

Newsletter

Inhalt

BGH: Direktvergabe im Kreis Heinsberg zulässig.....	2
BVerwG: Kein Anspruch auf Erlass einer Allgemeinen Vorschrift	2
VK Rheinland: Bedeutung der Vorinformation für Direktvergaben	3
VK Hessen: Direktvergaben nach allgemeinem Vergaberecht	4
OLG Celle: Liste zu repräsentativen Tarifverträgen nicht abschließend	5
LG Köln: AGB-Kontrolle von Vertragsstrafen-Klauseln des TVgG-NRW.....	7
VG Würzburg: Anrechnung von Semesterticket-Einnahmen bei einer aV	8
Die Integration von E-Scootern in das allgemeine ÖPNV-Angebot	9
Ankündigung: Meldepflichten und bundesweites Wettbewerbsregister.....	10
Neue Richtlinie 2009/33/EG zu sauberen & energieeffizienten Fahrzeugen	11
Neues Vergabegesetz in Thüringen verabschiedet	12
Ihre Ansprechpartner	13
Bestellung und Abbestellung.....	13

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir wünschen unseren Leserinnen und Lesern einen gesunden und erfolgreichen Start ins neue Jahr und 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 13-köpfigen ÖPNV-Teams in den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover, Berlin und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Veranstaltungen.

Viel Spaß beim Lesen.
Ihre
Maren Weber

BGH: Direktvergabe im Kreis Heinsberg zulässig

Das von der PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwalts-gesellschaft (PwC Legal) begleitete Nachprüfungsverfahren gegen die Direktvergabe des Kreises Heinsberg wurde nach jahrelangem Rechtsstreit mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019 (XIII ZB 120/19) erfolgreich zu Gunsten des Kreises abgeschlossen.

Das bereits im Jahr 2016 begonnene Nachprüfungsverfahren gegen die Vergabe des gesamten Busliniennetzes des Kreises Heinsberg an das kreiseigene Verkehrsunternehmen WestVerkehr GmbH im Wege einer Direktvergabe findet nach Durchschreiten sämtlicher Instanzen (Vergabekammer, OLG, EuGH und BGH) und einer Verfahrensdauer von über dreieinhalb Jahren nunmehr einen erfolgreichen Abschluss.

Der BGH entschied anstelle des OLG Düsseldorf, nachdem ihm das Nachprüfungsverfahren im Wege einer sogenannten Divergenzvorlage zur Entscheidung vom OLG vorgelegt wurde. Hintergrund dieser Vorlage war, dass das OLG Düsseldorf von der Entscheidung des OLG Jena in einem anderweitigen Verfahren (Beschluss vom 12. Juni 2019 [2 Verg 1/18]; Direktvergabe Ilm-Kreis) abweichen wollte. Das OLG Düsseldorf hob gleichzeitig das bis dahin noch bestehende Zuschlagsverbot betreffend die Direktvergabe in Heinsberg von Amts wegen auf, weshalb der Kreis Heinsberg die Direktvergabe bereits am 23. Juli 2019 umsetzte.

Der BGH hatte keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Direktvergabe und bestätigte zum einen die aufgrund der Umsetzung eingetretene Erledigung des Verfahrens. Der BGH erkannte im Übrigen auch in dem vorgelegten Fall keinen Verstoß gegen die Vorschrift der maßgeblichen VO 1370 der zur Nichtigkeit der Direktvergabe führen könnte, auch sei kein Verstoß gegen das für notifizierungspflichtige Beihilfen geltende Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV ersichtlich. Im Übrigen läge auch keine Rechtsverletzung des Antragstellers vor, die zur Begründetheit seines Feststellungsantrags führen könnte.

BVerwG: Kein Anspruch auf Erlass einer Allgemeinen Vorschrift

Das BVerwG hat mit Urteil vom 10.10.2019 über eine der umstrittensten Fragen im ÖPNV der jüngsten Zeit entschieden: Haben Aufgabenträger bei der Vorgabe eines für Verkehrsunternehmen nicht auskömmlichen Verbundtarifs die entstehenden Mindereinnahmen durch den Erlass einer allgemeinen Vorschrift oder durch die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags auszugleichen?

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, ein Verkehrsunternehmen, beehrte die Genehmigung für die eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung auf mehreren Buslinien im Zuständigkeitsbereich des beklagten Kreises. Die Beklagte lehnte die eigenwirtschaftlichen Anträge ab und führte anschließend ein europaweites Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der Verkehrsleistungen durch. Nach dem erfolglos gebliebenen Widerspruchsverfahren gegen die abgelehnten Anträge erhob die Klägerin Klage. Zur Begründung führte sie aus, dass der Vorrang von eigenwirtschaftlichen vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren zu einem Anspruch der Verkehrsunternehmen auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift führe. Hintergrund war u.a., dass die Klägerin die Buslinien nur dann eigenwirtschaftlich betreiben kann, wenn ihr die durch den Verbundtarif entstehenden Mindereinnahmen

durch eine allgemeine Vorschrift im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1370 ausgeglichen werden.

Das BVerwG lehnte – wie die beiden Vorinstanzen auch – einen Anspruch des Verkehrsunternehmens auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift ab. Der Aufgabenträger habe vielmehr die Wahl Mindereinnahmen entweder durch die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder durch den Erlass einer allgemeinen Vorschrift auszugleichen.

