

## ***Kommunale Unternehmen in Recht, Steuern und Beratung*** ***Teil 8: Aktuelles zum Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV)***

### **Kommunale Verkehrsunter- nehmen und Beihil- ferecht**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Verkehrsunternehmen im Anteilsbesitz von Städten, Gemeinden und Kreisen (nachfolgend: Kommunen) erwirtschaften in der Regel Verluste. Das liegt zum einen an dem politischen Willen der kommunalen Gesellschafter, ihren Bürgern eine kostengünstige Alternative zum Individualverkehr zur Verfügung zu stellen. Zum anderen ist aber zumindest in Ballungsräumen ÖPNV strukturell kaum kostendeckend zu erbringen: Denn wenn die Verkehrsunternehmen flächendeckend auskömmliche Fahrpreise verlangen und/oder ihr Fahrplanangebot um nicht rentable Linien oder Kurse (z. B. Fahrten am späten Abend) reduzieren würden, würden die Fahrgäste auf anderen Beförderungsmöglichkeiten ausweichen oder zuhause bleiben.

Bei kommunalen Verkehrsunternehmen ist es deshalb notwendig, dass die öffentlichen Anteilseigner die entsprechenden Verluste ausgleichen. Dies geschieht sowohl durch **Zuwendungen aus den kommunalen Haushalten** als auch durch Finanzmittel aus dem sog. **kommunalen Querverbund**, bei dem Gewinne aus anderen Tätigkeiten im kommunalen Konzern – oder auch innerhalb des Verkehrsunternehmens selbst (Einheitsunternehmen) – dem Ausgleich der Kostenunterdeckungen aus dem ÖPNV dienen. Soweit diese Gewinne aus dem Bereich der Energie- und Wasserversorgung oder aus anderen Verkehrstätigkeiten (z. B. Parkhäuser) stammen, trägt indirekt sogar der Staat zur ÖPNV-Finanzierung bei, indem er bei der steuerlichen Einkommensermittlung eine Verrechnung der ÖPNV-Verluste mit diesen Gewinnen erlaubt (steuerlicher Querverbund).

Die beschriebene Subventionierung von kommunalen Verkehrsunternehmen wird verständlicherweise von privaten Verkehrsunternehmen kritisch gesehen. Mit der Herausbildung des europäischen Beihilfenrechts haben sie in den letzten beiden Jahrzehnten einen wertvollen Verbündeten gewonnen. Denn auch die vorgenannten Zuwendungen der öffentlichen Hand an ihre eigenen Verkehrsunternehmen sind an den Maßstäben des EG-Vertrages (seit 2009 „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ – AEUV) zu messen. So war spätestens mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans“ aus dem Jahr 2003 eindeutig geklärt, dass die Finanzierung von Verkehrsleistungen bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss (die sog. 4 Altmark-Trans-Kriterien), um beihilferechtlich gerechtfertigt und damit zulässig zu sein. Ende 2007 wurde sodann die Verordnung 1370/2007 (VO) „über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ erlassen, die die vergabe- und beihilferechtlichen Anforderungen an Finanzierungen im ÖPNV weiter konkretisiert und spezifiziert hat und seitdem das maßgebliche Regelwerk bildet.

## Beihilferechtskonformität durch Vergabe nach der VO 1370/2007

Die Verordnung legt insbesondere fest, „unter welchen Bedingungen“ die öffentlichen ÖPNV-Aufgabenträger den Verkehrsunternehmen „Ausgleichsleistungen für durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen verursachte Kosten gewähren“ dürfen (Art. 1 Abs. 2 VO). Gemäß dieser Verordnung gewährte Ausgleichsleistungen sind mit dem gemeinsamen EU-Markt vereinbar, also EU-beihilferechtskonform (Art. 9 Abs. 1 VO).

Wenn ein Aufgabenträger „dem ausgewählten Betreiber ... Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (gewährt), so erfolgt dies im Rahmen eines **öffentlichen Dienstleistungsauftrags**“ (Art. 3 Abs. 1 VO). Art. 5 Abs. 3 VO sieht von der Systematik her als Grundfall eine wettbewerbliche Vergabe solcher öffentlichen Dienstleistungsaufträge (öDA) vor. Daneben sind in Art. 5 VO aber mehrere Möglichkeiten einer ausschreibungsfreien „Direktvergabe“ aufgeführt.

