

Aktuelle Informationen

**Ausgabe 5,
November und Dezember 2015**

Public Services Legal News **Verkehr und Infrastruktur**

pwc

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres PDF-Newsletters *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 und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Wir wünschen allen unseren Leserinnen und Lesern wunderschöne Festtage und einen guten Rutsch.

Bis 2016 Ihre

Christiane Kappe

Inhalt

Verkehr – Recht und Steuern	2
OLG Düsseldorf verwirft Tariftreueverordnung	2
OVG Münster: Busse müssen Elektromobile nicht mitnehmen	3
Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – Teil 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV	5
VG München: Pflicht zur umfassenden Abwägung im Falle von Parallelbedienungen	6
OLG Frankfurt a.M.: Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis im einstweiligen Rechtsschutz	6
4. Eisenbahnpaket der EU-Kommission – Der EU-Rat weist Änderungswünsche zur VO 1370 zurück	8
VG Köln: Sperrung von Fernbushaltestellen rechtmäßig	9
VG Trier zum Altunternehmerprivileg	10

Allgemeines Vergaberecht	11
VK Sachsen-Anhalt – Unterlassenes Ankreuzen der „Tariftreue- und Entgeltgleichheitserklärung“ führt zum Ausschluss	11
Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, hier: Vergabeverordnung (VgV)	12
EuGH bestätigt vergabespezifisches Mindestentgelt	12
Veranstaltungen	14
Das Team	15
Bestellung und Abbestellung	16

Verkehr – Recht und Steuern

OLG Düsseldorf verwirft Tariftreueverordnung

Mit Beschluss vom 19.10.2015 hat das OLG Düsseldorf die in Nordrhein-Westfalen geltende „Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs“ (RepTVVO) verworfen und für nichtig erkannt.

Hintergrund dieses Nachprüfungsverfahrens ist bekanntermaßen die Kontroverse um die durch das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG-NRW) und die RepTVVO eingeführte ÖPNV-Tariftreue. Danach müssen Aufgabenträger bei der Ausschreibung verlangen, dass Bieter sich mit ihrem Angebot dazu verpflichten, ihre Beschäftigten nach dem kommunalen Spartentarifvertrag für Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) zu bezahlen. Hiergegen wendete sich die Antragstellerin. Als privates Verkehrsunternehmen wende sie ausschließlich den für das private Omnibusgewerbe geltenden TV-NWO an. Daher werde sie gegenüber den Unternehmen, die ohnehin dem TV-N NW unterlägen, benachteiligt.

Das OLG Düsseldorf folgte dieser Rechtsansicht. Da für den straßengebundenen Personenverkehr allein der TV-N NW für repräsentativ erklärt wurde, sei die zugrundeliegende RepTVVO nichtig. Es begründet dies im Wesentlichen damit, dass das zuständige Arbeitsministerium nicht auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage geprüft hat, ob neben dem TV-N NW auch der TV-NWO für repräsentativ erklärt werden konnte. Schließlich seien sowohl der TV-NWO als auch der TV-N NW dazu geeignet, den Gesetzeszweck des TVgG-NRW, nämlich Vermeidung von Sozialdumping und Verdrängungswettbewerb aufgrund niedriger Löhne, zu erfüllen. Bereits deshalb sei die ausschließliche Repräsentativerklärung des TV-N NW nicht von der einfachgesetzlichen Verordnungsermächtigung des § 21 TVgG-NRW gedeckt.

Praxishinweis:

Zum ersten Mal macht ein Vergabesenat von seiner Normverwerfungskompetenz für Verordnungen Gebrauch und hebt so die vom Landesgesetzgeber beabsichtigte Marktordnung für den ÖPNV in NRW aus. Die seit Inkrafttreten der ReptVVO geführte Diskussion um deren Rechtmäßigkeit wird somit durch den lang erwarteten Beschluss des OLG Düsseldorf beendet. Ungeachtet der Tatsache, dass der Gerichtsbeschluss grundsätzlich nur zwischen den Parteien Rechtskraft entfaltet, gleicht seine Wirkung einer allgemeinverbindlichen Nichtigerklärung der RepTVVO. Dies ergibt sich daraus, dass das OLG Düsseldorf einzige Nachprüfungsinstanz für Entscheidungen der Vergabekammern in NRW ist. Die Verordnung ist somit faktisch nicht mehr anwendbar. Es ist zu erwarten, dass der nordrhein-westfälische Gesetzgeber die RepTVVO nachbessert. Alternativ könnte aber auch neben dem TV-N NW der private TV NWO für repräsentativ erklärt werden. Die Vergabe von Busverkehrsleistungen muss bis dahin nicht mehr von der Abgabe einer Verpflichtungserklärung zum TV-N NW abhängig gemacht werden. Vielmehr dürfte die Beachtung des vergabespezifischen Mindestlohns von gegenwärtig 8,85 Euro ausreichend sein.