Zudem stellte das Gericht im Rahmen der mündlichen Urteilsverkündung klar, dass eine allgemeine Vorschrift – sollte sich der Aufgabenträger hierfür entscheiden – bereits vor Ablauf der Frist zur Abgabe eines Angebots zugänglich sein müsse, um ihre diskriminierungsfreie Anwendung sicherzustellen. Liege eine eigenwirtschaftliche Genehmigung hingegen nicht vor, könne die Genehmigungsbehörde – so das BVerwG weiter – auch keine eigenwirtschaftliche Genehmigung zu den (fiktiven) Bedingungen einer allgemeinen Vorschrift erlassen.

Über die weiteren Ausführungen aus der schriftlichen Urteilsbegründung werden wir im Rahmen der nächsten Ausgabe berichten.

VK Rheinland: Bedeutung der Vorinformation für Direktvergaben

Die Vergabekammer Rheinland (VK) hat sich im Zusammenhang mit einer Direktvergabe von Verkehrsleistungen an einen internen Betreiber mit einer vergaberechtlichen Norm befasst, die die nachträgliche Feststellung der Unwirksamkeit eines bereits erteilten öffentlichen Auftrags in einem Nachprüfungsverfahren ermöglicht (§ 135 Abs. 1 GWB). Sie äußerte sich in diesem Zusammenhang u.a. auch dazu, unter welchen Voraussetzungen die Unwirksamkeit einer unzulässig erteilten Direktvergabe nicht eintritt (§ 135 Abs. 3 GWB).

Zunächst stellte die VK fest, dass § 135 GWB auch bei Direktvergaben von Verkehrsleistungen Anwendung finde unabhängig davon, ob es sich um eine Inhouse-Vergabe im Sinne des GWB oder um eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 handelt. Ausgehend von der Anwendbarkeit der Vorschrift bejahte die Vergabekammer auch die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, da es bei Direktvergaben – quasi naturgemäß – an der nach § 135 Abs. 1 Satz 2 GWB geforderten Bekanntmachung eines „ordentlichen“, d.h. wettbewerblichen Vergabeverfahrens (Auftragsbekanntmachung) fehle. Die Bekanntgabe der Absicht einer Direktvergabe durch eine Vorinformation falle nicht hierunter. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin weder innerhalb der sechsmonatigen Informationsfrist nach der Vorinformation (kein zusätzliches Zulässigkeitskriterium) noch innerhalb der nach der Vorinformation einzuhaltenden Wartefrist von einem Jahr einen Nachprüfungsantrag gestellt habe, schließe die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags gegen die erteilte Direktvergabe nicht aus.

In der Begründetheit prüfte die VK allerdings, ob ein ordnungsgemäßes wettbewerbliches Vergabeverfahren zu Recht unterbleiben durfte. Im zu entscheidenden Fall wäre die Direktvergabe bei einer bestimmten Bewertung unzulässig und somit ein wettbewerbliches Vergabeverfahren erforderlich gewesen. Die VK kam schließlich zu dem Ergebnis, dass die Unwirksamkeit der Direktvergabe jedoch dann nicht eintritt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. § 135 Abs. 3 GWB):

Erstens muss die vergebende Stelle der – nachvollziehbaren – Ansicht sein, dass eine (Direkt-) Vergabe ohne vorherige Auftragsbekanntmachung zulässig gewesen ist. Hierfür müssten nach außen erkennbare Tatsachen oder Anhaltspunkte vorliegen, die den

Nachprüfungsinstanzen die Feststellung ermöglichen, dass die vergebende Stelle der – wenn auch objektiv falschen – Überzeugung war, den Auftrag ohne eine Ausschreibung vergeben zu dürfen (z. B. durch einen diesbezüglichen Vergabevermerk). Maßgeblich ist die Vertretbarkeit der Bewertung zu dem Zeitpunkt, an dem die vergebende Stelle diese getroffen hat.

Zweitens muss die entsprechende Absicht mindestens 10 Kalendertage vor dem Vertragsschluss im Amtsblatt der EU bekannt gemacht worden sein. Nach Auffassung der VK sei die Vorinformation als eine solche Bekanntmachung anzusehen. Die 10-Tagesfrist werde wegen der gemäß Art. 7 Abs 2 VO 1370 vorgegebenen Wartefrist von einem Jahr nach der Vorinformation offensichtlich eingehalten.

Die Bekanntmachung muss drittens bestimmte Mindestangaben enthalten. Hierzu zählen die Namen und Kontaktdaten der vergebenden Stelle sowie des internen Betreibers, die Beschreibung des Vertragsgegenstands und die Begründung für den Verzicht auf eine Ausschreibung.

Im entschiedenen Fall sah die Vergabekammer trotz einer formalen Schwäche in der Bekanntmachung alle drei Voraussetzungen als erfüllt an. Zwar war der Name des internen Betreibers in der Bekanntmachung nicht benannt worden. Für jeden Sachkundigen sei aber aufgrund der weiteren Angaben offensichtlich, dass der aktuelle Betreiber auch der künftige Betreiber sein solle. Die VK wies den Nachprüfungsantrag somit zurück, da selbst für den Fall, dass sie die Direktvergabe als objektiv nicht zulässig ansehen würde, die Unwirksamkeit nicht eintreten könne.

