

# VERKEHR IM WANDEL

Ausgabe 1/2012



**Rechtsprechungsübersicht 2011**

## Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Vorwort</b>   | <b>3</b>  |
| <b>SPNV-Verträge sind grundsätzlich ausschreibungspflichtig</b>                  | <b>4</b>  |
| <b>Direktvergabe nach der neuen ÖPNV-Verordnung mit Hindernissen</b>             | <b>5</b>  |
| <b>Finanzierungssystem des VRR von Kommission abgesegnet</b>                     | <b>8</b>  |
| <b>Direktvergabe: Subunternehmerklausel unbedingt erforderlich</b>               | <b>10</b> |
| <b>Rückforderung europarechtswidriger Beihilfen vor nationalen Gerichten</b>     | <b>11</b> |
| <b>Wettbewerber haben Recht auf Rückzahlung rechtswidrig gewährter Beihilfen</b> | <b>12</b> |
| <b>Rügelose Beteiligung an Direktvergabe hindert Rechtsschutz</b>                | <b>13</b> |
| <b>Laufende Beihilfeprüfverfahren</b>  | <b>15</b> |
| <b>Unsere Publikationen</b>  | <b>16</b> |

## Impressum

Herausgeber: Rödl & Partner GbR  
Inhalt: Martin Wambach (martin.wambach@roedl.com), Jörg Niemann (joerg.niemann@roedl.com),  
Dr. Benjamin Linke (benjamin.linke@roedl.de)  
Gestaltung: Karolina Krysta (karolina.krysta@roedl.com)

Bezug: Rödl & Partner GbR  
Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 03

Fax: +49 (9 11) 91 93-35 49

E-Mail: pmc@roedl.de

Nachdruck und Wiedergabe – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung von Rödl & Partner. Bei der Zusammenstellung von Texten und Grafiken wurde mit größter Sorgfalt vorgegangen. Trotzdem können Fehler nicht vollständig ausgeschlossen werden. Die Herausgeber übernehmen keine Gewähr.

Bildnachweis: © Bertold Werkmann / Fotolia.com

**Ihr Ansprechpartner****Jörg Niemann**

Leiter Kompetenz-Center Verkehr

Rödl & Partner Hamburg  
Kompetenz-Center Verkehr  
Hans-Henny-Jahnn-Weg 35  
22085 Hamburg

Telefon: +49 (40) 22 92 97-60

Fax: +49 (40) 22 92 97-39

**E-Mail:** joerg.niemann@roedl.com**Vorwort**

Mit der Schriftenreihe „Verkehr im Wandel“ informieren wir Sie über die Entwicklung der Rechtsprechung zum ÖPNV im Jahr 2011. Dabei beschreibt gerade das vergangene Jahr den Wandel im Verkehrssektor paradigmatisch. Zahlreiche Akteure nutzen den europarechtlichen Rechtsrahmen zur Durchsetzung ihrer unternehmerischen Interessen vor den nationalen Gerichten und in Beihilfeprüfverfahren bei der EU-Kommission. Verkehrsverbünde, Aufgabenträger und Unternehmer sind daher – im eigenen Interesse – gefordert, die öffentliche Kofinanzierung der Nahverkehrsleistungen auf die EU-rechtlichen Anforderungen auszurichten, auch wenn dies zum Teil erhebliche eigene Anpassungen in der Gestaltung der Finanzierung erfordert.

Aufgrund des bisherigen Scheiterns der Novellierung des PBefG sind zahlreiche Fragen ungelöst. Umso gewichtiger sind die im vergangenen Jahr ergangenen Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Sie geben eine erste Orientierung für die Interpretation des neuen Rechtsrahmens. Mit der Rechtsprechungsübersicht fassen wir – kurz und prägnant – die maßgeblichen Entscheidungen des Vorjahres zusammen. Überdies informieren wir über laufende Beihilfeverfahren und geben einen Ausblick auf weiterführende Literatur des Beratungsteams von Rödl & Partner im Verkehrssektor.

