

Newsletter

Inhalt

VK Lüneburg zur „Experimentierklausel“ – MOIA	2
Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren – die helfende Hand?.....	3
VGH Baden-Württemberg zu sog. überschießenden Genehmigungsanträgen	4
EU-Kommission: Kommunalisierung von Ausgleichsleistung nach dem NNVG stellt keine staatliche Beihilfe dar	5
BGH: Zulässigkeit unbefristeter Subunternehmerverträge	6
EU-Kommission bezieht Stellung zu Verkehrsmanagementgesellschaften ...	7
EuGH: Fehlende Vorinformation kann zur Ausschreibungsaufhebung führen	8
Ihr Ansprechpartner	10
Bestellung und Abbestellung.....	10

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 12-köpfigen ÖPNV-Teams an den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover, Berlin und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Veranstaltungen.

Wir wünschen allen unseren Leserinnen und Lesern einen gesunden und erfolgreichen Start ins neue Jahr.

Ihre

Maren Weber

VK Lüneburg zur „Experimentierklausel“ – MOIA

Die VK Lüneburg hat mit Beschluss vom 19.06.2018 den Nachprüfungsantrag gegen die Genehmigung an MOIA für den Betrieb des Elektroshuttle-Services in Hannover als unzulässig und unbegründet zurückgewiesen, da die nach § 2 Abs. 7 PBefG erteilte personenbeförderungsrechtliche Genehmigung für die Erprobung neuer Verkehre (sog. „Experimentierklausel“) keine Dienstleistungskonzession i.S.d. GWB-Vergaberechts darstelle.

Der Entscheidung der VK Lüneburg liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

MOIA beabsichtigt einen Elektroshuttle-Services in Hannover in Form eines innovativen Mobilitätsdienstes nach § 2 Abs. 7 PBefG zu betreiben. Hierzu stellte sie einen entsprechenden Genehmigungsantrag bei der Stadt Hannover als zuständiger Genehmigungsbehörde. Diese beabsichtigt die Genehmigung zu erteilen. Hiergegen wendet sich die Taxizentrale Hannover, eine potentielle Wettbewerberin im Markt der Mobilitätsdienstleistungen, mit ihrem Nachprüfungsantrag. Sie verlangt, der Stadt Hannover zu untersagen, ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens den Betrieb des Elektroshuttle-Services zu genehmigen, da es sich bei der beantragten Genehmigung um eine ausschreibungspflichtige Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 GWB handle.

Die VK Lüneburg wies den Nachprüfungsantrag u.a. deshalb zurück, weil im Falle der Liniengenehmigung die Voraussetzungen an eine Dienstleistungskonzession nicht erfüllt seien. Nach der gesetzlichen Definition sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen der Konzessionsgeber Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen betraut. Bei der beabsichtigten Erteilung „einer Genehmigung für die Erprobung eines innovativen Mobilitätsdienstes nach § 2 Abs. 7 PBefG“ handle es sich jedoch um eine typische hoheitliche Genehmigung, bei der keinerlei vertragliche Elemente erkennbar seien. Zudem erhalte Moia für den beantragten Mobilitätsdienst keine Zahlungen oder Zuwendungen durch die Stadt Hannover, weswegen es an der für eine Dienstleistungskonzession notwendigen Zahlung eines Entgeltes fehle. Ohne derartige Zahlungen handle MOIA daher rein eigenwirtschaftlich (zuschussfrei). Spiegelbildlich zum fehlenden Entgeltanspruch bestehe auch keine Leistungsverpflichtung, da Genehmigungen nach § 2 Abs. 7 PBefG keine personenbeförderungsrechtlichen Betriebspflichten i.S.d. § 21 PBefG begründen. Diese bestünden nach Auffassung der VK lediglich für Linienverkehre, nicht jedoch für Gelegenheits- und Erprobungsverkehre, da diese der Daseinsvorsorge dienen. Ein Erprobungsverkehr diene demgegenüber naturgemäß nicht der Daseinsvorsorge.