Praxishinweis:

Der Beschluss der Vergabekammer zeigt, dass der Vorinformation im Nachprüfungsverfahren gegen eine bereits erteilte Direktvergabe eine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Die für Dritte grundsätzlich bestehende Möglichkeit, auch nach erfolgter Direktvergabe deren Nichtigkeit feststellen zu lassen, wenn nicht alle Voraussetzungen erfüllt sein sollten, kann durch die Aufgabenträger allerdings beachtlich eingeschränkt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass eine nachprüfbar dokumentierte und plausible Begründung für die Direktvergabe hinterlegt wird. Dies erfordert, dass bereits zum Zeitpunkt der Direktvergabe alle Maßnahmen erfüllt oder doch nachvollziehbar eingeleitet sein müssen, um die Voraussetzungen für eine Direktvergabe zu erfüllen. Zu achten ist zudem darauf, dass die Vorinformation bestimmte Transparenzanforderungen erfüllt.

VK Hessen: Direktvergaben nach allgemeinem Vergaberecht

Die VK Hessen lehnte mit Beschluss vom 20.08.2019 einen Nachprüfungsantrag gegen eine beabsichtigte Direktvergabe an einen internen Betreiber nach der VO 1370 ab.

Das antragstellende Verkehrsunternehmen hatte gegen die beabsichtigte Direktvergabe u.a. vorgebracht, dass die Voraussetzungen für eine Direktvergabe weder nach Art. 5 Abs. 2 noch nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 vorlägen, insbesondere erfülle der öffentliche Dienstleistungsauftrag die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession nicht. Dies sei jedoch erforderlich, um überhaupt in den Anwendungsbereich der Direktvergabevorschriften der VO 1370 zu gelangen.

Die VK Hessen folgte der Argumentation der Antragstellerin, wonach für die Anwendung der Direktvergabemöglichkeit nach der VO 1370 eine Dienstleistungskonzession zwingend nötig sei. In diesem Zusammenhang stellte die VK Hessen ferner fest, dass sich aus den ihr vorliegenden Unterlagen nicht ergebe, dass die für die im ÖPNV beabsichtigte

Vergabe einer Dienstleistungskonzession entscheidende Voraussetzung - dass ein wesentlicher Teil des Risikos, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, vom Betreiber der Personenverkehrsdienste zu tragen ist -, erfüllt sei.

Gleichwohl gab die VK Hessen dem Nachprüfungsantrag nicht statt. Sie erklärte die beabsichtigte Direktvergabe vielmehr nach der Direktvergabe-Vorschrift des § 108 GWB für zulässig und folgte damit der Rechtsprechung des EuGH vom 21.03.2019 und 08.05.2019. Der EuGH hatte entschieden, dass Art. 5 Abs. 2 der VO 1370 auf die Direktvergabe von Verträgen über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form einer Dienstleistungskonzession annehmen, keine Anwendung findet, sondern vielmehr die Regelungen des allgemeinen EU-Vergaberechts - und somit auch die Vorschriften für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB - anzuwenden sind.

Die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe seien vorliegend gegeben. Dass die Vorabbekanntmachung im EU-Amtsblatt eine Direktvergabe nach der VO 1370 ankündigte, sei unschädlich. Hinsichtlich der Art des geplanten Vergabeverfahrens sei die Angabe eines Direktvergabeverfahrens nach Auffassung der VK Hessen ausreichend, was in der vorliegenden Vorabbekanntmachung auch erfolgt sei. Dies ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Vorabbekanntmachung, der auf Kenntnisverschaffung der grundsätzlichen Art des Vergabeverfahrens, also entweder einer Direktvergabe oder eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, einschließlich der Rechtsschutzmöglichkeiten ausgerichtet sei. Dies umfasse jedoch nicht die spezielle Ausgestaltung bzw. die Rechtsgrundlagen.

Die VK Hessen bestätigte in diesem Zusammenhang weiter, dass der für die beabsichtigte Vergabe vorgesehene Vertrag erst zum Zeitpunkt der Auftragserteilung selbst vorliegen müsse.

Praxishinweis:

Für Direktvergaben an interne Betreiber, die auf Basis der VO 1370 im EU-Amtsblatt vorangekündigt sind, jedoch z.B. wegen bestehender Ergebnisabführungsverträge, keinen hinreichenden Kostendeckungsgrad aufweisen oder aus anderweitigen betriebswirtschaftlichen Gründen nicht als Dienstleistungskonzessionen ausgestaltet werden können, bietet die Rechtsprechung des EuGH bei Vorliegen der Inhouse-Voraussetzungen nunmehr die Möglichkeit, auch im laufenden Vergabeverfahren als Rechtsgrundlage für die Direktvergabe auf § 108 GWB abzustellen und die Argumentation ggf. entsprechend zu ändern.

OLG Celle: Liste zu repräsentativen Tarifverträgen nicht abschließend

Das OLG Celle hatte sich in seinem Beschluss vom 08.05.2019 mit der Frage zu beschäftigen, ob Aufgabenträger in wettbewerblichen Verfahren auch Tarifverträge vorgeben dürfen, die in der Liste vom niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung nicht für repräsentativ erklärt worden sind.

