

Perspektiven verbessern

VERKEHR IM WANDEL

Schwerpunktthema: Rechtsprechungsübersicht

Ausgabe: August 2014 – www.roedl.de

> Inhalt

Die Auswirkungen der neuen europäischen Vergaberichtlinie auf den Verkehrssektor	2
Neue Auslegungsleitlinien der Kommission zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007	4
Auswirkungen der neuen Dienstleistungskonzessionsrichtlinie auf den Verkehrssektor	5
Einfache staatliche Förderung bei Beihilfen geringen Umfangs	6
Laufenden Beihilfeprüfverfahren bei der Europäischen Kommission im Verkehrssektor	8
Rechtsprechungsübersicht	11
Rödl & Partner intern	24

Liebe Leserin, lieber Leser,

Wer die Zukunft gestalten möchte, muss die Spielregeln kennen. Mit der aktuellen Ausgabe von „Verkehr im Wandel“ möchten wir Ihnen einen Überblick zur Rechtsprechung 2013/2014 geben und die neuen Rechtsentwicklungen auf EU-Ebene aufzeigen.

Im Zeitraum von 2013/2014 hat die Anzahl der gerichtlichen Verfahren vor nationalen Gerichten und der laufenden Beihilfeprüfverfahren auf EU-Ebene an Intensität zugenommen (lesen Sie hierzu unsere Auswahl der wichtigsten Verfahren). Für uns ein klares Indiz dafür, dass der Wettbewerbsdruck im ÖPNV-Sektor steigt. Ist die Zeit des Burgfriedens im ÖPNV vorbei?

Die aktuelle Entwicklung wird maßgeblich durch Änderungen und Entwicklungen im Ordnungsrahmen getrieben. Für große private Regionalbusunternehmen stehen nun Direktvergabeoptionen in der Regel nicht mehr zur Verfügung. Eigenwirtschaftliche Anträge sind aufgrund der demographischen Entwicklung kaum noch realistisch, zudem steigen die genehmigungsrechtlichen Anforderungen an die Finanzierung eigenwirtschaftlicher Anträge. Hervorzuheben ist hierzu die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Finanzierung eigenwirtschaftlicher Verkehre (lesen Sie siehe hierzu unsere Bewertung). Für kommunale Unternehmen erhöht die EU-Kommission den Druck zugunsten einer besseren Wirtschaftlichkeit bei Direktvergaben (siehe hierzu unsere Bewertung der Leitlinien der EU-Kommission).

Ferner möchten wir auf die De-minimis Verordnung für Daseinsvorsorgeleistungen (EU) Nr. 360/2012 hinweisen. Ob und in welchem Umfang sie eine Legitimation für Ausgleichsleistungen außerhalb der VO (EG) Nr. 1370/2007 sein kann und was dabei zu beachten ist, stellen wir im letzten Beitrag vor.

Wir wünschen Ihnen eine inspirierende Lektüre. Bei Fragen sprechen Sie uns bitte an.



Martin Wambach
Geschäftsführender Partner



Jörg Niemann
Leiter Kompetenz-Center Verkehr

Auswirkungen der neuen europäischen Vergaberichtlinie auf den Verkehrssektor

Von Isa Alexandra Matz

Im Frühjahr dieses Jahres wurden auf europäischer Ebene drei neue Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen verabschiedet. Neben dem Ersatz der bereits bestehenden Vergaberichtlinie (alt: RL 2004/18/EG) und der Richtlinie für die Sektorenvergabe (alt: RL 2004/17/EG) wurde auch die gänzlich neue Konzessionsrichtlinie verabschiedet.

Ziel der Novellierung des Vergaberechts ist die Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren, die Erweiterung der elektronischen Vergabe sowie ein leichter Zugang für kleine und mittelständische Unternehmen zu den Vergabeverfahren. Durch die erforderliche Umsetzung in nationales Recht soll das Vergabeverfahren in Deutschland einfacher, flexibler und anwenderfreundlicher ausgestaltet werden. Auch soll die Möglichkeit, allgemeine Gesellschaftsziele wie beispielsweise soziale und ökologische Aspekte im Vergabeverfahren berücksichtigen zu können, gestärkt werden. Der Bundesgesetzgeber und die anderen Mitgliedsstaaten haben bis Mitte April 2016 Zeit, die Richtlinien in nationales Recht umzusetzen.

Insbesondere die Vergaberichtlinie enthält für den Verkehrssektor wichtige Neuerungen. Diese enthält Ausnahmen von der Vergabepflicht für Inhouse-Geschäfte (vertikale Zusammenarbeit) öffentlicher Stellen und interkommunale (horizontale) Zusammenarbeit.

Ein Inhouse-Geschäft bzw. eine vertikale Zusammenarbeit ist nach Art. 12 der Vergaberichtlinie vergaberechtsfrei, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (1), mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten des Auftragnehmers der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen er von einem öffentlichen Auftraggeber oder von einer vom öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut wurde (2) und grundsätzlich keine direkte private Kapitalbeteiligung an dem Auftragnehmer besteht (3). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

1. Erstes Kriterium für die Vergaberechtsfreiheit eines Geschäfts ist die Kontrolle der öffentlichen Hand. Der öffentliche Auftraggeber muss über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Dazu muss er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des Auftragnehmers ausüben (Art. 12 Absatz 1 Satz 2 der Vergaberichtlinie). Durch diese Regelung wird präzisiert, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge

von der Anwendung des Vergaberegimes ausgenommen sind. Der Umstand, dass Auftragnehmer und Auftraggeber selbst öffentliche Stellen sind, genügt nicht, um eine Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Nach der Begründung des europäischen Gesetzgebers ist eine Vergaberechtsfreiheit eines Geschäfts erst gerechtfertigt, wenn eine (vertikale) öffentliche Zusammenarbeit zu keiner Wettbewerbsverzerrung führt, sodass ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

2. Ferner müssen mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten des öffentlich kontrollierten Auftragnehmers der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen er von einer vom öffentlichen Auftraggeber oder von dem öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut wurde. Hierfür ist nach Art. 12 Absatz 5 der Vergaberichtlinie der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags maßgeblich.
3. Zusätzlich darf grundsätzlich keine direkte private Kapitalbeteiligung an dem Auftragnehmer bestehen. Diese Ausnahme von der Vergaberechtsfreiheit soll sicherstellen, dass kein privater Wirtschaftsteilnehmer durch eine Beteiligung an einem öffentlich kontrollierten Auftragnehmer einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhält. Die Vergaberechtsfreiheit eines solchen Geschäfts soll jedoch für die Fälle privater Beteiligungen bestehen bleiben, in denen kein Beherrschungsverhältnis entsteht oder eine Sperrminorität besteht, in denen die Beteiligung eines privaten Partners gesetzlich vorgeschrieben ist und keine maßgebliche Einflussnahmemöglichkeit auf den Auftragnehmer besteht.

Diese Vorgaben sind als Grundregeln zu verstehen und sollen auch für weitere Anwendungsfälle der Inhouse-Vergabe wie bei einer Subunternehmer-Vergabe oder modifiziert bei einer gemeinsamen Inhouse-Vergabe durch mehrere öffentliche Auftraggeber gelten (vgl. Artikel 12 Absatz 2 und 3 der Vergaberichtlinie). Bei einer Inhouse-Vergabe durch mehrere öffentliche Auftraggeber wird das Kriterium der gemeinsamen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausführlich geregelt (vgl. Art. 12 Absatz 3 UA 2 der Vergaberichtlinie). Maßgeblich ist, dass

die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen erheblichen Einfluss auf die Tätigkeit des Auftragnehmers ausüben können. Dazu haben sich die beschlussfassenden Organe des Auftragnehmers aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammenzusetzen. Ferner müssen die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen des Auftragnehmers ausüben. Auch darf der Auftragnehmer keine Interessen verfolgen, die den Interessen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

Die Vergaberichtlinie enthält ferner Vorgaben für die Vergabefreiheit von Verträgen im Rahmen interkommunaler bzw. horizontaler Zusammenarbeit (vgl. Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie). Gegenstand der Zusammenarbeit können alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung von Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen. Dies können gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste sein, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen werden. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen dabei nicht identisch sein, sie können sich auch ergänzen. Maßgeblich sind das ausschließliche Tätigwerden zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels und die Durchführung dieser Kooperation ausschließlich im Zusammenhang mit einem öffentlichen Interesse. Daher sollte die Zusammenarbeit konzeptionell ausgestaltet werden. Auch die Verteilung der durch die Kooperationspartner zu leistenden Beiträge muss nicht gleichmäßig erfolgen, solange sich die Kooperationspartner verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung des betreffenden öffentlichen Dienstes zu leisten. Der

zulässige Umfang der Kooperation wird mit weniger als 20 Prozent der am offenen Markt durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten beziffert, d.h. die zulässige Geschäftstätigkeit dieser Kooperation ist stark begrenzt.

Durch die Vergaberichtlinie erhalten die im Verkehrssektor maßgeblichen Anwendungsbereiche der Inhouse-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit einen verbindlichen Rechtsrahmen. Legt man die aktuelle Rechtsprechung zugrunde (OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. Januar 2014, Az. 11 Verg 15/13) kann sich für den ÖPNV-Sektor – bei Vorliegen der Voraussetzungen – eine interessante Alternative zu dem Vergaberegime der VO (EG) Nr. 1370/2007 ergeben. Sofern eine Inhouse-Vergabe oder eine interkommunale Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber angedacht ist, sollten sich die öffentlichen Auftraggeber frühzeitig mit einer konzeptionellen Gestaltung einer solchen Auftragserteilung auseinandersetzen. Es sollte geprüft werden, ob die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Im Falle eines Fehlens bestimmter Kriterien, wie beispielsweise der Kontrolle der öffentlichen Hand, sollten frühzeitig Maßnahmen eingeleitet werden, die eine Erfüllung der Voraussetzungen ermöglichen.



Neue Auslegungsleitlinien der Kommission zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Von Dr. Benjamin Linke, LL.M.

Am 29. März 2014 sind Leitlinien der Europäischen Kommission zur Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (nachfolgend: VO 1370) im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden. Gleichzeitig arbeitet die Kommission weiter an einer Novellierung der VO 1370 im Rahmen des vierten Eisenbahnpakets.

Die VO 1370 regelt seit dem Ende des Jahres 2009, unter welchen Umständen zuständige Behörden Ausgleichsleistungen und ausschließliche Rechte für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im ÖPNV gewähren können. Noch bevor die angestrebte Novellierung der VO 1370 im Rahmen des vierten Eisenbahnpaketes verabschiedet wurde, hat die Kommission nun Leitlinien zur Auslegung der VO-1370 erlassen. Diese haben keine bindende Wirkung für die deutschen Gerichte oder den Europäischen Gerichtshof. Sie stellen aber die von der Europäischen Kommission vertretenen Ansichten im Hinblick auf die Anwendung der VO 1370 klar. Die Leitlinien haben daher insofern eine rechtliche Bedeutung, als sie Hinweise geben, wie die Kommission sich im Fall eines Beihilfenprüfverfahrens bei der Beurteilung von Maßnahmen verhalten wird.

Die 21 Seiten umfassenden Leitlinien behandeln zum Teil bekannte Positionen der Kommission, enthalten aber auch Aspekte, die bisher in der Fachöffentlichkeit anders gesehen wurden. Gerade in Bezug auf solche eigenwilligen Interpretationsansätze kann sich die Frage stellen, ob sich diese im Fall einer Vorlage vor dem Europäischen Gerichtshof als haltbar erweisen. Die nachfolgende Auswahl stellt einige von der Kommission geäußerte Ansichten dar:

- > Der Kommission zufolge können allgemeine Vorschriften im Sinne der VO 1370 auch vertragliche Regeln sein.

Praxisanmerkung: Diese Klarstellung ist zu begrüßen, denn in der Praxis finden sich bereits einige allgemeine Vorschriften, die auf vertraglicher Grundlage erlassen worden sind. Dies trägt den Strukturen in Verbundräumen Rechnung, in denen sich Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen möglichst auf Augenhöhe bei der Ausarbeitung von Ausgleichsmaßnahmen begegnen.

- > Nach Ansicht der Kommission können ausschließliche Rechte über Verwaltungsvereinbarungen gewährt werden, sofern die Genehmigung von bestimmten Kriterien von Umfang und Qualität der Dienste abhängig gemacht wird und damit in der Praxis die Zahl der Betreiber auf dem Markt beschränkt wird. Die Ausschließlichkeit sei zu bejahen, wenn andere Unternehmen „de facto an einer Marktbeteiligung“ gehindert würden.

Praxisanmerkung: Die Kommission setzt die Messlatte für die Annahme von ausschließlichen Rechten niedrig an. Angesichts des von der Kommission gegebenen Beispiels für ein ausschließliches Recht wird man davon ausgehen müssen, dass die Kommission auch Linienverkehrsgenehmigungen als ausschließliche Rechte versteht. Wäre dies der Fall und würden Linienverkehrsgenehmigungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt, müsste auch jede Gewährung einer Linienverkehrsgenehmigung im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages erfolgen. Dies ist in Deutschland gegenwärtig nicht der Fall. Der Gesetzgeber ging bei der Anpassung des PBefG an die VO 1370 nämlich davon aus, dass Linienverkehrsgenehmigungen kein ausschließlicher Charakter zukommt.