Damit die Aufgabenträger des ÖPNV sich in dieser Frage weiterhin auf rechtssicherem Boden bewegen können, empfiehlt es sich, die aktuellen Schritte des zuständigen Ministeriums zu beobachten. Erfahrungsgemäß veröffentlicht die Landesregierung zeitnah hierzu eine sog. FAQ-Liste, in der sie Auftraggebern ihre Auslegung von relevanten Urteilen erläutert. Bekanntlich haben viele ÖPNV-Aufgabenträger Beschaffungsvorhaben bis zur endgültigen Entscheidung des OLG zurückgestellt. Um die aktuelle Rechtslage nutzen zu können, raten wir dazu, in Kürze in die Vorbereitung und Durchführung von anstehenden Vergabeverfahren einzusteigen. Interessierte Bieter hingegen sollten beachten, dass die Verpflichtung zur Beachtung des TV-N NW in allen derzeitigen und kommenden Vergabeverfahren einen Vergabeverstöß darstellt und deshalb unverzüglich gerügt werden sollte.

Unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtslage in anderen Bundesländern hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht. Jedoch zeigt sie auf, wie der Ermessensspielraum der Landesgesetzgeber bei der Ausarbeitung der jeweiligen Verordnungen ausgestaltet ist. Eine Beurteilung im Einzelfall wird die Tariflandschaft im jeweiligen Bundesland berücksichtigen müssen

Von RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com
RA Sascha F Schaefer, Tel.: +49 211 981-2549, sascha.schaefer@de.pwc.com

OVG Münster: Busse müssen Elektromobile nicht mitnehmen

Das OVG Münster hat am 15.06.2015 entschieden, dass Betreiber eines öffentlichen Linienverkehrs mit Bussen nicht verpflichtet sind, Fahrgäste zu befördern, wenn diese mit einem Elektromobil einsteigen wollen.

Der Antragsteller hatte von einem Busunternehmen verlangt, dass dieses seinen dreirädrigen E-Scooter befördere. Er benötige ihn, um seine aufgrund seiner Schwerstbehinderung eingeschränkte Mobilität zu erhöhen. Das Busunternehmen als Antragsgegner lehnte die Beförderung aufgrund erheblicher Sicherheitsbedenken ab und bot an, den Antragsteller mit einem handbetriebenen bzw. Elektrorollstuhl zu befördern. Der Antragsteller hatte bereits eine einstweilige Anordnung im vorläufigen Rechtsschutz beim VG Gelsenkirchen erwirken wollen, blieb aber erfolglos und legte dagegen Beschwerde vor dem OVG Münster ein.

Das OVG bejahte zwar einen Beförderungsanspruch des Antragstellers aus § 22 PBefG. Jedoch sei die Mitnahme des Elektromobils im Gegensatz zu handbetriebenen Rollstühlen oder Elektrorollstühlen problematisch. Entscheidend seien die Regelungen über die Beförderung von Sachen in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen. Aus § 11 der Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen (BefBedV) folge ebenso wie aus § 15 BOKraft, dass Handgepäck oder sonstige eingebrachte Sachen bei Mitfahrt des Fahrgastes nur befördert werden, wenn dies die Sicherheit und Ordnung des Betriebes nicht gefährde sowie andere Fahrgäste nicht belästigt werden. Die Anwendung der BefBedV sei nicht aufgrund der Tatsache ausgeschlossen, dass es sich um ein Hilfsmittel des behinderten Antragstellers handle. Das OVG kommt zu dem Ergebnis, dass eine ordnungsgemäße Sicherung eines Elektromobils nicht möglich sei. Dies gelte auch wenn der Antragsteller vom Elektromobil absteige und auf einem Sitzplatz befördert werde. Aus einem Bericht der gemeinnützigen Forschungsinstitution STUVA folge, dass Gefahren bei der Beförderung von Elektromobilen auch bestünden, wenn der Antragsteller nicht auf ihm sitze. Bei einer Notbremsung sei ein Kippen oder Rutschen nicht auszuschließen, wobei ein Elektromobil bei einem vollbesetzten Bus mit hoher Wahrscheinlichkeit andere Fahrgäste verletzen könne. Aufgrund des hohen Eigengewichts von 45 bis 230 kg könnten eintretende Verletzungen erheblich sein und insbesondere bei Kindern und älteren Menschen zum Tode führen. Es bestünden derzeit aufgrund der Größe von Elektromobilen keine praktikablen und technisch realisierbaren Möglichkeiten zur Sicherung.

Praxishinweis:

Der Entscheidung kommt eine besondere Praxisrelevanz zu, da viele Verkehrsunternehmen bereits die Beförderung von E-Scootern untersagt haben. Allerdings bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtssituation zur Mitbeförderung von Elektromobilen zukünftig ändert, da der Bundesgesetzgeber durch die Reform des PBefG in § 8 Abs. 3 S. 3 bis zum 01.01.2022 eine Umsetzung der Barrierefreiheit vorgeschrieben hat.

