

# **Newsletter**

## **Inhalt**

<b>Direktvergabe: Stellungnahme des Generalanwaltes beim EuGH zu den Vorlagefragen des OLG Düsseldorf .....</b>	<b>2</b>
<b>VK Rheinland zu Notvergaben an kommunale Verkehrsunternehmen .....</b>	<b>3</b>
<b>VK Nordbayern: Kein Vergaberechtsschutz gegen Vorabbekanntmachung bei Wettbewerb .....</b>	<b>4</b>
<b>Betrieb eines Bürger-Rufautos nur im Bereich der Daseinsvorsorge .....</b>	<b>5</b>
<b>Pflicht zur E-Vergabe tritt in Kraft .....</b>	<b>6</b>
<b>VG Gießen: Zur Zulassung verspäteter eigenwirtschaftlicher Anträge .....</b>	<b>7</b>
<b>BayLfSt: Ermäßigter USt-Satz bei Subunternehmerleistungen (?) .....</b>	<b>8</b>
<b>VK Thüringen: Geheimwettbewerb und der Kontakt zu Mitbewerbern .....</b>	<b>9</b>
<b>Veranstaltungen .....</b>	<b>11</b>
<b>Ihre Ansprechpartner .....</b>	<b>12</b>
<b>Bestellung und Abbestellung .....</b>	<b>12</b>

---

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres Newsletter *Public Services Legal News – Verkehr und Infrastruktur* übersenden zu können.

Mit unserem Newsletter wollen wir den eiligen Leser auf prägnante und übersichtliche Weise über die aktuellen Themen aus den Bereichen Verkehr und Infrastruktur informieren. Sie profitieren dabei von dem Expertenwissen unseres 10-köpfigen ÖPNV-Teams an den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover, Berlin und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Veranstaltungen.

Viel Spaß beim Lesen.  
Ihre  
**Maren Weber**

---

---

## **Direktvergabe: Stellungnahme des Generalanwaltes beim EuGH zu den Vorlagefragen des OLG Düsseldorf**

Die Frage, ob eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 auch bei Inhouse-Konstellationen und nicht nur bei sogenannten Dienstleistungskonzessionen zulässig ist, bewegt schon lange die Gemüter und seit einiger Zeit auch die Gerichte. So hat bekanntermaßen das OLG Düsseldorf in diesem Kontext bei zwei Nachprüfungsverfahren mehrere Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gerichtet. Die Verfahren betreffen in der jeweils ersten Vorlagefrage genau diese umkämpfte Problematik. Zudem sind eine Reihe einzelfallspezifischer Folgefragen gestellt, die bei Anwendung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 auftreten können.

Der Generalanwalt des EuGH hat nunmehr in den verbundenen Rechtssachen C-266/17 und C-267/17 seine Schlussanträge gestellt. Diese sind aus Sicht der Aufgabenträger und der kommunalen Verkehrsunternehmen als positiv anzusehen.

Die Anträge des Generalanwaltes lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die Direktvergabe von Verkehrsleistungen richtet sich unmittelbar nach den speziellen Inhouse-Vorschriften der VO 1370, ohne dass es einer Dienstleistungskonzession bedarf. Dies gilt zumindest für Direktvergaben, die vor April 2016 eingeleitet wurden (s.u.).
2. Die Voraussetzungen einer Direktvergabe müssen erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Vergabe (Direktvergabebeschluss) vorliegen.
3. Die Mitgliedschaft von Auftraggebern in einem Verbund, der für die Tarifregelungen zuständig ist, ist für eine Direktvergabe unschädlich.
4. Die Leistungserbringung einer 100 %-igen Tochtergesellschaft des internen Betreibers ist als Leistung des internen Betreibers selbst anzusehen.
5. Ein interner Betreiber darf für mehrere ihn kontrollierenden Auftraggeber in dem jeweiligen örtlichen Zuständigkeitsbereich tätig werden.

Diese Auffassungen entsprechen den von uns in einem der Streitgegenständlichen EuGH-Verfahren vorgetragenen Rechtsauffassungen. Sie sind für betroffene Kommunen und interne Betreiber sehr zu begrüßen, da auf dieser Grundlage die von der Gegenseite behauptete Ausschreibungspflicht nicht bestünde. Auch im Hinblick auf die Einschätzungen bei Verbundmitgliedschaften sind die Ausführungen positiv zu bewerten. Einer Vielzahl an Kritikern des Modells dürfte damit vorerst der Wind aus den Segeln genommen sein.