- > Ein interner Betreiber, der einen direktvergebenen Auftrag nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 erhalten hat, muss den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst erbringen. Für eine Unterauftragsvergabe von mehr als einem Drittel bedürfe es „guter Gründe“.

Praxisanmerkung: Mit dieser Vorgabe weicht die Kommission von der bisher fast einhellig vertretenen Auffassung ab, wonach die Anforderung des Art. 5 Abs. 2 lit. b VO 1370 bei einer 50-prozentigen Eigenerbringung erfüllt sei. Interne Betreiber, die zwischen 33 Prozent und 50 Prozent ihrer Leistungen aus einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag an Unterauftragnehmer vergeben, sollten daher ihre Betrauungen überprüfen oder sich überlegen, wie sie auf die Aussagen der Kommission reagieren.

- > Jede Einheit, auf die ein interner Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, muss ihre Tätigkeiten im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs nach Art. 5 Abs. 2 lit. b VO 1370 grundsätzlich im Zuständigkeitsgebiet der zuständigen örtlichen Behörde ausführen und nicht außerhalb des Zuständigkeitsgebiets organisierten wettbewerblichen Vergabeverfahren für die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten teilnehmen. Nach der Kommission ist eine solche Einheit ggf. auch ein Mutter- oder Schwesterunternehmen des internen Betreibers.

Praxisanmerkung: Die Interpretation kann weitreichende Konsequenzen für konzernartig organisierte Kommunalunternehmen haben, da alle Unternehmen der Kommune vom Gebot der Territorialität erfasst werden könnten. In der Konsequenz könnten dann kommunale Unternehmen aufgrund einer exterritorialen Tätigkeit eines Schwesterunternehmens im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs von der Direktvergabeoption an einen internen Betreiber ausgeschlossen sein.

- > Die Kommission sieht Mischformen zwischen Eisenbahn- und sonstigen schienengestützten Verkehrsträgern (etwa Tram-Train-Dienste) als nicht von der Direktvergabeoption im Eisenbahnverkehr gemäß Art. 5 Abs. 6 VO 1370 erfasst an.
- > Auch für die Bemessung des angemessenen Gewinns gibt die Kommission Hinweise. Vorzugswürdig sei eine Bemessung am Maßstab einer allgemein akzeptierten marktüblichen Vergütung. Liegen keine Marktvergleichsdaten vor, können auch andere etablierte Ansätze – unter Berücksichtigung der tatsächlichen Risiken gewählt werden.

Praxisanmerkung: Die Klarstellungen sind zu begrüßen. Auch wenn zahlreiche Fragen weiterhin unbeantwortet sind, ist damit eine individuelle Betrachtung eröffnet, die zugleich aber den Grundsätzen der Stetigkeit und Sachgerechtigkeit genügen muss.

- > Die Kommission gibt die Empfehlung ab, für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen einen angemessenen Ausgleichsbetrag zu gewähren, da andernfalls Leistungen reduziert und Qualitäten eingebüßt würden. Die Gewährung des Ausgleichs wird allerdings als fakultativ herausgestellt. Durch die Leitlinien wird somit kein Verbot der Unterkompensation eingeführt.

Praxisanmerkung: Über ein Verbot der Unterkompensation wird gegenwärtig im Rahmen der Novellierungsbestrebungen zu der VO 1370 (siehe Art. 4 Abs. 1 lit. b des vom Europäischen Parlament angenommen Entwurfs) nachgedacht. Sollte ein solches Verbot der Unterkompensation eingeführt werden, hätten Betreiber möglicherweise (je nach letztendlicher Ausgestaltung der VO 1370) Anspruch auf einen Ausgleich aller nichtgedeckten Kosten. Eine solche Regelung könnte den steuerlichen Querverbund gefährden, da ein Ausgleich zum Ende des Jahres obsolet werden könnte. Die Entwicklung sollte von im Querverbund operierenden Unternehmen beobachtet werden, wobei rechtzeitig etwaige Ausgestaltungsvarianten zur Aufrechterhaltung des Querverbundes geprüft werden sollten.

Auswirkungen der neuen Dienstleistungskonzessionsrichtlinie auf den Verkehrssektor

Von Dr. Benjamin Linke, LL.M.

Am 28. März 2014 ist die Europäische Konzessionsrichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU) im EU-Amtsblatt veröffentlicht worden (nachfolgend: RiLi). Sie trat am 17. April 2014 in Kraft und gibt den Mitgliedstaaten 24 Monate Zeit, die neuen Regelungen in nationales Recht umzusetzen. Die RiLi legt die Rahmenbedingungen fest, unter denen künftig Dienstleistungskonzessionen in der Europäischen Union vergeben werden müssen.

Durch die neue Richtlinie werden erstmals Vorgaben für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geschaffen, die in der Vergangenheit außerhalb der Regelungen des allgemeinen Kartellvergaberechts vergeben werden durften. Die RiLi gilt gemäß deren Art. 8 Abs. 1 für Konzessionen, deren Vertragswert mindestens 5.186.000 Euro beträgt.

Art. 10 Abs. 3 RiLi legt fest, dass der Regelungsrahmen nicht für solche Konzessionen gilt, die im Bereich der **öffentlichen Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/**

2007 (nachfolgend: VO 1370) vergeben werden. Fällt daher eine Dienstleistungskonzession in den Anwendungsbereich der VO 1370, ist die RiLi nicht einschlägig. Gleichwohl könnte die RiLi für die Konkretisierung des Begriffs der Dienstleistungskonzession Wirkungen auch für den ÖPNV-Sektor entfalten. Dies hängt davon ab, wie Art. 5 Abs. 1 VO 1370 interpretativ zu verstehen ist. Art. 5 Abs. 1 VO 1370 verweist zur Konkretisierung des Begriffs der Dienstleistungskonzession auf die Vorgängerregelungen der Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Die Definition aus der RiLi wäre einschlägig, wenn man Art. 5 Abs. 1 VO 1370

als dynamische Verweisung interpretieren würde, die auch etwaige Nachfolgeregelungen einschließt. Diese könnte dann auch die Definition in der neuen RiLi umschließen. Von einer solchen dynamischen Verweisung kann ausgegangen werden.

Für den ÖPNV-Sektor ist daher die (Neu-) Definition der Dienstleistungskonzession in der RiLi nicht unerheblich. Die RiLi greift diesbezüglich die bisherige Begriffsdefinition der Dienstleistungskonzession auf. Eine Dienstleistungskonzession ist danach „ein entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht“.

Über diese bekannte Begriffsdefinition hinaus enthält die RiLi neue weitergehende Regelungen. So wird das Betriebsrisiko näher konkretisiert. Das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistung kann danach ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko sein. Es werde vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter **normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert sei, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können**. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegan-

genen Risikos umfasse es, **den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein**, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind. Ein bestimmter Kostendeckungsgrad wird für die Herstellung einer Dienstleistungskonzession durch die RiLi nicht gefordert. Gleichwohl wird die Herstellung des geforderten Risikos nicht einfach herzustellen sein, sofern hohen Ausgleichsleistungen nicht allzu hohe Einnahmen gegenüber stehen. Insbesondere im Rahmen von Gewinnabführungsverträgen wird die Ausgestaltung höchst problematisch. Hier wird man die beihilfen- und vergaberechtliche Ausgestaltung von derjenigen der gesellschafts- und steuerrechtlichen in gewisser Weise abstrahieren müssen, um das Ziel der Dienstleistungskonzession noch zu erreichen.

Die RiLi hat ferner nicht nur Auswirkungen im Bereich der Definition der Dienstleistungskonzession. Sofern eine Dienstleistungskonzession nicht nach der VO 1370 vergeben wird, bleibt die Konzessionsrichtlinie weiter einschlägig. In der RiLi wird in diesem Zusammenhang etwa ausdrücklich festgehalten, dass Vergaben von Auftraggebern erfasst werden, die einer Tätigkeit im Zusammenhang mit der Bereitstellung und dem Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel nachgehen. Dies gilt zumindest, sofern die Konzession zum Zweck der Ausübung einer dieser Tätigkeiten vergeben werden soll.

Einfache staatliche Förderung bei Beihilfen geringen Umfangs

Von Dr. Benjamin Linke, LL.M.

Die Gewährung staatlicher Vorteile an Unternehmen – sei es durch das Zurverfügungstellen finanzieller Mittel oder durch sonstige Vergünstigungen – birgt immer die Gefahr der Gewährung einer europarechtlich unzulässigen Beihilfe. Da der Umgang mit dem Europäischen Beihilfenrecht für Unerfahrene nicht einfach ist, können öffentliche Stellen leicht in die ärgerliche Situation geraten, dass lediglich Mittel in geringem Umfang geleistet werden sollen, sich aber die Behörde der zeitaufwendigen Bearbeitung von Rechtsfragen zur europarechtlichen Zulässigkeit der Mittelgewährung ausgesetzt sieht. Hier könnte die Bewilligung unter dem Schirm der sog. De-minimis-Verordnung Abhilfe schaffen.

Die De-minimis-Verordnung¹ (nachfolgend: VO) qualifiziert bestimmte Unterstützungsleistungen der öffentlichen Hand aufgrund ihres geringen Umfangs als Nichtbeihilfe. In der Folge können bestimmte Vorteile gewährt werden, ohne dass vorher eine Notifizierung bei der Kommission zu erfolgen hat. Die De-minimis-Verordnung gilt für die Gewährung von Mitteln für

sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Dies sind Dienstleistungen, die klassischerweise im Bereich der nationalen Daseinsvorsorge zu verorten sind, insbesondere Leistungen im Bereich des öffentlichen Verkehrs, aber auch der Energieversorgung, der Müllabfuhr und Entsorgung, der Post, der Telekommunikation oder etwa der Wasser- und Gasversorgung.

¹ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABIEU L 114/8 v. 26.04.2012.

Eine Maßnahme gilt dann als beihilfenrechtlich vernachlässigbar, wenn der Gesamtbetrag, der einem Unternehmen gewährt wird, in drei Steuerjahren **500.000 Euro** nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 2 VO). Nur, wenn das Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist, findet die VO Anwendung. Dies schließt es nicht aus, auch Maßnahmen in Form von Darlehen, Risikokapitalmaßnahmen oder etwa Garantieregelungen auf der Grundlage der VO als mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar anzusehen. Für die genannten Maßnahmen sind hingegen einige Sondervorgaben der VO zu beachten.

Beachtlich ist, dass De-minimis-Beihilfen nicht mit Ausgleichsleistungen für dieselbe Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbunden werden dürfen, unabhängig davon, ob es sich bei dem Ausgleich um eine staatliche Beihilfe handelt oder nicht (Art. 2 Abs. 8 VO).

Wird eine Beihilfe nach der De-minimis-Verordnung gewährt, muss der Mitgliedstaat diese überwachen. Insbesondere muss dem begünstigten Unternehmen gegenüber eine schriftliche Erklärung ergehen, die die voraussichtliche Höhe der Beihilfe

(ausgedrückt als Bruttosubventionsäquivalent) und die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, für die sie gewährt wird, bezeichnet. Zudem muss die Erklärung einen ausdrücklichen Verweis auf die De-minimis-Verordnung mit Angabe ihres Titels und der Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union enthalten und den Empfänger davon in Kenntnis setzen, dass er eine De-minimis-Beihilfe erhält (Art. 3 Abs. 1 VO).

Im Ergebnis stellen sich die Regelungen der De-minimis-Verordnung, die eine öffentliche Stelle zu beachten hat, als vergleichsweise moderat und wenig verklausuliert dar. Es kann sich daher für Behörden durchaus anbieten, die Gewährung eines Vorteils allein unter Rückgriff auf die De-minimis-Verordnung zu legitimieren, sofern der einschlägige Schwellenwert nicht überschritten wird. Zu beachten ist, dass die De-minimis-Verordnung lediglich die beihilfenrechtliche Zulässigkeit von Maßnahmen feststellt. Hat eine Maßnahme hingegen etwa auch andere rechtliche Vorgaben zu beachten (im Zuge beihilfenrechtlicher Maßnahmen kann nicht selten auch eine vergaberechtliche Relevanz auftreten) wäre die Vereinbarkeit der Maßnahme mit diesen Regelungen separat zu prüfen.

Mit unserem kostenlosen E-Mail Newsletter „Kompass Verkehr“ informieren wir Sie regelmäßig über aktuelle rechtliche Themen.

