die ergänzende Vertragsauslegung scheitert schon daran, dass keine planwidrige Regelungslücke besteht. Die Vertragsparteien haben die Frage, wie im Fall von weiteren Mehrkosten im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV verfahren werden soll, abschließend geregelt. In diesem Fall nehmen die EIU mit dem Land Gespräche nach § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV auf. Die Gespräche nach § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV können, müssen aber nicht zu Verhandlungen zwischen allen Parteien des FinV über eine Vertragsergänzung führen. Eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung würde daher die in der Sprechklausel manifestierte Entscheidung der Parteien über den Umgang mit weiteren Mehrkosten konterkarieren.

Soweit entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Regelungslücke bestünde, ist offenkundig, dass die Parteien des FinV die von der DB begehrte Vertragsanpassung nicht vereinbart hätten. Die Vertragsparteien hätten nach der Entstehungsgeschichte des Vertrags und ihrer Interessenlage keine Finanzierungspflicht der Landesseite für weitere Mehrkosten begründet, die in die alleinige Risiko- und Verantwortungssphäre der EIU fallen. Auch hätten sie keine Verpflichtung des Landes ohne vorherige Legitimation durch den Haushaltsgesetzgeber begründet. Zudem hätten sie keine Vertragsanpassung zu Lasten der an den Sprechklauselgesprächen nicht beteiligten Beklagten (die LHS, den VRS und die FSG) vereinbart und damit einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter geschaffen.

Eine ergänzende Vertragsauslegung mit dem von der DB begehrten Inhalt scheidet des Weiteren aus, weil eine Vielzahl anderer vernünftiger Gestaltungsmöglichkeiten zum Umgang mit den weiteren Mehrkosten im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV besteht. Neben der von der DB vorgebrachten Fortschreibung im Sinne des § 8 Abs. 3 FinV kommen noch mindestens acht weitere Varianten in Betracht: Beispielsweise eine Fortschreibung unter Berücksichtigung der Verantwortung der DB für die Kostensteigerungen, unter Zurechnung des Finanzierungsanteils des Bundes zur DB, unter Einbeziehung des Verteilungsmaßstabs der Regelfinanzierung sowie eine Fortschreibung bis zu einer noch zu bestimmenden Obergrenze mit anschließender Kündigungsmöglichkeit.

Der Parteiwille lässt sich mithin nicht dahin deuten, dass die vermeintliche Regelungslücke einzig durch die beantragte Vertragsanpassung zu schließen ist. Im Gegenteil: Die Entstehungsgeschichte der Sprechklausel und die Interessenlage deuten darauf, dass sich die Parteien gerade nicht für die von der DB bevorzugte Variante entschieden hätten.

3. Kein Anspruch aus § 60 LVwVfG

Die DB kann keine Vertragsanpassung wegen wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlage nach § 60 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG verlangen.

Eine Vertragsanpassung nach § 60 LVwVfG scheitert an dem Vorrang der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung (hierzu a). Auch ist weder eine wesentliche Änderung der für den FinV maßgeblichen Verhältnisse gegeben (hierzu b), noch wäre eine solche Änderung für die DB unzumutbar (hierzu c). Eine Vertragsanpassung dürfte zudem nur unter Berücksichtigung des Haushaltsvorbehalts (hierzu d) und nach vorherigen Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien (hierzu e) erfolgen.

a) Vorrang der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung

Eine Vertragsanpassung nach § 60 LVwVfG scheidet schon wegen der entgegenstehenden vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung aus.

Im Falle des FinV besteht kein Synallagma und Äquivalenzverhältnis zwischen den Leistungen der DB und der Landesseite, dessen erhebliche Störung einen Anpassungsanspruch begründen könnte. Nach allgemeinen subventionsrechtlichen Grundsätzen trägt der private Subventionsempfänger das Risiko von Kostensteigerungen vollständig selbst und hat keinen Nachschussanspruch, soweit keine abweichende vertragliche Regelung besteht. Aus der Auslegung und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 4 FinV ergibt sich, dass die Parteien lediglich ergebnisoffene Gespräche über weitere Mehrkosten vereinbart haben. Ein Nachschussrecht der DB wurde bewusst nicht vereinbart. Diese vertragliche Risikoverteilung darf nicht über § 60 Abs. 1 LVwVfG ausgehöhlt werden.