Eine Stadt in Niedersachsen beabsichtigte die Vergabe von Busverkehrsleistungen. In dem den Vergabeunterlagen beigefügten Vertragsentwurf gab sie unter anderem vor, dass das Verkehrsunternehmen seine Arbeitnehmer nach dem Tarifvertrag GVN/GÖD zu entlohnen hat, der vom zuständigen Ministerium nicht in der nach § 5 Abs. 4 des Niedersächsischen Tarifreue- und Vergabegesetz (NTVergG) zu erstellenden Liste eingetragen war. Den daraufhin eingelegten Nachprüfungsantrag zog die Antragstellerin

im Beschwerdeverfahren zurück, sodass das OLG Celle lediglich noch über die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu entscheiden hatte.

Der Vergabesenat des OLG legte der Antragstellerin die Kosten auf, da er davon ausging, dass der Nachprüfungsantrag voraussichtlich unbegründet gewesen wäre. Zur Begründung führte der Senat aus, dass die vom Ministerium geführte Liste repräsentativer Tarifverträge keine abschließende Verbindlichkeit beanspruchen und der von der Stadt benannte Tarifvertrag in der Sache repräsentativ gewesen sein dürfte.

Das Gericht ging bei seiner Entscheidung davon aus, dass die Tatsache, dass ein Tarifvertrag nicht in der Liste geführt wird, nicht automatisch den Rückschluss zulasse, dass dieser nicht repräsentativ sei. Zwar sei die Liste insoweit abschließend verbindlich, wenn das Ministerium über die Aufnahme eines Tarifvertrags positiv oder negativ entschieden habe. Solange eine solche Entscheidung über den jeweils in Rede stehenden Tarifvertrag noch nicht gefallen sei, könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Tarifvertrag – da er zu diesem Zeitpunkt eben nicht in der Liste enthalten ist – nicht als repräsentativ anzusehen ist.

Für die Repräsentativität hat der Senat insbesondere als maßgeblich angesehen, inwieweit sich der Tarifvertrag auf dem räumlich und fachlich relevanten Markt hinreichend durchgesetzt hat, was anhand der Kriterien des § 5 Abs. 4 NTVergG im Rahmen einer wertenden Gesamtschau unter Berücksichtigung weiterer Umstände zu messen sei. Dazu zählte das OLG unter anderem auch die vereinbarte Entgelthöhe. Als Grund hierfür führte es an, dass es der Zweck des Tariftreueverlangens sei, intransparente Wettbewerbsbedingungen und erhebliche Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, insbesondere durch die Verhinderung von Dumpinglöhnen. Ferner sollen dadurch die Arbeitnehmer vor Sozial- und Lohndumping geschützt und die sozialen Sicherungssysteme stabilisiert werden.

Bereits der Umstand, dass ein Vertrag von tariffähigen Koalitionen ausgehandelt worden ist, stelle demnach eine Vermutung zugunsten der Angemessenheit der vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen auf. Diese Vermutung hat der Senat im vorliegenden Fall als zutreffend angesehen. Die im Verfahren dargelegten Umstände sprächen mithin dafür, den Tarifvertrag GVN / GÖD als repräsentativ im Sinne des § 5 Abs. 1 S.1 NTVergG anzusehen.

Praxishinweis:

Die für kommunale Aufgabenträger zunächst positiv wirkende Entscheidung des OLG Celle birgt allerdings auch gewisse Risiken und Unsicherheiten. Zwar bestätigt der Senat grundsätzlich die Möglichkeit auch Tarifverträge vorzugeben, über deren Aufnahme das zuständige Ministerium noch nicht entschieden hat. Allerdings setzt dies zugleich auch das Erfordernis der Kenntnis des Aufgabenträgers über bereits ergangene negative Entscheidungen des Ministeriums voraus.

Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass Bewerber in Vergabeverfahren die Tariftreuevorgaben zukünftig mit dem Argument angreifen könnten, dass es weitere Tarifverträge außerhalb der Liste gäbe, die ebenfalls als „in der Sache repräsentativ“ zu bewerten seien.

LG Köln: AGB-Kontrolle von Vertragsstrafen-Klauseln des TVgG-NRW

Das Landgericht Köln (LG Köln) hat mit Urteil vom 22.10.2018 über die AGB-rechtliche Wirksamkeit mehrerer auf dem Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) basierenden Vertragsstrafen-Klauseln entschieden.

Die Beklagte hatte im Rahmen eines Vergabeverfahrens Fassadenarbeiten ausgeschrieben und der Klägerin den Zuschlag auf ihr Angebot erteilt. Der zugrundeliegende Vertrag sah mehrere verschuldensunabhängige Vertragsstrafen vor, u.a. für den Fall des Bauverzugs sowie für Verstöße gegen die Tariftreueverpflichtung nach § 4 TVgG-NRW a.F.. Die Vertragsstrafen waren jeweils auf 5% der Auftragssumme begrenzt. Im Zuge der Vertragsdurchführung stellte die Klägerin der Beklagten Abschlagszahlungen in Rechnung, gegen die die Beklagte die teilweise Aufrechnung mit mehreren Vertragsstrafen erklärte. Die Klägerin erhob gegen die erklärte Aufrechnung Klage und machte geltend, dass die Vertragsstrafen sie unangemessen benachteiligen würden und am Maßstab einer AGB-Kontrolle unwirksam seien. Zur Begründung führte sie u.a. aus, dass sich die verschiedenen Vertragsstrafen auf 23 % addieren ließen und somit die nach der BGH-Rechtsprechung zulässige Obergrenze von 5 % überschreiten würden.

