

Anonymisierte Fassung

C-321/19 – 1

Rechtssache C-321/19

Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

18. April 2019

Vorlegendes Gericht:

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
(Deutschland)

Datum der Vorlageentscheidung:

28. März 2019

Kläger:

BY

CZ

Beklagte:

Bundesrepublik Deutschland

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. 1113280	
Luxemburg, den	23. 04. 2019
Fax/E-mail:	<i>po. M. Dittert</i>
eingegangen am:	19.04.19
	Der Kanzler, im Auftrag Dimitri Dittert Referatsleiter

[OMISSIS]

Beschluss

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

1. des Herrn BY,
2. der Frau CZ,

[OMISSIS] Poznan, Polen,

Kläger,

[OMISSIS]

DE

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, [OMISSIS]

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer,
Feldmühleplatz 1, D-40545 Düsseldorf, Az.: 111221-0027,

wegen Rückerstattung von Mautgebühren (1. Januar 2010 bis 18. Juli 2011)
hier: Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an den Europäischen Gerichtshof

hat der 9. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-
WESTFALEN

am 28. März 2019

[OMISSIS]

[Or. 2] beschlossen:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Europäischen Gerichtshof werden nach Art. 267 AEUV folgende
Fragen vorgelegt:

1. Kann ein einzelner Mautpflichtiger sich gegenüber nationalen
Gerichten auf die Einhaltung der Vorschriften über die Kalkulation der Maut
nach Art. 7 Abs. 9, Art. 7a Abs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/62/EG in der
Fassung der Richtlinie 2006/38/EG (unabhängig von den dortigen
Regelungen nach Art. 7a Abs. 3 i.V.m. dem Anhang III) berufen, wenn der
Mitgliedstaat bei der gesetzlichen Festlegung der Mautgebühren diese
Vorschriften nicht in vollem Umfang eingehalten oder zu Lasten des
Mautpflichtigen fehlerhaft umgesetzt hat?

2. Für den Fall, dass Frage 1 zu bejahen ist:

a) Können als Kosten des Betriebs des Verkehrswegenetzes i.S.d. Art. 7
Abs. 9 Satz 2 der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Richtlinie
2006/38/EG auch Kosten der Verkehrspolizei angesetzt werden?

b) Führt eine Überschreitung der mit der gewogenen durchschnittlichen
Mautgebühr ansatzfähigen Infrastrukturkosten im Bereich

aa) bis 3,8 %, insbesondere dann, wenn Kosten in Ansatz gebracht
werden, die schon dem Grunde nach nicht ansatzfähig sind,

bb) bis 6 %

zu einem Verstoß gegen das Kostenüberschreitungsverbot nach Art. 7 Abs. 9 der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Richtlinie 2006/38/EG mit der Folge, dass das nationale Recht insoweit nicht anwendbar ist?

3. Für den Fall, dass Frage 2 b) zu bejahen ist:

a) Ist das Urteil des Gerichtshofs vom 26. September 2000 – C-205/98- (Nr. 138) so zu verstehen, dass eine erhebliche Kostenüberschreitung im Ergebnis nicht mehr durch eine im gerichtlichen Verfahren eingereichte nachträgliche Kostenberechnung ausgeglichen werden kann, durch die nachgewiesen werden soll, dass der festgesetzte Mautsatz im Ergebnis **[Or. 3]** die ansatzfähigen Kosten tatsächlich nicht überschreitet?

b) Für den Fall, dass Frage 3 a) zu verneinen ist:

Ist für eine nachträgliche Kostenberechnung nach Ablauf der Kalkulationsperiode in vollem Umfang von den tatsächlichen Kosten und den tatsächlichen Mauteinnahmen, d.h. nicht von den diesbezüglichen Annahmen in der ursprünglichen prognostischen Kalkulation auszugehen?

Gründe:

- 1 I. Sachverhalt:
- 2 Die Beteiligten streiten über die Rückzahlung von Mautgebühren in Höhe von inzwischen noch 12.324,45 Euro. Die Kläger betrieben bis zum 31. August 2015 in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach polnischem Recht („Spólka Cywilna“) eine Spedition mit Unternehmenssitz in Polen, die auch Transportfahrten in Deutschland durchführte. Für die Benutzung deutscher Bundesautobahnen entrichteten die Kläger im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 18. Juli 2011 insgesamt 12.420,53 Euro an Maut an die Bundesrepublik Deutschland.
- 3 Die für den genannten Zeitraum maßgebliche gesetzliche Festsetzung der Autobahnmaut in Deutschland beruht mit gewissen Modifikationen auf der „Aktualisierung der Wegekostenrechnung für die Bundesfernstraßen in Deutschland“ vom 30. November 2007 (Wegekostengutachten 2007, im Folgenden WKG 2007) mit einem Kalkulationszeitraum von 2007 bis 2012 (Basisjahr für die Kalkulation: 2005). Dieses Gutachten stellt eine Fortschreibung der „Wegekostenrechnung für das Bundesfernstraßennetz“ vom März 2002 (Wegekostengutachten 2002, im Folgenden WKG 2002) mit dem Kalkulationszeitraum 2003 bis 2010 dar. Trotz der jahresweisen Kostenkalkulation wurden auf der Grundlage des WKG 2007 keine jahresbezogenen Gebühren festgesetzt, sondern einheitliche Sätze für den gesamten Kalkulationszeitraum. Die für das Jahr 2010 ermittelten Mautsätze wurden bereits im Jahr 2009 eingeführt und für den Rest der **[Or. 4]**

Kalkulationsperiode unverändert gelassen. Für die Gebührenfestsetzung geht das WKG 2007 mit seinen späteren Modifikationen von einem gewogenen durchschnittlichen Mautsatz von 0,163 Euro aus.