Zu Ziffer 1 ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Beurteilung sich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der Vergaberichtlinien, die nunmehr auch Regelungen zu Inhouse-Vergaben umfassen, bezieht. Der Generalanwalt weist darauf hin, dass diesbezüglich zwar zu prüfen wäre, ob die Richtlinienvorschriften gegenüber den Regeln Verordnung Vorrang haben könnten, lässt diese Frage aber offen. Allerdings dürften die von ihm getroffenen Abwägungen grundsätzlich auch bei der Beurteilung dieser Vorrangfrage einfließen können.

Insgesamt ist zu betonen, dass die Schlussanträge noch keine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits darstellen. Hierüber haben letztlich der EuGH bzw. das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) zu befinden. Gleichwohl bildet die Auffassung des Generalanwaltes in der Mehrzahl der Fälle die Grundlage für die Entscheidungen des EuGH und stellt somit einen beachtlichen Zwischenschritt bis zur endgültigen

---

Entscheidung dar. Mit einer Entscheidung des EuGH ist insoweit nicht vor Ende dieses Jahres zu rechnen.

Wir werden in unserer Veranstaltungsreihe „**ÖPNV – Ein Markt in Bewegung**“ im November und Dezember über die weitere Entwicklung berichten.

## **VK Rheinland zu Notvergaben an kommunale Verkehrsunternehmen**

Die VK Rheinland hat unter Zurückweisung eines Nachprüfungsantrags mit Beschluss vom 20.04.2018 entschieden, dass bei einer Notvergabe an einen „internen Betreiber“ sowohl die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 als auch die des Art. 5 Abs. 5 VO 1370 erfüllt sein müssen.

Zum Sachverhalt:

Der Antragsgegner ist als Kreis ÖPNV-Aufgabenträger nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht und beabsichtigte die Beigeladene im Rahmen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der VO 1370 als ihren internen Betreiber seit dem 01.01.2018 mit Busverkehrsleistungen im Kreisgebiet zu betrauen. Die Antragstellerin – ein privates Verkehrsunternehmen - betreibt bereits gegen diese Direktvergabe ein Nachprüfungsverfahren, welches aktuell aufgrund von Vorlagefragen des OLG Düsseldorf vor dem EuGH anhängig ist.

Aufgrund der mit dem Nachprüfungsverfahren verbundenen Verzögerung der Direktvergabe und des Auslaufens der Altbetrauung und Genehmigungen zum 31.12.2017, beauftragte der Antragsgegner unter anderem die Beigeladene im Rahmen einer Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370 ab dem 01.01.2018 mit der Erbringung von Busverkehrsleistungen für ein Jahr, mit optionaler Verlängerung auf zwei Jahre.

Gegen diese Notvergabe wendete sich die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren ebenfalls.

Die Entscheidung:

Die VK Rheinland wies den Antrag vollumfänglich ab. Sie stellte fest, dass vorliegend eine Notvergabe an einen „internen Betreiber“ erfolgt sei und entsprechend der Abs. 5 auch auf Dienstleistungsverträge Anwendung fände. Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession – wie von der Antragstellerin verlangt – müssten insoweit hingegen nicht erfüllt sein. Gleichzeitig stellte die VK fest, dass in einem solchen Fall aber neben den Voraussetzungen des Abs. 5 auch die weitergehenden Voraussetzungen des Abs. 2 bei der Notvergabe an einen „internen Betreiber“ vorliegen müssten.

Auf ein Verschulden im Hinblick auf die drohende Unterbrechung komme es nicht an. Anders als beispielsweise bei einer Dringlichkeitsvergabe nach der SektVO hänge die Zulässigkeit einer Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370 bereits nach dessen Wortlaut nicht davon ab, dass die Unterbrechung durch den Aufgabenträger vorhergesehen werden konnte. Ebenso wenig sei die Einhaltung von wettbewerbsrechtlichen Mindeststandards im Vorfeld einer Notvergabe erforderlich, da es sich bei einer Direktvergabe nach der VO 1370 bereits definitionsgemäß um eine Vergabe ohne Wettbewerb handele. Deshalb seien auch Unternehmen, die im Vorfeld der Vergabe ihr

---

Interesse an dem Notauftrag bekundet hatten, nicht im Wege einer Vorabinformation nach § 134 über den Zuschlag bzw. die bevorstehende Notvergabe zu informieren.