Für kommunale Unternehmen und ihre Anteilseigner am bedeutendsten ist dabei die **Direktvergabe** eines öDA **an einen „internen Betreiber“ (Art. 5 Abs. 2 VO)**. Danach kann eine zuständige Behörde einen öDA „direkt an eine rechtlich getrennte Einheit ... vergeben“ (interner Betreiber), über die sie „eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht“ (Kontrollkriterium). Bei einer Gruppe von Aufgabenträgern, die „integrierte Personenverkehrsdienste anbieten“, genügt es, dass mindestens eines der Gruppenmitglieder diese Kontrolle ausübt (Gruppenprivileg).

Der durch die Direktvergabe begünstigte interne Betreiber darf allerdings außerhalb des Zuständigkeitsgebiets des vergebenden Aufgabenträgers bzw. der Gruppe grundsätzlich keine Personenverkehrsdienste erbringen (Tätigkeitskriterium). Zudem ist er verpflichtet, den überwiegenden Teil der Verkehre selbst zu erbringen (Selbsterbringungskriterium); eine Subunternehmervergabe ist also nur begrenzt zulässig.

Derartige Direktvergaben sichern den Bestand kommunaler Verkehrsunternehmen und ermöglichen darüber hinaus weiterhin eine steuerliche Querverbundverrechnung.

## OLG Düsseldorf legt EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor

Wie die einzelnen Voraussetzungen für Direktvergaben an interne Betreiber gem. Art. 5 Abs. 2 VO im Einzelnen zu interpretieren sind, ist schon seit längerem umstritten. Auch die Rechtsprechung der Vergabekammern und Oberlandesgerichte (OLG) führte bisher zu keinem einheitlichen Bild. Jetzt hat das OLG Düsseldorf mit Beschlüssen vom 03.05.2017 mehrere Fragen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen sind nach Auffassung des OLG in den folgenden bei ihm anhängigen Beschwerdeverfahren entscheidungserheblich:

- Verkehrsbetriebe Hüttebräucker GmbH/BVR Busverkehr Rheinland GmbH gegen Rhein-Sieg-Kreis (Az. VII Verg 17/16 und VII Verg 18/16); Verfahren wurden zusammengelegt,
- Rhenus Veniro GmbH & Co. KG gegen Kreis Heinsberg (Az. VII Verg 51/16).

Die Fragen des OLG Düsseldorf in den beiden Vorlagebeschlüssen sind teilweise identisch:

- 1) Das Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 VO ist bereits zwischen drei deutschen OLG hochumstritten. Das OLG Düsseldorf hatte hier bisher vertreten, dass ein Zugang zur Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO sowohl über eine Erfüllung der Inhouse-Voraussetzungen als auch über den Weg einer Dienstleistungskonzession möglich ist. In den Inhouse-Fällen führte das praktisch zu einer Doppelprüfung der Inhouse-Voraussetzungen einerseits und der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO andererseits.

Die Angriffe auf die Direktvergaben wurden u. a. damit begründet, dass die Erteilung eines öDA nur über den Weg der Dienstleistungskonzession möglich sei. Auch zur Vereinheitlichung der deutschen Rechtsprechung fragt das Gericht deshalb den EuGH, ob Art. 5 Abs. 2 VO auch auf öDA Anwendung findet, die nicht in Gestalt einer Dienstleistungskonzession vergeben werden. Das OLG selbst teilt unsere Meinung und bejaht dies, und scheint sogar von seiner bisherigen Meinung der Notwendigkeit einer Doppelprüfung abzurücken.

- 2) Neben dieser Frage ist für das OLG in beiden Beschwerdeverfahren auch entscheidungserheblich, zu welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO vorliegen müssen. Hierzu war in den Verfahren vorgetragen worden, dies müsse bereits zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorabinformation der Fall sein. Der Vergabesenat schlägt dagegen - u. E. richtigerweise - dem EuGH vor, hier auf den Zeitpunkt der Direktvergabe abzustellen. Nicht ganz klar wird allerdings, ob das OLG damit den Zeitpunkt der Umsetzung des Direktvergabebeschlusses oder erst die Betriebsaufnahme aufgrund der Direktvergabe meint.
- 3) Im Rahmen des Verfahrens Rhenus Veniro gegen Kreis Heinsberg legt das OLG dem EuGH des Weiteren die Frage vor, ob der interne Betreiber das Selbsterbringungserfordernis gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. e) VO auch über eine 100%ige Tochtergesellschaft erfüllen kann. Im Gegensatz zur Auffassung in der erstinstanzlichen Entscheidung der Vergabekammer Rheinland tendiert der Senat u. E. zu Recht zu einer eindeutigen Bejahung dieser Frage.
- 4) In beiden Verfahren spielt für das OLG auch die Frage eine Rolle, ob die Zuständigkeit der eine Direktvergabe beabsichtigenden Kommune dadurch entfalle, dass zwischen ihr und einem Zweckverband Zuständigkeiten (z. B. bzgl. der Tarifbildung) aufgeteilt wurden. Das OLG verneint dies richtigerweise und stellt dem EuGH eine entsprechende Frage.
- 5) Zu dem zusammengelegten Verfahren Hüttebräucker/BVR gegen Rhein-Sieg-Kreis stellt das OLG schließlich noch die Frage, unter