- 4 Die Wegekosten der Bundesautobahnen setzen sich im hier maßgeblichen Zeitraum aus zwei Kostenblöcken zusammen, nämlich den Kapitalkosten (kalkulatorische Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen) und den laufenden Kosten. Das WKG 2007 ermittelt prognostisch die Kosten, die für die Netzentwicklung sowie die Sicherstellung der langfristigen Substanzerhaltung und Anforderungsqualität der Straßeninfrastruktur erforderlich sind. Insofern beabsichtigt das Gutachten eine vollständige Ermittlung der Kosten (verstanden als Wertverzehr und nicht als Ausgabenrechnung) als Grundlage einer 100%igen Anlastung der Kosten; eine Gewinnerzielung ist nicht beabsichtigt. Ausgehend von dem Basisjahr werden die Kosten der Kalkulationsperiode bezogen auf einzelne Prognosejahre ermittelt. Als Betriebsfiktion wird die Annahme eines öffentlichen/teilprivaten Unternehmens verwendet. Für die Bewertung des Vermögensbestandes wendet das WKG 2007 unter Hinweis auf das Kalkulationsziel einer Substanzerhaltung die sog. ökonomische bzw. synthetische Bewertungsmethode an. Ausgangspunkt der Ermittlung der Kapitalkosten ist die Ermittlung des Bruttoanlagevermögens im Basisjahr, das den Wiederbeschaffungswert des Anlagevermögens zu aktuellen Preisen (Neuwert) beschreibt. Allerdings wird dabei nicht der Wiederbeschaffungswert des tatsächlich angeschafften Infrastrukturelements berechnet, sondern die Anschaffungskosten eines solchen Elements, wie es heute unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts und der Qualitätssteigerung angeschafft würde (sog. Qualitätskomponente): Das Element muss einerseits eine vergleichbare Grundfunktionalität besitzen wie die zu bewertende Anlage und andererseits (beispielsweise in Bezug auf die Trassierung und die Fahrbahnbreite) den heutigen Ausführungsanforderungen genügen. Das Bruttoanlagevermögen wird über die Kalkulationsperiode abgebildet, indem der nach der Verkehrsplanung zu erwartende Netzzuwachs prozentual berücksichtigt wird und die Wiederbeschaffungswerte anhand eines Baupreisindex (für das WKG 2007 einheitlich nominal 1 % p.a.) fortgeschrieben werden. Kosten der Planung von Neu- und Ausbaumaßnahmen hat das WKG 2007 als ingenieurtechnische Kosten durch einen Aufschlag von 3 % auf [Or. 5] die Wiederbeschaffungskosten und im Übrigen durch einen Aufschlag von 15 % auf die Erdbaukosten berücksichtigt. Grundlage der Ermittlung der Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen ist nicht das Bruttoanlagevermögen, sondern das daraus ermittelte Nettoanlagevermögen (Tagesgebrauchtwert), das Wertminderungen durch Abnutzung und Alter der Bauelemente berücksichtigt und damit den tatsächlichen Wert des vorhandenen Anlagevermögens widerspiegeln soll. Für die Bewertung der für den Autobahnbau verwendeten Grundstücke wurden aber letztlich auf der Grundlage einer Ergänzung vom 22. September 2008 zum WKG 2007 nicht die eigenen Ergebnisse, sondern die Ergebnisse des WKG 2002 zugrunde gelegt. Dieses hatte den Tagesneuwert der Grundstücke bezogen auf das Jahr 2000 – ausgehend von einer Stichprobe der in den späten 1990er-Jahren (bis Anfang 2000) für den Autobahnbau gezahlten Ankaufspreise – ermittelt und mit knapp 12

Mrd. Euro beziffert. Unter Einrechnung des später erfolgten Hinzuerwerbs ergab sich ein Grundstückswert von 13,65 Mrd. Euro. Von diesem Betrag wurden nach den Ausführungen im WKG 2007 keine Abschreibungen vorgenommen, da Grundstücke keinem Wertverlust unterliegen; er wurde aber der Berechnung der kalkulatorischen Zinsen zugrunde gelegt. Die kalkulatorischen Zinsen wurden mit einem Nominalzinssatz von 4,5 % p.a. (Realzinssatz von 3 % zuzüglich einer prognostizierten Inflationsrate im Kalkulationszeitraum von 1,5 % p.a.) konstant für die gesamte Kalkulationsperiode angesetzt. Zu den laufenden Kosten für den Betrieb der Verkehrswege rechnete das Gutachten folgende Kostenelemente: betrieblicher und baulicher Unterhalt, Verkehrspolizei sowie die Kosten des Mauterhebungssystems. Zum betrieblichen Unterhalt gehören Grünpflege, Straßenreinigung/Winterdienst und Verkehrssicherung (einschließlich Instandhaltung der Ausstattung), Wartung sowie investive Maßnahmen mit einer sehr kurzen Lebensdauer. Darüber hinaus wurden als laufende Kosten auch die Kosten der Straßenverwaltung angesetzt, soweit diese nicht schon, insbesondere als Planungskosten, im Anlagevermögen berücksichtigt sind.