Praxishinweis:

Die Entscheidung der VK ist dem Grunde nach positiv und zu begrüßen. Systematische Mängel weist sie jedoch insofern auf, als dass danach sowohl die Voraussetzungen des Abs. 2 als auch des Abs. 5 des Art. 5 VO 1370 vorliegen müssen und insofern die Anforderungen an die Notvergabe an einen „internen Betreiber“ verschärft werden. Dies betrifft vorrangig die erhöhte Selbsterbringungsquote als auch das Gebietskriterium, die nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 5 VO 1370 gerade nicht zu beachten sind. Ob diese Rechtsprechung bestätigt wird, bleibt abzuwarten, da die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig ist und derzeit beim OLG Düsseldorf in der Beschwerdeinstanz verhandelt wird.

## ***VK Nordbayern: Kein Vergaberechtsschutz gegen Vorabbekanntmachung bei Wettbewerb***

Die VK Nordbayern hat mit Beschluss vom 08.05.2018 entschieden, dass bei wettbewerblichen Ausschreibungen von Busverkehrsleistungen nach dem GWB-Vergaberecht der vergaberechtliche Rechtsschutz nicht bereits gegen die Inhalte der obligatorischen Vorabbekanntmachung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370 besteht, sondern erst mit der Veröffentlichung der eigentlichen europaweiten Auftragsbekanntmachung greift.

Der Entscheidung der VK Nordbayern liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber – ein ÖPNV-Aufgabenträger nach dem bayrischen Landesrecht – veröffentlichte im Supplement zum EU-Amtsblatt eine Vorabbekanntmachung. In dieser kündigte er seine Absicht zur Beschaffung eines Buslinienbündels im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens nach Maßgabe des GWB-Vergaberechts an. Zudem wies der Auftraggeber auf die Frist zur Stellung eines eigenwirtschaftlichen Genehmigungsantrages hin. Ein Verkehrsunternehmen, das seit vielen Jahren eigenwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen für den Auftraggeber erbrachte, erhob daraufhin eine Rüge. Zur Begründung führte das Verkehrsunternehmen an, dass die Vorabbekanntmachung inhaltlich vom geltenden Nahverkehrsplan des Auftraggebers abweiche und es aufgrund dieser Abweichungen für das Verkehrsunternehmen unmöglich sei, einen eigenwirtschaftlichen Antrag zu stellen. Nachdem der Auftraggeber die Rüge zurückgewiesen hatte, stellte das Verkehrsunternehmen einen Nachprüfungsantrag bei der VK Nordbayern und beantragte die Rücknahme oder jedenfalls die Änderung der Vorabbekanntmachung.

Der Nachprüfungsantrag blieb ohne Erfolg. Die VK Nordbayern wies den Nachprüfungsantrag bereits als unzulässig zurück. Der Auftraggeber habe bislang noch kein Vergabeverfahren eingeleitet. Daher könne sich das Verkehrsunternehmen nicht auf die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren berufen. Zwar habe der Auftraggeber die Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 der VO 1370 veröffentlichen müssen, da er nach dem PBefG zur Veröffentlichung verpflichtet sei. Eine Veröffentlichungspflicht für die Vorinformation resultiere aber lediglich aus dem PBefG. Aus dem 4. Teil des GWB ergebe sich vergaberechtlich keine Pflicht eine Vorinformation zu veröffentlichen. Die verfahrensgegenständliche Vorabbekanntmachung stelle daher

---

nicht den Beginn eines europaweiten Vergabeverfahrens dar und könne damit auch nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein.

Praxishinweis:

Die Entscheidung der VK Nordbayern überzeugt nach unserer Auffassung nicht. Über die Systematik des PBefG sind Aufgabenträger verpflichtet, spätestens ein Jahr vor Beginn einer wettbewerblichen Vergabe von Busverkehrsleistungen eine Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 zu veröffentlichen. Dies gilt auch dann, wenn die Vergabe dem strengen GWB-Vergaberecht unterfällt. Hintergrund ist der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit. Die Kammer übersieht jedoch, dass bspw. das OLG Frankfurt bereits entschieden hat, dass auch die Vorabbekanntmachung einer wettbewerblichen Vergabe dem Rechtsschutz vor den Vergabekammern zugänglich ist. Dies ist auch zweckmäßig, da so auch die Rügeobliegenheiten des § 160 GWB ausgelöst werden. Hätte die VK Recht, dürften Vergabeverstöße, die aus der Vorabbekanntmachung erkennbar sind, erst einmal ohne Verlust des Primärrechtsschutzes ungerügt bleiben und erst zum Zeitpunkt der eigentlichen Auftragsbekanntmachung einer Nachprüfung unterzogen werden. Zu denken ist hier zum Beispiel an eine angekündigte Gesamtvergabe, die im eigentlichen Vergabeverfahren in einen Losverzicht mündet. Aus verfahrensökonomischen Gründen wäre dieses Ergebnis nicht wünschenswert.