Praxishinweis:

Der Beschluss der VK Lüneburg ist wegen der zum OLG Celle eingelegten sofortigen Beschwerde noch nicht rechtskräftig. Es bleibt mithin abzuwarten, ob sich der dort zuständige Vergabesenat der Einschätzung der VK anschließen wird. Fraglich ist hierbei insbesondere, ob – wie von der VK angenommen – Erprobungsverkehre keiner Betriebspflicht unterliegen. Eine eindeutige gesetzliche Ausnahme – anders als beim Mietwagenverkehr – existiert hierfür jedenfalls nicht. Insofern wird der anstehenden Entscheidung des OLG eine praktische Bedeutung zukommen, die insbesondere im Rahmen der Diskussion um die zukünftige Ausgestaltung des Taximarktes bedeutsam werden dürfte.

Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren – die helfende Hand?

Die EU-Kommission hat durch Mitteilung unter dem Titel “Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren“ dem Bestreben nach Herabsetzung der staatlichen und horizontalen Ausrichtung der bestehenden Beihilfen in der europäischen Union erneut Ausdruck verliehen. So will sich der Verhaltenskodex nicht als Verpflichtung, sondern als „Hilfe zur Selbsthilfe“ verstanden wissen und praxisbewährte Ansätze zur transparenteren und berechenbareren Ausgestaltung von Beihilfeverfahren anbieten.

Als erstes wird in dem Kodex ein genereller informeller Vorabkontakt mit der Kommissionsdienststelle im Rahmen einer Voranmeldephase empfohlen, um die förmliche Anmeldung eines Beihilfevorhabens reibungsloser auszugestalten. Es könnten so konstruktive Vorschläge für Änderungen problematischerer Aspekte vorab geklärt werden. Ziel ist am Ende der Voranmeldephase der nahtlose Übergang in eine formgerechte und genehmigungsfähige Anmeldung, wobei etwaige Einschätzungen der Kommission über Erfolg oder Misserfolg am Ende nicht bindend sind. In komplizierten Fällen, die beispielsweise sehr komplexe Beihilfevorhaben oder wesentliche Neuerungen betreffen, soll darüber hinaus die Möglichkeit einer einvernehmlichen Planung bestehen.

Bei einem vorläufigen Prüfverfahren werden nichtvertrauliche Zusammenfassungen der Anmeldungen auf der Website der Kommission veröffentlicht, um so für mehr Transparenz zu sorgen. Bei Verzögerungen wegen Kontroversen über Vertraulichkeit bestimmter Informationen sollen die Beteiligten informiert werden. Werden Informationen, die die Kommissionsdienststelle nachgefordert hat, nicht in der gesetzten Frist eingebracht, so gilt die Anmeldung als zurückgezogen. Auch die Entscheidung der Kommission über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens und eine Zusammenfassung der Gründe wird veröffentlicht.

Verspätete Stellungnahmen der Beteiligten im förmlichen Prüfverfahren werden grundsätzlich nicht berücksichtigt. Ausnahmen sollen nur in ordnungsgemäß begründeten, besonders komplexen Fällen zugelassen werden. Für eine rasche Weiterleitung der notwendigen Informationen sollen die Mitgliedstaaten darauf hinwirken, dass die Beteiligten Stellungnahmen in der Originalsprache akzeptieren.

Das förmliche Prüfverfahren kann nur in Ausnahmefällen und dies einvernehmlich und einmalig ausgesetzt werden, wenn ein Mitgliedsstaat hierzu einen förmlichen Antrag stellt. Anerkannte Gründe sind die Anpassung des Vorhabens an Beihilfevorschriften oder anhängige einschlägige Gerichtsverfahren.

Beschwerden von Beteiligten im Beihilfeverfahren sollen gemäß einem Formular einheitlich eingereicht werden; die Prüfung soll innerhalb von 12 Monaten nach Beschwerdeeingang erfolgen.