Hinzu kommt, dass die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung den EIU das Kalkulationsrisiko bezüglich der Grund- und Risikofinanzierung zuweist. Die EIU haben die Grund- und Risikokosten fehlerhaft kalkuliert. Die Mehrkosten, die bei fehlerfreier Kostenkalkulation in den vertraglich geregelten Grund- und Risikokosten hätten berücksichtigt werden können, fallen daher in deren alleinigen Verantwortungsbereich.

Auch den Gesamtwertumfang (GWU) 12/2009 haben die EIU fehlerhaft berechnet. Da sie infolgedessen keinen geordneten Abschluss des Projekts nach § 2 Abs. 2 UAbs. 2 FinV herbeiführten, müssen sie die Folgen ihrer fehlerhaften Kalkulation des GWU 12/2009 alleine verantworten. Zudem liegen Mehrkosten, die durch eine fehlerhafte Planung oder Vertragsdurchführung der EIU entstanden sind, in deren alleiniger Verantwortungssphäre. Selbst die DB ist außergerichtlich davon ausgegangen, dass sie Kostensteigerungen, die sie verursacht hat, alleine tragen muss.

b) Keine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage

Selbst wenn man von einer Anwendbarkeit des § 60 LVwVfG ausgehen würde, käme eine Anpassung des FinV nicht in Betracht. Es liegt schon keine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage des FinV vor. Nach Abschluss des FinV sind keine tatsächlichen Umstände oder rechtlichen Bedingungen weggefallen, die die Vertragspartner zwar nicht zum Vertragsinhalt gemacht, deren Bestand sie jedoch als gemeinsame Grundlage des Vertrags angenommen und als beständig vorausgesetzt haben (Geschäftsgrundlage).

- Es ist nicht Geschäftsgrundlage, dass der Risikopuffer i.H.v. EUR 4.526 Mio. nicht überschritten wird. Die Parteien hielten eine Erhöhung der Kosten über den Risikopuffer hinaus zwar für sehr unwahrscheinlich, aber für möglich und machten sie zum Gegenstand der Regelungen in § 8 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 2 FinV.
- Es ist auch nicht Geschäftsgrundlage, dass sich die Parteien über eine Finanzierung der weiteren Mehrkosten im Rahmen der Sprechklauselgespräche in jedem Fall einigen werden (keine Einigungserwartung). Die offene Regelung der Sprechklausel soll gerade auch die Möglichkeit eröffnen, dass keine Einigung erfolgt.
- Darüber hinaus haben die Parteien die Wirtschaftlichkeit des Projekts nicht zur Geschäftsgrundlage gemacht. Die abschließenden Regelungen in § 2 Abs. 2 UAbs. 1, § 8

Abs. 4 Satz 2 und § 12 FinV schließen einen Rückgriff auf das Institut der wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage aus.

- Schließlich sind die dem FinV zugrunde gelegten Kostenkalkulationen der Klägerseite nicht Geschäftsgrundlage. Die Kostenkalkulation lag in der alleinigen Verantwortungs- und Risikosphäre der EIU; für die Fehlerfolgen müssen sie eintreten.

Die DB hat im Übrigen auch nicht ansatzweise schlüssig dargelegt, dass die vermeintliche Änderung der Geschäftsgrundlage wesentlich im Sinne von § 60 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG wäre. Sie hat keine Bewertung des Ausmaßes der Unterschiede zwischen der von ihr behaupteten Geschäftsgrundlage und dem heutigen Sachverhalt vorgenommen und die Wesentlichkeit der Änderung daher nicht belegt.

c) Zumutbarkeit der vermeintlichen Änderungen der Geschäftsgrundlage

Selbst wenn man – was unzutreffend wäre – unterstellt, dass vorliegend eine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage eingetreten ist, könnte die DB eine Vertragsanpassung nicht verlangen. Die Änderungen wären ihr zumutbar.