## ***Betrieb eines Bürger-Rufautos nur im Bereich der Daseinsvorsorge***

Das VG Karlsruhe hat mit Urteil vom 29.08.2017 entschieden, dass die Beklagte – eine Gemeinde in Baden-Württemberg - den Betrieb des von ihr organisierten Bürger-Rufautos einzustellen hat, soweit dieser sich nicht auf Zubringer- und Abholdienste zum bzw. vom öffentlichen Linienverkehr beschränkt.

Der Kläger, ein ortsansässiger Taxiunternehmer sah in dem Betrieb des Bürger-Rufautos Verstöße gegen das PBefG und die Gemeindeordnung Baden-Württemberg. Nach dem zugrundeliegenden Betriebskonzept diene das Bürger-Rufauto der Erweiterung des ÖPNV um einen lokalen Zubringer- und Abholdienst zum bzw. vom ÖPNV sowie um Fahrten in die Nachbargemeinden. Es verkehrte montags bis donnerstags von 8.00-13.15 Uhr und 14.30-21.00 Uhr sowie samstags von 8.00-15.00 Uhr. Das zu entrichtende Entgelt pro Einzelfahrt und Person betrug 1 EUR für Strecken innerhalb des Gemeindegebiets und 3 EUR für Fahrten in die Nachbargemeinden.

Zwar ließ das Gericht es dahinstehen, ob der Betrieb des Bürger-Rufautos gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG eine Beförderung mit Pkw darstellt, bei der das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt, womit der Anwendungsbereich des PBefG nicht eröffnet und ein Verstoß gegen das PBefG mithin nicht möglich wäre. Das Gericht sah in dem Betrieb des Bürger-Rufautos jedoch einen Verstoß gegen § 102 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Baden-Württemberg. Danach darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der verfolgte öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder werden kann.

Nach Ansicht des Gerichts kann der Betrieb des streitgegenständlichen Bürger-Rufautos nur insoweit der kommunalen Daseinsvorsorge zugeordnet werden, als das Zubringer- und Abholdienste zum bzw. vom ÖPNV angeboten werden. Darüber hinaus, wie z.B. für die Fahrten in die Nachbargemeinden könne der öffentliche Zweck ebenso gut und

---

ebenso wirtschaftlich durch private Anbieter erfüllt werden. Den Betrieb dieser Art von Verkehren habe die Beklagte einzustellen und zu unterlassen.

Praxishinweis:

Die Entscheidung zeigt, dass im Hinblick auf die Einrichtung alternativer Bedienformen nicht nur genehmigungsrechtliche Faktoren zu berücksichtigen, sondern auch die Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge. Mit dem § 102 Abs. 1 Nr. 2 Gemeindeordnung Baden-Württemberg vergleichbare Subsidiaritätsklauseln sind in nahezu allen Gemeindeordnungen verankert.

## ***Pflicht zur E-Vergabe tritt in Kraft***

Ab dem 19.10.2018 ist allein die elektronische Kommunikation zwischen Vergabestelle und Bieter bei EU-Ausschreibungen zulässig, da am 18.10.2018 die letzte Übergangsfrist zur verpflichtenden Einführung der E-Vergabe für Vergaben öffentlicher Auftraggeber im Oberschwellenbereich endet.

Dann dürfen öffentliche Auftraggeber Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen nur noch in elektronischer Form in Empfang nehmen und für alle Bieter wird somit die elektronische Angebotsabgabe verpflichtend. Nicht ausreichend ist zukünftig als Auftraggeber, wie bisher bloß die Auftragsbekanntmachung in elektronischer Form an das Amt für Veröffentlichungen der EU zu übermitteln und die Vergabeunterlagen jedem Interessenten frei und direkt über das Internet zur Verfügung zu stellen.