Für stets aktuelle Informationen möchten wir Sie auf unseren Newsletter „ÖPNV Kompass“ aufmerksam machen, den jeder Interessierte kostenlos als E-Mail erhalten kann.

## SPNV-Verträge sind grundsätzlich ausschreibungspflichtig

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass SPNV-Verkehrsverträge grundsätzlich ausschreibungspflichtig sind. Das allgemeine Vergaberecht genießt Vorrang vor der Regelung des § 15 Abs. 2 AEG. Trotz Vorliegens eines Nettovertrages konnte der konkrete Vertrag nicht als ausschreibungsfreie Dienstleistungskonzession bewertet werden. Zur Vergabe von SPNV-Leistungen unter dem Rechtsregime der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 musste der Bundesgerichtshof keine Stellung nehmen.

Am 08.02.2011 hat der X. Zivilsenat (Vergabesenat) des Bundesgerichtshofs (BGH) eine lange erwartete Grundsatzentscheidung zur Vergabe von Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) gefällt (Az.: X ZB 4/10). Dabei ging es um einen Vergleichsvertrag, welcher am 24.11.2009 zwischen dem VRR, einem SPNV-Aufgabenträger in Nordrhein-Westfalen und der DB Regio AG geschlossen wurde. In diesem Vergleichsvertrag sollte der am 12.07.2004 zwischen den Parteien zunächst bis Dezember 2018 abgeschlossene Verkehrsvertrag u.a. über den Betrieb sämtlicher S-Bahn-Linien in den Kooperationsräumen 1 (VRR) und 9 (Niederrhein) hinsichtlich des S-Bahnverkehrs bis Dezember 2023 verlängert werden. Eine Ausschreibung des Vergleichsvertrags fand nicht statt. Dies wurde mittels eines Nachprüfungsantrags bei der zuständigen Vergabekammer Münster durch ein anderes SPNV-Unternehmen gerügt. Sowohl die Vergabekammer als auch daran anschließend der Vergabesenat des OLG Düsseldorf im Beschluss vom 21.07.2010 (Az.: VII-Verg 19/10) hatten das Vorgehen des zuständigen SPNV-Aufgabenträgers beanstandet. Eine Entscheidung konnte das OLG Düsseldorf jedoch nicht treffen, sondern es legte wegen seiner abweichenden Meinung zu zwei anderen Oberlandesgerichten die Sache dem BGH vor. Der BGH hat nunmehr die Meinungen der Vergabekammer und des OLG Düsseldorf bestätigt.

Von besonderer Bedeutung sind die Ausführungen des BGH zum Verhältnis zwischen dem allgemeinen Vergaberecht und § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG). Bislang wurde von einigen Autoren sowie dem OLG Brandenburg in seiner Entscheidung vom 02.09.2003 (Verg W 3/03 und Verg 5/03) aus § 15 Abs. 2 AEG ein Wahlrecht des SPNV-Aufgabenträgers geschlossen, wonach dieser entweder die Leistungen wettbewerblich nach einer förmlichen Ausschreibung oder freihändig vergeben könne. Dem widerspricht der BGH. Der BGH qualifiziert § 15 Abs. 2 AEG nicht als vorrangige Sondervorschrift gegenüber dem allgemeinen Vergaberecht. Das Gegen-

teil ist der Fall. § 15 Abs. 2 AEG trat im Zuge der Bahnstrukturreform im Jahre 1994 und damit zeitlich einige Jahre vor dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.08.1998 in Kraft. Die in § 100 Abs. 2 GWB durch den Gesetzgeber getroffenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts enthalten gerade keinen Bezug auf den im Jahre 1998 bereits bekannten § 15 Abs. 2 AEG. Ein gesetzgeberischer Wille, die Vergabe von SPNV-Leistungen dem Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts zu entziehen, ist somit nicht erkennbar.