Bezug per E-Mail an: peggy.kretschmer@roedl.com



Laufenden Beihilfeprüfverfahren bei der Europäischen Kommission im Verkehrssektor:

Gegen/ Begünstigter	Zeichen	Inhalt des Verfahrens
Frankreich/SNCM EuGH-Verfahren „Corsica Ferries“¹	EuGH, Rs. C-533/12 P	Das aktuelle Verfahren vor dem EuGH ist vorläufiger Schlusspunkt einer Reihe von Kommissionsentscheidungen und Urteilen der EU-Gerichte bzgl. der Fährverbindungen zwischen Korsika und dem französischen bzw. europäischen Festland. Gegenstand der jeweiligen Verfahren war die Frage, ob eine Umstrukturierungsbeihilfe des französischen Staates zugunsten der Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) SA mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar ist. Zuletzt hatte das EuG mit Urteil vom 11. September 2012 (Rs. T-565/08) eine Entscheidung der Kommission für nichtig erklärt, mit der alle zugunsten der SNCM getroffenen Maßnahmen des französischen Staates gebilligt worden waren. Die Kommission hatte eine Kapitalzuführung durch die CGMF (Compagnie générale maritime et financière; 100-prozentiger Anteilseigner ist der französische Staat) i.H.v. 76 Mio. EUR im Jahr 2002 (53,48 Mio. EUR für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, der Restbetrag von 22,52 Mio. EUR als Umstrukturierungsbeihilfen) als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen, sowie die Maßnahmen des Privatisierungsplans 2006 (Aufstockung des Kapitals der SNCM um 158 Mio. EUR, zusätzliche Kapitalzuführung von CGMF i.H.v. 8,75 Mio. EUR, sowie einen Kontokorrentvorschuss von 38,5 Mio. EUR) nicht als staatliche Beihilfen gewertet. Das EuG schloss sich in seinem Urteil vom 11. September 2012 (Rs. T-565/08) dieser Sichtweise nicht an. Hiergegen legte die SNCM Rechtsmittel zum EuGH ein. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Zuletzt hatte Generalanwalt Wathelet am 15. Januar 2014 seine Schlussanträge² vorgelegt.
Flughäfen in Sardinien³	SA.33983	Eine italienische Ausgleichsregelung, die im November 2011 notifiziert wurde, zielte darauf ab, Flugverkehrsdienste zwischen Sardinien und dem italienischen bzw. europäischen Festland zu verbessern, vor allem außerhalb der Spitzenzeiten. Flughafenbetreiber sollten einen Ausgleich erhalten für die Wahl von Fluglinien, die bestimmte Jahresziele erreichen; die also Vorgaben im Hinblick auf Bedienungshäufigkeit und Passagierzahlen für sog. strategische Verbindungen erfüllen können. Die ausgewählten Fluglinien wiederum sollten von den jeweiligen Flughäfen einen finanziellen Beitrag für die Erbringung dieser Leistungen erhalten. Dabei sollten die Fluglinien im Wege eines Vergabeverfahrens ermittelt werden. Die laut Notifizierung vorgesehene Geltungsdauer belief sich auf die Jahre 2012 und 2013. Allerdings war die Kommission der Ansicht, dass die Regelung offenbar bereits implementiert wurde, was einen Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot darstellen würde. Darüber hinaus wurde keine Ausschreibung für die Vergabe der Leistungen durchgeführt. Nach Ansicht Italiens würden die Ausgleichsleistungen eine Vergütung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen. Die Kommission bezweifelte, dass die in diesem Zusammenhang erforderlichen Voraussetzungen erfüllt werden. Gegenstand des beihilferechtlichen Prüfverfahrens war insbesondere die Frage, ob der gemeinwirtschaftliche Auftrag klar definiert worden sei, ferner der Auswahlprozess der Fluglinien, sowie, ob die Ausgleichsregelung mit den für die Luftfahrt geltenden Beihilfavorschriften vereinbar sei.

¹Siehe zum Urteil des EuG: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-09/cp120115de.pdf>; aufgerufen am 16. Juli 2014.

²<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146381&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5815>; aufgerufen am 16. Juli 2014.

³http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-38_de.htm; aufgerufen am 16. Juli 2014.

Deutschland/ DB Regio⁴	C 47/07 (ex NN 22/05)	Die DB Regio AG hatte von den Ländern Berlin und Brandenburg im Rahmen eines direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags über SPNV-Leistungen Ausgleichszahlungen erhalten. Die Kommission formulierte u.a. Zweifel daran, dass die Berechnungsparameter zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden seien, da zwar der Preis pro Zugkilometer genannt, allerdings keine Angabe dazu gemacht worden sei, wie dieser Preis zustande gekommen ist. Zudem zog die Kommission eine Überkompensation der DB Regio insbesondere deswegen in Betracht, da nach der Herausnahme von Leistungen oder nach Fahrpreiserhöhungen keine Überprüfung des Vertrages zu erfolgen hätte. Überdies sei keine Transparenz für die Verhandlungsführer der Bundesländer aufgrund von Vertragsklauseln, die dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen der DB Regio dienen, vorhanden. Ferner äußerte die Kommission Bedenken bzgl. der Erfüllung des vierten Altmark-Kriteriums. Dieses erforderte eine zumindest durchschnittlich effiziente Leistungserbringung. In diesem Zusammenhang hatte die Kommission Zweifel an der Belegbarkeit der effizienten Erbringung anhand der Untersuchung eines wirtschaftsberatenden Unternehmens, weil die Untersuchung nicht anhand des konkreten Vertrags vorgenommen worden sei, sondern den Regionalverkehr in Deutschland im Allgemeinen betraf. Zudem würden nur Daten der DB verwendet und keine anderen Unternehmen berücksichtigt. Ferner formulierte die Kommission Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit des Gutachtens, weil das Unternehmen für die DB bereits im Rahmen der Entwicklung bestimmter Tarife tätig geworden sei.
Deutschland/ Emsländische Eisenbahn GmbH⁵	C 54/07 (ex NN 55/07)	Die Emsländische Eisenbahn GmbH, die sich zu 100 Prozent im Eigentum des Landkreises Emsland befunden hat, ist durch den Landkreis in den Jahren 1997 bis 2007 durch eine Kapitalausstattung von insgesamt 113 Mio. EUR unterstützt worden. Die Kommission bemängelte, dass Zweifel an der Notwendigkeit der Beihilfe, ihrem Anreizcharakter und ihrer Verhältnismäßigkeit bestünden. Nach Ansicht der Kommission sei zudem unklar, ob Finanzhilfen, die für die Verwaltungskosten bestimmt waren, nicht auch im Rahmen der Wirtschaftstätigkeit des Unternehmens verwendet worden seien. Ferner sei es in jedem Fall unzulässig, dass bezuschusste Fahrzeuge, welche ursprünglich über einen Leasingvertrag solchen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden sollten, die Rufbus-Dienste erbringen, nunmehr von der Emsländischen Eisenbahn GmbH auf eigenen, gewerblich betriebenen Strecken genutzt würden.
Irland/Irish Bus und Dublin Bus	C 31/07 (ex NN 17/07)	Die irische Regierung gewährte den Busunternehmen Irish Bus und Dublin Bus jährliche Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die durch Verkehrsgesetze auferlegt wurden. Ferner wurde die Anschaffung neuer Busse und Investitionszuschüsse für Infrastrukturen gefördert. Die Kommission erhob Zweifel, ob die Leistungen nicht zu hoch waren und mehr als nur die durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Mehrbelastungen ausgeglichen haben. Als problematisch wurde zudem angesehen, dass kommerzielle Verkehre mit staatlich finanzierten Bussen durchgeführt wurden (Quersubventionierung der kommerziellen Verkehre).
Slowakische Republik/ZSSK Cargo⁶	C 5/10 (ex NN 48/09 und ex N 485/09)	Dem Unternehmen ZSSK Cargo wurde von der slowakischen Regierung ein Darlehen in Höhe von 166 Mio. EUR gewährt. Die Kommission bezweifelt, dass das Darlehen unter normalen Marktbedingungen gewährt wurde, sowie seine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt im Übrigen.

⁴<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:035:0013:0029:DE:PDF>; aufgerufen am 16. Juli 2014.

⁵http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2008.174.01.0013.01.DEU; aufgerufen am 16. Juli 2014.

⁶http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-182_de.htm; aufgerufen am 16. Juli 2014.

⁷http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/242195/242195_1523441_1110_2.pdf; aufgerufen am 16. Juli 2014.

⁸http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/245970/245970_1387262_26_2.pdf; aufgerufen am 16. Juli 2014.

⁹http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/251897/251897_1539947_76_2.pdf; aufgerufen am 16. Juli 2014.

¹⁰ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/251898/251898_1539952_87_2.pdf; aufgerufen am 16. Juli 2014.

Italien/ Tirrenia Group⁷	SA.32014 SA.32015 SA.32016	Die Kommission prüft verschiedene beihilfenrelevante Maßnahmen gegenüber sechs Unternehmen der Tirrenia Group. Die Unternehmen haben, jeweils auf der Grundlage von separaten öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, Transportleistungen im maritimen Bereich erbracht. Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Unternehmen bestanden darin, die Beständigkeit und Verlässlichkeit der maritimen Transportleistungen störungsfrei zu gewährleisten. Hierzu hat der italienische Staat u.a. direkte finanzielle Zuschüsse an die Unternehmen gewährt. Teilweise sind die beihilfenrechtlich relevanten Maßnahmen bei der Kommission zur Notifizierung eingereicht worden, teilweise wurde die Kommission selbst (nach Beschwerden) auf die Maßnahmen aufmerksam. Das formelle Beihilfenverfahren wurde daher zwischenzeitlich auf sieben verschiedene Maßnahmenkomplexe zugunsten der Unternehmen ausgeweitet, hinsichtlich derer die Kommission sehr unterschiedliche Bedenken im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht anmeldet. Unter anderem störte sich die Kommission an einer Risikoprämie von 6,5 Prozent, die an ein Unternehmen gewährt werden soll. Diese Höhe schien der Kommission angesichts dessen, dass die staatlich unterstützten Unternehmen nicht das Risiko eines regulär im Markt agierenden Betreibers hätten, dem ersten Anschein nach als eher hoch.
Italien/ Delcomar S.r.l.⁸	SA.33413	Aufgrund einer Beschwerde wurde die Kommission auf eine mögliche rechtswidrige Beihilfe zugunsten der Delcomar S.r.l. aufmerksam. Diese hatte mit der Region Sardinien einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über die Erbringung von maritimen Transportleistungen abgeschlossen, aufgrund dessen das Unternehmen jährliche Ausgleichsleistungen erhalten sollte. Der Auftrag wurde mehrfach zeitlich und auch quantitativ ausgeweitet auf der Basis entsprechender, im Ausgangsvertrag festgelegter Klauseln. Die Kommission meldete schon Zweifel an, ob es sich bei den Diensten tatsächlich um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handele, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Zweifel ergäben sich schon, weil die Leistungen möglicherweise auch im Rahmen eines staatlich unbeeinflussten Marktes erbracht worden wären. Zweifel ergäben sich aber auch im Hinblick auf das Vorliegen der (anderen) sog. Altmark-Kriterien, die eine Nichtbeihilfe im Fall von Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kennzeichnen.
Italien/CSTP⁹	SA.35842	Im Verfahren CSTP wurden Ausgleichsleistungen, die ein italienisches Gericht zulasten des italienischen Staates dem Busunternehmen Consorzio Salernitano Trasporti Pubblici SpA (CSTP) zugesprochen hatte, bei der Kommission zur Notifizierung vorgelegt. Der Ausgleich betraf Leistungen, die bereits vor der Notifizierung durchgeführt worden waren. Die Kommission hegt Zweifel sowohl daran, ob die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausreichend klar definiert worden seien, als auch daran, ob die Ausgleichparameter zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind. Auch die Frage einer möglichen Überkompensation und der Erfüllung des vierten Altmark-Kriteriums sei unbeantwortet. Ebenfalls konnte die Kommission nicht abschließend feststellen, ob eine Vereinbarkeit der Maßnahmen mit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/1969 oder der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gegeben ist. Das Verfahren weist inhaltlich starke Parallelen zum Verfahren Simet SpA auf (siehe dazu: IR – InfrastrukturRecht 2014, S. 19 f.; ferner auch die letzte Übersicht zu den laufenden Beihilfenverfahren in der Rechtsprechungsübersicht 2013). In diesem hatte die Kommission im Ergebnis die Durchführung der durch die nationalen Gerichte angeordneten Maßnahme unterbunden.
Italien/ Buonotourist¹⁰	SA.35843	Das Verfahren Buonotourist ist inhaltlich fast gleich gelagert wie das zuvor beschriebene Verfahren CSTP. Auch hier werden rückwirkend Ausgleichsleistungen vom italienischen Staat gefordert, zu deren Zahlung der Staat durch nationale Gerichte bereits verpflichtet worden ist. Ebenso wie beim Verfahren CSTP sind inhaltlich starke Parallelen zum Verfahren Simet SpA festzustellen (siehe dazu: IR – InfrastrukturRecht 2014, S. 19 f.; ferner auch die letzte Übersicht zu den laufenden Beihilfenverfahren in der Rechtsprechungsübersicht 2013). In diesem hatte die Kommission die Durchführung der durch die nationalen Gerichte angeordneten Maßnahme unterbunden.