Vielmehr hat ab Oktober die gesamte Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bietern bzw. Teilnehmern im Vergabeverfahren – von der Bekanntmachung bis zur Zuschlagserteilung – in elektronischer Form zu erfolgen.

Öffentliche Auftraggeber müssen deshalb in Kürze folgende Aspekte bei EU-weiten Vergaben beachten:

- Die eingesetzten elektronischen Mittel zur E-Vergabe und deren technische Merkmale müssen allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein. Sie dürfen den Zugang der Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken,
- die Bieter müssen die Vergabeunterlagen uneingeschränkt, vollständig und direkt abrufen können,
- von den Bietern darf daher für das bloße Betrachten der Bekanntmachung und den Download der Vergabeunterlagen keine Registrierung verlangt werden,
- die Bieter müssen die elektronisch bereitgestellten Vergabeunterlagen unentgeltlich abrufen können und
- für die Angebotsabgabe reicht grundsätzlich die Textform nach § 126 BGB. Nur bei erhöhten Anforderungen an die Sicherheit darf der Auftraggeber ein Angebot



---

mit elektronischer Signatur fordern. Die Angebote sind aber verschlüsselt einzureichen.

Im Unterschwellenbereich, der für den Bund in der UVgO und vielfach entsprechend auf Landesebene geregelt ist, verbleibt öffentlichen Auftraggebern hingegen noch Zeit. Hier besteht folgender Stufenplan:

- Ab dem 01.01.2019 müssen Auftraggeber die technische Infrastruktur bereitstellen, um Bewerbern und Bietern die Einreichung ihrer Teilnahmeanträge und Angebote in elektronischer Form zu ermöglichen.
- Erst ab dem 01.01.2020 wird die E-Vergabe im Bereich der nationalen Vergaben mit wenigen Ausnahmen grundsätzlich verpflichtend.

## ***VG Gießen: Zur Zulassung verspäteter eigenwirtschaftlicher Anträge***

Das VG Gießen hat mit Urteil vom 14.02.2018 über die Fristläufe für die Stellung eines Antrags auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr mit Kraftfahrzeugen im Linienverkehr entschieden.

Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zu Grunde:

Mit Vorabkennzeichnung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 machte der Aufgabenträger am 28.10.2014 seine Absicht, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag an den künftigen Betreiber des Linienbündels A-Stadt ab dem 11.12.2016 zu vergeben, europaweit bekannt. Der Hinweis auf die 3-Monatsfrist des § 12 Abs. 6 PBefG fehlte in der Vorabkennzeichnung. Die Klägerin, ein Busverkehrsunternehmen, beteiligte sich mit einem gemeinwirtschaftlichen Angebot an der Ausschreibung. Gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an einen Dritten bemühte sie sich erfolglos um vergaberechtlichen Rechtsschutz. Zeitgleich zur Teilnahme an der wettbewerblichen Ausschreibung stellte die Klägerin am 29.12.2015 einen eigenwirtschaftlichen Antrag auf Genehmigung einzelner Linien des ausgeschriebenen Linienbündels. Dieser Antrag, wie auch der vom Kläger eingereichte Widerspruch gegen die Ablehnung des Antrags wurden unter Verweis auf den Ablauf der 3-Monats-Frist gem. § 12 Abs. 6 PBefG in Bezug auf die eigenwirtschaftlichen Anträge von der Genehmigungsbehörde abgelehnt. Daraufhin klagte die Klägerin auf Erteilung der Liniengenehmigung.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Zwar folgte das VG Gießen der Ansicht der Klägerin, dass die 3-Monats-Frist des § 12 Abs. 6 PBefG wegen fehlenden Hinweises in der Vorabkennzeichnung nicht zu laufen begonnen habe. Die Klägerin hätte ihren Antrag aber spätestens ein Jahr vor Beginn des beantragten Geltungszeitraums, also spätestens am 11.12.2015, stellen müssen. Den am 29.12.2015 gestellten eigenwirtschaftlichen Antrag erachtete das VG daher als nach § 12 Abs. 5 S. 1 PBefG verspätet. Das VG stellte klar, dass § 12 Abs. 5 PBefG anwendbar sei und insofern nicht von der für gemeinwirtschaftliche Vergabeverfahren spezielleren Vorschrift des § 12 Abs. 6 PBefG verdrängt werde. Die Frist des § 12 Abs. 5 S. 1 PBefG gelte für alle eigenwirtschaftlichen Anträge, unabhängig davon, ob der eigenwirtschaftliche Antrag im Zusammenhang mit einem gemeinwirtschaftlichen Vergabeverfahren gestellt wird oder nicht.