Das LG Köln gab der Klägerin Recht und erklärte die Aufrechnung für unwirksam. Das Gericht begründete die Unwirksamkeit u.a. damit, dass die über die Vertragsstrafen sanktionierten Verstöße keinen Schaden bei der Beklagten verursacht hätten und der Vertragsstrafe somit die erforderliche Ausgleichsfunktion fehle. Auch seien die Klauseln aufgrund ihrer verschuldensunabhängigen Haftung unwirksam. Schließlich läge auch ein Verstoß gegen das Kumulierungsgebot vor, wonach die Addition der verschiedenen Vertragsstrafen eine Gesamtvertragsstrafe von max. 5% nicht überschreiten dürfe. Dies sei der Fall, da nach dem Wortlaut des Vertrages bei mehrfachen Verstößen in jedem Einzelfall eine Vertragsstrafe von max. 5 % erlaubt ist, ohne jedoch eine Addition der verschiedenen Vertragsstrafen auszuschließen.

Praxishinweis:

Die Überprüfung von Vertragsstrafen in Verträgen vor den Zivilgerichten, die der öffentliche Auftraggeber in einem Vergabeverfahren vorgegeben hat, ist ein stark umstrittenes Thema. Nach Auffassung des Landgerichts Köln kann der Landesgesetzgeber über das TVgG-NRW die Vorschriften des BGB nicht abweichend ausgestalten oder umgehen, da die Gesetzgebungskompetenz für die Ausgestaltung des Privatrechts beim Bundesgesetzgeber liege.

Öffentlichen Auftraggebern ist daher zu empfehlen, bei der Umsetzung landesvergaberechtlicher Vorgaben zu Verträgen die Rechtsprechung des BGH zu berücksichtigen. Im Falle der Festsetzung ergänzender Vertragsstrafen sollte daher ein besonderes Augenmerk darauf gelegt werden, dass die Vertragsstrafen nur verschuldensabhängig, zum (Teil-) Ausgleich eines Schadens und unter Beachtung der 5%-Höchstgrenze auch bei Addition vereinbart werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen Auftraggeber durch die Landesvergabegesetze zur Festsetzung einer Gesamtvertragsstrafe von 10 % verpflichtet werden, wie z.B. gemäß § 15 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG).

VG Würzburg: Anrechnung von Semesterticket-Einnahmen bei einer aV

Das VG Würzburg hat mit Urteil vom 28.03.2018 über die Auslegung einer allgemeinen Vorschrift im Sinne der VO 1370 entschieden.

Die Klägerin – ein Tarif- und Verkehrsverbund – wendete sich gegen die Bemessung einer Ausgleichszahlung für Durchtarifierungs- und Harmonisierungsverluste im Rahmen einer allgemeinen Vorschrift. Die Beklagte – ein Landkreis und gleichzeitig ÖPNV-Aufgabenträger – hatte zum Ausgleich von Verlusten eine allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370 erlassen. Auf deren Grundlage erlies die Beklagte gegenüber der Klägerin zwei Förderbescheide. In diesen hatte die Beklagte bei der Berechnung der Gesamteinnahmen der Klägerin auch Einnahmen aus einem Semesterticket berücksichtigt, was sich im Ergebnis mindernd auf die Ausgleichsleistungen auswirkte.

Gegen die Bescheide erhob die Klägerin sodann Klage vor dem VG Würzburg und begehrte deren Aufhebung. Sie trug vor, dass die Einnahmen aus dem Semesterticket nicht vom Anwendungsbereich der allgemeinen Vorschrift umfasst seien, da das Semesterticket nicht als Tarif im Sinne des PBefG zu qualifizieren sei. Hieraus folge, dass die Einnahmen aus dem Semesterticket nicht zur Minderung der direkten Zuschüsse herangezogen werden dürfen. Zur Begründung stützte sich die Klägerin vor allem auf den Umstand, dass die Festlegung des Preises für das Semesterticket nicht nach tarifrechtlichen Regelungen erfolgt, sondern Ausfluss von Vertragsverhandlungen mit dem Studierendenwerk sei. Die Klage hatte keinen Erfolg. Das VG Würzburg entschied, dass die Einnahmen aus dem Semesterticket als Tarif im Sinne des PBefG zu qualifizieren und daher bei der Berechnung des Zuschusses nach der allgemeinen Vorschrift zu berücksichtigen seien. Ausweislich des Wortlauts der allgemeinen Vorschrift sei das Semesterticket nämlich nicht aus der Berechnungsgrundlage ausgenommen worden.

Daneben zog das VG Würzburg auch den Sinn und Zweck der allgemeinen Vorschrift und haushälterische Erwägungen heran. Hierbei berücksichtigte das VG Würzburg insbesondere die Vorgaben der VO 1370. Hauptziele der VO 1370 seien die Gewährleistung sicherer, effizienter und hochwertiger Personenverkehrsdienste durch regulierten Wettbewerb. Zudem sehe die Präambel der VO 1370 vor, dass Ausgleichsleistungen zur Deckung der Kosten so berechnet werden sollen, dass übermäßige Ausgleichsleistungen vermieden werden. Ferner seien bei jeglichen Förderungen durch die öffentliche Hand stets auch haushaltsrechtliche Grundsätze, insbesondere die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung, zu beachten. Danach sei ein direkter Zuschuss nur solange wie erforderlich auszuführen, d.h. eine Abschmelzung habe so schnell wie möglich zu erfolgen. Insoweit sei es naheliegend auch die Einnahmen aus dem Semesterticket – welche ein Beförderungsentgelt darstellen – zur Abschmelzung heranzuziehen.

