

Aktuelle Informationen

**Ausgabe 1,
Januar und Februar
2014**

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 Beraterteams an den Niederlassungen Düsseldorf, Bielefeld, Hannover und Hamburg (siehe hierzu Seite 15). Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

Christiane Kappe

Inhalt

Verkehr – Recht und Steuern	2
Klagerücknahme im BFH-Revisionsverfahren in Sachen "Freizeitpark Niesky" - Auswirkungen auf den steuerlichen Querverbund	2
4. Eisenbahnpaket der Kommission nimmt weitere Hürde– ÖPNV-Regeln der VO 1370/2007 betroffen.....	3
Änderungen der VO 1370/2007 – Gefahr für steuerlichen Querverbund und Dienstleistungskonzessionen	4
BVerwG: Zu erwartende fehlende Kostendeckung ist Versagungsgrund für eigenwirtschaftliche Anträge im Genehmigungsverfahren.....	6
OLG Düsseldorf tendiert zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof	8
Auch private Busunternehmen können vergaberechtlichen Schranken unterliegen	9
Richtlinienentwurf zur Konzessionsvergabe schließt Anwendung für Personenverkehrsdienste im Sinne der VO 1370/2007 aus.....	10
Allgemeines Beihilferecht.....	11
EU-Kommission konsultiert Mitgliedstaaten zur Modernisierung des Beihilferechts	11

Allgemeines Vergaberecht.....	12
Vergaberichtlinien mit „Teckal“-Kriterien verabschiedet	12
Veranstaltungen.....	14
Das Team.....	15
Bestellung und Abbestellung.....	16

Verkehr – Recht und Steuern

Klagerücknahme im BFH-Revisionsverfahren in Sachen "Freizeitpark Niesky" - Auswirkungen auf den steuerlichen Querverbund

Beim Bundesfinanzhof (BFH) war bis vor kurzem ein Revisionsverfahren (Az. I R 58/11) anhängig, indem es u.a. um die EU-Beihilfenkonformität des steuerlichen Querverbundes ging.

Das Finanzgericht Sachsen hatte mit Urteil vom 09.12.2010 (Az. 1 K 184/07) entschieden, dass die Verluste einer klagenden kommunalen GmbH aus dem Betrieb eines Freizeitparks (Freibad, Sauna, Ballsportarten, Eislauf, Eishockey) in der Stadt Niesky (Oberlausitz) im Streitjahr 1998 steuerlich anzuerkennen und mit Gewinnen aus der Energie- und Wasserversorgung sowie Abwasserentsorgung steuersparend verrechnet werden durften. Das Gericht stützte sich dabei auf den Wortlaut der Ende 2008 erstmals ausdrücklich gesetzlich fixierten Regelungen zum steuerlichen Querverbund einschließlich deren Anwendungsvorschriften für frühere Jahre. Es kam damit zu einem Ergebnis, welches nach der bisherigen Verwaltungspraxis - aufgrund einer fehlenden sog. "technisch-wirtschaftlichen Verflechtung" der Gewinn- und Verlusttätigkeiten - eine Querverbundverrechnung nicht zulässig gewesen wäre und welches das Gericht für Streitjahre ab 2009 - wegen des insoweit anderen Gesetzeswortlauts - mit Sicherheit auch so nicht gefällt hätte.

Das unterlegene Finanzamt hatte Revision zum BFH eingelegt. Der BFH hatte angekündigt, dass er sich zum einen mit der Frage befassen wolle, ob die Anwendungsvorschriften der neuen gesetzlichen Querverbundregelung für Jahre vor 2009 einschränkend so auszulegen seien, dass sich keine derartige Querverbunderweiterung gegenüber der bisherigen Verwaltungspraxis ergeben würde. Zum anderen machte der BFH aber auch deutlich, dass er generell prüfen wolle, ob die gesetzlichen Bestimmungen zum steuerlichen Querverbund mit EU-Beihilfenrecht in Einklang stünden.

Vor allem die letztgenannte Ankündigung löste in der Branche und besonders bei kommunalen Spitzenverbänden die Befürchtung aus, dass der steuerliche Querverbund mal wieder "auf der Kippe" stünde. Nach entsprechender Einfluss-

nahme auf die Klägerin nahm diese im Rahmen eines Vergleichs - trotz des Ob-siegens in der ersten Instanz! - ihre Klage zurück.