Auch die Nichtzulassung des verspäteten Antrags erfolgte nach Ansicht des VG in Einklang mit § 12 Abs. 5 S. 2 PBefG. Danach kann die Genehmigungsbehörde einen verspäteten Antrag zulassen, wenn vor Ablauf der Jahresfrist kein genehmigungsfähiger

Antrag gestellt worden ist. Da ein genehmigungsfähiger gemeinwirtschaftlicher Antrag vorlag, sei das Ermessen der Genehmigungsbehörde über die verspätete Zulassung gar nicht eröffnet gewesen. Es genüge nicht, dass lediglich kein eigenwirtschaftlicher Antrag vorgelegen habe.

Praxishinweis:

Deutlich wird die Pflicht für den Aufgabenträger zum klaren Hinweis auf die 3-Monats-Frist nach § 12 Abs. 6 PBefG. Das bloße Vorhandensein einer Vorabkennzeichnung reicht nicht für das Ingangsetzen der Ausschlussfrist.

Weiter folgt das VG Gießen hinsichtlich der Beurteilung des Zusammenspiels der Ausschlussfristen nach § 12 Abs. 5 und 6 PBefG der Lesart des OVG Münster, über die wir bereits in der Ausgabe 1, Januar bis Mai 2017 berichtet haben. Demnach wird die Fristenregelung nach § 12 Abs. 5 PBefG nicht durch die Bestimmung in Abs. 6 verdrängt. Vielmehr gilt die 12-Monats-Frist für alle eigenwirtschaftlichen Anträge, auch wenn diese im Zusammenhang mit einem gemeinwirtschaftlichen Vergabeverfahren gestellt werden. § 12 Abs. 6 PBefG ist nicht spezieller, sondern beide Regelungen kommen nebeneinander zur Anwendung. Verkehrsunternehmen, die einen eigenwirtschaftlichen Antrag stellen wollen, sollten daher unbedingt auf die Einhaltung beider Fristen achten. Keiner kann insoweit auf die Zulassung eines verspäteten Antrags vertrauen.

## **BayLfSt: Ermäßigter USt-Satz bei Subunternehmerleistungen (?)**

Das Bayerische Landesamt für Steuern (BayLfSt) befasst sich mit Verfügung vom 20.02.2018 - S 7244.2.1-11/28 St33 – mit der Frage, welcher Steuersatz auf Leistungen eines Subunternehmers an ein konzessioniertes kommunales Verkehrsunternehmen („Stadtwerke“) anzuwenden sei.

Zunächst stellt das BayLfSt fest, dass die „Stadtwerke“ als Betreiber der Buslinie ihre Beförderungsleistungen gegenüber dem Fahrgast mit dem ermäßigten Steuersatz von z.Z. 7 % abrechnen. Daran ändere sich auch nichts, wenn die „Stadtwerke“ nicht – oder nur gemeinschaftlich mit einem Subunternehmer („Gemeinschaftskonzessionen“) - Konzessionsinhaber seien, sondern nur als „Betriebsführer“ i.S.d. PBefG tätig würden.

Sodann leitet das BayLfSt aber aus einem BFH-Urteil vom 23.02.2018, das zu Taxiunternehmen ergangen war, ab, dass auch ein Subunternehmer seine Leistungen gegenüber den „Stadtwerken“ - welche rechtlich gesehen die Beförderungsleistungen gegenüber dem Fahrgast erbringen - ebenfalls nur mit 7 % zu besteuern habe. Der BFH habe schließlich ausgeführt, dass die Ermäßigungsvorschrift des § 12 Abs. 2 Nr. 10 UStG *„an die Leistungserbringung, nicht hingegen an den Leistenden anknüpft. Demnach können steuerbegünstigte Beförderungsleistungen durch einen Unternehmer erbracht werden, wenn die leistungsbezogenen Merkmale erfüllt sind, ohne dass der Unternehmer selbst Inhaber einer Genehmigung zu sein braucht oder dieser die Leistung selbst durchführt.“* Spätestens ab dem 01.01.2019 hätten die Steuerpflichtigen im Freistaat Bayern dies zu beachten.