Von RA Nils Rickert, Tel.: +49 211 981-2886, nils.rickert@de.pwc.com

Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – Teil 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV

Bereits in den vorangegangenen Newslettern berichteten wir über den im Juli vom Bundeskabinett verabschiedeten Gesetzesentwurf für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz. Mit dem Entwurf sollen neue Vorschriften des EU-Vergaberechts in deutsches Recht umgesetzt werden. Diese enthalten auch Regelungen mit ÖPNV-Bezug. Erstmals werden darin auch Vorschriften zur Vergabe so genannter Dienstleistungskonzessionen enthalten sein. Die Vorschriften definieren nunmehr die Voraussetzungen für die Annahme einer Dienstleistungskonzession, die vom öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts zu unterscheiden ist. Im Ergebnis werden mit der Definition die vom EuGH entwickelten Kriterien zur Abgrenzung übernommen.

Während der Auftragnehmer bei einem öffentlichen Auftrag eine Gegenleistung in Geld erhält, die ihn weitestgehend vom wirtschaftlichen Risiko für die Leistung freistellt, muss der Konzessionsnehmer bei der Dienstleistungskonzession das in den neuen Vorschriften definierte „Betriebsrisiko“ für die Verwertung der Dienstleistung übernehmen. Der Konzessionsnehmer erhält dabei als Gegenleistung ein Recht zur Nutzung der Dienstleistung, wobei eine begrenzte Zuzahlung durch den Konzessionsgeber möglich ist. Merkmal für den Übergang des Betriebsrisikos soll sein, dass nicht gewährleistet ist, ob Investitionen oder Kosten wieder eingespielt werden und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt ist. Im Verkehrsbereich wird die Unterscheidung zwischen Auftrag und Konzession oftmals anhand der Begriffe Bruttovertrag (Auftrag) und Nettovertrag (Konzession) vorgenommen.

Dienstleistungskonzessionen können bei Erfüllung der Voraussetzungen gemäß der VO 1370 im Wege der Direktvergabe vergeben werden. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, ist eine Ausschreibung erforderlich. Für die Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen ist zukünftig zwischen Dienstleistungskonzessionen im ÖSPV und SPNV zu unterscheiden. Nur bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über SPNV-Leistungen finden die Regeln des neuen GWB zur Anwendung. Dienstleistungskonzessionen im ÖSPV werden - unabhängig von den GWB-Vorschriften - gemäß § 8b PBefG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 VO 1370 vergeben.

Praxishinweis:

Die Ausreichung eines öDA als Dienstleistungskonzession kommt auch bei Direktvergaben in Betracht, insbesondere dann, wenn die Inhouse-Kriterien, das Kontroll-Kriterium und das Wesentlichkeits-Kriterium nicht erfüllt werden können. Dies ist der Fall, zum Beispiel bei der Beteiligung von Privaten an Verkehrsunternehmen oder bei Zurechnung von schädlichen Energieumsätzen zum Verkehrsbereich zum Beispiel im Fall des Einheitsunternehmens.

RA Stefan Bahrenberg, Tel.: +49 211 981-2242, stefan.bahrenberg@de.pwc.com

VG München: Pflicht zur umfassenden Abwägung im Falle von Parallelbedienungen

In einer Entscheidung vom 25.03.2015 hatte sich das VG München mit der Frage der Abwägung bei einer genehmigten Parallelbedienung wegen wesentlicher Verbesserung der Verkehrsbedienung zu befassen und hob die Entscheidung der Genehmigungsbehörde wegen eines Abwägungsdefizit im Ergebnis auf.

Gegenstand des Verfahrens war eine neu erteilte Liniengenehmigung, die zumindest teilweise parallel zu einer bereits bis 2019 genehmigten Linie für den Schülerverkehr eines anderen Unternehmens verlief. Als Begründung für die Zulässigkeit dieses Parallelverkehrs wurde eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung angeführt (günstigere Monatskarten, Fahrzeitverkürzung von 2-5 Minuten und eine für die Schüler zeitlich günstiger Fahrzeit am Morgen).

Das VG stellt nunmehr klar, dass die Genehmigungsbehörde keine ausreichende Tatsachenermittlung und keine ausreichend begründete Prognoseentscheidung für den konkreten Bedarf und die Auswirkungen auf die bestehende Linie angestellt habe. Die von Seiten der Genehmigungsbehörde angenommenen Verbesserungen seien – unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten vor Ort - ohne Belang, da sie in der Praxis nicht zu einer wesentlichen Verbesserung des Verkehrsangebotes führten würden. So sei die Fahrzeitverkürzung so gering, dass nicht zu erwarten sei, dass sich diese am Ende tatsächlich positiv für die Fahrgäste auswirkten. Auch sei der geringere Fahrkartenpreis unerheblich, da die Schülerkarten ohnehin durch den Landkreis bezahlt würden. Zudem könne sich die vermeintlich günstigere Fahrzeit zu Schulanfang u.U. sogar negativ auswirken, da nunmehr ein erhöhtes Risiko bestünde, dass die Schüler ihre Schule nicht mehr rechtzeitig zu Schulbeginn erreichen würden. Insoweit sei das Parallelbedienungsverbot mangels wesentlicher Verbesserung einschlägig und die zusätzlich erteilte Genehmigung entsprechend zu widerrufen.