- 5 [OMISSIS] [Or. 6] [OMISSIS] [Ausführungen zum Verfahren]
- 6 [OMISSIS] [Ausführungen zum Verfahren] Die Kläger machen mit der Berufung u.a. geltend, die Kostenkalkulation der hier anzuwendenden Mautsätze sei überhöht und verstoße gegen Unionsrecht. [OMISSIS] [Ausführungen zum Verfahren]
- 7 Die Kläger beantragen,

die Beklagte [OMISSIS] zu verurteilen, ihnen die für die Benutzung mautpflichtiger Strecken in der Bundesrepublik Deutschland für den Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 18. Juli 2011 entrichtete Maut in Höhe von 12.324,45 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. aus 12.328,17 Euro vom 16. Dezember 2013 bis 28. Juli 2013 sowie in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. aus 12.328,17 Euro seit [Or. 7] dem 29. Juli 2014 bis zum heutigen Tag und darüber hinaus aus 12.324,45 Euro zurückzuzahlen,

[OMISSIS] [Hilfsantrag: Erstattung statt Rückzahlung]
- 8 Die Beklagte beantragt,

die Berufung [OMISSIS] zurückzuweisen.
- 9 II. Relevante nationale Rechtsvorschriften:
- 10 Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 des Bundesfernstraßenmautgesetzes vom 12. Juli 2011 (BFStrMG; [OMISSIS] das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 4. Dezember 2018 [OMISSIS] geändert worden ist) richtet sich die Erstattung der Maut (in entsprechender Anwendung der Regelungen über die Erstattung von Gebühren) u.a. nach § 21 des Verwaltungskostengesetzes vom 23. Juni 1970 (VwKostG;

[OMISSIS]), das insoweit durch § 21 des Bundesgebührengesetzes vom 7. August 2013 (BGebG; [OMISSIS], das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. März 2017 [OMISSIS] geändert worden ist), ersetzt wurde. § 21 Abs. 1 Alt. 2 BGebG bestimmt, dass zu Unrecht erhobene Gebühren unverzüglich zu erstatten sind. Zu Unrecht erhoben ist die Maut dann, wenn sie im Zeitpunkt der Autobahnbenutzung von Rechts wegen nicht hätte erhoben werden dürfen. Bis zum 18. Juli 2011 waren die Regelungen über die Mauthöhe in § 1 der Mauthöheverordnung (MautHV) vom 24. Juni 2003 [OMISSIS], die zuletzt durch Verordnung vom 8. Dezember 2010 [OMISSIS] geändert worden ist, enthalten. Mit Wirkung vom 19. Juli 2011 hat der Gesetzgeber sie unter Aufhebung der MautHV ohne inhaltliche Änderung in das Bundesfernstraßenmautgesetz übernommen [OMISSIS]. Nachdem infolge des Urteils des Senats vom 25. Oktober 2012 – 9 A 2054/07 –, nachgehend: BVerwG, Beschluss vom 16. Mai 2013 – 9 B 6.13 –, Zweifel an der Wirksamkeit der ursprünglich durch Rechtsverordnung geregelten Mautsätze aufgekommen waren, ordnete der Gesetzgeber durch § 14 Abs. 3 BFStrMG mit Wirkung vom 27. Juli 2013 [OMISSIS] die rückwirkende Geltung der im Gesetz geregelten Mautsätze auch für die Zeit vor dem 19. Juli 2011 an. Dies ist auch die heute noch geltende Rechtslage, wobei sich nach § 14 Abs. 3 BFStrMG die Mautsätze für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 nunmehr aus der Anlage 4 des Gesetzes ergeben. Im Übrigen finden auf den vorliegenden Fall noch die Regelungen **[Or. 8]** des am 18. Juli 2011 außer Kraft getreten Autobahnmautgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Dezember 2004 [OMISSIS], das zuletzt durch das Gesetz vom 29. Mai 2009 [OMISSIS] geändert worden ist, Anwendung.

11 Anlage 4 BFStrMG lautet:

1. Die Maut pro Kilometer beträgt für mautpflichtige Fahrzeuge oder Fahrzeugkombinationen mit bis zu drei Achsen
 - a) 0,141 Euro in der Kategorie A,
 - b) 0,169 Euro in der Kategorie B,
 - c) 0,190 Euro in der Kategorie C,
 - d) 0,274 Euro in der Kategorie D.
2. Die Maut pro Kilometer beträgt für mautpflichtige Fahrzeuge oder Fahrzeugkombinationen mit vier oder mehr Achsen
 - a) 0,155 Euro in der Kategorie A,
 - b) 0,183 Euro in der Kategorie B,
 - c) 0,204 Euro in der Kategorie C,

- d) 0,288 Euro in der Kategorie D.
3. Fahrzeuge nach § 1 Absatz 1 werden den in den Nummern 1 und 2 aufgeführten Kategorien auf Grund ihrer Emissionsklasse nach § 48 in Verbindung mit Anlage XIV der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung wie folgt zugeordnet:

Kategorie A Fahrzeuge der EEV Klasse 1 und der Schadstoffklasse S 5

Kategorie B Fahrzeuge der Schadstoffklasse S 4 sowie Fahrzeuge der Schadstoffklasse S 3, die der Partikelminderungskategorie PMK 2 oder höher im Sinne der Anlage XXVII der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung angehören,

Kategorie C Fahrzeuge der Schadstoffklasse S 3 sowie Fahrzeuge der Schadstoffklasse S 2, die der Partikelminderungskategorie [Or. 9] PMK 1 oder höher im Sinne der Anlage XXVII der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung angehören,