Fazit:

Die Kommission ist ernstlich bestrebt, zu mehr Effizienz und Transparenz der Beihilfeverfahren beizutragen. Eine Evaluation wird zeigen, ob der Verhaltenskodex halten kann, was er verspricht.

VGH Baden-Württemberg zu sog. überschießenden Genehmigungsanträgen

Der VGH Baden-Württemberg hat am 10.07.2018 eine Entscheidung des VG Sigmaringen vom 15.12.2016 bestätigt. Danach erfülle ein Antrag auf Erteilung einer Liniengenehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr die in der Vorabbekanntmachung beschriebenen Anforderungen nicht, wenn mit ihm über die Beantragung der vorabbekanntgemachten Linien hinaus weitere Linien in Form eines Linienbündels beantragt werden.

Die Klägerinnen, 3 private Verkehrsunternehmen, hatten einen eigenwirtschaftlichen Antrag über die in einer Vorabbekanntmachung eines Aufgabenträgers enthaltenen sechs Buslinien sowie zusätzlich vier weiterer, in der Vorabbekanntmachung nicht enthaltenen Buslinien als einheitliches Linienbündel gestellt. Sie führten hierzu im Genehmigungsantrag aus, sie seien als Privatunternehmen gezwungen, wirtschaftlich zu arbeiten und Gewinne zu erwirtschaften. Das sei mit dem von ihnen beantragten Gesamtkonzept wirtschaftlich möglich, bedingte aber auch, dass ihnen sämtliche beantragte Liniengenehmigungen erteilt würden. Die Vorabbekanntmachung sei mit ihrer Begrenzung auf lediglich 4 Linien u.a. mit dem aus § 8 Abs. 4 PBefG folgenden Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit und dem aus § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. d PBefG folgenden Verbot, bestehende Verkehrsnetze nicht in lukrative und nicht lukrative Teile aufzuspalten nicht vereinbar. Die Genehmigungsbehörde folgte diesem Vortrag nicht und lehnte den Genehmigungsantrag ab. Gegen diese Ablehnung klagen die 3 privaten Verkehrsunternehmen.

Der VGH bestätigte die Einschätzung der Genehmigungsbehörde, der Vortrag der Klägerinnen laufe auf eine Uminterpretation des § 13 Abs. 3 Nr. 3 lit. d PBefG hinaus: Aus einem Tatbestand, der die Versagung eines von einem Verkehrsunternehmen gestellten Genehmigungsantrags regelt, werde vorliegend ein Maßstab für die inhaltliche Ausgestaltung von Vorabbekanntmachungen kreiert und gleichzeitig der Schutzzweck der Norm verschoben. Adressat des Verbots in § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. d PBefG sei jedoch der Verkehrsunternehmer und nicht der Aufgabenträger

Der VGH hat zwar die Revision zum Bundesverwaltungsgericht nicht zugelassen. Dennoch ist die Entscheidung noch nicht rechtskräftig, da die Klägerinnen hiergegen eine Nichtzulassungsbeschwerde erhoben haben.

Praxishinweis:

Die Entscheidung zeigt, dass es Aufgabenträgern durchaus zusteht, gerade diejenigen Linien aus einem Verkehrsnetz oder Bündel herauszulösen und auszuschreiben oder direkt zu vergeben, die der Bezuschussung bedürfen. Dem Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit wird über die Möglichkeit zur eigenwirtschaftlichen Antragstellung innerhalb der 3-Monats-Frist nach Vorabbekanntmachung gem. § 12 Abs. 6 PBefG genüge getan. Durch die Beschränkung auf Linien, die bei der Vorabbekanntmachung schon/noch Zuschüsse erhalten, kann der Aufgabenträger die Chancen für eine eigenwirtschaftliche Antragstellung für lukrative Linien erhöhen und auch damit der Eigenwirtschaftlichkeit den Vorrang einräumen. Wenn Verkehrsunternehmen eigenwirtschaftliche Anträge zusätzlich auch auf in der Vorabbekanntmachung nicht enthaltene Linien stellen, sollte, soweit auch eine eigenwirtschaftliche Erbringung nur der in der Vorabbekanntmachung enthalten Linien beabsichtigt ist, jedenfalls keine Erklärung dahingehend erfolgen, dass diese isoliert nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden können.