So kann sich die DB nicht auf ein unzumutbares Missverhältnis zwischen den Leistungen der Vertragsparteien berufen, weil die Zuwendungen der Landesseite zu dem Projekt nach subventionsrechtlichen Grundsätzen nicht in einem Äquivalenzverhältnis zu den Leistungen der DB stehen.

Zudem ist die Unzumutbarkeit zu verneinen, weil die streitgegenständlichen Mehrkosten für die DB vorhersehbar und vermeidbar waren. Nach heutigem Kenntnisstand des Landes war die Gefahr einer Kostenerhöhung auf mindestens EUR 6 Mrd. für die DB schon im Jahr 2009 vorhersehbar. Die DB hätte die streitgegenständliche Finanzierungslücke daher vermeiden können, wenn sie die Kosten ordnungsgemäß fortgeschrieben und zum 31. Dezember 2009 den qualifizierten Abbruch des Projekts gemäß § 2 Abs. 2 UAbs. 2 FinV herbeigeführt hätte.

Schließlich wäre die Geschäftsgrundlage jedenfalls nicht so stark gestört, dass es der DB nach Treu und Glauben unmöglich wäre, ihre Interessen in der vertraglichen Regelung zu wahren. Dagegen sprechen die zur Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Sprechklausel und der ergänzenden Vertragsauslegung angeführten Umstände und Belange. Die DB traf die unternehmerische Entscheidung, das Wirtschaftlichkeitsrisiko des Projekts zu übernehmen. Ihre Finanzierungsverhältnisse in dem Gesamtprojekt (Stuttgart 21 und NBS Wendlingen Ulm) haben sich seit Vertragsabschluss verbessert. Zugleich hat sie erhebliche Chancen aus dem FinV erlangt; allein sie kann Gewinne aus dem Projekt ziehen. Außerdem hat sich aufgrund der Verzögerung der Inbetriebnahme des Projekts und weiterer Belastungen der Projektnutzen für die Landesseite verringert. Eine Vergemeinschaftung der Risiken über § 60 Abs. 1 LVwVfG scheidet auch deswegen aus.

d) Keine Vertragsanpassung ohne Haushaltsvorbehalt

Selbst wenn überhaupt ein Anwendungsbereich für eine Vertragsanpassung nach § 60 LVwVfG bestehen sollte, wäre der Anspruch der DB zu verneinen. Denn in diesem Fall scheiterte die Vertragsanpassung an den einschlägigen Grenzen des Haushaltsrechts nach § 38 und § 39 LHO i.V.m. Art. 84 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg sowie der im Subventionsrecht von Verfassungen wegen gebotenen Rückbindungspflicht an den Haushaltsgesetzgeber. Dies haben die Parteien bei der Aushandlung des FinV stets im Blick ge-

habt, weshalb ein Haushaltsvorbehalt auch bei einer Anpassung nach § 60 Abs. 1 LVwVfG Berücksichtigung finden müsste.

e) Keine Vertragsanpassung ohne vorherige Verhandlungen

Eine Vertragsanpassung würde schließlich daran scheitern, dass sich die DB nicht bemüht hat, Verhandlungen mit der gesamten Landesseite über eine Vertragsanpassung wegen wesentlicher Änderungen der Verhältnisse nach § 60 LVwVfG zu führen. Ein solches außgerichtliches Verhandlungsbegehren ist Sachurteilsvoraussetzung.

Die DB hätte in einem substantiierten Anpassungsverlangen darlegen müssen, dass und aus welchen Gründen und mit welchem Inhalt eine Veränderung des Vertragsinhalts begehrt wird, damit sich die Landesseite darauf hätte einstellen können. Das ist nicht geschehen. Die DB machte stattdessen nur einen Vertragsanpassungsanspruch auf Grundlage der Sprechklausel nach § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV gegenüber dem Land geltend. Dieses Begehren kann ein Verhandlungsbegehren nach § 60 LVwVfG nicht ersetzen, da die Gespräche nach der Sprechklausel andere Beteiligte, Voraussetzungen und Ziele haben als Verhandlungen nach § 60 LVwVfG. Die DB hat selbst mit der Klageschrift keine schlüssige Darstellung der Voraussetzungen von § 60 LVwVfG vorgelegt.