Praxishinweis:

Die Entscheidung des VG macht deutlich, dass es bei der Frage nach einer Verbesserung des Verkehrsangebotes nicht auf die Darstellung „auf dem Papier“, sondern um eine tatsächlich spürbare Verbesserung im täglichen Betrieb ankommt. Insoweit ist den Unternehmen bei der Beantragung von Liniengenehmigungen unter Verweis auf eine entsprechende Verbesserung dringend anzuraten, erhöhtes Augenmerk auf die praktische Nachweisbarkeit der Verbesserung sowie die Begründung der Wesentlichkeit zu legen.

RA/StB Maren Weber, Tel.: +49 211 981-4853, maren.weber@de.pwc.com

OLG Frankfurt a.M.: Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis im einstweiligen Rechtsschutz

In zwei Beschlüssen vom 06.08.2015 hat das OLG Frankfurt am Main in unterschiedlichen Verfahren entschieden, dass für einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn mit der Vergabe des öffentli-

chen Dienstleistungsauftrags während der laufenden Hauptsacheentscheidung nicht zu rechnen sei.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Aufgabenträger gab am 12.12.2014 die Absicht einer Direktvergabe an ein KMU-Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 mit Wirkung zum 31.12.2015 im EU-Amtsblatt bekannt. Ein anderes Verkehrsunternehmen wandte sich gegen die beabsichtigte Direktvergabe mit einem Nachprüfungsverfahren an die zuständige Vergabekammer (1. Instanz). Diese wies die Beschwerde Ende Juni 2015 als unzulässig zurück, da noch keine prüffähige Entscheidung seitens des Aufgabenträgers getroffen worden sei. Hiergegen legte das Verkehrsunternehmen umgehend Beschwerde beim Vergabesenat (2. Instanz) ein und rief den Senat gleichzeitig um einstweiligen Rechtsschutz mit dem Ziel an, den Zuschlag bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen.

Anfang August terminierte der Vergabesenat den mündlichen Verhandlungstermin in der Hauptsache sodann auf Oktober 2015 und wies gleichzeitig den Antrag auf Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig ab. Als Begründung führte der Vergabesenat an, dass die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes den Kläger davor schützen solle, dass die Vergabestelle in der Hauptsache einen Zuschlag erteile und damit vollendete Tatsachen schaffe. Ausgehend hiervon bestehe vorliegend kein Rechtsschutzbedürfnis, da mit einer Entscheidung in der Hauptsache vor Ablauf der gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1370 einzuhaltenden Jahresfrist nicht zu rechnen sei und der Aufgabenträger auch wiederholt betont habe, keine Vergabe vor Ablauf der Jahresfrist vorzunehmen. Und selbst wenn der Aufgabenträger die Vergabe vor Ablauf der Jahresfrist vornehmen würde, so wäre diese Vergabe wegen Verstoßes gegen die gesetzlich vorgeschriebene Jahresfrist gem. § 134 BGB nichtig.

Praxishinweis:

Die Ablehnung eines Rechtsschutzbedürfnisses im einstweiligen Rechtsschutz ist bezogen auf den vorliegenden Fall u.E. nicht überraschend.

Bemerkenswert ist hingegen, dass der Vergabesenat „by-the-way“ die Feststellung getroffen hat, dass ein Verstoß gegen die Jahresfrist nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 automatisch zu einer Nichtigkeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach § 134 BGB führen soll. Diese Frage nach den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Veröffentlichungspflichten ist in der Fachliteratur bisher durchaus umstritten. Die jetzige Entscheidung macht deutlich, dass auch die Vorabveröffentlichung nicht nur Bedeutung für mögliche eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge, sondern auch Auswirkungen auf die grundsätzliche Wirksamkeit eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags haben kann. Dies ist – sowohl in inhaltlicher, aber auch in zeitlicher Hinsicht - bei der Gesamtgestaltung und Vorbereitung von Direktvergaben und wettbewerblichen Ausschreibungen zu berücksichtigen.

RA/StB Maren Weber Tel.: +49 211 981-4853, maren.weber@de.pwc.com

4. Eisenbahnpaket der EU-Kommission – Der EU-Rat weist Änderungswünsche zur VO 1370 zurück

Die EU-Kommission hatte im Januar 2013 ein Paket von Vorschlägen auf den Weg gebracht, welches u.a. auch Änderungen der VO 1370 vorsieht (vgl. Newsletter Ausgabe 3, 2013 und Ausgabe 1, 2014). Das EU-Parlament hat bereits im Februar 2014 seinen Standpunkt zu diesen Änderungsvorschlägen abgegeben.

Am 08.10.2015 hat der EU-Rat nunmehr seinen Standpunkt zum 4. Eisenbahnpaket vorgelegt. Im Ergebnis weist der Rat mit Blick auf die Vorschriften der VO 1370 zahlreiche Änderungswünsche zurück bzw. schwächt diese ab. Andere Vorschläge werden vom Rat gutgeheißen.