EU-Kommission: Kommunalisierung von Ausgleichsleistung nach dem NNVG stellt keine staatliche Beihilfe dar

Die EU-Kommission hat mit Beschluss vom 12.07.2018 zwei Beihilfebeschwerden zu § 7a des Niedersächsischen Nahverkehrsgesetzes (NNVG) zurückgewiesen. Nach Auffassung der Kommission stellt die Maßnahme keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

Hintergrund: Das Land Niedersachsen hatte mit dem Erlass des § 7a NNVG von seiner Befugnis nach § 64a PBefG Gebrauch gemacht, die Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG für die Beförderung von Zeitfahrkarteninhabern im Ausbildungsverkehr durch eine landesrechtliche Regelung zu ersetzen und ist damit dem Beispiel anderer Bundesländer gefolgt. Durch die Regelung des § 7a NNVG, die am 01.01.2017 in Kraft getreten ist, wurde die Gewährung dieser Ausgleichsleistungen nunmehr in die Hände der kommunalen Aufgabenträger gegeben.

Darin erblickten der Gesamtverband Verkehrsgewerbe Niedersachsen (GVN) und ein privates Verkehrsunternehmen eine rechtswidrige staatliche Beihilfe und erhoben Beschwerden zur EU-Kommission. Sie befürchteten, die kommunalen Aufgabenträger könnten ihre eigenen Verkehrsunternehmen bei der Gewährung der Leistungen zu Unrecht bevorzugen.

Die Kommission sah in der angegriffenen Maßnahme keine Beihilfe, da es an einer Übertragung staatlicher Mittel an ein Unternehmen fehle. Bei der Regelung des § 7a NNVG handele es sich um einen Finanztransfer zwischen verschiedenen Ebenen der staatlichen Verwaltung zum Zweck der Finanzausstattung der kommunalen ÖPNV-Aufgabenträger. Da § 7a NNVG keinen gesetzlichen Anspruch der Verkehrsunternehmen begründe und auch keine Zahlungen an Unternehmen ohne den Erlass näherer Durchführungsmaßnahmen ermögliche, stelle dies weder mittelbar noch unmittelbar einen Transfer staatlicher Mittel an Verkehrsunternehmen dar. Ein solcher Transfer sei gerade der Ausgestaltung durch die Aufgabenträger vorbehalten, die – wie § 7a NNVG ausdrücklich vorsieht – im Einklang mit der VO 1370 vorgehen müssen.

Auch die Befürchtungen der Beschwerdeführer zur Bevorzugung kommunaler Verkehrsunternehmen teilte die Kommission nicht. Die Übertragung der Mittel auf die kommunalen Aufgabenträger geschehe aufgrund ihrer Eigenschaft als zuständige Behörde im Sinne der VO 1370. Der Umstand, dass sie möglicherweise gleichzeitig Inhaber kommunaler Verkehrsbetriebe sind, führe im Fall des Erhalts von Landesmitteln noch nicht dazu, sie als Unternehmen und somit als taugliche Beihilfeempfänger einzuordnen.

Gegen die Entscheidung ist vom Gesamtverband Klage zum EuG angekündigt worden.

BGH: Zulässigkeit unbefristeter Subunternehmerverträge

Mit Urteil vom 12.06.2018 bestätigte der BGH die Wirksamkeit von unbefristeten Subunternehmerverträgen über die Erbringung von Busverkehrsverkehrsleistungen.