Kategorie D Fahrzeuge der Schadstoffklassen S 2, S 1 sowie Fahrzeuge, die keiner Schadstoffklasse der Anlage XIV der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung angehören

12 III. Zu den mit der Vorlage aufgeworfenen Fragen:

13 [OMISSIS] [Ausführungen zum Verfahren: Zulässigkeit der Klage] [OMISSIS] [Or. 10] [OMISSIS] [Ausführungen zum Verfahren: Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens]

14 1. Voraussetzung für die Annahme eines hier relevanten Verstoßes gegen das Unionsrecht ist zunächst, dass die Regelungen in Anlage 4 BFStrMG gemessen an den unionsrechtlichen Bestimmungen über die Kalkulation der Mautsätze nicht ordnungsgemäß umgesetzt sind und der Mautpflichtige sich auf das Unionsrecht berufen kann. Der Gerichtshof hat eine solche unmittelbare Wirkung für Art. 7 Abs. 9 der Richtlinie 1999/62/EG in ihrer Ursprungsfassung, wonach sich die Mautgebühren an den Kosten für Bau, Betrieb und weiteren Ausbau des betreffenden Straßennetzes zu orientieren hatten, allerdings noch ausdrücklich verneint und zur Begründung insbesondere darauf hingewiesen, dass in jener Richtlinie weder die drei genannten Kostenkategorien Bau, Betrieb und weiterer Ausbau noch der Begriff des betreffenden Straßennetzes definiert wurden und dass auch die Natur des Zusammenhangs zwischen den Kosten und den Mautsätzen nicht konkretisiert war (EuGH, Urteil vom 5. Februar 2004 – C-157/02 –, Nr. 40 ff.). Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass mit der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG eine normative Dichte erreicht ist, die als hinreichend genau und unbedingt anzusehen ist, so dass die Richtlinie mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 10. Juni 2008 (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2006/38/EG) jedenfalls insoweit unmittelbare Wirkungen hatte, als sie hinreichend genaue Vorgaben enthält. Im Übrigen finden die Vorschriften über

die Eckpunkte einer Berechnungsmethode nach Anhang III der Richtlinie hier keine Anwendung, weil es sich bei der Aktualisierung der Wegekostenrechnung im Jahr 2007 nach Auffassung des Senats nicht um ein neues Mautsystem im Sinne des Art. 7a Abs. 3 der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Richtlinie [Or. 11] 2006/38/EG gehandelt hat. Soweit die Kommission im Jahr 2014 (Stellungnahme der Kommission vom 10. Dezember 2014 – C(2014) 9313 final), die spätere Kalkulation der Mautgebühren nach dem Wegekostengutachten 2014 (im Folgenden WKG 2014) am Maßstab des Anhangs III geprüft hat, beruhte dies auf einer vorsorglichen Notifizierung durch die Bundesregierung wegen der Ausweitung der Mauterhebung auf Bundesstraßen und Fahrzeuge ab 7,5 t zulässigem Gesamtgewicht.

- 15 Ausgangspunkt für die Annahme einer unmittelbaren Wirkung durch den Senat ist, dass Art. 7 Abs. 9 in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG ein Kostenüberschreitungsverbot enthält, nach dem überhöhte, nicht durch die Kosten der Infrastruktur gerechtfertigte Mautgebühren unzulässig sind [OMISSIS]. Dies hat der Gerichtshof schon für Art. 7 Buchstabe h) der Richtlinie 93/89/EWG entschieden (vgl. dazu unten Rn. 26). Der Unionsgesetzgeber hat diesen Grundsatz anschließend in Art. 7 Abs. 9 Satz 1 in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG auch ausdrücklich normativ verankert. Danach beruhen die Mautgebühren auf dem Grundsatz der ausschließlichen Anlastung von Infrastrukturkosten (vgl. auch Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG). Im Übrigen hat der Unionsgesetzgeber mit der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG beabsichtigt, jedenfalls Klarheit hinsichtlich der anrechenbaren Baukosten zu schaffen (vgl. Erwägungsgrund 5). Art. 7a Abs. 1 Satz 1 in ihrer Fassung bestimmt, dass bei der Festlegung der Höhe der gewogenen durchschnittlichen Mautgebühren die in Art. 7 Abs. 9 genannten Kosten zu berücksichtigen sind. Was unter der gewogenen durchschnittlichen Mautgebühr zu verstehen ist, ist der Begriffsbestimmung nach Art. 2 Buchstabe ba) zu entnehmen. Die gewogenen durchschnittlichen Mautgebühren müssen sich „ausdrücklich“ an den Baukosten und den Kosten für Betrieb, Instandhaltung und Ausbau des betreffenden Verkehrsnetzes orientieren, können aber auch eine Kapitalverzinsung oder Gewinnmarge enthalten. Was als Baukosten anzusehen ist, ist wiederum in Art. 2 Buchstabe aa) bis ac) umfangreich definiert. Das Straßennetz, dessen Benutzung mautpflichtig gemacht werden kann, ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 Satz 1 [Or. 12] und Art. 2 Buchstabe a). Darüber hinaus kann unbeschadet des Umstands, dass der Anhang III im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, zumindest teilweise auch auf dortige begriffliche Erläuterungen, insbesondere zu Kosten der Instandhaltung/Instandsetzung und zu den Betriebskosten, zurückgegriffen werden. Denn systematisch stellt sich der Anhang III als eine Begrenzung des methodischen Kostenermittlungsspielraums dar, der für die übrigen Mautsysteme gilt. Dies bedeutet aber zugleich, dass begrifflich alles, was nach dem Anhang III als Kosten positiv erlaubt ist, auch zu den Kosten nach Art. 7 Abs. 9 gehört. Diese detaillierten Vorgaben in Bezug auf die mautrelevanten Kosten sind nur dann praktisch wirksam, wenn die darin enthaltenen Vorgaben – trotz des in Bezug auf die Kalkulationsmethodik verbleibenden Spielraums – unmittelbar anwendbar und justiziabel sind.