III. Zum Vertragsanpassungsanspruch der Höhe nach

Der vermeintliche Anspruch auf Vertragsanpassung gebietet zudem keine der Höhe nach unbegrenzte Haftung der Landesseite für weitere Mehrkosten, die aus Gründen der Billigkeit analog § 315 und § 319 BGB in linearer Fortschreibung von § 8 Abs. 3 FinV erfolgen müsste. Das gilt einheitlich für die drei Anspruchsgrundlagen, auf die sich die DB beruft (§ 8 Abs. 4 Satz 1 FinV, ergänzende Vertragsauslegung, § 60 Abs. 1 LVwVfG).

§ 315 und § 319 BGB sind hier nicht analog anwendbar, da der FinV kein Austauschvertrag mit Leistung und Gegenleistung ist.

Zudem entspräche eine unbegrenzte Haftung der Landesseite bei linearer Fortschreibung des § 8 Abs. 3 FinV nicht billigem Ermessen. Die angestrebte Vertragsanpassung zielt auf eine einseitige, die konkreten Umstände des Einzelfalls vernachlässigende Lösung, die die berechtigten Interessen der Landesseite schwerwiegend verletzen würde:

- Es wäre unbillig, der Landesseite weitere Mehrkosten aufzuerlegen, die in die Verantwortungs- und Risikosphäre der EIU fallen und für diese vorhersehbar und vermeidbar waren. Soweit die EIU die Grund- und Risikokosten und den GWU 12/2009 fehlerhaft berechnet haben, müssen sie für die streitgegenständlichen Kosten alleine einstehen.
- Es wäre außerdem unbillig, der Landesseite weitere Mehrkosten entsprechend § 8 Abs. 3 FinV aufzuerlegen, ohne die nach Abschluss des FinV eingetretenen Verbesserungen der Wirtschaftlichkeit für die DB und die Verringerung des Projektnutzens für die Landesseite beitragsmindernd zu berücksichtigen. Die Wirtschaftlichkeit des Projekts bzw. Finanzierungssituation der EIU hat sich nach Abschluss des FinV u.a. durch höhere Zuwendungen des Bundes erheblich verbessert. Zugleich hat sich der Projektnutzen für die Landesseite aufgrund der erheblichen Verzögerung des Fertigstellungstermins und zusätzlicher Belastungen nicht unerheblich verringert. Auch die aktuell bekannt gewordene Planung der DB Fernverkehr AG, die Bedienung der Sta-

tion NBS am Flughafen auf lediglich drei Zugpaare pro Tag zu reduzieren, zeigt den verminderten Projektnutzen für die Landesseite.

- Im Rahmen der Billigkeit müsste nicht zuletzt auch der Bundesanteil an der Finanzierung des Projekts in Höhe von 27 Prozent der Gesamtkosten in die Betrachtung einbezogen werden: Es widerspräche offenkundig der Billigkeit, wenn die Landesseite verpflichtet werden könnte, die vom Bund mit seinem Finanzierungsanteil verfolgten öffentlichen Aufgaben über die weiteren Mehrkosten anteilig mitzufinanzieren. Die Finanzierung des Projekts nach dem FinV bietet keine Grundlage für einen umgekehrten Bund-Länder-Finanzausgleich zugunsten des Bundes. Den engen Zusammenhang zwischen der unternehmerischen Tätigkeit der DB nach Art. 87e Abs. 3 GG und der Gewährleistungsverantwortung des Bundes nach Art. 87e Abs. 4 GG bei der Durchführung von Schienen-Infrastrukturmaßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht erst jüngst in seinem Urteil zu Stuttgart 21 vom 7. November 2017 zutreffend hervorgehoben.