Die zweite interessante Frage betrifft die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen. Nur erstere müssen in einem förmlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden. Der BGH sieht in dem Vergleichsvertrag keine Dienstleistungskonzession. Kennzeichen einer Dienstleistungskonzession ist, dass der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt. Im vorliegenden Fall wurde die DB Regio AG aus zwei Quellen finanziert, nämlich den Fahrgeldeinnahmen und den Zuzahlungen des SPNV-Aufgabenträgers. Letztere decken rund 64 Prozent der Gesamtkosten und übersteigen damit deutlich die Einnahmen aus den Fahrkartenerlösen. Für eine Dienstleistungskonzession war damit kein Raum.

Schließlich stellt der BGH fest, dass die Vorschrift des § 4 Abs. 3 der Vergabeverordnung (VgV), welche im Jahre 2002 erlassen wurde, nicht gegeben war. In § 4 Abs. 3 VgV wurden zeitlich übergangsweise bestimmte Vereinfachungen vom materiellen Vergaberecht für Personennahverkehrsleistungen in der Kategorie Eisenbahnen eingeführt. Freihändige Vergaben sind ausnahmsweise zulässig, wenn ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbe-

werb vergeben wird. Die mit dieser Vorschrift eingeräumten Möglichkeiten waren bereits mit Abschluss des ursprünglichen Verkehrsvertrags zwischen dem SPNV-Aufgabenträger und der DB Regio ausgeschöpft. Sie durften damit nicht erneut genutzt werden.

## Bewertung

Der Beschluss des BGH vom 08.02.2011 klärt die seit vielen Jahren umstrittene Frage zwischen dem allgemeinen europäischen Vergaberecht und § 15 Abs. 2 AEG. Er ist im Interesse der Rechtssicherheit nachhaltig zu begrüßen.

Interessant sind die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession. Der Vergleichsvertrag zwischen SPNV-Aufgabenträger und DB Regio wurde als Nettovertrag bezeichnet. Der Beschluss des BGH macht deutlich, dass es für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht alleine darauf ankommt, dass ein Nettovertrag vorliegt. Maßgeblich ist nicht die konkrete Verteilung des Risikos in jedem Einzelfall. Der BGH lehnt sich dabei ausdrücklich an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu Dienstleistungskonzessionen an.

Die neue Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370) fand auf den Vergleichsvertrag keine Anwendung, weil

dieser am 24.11.2009 und damit kurz vor dem Inkrafttreten der VO 1370 am 03.12.2009 abgeschlossen wurde. Damit musste der BGH nicht näher auf die VO 1370 eingehen. Zukünftig werden Vergaben von SPNV-Leistungen jedoch nach der VO 1370 zu beurteilen sein. Anders als nach der bisherigen, vom BGH nunmehr geklärten Rechtslage, kommt unter dem Regime der VO 1370 ein Vorrang des allgemeinen Vergaberechts nur bei Personenverkehrsdiensten mit Bussen und Straßenbahnen in Betracht, nicht hingegen mit Eisenbahnen. Art. 5 Abs. 6 VO 1370 eröffnet für den Eisenbahnverkehr die Möglichkeit zu einer Direktvergabe ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren. Allerdings steht Art. 5 Abs. 6 VO 1370 unter dem Vorbehalt, dass eine Direktvergabe nicht durch nationales Recht untersagt ist. Es wird sich daher zukünftig die Frage stellen, ob das weiter bestehende nationale Vergaberecht oder sonstiges nationales Recht, wie das öffentliche Haushaltsrecht, einen solchen Vorbehalt gegen eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO 1370 darstellen.

Von Seiten einiger Bundesländer sind indes Bemühungen bekannt geworden, durch eine gesetzgeberische Klarstellung die Direktvergabeoption nach Art 5 Abs. 6 VO 1370 in Deutschland ausdrücklich für anwendbar zu erklären. Aufgrund unterschiedlicher politischer Vorstellungen dürfte jedoch kurzfristig nicht mit einer Klärung zu rechnen sein.