- Die bisher vorgesehenen und mit Blick auf den steuerlichen Querverbund bedenklichen Vorschläge zum so genannten „Unterkompensationsverbot“ werden vom Rat zurückgewiesen.
- Die Erstellung eines obligatorischen „Transportplans“ durch die zuständigen Behörden, findet sich im Standpunkt des Rates nicht mehr. An dessen Stelle tritt ein neuer Art. 2a, der die „Spezifizierung“ gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch die zuständige Behörde vorschreiben soll.
- Die angedachte Definitionsänderung der „zuständigen Behörde“ im Sinne der VO 1370, die bei der Gestaltung gebietsübergreifender Verkehre problematisch hätte sein können, wird vom Rat abgelehnt.
- Die nunmehr vom Rat vorgesehenen Änderungen der Übergangsregelungen des Art. 8 der VO 1370 beziehen sich inhaltlich im Wesentlichen auf den SPNV und würden auf den ÖPNV keine praktischen Auswirkungen mehr haben.
- Eine Pflicht, allen interessierten Parteien umfassend Informationen zur Vorbereitung eines Angebotes zur Verfügung zu stellen – unter Beachtung eines „berechtigten Interesses“ vertrauliche Daten zu schützen -, will auch der Rat einführen.
- Auch der Rat befürwortet die angedachten Einschränkungen betreffend Direktvergabe im SPNV, aber schlägt zugleich detaillierte Ausnahmemöglichkeiten vor. Vor dem Hintergrund der derzeit geltenden nationalen Regelungen in Deutschland, die eine weitaus strengere Vergabepflicht für SPNV-Leistungen vorsehen, hätten diese Änderungen in Deutschland erwartungsgemäß nur wenig Wirkung.

Praxishinweis:

Unter Einbindung der Kommission müssen sich nunmehr EU-Rat und EU-Parlament auf die Änderung der VO 1370 verständigen. Im Wege des sog. Trilogs verhandeln die Beteiligten auf Basis ihrer jeweiligen Vorschläge und werden einen Kompromiss finden müssen, bevor Änderungen der VO 1370 final verabschiedet und umgesetzt werden. Aus diesem Grund ist damit zu rechnen, dass

auch der im Oktober vorgelegte Standpunkt des Rates nicht abschließend ist, sondern – je nach Verhandlungsverlauf im Trilog - noch (deutliche) Änderungen erfahren könnte.

RA Stefan Bahrenberg, Tel.: +49 211 981-2242, stefan.bahrenberg@de.pwc.com

VG Köln: Sperrung von Fernbushaltestellen rechtmäßig

Das VG Köln hat in mehreren Verfahren auf einstweiligen Rechtschutz am 22.10.2015 entschieden, dass die von der Stadt Köln beabsichtigte Sperrung der zwei innerstädtischen Fernbushaltestellen rechtmäßig ist.

Die Stadt Köln hatte angekündigt, zwei Haltestellen in der Kölner Innenstadt aus Gründen der Verkehrssicherheit für den Fernbusverkehr zu sperren. Als Alternativhaltepunkt wurden die betroffenen Unternehmen auf den zentralen Fernbusbahnhof am Flughafen Köln/Bonn verwiesen. Hiergegen hatten mehrere Fernbusunternehmen Eilrechtsschutz beantragt. Die Unternehmen beriefen sich insbesondere darauf, dass ihre laufenden Konzessionen die betroffenen Haltestellen im Innenstadtbereich als genehmigte Haltestellen ausweisen. Zudem stelle der Busbahnhof am Flughafen Köln/Bonn keine angemessene Alternative dar, weil er sich weit außerhalb der Innenstadt befinde.

Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die Fernbusunternehmen aus den Linienverkehrsgenehmigungen kein Recht darauf ableiten könnten, die dort genehmigten Haltestellen dauerhaft beizubehalten. Nach § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO können die Straßenverkehrsbehörden die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs beschränken oder verbieten. Die Stadt Köln habe nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass an beiden bisherigen Halteplätzen gefährliche Verkehrssituationen bestünden, die ein Eingreifen der Straßenverkehrsbehörde und eine Verlegung der Haltestellen rechtfertigen. Das derzeit unübersichtliche Verkehrsgeschehen brächte für die Verkehrsteilnehmer erhebliche Gefahren mit sich.

Auch lag aus Sicht des VG Köln in der Sperrung der Haltestellen keine unangemessene Beeinträchtigung der Fernbusunternehmen, denn der Busbahnhof am Flughafen Köln Bonn weise eine ausreichende Anzahl von Halteplätzen für Fernbusse und eine sehr gute Anbindung an das öffentliche Verkehrsnetz und insbesondere an die Kölner Innenstadt auf. Nicht Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob Fernbusunternehmen generell ein bestimmter Haltepunkt verbindlich vorgegeben werden kann. Hierzu bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Praxishinweis:

Nach der Entscheidung des VG Köln können Kommunen aus Gründen der Verkehrssicherheit Haltestellen für den Fernbusverkehr sperren. Verkehrsunternehmen können sich hierbei nicht darauf berufen, dass die bisherige Haltestelle in einer laufenden Konzession ausgewiesen ist. Dies gilt zumindest dann, wenn Ihnen ein geeigneter alternativer Haltepunkt angeboten wird.