IV. Keine Einstandspflicht oder Stellvertretung des Landes

Selbst wenn die DB einen Anspruch auf Vertragsergänzung und eine weitere Kostentragung durch das Land haben sollte, würde das Land jedenfalls nicht für Kostenanteile der LHS, des VRS und der FSG haften (hierzu 1). Auch könnte die DB einen Anspruch auf Vertragsergänzung nicht erfolgreich allein gegenüber dem Land als Stellvertreter mit Wirkung gegen die LHS, den VRS und die FSG geltend machen (hierzu 2).

1. Keine Leistungs- und Einstandspflicht

Eine Leistungs- und Einstandspflicht folgt weder aus der sog. Poolführerstellung des Landes nach § 9 Satz 2 FinV, noch aus anderen Regelungen innerhalb oder außerhalb des FinV. Vielmehr verkennt die DB die Regulationsstruktur des FinV, wenn sie meint, sie könnte die Ergebnisse von Sprechklauselgesprächen unter den Begriff der Finanzierungsbeiträge des § 9 Satz 2 FinV subsumieren. Nur im speziellen Fall der Finanzierungsabwicklung für die ausdrücklich vereinbarten Finanzierungsbeiträge agiert das Land nach § 9 Satz 2 FinV als Poolführer. Dies gilt entsprechend hinsichtlich der Einstandspflicht des Landes für die Beiträge der FSG nach § 7 Abs. 3 FinV.

Auch die von der DB behauptete Gesamtschuld des Landes und der LHS, aus der sie eine Leistungs- und Einstandspflicht des Landes ableiten möchte, besteht nicht. Das Land und die LHS sind keine Gesamtschuldner. Weder trifft das Land und die LHS gegenüber der DB eine vollständige Leistungspflicht für die Finanzierungsbeiträge des jeweils anderen, noch sind die jeweiligen Leistungspflichten des Landes und der LHS gleichstufig nach den Finanzierungsstufen der vertraglich geregelten Grund- und Risikokosten. Gleiches gilt für die von der DB behauptete Gesamtschuld des Landes und der FSG.

2. Keine Stellvertretung

Das Land ist kein Vertreter der LHS, des VRS und der FSG im Hinblick auf die weiteren Mehrkosten. Eine Vertretungsmacht des Landes ergibt sich weder aus vertraglichen Abreden noch aus Rechtsschein und auch nicht aus gesetzlichen Regelungen. Insbesondere begründet § 14 Abs. 2 FinV keine Blankovollmacht des Landes für die LHS, den VRS und die FSG hinsichtlich der streitgegenständlichen Vertragsergänzung.

Die Annahme einer Vertreterstellung des Landes entspricht zudem nicht der Bedeutung der Sprechklauselgespräche und der Interessenlage der Parteien. In den Gesprächen nach § 8 Abs. 4 Satz 1 FinV tauschen sich die Beteiligten – also die EIU und das Land – darüber aus, wie im Falle weiterer Kostensteigerungen zu verfahren ist. In dieser Situation können weitreichende Pflichten der Vertragsparteien zur Diskussion stehen, die deutlich über die Regelung des FinV hinausgehen. Es ist völlig abwegig, dass die LHS, der VRS und die FSG derartige Pflichten nicht selbst, sondern durch einen Dritten, nämlich das Land verhandeln ließen. Dies gilt erst Recht, da die LHS und der VRS per Beschlussfassung ihre jeweiligen Finanzierungsbeiträge im Zusammenhang mit dem FinV begrenzten. Darüber hinaus hat die gesamte Landesseite die von der DB behauptete Vertretungspflicht zutreffend unverzüglich zurückgewiesen.

Die DB kann im Übrigen nicht fordern, dass das Land einer Vertragsergänzung zu Lasten der LHS, des VRS und der FSG rechtsgeschäftlich zustimmt. Dementsprechend kann die DB von dem Gericht nicht verlangen, die verweigerte Zustimmung des Landes für die übrigen Beklagten (die LHS, den VRS und die FSG) zu ersetzen.

V. Verjährung

Der von der DB zu Unrecht behauptete Anspruch wäre verjährt. Der Anspruch – sein Bestehen unterstellt – wäre spätestens im Jahr 2011 entstanden und deshalb mit Ablauf des Jahres 2014 verjährt.

* * *