

Sonderausgabe

EuGH-Rechtsprechung zur Direktvergabe und Divergenzvorlage zum BGH – Wackelt der steuerliche Querverbund wirklich?

Die Lage scheint einmal wieder dramatisch zu sein: „Der Querverbund ist in Gefahr“, „die Städte stehen vor schwerwiegenden Restrukturierungsaufgaben“, „Der Querverbund wackelt.“ Was ist passiert?

1. Die EuGH-Urteile vom 21.03. und 08.05.2019

Mit Urteil vom 21.03.2019 hat der EuGH entschieden, dass Aufgabenträger für den straßengebundenen öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) Personenverkehrsdienste nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 an sog. „interne Betreiber“ nur dann vergeben dürfen, wenn dabei eine „**Dienstleistungskonzession**“ i.S.d. allgemeinen Vergaberechts vorliegt.

Eine solche Dienstleistungskonzession erfordert ein gewisses „**Betriebsrisiko**“ für den Betreiber (vgl. § 105 Abs. 2 GWB). Oft sind aber kommunale Verkehrsgesellschaften zur Ermöglichung einer steuerlichen Querverbundverrechnung über einen Gewinnabführungsvertrag organschaftlich an eine Muttergesellschaft angebunden. Auf Basis dieses **Gewinnabführungsvertrages** muss die Muttergesellschaft den jeweiligen handelsrechtlichen Jahresfehlbetrag vollumfänglich ausgleichen. Ein Marktrisiko für das Verkehrsunternehmen wird man daher in einer solchen Konstellation wohl im Normalfall verneinen müssen. Zumindest bei einem solchen Konzernaufbau „beißen“ sich Dienstleistungskonzession und steuerlicher Querverbund also.

Haben die Stimmen Recht, nach deren Auffassung jetzt „*das Risiko im steuerlichen Querverbund konstruiert*“ werden müsse, eine Gestaltung, „*an die sich jedoch bislang kein Stadtwerk herangetraut*“ habe (z.B. JUVE vom 22.03.2019, „*Wettbewerb im ÖPNV: EuGH zwingt Stadtwerke zu schwierigen Veränderungen*“)?

Solche Schnellschuss-Einschätzungen übersehen einen wichtigen Punkt – der EuGH hatte in seiner Entscheidung den ÖPNV-Aufgabenträgern einen **zweiten Weg** aufgezeigt, nach dem sie wettbewerbsfrei Personenverkehrsleistungen an ihr eigenes Verkehrsunternehmen vergeben können: Die **Inhouse-Vergabe** nach dem allgemeinen Vergaberecht gem. der EuGH-Rechtsprechung und verschiedener EU-Richtlinien, jetzt nationalrechtlich kodifiziert in **§ 108 GWB**. Da das Urteil vom 21.03.2019 offenbar beim ersten Lesen zu Missverständnissen führen konnte, hat der EuGH in einem weiteren Urteil (vom 08.05.2019) die beiden Alternativen noch einmal deutlich hervorgehoben:

„Insoweit ist hervorzuheben, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat,

dass bei Aufträgen, die normalerweise in den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 oder der Richtlinie 2004/18 fallen, Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Konzessionen im Sinne dieser Richtlinien annehmen, nicht Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 unterliegen, sondern der Regelung über Direktvergaben, die sich auf der Grundlage dieser Richtlinien entwickelt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. März 2019, Verkehrsbetrieb Hüttebräucker und Rhenus Veniro, C-266/17 und C-267/17, EU:C:2019:241, Rn. 73 bis 76).“ (Hervorhebungen durch uns)

Eine Gefährdung des steuerlichen Querverbundes auf Grund der EuGH-Entscheidungen ist insoweit nicht erkennbar.

Wie schon bisher von uns - sowie auch von anderen Verkehrsberatern - seit vielen Jahren empfohlen, sollte bei einer Direktvergabe an einen internen Betreiber geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Direktvergabevorschrift des Art. 5 Abs. 2 VO 1370, wie auch zugleich diejenigen des § 108 GWB erfüllt werden können. War dies nicht der Fall, so wurden bereits in der Vergangenheit konzerngestalterische Maßnahmen ergriffen, um diesen Anforderungen Rechnung zu tragen, oder – in Fällen von nicht mittels Gewinnabführungsvertrag an Muttergesellschaften angebundene Verkehrsunternehmen – der öffentliche Dienstleistungsauftrag bewusst und gezielt als Dienstleistungskonzession ausgestaltet.

Die jüngste EuGH-Rechtsprechung hat insoweit zu keiner Änderung oder anderen Sichtweise geführt, da er die Erteilung von Direktvergaben ohne Dienstleistungskonzession und damit ohne Betriebsrisiken ausdrücklich für zulässig erklärt – nur jetzt eben unmittelbar über den Weg des § 108 GWB und grds. (siehe aber nachfolgend unter 2.) nicht mehr über Art. 5 Abs. 2 VO 1370.