- 16 2. a) Die Beklagte geht davon aus, dass als Kosten des Betriebs des Verkehrsnetzes im Sinne von Art. 7 Abs. 9 Satz 1 der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Richtlinie 2006/38/EG auch die Aufwendungen für die Verkehrspolizei anzusehen sind, da sie der Sicherung des Verkehrsbetriebes dienen; sie stellt dies ausdrücklich in einen Zusammenhang zur Tätigkeit der Polizei im Zusammenhang mit Unfällen. Die den Autobahnen zuzurechnenden Kosten der Polizei machen nach dem WKG 2007 im der Mautfestsetzung zugrundeliegenden Kalkulationsjahr 2010 einen Betrag von etwa 730 Mio. Euro aus; der hiervon auf die mautpflichtigen Lkw entfallende Anteil bezogen auf die anteiligen Gesamtkosten von 4,87 Mrd. Euro beträgt 206 Mio. Euro.
- 17 Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass durch Art. 7 Abs. 9 Satz 1 der Richtlinie die Berücksichtigung von Polizeikosten schon dem Grunde nach ausgeschlossen ist. Er sieht sich allerdings jedenfalls deshalb daran gehindert, dies selbst auszusprechen, weil die Kommission den Ansatz der Polizeikosten in der Mautkalkulation dem Grunde nach (wenn auch im hier nicht streitigen Zeitraum 2013 bis 2017 und am Maßstab des Anhangs III) ausdrücklich gebilligt hat (Stellungnahme der Kommission vom 10. Dezember 2014 – C(2014) 9313 final –, Nr. 14,40 ff.). **[Or. 13]**
- 18 Nach Art. 7 Abs. 9 Satz 1 beruhen die Mautgebühren auf dem Grundsatz der ausschließlichen Antastung von Infrastrukturkosten (vgl. auch Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG). Zu diesen gehören zwar die Kosten für den Betrieb des Verkehrswegenetzes (vgl. Art. 7 Abs. 9 Satz 2). Die Tätigkeit der Verkehrspolizei dient allerdings regelmäßig nicht dazu, das In-Funktion-Sein der Infrastruktur zu gewährleisten, sondern die Einhaltung der Verkehrsregeln durch die Verkehrsteilnehmer zu überwachen und sich mit den Folgen etwaiger Verstöße zu befassen. Dies hat mit der Infrastruktur selbst und ihrer Funktionsfähigkeit nichts zu tun, sondern allenfalls etwas mit ihrem rechtskonformen Gebrauch durch die Nutzer.
- 19 Bestätigt werden diese schon im Wortlaut des Art. 7 Abs. 9 Satz 1 der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG angelegten Bedenken durch ihre Entstehungsgeschichte. Diese deutet darauf hin, dass Kosten „für den Polizeidienst und Unfälle“ (so der Kommissionsentwurf der ursprünglichen Richtlinie 1999/62/EG KOM(96) 331 endg., S. 9 f.) bzw. für die „im Rahmen von Unfällen tätigen Behörden“ (so der Kommissionsvorschlag für die Änderungsrichtlinie 2006/38/EG KOM(2003) 448 endg., S. 4 f., 11) unionsrechtlich nicht als mit der Maut abzugeltende (direkte) Infrastrukturkosten, sondern (jedenfalls im Ergebnis) als externe Kosten anzusehen sind. Der Vorschlag der Kommission für die ursprüngliche Richtlinie unterschied hinsichtlich der Straßeninfrastrukturkosten allein zwischen den Investitionskosten und den Instandsetzungskosten. Daneben wurden weitere Kosten genannt, die der Straßenbenutzung zuzurechnen sind und die als „externe Kosten“ bezeichnet wurden. Zu diesen wurden ausdrücklich die Kosten „für den Polizeidienst und Unfälle“ gerechnet. Der Entwurf sah für die Deckung solcher externer Kosten einen eigenen Gebührenbestandteil vor. Der Kommissionsvorschlag für die

Änderungsrichtlinie 2006/38/EG unterschied zwischen den Infrastrukturkosten für Bau, Betrieb, Instandhaltung und Ausbau und den „nicht gedeckten Unfallkosten“, zu denen auch die Verwaltungskosten der im Rahmen von Unfällen tätigen Behörden gerechnet wurden; nach Ansicht des Senats ist damit jedenfalls auch die Verkehrspolizei gemeint. **[Or. 14]**