Praxishinweis:

Der Fall zeigt, dass bei der Ausgestaltung von allgemeinen Vorschriften höchster Wert auf die präzise Definition des Geltungsbereichs und der Ausgleichsregelung zu legen ist. Ist diese nicht eindeutig, können – wie hier vom VG Würzburg – im Rahmen der Auslegung haushälterische Aspekte sowie der Sinn und Zweck der VO 1370 zum Tragen kommen, welche im Ergebnis für im Zweifel geringere Zuschusshöhen sprechen.

Die Integration von E-Scootern in das allgemeine ÖPNV-Angebot

Spätestens seit dem Inkrafttreten der Elektrokleinstfahrzeuge-Verordnung (eKFV) am 15.06.2019 gehört die Debatte um das Für und Wider von Elektro-Tretrollern (sog. E-Scootern) zur täglichen Berichterstattung von Fach- und Boulevardmedien. Grund dafür ist wohl auch die über Nacht vorgenommene inflationäre Betriebsaufnahme von E-Scooter-Verleihsystemen in deutschen Großstädten durch Anbieter, die bereits im Ausland (insbes. an der U.S.-amerikanischen Westküste) seit einiger Zeit als sogenannte „Unicorns“ das Straßenbild nachhaltig prägen. Hierzulande werden die derzeitigen E-Scooter-Verleihsysteme in Konkurrenz zu bestehenden ÖPNV- und auch Bike-Sharing-Angeboten betrieben. E-Scooter-Verleihsysteme können aber im Gegensatz zum Status quo auch in bestehende ÖPNV-Angebote integriert werden. Hierbei gilt es zu beachten, dass das E-Scooter-Angebot als einheitliches Mobilitätsangebot des ÖPNV wahrgenommen wird, und dass die Übergänge mithin nahtlos gestaltet und Wegeketten geschlossen werden sollten.

Der zu beachtende rechtliche Rahmen setzt sich neben dem Kartell- und Wettbewerbsrecht vor allem auch aus dem europäischen Beihilferecht und dem Vergaberecht sowie dem deutschen Steuerrecht zusammen. Der größte Unterschied zwischen dem allgemeinen ÖPNV und den E-Scooter-Angeboten ist, dass es sich bei Letzteren nicht um eine eigentliche „Beförderung“ von Personen handelt, weil die Nutzer die E-Scooter selbst fahren und ihnen nur die Fahrzeuge überlassen werden. Eine Klassifizierung als ÖPNV käme unter Umständen lediglich als Annex zum allgemeinen ÖPNV in Betracht. Dies führt zu einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung, wobei eine Verbindung dieser beiden Angebote bei Beachtung der entsprechenden Regelungen durchaus möglich ist. Grundsätzlich sind sowohl bloße Kooperationen mit privaten Betreibern, etwa durch eine Rabattierung der Fahrpreise, als auch vollständig im Eigenbetrieb befindliche E-Scooter-Angebote realisierbar. So könnten z.B. auch defizitäre Angebote mit einer entsprechenden beihilferechtlichen Absicherung finanziert und vollständig in bestehende Tarifsysteme unter Durchführung der bisherigen Einnahmeverteilung integriert werden.

Praxishinweis:

Interessierte könnten sich zum Beispiel bereits mit folgenden Fragen auseinandersetzen:

- Wer soll welche Leistung erbringen? (Beschaffen, Vorhalten und Warten von E-Scootern, Infrastruktur und Software / Erbringen des laufenden Betriebs)
- Soll das Angebot stationsbasiert oder stationslos (free-floating) erfolgen?
- Wie soll das E-Scooter-Angebot finanziert werden? (eigenwirtschaftlich / bezuschusst)
- Soll eine generelle oder teilweise kostenfreie Nutzung ermöglicht werden?
- Soll ein Zugang nur mit Zeitkarten oder auch mit Einzelfahrscheinen oder Kombitickets ermöglicht werden?
- Wie soll die Einnahmeverteilung ausgestaltet sein (angebots- oder nachfrageorientiert)?
- Welche Behörden und Stellen sind vor der Inbetriebnahme zu konsultieren?
- Bei welchen Gestaltungen können Aufwendungen/Verluste aus den E-Scooter-Angeboten in den steuerlichen Querverbund einbezogen werden?

Für die weitere Klärung dieser und aller weiteren aufkommenden Fragen und Probleme stehen wir Ihnen wie immer gern zur Verfügung.

Ankündigung: Meldepflichten und bundesweites Wettbewerbsregister

Anfang 2020 sollen die Meldepflichten nach der Vergabestatistikverordnung (VergStatVO), mit der erstmals in Deutschland die grundlegenden Daten zu öffentlichen Aufträgen flächendeckend statistisch erfasst werden, in Kraft treten. Sie dienen dem Zweck, die volkswirtschaftliche Bedeutung der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen besser einschätzen zu können. Des Weiteren werden hiermit die Monitoringpflichten gegenüber der EU-Kommission erfüllt.