Das BayLfSt verkennt bei seiner Urteilsauslegung u.E. allerdings, dass auch in dem Fall des BFH nur das Leistungsverhältnis gegenüber dem Fahrgast zu beurteilen war. Die Klägerin, die selbst nicht über Taxikonzessionen verfügte, verpflichtete sich vertraglich gegenüber einer „M-KG“, für Rehabilitationspatienten Taxitransporte durchzuführen. Die eigentliche Transporttätigkeit übernahm jedoch für die Klägerin ein anderes



Unternehmen, welches Inhaberin von Taxikonzessionen war. Im Außenverhältnis zur M-KG (und damit den Fahrgästen) trat aber stets die Klägerin in eigenem Namen und für eigene Rechnung auf. Der BFH vertrat hier zutreffend die Auffassung, es sei unerheblich, dass hier der Subunternehmer die Konzessionen innegehabt habe. Entscheidend sei alleine, dass die Klägerin zivilrechtlich gesehen die Beförderungsleistungen gegenüber den Endverbrauchern erbracht habe. Lediglich in diesem Zusammenhang führte der BFH das Argument an, § 12 Abs. 2 Nr. 10 UStG knüpfe an die Leistungserbringung und nicht an den Leistenden an.

Praxishinweis:

Unabhängig von der Frage, ob die o.a. Herleitung der Anwendung des ermäßigten USt-Satzes steuersystematisch als zutreffend anzusehen wäre oder hier ein weiteres ÖPNV-Spezifikum in der Umsatzsteuer seinen Niederschlag finden würde, wäre ein bundesweit einheitliches Vorgehen der Finanzverwaltung sehr wünschenswert, um weitergehende Fragestellungen und Unsicherheiten zu vermeiden. U.a. der Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) hat daher die Fragestellung an das BMF herangetragen. Wie zu hören ist, dauern die Diskussionen an. Es solle aber bis spätestens Mitte Oktober eine Entscheidung darüber fallen, ob die Sichtweise des BayLfSt bundesweit übernommen werden soll.

Ggf. muss dann bei der Abrechnung von Subunternehmerleistungen kurzfristig auf eine andere Besteuerung umgestellt werden. Da Subunternehmerverträge i.d.R. umsatzsteuerlich als Nettoverträge ausgestaltet sind (z.B. „..... zzgl. der jeweils geschuldeten gesetzlichen Umsatzsteuer“) beschränkt sich dies meistens auf die Erstellung der Rechnungen (bzw. Gutschriften), die entsprechenden Zahlungen sowie die USt-Voranmeldungen. Anderenfalls müssten auch die Verträge selbst angepasst werden.

## ***VK Thüringen: Geheimwettbewerb und der Kontakt zu Mitbewerbern***

Die Vergabekammer (VK) Thüringen hat mit Beschluss vom 09.11.2017 zum einen bekräftigt, dass eine Bietergemeinschaft nicht per se eine Einschränkung des Wettbewerbs bedeutet. Zum anderen sei der Begriff wettbewerbswidrige Vereinbarung i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB aber stets weit auszulegen und nicht auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt. Er umfasst auch alle sonstigen Absprachen eines Bieters.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalte zu Grunde:

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb Busverkehrsleistungen in sechs Los europaweit aus. Die Bieter mussten bereits im Angebot erklären, ob sämtliche Leistungen selbst erbracht oder ein Teil der Leistungen an andere Unternehmen (Nachunternehmer) vergeben werden sollte. Die Bieter mussten dabei mindestens 50 % der Leistungen pro Los selbst erbringen. Der für die Lose 1 und 2 obsiegende Bieter rügte gegenüber dem Auftraggeber u.a., dass ein anderer Bieter, der den Zuschlag für die Lose 3-6 erhalten sollte, nach seiner Überzeugung nicht die geforderte Selbsterbringungsquote erfüllen könne und damit nicht geeignet sei. Ferner gebe es Hinweise auf Kontakte und Preisabsprachen zwischen diesem und anderen Bieter und Mitbieter. So habe er Kenntnis, dass einer der unterlegenen Bieter als Nachunternehmer für den obsiegenden Bieter tätig werden solle, was auf wettbewerbswidrige Absprachen hinweise. Nach Aufklärung durch den Auftraggeber wies dieser die erhobenen Rügen zurück. Daraufhin

---

stellte der für die Lose 1 und obsiegende, aber für die Lose 3-6 unterlegene Bieter den Nachprüfungsantrag.