Rechtsprechungsübersicht 2013/2014

> LAG Hessen: Übergang eines Busbetriebs i.S.v. § 613a BGB erfordert die Übernahme der Busse

Für den Übergang eines Busbetriebs i.S.v. § 613a BGB ist regelmäßig die Übernahme von Bussen notwendig. Dies hat das Landesarbeitsgericht Hessen (LAG Hessen) in einem Urteil vom 19. Februar 2013 (Az. 13 Sa 1029/12) entschieden.

In diesem zweitinstanzlichen arbeitsrechtlichen Verfahren wurde über die Betriebszugehörigkeit des Klägers vor dem Hintergrund eines möglichen Betriebsübergangs gestritten. Es war zu klären, ob der Kläger als Busfahrer bei dem beklagten Busunternehmen oder deren Rechtsvorgängerin angestellt ist. Die Beklagte war ein Busunternehmen, das im Rahmen einer Ausschreibung mit der Durchführung von Busverkehrsleistungen beauftragt wurde. Für die Durchführung der Verkehrsleistungen benötigte die Beklagte mehrere Busse, die überwiegend noch zu beschaffen waren und nicht von dem in der Vergangenheit beauftragten Alt-Unternehmen übernommen wurden. Ferner sollte von der Beklagten der bereits existierende Betriebshof genutzt werden. Die Beklagte hatte einen Teil der beim Alt-Unternehmen beschäftigten Angestellten übernommen. Der Kläger war der Ansicht, dass es im Rahmen der Beauftragung zu einem Betriebsübergang nach § 613a BGB gekommen und er nun bei der Beklagten angestellt sei. Die Beklagte widersprach dieser Auffassung. Es habe keinen für den Betriebsübergang erforderlichen Übergang der Busse gegeben.

Der Auffassung der Beklagten hat sich das LAG Hessen angeschlossen. Der Übergang der Busse als Betriebsmittel sei für das Vorliegen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB maßgeb-

lich und habe gerade nicht stattgefunden. Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang nach § 613 a Abs. 1 BGB setze die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Eine wirtschaftliche Einheit bestehe aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob dies der Fall sei, bedürfe einer Gesamtwürdigung der Umstände des konkreten Falls. In betriebsmittelgeprägten Betrieben, wie einem Busunternehmen, könne ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen, wenn die Betriebsmittel übergingen. Busverkehr könne dabei nicht als Tätigkeit angesehen werden, für die es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt. In erster Linie seien für den Betrieb eines Busunternehmens Busse erforderlich, die die Beklagte gerade nicht übernommen habe.

Die Entscheidung des LAG Hessen bedeutet eine Konkretisierung der Voraussetzungen eines Betriebsübergangs eines Busbetriebs i.S.v. § 613a BGB. In der Praxis sollte daher – sofern ein Betriebsübergang vorgesehen ist – der Übergang der Busse als Betriebsmittel erfolgen. Soll im umgekehrten Fall ein Betriebsübergang vermieden werden, sollten die Busse beim Alt-Unternehmen belassen werden.

> OLG Düsseldorf: Inhouse-Vergabe bei mittelbarer Kontrolle und Anteil von unter 1 Prozent

Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 30. Januar 2013, Az. VII-Verg 56/12) hat sich zu dem Vorliegen einer Inhouse-Vergabe bei mittelbarer Kontrolle über ein Tochterunternehmen geäußert: Das Kriterium der Kontrolle über den Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle kann bereits bei einem mittelbaren Anteil von 0,94 Prozent an der Gesellschaft erfüllt sein.

Die Antragstellerin hatte bei der Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 09. Januar 2013, Az. VK 3 – 129/12) einen Nachprüfungsantrag wegen der Inhouse-Vergabe eines Auftrags an die beigeladene Auftragnehmerin gestellt. Die Antragstellerin war ein genossenschaftlich organisierter IT-Dienstleister. Die beigeladene Auftragnehmerin war 100-prozentiges Tochterunternehmen einer Arbeitsgemeinschaft, die Zwecken der Sozialversicherung diene, und vom Bundesversicherungsamt ge-

nehmigt wurde. Der Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen sah umfangreiche Kontrollbefugnisse für die Gesellschafter, insbesondere die Minderheitengesellschafter vor. Die Antragstellerin monierte, dass der Auftrag ohne die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens vergeben wurde. Die Vergabekammer des Bundes verwarf den Nachprüfungsantrag mit der Begründung, dass es sich um eine vergabefreie Inhouse-Vergabe handle. Diese Auffassung wurde vom OLG Düsseldorf bestätigt.

Das OLG Düsseldorf sah für das Vorliegen einer Inhouse-Vergabe insbesondere das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen erfüllt. Die Antragsgegnerin hielt an der Beigeladenen mittelbar nur einen Gesellschaftsanteil von 0,94 Prozent. Jedoch könne die Antragsgegnerin über die im Gesellschaftsvertrag konkret ausgestalteten Rechte eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über die Beigeladene ausüben. Dem stünde nicht entgegen, dass die Kontrolle nur gemeinsam mit anderen Gesellschaftern ausgeübt werden könne. Das Erfordernis der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ wäre jedoch nicht erfüllt, wenn die Kontrollbefugnisse innerhalb der Gesellschaft so ausgestaltet wären, dass ein Mehrheitsgesellschafter die Gesellschaft dominiert. Dies sei bei der Beigeladenen gerade nicht

der Fall gewesen. Die (Minderheits-) Gesellschafter könnten über die Gesellschafterversammlung ausreichend an der Entscheidungsfindung teilhaben.

Die Rechtsprechung zu dem Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ hat durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf eine weitere Konkretisierung erfahren. Entscheidend ist die Gesamtschau aller Kontrollrechte im konkreten Einzelfall. Für die Auftraggeber bedeutet die Entscheidung, bei einer Inhouse-Vergabe verstärkt auf die gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Kontrollbefugnisse des Tochterunternehmens zu achten und gegebenenfalls frühzeitig eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages vorzunehmen. Dies gilt im Besonderen bei umfänglichen Holding-Strukturen.

> EuGH: Unterstützungserklärungen und Aktionärsvorschluss zugunsten France Télécom sind staatliche Beihilfen

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) sieht in den Unterstützungserklärungen und dem Aktionärsvorschluss des französischen Staates zugunsten von France Télécom staatliche Beihilfen (Urteil vom 19. März 2013, Az. C-399/10 P und C-401/10P).

Die Entscheidung des EuGH geht auf eine Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 2004 zurück. Der französische Staat sagte der in finanzielle Schwierigkeit geratenen France Télécom im Sommer 2002 wiederholt Unterstützung in Form einer Vereinbarung über einen Aktionärsvorschluss zur Erhöhung des Eigenkapitals zu. Diese Vereinbarung wurde von der France Télécom nicht umgesetzt. Im Jahr 2004 stellte die Kommission fest, dass der Aktionärsvorschluss und die Unterstützungserklärungen mit dem Unionsrecht nicht vereinbare staatliche Beihilfen darstellen (Az. 2006/621/EG). Eine Rückforderung der Beihilfe wurde nicht angeordnet. Die Entscheidung der Kommission wurde vom Gericht für nichtig erklärt, denn in den Maßnahmen des französischen Staats seien keine Beihilfen zu sehen.

Diese Entscheidung wurde nun vom EuGH aufgehoben und an das Gericht zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen. Das Gericht habe zu Unrecht eine enge spezifische Verknüpfung

zwischen Vorteil und Nachteil für den Staatshaushalt gefordert. Eine staatliche Maßnahme, die geeignet ist, gleichzeitig die Unternehmen, auf die sie angewandt wird, in eine günstigere Lage als andere zu versetzen und ein hinreichend konkretes Risiko für den Eintritt einer künftigen zusätzlichen Belastung für den Staat zu schaffen, könne zulasten der staatlichen Mittel gehen. Es genüge für das Vorliegen einer Beihilfe das Bestehen eines hinreichend engen Zusammenhangs zwischen dem gewährten Vorteil und der (möglichen) Belastung des Staatshaushalts. Dabei müssen die Verringerung des Haushalts oder das entsprechende Risiko nicht mit dem Vorteil übereinstimmen oder gleichwertig sein.

Aufgabenträger sollten daher in der Praxis sorgfältig abwägen, welche Zusagen gegenüber Dritten öffentlich als auch nicht öffentlich gemacht werden, da allein darin eine staatliche Beihilfe gesehen werden kann.

> VK Münster: Öffentliche Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre erst nach negativer Entscheidung zu eigenwirtschaftlichen Anträgen

Die Vergabekammer Münster (VK Münster, Beschluss vom 29. Mai 2013, Az. VK 5/13) hat entschieden, dass eine öffentliche Busausschreibung erst in Betracht kommt, wenn zuvor gestellte eigenwirtschaftliche Anträge (Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit) von der Genehmigungsbehörde abgelehnt wurden.

Die Antragstellerin, ein Busunternehmen, hatte Anträge auf Durchführung eigenwirtschaftlicher Linienverkehre gestellt, nachdem die zuständige Genehmigungsbehörde diese Linien zunächst regional ausgeschrieben hatte. Die Antragsgegnerin war Aufgabenträgerin für den ÖPNV, auf deren Gebiet die streitgegenständlichen Linien verlaufen. In Absprache mit der zuständigen Genehmigungsbehörde hatte die Antragsgegnerin die Linien nahezu zeitgleich als gemeinwirtschaftliche öffentliche Dienstleistungsaufträge europaweit ausgeschrieben. Die Genehmigungsanträge der Antragstellerin für die eigenwirtschaftlichen Verkehre wurden mit der Begründung abgelehnt, die Vorgaben der Antragsgegnerin würden nicht eingehalten. Gleichzeitig hat sich die Antragstellerin in dem öffentlichen Vergabeverfahren mit einem Angebot für gemeinwirtschaftlichen Verkehr beteiligt. Die Antragstellerin hat zahlreiche Vergaberügen erhoben, die in dem Verfahren vor der VK Münster mündeten. Die Antragstellerin machte insbesondere geltend, dass die Durchführung einer Ausschreibung über gemeinwirtschaftliche öffentliche Dienstleistungsaufträge bei einem gleichzeitig laufenden Genehmigungsverfahren über eigenwirtschaftliche Anträge vergaberechtswidrig sei. Die Antragsgegnerin widersprach dieser Ansicht. Die VK Münster schloss sich der Auffassung der Antragstellerin an.

Die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung, obwohl noch nicht entschieden war, ob die Verkehrsleistung auch eigenwirtschaftlich erbracht werden kann, sei vergaberechtswidrig. Vor der Ausschreibung einer Dienstleistung sei die sog. „Vergabereife“ herzustellen. Es seien nur solche Ausschreibungen zu veröffentlichen, die nach dem Kenntnisstand bei Einleitung des Vergabeverfahrens sicher zu einer Auftragsdurchführung führen. Dies sei bei dem Eingehen eigenwirtschaftlicher Anträge und einer gleichzeitigen öffentlichen Ausschreibung nicht der Fall. Für die Vergabereife sei es erforderlich, dass zunächst über den eigenwirtschaftlichen Antrag entschieden werde, bevor das öffentliche Vergabeverfahren eingeleitet werde. Dieser Grundsatz wurde auch in der Fristenregelung des § 12 Abs. 6 PBefG n.F. berücksichtigt, wonach der Antrag auf einen eigenwirtschaftlichen Verkehr drei Monate nach der Vorabbenanntmachung zu stellen ist. Danach gestellte eigenwirtschaftliche Anträge dürfen nicht mehr berücksichtigt werden und das öffentliche Vergabeverfahren kann eingeleitet werden.

Durch die Entscheidung der VK Münster wird der Vorrang eigenwirtschaftlicher Anträge bestätigt. Eigenwirtschaftliche Anträge sind in der Praxis nicht nur im genehmigungsrechtlichen Verfahren zu beachten, sie haben auch eine Bedeutung für die Zulässigkeit des Vergabeverfahrens.

> EuGH: Fahrgastrechte gestärkt

Im Rahmen einer Entscheidung vom 26. September 2013 hat sich der Europäische Gerichtshof (Az. C-509/11) – zugunsten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr – gegen eine Berechtigung von Eisenbahnunternehmen ausgesprochen, Fahrpreischädigungen bei Verspätungen, die durch höhere Gewalt verursacht worden sind, auszuschließen.

Nach Art. 17 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 (nachfolgend: VO 1371) sind Mindestentschädigungen für Fahrgäste von Eisenbahnunternehmen im Fall von Verspätungen vorgesehen. Ausnahmen von der obligatorischen Entschädigungsgewährung, für den Fall einer auf höherer Gewalt beruhenden Verspätung, existieren in der Verordnung nicht. Der EuGH stellt in seiner Entscheidung fest, dass eine Rechtfertigung für einen entsprechenden Entschädigungsausschluss auch nicht in Art. 32 Abs. 2 der Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Ver-

trag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen (nachfolgend: ER CIV) gesehen werden kann. Das Gericht stellt klar, dass Art. 32 ER CIV nur auf Schadensersatzansprüche Anwendung findet, die sich aus Verspätungen ergeben können. Demgegenüber sei Art. 17 VO 1371/2007 eine Entschädigung, die letztlich den bezahlten Fahrpreis für die Beförderung kompensieren solle. Es handele sich dabei um einen pauschalisierten und standardisierten Ausgleich, der nicht mit einer Kompensation eines individuell erlittenen Schadens zu vergleichen sei.