Für die Kommunalwirtschaft stellen sich im Wesentlichen nun zwei Fragen:

1. Wie begründet sind die Befürchtungen vor einer Feststellung der Beihilfenrechtswidrigkeit der deutschen Querverbundregelungen? Sind die Querverbundregelungen vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Steuervorteil sich nicht auf den Wettbewerb der Gewinntätigkeiten (insbesondere Energie- und Wasserversorgung) auswirkt, sondern allenfalls auf den Wettbewerb der quersubventionierten Daseinsvorsorgetätigkeiten (insbesondere ÖPNV- und Bäderbetriebe), deren Finanzierung jedoch bereits durch entsprechende Maßnahmen (sog. "Betrachtung", aber auch Notifikation bei der EU-Kommission) beihilfenrechtlich abgesichert ist?
2. Inwiefern sollte im Brancheninteresse künftig wegen der möglichen Überprüfung der nationalen Regelungen zum steuerlichen Querverbund durch den BFH (und in der Folge ggf. durch den EuGH) jedwede Klage vor den Finanzgerichten unterbleiben, wenn es mit der Finanzverwaltung Streit um Fragen der steuerlichen Querverbundverrechnung einschließlich der Höhe von querverbundfähigen Verlusten (z.B. Rückstellungsbildung in einem Verkehrsbetrieb) gibt?

RA/StB Michael Prechtel, Tel.: +49 211 981-4775, michael.prechtel@de.pwc.com

4. Eisenbahnpaket der Kommission nimmt weitere Hürde– ÖPNV-Regeln der VO 1370/2007 betroffen

Die EU-Kommission hatte im Januar 2013 ein Paket von Vorschlägen auf den Weg gebracht, welches das Eisenbahnrecht in Europa in wesentlichen Punkten anpassen und ändern will. Die Vorschläge enthalten auch Änderungen der VO 1370/2007, wodurch Auswirkungen für den Bereich des ÖPNV mit Bussen und Straßenbahnen zu erwarten sind (siehe hierzu den folgenden Artikel des Newsletters – Änderungen der VO 1370/2007 – Steuerlicher Querverbund und Dienstleistungskonzessionen). Das 4. Eisenbahnpaket hat mit der Verabschiedung durch den zuständigen Fachausschuss des Europaparlamentes eine weitere Hürde auf dem Weg zur Umsetzung genommen.

Die Vorschläge des Ausschusses enthalten zunächst Regelungen, die eine technische Harmonisierung im Eisenbahnsektor (Interoperabilität) zum Ziel haben aber auch eine weitere Öffnung der nationalen Schienenverkehrsmärkte bewirken sollen.

Für den deutschen Eisenbahnsektor ist dabei die von der Kommission aufgestellte Forderung nach der Trennung von Netz und Betrieb das herausragende Thema. Der Ausschuss schlägt nun - im Gegensatz zu den sehr strikten Forderungen der Kommission - vermittelnd vor, dass Netz und Betrieb weiterhin in einer integrierten Unternehmensstruktur verbleiben könnten, wenn hinsichtlich

Trennung und Transparenz der Finanzierung der verschiedenen Bereiche strenge Vorgaben eingehalten würden.

Neben technischen Regeln zur Harmonisierung sowie zum Verhältnis von Infrastruktur und Betrieb im Eisenbahnbereich ist in dem Paket jedoch auch die VO 1370/2007 Gegenstand.

Für die Schienenpersonennahverkehrsleistungen (SPNV) sollen in Zukunft als Ersatz für die umfassende Direktvergabemöglichkeit des Art. 5 Abs. 6 nur noch Befreiungen für bestimmte Bagatellvergaben möglich sein. Aufgrund der in Deutschland bereits bestehenden, generellen Pflicht zur Ausschreibung von SPNV-Leistungen, hätten diese Regeln wohl nur dann Wirkung, wenn die nach wie vor strengeren deutschen Vorschriften entsprechend angepasst würden (insbesondere § 4 Abs. 2 und 3 der Vergabeverordnung).

In Bezug auf die Regeln der VO 1370/2007 bleiben die Änderungsvorschläge des 4. Eisenbahnpakets jedoch nicht auf Leistungen im SPNV begrenzt. Die neuen Regeln betreffen auch den ÖPNV mit Straßenbahnen und Bussen (siehe hierzu den folgenden Artikel des Newsletters – Änderungen der VO 1370/2007 – Steuerlicher Querverbund und Dienstleistungskonzessionen).

Praxishinweis:

Da die Vorschläge der jeweiligen Fachausschüsse für die anschließende Entscheidung des Europaparlaments von erheblicher Bedeutung sind, hat das 4. Eisenbahnpaket mit der Verabschiedung durch den Fachausschuss eine weitere Hürde auf dem Weg zur Umsetzung genommen. In der überwiegenden Anzahl der Fälle folgt das Parlament nämlich den Vorschlägen des zuständigen Fachausschusses. Nimmt das Parlament selbst keine Änderungen an den Vorschlägen vor, würden nur noch im Rat Veränderungen am 4. Eisenbahnpaket erfolgen können.