Die Klägerin, ein privates Busunternehmen, schloss im Jahr 1994 mit der Beklagten, der Inhaberin aller Buslinienverkehre in einem Landkreis, einen Subunternehmervertrag in Bezug auf einzelne Landkreisverkehre. Der Vertrag sah vor, dass sich seine Laufzeit nach den von den Nachunternehmerleistungen betroffenen Konzessionen richtet und sich für die Dauer der Folgegenehmigungen automatisch verlängert. Im Jahr 2010 führte die Beklagte als neues Angebot „Anrufbusse in der Fläche“ ein. Die Klägerin erbrachte zunächst auch diese Verkehrsleistungen als Nachunternehmerin, die Parteien konnten sich jedoch nicht über eine Anpassung der Vergütungsstrukturen einigen. In einer durch die Nachunternehmerin angestregten Zahlungsklage vor einem Zivilgericht wurde die Frage nach der Wirksamkeit der Verlängerungsklausel des Subunternehmervertrages und damit die Frage, ob dieser Vertrag Grundlage des Zahlungsanspruches sein könne, aufgeworfen.

Nachdem das Berufungsgericht die Klausel wegen Verstoßes gegen § 1 GWB entgegen der Ansicht des vorinstanzlichen Landgerichts für nichtig befand, sprach sich der BGH in Übereinstimmung mit dem Landgericht für die Wirksamkeit einer unbegrenzten Vertragslaufzeit aus. Insbesondere stellte der BGH fest, dass kein Verstoß gegen beförderungrechtliche Höchstfristen vorliege. Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 2 PBefG, wonach die Geltungsdauer einer Genehmigung auf 10 Jahre beschränkt ist, könne nicht auf Subunternehmerverträge übertragen werden. Dies gelte auch dann, wenn es sich bei der Beklagten um ein „Eigenunternehmen“ handle, das seinerseits die Verkehrsleistung im Wege einer Inhouse-Vergabe von einem Gesellschafter erhalten habe.

Auch eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB verneinte der BGH. Der Marktanteil der als Subunternehmerin tätigen Klägerin umfasse lediglich 5 bis 7,2 % der Verkehrsleistungen im Landkreis und damit sei der in dem Subunternehmervertrag gebundene Marktanteil deutlich zu gering um eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zu begründen.

Ferner sieht der BGH auch keinen Verstoß gegen das Vergaberecht. Zum einen sei der ursprüngliche Vertragsabschluss nicht unwirksam, da es an der Feststellung eines Verstoßes gegen zwingende Vergabevorschriften in einem fristgebundenen Nachprüfungsverfahren fehle. Zum anderen sehe das Vergaberecht auch keine allgemeine Höchstdauer für öffentliche Aufträge vor.

Praxishinweis:

Der BGH bestätigt damit die Rechtmäßigkeit von zumindest in der früheren Praxis häufig anzutreffenden Subunternehmerverträgen mit unbegrenzter Laufzeit. Dies gilt grundsätzlich auch für das Vergaberecht. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass wesentliche Änderungen von Subunternehmerverträgen eine Neuausschreibungspflicht nach § 132 GWB begründen können. Selbst wenn der ursprüngliche Vertrag wirksam geworden ist, könnte er dann vergaberechtlich angegriffen werden. Dies ist insbesondere bei „Altverträgen“ problematisch, da diese häufig keine Anpassungsregelungen enthalten, die eine Ausschreibungspflicht bei Änderungen verhindern können.