Aufgrund der abweichenden Zwecke der beiden Vorschriften (Entschädigung für Fahrpreis einerseits und Schadensersatz andererseits) seien Fahrgäste auch nicht daran gehindert, beide Ansprüche nebeneinander geltend zu machen.

Auch eine analoge Geltung der Regelungen in den Verordnungen Nr. 261/2004, 1177/2010 und 181/2011 für den Ausschluss der Haftung des Beförderers im Rahmen der Beförderung von Reisenden im Flug-, Schiffs- und Kraftomnibusverkehr wird durch das Gericht ausgeschlossen. Argumentativ wird darauf verwiesen, dass die jeweilige Lage der in den verschiedenen Verkehrssektoren tätigen Unternehmen nicht miteinander vergleichbar sei, da die einzelnen Beförderungsformen unter Berücksichtigung ihrer Funktionsweise, ihrer Zugänglichkeit und der Aufteilung ihrer Netze hinsichtlich ihrer Nutzungsbedingungen nicht austauschbar seien.

Über die Frage des Entschädigungsausschlusses hinausgehend entschied der EuGH überdies, dass eine nationale Kontrollbehörde nicht zur Anordnung der Streichung einer Klausel zum Ausschluss eines entsprechenden (gegen die VO 1371/2007 verstoßenden) Entschädigungsanspruchs befugt sei, sofern eine solche Kompetenz nicht im nationalen Recht verankert ist. Die Stützung einer Anordnungscompetenz unmittelbar auf Art. 30 VO 1371/2007 schloss der EuGH aus.

Im Ergebnis hat der EuGH mit dieser Entscheidung die Fahrgastrechte gestärkt. Auf die Frage, ob die Verspätung auf höhere Gewalt zurückzuführen ist, kommt es somit nicht mehr an. Insgesamt ist daher mit höheren Entschädigungen zu rechnen. Die Ausschüttung höherer Entschädigungszahlungen ist mittlerweile auch durch die betroffenen Unternehmen bestätigt worden.

> VG Saarlouis: Voraussetzungen des Austritts aus einem kommunalen Zweckverband

Das Verwaltungsgericht Saarlouis (VG Saarlouis, Urteil vom 26. Juni 2013, Az. 10 K 338/12) hat sich zu den Voraussetzungen eines einseitigen Austritts einer Gemeinde aus einem kommunalen Zweckverband geäußert.

Ein einseitiger Austritt aus einem Zweckverband im ÖPNV ist nach Auffassung des VG Saarlouis nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus wichtigem Grund unter sehr engen Voraussetzungen auch bei Fehlen einer entsprechenden Regelung in der Verbandssatzung möglich. Das Einführen einer Umlagefinanzierung zählt jedoch im konkreten Fall nicht dazu.

Anlass des Rechtsstreits war die Frage, ob die Klägerin, eine kleinere Gemeinde im Saarland, eine Umlage zur Finanzierung der Kreisverkehre im Regionalverband zahlen müsse. Die Klägerin war der Auffassung, sie sei wirksam durch Kündigung der Mitgliedschaft aus wichtigem Grund aus dem beklagten Zweckverband ausgeschieden und daher nicht mehr zur Zahlung des Umlagefinanzierungsbeitrags verpflichtet. Bei Anpassung des verbandsinternen Finanzierungssystems wurde beschlossen, dass der Beklagte von seinen Mitgliedern eine Umlage zur Finanzierung von ÖPNV-Zuschüssen erheben durfte. Daraufhin kündigte die Klägerin ihre Mitgliedschaft bei dem Beklagten aus wichtigem Grund. Als Begründung wurde angeführt, dass sich die rechtliche und tatsächliche Situation durch die Einführung der Umlagefinanzierung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen so stark zu Ungunsten der Klägerin verändert habe, dass ihr die Verbandsmitgliedschaft nicht mehr zumutbar sei. Der Beklagte lehnte die Kündigung ab und forderte sie per

Bescheid zur Zahlung der Umlage auf. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren wurde gegen den Zahlungsbescheid Klage erhoben.

Das VG Saarlouis urteilte zugunsten des beklagten Zweckverbands. Die Klägerin sei zur Zahlung der Verbandsumlage verpflichtet, da sie nicht aus wichtigem Grund aus dem Zweckverband ausgeschieden sei. Eine Kündigungsmöglichkeit der Verbandsmitgliedschaft aus wichtigem Grund könnte als ultima ratio bestehen, wenn der Klägerin wegen veränderter Umstände ein Festhalten an der Mitgliedschaft nicht mehr zuzumuten und eine Vertragsanpassung nicht möglich sei. Das Einführen einer Umlagefinanzierung und die sich daraus ergebenden Folgen genügten hierfür im konkreten Fall jedoch nicht. Die Klägerin könne nicht auf eine Umlagefreiheit des Finanzierungssystems bestehen. Es sei weder bei Verbandsgründung noch später vereinbart worden, dass eine grundsätzliche Umlagefreiheit bestehen solle. Auch andere von der Klägerin vorgetragene „wichtige Gründe“ überzeugten das VG nicht. Es liege kein wichtiger Grund in der Beibehaltung der Stimmenverteilung in der Verbandsversammlung trotz Einführung der Umlagefinanzierung vor. Das bestehende Stimmenverteilungssystem nach Einwohnerzahlen sei angesichts der durch Entscheidungen des Zweckverbands betroffenen Bürger sachgerecht und daher für die Klägerin nicht unzumutbar. Ferner führe die gleichzeitig

beschlossene Rückübertragung der Aufgabenträgerschaft auf zwei weitere Verbandsmitglieder nicht zu einer für die Klägerin unzumutbaren Veränderung, zumal sie der Rückübertragung der Aufgabenträgerschaft in der Verbandsversammlung selbst zugestimmt hatte. Ihre Verbandsmitgliedschaft sei nach den Änderungen nicht sinnentleert. Der Zweckverband erfülle weiterhin für den ÖPNV wichtige Aufgaben in seinem Zuständigkeitsgebiet.

Für die Praxis ist interessant, dass das VG Saarlouis das Bestehen eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund anerkannt hat, obwohl in der Verbandssatzung keine solche Kündigungsmöglichkeit vorgesehen ist. Ferner hat das VG Saarlouis die (engen) Voraussetzungen dieses Kündigungsgrunds präzisiert. Maßgeblich ist die Situation im Einzelfall.

> Der Koalitionsvertrages von CDU/CSU und SPD spricht sich für eine „substanzielle“ Erhöhung der Bundesmittel für die Verkehrsinfrastruktur aus

In den Koalitionsverhandlungen zwischen CDU/CSU und SPD haben die Parteien am 27. November 2013 eine Einigung erzielt. Im Verkehrssektor sind zahlreiche Maßnahmen vorgesehen, die zu einer Stärkung der Infrastruktur führen sollen. Neben der Ausweitung der LKW-Maut „auf alle Bundesstraßen“ ist die Einführung einer Vignette „von nicht in Deutschland zugelassenen PKW“ beabsichtigt. Die Gemeindeverkehrsfinanzierung soll weiterentwickelt und die Regionalisierungsmittel erhöht werden. Für den ÖPNV in Stadt und Land sollen insgesamt bessere Rahmenbedingungen geschaffen werden. Die wichtigsten Aussagen in der Zusammenstellung:

„Mobilität ist eine wesentliche Voraussetzung für persönliche Freiheit, gesellschaftliche Teilhabe sowie für Wohlstand und Wirtschaftswachstum. Grundlage hierfür ist eine leistungsfähige Verkehrsinfrastruktur. [...] Angesichts der seit vielen Jahren bestehenden strukturellen Unterfinanzierung werden wir die Planung und Finanzierung unserer Verkehrswege durch eine grundlegende Reform auf eine neue, dauerhaft verlässliche und effiziente Grundlage stellen.“

„Für die Verkehrsinfrastruktur des Bundes schaffen wir eine verlässliche Finanzierungsgrundlage. Wir werden in den nächsten vier Jahren die Bundesmittel für Verkehrsinfrastruktur substanziell erhöhen.“

„Diese werden wir durch zusätzliche Mittel aus der Nutzerfinanzierung durch LKW ergänzen. Die bestehende LKW-Maut wird auf alle Bundesstraßen ausgeweitet. Die LKW-Maut wird – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des neuen Wegekostengutachtens – weiter entwickelt. Orientierungspunkte hierbei können sein: die Tonnage, das Netz, externe Kosten. Wir stellen sicher, dass die Netto-Einnahmen aus der Nutzerfinanzierung ohne Abstriche in die Verkehrsinfrastruktur investiert werden.“

„Aufstockung der Investitionsmittel

Zur zusätzlichen Finanzierung des Erhalts und des Ausbaus unseres Autobahnnetzes werden wir einen angemessenen Beitrag der Halter von nicht in Deutschland zugelassenen PKW erheben (Vignette) mit der Maßgabe, dass kein Fahrzeughalter in Deutschland stärker belastet wird als heute. Die Ausgestaltung

wird EU-rechtskonform erfolgen. Ein entsprechendes Gesetz soll im Verlauf des Jahres 2014 verabschiedet werden.“

„Gemeindeverkehrsfinanzierung

Der Bund bleibt ein verlässlicher Partner der Kommunen bei der Finanzierung des kommunalen Verkehrs. Von den Ländern erwarten wir im Gegenzug, dass sie die Mittel zweckgebunden für Verkehrswegeinvestitionen einsetzen (ÖPNV-Infrastruktur und kommunaler Straßenbau). Wir streben eine verlässliche Anschlussfinanzierung für das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz-Bundesprogramm für die Zeit nach 2019 an. Wir werden diese Frage im Rahmen der Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen beraten.“

„System Schiene

[....]

Bei der anstehenden Revision der Regionalisierungsmittel im Jahr 2014 streben wir eine zügige Einigung mit den Ländern an. Um die Finanzierung des Schienenpersonennahverkehrs langfristig zu sichern, werden wir die Regionalisierungsmittel für den Zeitraum ab 2019 in der Bund-Länder-Finanzkommission auf eine neue Grundlage stellen. Von den Ländern erwarten wir, dass sie einen effizienten Mitteleinsatz nachweisen und Anreize für gute Qualität und für einen Zuwachs an Fahrgästen schaffen.“

„ÖPNV in Stadt und Land

Wir werden Innovationen vorantreiben, um den Umweltvorteil des ÖPNV auszubauen. Wir unterstützen die bundesweite Ein-

führung des Elektronischen Tickets und ein verbessertes bundesweites Fahrgastinformationssystem. Mit Blick auf den ländlichen Raum wollen wir die Rahmenbedingungen für alternative Bedienformen wie Ruf- und Bürgerbusse verbessern und die Entwicklung innovativer Mobilitätsansätze vor Ort unterstützen. Im Straßenverkehrsrecht schaffen wir die Möglichkeit, dass Kommunen Parkplätze rechtssicher für Carsharing-Autos und Elektroautos ausweisen können.“

Im Rahmen der weiteren Regierungsbildung ist für den 6. bis 12. Dezember das Mitgliedervotum der SPD vorgesehen. Am 14./15. Dezember soll die Verkündung der Ergebnisse erfolgen. Bei einem positiven Votum der SPD soll in der letzten Sitzungswoche des Deutschen Bundestages vom 16. bis 20. Dezember 2013 die Wahl der Bundeskanzlerin stattfinden.

> BGH: Zu hohe Stationsentgelte der DB – Bundesrichter geben EVU Recht

Mit Urteil vom 17. Januar 2013 wurde die Deutsche Bahn-Tochter DB Station & Service AG (DB) vom Kammergericht Berlin (Az.: 2 U 10/11 .Kart) zur Rückzahlung von überhöhten Stationsentgelten verpflichtet. Zugleich wiesen die Richter die Widerklage der DB auf Zahlung einbehaltener Entgelte für die Nutzung von Personenbahnhöfen ab. Die Revision wurde in der Entscheidung nicht zugelassen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 12. November 2013 (Az.: KZR 7/13) – gemeinsam mit weiteren Parallelverfahren – die von der DB eingelegte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen. Das Urteil des Kammergerichtes Berlin ist somit rechtskräftig.

Sachverhalt

Das von Rödl & Partner vertretene nichtbundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) muss für seine Halte an den Personenbahnhöfen (Stationen) der DB ein Entgelt, das sogenannte Stationsentgelt zahlen. Zum 1. Januar 2005 hatte die DB ein neues Berechnungssystem, das sogenannte „Stationspreissystem 2005“ (SPS 05) eingeführt, das das bisherige (SPS 99) ablöste. Das SPS 05 verteuerte die Preise für die Stationshalte des EVU deutlich. Teils behielt das EVU deshalb die Preisdifferenz ein, die sich zu dem bisherigen Abrechnungssystem (SPS 99) ergab, teils zahlte es die Differenzbeträge nur unter Vorbehalt an die DB. Dementsprechend forderte das EVU die unter Vorbehalt geleisteten Beträge von der DB klageweise zurück und wurde seinerseits von der DB auf Zahlung der einbehaltenen Stationsentgelte verklagt. Nachdem das erstinstanzliche Landgericht Berlin noch der DB Recht gegeben hatte, entschied das Kammergericht Berlin in zweiter Instanz zugunsten des EVU: Die von der DB geforderten Entgelte für die Nutzung ihrer Personenbahnhöfe halten einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB nicht stand.