RA Jurkea Wachtendorf, Tel.: +49 40 6378-1258,
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

VG Trier zum Altunternehmerprivileg

Das VG Trier hatte in einem Urteil vom 25.08.2015 über konkurrierende eigenwirtschaftliche Anträge der Klägerin und der beigeladenen Altbetreiberin auf Erteilung einer Liniengenehmigung zu entscheiden. Zunächst erteilte die beklagte Genehmigungsbehörde der Klägerin die Liniengenehmigung und lehnte den Antrag der Altbetreiberin ab. Auf den eingelegten Widerspruch der Altbetreiberin hob die Genehmigungsbehörde den ursprünglichen Bescheid auf und erteilte der Altbetreiberin die Genehmigung für die Linie. Diesen neuen Bescheid griff die Klägerin vor dem VG an.

Das VG urteilte, dass der Altbetreiberin die Liniengenehmigung zu Unrecht erteilt worden sei. Die Auswahlentscheidung leide an Rechtsfehlern. Zwar sei der Umstand, dass ein Verkehr von einem Unternehmer jahrelang dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechend betrieben worden sei, aufgrund des sog. Altunternehmerprivilegs nach § 13 Abs. 3 PBefG zu berücksichtigen und könne einen gewissen Rückstand des Altunternehmers ausgleichen. Allerdings überhöhe die Genehmigungsbehörde die Bedeutung des Altunternehmerprivilegs. Sie sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass nur gewichtige Gründe bzw. ein überzeugend besseres Angebot geeignet seien, den Besitzstandsschutz der Altbetreiberin zu überwinden.

Ebenfalls sei die Zusicherung der Klägerin bezüglich der Aufrechterhaltung des Verkehrs in Schwachlastzeiten fehlerhaft bewertet worden. Nach § 12 Abs. 1a PBefG können als Zusicherung bezeichnete Standards zu verbindlichen Bestandteilen des Angebotes gemacht werden, um die Ausgangsstellung des Antragstellers zu verbessern. Die Frage nach dem besten Angebot hänge bei der Abgabe einer Zusicherung von der Bedeutung des zugesicherten Standards ab. Zwar komme einer Zusicherung, die nur eine Bagatelle betreffe, keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Gleiches gelte, wenn die Erwartung bestünde, dass die Standards von dem konkurrierenden Unternehmen auch ohne Zusicherung für die gesamte Laufzeit der Genehmigung eingehalten werden. Vorliegend hätte die Genehmigungsbehörde die Zusicherung der Klägerin nicht als Annex oder Hilfskriterium einordnen dürfen, sondern eigenständig bewerten müssen.

Praxishinweis:

Das Urteil des VG Trier zeigt die Grenzen des Altunternehmerprivilegs in einem Konkurrentenstreit auf und konkretisiert die jüngere Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 12.12.2013 – wir berichteten dazu in der NL Ausgabe 2/2014) zur gleichen Thematik. Die Entscheidung zeigt, dass das Altunternehmerprivileg in der Praxis nicht überbewertet werden darf. Der Altunternehmer sollte sich nicht darauf verlassen, dadurch einen Rückstand auszugleichen. Andererseits zeigt die Entscheidung, dass die Zusicherung bestimmter, nicht selbstverständlicher Bedienungsstandards, die Aussichten im Genehmigungswettbewerb verbessern kann. Den Beteiligten eines Genehmigungswettbewerbs ist zudem zu raten,

die Aussagen der Genehmigungsbehörde zum Altunternehmerprivileg genau zu prüfen, da sich hier unter Umständen Möglichkeiten ergeben, die Entscheidung erfolgreich anzufechten.

Von RA Nils Rickert, Tel.: +49 211 981-2886, nils.rickert@de.pwc.com

Allgemeines Vergaberecht

VK Sachsen-Anhalt – Unterlassenes Ankreuzen der „Tariftreue- und Entgeltgleichheitserklärung“ führt zum Ausschluss

Die VK Sachsen-Anhalt entschied am 16.06.2015, dass bereits das Unterlassen des Ankreuzens bei der „Erklärung zur Tariftreue und Entgeltgleichheit“ nach dem Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt in den Vergabeunterlagen zu einem Ausschluss führt.

Vorliegend wurde das Formblatt mit dem einschlägigen Datum, dem Firmenstempel und der Unterschrift versehen, womit die Bieterin zu erkennen gab, dass sie die Erklärung grundsätzlich gegen sich gelten lassen wollte. Allerdings habe sie – so die VK – hiermit nicht die konkrete Zusicherung der Entgeltgleichheit abgegeben, weil sie das Ausfüllen des entsprechenden Kreuzes unterließ. Im Ergebnis stellt die VK fest, dass die körperliche Erklärung zwar vorliegt, jedoch unvollständig ist.