2. Streit der OLGs: Gibt es einen dritten Weg?

Nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen wählen ÖPNV-Aufgabenträger als Rechtsakt zur Direktvergabe von Personenverkehrsleistungen an ihr eigenes Verkehrsunternehmen oftmals nicht einen Vertrag, sondern setzen vielmehr eine entsprechende Beschlussfassung des Stadtrats bzw. Kreistags im Wege einer rechtsverbindlichen **Gesellschafterweisung** an das von ihnen (dienststellenähnlich) kontrollierte Unternehmen um. Denn bei vertraglichen Gestaltungen besteht die große Gefahr, dass die Finanzverwaltung Zahlungen an den Verkehrsbetrieb – und zwar auch solche durch andere Konzernunternehmen – als einkommenserhöhende Betriebseinnahmen bewertet. Damit wäre der Verkehrsverlust steuerlich gesehen eliminiert und stünde nicht mehr für eine steuersparende Querverbundverrechnung zur Verfügung. Auch eine verschiedentlich von Beraterseite empfohlene Direktvergabe durch Verwaltungsakt könnte zu ähnlichen ertragsteuerlichen Problemen führen.

Mit Urteil vom 12.06.2019 hat das **OLG Thüringen** in der von uns erfolgreich durchgeführten und auch vor Gericht vertretenen Direktvergabe (Ilm-Kreis) im Wege einer solchen Gesellschafterweisung nicht als Abschluss eines „entgeltlichen Vertrages“ i.S.d. §§ 103, 108 GWB angesehen. Ein derartiger Vertrag ist aber - jedenfalls nach dem Wortlaut - Voraussetzung für die Anwendung der GWB-Vorschriften und damit auch der Direktvergabemöglichkeit nach § 108 GWB. Wenn das allgemeine Vergaberecht aber gar

nicht anwendbar ist, bedarf es nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 gerade **keiner Dienstleistungskonzession** mehr, um eine Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zu ermöglichen. Eine Direktvergabe, die im Wege eines Stadtrats-/Kreistagsbeschlusses mit anschließender gesellschaftsrechtlicher Umsetzung rechtsverbindlich erteilt wird, wäre danach auch ohne Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zu vergeben.

Das **OLG Düsseldorf** teilt die Sichtweise des OLG Thüringen in einem von uns ebenfalls vertretenen Direktvergabeverfahren, das – neben anderen - der EuGH-Entscheidung zu Grunde lag (Direktvergabe Kreis Heinsberg), allerdings nicht. Es sieht auch Direktvergaben per Gesellschafterweisung „funktional“ als entgeltlichen Vertrag im Sinne des Vergaberechts an. Grundlage für eine Direktvergabe, bei der eine Dienstleistungskonzession nicht darstellbar ist, wäre dementsprechend § 108 GWB und nicht Art. 5 Abs. 2 VO 1370. Um die unterschiedlichen OLG-Sichtweisen wieder auf eine einheitliche Linie zu bringen, hat das OLG Düsseldorf daher mit Beschluss vom 03.07.2019 diese Rechtsfrage dem BGH zur Entscheidung vorgelegt; sog. Divergenzvorlage. Das OLG Düsseldorf hat – anders als vereinzelt kolportiert – ebenfalls keinen Zweifel daran gelassen, dass es Direktvergaben auf Basis der o.a. EuGH-Entscheidungen auch ohne Dienstleistungskonzessionen für zulässig erachtet.

Der **BGH** muss jetzt also klären, ob der „dritte Weg“ des OLG Thüringen (also ein Zugang zu Art. 5 Abs. 2 VO 1370 auch ohne Vorliegen einer Dienstleistungskonzession) gangbar ist oder ob es bei den beiden Alternativen „Dienstleistungskonzession“ oder „§ 108 GWB“ bleibt.

3. Probleme bei Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB bei Rechtsform des Direktvergabeaktes?

Des Weiteren wird anscheinend vereinzelt auch die konkrete Rechtsform des öffentlichen Dienstleistungsauftrags (öDA) im Falle einer bewussten und gewollten Direktvergabe nach § 108 GWB problematisiert. So heißt es, man müsse den öDA zwingend zivilrechtlich als – zumindest **einseitig verpflichtenden – Vertrag** ausgestalten; ein Vorgehen über Stadtrats-/Kreistagsbeschlüsse und anschließender Gesellschafterweisungen sei nicht (mehr) möglich.