welchen Voraussetzungen sich Aufgabenträger, die sich als Gesellschafter eines Verkehrsunternehmens zu einer Gruppe von Behörden zusammengeschlossen haben, auf das Zuständigkeitsgebiet der Gruppe beziehen dürfen. Die Vergabekammer hatte gegen den Rhein-Sieg-Kreis die Auffassung vertreten, dass dies nur dann der Fall wäre, wenn alle Gruppenmitglieder bei der Vorabinformation oder später bei der Direktvergabe gemeinsam handeln. Das OLG ist nun der Auffassung, dass jeder Gesellschafter dem Verkehrsunternehmen eine Direktvergabe erteilen könne und für die Frage der räumlichen Reziprozität dennoch das Gruppengebiet entscheidend, mithin das Fahren des Verkehrsunternehmens im Gebiet des jeweils anderen Gesellschafters nicht schädlich sei.

Möglicherweise wird den beiden vorgenannten Vorlagebeschlüssen des OLG in einigen Monaten ein weiterer folgen. Vor einigen Monaten ist nämlich ein weiterer Beschluss der Vergabekammer Rheinland in einem Nachprüfungsverfahren zu einer Direktvergabe an einen internen Betreiber

- Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 16.05.2017 (Az. VK VOL 58/16) BVR/Rhenus Veniro gegen Stadt Euskirchen

ergangen. Gegen diese Entscheidung wurde auch bereits das Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf eröffnet. Die Inhalte des Beschlusses der erstinstanzlichen Vergabekammer sollen hier kurz vorgestellt werden, weil sie in der direkten Auseinandersetzung mit den OLG-Beschlüssen stehen:

Die Vergabekammer moniert an der geplanten Direktvergabe zunächst, dass die Selbsterbringung nicht erfüllt sei. Sie teile zwar die Auffassung des OLG in den o. g. Vorlagebeschlüssen, dass sich ein interner Betreiber die operative Verkehrstätigkeit einer 100%igen Tochtergesellschaft als Selbsterbringung zurechnen lassen könne. Eine Beteiligung des zukünftigen internen Betreibers von lediglich 2,5 % an dem für ihn als Nachunternehmer tätig werdenden Verkehrsunternehmen reiche aber nicht aus.

Ob diese Bewertung richtig ist und/oder ab welcher Beteiligungsquote eine Zurechnung denkbar ist, könnte das OLG nunmehr in Erweiterung seiner im o. g. Vorlagebeschluss gestellten Frage zur Zurechnung der Tätigkeit einer 100%igen Tochtergesellschaft ebenfalls an den EuGH herantragen.

Des Weiteren blieb die Vergabekammer gegen das OLG bei ihrer aus den anderen Verfahren bekannten Meinung, dass ungeachtet einer bestehenden Gruppe von Behörden im Fall des alleinigen Handelns nur einer Behörde (z. B. Vorabveröffentlichung) das betraute Verkehrsunternehmen und jede seiner Beteiligungsgesellschaften nur im Gebiet der handelnden Behörde Personenverkehrsdienste erbringen dürfe.

Positiv ist zu erwähnen, dass die Kammer mit dem OLG der Meinung ist, dass die Direktvergabevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO erst zum Zeitpunkt der Direktvergabe erfüllt sein müssen. Die Kammer sieht da-

bei als Zeitpunkt des Wirksamwerdens den Zeitpunkt der Betriebsaufnahme an.

## **Hinweise für die Praxis**

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das OLG die Rechtsauffassungen der kommunalen Seite in den genannten Beschwerdeverfahren in allen Punkten geteilt hat. Ob sich der EuGH den aus unserer Sicht richtigen rechtlichen Bewertungen des OLG anschließt, ist naturgemäß offen. Offen ist damit für einen Zeitraum bis voraussichtlich Mitte/Ende 2019 letztlich auch die rechtliche Situation in den oben beschriebenen Fragen.