EU-Kommission bezieht Stellung zu Verkehrsmanagementgesellschaften

Bereits seit Inkrafttreten der VO 1370 treibt den bundesdeutschen ÖPNV-Markt die Frage um, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen für kommunale Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zukünftig aussehen werden. Das OLG Düsseldorf hatte in diesem Zusammenhang in den Verfahren Rhein-Sieg-Kreis und Kreis Heinsberg mehrere Fragen zur Vorabentscheidung an den EuGH in Luxemburg vorgelegt. Kernfrage ist dabei, ob eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zwingend in Form einer sog. Dienstleistungskonzession erfolgen muss. Neben dieser Frage wird sich der EuGH auch damit auseinandersetzen, ob sich ein interner Betreiber die Leistungserbringung einer 100 %-igen Tochtergesellschaft als eigene Leistung zurechnen lassen kann, ohne gegen das Gebot der überwiegenden Selbsterbringung zu verstoßen. Dass dies möglich sein soll, wurde kürzlich durch den Generalanwalt des EuGH in seinen kommunalfreundlichen Schlussanträgen bekräftigt (vgl. Newsletter Verkehr und Infrastruktur Ausgabe 3 / August und September 2018).

In einem parallelen Vorabentscheidungsversuchen aus dem März 2018 bat das OLG Düsseldorf zudem um Klärung, ob es das Gebot der überwiegenden Selbsterbringung im Übrigen ausschließt, dass der interne Betreiber sich für die Verkehrserbringung einer Verkehrsgesellschaft bedient, an der er lediglich einen Minderheitsanteil von 2,5 % der Gesellschaftsanteile hält. Erforderlich wird dies, weil es sich bei dem internen Betreiber um eine sog. Verkehrsmanagementgesellschaft handelt, die kein eigenes Fahrpersonal beschäftigt und keine Busse besitzt. In diesem Verfahren hat sich mittlerweile die EU-Kommission mit einer Stellungnahme beteiligt.

Die Kommission vertritt darin die Auffassung, dass das Selbsterbringungskriterium des Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO 1370 eine Umgehung der Direktvergabevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 verhindern solle, bei der der interne Betreiber den überwiegenden Teil der Leistungen durch einen Dritten erbringen ließe, der nicht die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfülle. Diese Gefahr bestünde jedoch nicht, wenn der Subunternehmer selbst im Verhältnis zum Aufgabenträger die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 erfülle. Davon sei gemäß der Kommission auszugehen, da der Aufgabenträger hier über seine mittelbare Beteiligung an der Subunternehmerin RVK Mitglied einer Behördengruppe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 sei, welche den Subunternehmer kontrolliere. Das Ziel der Vorschrift werde somit erreicht, auch wenn in dem Fall die Besonderheit bestünde, dass der interne Betreiber (Empfänger des öDA) einerseits und dessen kontrollierter Subunternehmer andererseits „unterschiedliche Elemente“ zu der Gesamterfüllung der Direktvergabevoraussetzungen beitragen.

Praxishinweis:

Die Aussagen der Kommission sind in ihrer Tendenz kommunalfreundlich und damit grundsätzlich zu begrüßen. Da die VO 1370 maßgeblich durch die Vorstellungen und Formulierungen der Kommission geprägt ist, kommt ihrer Einschätzung bei der Auslegung der VO 1370 Gewicht zu. Würde sich der Gerichtshof letztlich diese Meinung anschließen, könnten Verkehrsmanagementgesellschaften und die damit verbundenen Querverbundeffekte in Kooperationsfällen über geringfügige Beteiligungen an kommunal beherrschten Verkehrsunternehmen und unter Beachtung des ggf. dann entstehenden Erfordernisse einer Gruppe von Behörden auch zukünftig weiter erhalten bleiben.

EuGH: Fehlende Vorinformation kann zur Ausschreibungsaufhebung führen

Der EuGH hat mit Urteil vom 20.09.2018 entschieden, dass die in Art. 7 Abs. 2 der VO 1370 vorgesehene Vorinformationspflicht auch bei der wettbewerblichen Ausschreibungen von Busleistungen gilt, die ansonsten dem EU-Vergaberecht unterliegen. Eine fehlende Vorinformation kann – vorbehaltlich nationaler Regelungen – zur Aufhebung der Ausschreibung führen, wenn ansonsten die Grundsätze der Äquivalenz, Effektivität und Gleichbehandlung nicht beachtet sind.