Nach der VergStatVO sind alle Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB verpflichtet, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) bestimmte Informationen, i.d.R. auf der Vergabebekanntmachung beruhende Daten, zu Beschaffungsvorgängen im Oberschwellenbereich sowie eingeschränkt im Unterschwellenbereich zu übermitteln. Hierzu muss ein meldepflichtiger Auftraggeber künftig eine sogenannte Berichtsstelle, wie etwa eine zentrale interne Beschaffungseinheit oder eine externe Vergabestelle, bestimmen, die sich bei dem Statistischen Bundesamt (Destatis) registriert. Ein Vergabeverfahren wird voraussichtlich innerhalb von 60 Tagen nach Zuschlagserteilung zu melden sein. Die Daten sollen vollelektronisch erfasst und analysiert werden und die Datenübermittlung durch die Auftraggeber mittels einer nutzerorientierten IT-Lösung erfolgen.

Das bundesweite Wettbewerbsregister, dessen Grundlage bereits im Wettbewerbsregistergesetz aus 2017 gelegt wurde, wird es öffentlichen Auftraggebern voraussichtlich ab Ende 2020 ermöglichen, durch eine einzig elektronische Abfrage bundesweit nachzuprüfen, ob bei einem Unternehmen relevante Rechtsverstöße und somit vergaberechtliche Ausschlussgründe vorliegen. So werden öffentliche Auftraggeber bereits ab einem Auftragswert von 30.000 € verpflichtet sein, vor Erteilung eines Zuschlags beim Register elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, dort eingetragen ist. Für Sektorenauftraggeber sowie Konzessionsgeber ist die Abfrage hingegen erst ab Erreichen der EU-Schwellenwerte obligatorisch. Auch unterhalb der Wertgrenzen besteht im Übrigen fakultativ die Möglichkeit zur Abfrage. Somit können Wirtschaftskriminalität und Kartellverstöße besser bekämpft werden.

In das Wettbewerbsregister eingetragen werden rechtskräftige Verurteilungen, Strafbefehle oder bestandskräftige Bußgeldentscheidungen wegen der Delikte, die gemäß § 123 Abs. 1 und 4 GWB zwingend zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen, wie etwa Bestechung, Vorenthalten von Sozialabgaben und Steuerhinterziehung. Des Weiteren werden diejenigen fakultativen Ausschlussgründe nach § 124 GWB, d.h. Kartellrechtsverstöße und Verstöße gegen bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften, eingetragen.

Praxishinweis:

Für öffentliche Auftraggeber begründet die Vergabestatistik zwar eine Meldepflicht, doch entfällt künftig der Aufwand, statistische Berichtspflichten bei Oberschwellenvergaben mithilfe papiergebundener Verfahren zu erfüllen.

Auch das Wettbewerbsregister schafft Transparenz und ist ein hilfreiches Instrumentarium zur Evaluierung möglicher Ausschlussgründe in Vergabeverfahren. Öffentliche Auftraggeber sind zwar ab der oben aufgeführten Werte zur Einsicht des Registers verpflichtet, doch ist diese lediglich mit einem geringen zeitlichen und organisatorischen Aufwand verbunden. Der Nutzen hingegen ist groß, da Risiken schnell erkannt werden können. Der Ausschluss eines Bieters von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren richtet sich dabei weiterhin nach den gesetzlichen Vorgaben der §§ 123, 124 GWB.

Neue Richtlinie 2009/33/EG zu sauberen & energieeffizienten Fahrzeugen

Am 12.07.2019 wurde im Europäischen Amtsblatt die Richtlinie (EU) 2019/1161 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge veröffentlicht. Die geänderte Richtlinie ersetzt die ursprüngliche Richtlinie aus dem Jahr 2009.

Die Richtlinie wendet sich an öffentliche Auftraggeber wie Bund, Länder und Kommunen (§ 99 Nr. 1 GWB) und ihre juristischen Personen (§ 99 Nr. 2 GWB) sowie an Sektorauftraggeber (§ 100 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB), die europaweite Vergabeverfahren zur Beschaffung von Straßenfahrzeugen durchführen. Sie ergänzt das EU-Vergaberecht mit Nachhaltigkeitskriterien, die bei der Beschaffung im Vergabeverfahren zu berücksichtigen sind. So enthält sie Verpflichtungen zur Berücksichtigung von Umwelt- und Energieaspekten über den gesamten Lebenszyklus von Fahrzeugen hinweg und setzt Mindeststandards für die öffentliche Beschaffung umweltverträglicher und energieeffizienter Straßenfahrzeuge.

Nachdem die Vorgänger-Richtlinie in der Praxis nicht die erhofften Effekte bewirkt hat, entschied sich die EU-Kommission zur Überarbeitung der Richtlinie, um ihre Ziele einer Stimulation der Nachfrage nach sauberen und energieeffizienten Straßenfahrzeugen im europäischen Automobilmarkt sowie der Verringerung von verkehrsbedingten Treibhausgas- und Luftschadstoffemissionen, einfacher und effektiver durchzusetzen.