*ÖPNV Kompass 02/2011*

## Direktvergabe nach der neuen ÖPNV-Verordnung mit Hindernissen – Auch eine Tochtergesellschaft des internen Betreibers darf nicht für andere tätig sein

Am 2.3.2011 erließ der Vergabesenat des OLG Düsseldorf einen Beschluss (Az.: VII-Verg 48/10), der sich ausführlich mit der Abgrenzung zwischen dem allgemeinen Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB und dem neuen speziellen Vergaberecht nach Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden kurz: „VO 1370“) auseinandersetzt. Es handelt sich um die erste eingehendere Entscheidung eines Oberlandesgerichts zur VO 1370, die am 3.12.2009 in Kraft getreten ist.

Die vier Münsterlandkreise Borken, Coesfeld, Steinfurt und Warendorf planten eine Beauftragung des Unternehmens Regionalverkehr Münsterland GmbH (RMV) im Wege einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370. Die RMV ist als Gesellschaft mit ausschließlichen kommunalen Gesellschaftern konzipiert. Grundlage der Beauftragung der RMV ist ein öffentlicher Dienst-

leistungsauftrag, bei dem es um Verkehrsleistungen mit ca. 16 Mio. Nutzwagenkilometern auf 347 Linien geht. Am 8.7.2009 hatten die Landkreise im EU-Amtsblatt die beabsichtigte Direktvergabe nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 an die RMV ab 1.1.2011 für zehn Jahre bekannt gemacht.

Zur Sicherstellung der nach Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO 1370 erforderlichen Selbsterbringungsquote hatte die RMV ein lokales Busunternehmen erworben. Damit sollte die RMV in die Lage versetzt werden, mehr als 50 Prozent der Fahrleistungen selbst zu erbringen. Für die Erbringung der restlichen Fahrleistungen hat die RMV einen Geschäfts- und Betriebsführungsvertrag mit der Westfälischen Verkehrsgesellschaft mbH (WVG) geschlossen, an der sie auch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung hält. Die WVG betreibt im eigenen Namen keine öffentlichen Verkehrsdienste, sondern wird namens und für Rechnung der RMV sowie anderer Verkehrsgesellschaften, welche an ihr ebenfalls Gesellschaftsanteile halten, tätig.

Hauptstreitpunkt des Verfahrens war die Frage, ob der öffentliche Dienstleistungsauftrag der vier Münsterlandkreise mit der RMV als Dienstleistungsauftrag (im Sinne des allgemeinen Vergaberechts) oder als eine der VO 1370 unterfallende Dienstleistungskonzession zu würdigen ist. Aus dem Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 mit Satz 2 VO 1370 ergibt sich, dass die Vergabe eines Vertrags, der dem (neuen) Sondervergaberecht der VO 1370 unterliegt, eine Dienstleistungskonzession voraussetzt. Erfüllt der Vertrag hingegen nicht die Merkmale einer Dienstleistungskonzession, sondern handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, ist nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 bei Busverkehrsdiensten das allgemeine Vergaberecht gegenüber dem Sondervergaberecht der VO 1370 vorrangig.

Eine Dienstleistungskonzession setzt voraus, dass der Konzessionsinhaber das überwiegende wirtschaftliche Risiko für die Vertragserfüllung trägt. Der Vertrag zwischen den vier Landkreisen und der RMV stellte keinen Bruttovertrag dar. Der RMV wurde keine bestimmte Gesamteinnahme zugesichert, sondern lediglich ein der Höhe nach begrenzter Ausgleichsbetrag. Das OLG Düsseldorf konstatierte, dass selbst bei konservativer Berechnung der Fahrgeldeinnahmen diese zu mehr als 50 Prozent die Kosten sowie einen angemessenen Gewinn übersteigen. Der Vergabesenat rekurrierte insoweit auf seine Ausführungen in einer früheren Entscheidung vom 21.7.2010 (Az.: VII-Verg 19/10). Dort hatte er einen Schwellenwert von 50 Prozent angenommen, ab dem ein Dienstleistungsauftrag zu einer Dienstleistungskonzession wird. Diese Grenze war im vorliegenden Fall überschritten.