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

Änderungen der VO 1370/2007 – Gefahr für steuerlichen Querverbund und Dienstleistungskonzessionen

Die Änderungsvorschläge des 4. Eisenbahnpakets, die auch Änderungen der VO 1370/2007 vorsehen, bleiben nicht auf Leistungen im SPNV begrenzt. Die neuen Regeln, die nunmehr den zuständigen Fachausschuss des Europaparlaments passiert haben, betreffen auch den ÖPNV mit Straßenbahnen und Bussen (siehe auch den vorherigen Artikel dieses Newsletters – 4. Eisenbahnpaket der Kommission nimmt weitere Hürde – ÖPNV-Regeln der VO 1370/2007 betroffen).

Ein zentraler Punkt ist dabei die Einführung eines neuen Art. 2a-E. Für den Fall der Umsetzung der nunmehr verabschiedeten Vorschläge sähe dieser sehr umfassende Gestaltungsmöglichkeiten für einen neu in die VO 1370/2007 implementierten „public transport plan“ vor. Auf deutsche Verhältnisse gemünzt, dürfte für den Fall der Umsetzung dieser Vorgabe eine erhebliche Aufwertung

des Nahverkehrsplans die Folge sein. Unter Einbeziehung aller Verkehrsträger wäre hiernach sehr detailliert zu planen, auf welche Weise die Ziele der örtlichen Verkehrspolitik in Zukunft umzusetzen wären.

In dieser Vorschrift sollen Regelungen aufgenommen werden, die erhebliche Änderungen hinsichtlich der Finanzierung der Verkehre befürchten ließen. Neu und in seinen möglichen Folgen gravierend wäre insbesondere die Absicht, eine (an dieser Stelle nicht näher definierte) Unterkompensation bei gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durch ein Verbot verhindern zu wollen (Art. 4 Abs. 1 lit. b-E).

Im schlechtesten aber nicht unwahrscheinlichen Fall könnte bei der Umsetzung dieses Unterkompensationsverbots der steuerliche Querverbund in Frage gestellt werden. Ferner könnten die Möglichkeiten zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auf Basis der Verordnung erheblich eingeschränkt werden.

Ausgangspunkt für diese negative Prognose ist, dass man aus einem solchen Unterkompensationsverbot einen - dann auch - einklagbaren Anspruch des Verkehrsunternehmens auf Ausgleich der Verluste ableiten könnte, die mit dem Betreiben der öffentlichen Personenverkehrsdienste entstehen. Ein solcher Anspruch hätte einerseits das Potential, den für den steuerlichen Querverbund notwendig abziehbaren Verkehrsverlust zu eliminieren. Bei dieser Auslegung würden die Änderungen der Verordnung schlichtweg den Bestand des steuerlichen Querverbundes gefährden.

Andererseits würde ein solcher gesetzlicher Anspruch auf Ausgleich der Verluste dazu führen, dass das Betreiben von Personenverkehrsdiensten faktisch „risikolos“ würde, wenn der Ausgleich der Verluste über ein solches Unterkompensationsverbot quasi garantiert würde. Die Übernahme eines Betriebsrisikos ist jedoch die zwingende Bedingung, um die Dienstleistungskonzession vom öffentlichen Auftrag nach § 99 GWB abzugrenzen. Folge des Wegfalls dieses „Betriebsrisikos“ wäre dann, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, wie sie für einige Vergaben auf Basis der Verordnung Voraussetzung ist, nicht mehr möglich wäre.

Ferner schlägt der Ausschuss vor, die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Einklang mit den Vorgaben des „public transport plan“ vorzunehmen, wobei dies auf die kostengünstigste Weise („most cost-effective manner“) erreicht werden sollte (Art. 2a Abs. 4-E). Letztlich würde hiermit ein neuer Rechtsbegriff in die Verordnung eingeführt, der mit den zurzeit geltenden Bestimmungen des Anhangs in Konflikt geraten könnte bzw. im Sinne einer Verschärfung für dessen Anforderungen genutzt werden könnte.

Auf diese Weise würden neue Begriffe in die VO 1370/2007 eingeführt, die bei der Konzeption von Betrauungen zu beachten wären und potentiell geeignet wären, diese weiter zu erschweren. Mit Blick auf die denkbaren Auswirkungen für den steuerlichen Querverbund sowie die Anwendungsmöglichkeiten der Dienstleistungskonzession würden auf Basis der zuvor geschilderten negativen Auslegung sogar wichtige Gestaltungsmöglichkeiten für die Verkehre im Ganzen in Gefahr geraten.

Praxishinweis:

Da die Vorschläge der jeweiligen Fachausschüsse die anschließende Entscheidung des Europaparlaments vorbereiten und damit von erheblicher Bedeutung für ihr weiteres Schicksal sind, haben das 4. Eisenbahnpaket sowie die Änderungen der VO 1370/2007 eine weitere Hürde auf dem Weg zur Umsetzung genommen. In der überwiegenden Anzahl der Fälle folgt das Parlament den Vorschlägen des zuständigen Fachausschusses. Letztlich könnte nach dem Parlament, wenn dieses selbst keine Änderungen mehr an diesen Vorschlägen macht, nur noch der Rat auf die Änderungen der Vorschriften einwirken. Insbesondere die Regeln zum Verbot der Unterkompensation und auch die Regeln zur „kostengünstigsten“ Weise der Finanzierung lassen befürchten, dass es zu – auch gravierenden - Veränderungen der Finanzierungsinstrumente kommt. Es könnte dann noch deutlich anspruchsvoller werden, Betrauungen auf Basis der europarechtlichen Vorgaben durchzuführen.