- 20 Die Berücksichtigung solcher externer Kosten ist allerdings – auch mit Blick auf Polizei und Unfälle – in den damaligen Normsetzungsverfahren wiederholt durch Rat und Parlament ausdrücklich abgelehnt worden, wobei sich zuletzt sogar die Kommission dieser Position angeschlossen hatte, indem sie die Anlastung der Unfallkosten als externe Kosten selbst nicht mehr vorschlug. Hierzu wird auf den Ausschussbericht des Parlaments A4-0243/97, S. 17, den Gemeinsamen Standpunkt des Rates (EG) Nr. 14/1999, S. 12, den Ausschussbericht des Parlaments A5-0220/2004, S. 20f. und 33, den Gemeinsamen Standpunkt des Rates (EG) Nr. 33/2005, S. 17, sowie ergänzend auf den (hier nicht relevanten) Kommissionsvorschlag für die Änderungsrichtlinie 2011/76/EU (KOM(2008) 436 endg., S. 3 ff.), und den Standpunkt des Rates (EU) Nr. 6/2011 des Rates, S. 18, verwiesen.
- 21 Den Berechnungen, die die Gutachter des WKG 2007 im Verfahren auf Bitten des Senats durchgeführt haben, ist zu entnehmen, dass sich der gewogene durchschnittliche Mautsatz bei einer vollständigen Eliminierung des Ansatzes der Kosten der Verkehrspolizei von 0,163 Euro auf 0,157 Euro reduziert. Er ist damit um 3,8 % überhöht. Die im Gutachten angesetzt auf die mautpflichtigen Lkw entfallenden Gesamtkosten des mautpflichtigen Straßennetzes verringern sich hierdurch um 4,2 %.
- 22 b) Der Senat geht davon aus, dass die Festsetzung der hier maßgeblichen Mautsätze auf weiteren beachtlichen Kalkulationsmängeln beruht, die im Falle der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie einer Überprüfung durch das nationale Gericht unterliegen.
- 23 aa) Diese Kalkulationsmängel seien hier zum besseren Verständnis – im Rahmen des Möglichen – kurz erläutert: Auch wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten keine bestimmte Kalkulationsmethodik vorschreibt, ist der bei der Ermittlung der ansatzfähigen Infrastrukturkosten bestehende Spielraum nach Auffassung des Senats jedenfalls dann verletzt, wenn Kosten in Ansatz gebracht werden, die keine Infrastrukturkosten darstellen, wenn der Kostenansatz in tatsächlicher Hinsicht auf fehlerhaften Annahmen beruht, wenn die Kalkulation, etwa im Falle eines Widerspruchs zu dem selbst gewählten Kalkulationsziel, in sich unstimmtig **[Or. 15]** ist oder wenn Kosten doppelt angesetzt werden. Eine hierauf bezogene Prüfung ist nach Auffassung des Senats unionsrechtlich zweifelfrei zulässig. Die Stellungnahme der Kommission vom 10. Dezember 2014 – C(2014) 9313 final – zum später erstellten WKG 2014 steht der Berücksichtigung solcher Kalkulationsmängel nicht entgegen, weil das WKG 2014 andere Ansätze berücksichtigt hat als das WKG 2007 und weil die Kommission zu den hier in Rede stehenden Fragen nicht ausdrücklich Stellung genommen hat.

- 24 Unabhängig von der Ansatzfähigkeit der Kosten der Verkehrspolizei dem Grunde nach sind die Kosten der Verkehrspolizei außerdem durch einen Kalkulationsfehler deutlich überhöht angesetzt worden, weil darin nicht nur Kosten enthalten sein dürften, die mit der Verkehrsüberwachung in Zusammenhang stehen, sondern auch Kosten der allgemeinen Verbrechensbekämpfung. Hierin liegt zugleich ein schwer und offenkundig fehlerhafter Kostenansatz, weil das WKG 2007 die Ermittlung der Kosten der Verkehrspolizei überhaupt nicht in einer nachvollziehbaren Weise begründet hat, so dass der Senat den Kostenanteil, der auf die Verkehrsüberwachung entfällt, auch unter Berücksichtigung der im Verfahren bisher gegebenen Erläuterungen nicht annähernd beziffern kann.
- 25 Es kommt hinzu, dass die Eigenkapitalverzinsung in Bezug auf das Grundvermögen im WKG 2007 ausgehend von den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten und in konsequenter Anwendung des Kalkulationsziels einer bloßen Substanzerhaltung auch nicht auf der Basis der im WKG 2002 ermittelten Tagesneuwerte mit dem Nominalzins hätte erfolgen dürfen. Grundlage des Ansatzes der aus dem WKG 2002 übernommenen Tagesneuwerte im WKG 2007 war nach der Erläuterung der Gutachter die dem Gutachten zugrundeliegende Betriebsfiktion eines teilprivaten bzw. öffentlichen Unternehmens, das zu kaufmännischer Planung und Abrechnung verpflichtet ist. Die Annahme einer solchen Betriebsfiktion war allerdings schon für die Prognosezeiträume des WKG 2002 und des WKG 2007 in tatsächlicher Hinsicht verfehlt, weil sie den damaligen und für den für die nähere Zukunft zu erwartenden Rahmenbedingungen nicht entsprochen hat. Selbst eine nur teilweise Privatisierung des Bundeseigentums an dem Autobahnnetz war in dem Kalkulationszeitraum nicht ernstlich beabsichtigt und ist dies auch bis heute nicht (vgl. nunmehr auch Art. 90 Abs. 1 [Or. 16] Satz 2 des Grundgesetzes). Das folgende WKG 2014 hat die teilprivate Betriebsfiktion denn auch zu Recht aufgegeben. Geht man von der Betriebsfiktion „öffentliche Verwaltung“ aus, können die Grundstückswerte allein zu den Anschaffungskosten in die Verzinsungsbasis eingestellt werden. Sie dürfen, wenn eine Verzinsung zum Nominalzins erfolgen soll, auch bei Anwendung der synthetischen Bewertungsmethode nicht weiter zum Tagesneuwert angepasst werden, weil anderenfalls nicht lediglich das aufgewandte Kapital einschließlich eines Inflationsausgleichs verzinst wird, sondern im Ergebnis ein Beitrag für eine Wiederbeschaffung erwirtschaftet wird, obwohl die Grundstücke nicht wiederbeschafft werden müssen. Folgerichtig verweist das WKG 2007 (vgl. S. 48 und 54) darauf, dass für Grunderwerb de facto keine Abschreibungen unternommen werden. Es spricht auch nichts für die Richtigkeit der Ausführungen der Gutachter in der mündlichen Verhandlung, dass die Grundstücke im WKG 2007 (einschließlich der nachfolgenden Ergänzungen) mit ihren steigenden Werten abgeschrieben worden seien, d.h. durch Zuschreibungen die Abschreibungsbeträge insgesamt verringert hätten; dies dürfte auch schon deshalb ausgeschlossen sein, weil es im eigentlichen Kalkulationszeitraum insoweit gerade keine Neuermittlung der Tagesneuwerte bzw. keinen Ansatz einer Baupreissteigerung mehr gegeben haben soll (vgl. dazu auch WKG 2002, S. 93).