Im Rahmen der Überarbeitungen wurde der sachliche Anwendungsbereich erheblich ausgeweitet und erfasst nunmehr alle relevanten Vergabeverfahren:

- Beschaffungen von Straßenfahrzeugen in Form von Kauf, Leasing, Anmietung oder Ratenkauf.
- Beschaffungen von Straßenfahrzeugen im Wege von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der VO 1370.
- Beschaffungen von Straßenfahrzeugen im Wege von Dienstleistungsaufträgen über andere Verkehrsdienste als den öffentlichen Personenverkehr, wie z.B. Personenbeförderung (Straße), Bedarfspersonenbeförderung, Post- und Paketzustellung.

Darüber hinaus gibt die neue Richtlinie den jeweiligen Mitgliedstaaten auf die Jahre 2025 und 2030 bezogene verbindliche, fahrzeugspezifische Mindestquoten für die Beschaffung sauberer und energieeffizienter Kraftfahrzeuge vor. Für Deutschland ergeben sich folgende Beschaffungsquoten:

- Pkw und saubere leichte Nutzfahrzeuge bis zum 31.12.2025: 38,5 % und dann bis zum 31.12.2030: 38,5 %;
- Lkw bis zum 31.12.2025: 10 % und dann bis 31.12.2030: 15 %,
- Busse bis zum 31.12.2025: 45 % und bis zum 31.12.2030: 65 %.

Praxishinweis:

Die Bundesrepublik Deutschland muss die Richtlinie bis zum 02.08.2021 in nationales Recht umsetzen. Die konkrete Ausgestaltung der Umsetzung sowie die daraus folgenden Konsequenzen für die Praxis bleiben abzuwarten.

Die Richtlinie gilt für Aufträge, für die der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach dem 02.08.2021 eingeleitet hat.

Die konkrete Ausgestaltung der nationalen Umsetzung und deren zu erwartenden Konsequenzen bleiben abzuwarten.

Neues Vergabegesetz in Thüringen verabschiedet

Der Thüringer Landtag hat am 05.07.2019 ein neues Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG) beschlossen, das zum 01.12.2019 in Kraft tritt.

Das ThürVgG erfasst alle öffentlichen Aufträge im Sinne der §§ 103, 104 GWB, soweit der geschätzte Auftragswert bei Bauaufträgen 50 T€ und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 20 T€ erreicht bzw. überschreitet. Darüber hinaus ordnet § 1 Abs. 2 ThürVgG die Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) bzw. der VOB/A für alle öffentlichen Aufträge ungeachtet der vorgenannten Auftragswertgrenzen an.

Vom persönlichen Anwendungsbereich sind alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, sonstige Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts erfasst, für die das Thüringer Haushaltsrecht gilt. Ferner haben juristische Personen des Privatrechts im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB das Vergaberecht anzuwenden und auch Zuwendungsempfänger können durch allgemeine Nebenbestimmungen zur Beachtung des ThürVgG verpflichtet werden.

Wesentliche Änderungen wurden vor allem hinsichtlich der folgenden Punkte vollzogen:

- Ablösung der VOL / A durch die UVgO;
- Bürokratieabbau, insbesondere durch:
 - Verzicht auf mehrfache Vorlage der Eignungsnachweise innerhalb von zwölf Monaten bei demselben Auftraggeber,
 - Verbindliche Einführung der E-Vergabe auch im Unterschwellenbereich ab 2020,
 - Veröffentlichung der Bekanntmachungen für alle Auftraggeber nur noch auf der zentralen Landesvergabeplattform,
- Stärkung des Nachhaltigkeitsgesichtspunktes durch Hinwirkung auf die Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips;
- Stärkung des Arbeitnehmerschutzes durch:
 - Vorgabe eines vergabespezifischen Mindestentgeltes in Höhe von 11.42 €,
 - Bindung an einschlägige und repräsentative Tarifverträge bei der Vergabe von ÖPNV-Dienstleistungen,
 - Möglichkeit zur verpflichtenden Übernahme der bisherigen Arbeitnehmer beim Betreiberwechsel im Bereich des ÖPNV;
- Stärkung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich: Unwirksamkeit des Vertrags bei Nicht-Information der unterlegenen Bieter vor Zuschlagserteilung.

Nach der Übergangsregelung des § 22 ThürVgG sind die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits begonnenen Vergabeverfahren jedoch nach dem bisherigen Recht fortzusetzen und abzuschließen.

Praxishinweis:

Nach der Neufassung des ThürVgG ist die Auftragsvergabe im Bereich des ÖPNV nicht mehr an Unternehmen möglich, die ihre Arbeitnehmer nach einem Haustarifvertrag bezahlen, der gegebenenfalls im Vergleich zu einem repräsentativen Tarifvertrag ein geringeres Tarifniveau vorsieht. Ferner nimmt die neu eingeführte Kann-Regelung, wonach öffentliche Auftraggeber verlangen können, dass der ausgewählte Betreiber eines ÖPNV-Dienstes die Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu den gleichen Arbeitsbedingungen übernimmt, lediglich auf die bestehende Vorschrift des Art. 4 Abs. 5 VO 1370 Bezug, so dass keine neuen Pflichten für die Unternehmer statuiert werden. Darüber hinaus lässt die neue Gesetzesfassung – wie andere Landesvergabegesetze auch – Gestaltungsspielräume für interne Betreiber erkennen.

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.

© Januar 2020 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.