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

BVerwG: Zu erwartende fehlende Kostendeckung ist Versagungsgrund für eigenwirtschaftliche Anträge im Genehmigungsverfahren

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat in einer vielbeachteten Entscheidung (Urteil vom 24.10.2013 – Az.: BVerwG 3 C 26.12) in letzter Instanz ein Urteil des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Bay VGH) aufgehoben. Wenngleich die Entscheidung auf Basis der alten Rechtslage [PBefG a.F. und VO (EG) 1196/69] ergangen ist, beschäftigt sich das Urteil mit zwei interessanten und seit der Entscheidung der Vorinstanz kontrovers diskutierte Fragen, die auch unter der Geltung des novellierten PBefG und der VO (EG) 1370/2007 von Bedeutung sind:

- 1) Rechtfertigt die abzusehende fehlende Kostendeckung einer eigenwirtschaftlich beantragten Linie die Versagung der Genehmigung durch die Genehmigungsbehörde?
- 2) Hat der Inhaber einer nicht auskömmlichen Liniengenehmigung einen Anspruch gegen den Aufgabenträger auf Finanzierung?

In dem entschiedenen Fall hatte ein Unternehmer eine eigenwirtschaftliche Liniengenehmigung nach § 13 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) beantragt, obwohl die Linie im beantragten Umfang nicht kostendeckend betrieben werden konnte. In der Folge versagte die Genehmigungsbehörde dem Antragsteller die Genehmigung und erteilte diese einem anderen Unternehmen, der eine Ausschreibung für die betroffene Verkehrsleistung gewonnen hatte. Gegen die Entscheidung der Genehmigungsbehörde erhob der nicht berücksichtigte Unternehmer Klage.

Der erstinstanzliche Bay VGH hatte der Klage mit der Begründung stattgegeben, dass die Genehmigungsbehörde im vorliegenden Fall habe ernsthaft damit rechnen müssen, dass dem Unternehmer gegen den Dritten (hier: gegen den Aufga-

benetragter) ein Anspruch auf Erstattung der Kosten in ausreichender Höhe zustehen könnte. Im Falle einer solchen Wahrscheinlichkeit sei kein Verstoß gegen öffentliche Verkehrsinteressen gegeben, der die Versagung der Liniengenehmigung nach § 13 PBefG rechtfertigen könne.

Der Senat stellte nunmehr fest, dass öffentliche Verkehrsinteressen im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG beeinträchtigt seien, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Bewerber um eine eigenwirtschaftliche Liniengenehmigung die betreffende Linie wegen fehlender Kostendeckung nicht dauerhaft – also nicht während der gesamten Laufzeit der Genehmigung – in dem der Genehmigung zugrundeliegenden Umfang betreiben kann. Durch diese Ausdehnung der sachlichen Prüfungspflicht auf die Wirtschaftlichkeit bezogen auf die gesamte Genehmigungslaufzeit wird der Prüfungsrahmen der Genehmigungsbehörden erheblich erweitert. Hierzu merkt das Gericht an, dass die Genehmigungsbehörde durch diese Erweiterung grundsätzlich nicht überfordert werde. Sie müsse aber ggf. für die Bewertung der Tragfähigkeit des wirtschaftlichen Konzepts für den Betrieb einer Linie externen Sachverstand beiziehen.

Das Gericht beschäftigte sich ebenfalls mit der Frage, ob ein Anspruch auf einen Ausgleich gegenüber dem Aufgabenträger besteht. Es beschränkte seine Ausführungen jedoch auf den konkret zu entscheidenden Fall. In diesem wurde das Vorliegen eines Anspruchs verneint, da sich der Unternehmer selbst mit Beantragung der Liniengenehmigung auf einen nicht auskömmlichen Tarif festgelegt hatte. Von einer Auferlegung einer Tarifpflicht durch den Aufgabenträger könne daher keine Rede sein. Weitergehende Aussagen, wann ein Anspruch des Inhabers einer Liniengenehmigung – insbesondere unter Geltung der VO (EG) 1370/2007 bestehen kann, machte der Senat hingegen nicht. Insofern bleibt diese Frage – zumindest höchstrichterlich – weiterhin unbeantwortet.