Eine Nachforderung kommt nach der VK nur hinsichtlich formaler Mängel in Betracht; diese können nach ständiger Rechtsprechung korrigiert werden. Hier handele es sich aber um eine inhaltlich fehlerhafte Erklärung, die dieser Nachforderungsmöglichkeit nicht unterliegt. Damit seien diese Erklärungen nach § 16 Abs. 3 lit a VOL/A auszuschließen. Der Auftraggeberin wird nach dieser Vorschrift kein Ermessensspielraum eingeräumt.

Praxishinweis:

Die Entscheidung zeigt, wie kleine „Flüchtigkeitsfehler“ im Vergabeverfahren bereits zu einem kompletten Ausschluss führen können. Es ist misslich, wenn es – wie im vorliegenden Fall – gar nicht erst zu einer Sichtung des inhaltlichen Angebots kommt. Daher sollten Bieter auch mit Blick auf formale Details besondere Sorgfalt walten lassen.

In einem anderen Licht erscheint der Fall allerdings, wenn die VK davon ausgegangen wäre, dass mangels des Ankreuzens der Bieter gar keine Erklärung abgegeben wollte. In diesem Fall wäre ein gewöhnlicher formaler Fehler gegeben und die Erklärung könnte nachgereicht werden.

RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, hier: Vergabeverordnung (VgV)

Der europäische Gesetzgeber hat mit dem Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts das bisherige Regelwerk für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen überarbeitet. Ziel der Modernisierung ist die Weiterentwicklung der aktuellen fortschreitenden Bedürfnisse des Binnenmarktes, sowie die stärkere Vereinheitlichung der Vergabeverfahren innerhalb der EU.

Im Zuge dieser Veränderungen reagiert der deutsche Gesetzgeber mit dem Referentenentwurf zur sog. „Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts“ (Stand: 9. November 2015). Im Einzelnen werden hiervon folgende Verordnungen umfasst:

- Artikel 1: Vergabeverordnung (VgV)
- Artikel 2: Sektorenverordnung (SektVO)
- Artikel 3: Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)
- Artikel 4: Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)

In diesem Newsletter möchten wir Ihnen in der gebotenen Kürze die Änderungen der VgV vorstellen: Die bisherige VgV und die angrenzenden Vergabevorschriften der VOF (Architekten- und Ingenieursdienstleistungen wie z.B. Nahverkehrsplanungen) werden neu geordnet. Dabei werden Letztere in die VgV eingegliedert. Des Weiteren wird das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie freiberufliche Leistungen zusammengeführt. Bauspezifische Vergabeverfahren (etwa beim Bau von Haltestellen) werden weiterhin vornehmlich in der VOB/A geregelt. Lediglich einige grundsätzliche Bestimmungen (Abschnitt 1 und Unterabschnitt 2 des Abschnitts 2) sind auch im Rahmen von Bauvergaben anwendbar.

Praxishinweis:

Für ÖPNV-Akteure ist die VgV anwendbar bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (in Abgrenzung zu Dienstleistungskonzessionen) durch die sog. klassischen Auftraggeber (im Unterschied zu den Sektorauftraggebern, für die weiterhin die Sektorenverordnung – SektVO – gilt). Über ÖPNV-relevante Änderungen in den übrigen Artikeln des Entwurfs einer Mantelverordnung werden wir Sie im nächsten Newsletter informieren.

RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

EuGH bestätigt vergabespezifisches Mindestentgelt

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hat der EuGH mit Urteil vom 17.11.2015 entschieden, dass öffentliche Auftraggeber die Vergabe eines Auftrags von der Verpflichtung zur Zahlung des vergabespezifischen Mindestentgelts abhängig machen dürfen. Die entsprechende Regelung im rheinland-pfälzischen Landestariftreuegesetz (LTTG) verstoße nicht gegen Unionsrecht. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Juli 2013 hat die Stadt Landau einen Bieter im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über Postdienstleistungen ausgeschlossen. Die Stadt begründete dies damit, dass der Bieter keine Verpflichtungserklärung dahingehend abgegeben hatte, seinen Beschäftigten bei Ausführung der Leistungen in Rheinland-Pfalz geltenden Mindestlohn von 8,70 Euro pro Stunde zu zahlen. Für die hier maßgeblichen Postdienstleistungen gab es zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt keinen branchenspezifischen Mindestlohn aus einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag. Zudem war auch das Mindestlohngesetz (MiLoG) mit seinem bundeseinheitlichen Mindestlohn von 8,50 Euro pro Stunde noch nicht in Kraft.

Im Rahmen des daraufhin seitens des ausgeschlossenen Bieters eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens hatte das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz Zweifel, ob die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgelts mit dem Unionsrecht und insbesondere mit der Vergaberichtlinie 2004/18/EU vereinbar ist. Es legte die Sache daher dem EuGH vor.