Entscheidung

§ 315 BGB ist anwendbar, weil der zwischen der DB und dem EVU geschlossene Rahmenvertrag ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zugunsten der DB vorsieht. Eine Einigung über die Geltung des SPS 05 haben die Richter zu Recht verworfen, da das EVU den Preiserhöhungen bzw. dem SPS 05 widersprochen hat. § 315 BGB wird auch nicht von den Vorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) oder der Eisenbahninfrastruktur-Verordnung (EIBV) verdrängt. Denn die eisenbahnrechtlichen Normen bezwecken die Bestimmung einer Bandbreite zulässiger Entgelte und die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur,

um ein betriebssicheres, attraktives und wettbewerbskonformes Angebot zu schaffen. Sie sind von öffentlichen Interessen bestimmt. Demgegenüber ist für eine Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB die Interessenlage der Vertragsparteien, also insbesondere der Vertragszweck und die Bedeutung der Leistung entscheidend. Außerdem sind die Möglichkeiten des EVU, sich bei der Bundesnetzagentur nach den Regelungen des AEG gegen die Festsetzung eines Stationsnutzungsentgelts durch die DB zu wehren, deutlich schwächer ausgestaltet als der Rechtsschutz vor den Zivilgerichten.

Die Billigkeit der Stationsentgelte hat die DB prozessual darzulegen und zu beweisen. Diesen Anforderungen hat die DB vor Gericht nicht entsprochen. Denn es ist unklar geblieben, ob sich die DB bei der einseitigen Festlegung der Stationsentgelte innerhalb des von § 315 BGB vorgegebenen Ermessensspielraums gehalten hat und nach sachgerechten Kriterien vorgegangen ist. Für das Kammergericht Berlin war bspw. nicht erkennbar, dass den nach dem SPS 05 erzielten Erlösen diejenigen Kosten der von dem EVU konkret genutzten Stationen gegenüberstehen. Auch die von der DB z.B. dargestellte Ermittlung der vermeintlich auf das EVU entfallenden Kosten-/Erlösanteile blieb intransparent, obwohl der Verteilungsmaßstab ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Überprüfung der Billigkeit gemäß § 315 BGB ist.

Fazit

Die Entscheidung des BGH ist nicht allein für noch rechtshängige Streitverfahren richtungsweisend, sondern bspw. auch für Stationsentgeltzahlungen, die im Jahr 2010 an die DB geleistet wurden. Etwaige Rückforderungsansprüche von nichtbundeseigenen EVU müssen aber frühzeitig geltend gemacht werden. Andernfalls kann die Verjährung solcher Ansprüche drohen.

> Europäische Kommission: Beschlussdoppel gegen Beihilfen Frankreichs zugunsten der SNCM

Die Kommission hat zwei Beschlüsse zu rechtswidrigen Beihilfen Frankreichs erlassen. Die von Frankreich an die Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) gezahlten „Umstrukturierungsbeiträge“ (vgl. EuG, Rechtssache T-565/08 und IP/13/1126) und Ausgleichszahlungen für „Zusatzdienste“ (vgl. Entscheidung C (2013) 1926 final vom 02. Mai 2013) stellen mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen dar. Sie sind daher durch Frankreich von der SNCM zurückzufordern.

Die SNCM ist ein Schifffahrtsunternehmen, das Personen, Fahrzeuge und Güter auf Verbindungen zwischen dem französischen Festland und verschiedenen Mittelmeerinseln befördert. Das Unternehmen stand mittelbar im 100-prozentigen Eigentum Frankreichs. Im Laufe einer gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung und Privatisierung hat Frankreich dem Unternehmen Zahlungen in Höhe von rund EUR 220 Mio. zukommen lassen. Hiergegen ist ein Konkurrent der SNCM zunächst durch Einschaltung der Kommission erfolglos und anschließend vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG) erfolgreich vorgegangen (vgl. Rechtssache T-565/08). Die Kommission hat daraufhin den hier dargestellten Beschluss erlassen. Die „Umstrukturierungsbeiträge“ sollen nicht mit EU-Recht über staatliche Beihilfen in Einklang stehen. Die Kommission sehe unter Berücksichtigung der Auffassung des EuG die gezahlten Beiträge als mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen an und forderte Frankreich zur Rückforderung der gezahlten Beträge auf. Als Begründung wurde angeführt, dass nicht mit Sicherheit festgestellt werden könne, dass Frankreich sich bei seiner Entscheidung für eine Privatisierung wie ein marktwirtschaftlicher Investor verhalten und die für den Staatshaushalt kostengünstigste Lösung gewählt habe. Für das Nicht-Vorliegen einer Beihilfe sei das positive Ausfallen dieses sogenannten „Private-Investor-Test“ entscheidend.

Der zweite Beschluss bezieht sich auf die von Frankreich unterlassene Rückforderung der in den Jahren 2007 bis 2013 an die SNCM gezahlten Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Seeverkehrsdienstleistungen als sogenannte „Basis- und Zusatzdienste“. In einem vorangegangenen Beschluss hat die Kommission festgestellt (vgl. Beschluss vom 02. Mai 2013, C (2013) 1926 final), dass die gezahlten Ausgleichsleistungen Frankreichs für die „Zusatzdienste“ mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar seien. Die Zahlungen erfolgten auf der Grundlage eines Vertrages zur Auferlegung gemeinwirtschaftli-

cher Verpflichtungen, der die „Zusatzdienste“ als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse klassifizierte. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass die für die „Zusatzdienste“ erforderlichen höheren Ausgleichsleistungen keinen Ausgleich für tatsächlich benötigte öffentliche Dienstleistungen darstellen. Die von der SNCM unterhaltenen Fährverbindungen wurden gleichzeitig auch von privaten Anbietern bedient, die keine staatlichen Beihilfen erhielten. Die Seeverkehrsleistungen der SNCM seien also anders als die „Basisdienste“, die eine Grundversorgung der Inselbewohner sicherstellen, nicht von öffentlichem Interesse. Gegen diese zweite Entscheidung der Kommission gehen die SNCM und Frankreich gerichtlich vor dem EuG vor (vgl. Rechtssache T-454/13). Dies ist jedoch für die Umsetzung der Rückforderungsentscheidung unerheblich. Frankreich war nach Ergehen der Kommissionsentscheidung verpflichtet, innerhalb von vier Monaten die gezahlten rechtswidrigen Beihilfen von der SNCM zurückzufordern. Dies ist bisher nicht erfolgt. Daher wird die Kommission das Gericht der Europäischen Union anrufen und die Rückforderung u.U. mit Zwangsmitteln durchsetzen.

Die Kommissionsbeschlüsse sind auch für den ÖPNV von Bedeutung. Auch hier gibt es vielfach Unternehmen, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Dabei muss sich das Handeln der öffentlichen Hand vielfach an (markt-) wirtschaftlichen Maßstäben messen lassen, andernfalls handelt es sich um Beihilfen. Das Verfahren, das dem zweiten Beschluss zugrunde liegt, schärft den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung. Ein Bedarf an gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen besteht nur dort, wo Verkehrsleistungen nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden können. An sich eigenwirtschaftliche Leistungen können nicht in gemeinwirtschaftliche Leistungen „umgedeutet“ werden. Die Abgrenzung erfolgt anhand einer Marktbetrachtung.

> BVerwG: Eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge sind nur genehmigungsfähig, wenn die Erbringung der Leistung „dauerhaft“ zu erwarten ist

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat sich in einem aktuellen Urteil mit der Grundsatzfrage der dauerhaften, wirtschaftlichen Auskömmlichkeit von Liniengenehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) (BVerwG, Urteil vom 24. Oktober 2013 – 3 C 26.12) befasst.

Die Klägerin, ein privates Busunternehmen, hatte eine eigenwirtschaftliche Liniengenehmigung beantragt. Voraussetzung für die eigenwirtschaftliche Finanzierung war ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch gegen den ÖPNV-Aufgabenträger, den die Klägerin zu haben behauptete. Die Genehmigungsbehörde hat den Antrag der Klägerin abgelehnt und stattdessen Dritten eine gemeinwirtschaftliche Genehmigung erteilt. Als Begründung wurde ausgeführt, dass der Betrieb der Linie durch die Klägerin den öffentlichen Verkehrsinteressen widerspräche, da die beantragte Linie nicht dauerhaft eigenwirtschaftlich betrieben werden könne. Hiergegen wendete sich die Klägerin gerichtlich über mehrere Instanzen. Das BVerwG hat die Ablehnung des eigenwirtschaftlichen Antrags nun bestätigt.

Maßstab der Entscheidung war die alte Rechtslage vor dem Inkraft-Treten der VO (EG) Nr. 1370/2007 und des novellierten PBefG. (Die neue Entscheidung ist jedoch auf das novellierte PBefG übertragbar.) Das BVerwG führte in seiner Entscheidung aus, dass der von der Klägerin gestellte eigenwirtschaftliche Antrag nicht den Genehmigungsvoraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG a.F. genüge, da der Antrag dem öffentlichen Verkehrsinteresse widerspräche. Dies sei beeinträchtigt, wenn es **konkrete Anhaltspunkte** dafür gebe, dass der Antragsteller einer Liniengenehmigung die betreffende Linie wegen **fehlender Kostendeckung nicht dauerhaft betreiben könne**, obwohl ein entsprechendes Verkehrsbedürfnis bestehe. Der Antrag der Klägerin enthielt Anhaltspunkte für eine (dauerhafte) defizitäre Finanzierung. Nur mit öffentlichen Zuschüssen, auf die die Klägerin nach damaliger Rechtslage (VO (EWG) Nr. 1191/69) keinen Anspruch habe, ließe sich ein kostendeckender Betrieb ermöglichen. Die Genehmigungsbehörde könne trotz des grundsätzlichen Vorrangs eigenwirtschaftlicher Anträge nicht gezwungen werden, **wissentlich einen in seiner Kontinuität von vornherein gefährdeten Linienbetrieb zu genehmigen**.

Bewertung für die Praxis:

Für die **antragsstellenden Unternehmen** und **Genehmigungsbehörden** bedeutet die Entscheidung eine Ausweitung des Darlegungs- und Prüfungsumfangs. Die gewährleistete Dauerhaftigkeit des Linienbetriebs zählt – auch nach der heutigen Rechtslage – zum Prüfungsgegenstand der Genehmigungs-

behörde. Dazu sind überwiegend betriebswirtschaftliche Überlegungen anzustellen. Verfügt die Genehmigungsbehörde nicht über ein ausreichendes Fachwissen, ist „externer Sachverstand einzuholen“, so das Gericht. Wurde bisher neben der Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens die Eigenwirtschaftlichkeit der konkreten Linie im Genehmigungsantrag in der Regel inhaltlich nicht vertieft geprüft, so folgen aus der Entscheidung höhere Anforderungen an die Prüfung in Bezug auf die „dauerhafte Wirtschaftlichkeit“ der Linie.

Eine geeignete Darstellungs- und Prüfungsgrundlage hierzu kann das Instrument eines Businessplans sein. Ob die Genehmigungsbehörden solche Nachweise bereits bei Antragsstellung oder nur bei konkreten Anhaltspunkten fordern werden, bleibt abzuwarten. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass im Falle der Antragskonkurrenz nun stets eine detaillierte Wirtschaftlichkeitsprüfung erforderlich wird, da die Antragsgegner aller Voraussicht nach die fehlende Kostendeckung des jeweilig konkurrierenden Antrags vortragen werden.

Auch zahlreiche **Verkehrsverbünde** werden durch diese Entscheidung unter Druck geraten. Denn der Nachweis der dauerhaften Wirtschaftlichkeit der Linie erfordert linienscharfe Erlösaussagen, wie sie heute nur in den wenigsten Verbünden üblich sind.

Insgesamt ist die Entscheidung im Sinne eines öffentlichen Verkehrsinteresses und der Kontinuität der Verkehrsbedienung zu begrüßen. Bei eigenwirtschaftlichen Konkurrenzanträgen wird sie zu mehr Transparenz und Fairness im Auswahlverfahren führen. Zugleich präzisiert die Entscheidung die Genehmigungsvoraussetzungen für eigenwirtschaftliche Verkehre und leistet damit auch einen Beitrag zur Abgrenzung von Anträgen nach § 8a PBefG, d.h. Verkehrsleistungen mit öffentlichen Ausgleichsleistungen: Einerseits wurde der Vorrang dauerhaft eigenwirtschaftlich betriebener Leistungen vor solchen mit öffentlichen Ausgleichsleistungen bestätigt. Andererseits können nunmehr **Aufgabenträger** die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen besser rechtfertigen, wenn Zweifel an der Eigenwirtschaftlichkeit von Anträgen bestehen. Es ist zu erwarten, dass dies zu einer Stärkung der Position der Aufgabenträger führen wird.