Praxishinweis:

Der Entscheidung des Gerichts kommt für die Genehmigungspraxis auch nach der Novelle des PBefG erhebliche Bedeutung zu. Die Genehmigungsbehörden sind spätestens mit dieser Entscheidung dazu angehalten, eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge auf ihre wirtschaftliche Nachhaltigkeit für die gesamte Genehmigungsdauer zu prüfen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine fehlende Kostendeckung der Linie bestehen.

Auf Grund der speziellen Sachlage des entschiedenen Falls hat das Gericht offen gelassen, ob sich die Frage nach der Wirtschaftlichkeit lediglich auf die einzelne Linie oder auf die Gesamtsituation des Unternehmens beziehen muss.

Für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen, die gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbringen, wird erstmal die Möglichkeit eröffnet, eigenwirtschaftlichen Konkurrenzanträgen – trotz des formalen Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit – nachhaltig entgegenzutreten. Bei Bedarf erörtern wir gemeinsam mit Ihnen gerne die rechtlichen Details und die strategische Vorgehensweise in solchen Situationen.

Von RA Erik Pelizäus, Tel.: +49 40 6378-1323, erik.pelizaesus@de.pwc.com

OLG Düsseldorf tendiert zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof

Am Mittwoch, den 15. Januar 2014 hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Nachprüfungsverfahren der go.on Gesellschaft für Bus- und Schienenverkehr mbH (Antragstellerin) gegen den Nahverkehrsverbund Paderborn/Höxter (nph) verhandelt. Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist die Ausschreibung eines Nachtexpress-Linienbündels in Paderborn und Umgebung. Dieses Verfahren ist stellvertretend für die Mitglieder des Verbands Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen (NWO) durch die Antragstellerin eingeleitet worden. Es dient der Überprüfung der Rechts- und Verfassungsmäßigkeit der Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs (RepTVVO). Auf Grundlage des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG) sowie dieser Verordnung werden Auftragsvergaben im ÖPNV davon abhängig gemacht, dass die teilnehmenden Unternehmen sich zur Einhaltung des Spartentarifvertrages Nahverkehrsbetriebe (TV-N) bei der Entlohnung ihrer Beschäftigten verpflichten. Da die RepTVVO ausschließlich den kommunalen TV-N als repräsentativ adelt, sehen sich die mehrheitlich im NWO organisierten privaten Busunternehmen benachteiligt (hierzu berichteten wir bereits in den Ausgaben 4, 5 und 7).

Vor diesem Hintergrund erhofften sich die Akteure des ÖPNV-Marktes eine zeitnahe Entscheidung des Vergabesenats zur Rechtmäßigkeit der Verordnung in der Sache. Diese Hoffnungen wurden jedoch enttäuscht. Der Vorsitzende Richter des Vergabesenats Hans-Peter Dicks ließ vielmehr erkennen, dass der Senat tendenziell eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erwägt. Im Rahmen dieses Verfahrens liegt der Ball im Spielfeld des EuGH. Dieser hätte dann zunächst zu entscheiden, ob die RepTVVO mit den Maßgaben des Europarechts übereinstimmt oder diesen widerspricht, bevor das OLG dann in der Sache entscheiden kann.

Im Laufe der mündlichen Verhandlung ließ der Senat erkennen, dass er mit der Argumentationslinie der Antragstellerin hinsichtlich der Rechts- und Verfassungswidrigkeit der RepTVVO weitgehend nicht übereinstimmt. Allerdings konstatierte der Senat, dass die Aufgabenträger auf dem ÖPNV-Markt möglicherweise ein Nachfragemonopol in Händen halten. Dieser Umstand berührt nach Auffassung des Senats ggf. kartellrechtliche Aspekte. Im Übrigen könne zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die RepTVVO gegen europarechtliche Vorgaben verstoße. Vor diesem Hintergrund neigt der Senat im Moment zu einer Vorlage an den EuGH. Zuvor hatte der Senat an die Verantwortung der öffentlichen Auftraggeber appelliert und diesen eine eigene Normverwerfungskompetenz zugesprochen. Damit vertritt er eine extreme Mindermeinung, die in der juristischen Fachdiskussion kaum geteilt wird.

Das Datum des Verkündungstermins ist offen. Wie halten Sie über die weitere Entwicklung auf dem Laufenden.

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

Auch private Busunternehmen können vergaberechtlichen Schranken unterliegen

Für eine Vielzahl von privaten Busunternehmen, die Inhaber von Linienverkehrsgenehmigungen nach dem PBefG sind, stellt sich die Frage, ob sie bei der Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen den Schranken des europäischen Vergaberechts unterworfen sind. Diese Frage ist häufig schwierig zu beantworten. Dies liegt nicht zuletzt an der recht sperrigen Definition des Sektorenauftraggebers in § 98 Nr. 4 GWB, die wie folgt lautet:

Öffentliche Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts sind natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, wenn diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn andere Auftraggeber (bspw. Kommunen, Verbände, kommunale Unternehmen), auf diese Person einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben (vgl. § 98 Nr. 4 GWB); **besondere oder ausschließliche Rechte** sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeiten auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird.