Die VK Thüringen sah den Antrag zwar als zulässig, aber unbegründet an. Im Rahmen der Prüfung ging die VK insbesondere dem erhobenen Vorwurf nach einer etwaig unzulässigen Bietergemeinschaft nach. Sie machte aber letztendlich deutlich, dass bei der Eingehung einer Bietergemeinschaft nur sehr selten ein kartellrechtswidriges Verhalten vorliege. Dies geschehe insbesondere dann nicht, wenn erst der Zusammenschluss der Einzelunternehmen die Teilnahme am Verfahren ermögliche. Auch habe allein die Tatsache, dass nach der Zuschlagserteilung überlegt wurde, mit einem früheren Mitbieter über den Einsatz bzw. Erwerb von seinen Personalen und Bussen zu verhandeln, nicht zur Folge, dass der Grundsatz des Geheimwettbewerbs verletzt würde. Hierzu müsste der Bieter vielmehr in Kenntnis des Angebots eines anderen Bieters sein Angebot kalkulieren. Zwar ist laut VK Thüringen für eine wettbewerbswidrige Vereinbarung nicht erforderlich, dass sich zwei Unternehmen explizit dazu verständigen, wer welche Leistung zu welchem Preis anbietet. Hierfür reiche, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen des Konkurrenzangebots bzw. der Grundlagen, erstellt werde. Aber dafür müsste durch diese Kenntnis das eigene Angebot beeinflusst worden sein. Anhaltspunkte für eine solche Beeinflussung gab es vorliegend laut VK nicht.

Praxishinweis:

Der Geheimwettbewerb im Vergaberecht verlangt, dass die Angebotsgrundlagen und die Angebotskalkulation der anderen Bieter stets geheim bleiben. Ziel ist, dass jeder Bieter bis an seine eigene Rentabilitätsgrenze kalkuliert. Dies bedeutet aber nicht, dass jeder Kontakt zu einem anderen Bieter und Mitbewerber ausgeschlossen ist. Wichtig ist stets, dass die Beteiligten dabei keine wettbewerbswidrigen Handlungen vollziehen und wettbewerbswidrige Absprachen treffen. Sicherheitshalber sollten Vermerke über die Kontakte erstellt werden. Auch der Auftraggeber sollte im eigenen (wirtschaftlichen) Interesse auf die Einhaltung des Geheimwettbewerbs drängen und im Zweifel Aufklärung betreiben.

---

## **Veranstaltungen**

### ***PwC Roadshow „ÖPNV 2018 – Ein Markt in Bewegung“***

Wie bereits seit 2008 wollen wir auch in diesem Jahr den Beteiligten im ÖPNV aus Unternehmen von Aufgabenträgern und Verbänden und Behörden ein Forum geben, sich über neueste rechtliche und wirtschaftliche Entwicklungen im ÖPNV zu informieren und auszutauschen.

Merken Sie sich bereits jetzt die folgenden Termine und Standorte vor oder melden Sie sich direkt über die Seite [www.pwc-events.com/oeprv](http://www.pwc-events.com/oeprv) zu unserer Veranstaltung an:

**13. November 2018**  
**Hamburg**

**15. November 2018**  
**Hannover**

**20. November 2018**  
**Düsseldorf**

**21. November 2018**  
**Frankfurt**

**27. November 2018**  
**Stuttgart**

**28. November 2018**  
**München**

**6. Dezember 2018**  
**Leipzig**

**Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei**

***Frau RA/StB Maren Weber***

Tel.: +49 211 981 -4853, [maren.weber@de.pwc.com](mailto:maren.weber@de.pwc.com)

---

## ***Ihre Ansprechpartner***

RA/StB Maren Weber  
Partner  
*Düsseldorf*  
Tel.: +49 211 981-4853  
[maren.weber@de.pwc.com](mailto:maren.weber@de.pwc.com)

## ***Bestellung und Abbestellung***

Wenn Sie den PDF-Newsletter bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Bestellung" an:  
[SUBSCRIBE\\_PS\\_Legal\\_News\\_Verkehr\\_und\\_Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com).

Wenn Sie den PDF-Newsletter abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Abbestellung" an:  
[UNSUBSCRIBE\\_PS\\_Legal\\_News\\_Verkehr\\_und\\_Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com).

Die Beiträge sind als Hinweise für unsere Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Teile dieser Veröffentlichung/Information dürfen nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Herausgeber nachgedruckt und vervielfältigt werden. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© September 2018 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.