> OLG Frankfurt: In-House-Vergaben können im ÖPNV vergaberechtsfrei erfolgen

Das Oberlandesgericht Frankfurt (Beschl. v. 30. Januar 2014 – 11 Verg 15/13) hat sich in einer aktuellen Entscheidung zur Frage geäußert, ob In-House-Geschäfte im Sinne des allgemeinen Vergaberechts nach dem Vergaberegime der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (nachfolgend: VO 1370) vergeben werden müssen, oder, wie vor dem Inkrafttreten der Verordnung, vergaberechtsfrei sind. Das eine Vergaberechtsfreiheit des In-House-Geschäfts favorisierende OLG Frankfurt setzt sich mit seiner Ansicht in Opposition zu den bisher ergangenen Entscheidungen anderer Gerichte.

Das OLG Frankfurt erkennt zwar den Sonderrechtsregimecharakter der VO 1370 an, ist aber gleichwohl der Ansicht, dass die Verordnung selbst die Möglichkeit eröffnet, eine In-House-Vergabe außerhalb der VO 1370 durchzuführen. Da sich eine In-House-Vergabe nach den Regeln des allgemeinen Vergaberechts richten würde, wäre dessen Abschluss – wie unter den Rechtsvorgaben des allgemeinen Vergaberechts anerkannt – vergaberechtsfrei. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 soll den Ausführungen des Gerichts nach öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen vom Vergabeverfahren nach der VO 1370/2007 ausnehmen, sofern sie nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen.

Das Gericht verlangt somit im Ergebnis das Vorhandensein einer Dienstleistungskonzession zur Eröffnung des Vergaberegimes der VO 1370. Mit dieser Auffassung setzt sich das Oberlandesgericht in Widerspruch zur Rechtsprechung einer ganzen Reihe von Oberlandesgerichten, wie etwa des OLG Düsseldorf oder des OLG Rostock.

Darüber hinaus beschäftigt sich das OLG in seiner Entscheidung mit der Möglichkeit einer Dringlichkeitsvergabe nach

den Vorgaben des allgemeinen Vergaberechts. Im zu entscheidenden Fall ging es um die Durchführung einer Interimsvergabe (zur Überbrückung des Zustandes bis zur angestrebten Direktvergabe des Hauptauftrages) in Form einer Direktvergabe. Das Gericht führt hierzu aus, dass eine solche Dringlichkeit allenfalls solange gegeben sei, bis über eine Interimsvergabe in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren entschieden werden konnte. Dies soll zumindest dann gelten, wenn dem Auftraggeber die Entstehung der Dringlichkeitssituation zugerechnet werden kann.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt kann für alle künftigen Direktvergaben an kommunale Unternehmen Bedeutung haben. Sie stellt in vergaberechtlicher Hinsicht gewissermaßen den bereits vor der VO 1370 geltenden Rechtsrahmen für In-House-Vergaben wieder her, setzt sich aber damit in Widerspruch zu anderen zur Vergabe nach der VO 1370 existierenden gerichtlichen Entscheidungen. Die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen durch Aufgabenträger an eigene Verkehrsunternehmen könnte – würde sich die Auffassung des Gerichts durchsetzen – deutlich erleichtert werden.

> OLG LSA: Genehmigungswettbewerb in Verbindung mit einer Fördersatzung erfordert nicht die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages

Das Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt (Beschl. v. 17. Januar 2014 – 2 Verg 6/13) hat sich im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes mit der Frage befasst, ob die Durchführung eines Genehmigungswettbewerbs zu einer Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zwingt, wenn der Aufgabenträger bereits zuvor eine Fördersatzung erlassen hat, über die Verkehrsunternehmen Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Verkehrsleistungen erlangen können. Das Gericht entschied sich im Ergebnis gegen die Annahme eines vergaberechtlich relevanten Vorganges.

Ein Aufgabenträger erließ eine Satzung zur anteiligen Mitfinanzierung von Defiziten der Verkehrsunternehmen für die Erstellung von eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen. Diese Fördersatzung war als allgemeine Vorschrift im Sin-

ne des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (nachfolgend: VO 1370) konzipiert. Folge der Einstufung als allgemeine Vorschrift wäre, dass die Verkehrsleistungen, die über die Fördersatzung begünstigt würden, nicht ihren

eigenwirtschaftlichen Charakter im Sinne des Genehmigungsrechts nach dem PBefG verlieren würden. Der Aufgabenträger rief nach Erlass der Satzung zum Genehmigungswettbewerb auf und verwies dabei auf die Finanzierungssatzung.

Der sich gegen dieses Vorgehen wehrende Antragsteller hat auf dem Vergaberechtsweg die Aufhebung des Genehmigungswettbewerbs und gleichzeitige Ausschreibung der Dienstleistungen verlangt. Insbesondere rügte er, dass die Satzung nicht den Vorgaben einer allgemeinen Vorschrift im Sinne der VO 1370 entspreche. Da der Gewinner des Genehmigungswettbewerbs berechtigt wäre, über die Fördersatzung Ausgleichsleistungen in Anspruch zu nehmen, die Fördersatzung aber nach den Vorgaben der VO 1370 nicht hätte erlassen werden dürfen, sei es europarechtlich (nach der VO 1370) verpflichtend gewesen, öffentliche Dienstleistungsaufträge zu vergeben. Die Anträge hatten vor dem OLG LSA keinen Erfolg.

Das Gericht führt aus, dass der Genehmigungswettbewerb selbst keine Vergabe eines öffentlichen Auftrags sei. Auch in Kombination mit der Fördersatzung fehle es, mangels einer Entgeltlichkeit der Leistungserbringung, an einem Beschaffungsvorgang. Durch die Genehmigung des eigenwirtschaftlichen Verkehrs würde sich der öffentliche Auftraggeber weder zur Zahlung einer unmittelbaren Vergütung noch sonst

zu einer geldwerten Gegenleistung verpflichten. Sofern in der Fördersatzung eine Anspruchsgrundlage für Ausgleichsleistungen geschaffen worden sei, erfolge die Gewährung nicht in einem einheitlichen, durch die Genehmigung begründeten Leistungsaustauschverhältnis. Die Nachprüfung könne daher nicht auf dem Vergaberechtsweg erfolgen, sondern allenfalls (im Hinblick auf die Satzung) auf dem Verwaltungsrechtsweg.

Klargestellt wird vom Gericht zudem, dass vermeintliche Verstöße gegen beihilfenrechtliche Vorgaben (genannt wird vom Gericht Art. 3 Abs. 1 VO 1370) oder gegen fachrechtliche Bestimmungen im Personenbeförderungsrecht nicht Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens sein können.

Die Begründung des Gerichts überzeugt vor dem Hintergrund, dass es in dem Verfahren nicht um die Gewährung von Ausgleichsleistungen ging, sondern um den Genehmigungswettbewerb und die Möglichkeit der Ausgleichserlangung aufgrund der Fördersatzung. Hier ist in der Tat noch kein unter die VO 1370 fallender Sachverhalt gegeben. Dies könnte sich aber ändern, sobald eine Ausgleichsgewährung aufgrund der Fördersatzung tatsächlich erfolgt. Diese müsste sich, da die VO 1370 einschlägig ist, an den vergaberechtlichen Vorgaben dieses Regelungsrahmens messen lassen, und sollte daher auch auf dem Vergaberechtsweg nachprüfbar sein.

> OLG Rostock: Keine unzulässige Direktvergabe bei einvernehmlicher Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung

Das Oberlandesgericht Rostock (OLG Rostock, Beschluss vom 25. September 2013, Az. 17 Verg 3/13) hat sich zur Zulässigkeit einer einvernehmlichen Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung geäußert. Eine direkt nach der Zuschlagserteilung vorgenommene Vertragsänderung stelle keine de-facto-Vergabe dar, wenn der Auftrag nicht heimlich erfolge, keine bewusste Umgehung des Vergaberechts vorliege und es sich nur um unwesentliche Änderungen handle.

In einem Offenen Verfahren nach VOL/A wurden Leistungen des Schienen- und Personennahverkehrs ausgeschrieben. Zunächst wurden in diesem Verfahren zwei Angebote eingereicht. Eines der Angebote wurde jedoch kurz nach der Abgabe „zurückgezogen“ und von dem öffentlichen Auftraggeber „als vergaberechtlich nicht existent“ behandelt. Mit dem einzigen im Verfahren verbliebenen Bieter führte der öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung ein sog. Aufklärungsgespräch und vereinbarte, den beauftragten Leistungsumfang direkt nach der Zuschlagserteilung zu reduzieren. Der Zuschlag wurde dem verbliebenen Bieter erteilt. Die Auftragsvergabe und die Leistungsreduzierung wurden im EU-Amtsblatt bekannt gemacht. Hiergegen wendete sich der aus dem Vergabeverfahren ausgeschiedene zweite Bieter mit einem Nachprüfungsantrag und der Begründung, durch die „Nachverhandlung“ wären die Vor-

aussetzungen einer zur Unwirksamkeit des Vertrages führenden de-facto-Vergabe erfüllt. Sowohl die Vergabekammer als auch das OLG Rostock wiesen den Nachprüfungsantrag zurück.

Die Rostocker Richter sahen in dem erfolgten Aufklärungsgespräch zwar einen Verstoß gegen § 15 Satz 1 VOL/A. Das zwischen dem Auftraggeber und dem verbliebenen Bieter erfolgte Gespräch sei deutlich über ein Aufklärungsgespräch hinaus gegangen. Es stelle vielmehr eine nach § 15 Satz 2 VOL/A ausdrücklich verbotene nachträgliche Verhandlung dar. Dennoch sei der Verstoß nicht so gravierend, dass sich daraus die Nichtigkeit des Zuschlags ergebe. Ferner seien die Voraussetzungen einer de-facto-Vergabe nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht erfüllt. Danach ist ein Vertrag unwirksam, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen

erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund des Gesetzes gestattet ist. Insbesondere wurden in diesem Vergabeverfahren andere Unternehmen beteiligt. Die Antragstellerin selbst hatte ein Angebot abgegeben, dann aber wieder „zurückgezogen“. Auch sei das Verfahren nicht unter bewusster Umgehung des Vergaberechts durchgeführt worden. Im Moment der Zuschlagserteilung hatte der Auftraggeber keinen Anlass anzunehmen, dass sich weitere Unternehmen an einer erneuten Ausschreibung beteiligen würden. Die Begründung der Antragstellerin, ihr Angebot aus dem Vergabeverfahren „zurückzuziehen“, habe deutlich zum Ausdruck gebracht, nicht an einer Beteiligung an dieser Ausschreibung interessiert zu sein. Auch die vereinbarte Leistungsreduzierung mache keine erneute Ausschreibung erforderlich. Die Leistungsänderung bewege sich nach Art und Umfang unterhalb der Erheblichkeitsschwelle. Dabei komme es nicht auf die Über- oder Unterschreitung eines bestimmten Prozentsatzes einer Leistungsänderung gemessen am Gesamtauftragsvolumen an. Es komme vielmehr darauf an, ob in einer Gesamtschau das wirtschaftliche Gleich-

gewicht des Vertrages zum Nachteil anderer potenzieller Bieter verschoben wurde. Maßstab für diese Beurteilung seien die vom EuGH in der „Pressetext“-Rechtsprechung entwickelten Kriterien. Die streitgegenständliche Leistungsänderung habe weder das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages verändert, noch Einfluss auf sein maßgebliches Gepräge gehabt.

Bewertung für die Praxis:

Vertragsanpassungen während des Vergabeverfahrens erfordern eine besondere Aufmerksamkeit des Auftraggebers. Sie können zu einer erneuten Ausschreibung führen. Doch nicht jede Anpassung führt zu dieser Konsequenz. Das Vergaberecht bietet Möglichkeiten, wie etwa Übergang in eine andere Art des Vergabeverfahrens, eine erneute Ausschreibung zu verhindern. Auch die Ausführungen des Gerichts zu der „Erheblichkeitsschwelle“ erfordern in der Praxis besondere Aufmerksamkeit. Es sollte nicht von einer starren Prozentschwelle ausgegangen werden, sondern im konkreten Einzelfall die wirtschaftlichen Folgen einer solchen Vertragsänderung untersucht und bewertet werden.

> Europäische Kommission: Notifizierung der beabsichtigten Ausgleichsleistungen im Ausbildungsverkehr anhand eines Preis-Preis-Vergleichs in Rheinland-Pfalz

Die Europäische Kommission hat festgestellt, dass ein von Rheinland-Pfalz angemeldetes Gesetz, nach dem dort tätige Bus- und Straßenbahnunternehmen verpflichtet sind, ermäßigte Fahrausweise für Schüler, Studierende und Auszubildende anzubieten, und dafür entsprechende Ausgleichsleistungen erhalten, mit den EU-Beihilfevorschriften im Einklang steht. Die angemeldete Maßnahme ist sowohl mit Artikel 93 AEUV (Ausgleichsleistungen für die Erfüllung bestimmter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im öffentlichen Verkehr) als auch als Beihilfen sozialer Art nach Artikel 107 Absatz 2 Buchstabe a AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar.