Eine für Busverkehre zuständige Behörde leitete im April 2016 ein europaweites Vergabeverfahren zur Erbringung von Busverkehren in Österreich ein. Eine Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370, d. h. die Bekanntgabe der Absicht zur wettbewerblichen Vergabe, unterblieb. In Folge dessen beantragte ein Verkehrsunternehmen die Nichtigkeitserklärung der Ausschreibung. Die erste Instanz wies sein Begehren mit dem Hinweis ab, dass aus Verstößen gegen formale Anforderungen von wettbewerblichen Verfahren nach österreichischem Vergabekontrollgesetz keine automatische Aufhebung erfolge, sondern einen Wertungsspielraum eröffnet werde. Die hiergegen eingereichte Revision kritisierte die mangelnde Auseinandersetzung mit den rechtlichen Auswirkungen der unterbliebenen Veröffentlichung. Daraufhin wandten sich die Richter wegen Zweifeln an der Unionsrechtskonformität der o.a. österreichischen Regelungen an den EuGH.

Der EuGH stellte daraufhin noch einmal klar, dass die Vorinformationspflicht des Art. 7 Abs. 2 VO 1370 auch bei Wettbewerbsverfahren zu beachten sei. Schließlich sollen interessierte Unternehmen durch die Vorinformation die Möglichkeit erhalten, insbesondere auf die Art der geplanten Vergabe zu reagieren und ausreichend Zeit für die Vorbereitung auf die Ausschreibung zu haben.

Die vorliegende Verletzung der Vorinformationspflicht durch die vergebende Stelle führe allerdings nicht unmittelbar zur Nichtigkeit des Vergabeverfahrens. Schließlich enthalte das Unionsrecht jedenfalls für Art. 7 Abs. 2 VO 1370 keine allgemeine Regel, wonach Verstöße gegen die Vorabveröffentlichungspflicht stets eine Aufhebung des Verfahrens zur Folge habe. Die Festlegung der Rechtsfolgen aus einem entsprechenden Verstoß sei damit Sache des nationalen Rechts, wobei der Äquivalenzgrundsatz, d. h. die Gleichwertigkeit von europäischen und nationalen Rechtsbehelfen, und der Effektivitätsgrundsatz Beachtung finden müssten. Mit Blick auf die o.g. österreichische Regelung führte der EuGH in Bezug auf Art. 7 Abs. 2 VO 1370 sodann aus, dass insoweit im Falle einer pflichtwidrig unterlassenen Vorinformation von einer Aufhebung der wettbewerblichen Vergabe abgesehen werden könne, wenn die Unterlassung keinen wesentlichen Einfluss gehabt und keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorgelegen habe. Für das Vorliegen entsprechender Beeinträchtigungen sei dabei das jeweils interessierte Unternehmen beweispflichtig.

Praxishinweis:

Zwar fehlt es auch in Deutschland an einer Regelung für den Fall eines Verstoßes gegen die Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370. Allerdings ist die Pflicht zur Vorinformation – anders als in Österreich – explizit in § 8a Abs. 2 S. 2 PBefG sowohl für den Fall von Direktvergabe, als auch wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren normiert. Auch knüpft das PBefG an die Vorinformation genehmigungsrechtlichen Folgen (u.a. Fristen für eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerb). Ein Verzicht auf die Vorinformation würde insoweit immer – im Sinne der EuGH-Entscheidung – wesentlichen Einfluss und beeinträchtigt damit auch den jeweiligen Wettbewerb.

Unterbleibt insoweit die Vorinformation bei einer wettbewerblichen Vergabe, ist aus unserer Sicht das Risiko für eine Aufhebung des Verfahren zumindest in Deutschland sehr hoch, im Falle einer Direktvergabe u.E. sogar zwingend.

Ihr Ansprechpartner

RA/StB Maren Weber
Düsseldorf
Tel.: +49 211 981-4853
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.

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.

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.

© Januar 2019 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.