Dies Auffassung verkennt den Begriff des „entgeltlichen Vertrages“ i.S. von §§ 103, 108 GWB und seinen Sinn. Wie oben ausgeführt, ist derzeit noch offen, ob der BGH öDA, die mittels Stadtrats-/Kreistagsbeschlüsse und rechtsverbindlicher Gesellschafterweisung umgesetzt werden, „funktional“ als Verträge im Sinne des GWB ansieht. Tut er dies nicht (entsprechend dem OLG Thüringen), dann sind Direktvergaben unmittelbar nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 auch ohne Dienstleistungskonzessionen möglich. Stuft er diese Vergabeform dagegen – entsprechend der Ansicht des OLG Düsseldorf – auch als „funktional entgeltlichen Vertrag“ i.S.d. GWB ein, dann verbleibt es bei der Direktvergabemöglichkeit nach § 108 GWB. Ein Grund dafür, zusätzlich die Rechtsform des öDA durch Gestaltungsmaßnahmen auch zivilrechtlich in den Bereich eines Vertrages zu „schieben“, ist **nicht ersichtlich**. So wies sowohl der dem OLG Thüringen als auch der dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorliegende öDA jeweils die Vergabe-/Rechtsform eines Kreistagsbeschlusses mit anschließender gesellschaftsrechtlicher Umsetzung auf.

Auch ein einseitig verpflichtender Vertrag (Verpflichtung des Verkehrsunternehmens zur Erbringung der Verkehrsleistung) ohne Zahlungsverpflichtung des ÖPNV-Aufgabenträgers wäre steuerlich höchst gefährlich. Verträge sind – im Gegensatz zu Gesellschafterweisungen – Rechtsformen, wie sie unter fremden Dritten verwendet werden. Es muss damit gerechnet werden, dass die Finanzverwaltung Zahlungen an das Verkehrsunternehmen (auch solche z.B. von Konzernmüttern), die wirtschaftlich gesehen

„für“ die vertragliche Verpflichtung des Unternehmens zur Leistungserbringung gezahlt werden (auch ohne einen entsprechenden Zahlungsanspruch des Unternehmens), als betrieblich veranlasst und somit als einkommenserhöhende Betriebseinnahmen einstuft - der steuerliche **Querverbund wäre somit zerstört**.

Die Erteilung eines öDA mittels Rats-/Kreistagsbeschluss und anschließender Gesellschafterweisung wird dagegen von der Finanzverwaltung grundsätzlich als querverbundunschädlich angesehen. An dieser steuerlichen Bewertung wird auch eine etwaige vergaberechtlich „funktionale“ Einstufung als „entgeltlicher Vertrag“ i.S.d. §§ 103, 108 GWB in der anstehenden BGH-Entscheidung (s.o. unter 2.) nichts ändern. Insoweit bleibt diese Ausgestaltung des öDA zumindest in Fällen der ÖPNV-Finanzierung im steuerlichen Querverbund das Mittel der Wahl.

4. Fazit

Zusammenfassend lässt sich ganz einfach sagen: Die aktuellen EuGH-Urteile und die beiden widerstreitenden OLG-Entscheidungen schaffen **keine neuen Probleme** für Direktvergaben an interne Betreiber und/oder den steuerlichen Querverbund. Vielmehr wurde bereits durch die EuGH-Entscheidungen der Handlungsspielraum für Direktvergaben im kommunalen Bereich erweitert. Dieser Gestaltungsspielraum könnte nunmehr durch den BGH sogar noch um eine dritte Vorgehensweise ausgeweitet werden.

Auch ist u.E. der Querverbund nicht in Gefahr, er wackelt nicht. Die diesbezüglichen anderweitigen Meinungsäußerungen von Beratern zeugen eher von der Unkenntnis der bisherigen Beratungspraxis bei Direktvergaben an interne Betreiber und auch der rechtlichen Anforderung und Wirkungsweisen der ÖPNV-Finanzierung unter Nutzung von steuerlichen Querverbundgestaltungen.

Über die vergaberechtlich interessanten Aussagen des OLG Düsseldorf im Rahmen seiner Divergenzvorlage an den BGH wie auch den weiteren Verlauf des Verfahrens vor dem BGH werden wir Sie – wie gewohnt – in unserem Newsletter informieren.

Auch in unsere diesjährigen ÖPNV-Roadshow wird die Divergenzvorlage mit ihren rechtlichen Hintergründen und den praktischen Konsequenzen einen unserer Schwerpunkte bilden. Wir werden Ihnen jeweils tagesaktuell aus dem Verfahren berichten und Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung stehen.

Veranstaltungen

PwC Roadshow „ÖPNV 2019“ - Vorankündigung

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

Merken Sie sich bereits jetzt die folgenden Termine und Standorte vor:

***12. November 2019
Hamburg***

***14. November 2019
Hannover***

***19. November 2019
Düsseldorf***

***21. November 2019
Frankfurt***

***27. November 2019
Stuttgart***

***03. Dezember 2019
München***

***04. Dezember 2019
Leipzig***

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei

Frau RA/StB Maren Weber

Tel.: +49 211 981 -4853

E-Mail: maren.weber@de.pwc.com

Ihre 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.

© August 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.