Nach der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB umfassen Tätigkeiten auf dem Gebiet des Verkehrs u.a. das Erbringen von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personenverkehr im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes auch mit Kraftomnibussen. Folge dieser Definition wäre, dass in jedem Einzelfall zu entscheiden ist, ob ein privater Busunternehmer Sektorenauftraggeber ist oder nicht.

Unabhängig von der o.g. Definition bestimmt der Anhang V der Sektorenrichtlinie, wer Auftraggeber im Bereich der städtischen Eisenbahn-, Straßenbahn-, Oberleitungsbusse oder Busdienste ist. Für die Bundesrepublik Deutschland werden hiernach Unternehmen erfasst, die genehmigungspflichtige Verkehrsleistungen im öffentlichen Personenverkehr im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) erbringen. Folge dieser Bestimmung wäre, dass jeder private Busunternehmer „automatisch“ Sektorenauftraggeber ist.

Dementsprechend hat sich in der Vergangenheit die Frage gestellt, ob die Sektorenauftraggebereigenschaft pauschal nach dem Anhang V der Sektorenrichtlinie oder konkret nach der Definition des § 98 Nr. 4 GWB zu beurteilen ist. In dieser Frage hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einem neueren Urteil zu den Anhängen der Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG) entscheidende Feststellungen getroffen. Die dort gefundenen Ergebnisse lassen sich auf die Anhänge zur Sektorenrichtlinie (2004/17/EG) übertragen. Danach folgt aus der Aufnahme in diese Anhänge nicht unmittelbar, dass die genannten Einrichtungen oder Unternehmen den Maßgaben des Vergaberechts unterliegen. Der EuGH geht vielmehr davon aus, dass unabhängig von den Inhalten der Anhänge im Einzelfall geprüft werden muss, ob die Voraussetzungen der Sektorenauftraggebereigenschaft vorliegen (EuGH, Urteil vom 12.09.2013, C - 526/11).

Für konzessionierte Busunternehmen bedeutet dies, dass geprüft werden muss, ob die gehaltenen Genehmigungen ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB begründen. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob PBefG-Genehmigungen ein ausschließliches Recht begründen. Unserer Auffassung nach ist dies abzulehnen. Mit Blick auf die besonderen Rechte ist die Rechtslage hingegen eindeutig. Danach genießt der Inhaber einer Linienverkehrsgenehmigung zumindest während ihrer Geltungsdauer einen besonderen Schutz gegenüber Konkurrenzunternehmen, die sich um Verkehrsgenehmigungen für dieselbe Linie bemühen (OLG Düsseldorf, B. v. 08.05.2002 - Verg 8-15/01). Ein exklusives Recht liegt aber dann nicht vor, wenn Linienverkehrsgenehmigungen auf der Grundlage objektiver, verhältnismäßiger und nicht diskriminierender Kriterien erteilt wurde. Zum Teil wird angenommen, dass die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen im Rahmen eines Genehmigungswettbewerbs diese Voraussetzungen erfüllt.

Praxishinweis:

Die Sektorenrichtlinie verpflichtet bspw. bei der Beschaffung von Bussen und Subunternehmerleistungen selbst kleinere und mittlere Busunternehmen zur Einhaltung des Vergaberechts oberhalb der europäischen Schwellenwerte. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber geht hierüber noch hinaus. Er verlangt die Einhaltung vergaberechtlicher Vorgaben (bspw. landesweite Auftragsbekanntmachung, Verpflichtungserklärungen) auch im Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte. Dieser Umstand führt dazu, dass auch die privaten Verkehrsunternehmen ggf. bei größeren Beschaffungen die Rechtsfolgen des Vergaberechts kennen sollten. Ob ein privates Busunternehmen überhaupt diesen Schranken unterliegt, muss allerdings im Vorfeld einer Prüfung unterzogen werden. Dabei ist es von Bedeutung, ob das Unternehmen seine Genehmigungen im Rahmen eines Genehmigungswettbewerbs erhalten hat.

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

Richtlinienentwurf zur Konzessionsvergabe schließt Anwendung für Personenverkehrsdienste im Sinne der VO 1370/2007 aus

Im Rahmen der Reform der Vergaberichtlinien hat die EU-Kommission am 20. Dezember 2011 erstmals eine eigenständige Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen vorgestellt (Vorschlag für eine Richtlinie des EU-Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe (KOM (2011) 897), welche nach lang andauernden Konsultationen nun alsbald verabschiedet werden soll.

Die Regelungen des Kartellvergaberechts gelten für Dienstleistungskonzessionen nicht. Bisher war lediglich die Vergabe von Baukonzessionen gesetzlich geregelt. Bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen waren nach der Rechtsprechung des EuGH bisher nur die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transparenz zu beachten. Mit der Richtlinie zur Konzessionsvergabe sollen die sich aus dieser Differenzierung in den verschiedenen

Mitgliedstaaten ergebenden Rechtsunsicherheiten und die unterschiedliche Handhabung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eingegrenzt werden.