Direktvergaben könnten damit auch mit den obigen Argumentationen angegriffen werden. Ob dies für kommunale Direktvergaben tatsächlich eine neue Risikosituation schafft, bleibt abzuwarten. Angreifer müssten jedenfalls die (beträchtlichen) Kostenrisiken tragen.

Hinsichtlich der ersten Vorlagefrage könnte eine Vorsichtsposition – etwa durch Gestaltung einer Dienstleistungskonzession bei Ausreichung des öDA - eingenommen werden. Dies kommt insbesondere für Verkehrsunternehmen in Betracht, die nicht konzernangebunden sind. Dienstleistungskonzessionen machen nämlich im kommunalen Bereich im Zusammenhang mit der steuerlichen Querverbundverrechnung über Ergebnisabführungsverträge Probleme. Die für eine Dienstleistungskonzession erforderliche Übernahme eines gewissen Betriebsrisikos durch den Auftragnehmer ist wegen der vollständigen Verlustabdeckung über den Ergebnisabführungsvertrag schwierig zu argumentieren.

Insgesamt kann u. E. nur begrüßt werden, dass Rechtsklarheit durch den EuGH hergestellt werden wird. Der entstehende Übergangszeitraum bis voraussichtlich Mitte/Ende 2018 muss und kann gestaltet werden.

***RAin/StBin Christiane Kappe, Tel.: 0211 981-2700,  
christiane.kappe@de.pwc.com***

***RAin/StBin Maren Weber, Tel. 0211 981-4853,  
maren.weber@de.pwc.com***

***Im nächsten Teil unserer Herbstserie befassen wir uns mit dem Thema „Spenden und Sponsoring“***

## Ihre Ansprechpartner in den Regionen

Ansprechpartner Region Nord  
Niederlassung Hamburg und Kiel

**Jan Philipp Otter**

Rechtsanwalt

Tel.: 040 6378-2357

jan.philipp.otter@de.pwc.com

**Dr. Erik Ohde**

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 040 6378-1316

erik.ohde@de.pwc.com

---

Ansprechpartner Region West-Nord  
Niederlassung Bielefeld, Bremen,  
Hannover und Osnabrück

**Arnulf Starck**

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 0511 5357-5735

arnulf.starck@de.pwc.com

---

Ansprechpartner Region West  
Niederlassung Düsseldorf, Essen und Köln

**Eike Christian Westermann**

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 0211 981-1741

eike.christian.westermann@de.pwc.com

**Matthias Beier**

Steuerberater

Tel.: 0211 981-2473

matthias.beier@de.pwc.com

---

Ansprechpartner Region Mitte  
Niederlassung Frankfurt, Kassel und Mainz

**Dr. Michael Bierle**

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 069 9585-3856

michael.bierle@de.pwc.com

**Harald Maas**

Rechtsanwalt

Tel.: 069 9585-5396

harald.maas@de.pwc.com

**Antje Probst**

Steuerberaterin

Tel.: 069 9585-5025

antje.probst@de.pwc.com

---



## Ihre Ansprechpartner in den Regionen

Ansprechpartner Region Süd  
Niederlassung Mannheim und Saarbrücken

**Matthias Fischer**

Rechtsanwalt · Steuerberater  
Tel.: 0621 40069-113  
matthias.fischer@de.pwc.com

**Markus Morsch**

Rechtsanwalt · Steuerberater  
Tel.: 0681 9814-110  
markus.morsch@de.pwc.com

---

Ansprechpartner Region Süd  
Niederlassung Stuttgart

**Thomas Bettenburg**

Wirtschaftsprüfer · Steuerberater  
Tel.: 0711 25034-3564  
thomas.bettenburg@de.pwc.com

**Dr. Michael Klett**

Rechtsanwalt · Steuerberater  
Tel.: 0711 25034-4260  
michael.j.klett@de.pwc.com

---

Ansprechpartner Region Süd  
Niederlassung München und Nürnberg

**Karl-Hubert Eckerle**

Steuerberater  
Tel.: 089 5790-6756  
karl-hubert.eckerle@de.pwc.com

**Christine Kraupa**

Steuerberaterin  
Tel.: 0911 94985-317

---

Ansprechpartner Region Ost  
Niederlassung Berlin, Erfurt, Leipzig  
und Schwerin

**Steffen Döring**

Rechtsanwalt · Steuerberater  
Tel.: 030 2636-3909  
steffen.doering@de.pwc.com

**Rainer Schindler**

Steuerberater  
Tel.: 0341 9856-162  
rainer.schindler@de.pwc.com

---