Die von der Beklagten hinzugezogenen Gutachter haben in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die Berechnung der Verzinsungsbasis auf der Grundlage der im WKG 2014 ausgewiesenen realen Anschaffungswerte der Grundstücke (5,08 Mrd. Euro) zu einem Abzugsbetrag von 138 Mio. Euro in Bezug auf die mautpflichtigen Lkw führt. Dies bewirkt wiederum eine Absenkung des durchschnittlichen gewogenen Mautsatzes auf 0,159 Euro; wegen der Unsicherheiten, die sich aus dem nicht ermittelten Anschaffungswert der vor 1959 erworbenen und der auf dem Gebiet der ehemaligen DDR für den Autobahnbau genutzten Grundstücke ergibt, geht der Senat vorbehaltlich besserer Erkenntnisse von einer Absenkung auf nur 0,16 Euro aus.

- 26 Unter Einbeziehung einer vollständigen Eliminierung der Polizeikosten und einer Verzinsung des Grunderwerbs auf der Basis der Anschaffungskosten reduziert sich der durch die Infrastrukturkosten einschließlich einer Kapitalverzinsung [Or. 17] gerechtfertigte gewogene durchschnittliche Mautsatz danach auf 0,154 Euro. Er ist damit um etwa 6 % überhöht.
- 27 bb) Der Ausgang des Rechtsstreit hängt daher im nächsten Schritt davon ab, welche rechtlichen Folgen ein derartiger Verstoß gegen die unionsrechtlichen Vorgaben hat. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs war Art. 7 Buchstabe h) der Richtlinie 93/89/EWG als Normierung einer Verknüpfung zwischen der Maut und den Kosten für Bau, Betrieb und weiteren Ausbau des Verkehrsnetzes im Sinne eines Kostenüberschreitungsverbots (vgl. hierzu den Schlussantrag des Generalanwalts in dem Verfahren C-205/98 Nr. 60: „Obergrenze“) anzusehen. Dieses ist jedenfalls dann verletzt, wenn die erhobene Maut die Kosten (zweifelsfrei) um mehr als 150 % übersteigt (EuGH, Urteil vom 26. September 2000 – C-205/98 –, Nr. 135). Diese Erwägungen lassen sich nach Auffassung des Senats auf Art. 7 Abs. 9 der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Richtlinie 2006/38/EG übertragen. Der Unionsgesetzgeber hat dort das Kostenüberschreitungsverbot in Art. 7 Abs. 9 Satz 1 ausdrücklich normiert.
- 28 Der Gerichtshof hat bisher aber nicht entschieden, ob ein relevanter Verstoß gegen das Kostenüberschreitungsverbot auch bei einer geringfügigeren Kostenüberschreitung angenommen werden kann. Nach Auffassung des Senats lässt sich der Richtlinie 1999/62/EG in der Fassung der Richtlinie 2006/38/EG nicht eindeutig entnehmen, ob ein Verstoß gegen das Kostenüberschreitungsverbot nicht schon bei einer Überschreitung von (erheblich) weniger als 150 % festgestellt werden kann. Für ein Verständnis, nach dem bereits eine geringfügige Überschreitung genügt, spricht der Wortlaut von Art. 7 Abs. 9 Satz 1, wonach die Mautgebühren auf dem Grundsatz der ausschließlichen Anlastung von Infrastrukturkosten beruhen. Denn die „Ausschließlichkeit“ der Verknüpfung von Infrastrukturkosten und der Maut wird schon dann berührt, wenn auch nur zu einem geringen Teil Kosten angesetzt werden, die schon dem Grunde nach nicht ansatzfähig sind, weil es sich eben (wie bei Polizeikosten) nicht um Infrastrukturkosten handelt, wenn der Kostenansatz in tatsächlicher Hinsicht auf fehlerhaften Annahmen (hier: auf der fehlerhaften Fiktion eines teilprivaten Betriebs des deutschen Autobahnnetzes) beruht, wenn die