Nach einem langwierigen Notifizierungsverfahren kommt die Kommission nunmehr zu dem Schluss, dass das angemeldete „Gesetz des Landes Rheinland-Pfalz über den Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Ausbildungsverkehr (LAGV)“ und die Verordnung zu § 9 des LAGV (Durchführungsverordnung) mit dem Binnenmarkt als allgemeine Vorschrift gem. Art. 3 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370) vereinbar sind.

Das Gesetz regelt, dass der zu beantragende Ausgleich durch zwei Obergrenzen gedeckelt wird: Die erste Obergrenze (über die sog. Preis-Preis-Differenz) sieht vor, dass der zu beantragende Ausgleich der Differenz entspricht, die zwischen dem ermäßigten Tarif für Schüler, Studierende und Auszubildende und dem Normaltarif für Erwachsene für Verkehre in Rheinland-Pfalz besteht. Anspruchsberechtigt sind Unternehmen, sofern die Ermäßigung mindestens 15 Prozent des Normaltarifs für Erwachsene beträgt.

Die zweite Obergrenze (über die sog. Preis-Kosten-Betrachtung) sieht eine ergänzende Überkompensationskontrolle vor. Diese hat in Einklang mit den Bestimmungen der VO 1370 und ihrem Anhang zu stehen. Die zweite Obergrenze ergibt sich aus den Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns abzüglich der Einnahmen. Für die Ermittlung der Kosten und des angemessenen Gewinnaufschlags sei die vorgesehene Anwendung der „Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten“ (LSP) sachgerecht, so die Kommission. Die Vorgaben nach LSP bilden danach die Grundlage für die Ermittlung der relevanten Kosten und für die Bemessung des angemessenen Gewinns.

Ferner stellt die Kommission fest, dass die angemeldete Maßnahme sozialer Art sei, weil sie einer bestimmten Fahrgastkategorie vorbehalten sei und zudem diskriminierungsfrei gewährt werde.

Die von einem Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente hielt die Kommission allesamt für nicht stichhaltig. Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, dass das Ausgleichssystem Unternehmen in Städten gegenüber solchen in ländlichen Regionen begünstige, stimmt die Kommission der Einschätzung zwar zu, führt dazu jedoch weiter aus, dass sie nur die Vereinbarkeit mit den Regelungen des Beihilferechts prüfe.

Bewertung für die Praxis

Der Beschluss ist für die Praxis in vielfacher Hinsicht von Bedeutung.

- > Zum einen ist klargestellt, dass auch bei allgemeinen Vorschriften eine Überkompensationskontrolle anhand der Vorgaben des Anhangs durch eine Kosten-Erlös-Betrachtung vorzunehmen ist. Die Kommission erteilt damit zugleich auch Regulierungsansätzen eine Absage, die nur eine ex ante-Regulierung für ausreichend erachten.
- > Zum anderen akzeptiert die Kommission die Anwendung der LSP bei der Ermittlung der relevanten Kosten, wonach „nur diejenigen Kosten zu berücksichtigen sind, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung der Leistung entstehen“ (Rdnr. 73). Dies dürfte zu einer Vereinfachung und Standardisierung bei der Ermittlung der relevanten Kosten führen.

- > Ferner kann das LSP-Verfahren auch zur Bemessung des angemessenen Gewinns herangezogen werden. Danach gilt ein Gewinnaufschlag von 6,5 Prozent bezogen auf das betriebsnotwendige Kapital als angemessen.

Unschärf bleibt die Kommission in Bezug auf die Ermittlung des eigentlichen Preis-Preis-Ausgleichs. Gegen den Modellansatz kann eingewandt werden, dass die Unternehmer über ihr Tarifinitiativrecht nach § 39 PBefG den relevanten Vergleichstarif setzen und damit die Höhe des Ausgleichsbetrags selber bestimmen können. Dieses „selbstreferenzielle Verfahren“ kann zu einem Tarifwettbewerb zwischen den Verbundgebieten führen. Die Kommission teilt diese Bedenken nicht, da die Tarife einer Preisprüfung unterlägen, über die ein Missbrauch ausgeschlossen werden könne. Diese Einschätzung dürfte in der Praxis auf Kritik stoßen.

Unklar ist bislang auch, ob die Ausgleichsleistungen der Umsatzsteuer unterliegen.

> OLG Koblenz: EuGH-Vorlage des rheinland-pfälzischen Tariftreue- und Mindestentgelt-Gesetzes

Mit dem OLG Koblenz hat erneut ein deutsches Gericht eine Tariftreue- und Mindestentgelt-Regelung dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der Vergabesenat des OLG Koblenz (Beschluss vom 19. Februar 2014, Az. 1 Verg 8/13) hat Zweifel an der Vereinbarkeit von § 3 Abs. 1 LTTG mit Europarecht.

Anstoß des Verfahrens ist ein Vergabenachprüfungsverfahren zu einem Vergabeverfahren über Postdienstleistungen, in dem ein Bieter eine geforderte Mustererklärung nach § 3 LTTG über die Zahlung eines bestimmten Mindestentgelts nicht abgegeben bzw. durch eigene Erklärungen ersetzt hatte. Nach § 3 Abs. 1 LTTG sollen öffentliche Aufträge nur an Bieter vergeben werden, die sich zur Zahlung eines Mindeststundenlohns von EUR 8,50 (brutto) verpflichten. Diese Zahlungsverpflichtung soll jedoch nur für die bei der Ausführung der Leistung beteiligten Arbeitnehmer gelten. Bereits im Vergabeverfahren rügte die jetzige Antragstellerin die Verpflichtung zur Abgabe der Mindestentgelterklärung als vergaberechtswidrig. Die Auftraggeberin half der Rüge nicht ab und schloss die Antragstellerin wegen der Nichtabgabe der geforderten Mindestentgelterklärung vom

Vergabeverfahren aus. Hiergegen leitete die Antragstellerin ein Vergabenachprüfungsverfahren ein. Der Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer mit im Wesentlichen gleichlautender Begründung zurückgewiesen, wogegen die Antragstellerin sofortige Beschwerde beim OLG Koblenz einreichte. Das OLG Koblenz hat Zweifel in Bezug auf die Vereinbarkeit des § 3 Abs. 1 LTTG mit Europarecht. Über die Regelung des § 3 Abs. 1 LTTG würden auch ausländische Unternehmen zur Zahlung des Mindestlohns verpflichtet werden, obwohl in ihrem Herkunftsstaat ein geringeres Lohnniveau als das rheinland-pfälzische Mindestlohniveau herrsche. Hierdurch würde den Unternehmen aus anderen EU-Staaten eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegt, die den Marktzugang erschwere und somit nicht mit dem freien Dienstleistungsverkehr nach Art. 56 Abs. 1 AEUV vereinbar sei.

Bewertung für die Praxis:

Neben der rheinland-pfälzischen Mindestlohnregelung wurde bereits das nordrhein-westfälische Tariftreue- und Vergabegesetz (TVgG-NRW) gerichtlich angegriffen. Auch in diesem Verfahren hat die Vergabekammer sich zu einer Vorabvorlage vor dem EuGH entschieden (vgl. VK Arnsberg, Beschluss vom 26. September 2013, Az. VK 18/13). Kernfrage dieses Verfahrens ist ebenfalls die Vereinbarkeit der landesrechtlichen Tariftreueregelung mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 Abs. 1 AEUV. Bereits in 2008 hatte der EuGH – auf Vorlage des OLG Celle – das damalige niedersächsische Tariftreuegesetz auf seine Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit zu untersuchen (vgl. EuGH, Urteil vom 03. April 2008, Rs. C-346/06 - „Rüffert“). Der EuGH hatte entschieden, dass eine Tariftreueregelung bei der

Vergabe öffentlicher Aufträge unzulässig ist, wenn hierdurch Wirtschaftsteilnehmer aus anderen EU-Staaten in ihrer Dienstleistungsfreiheit verletzt werden. Dies war bei der niedersächsischen Regelung damals bejaht worden.

Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH seine bereits ergangene Rechtsprechung bestätigt. Jedoch sollten öffentliche Auftraggeber sich des Risikos einer vergaberechtlichen Nachprüfung – sofern entsprechende landesrechtliche Vorgaben bestehen – bewusst sein und dies bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zeitlich und wirtschaftlich berücksichtigen.

Rödl & Partner, Ansprechpartner



Jörg Niemann

E-Mail:

joerg.niemann@roedl.com



**Dr. Benjamin Linke
LL.M. (Edinburgh)**

E-Mail:

benjamin.linke@roedl.com



Isa Alexandra Matz

E-Mail:

isa-alexandra.matz@roedl.com



Holger Schröder

E-Mail:

holger.schroeder@roedl.com



Dr. Julia Lehmann

E-Mail:

julia.lehmann@roedl.com



Julia Müller

E-Mail:

julia.mueller@roedl.de

Rödl & Partner intern

> Werkstattgespräch „Rechtsprechung und Rechtsentwicklung“

Im Rahmen des Werkstattgesprächs „Rechtsprechung und Rechtsentwicklung“ informieren wir Sie über die aktuellen rechtlichen Entwicklungen. Denn nur wer die aktuellen Entwicklungen kennt, kann die Zukunft gestalten.

In der Veranstaltungsreihe „Werkstattgespräche“ steht der Dialog der Teilnehmer im Mittelpunkt. Prägnant und verständlich zeigen wir in Impulsvorträgen aktuelle Entwicklungen auf. Viel Raum für Diskussionen und den Erfahrungsaustausch im Teilnehmerkreis bilden den Rahmen für die Veranstaltung. Gerne stehen wir auch für Einzelgespräche am Rande der Veranstaltung zur Verfügung.

Kontakt für weitere Informationen:



Peggy Kretschmer

B.Sc. Wirtschaftswissenschaften

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02

E-Mail: peggy.kretschmer@roedl.com

Veranstaltungstermine und -orte

Termin 07. Oktober 2014 in Hamburg

Ort Rödl & Partner
Kehrwieder 9 | 20475 Hamburg

Termin 08. Oktober 2014 in Nürnberg

Ort Rödl & Partner
Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Termin 09. Oktober 2014 in Berlin

Ort Rödl & Partner
Straße des 17. Juni 106 | 10623 Berlin

Termin 14. Oktober 2014 in Stuttgart

Ort Rödl & Partner
Industriestraße 3 | 70565 Stuttgart

Termin 15. Oktober 2014 in Köln

Ort Rödl & Partner
Kranhaus 1, Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

Uhrzeit 10:00 – 14:00 Uhr

Perspektiven verbessern

„Wir begreifen neue Herausforderungen als eine große Chance, besser zu werden. Lebenslanges Lernen ist wichtiger Teil unseres Leistungskonzepts.“

Rödl & Partner

„Nur wer sich auf Neues einlässt, kann sich weiterentwickeln. Deswegen nehmen wir Herausforderungen an, wo immer sie sich uns auch stellen.“

Castellers de Barcelona



„Jeder Einzelne zählt“ – bei den Castellern und bei uns.

Menschtürme symbolisieren in einzigartiger Weise die Unternehmenskultur von Rödl & Partner. Sie verkörpern unsere Philosophie von Zusammenhalt, Gleichgewicht, Mut und Mannschaftsgeist. Sie veranschaulichen das Wachstum aus eigener Kraft, das Rödl & Partner zu dem gemacht hat, was es heute ist.

„Força, Equilibri, Valor i Seny“ (Kraft, Balance, Mut und Verstand) ist der katalanische Wahlspruch aller Castellern und beschreibt deren Grundwerte sehr pointiert. Das gefällt uns und entspricht unserer Mentalität. Deshalb ist Rödl & Partner eine Kooperation mit Repräsentanten dieser langen Tradition der Menschtürme, den Castellern de Barcelona, im Mai 2011 eingegangen. Der Verein aus Barcelona verkörpert neben vielen anderen dieses immaterielle Kulturerbe.

Impressum Verkehr im Wandel

Herausgeber:

Rödl & Partner GbR

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 03 | pmc@roedl.de

Verantwortlich

für den Inhalt:

Martin Wambach – martin.wambach@roedl.com

Kranhaus 1, Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

Jörg Niemann – joerg.niemann@roedl.com

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Layout/Satz:

Katharina Muth – katharina.muth@roedl.com

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Dieser Newsletter ist ein unverbindliches Informationsangebot und dient allgemeinen Informationszwecken. Es handelt sich dabei weder um eine rechtliche, steuerrechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung, noch kann es eine individuelle Beratung ersetzen. Bei der Erstellung des Newsletters und der darin enthaltenen Informationen ist Rödl & Partner stets um größtmögliche Sorgfalt bemüht, jedoch haftet Rödl & Partner nicht für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Informationen. Die enthaltenen Informationen sind nicht auf einen speziellen Sachverhalt einer Einzelperson oder einer juristischen Person bezogen, daher sollte im konkreten Einzelfall stets fachlicher Rat eingeholt werden. Rödl & Partner übernimmt keine Verantwortung für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieses Newsletters trifft. Unsere Ansprechpartner stehen gerne für Sie zur Verfügung.

Der gesamte Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.