Im Hinblick auf den öffentlichen Personenverkehr ist anzumerken, dass die neue Konzessionsrichtlinie eine Definition der Dienstleistungskonzession enthält. Der Definition kommt insoweit Bedeutung zu, als das Sondervergaberecht der VO 1370/2007 vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession abhängt. Sind die Voraussetzungen der Dienstleistungskonzession erfüllt, richtet sich die Vergabe im Bereich der VO 1370/2007 nach dem Sondervergaberecht ihres Art. 5 Abs. 2 ff. Die Vergaberegeln der Konzessionsrichtlinie finden dann keine Anwendung.

RA Jörg Manka, Tel.: + 49 211 981-4737,
joerg.manka@de.pwc.com

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

Allgemeines Beihilferecht

EU-Kommission konsultiert Mitgliedstaaten zur Modernisierung des Beihilferechts

Ende November letzten Jahres hat die Kommission die Mitgliedstaaten aufgefordert, Stellung zum Entwurf eines methodischen Leitfadens zu nehmen, welcher der Vereinfachung von Bewertungen von Beihilfen und öffentlichen Fördersystemen dienen soll.

Die Stellungnahmen konnten im Rahmen dieses Konsultationsverfahrens bis zum 24. Januar 2014 abgegeben werden.

Unter Zuhilfenahme des Leitfadens sollen die Mitgliedstaaten besser bewerten können, inwiefern öffentliche Fördersysteme ihren Zweck erreichen und wie sie sich auf die Märkte und den Wettbewerb ausgewirkt haben. Der Leitfaden enthält Informationen über Methoden, bewährte Verfahren und Beispiele für Ex post - Bewertungen. Es sollen Mindeststandards für Bewertungsmodalitäten und -techniken festgelegt werden, um einen gemeinsamen Ansatz in den Mitgliedstaaten zu fördern und dadurch Bewertungen von hoher Qualität zu gewährleisten. Der Leitfaden soll insbesondere der Bewertung von Beihilferegelungen mit hohen Budgets dienen, da diese in der Regel die größten Auswirkungen auf den Markt und die höchsten Effizienzgewinne haben. Die Interessengruppen wurden aufgefordert, Stellung zum möglichen Inhalt des Bewertungsplans und den Methoden zur Ermittlung der ursächlichen Auswirkungen von staatlichen Beihilfen zu nehmen.

Der Entwurf des methodischen Leitfadens ist abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_modernisation/index_en.html

Der Leitfaden soll zukünftig auf den Internetseiten der EU-Kommission und der Generaldirektion Wettbewerb veröffentlicht werden und in den kommenden Jahren als Grundlage zur Bewertung öffentlicher Fördersysteme dienen.

RAin/ StBin Maren Weber, Tel.: +49 511 5357-5853, maren.weber@de.pwc.com

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

Allgemeines Vergaberecht

Vergaberichtlinien mit „Teckal“-Kriterien verabschiedet

Das Europäische Parlament hat am 15.01.2014 das Richtlinienpaket zum EU-Vergaberecht verabschiedet. Dieses enthält:

- die neue Vergaberichtlinie für öffentliche Aufträge, welche die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ersetzt,
- die Vergaberichtlinie für Sektorenauftraggeber als Nachfolger der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG und
- die neu geschaffene Richtlinie für die Vergabe von Konzessionen.

Der Verabschiedung vorangegangen war eine breit angelegte öffentliche Konsultation und Einholung diverser Stellungnahmen. Nach Zustimmung durch das Parlament muss noch die Zustimmung durch den Europäischen Rat erfolgen, die für den 11. Februar 2014 vorgesehen ist. Die Richtlinien treten dann am zwanzigsten Tag nach Veröffentlichung im Amtsblatt der EU, voraussichtlich im April 2014, in Kraft. Zur Umsetzung in nationales Recht haben die EU-Mitgliedsstaaten 24 Monate Zeit.

Für den ÖPNV/ÖSPV ist allein die Reform der beiden Vergaberichtlinien von Bedeutung. Die Konzessionsrichtlinie ist dagegen für diesen Bereich ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt. Ziel der Reform ist eine Vereinheitlichung und Vereinfachung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, mehr Rechtssicherheit durch die Kodifizierung der ständigen Rechtsprechung des EuGH und die Möglichkeit, strategische Ziele bei der Auftragsvergabe stärker zu berücksichtigen. Dabei stellt die Aufnahme der sog. „Teckal“-Rechtsprechung einen zentralen Regelungsgegenstand dar. Danach sind Inhouse-Geschäfte nicht ausschreibungspflichtig. Voraussetzung hierfür war bislang, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausüben musste wie über eine eigene Dienststelle und der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichten musste. Dabei hatte der EuGH nicht ausdrücklich

festgelegt, ab welcher (prozentualen) Quote eine Tätigkeit *im Wesentlichen für den Auftraggeber erbracht* wird. Das Wesentlichkeitskriterium war nach bisheriger Rechtsprechung jedenfalls erfüllt, wenn das betreffende Unternehmen zu über 90 % für den öffentlichen Auftraggeber tätig wurde.