Kalkulation, etwa im Falle eines Widerspruchs zu dem selbst gewählten Kalkulationsziel (hier: keine **[Or. 18]** Gewinnerzielungsabsicht), in sich unstimmig ist, oder wenn Kosten doppelt angesetzt werden. Außerdem können die Effektivität des Kostenüberschreitungsverbots und der Grundsatz der Nutzeranlastung der Infrastrukturkosten (vgl. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2006/38/EG) in Frage stehen, wenn Kostenüberschreitungen, die auf dem Ansatz von dem Grunde nach nicht ansatzfähigen Kosten oder einem sonst fehlerhaften Kostenansatz beruhen, nicht zu einer (teilweisen) Unwirksamkeit des Mautsatzes führen. Insoweit ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass auch nach Maßgabe der Änderungsrichtlinie 2006/38/EG den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum bei der Wahl der Kostenermittlungsmethodik zukommt (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Februar 2004 – C-157/02 –, Nr. 40). Schon dies hat allerdings zur Folge, dass je nach Wahl der Methodik bei derselben Infrastruktur unterschiedlich hohe Mautsätze zulässig sind. Kommt auch noch ein relevanter Spielraum hinzu, die so ermittelten Sätze zu überschreiten, kann die harmonisierende Wirkung der Richtlinie und der mit ihr beabsichtigte Schutz der gebührenpflichtigen Verkehrsunternehmen (vgl. Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2006/38/EG) in Frage stehen.

- 29 Andererseits bestimmt Art. 7 Abs. 9 Satz der Richtlinie, dass die gewogenen durchschnittlichen Mautgebühren sich an den Kostenparametern orientieren müssen. Der Generalanwalt hat dies in seinem Schlussantrag im Verfahren C-157/02 (Nr. 92) dahingehend gedeutet, dass eine solche „Orientierung“ nicht gleichbedeutend mit einer strikten Beachtung sei. Auch die deutsche nationale Rechtslage trägt für das nationale Recht dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der Kalkulation von Gebühren um eine Prognoseentscheidung handelt, der ein gewisses Irrtumsrisiko immanent ist. Sie berücksichtigt dabei allerdings auch, dass ein Kalkulationsfehler – anders als nach Maßgabe des Unionsrechts – nicht nur zur teilweisen Unanwendbarkeit des Gebührensatzes, sondern grundsätzlich zu dessen Gesamtnichtigkeit führt. Nach deutscher Rechtslage sind deshalb bei der Bindung des Normgebers an ein Kostenüberschreitungsverbot je nach Rechtsgebiet Kostenüberschreitungen von 3 % bis 12 % dennoch hinnehmbar. Ein solcher Irrtumsspielraum gilt aber nicht für Kostenüberschreitungen, die auf einem schwer und offenkundig fehlerhafter Kostenansatz beruhen **[OMISSIS]** **[Or. 19]** **[OMISSIS]**, was auch für den Ansatz von dem Grunde nach nicht ansatzfähigen Kosten, d.h. Kosten, die von vornherein keine Infrastrukturkosten sind, in Betracht zu ziehen wäre.
- 30 3. Die deutsche Rechtsprechung geht für das nationale Recht grundsätzlich davon aus, dass ein Gebührensatz lediglich im Ergebnis nicht überhöht sein darf. Er kann auch im gerichtlichen Verfahren noch durch eine nachgeschobene Kalkulation ausgeglichen werden, die eine Überdeckung mit bisher unterbliebenen oder zu niedrig bemessenen Kostenansätzen ausgleicht, sofern es sich nicht um einen schwer und offenkundig fehlerhafter Kostenansatz handelt. Ist eine Kalkulationsperiode – wie hier – bereits beendet, muss allerdings eine mit der Kalkulation methodengleiche Abrechnung anhand der tatsächlichen Kosten und der tatsächlichen Gebühreneinnahmen erfolgen. Dabei sind die

Korrekturmöglichkeiten auf solche Fehler beschränkt, die sich auf Ansätze beziehen, die am Ende des jeweiligen Kalkulationsjahres der Höhe nach feststellbar sind, weil sie auf dann abgeschlossenen Vorgängen beruhen und auf der Grundlage nachprüfbarer Tatsachen und objektiver Kriterien ermittelt werden können [OMISSIS]. Eine solche nachträgliche Abrechnung hat die Beklagte bisher nicht vorgenommen. Der Senat kann jedoch nicht ausschließen, dass eine nachträgliche Abrechnung im weiteren Verfahren noch erfolgt, zumal die Beklagte mehrfach darauf hingewiesen hat, dass sie verschiedene Kostenansätze nicht in das WKG 2007 eingestellt habe. Er kann dem Urteil des Gerichtshofs vom 26. September 2000 – C-205/98 – (Nr. 138) aber nicht eindeutig entnehmen, ob eine solche nachträgliche Abrechnung unionsrechtlich beachtlich und wie sie ggf. vorzunehmen wäre. Der Gerichtshof hat zwar ausgeführt, dass eine Erhöhung von Mautgebühren grundsätzlich nicht mit einer im Nachhinein angestellten Berechnung gerechtfertigt werden kann. Es ist aber unklar, ob es sich dabei um eine tragende Erwägung handelt.

31 Im Übrigen geht der Senat davon aus, dass die den hier maßgeblichen Mautsätzen zugrunde liegende Wegekostenrechnung keine weiteren Mängel **[Or. 20]** enthält, die sich auf das Ergebnis ausgewirkt haben können. [wird ausgeführt] [OMISSIS]

32 [OMISSIS] [Ausführungen zum Verfahren]

[OMISSIS]