Dieser entschied – ebenso wie bereits zuvor der Generalanwalt (vgl. unseren Newsletter Nr. 4 von September und Oktober 2015) –, dass die Regelung im rheinland-pfälzischen LTTG im Ergebnis mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Zwar sei das Mindestentgelt geeignet, den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken; dies sei jedoch aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt. Zudem gewähre das LTTG ein Mindestmaß an sozialem Schutz, da in dem im Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum weder ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag noch eine andere nationale Regelung einen niedrigeren Mindestlohn für die Branche der Postdienstleistungen vorsah. Der Mindestlohn stelle insoweit eine zulässige zusätzliche Bedingung im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG dar, welche der öffentliche Auftraggeber vorschreiben könne. Ergänzend fügte der Gerichtshof hinzu, dass sich das Erfordernis des vergabespezifischen Mindestlohns auf den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe beschränken dürfe.

Praxishinweis:

Ausdrücklich hat der EuGH nur die Europarechtskonformität des vergabespezifischen Mindestentgelts in Rheinland-Pfalz bestätigt. In vielen anderen Bundesländern gibt es jedoch vergleichbare Regelungen, sodass die dortige Rechtslage durch die vorliegende Entscheidung ebenfalls berührt sein dürfte. Fraglich ist jedoch, ob die Entscheidung des EuGH anders ausgefallen wäre, wenn bereits ein Mindestmaß an sozialem Schutz über die Einführung des bundeseinheitlichen Mindestlohns gewährt worden wäre. In der vergaberechtlichen Fachdiskussion wird dieser Aspekt der Entscheidung im Hinblick auf die vergabespezifischen Mindestentgelte der Länder bereits thematisiert. Der weitere Verlauf dieser Diskussion bleibt abzuwarten. Insbesondere sollte im Auge behalten werden, wie sich die zuständigen Landesministerien zu dieser Entscheidung äußern.

RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966; RA Sascha F Schaefer,
Tel.: +49 211 981-2549, sascha.schaefer@de.pwc.com

Veranstaltungen

Kooperationsveranstaltung mit beka:

Aus der Vergabepraxis für ÖPNV-Auftraggeber Strategie – Planung – Verfahren

ÖPNV-Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen sehen sich mehr und mehr in der Pflicht, ihre Verkehrs- bzw. Subunternehmerleistungen auszuschreiben. Dabei müssen sie zum einen insbesondere vergabe- und arbeitsrechtliche Fehlerquellen umschiffen. Zum anderen gilt es aber auch, Kostensenkungs- und Effizienzpotentiale zu erkennen und auszuschöpfen. Hierzu bedarf es eines wohl überlegten Umgangs mit strategisch-planerischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fragestellungen. Anhand von praxisorientierten Fallbeispielen erläutern Ihnen erfahrene Juristen, Betriebswirte und Verkehrsplaner die Chancen und Risiken, die sich von der Konzeption einer Linie an über deren Planung und Ausschreibung bis hin zur Betriebsaufnahme eröffnen.

***26. Januar 2016 von 10:00 Uhr – 16:30 Uhr,
Lindner Hotel in Köln***

Weitere Informationen unter **www.beka.de** oder zu erfragen bei

Frau Dominique Mandt, Tel.: +49 221 95 14 49-21, mandt@beka.de bzw.

Frau Sandra Rupietta, Tel.: +49 221 95 14 49-14, rupietta@beka.de

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei

Frau RA Bettina Werres

Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

Das Team

Für Ihre Fragen, Hinweise und Anmerkungen zum Newsletter stehen Ihnen die nachfolgenden Ansprechpartner gern zur Verfügung. Wir freuen uns auf Ihr Feedback.

RA/StB Christiane Kappe

Tel.: +49 211 981-2700
christiane.kappe@de.pwc.com

RA/StB Michael Prechtl

Tel.: +49 211 981-4775
michael.prechtl@de.pwc.com

RA Jörg Manka

Tel.: +49 211 981-4737
[joerg.manka @de.pwc.com](mailto:joerg.manka@de.pwc.com)

RA Bettina Werres

Tel.: +49 211 981-4966
bettina.werres@de.pwc.com

RA/StB Maren Weber

Tel.: +49 69 9585-5853
maren.weber@de.pwc.com

RA Erik Pelizäus

Tel.: +49 40 6378-1323
erik.pelizaeus@de.pwc.com

RA Stefan Bahrenberg

Tel.: +49 211 981-2242
stefan.bahrenberg@de.pwc.com

RA Jurkea Wachtendorf

Tel.: +49 40 6378-1258
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

RA Sascha Schaefer

Tel.: +49 211 981-2549
sascha.schaefer@de.pwc.com

RA Nils Rickert

Tel.: +49 211 981-2886
nils.rickert@de.pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Für Fragen stehen Ihnen die in dem Newsletter genannten Ansprechpartner gerne zur Verfügung.

Sollten weitere Personen Interesse an diesem Newsletter haben, können Sie diese E-Mail gerne weiterleiten.

Die Interessenten können sich hier anmelden:

[SUBSCRIBE PS Legal News Verkehr und Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com).

Sofern Sie unseren Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, bitten wir Sie um eine kurze Benachrichtigung an

[UNSUBSCRIBE PS Legal News Verkehr und Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com).

Die Beiträge dieser Publikation sind zur Information unserer Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© 2015 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.