Regelungen zur Inhouse-Vergabe finden sich nun in Art. 12 der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Art. 28 der Sektorenrichtlinie und Art. 17 der Konzessionsrichtlinie. Die Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft entsprechen weitgehend der aufgeführten „Teckal“-Rechtsprechung. Bemerkenswert ist jedoch, dass durch die Kodifizierung das Wesentlichkeitskriterium herabgesetzt wurde, so dass nun bereits mehr als 80 % der Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber ausreichen. Dies stellt eine erhebliche Erleichterung für die kommunalen Verkehrsunternehmen dar. Sie können nunmehr rechtssicher und in doppelt so großem Umfang Fremdtätigkeiten verrichten wie bisher.

Auf die übrigen Neuerungen der Richtlinien möchten wir an dieser Stelle nur ansatzweise hinweisen: So werden etwa die Regelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit sowie zu vertikalen und horizontalen öffentlich-öffentlich Partnerschaften detailliert dargestellt, vergabefremde Aspekte stärker berücksichtigt und obligatorische Regelungen zur elektronischen Vergabe eingeführt.

Praxishinweis:

Mit einer Umsetzung der Regelung in das deutsche Vergaberecht ist im April 2016 zu rechnen. Bis dahin sind die neuen Bestimmungen grundsätzlich noch nicht anwendbar, da es sich „lediglich“ um Richtlinien handelt. Etwas anderes gilt allerdings nach der Rechtsprechung des EuGH, sofern Bestimmungen einer Richtlinie eine sog. unmittelbare Wirkung entfalten. Dies ist immer dann der Fall, wenn eine Richtlinienregelung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist und die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt wurde. Obgleich vorliegend die Umsetzungsfrist offensichtlich noch nicht abgelaufen ist, erwägt das Bundeswirtschaftsministerium, die „Teckal“-Kriterien (namentlich die 80 %-Grenze) ab Inkrafttreten der Richtlinien (voraussichtlich im April 2014) für unmittelbar anwendbar zu erklären.

RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com
RA Nils Rickert, Tel.: +49 211 981-2886, nils.rickert@de.pwc.com

Veranstaltungen

ÖPNV – Die Räder drehen sich weiter

Ob rein tatsächlich auf der Straße bzw. Schiene oder rechtlich auf nationaler und europäischer Ebene: Die Räder im ÖPNV stehen nicht still. Gerade mit Blick auf das 4. Eisenbahnpaket der EU-Kommission und die damit verbundene Gefahren für Querverbund und Dienstleistungskonzession, die geplanten Leitlinien zur VO 1370 oder aktuelle Rechtsprechung zur Eigenwirtschaftlichkeit – es gibt wieder eine Menge Themen, deren praktischen Auswirkungen wir mit Ihnen diskutieren möchten. Dazu laden wir Sie herzlich zu unserem diesjährigen Business Breakfast bzw. Talk am Nachmittag ein, dass wir an verschiedenen Standorten wieder ab März 2014 durchführen werden.

***11. März 2014 von 8:30 Uhr – 11:15 Uhr, Business Breakfast
PWC-Niederlassung, Düsseldorf***

***15. Mai 2014 von 13:30 Uhr – 16:15 Uhr, Talk am Mittag,
PWC-Niederlassung Hannover***

***18. Juni 2014 von 13:30 Uhr – 16:15 Uhr, Talk am Mittag,
PWC-Niederlassung Hamburg***

Wie immer wenden wir uns mit diesen Themen an Verkehrsunternehmen, Verbände, Verbände, Aufgabenträger, Genehmigungsbehörden und Fachministerien und würden uns sehr freuen, wenn wir Sie zu einer unserer Veranstaltungen begrüßen dürfen.

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei

Frau RA/StB Christiane Kappe

Tel.: +49 211 981 - 2700, christiane.kappe@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

RA Bettina Werres

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

RA/StB Maren Weber

Tel.: 49 511 5357-5853
maren.weber@de.pwc.com

RA Erik Pelizäus

Tel.: +49 211 981-2325
erik.pelizaeus@de.pwc.com

RA Sascha Schaefer

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

RA Jurkea Wachtendorf

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

RA Nils Rickert

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

Ass. iur. Stefan Bahrenberg

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

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.

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.

© Oktober 2012 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten.

„PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk von PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Netzwerkgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.