Umstritten war außerdem, inwieweit berücksichtigt werden muss, dass die RMV wegen ihrer personenbeförderungsrechtlichen Linienverkehrsgenehmigungen keine Konkurrenz zu befürchten hat und deshalb das Risiko eines Rückgangs der Fahrgeldeinnahmen als gering einzustufen ist. In Anlehnung an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19.10.2009 (Az.: C-206/08 - Eurawasser) sah das OLG Düsseldorf dies als irrelevant an, weil es sich um außerhalb des konkreten Auftrags liegende Umstände handele. Schließlich wies das OLG Düsseldorf darauf hin, dass bei einem Rückgang der Fahrgeldeinnahmen die RMV ihr Leistungsangebot nur um 2 Prozent ohne vertragliche Zustimmung verringern darf.

Wegen des Vorliegens einer Dienstleistungskonzession war der Auftrag mit der RMV durch die Münsterlandkreise nicht nach dem allgemeinen europäischen Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB, sondern nach dem Sondervergaberecht des Art. 5 der VO 1370 zu vergeben. Für die Anwendung des Art. 5 VO 1370 räumt Art. 8 Abs. 2 VO 1370 den Mitgliedstaaten eine zehnjährige Übergangsfrist bis 2.12.2019 ein. Diese Vorschrift richtet sich jedoch nur an die Mitgliedstaaten, nicht an die nationalen Behörden. Da die Bundesrepublik Deutschland (bislang) keine entsprechenden Maßnahmen ergriffen hat, gilt Art. 5 VO 1370 wegen des unmittelbaren Charakters einer europäischen Verordnung direkt und uneingeschränkt und war damit bei der Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags an die RMV von den Behörden vollumfänglich zu beachten.

Art. 5 Abs. 7 der VO 1370 fordert die Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370 getroffene Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Partei, die ein Interesse daran hat, überprüft werden können. Diese bereits am 3.12.2009 in Kraft getretene Bestimmung ist in der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht umgesetzt worden, so dass eine ausdrückliche Regelung, welche nationale Stelle Nachprüfungen vorzunehmen hat, nicht existiert. Das OLG Düsseldorf diskutierte eingehend die Frage, wie diese Gesetzeslücke zu schließen ist und gelangte zu dem Ergebnis, § 102 GWB analog heranzuziehen. Es stellte dabei insbesondere auf den Erwägungsgrund 21 der VO 1370 ab, der einen wirksamen und raschen Rechtsschutz fordert, den gegenwärtig in Deutschland nur die Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammer und -senat nach §§ 102 ff. GWB bieten.

Im konkreten Fall lagen nach Auffassung des OLG Düsseldorf die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 an einen internen Betreiber (hier: RMV) nicht vor. Der Vergabesenat ließ offen, ob die Landkreise über die RMV eine Kontrolle ausüben, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht (Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO 1370). Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370 fordert weiterhin, dass der interne Betreiber und ebenso jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, ihre öffentlichen Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde ausführen. Das war nicht gegeben.

Die RMV erbringt ihre Personenverkehrsdienste nur im Zuständigkeitsgebiet der vier Münsterlandkreise. Damit waren die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370 durch die RMV erfüllt. Allerdings übt die RMV über ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung in Höhe von 57,14 Prozent bzw. 47,14 Prozent (die Schriftsätze waren im Verfahren insoweit widersprüchlich) an der WVG einen nicht nur geringfügigen Einfluss auf diese Gesellschaft aus. Das OLG Düsseldorf ließ es dahingestellt, dass die WVG als Geschäfts- und Betriebsführungsgesellschaft keine öffentlichen Personenverkehrsdienste im eigenen Namen erbringt, sondern lediglich als Nachunternehmer auftritt. Entscheidend war nach Ansicht des Vergabesenats vielmehr der Umstand, dass neben der RMV auch weitere Gesellschaften Anteile an der WVG halten und auf Grund einer Bestimmung im WVG-Gesellschaftsvertrag nach Möglichkeit eine Identität zwischen den Geschäftsführern der WVG und den Geschäftsführern ihrer Muttergesellschaften zu wahren ist. Das OLG Düsseldorf stellte klar, auch ohne eine solche Klausel im Gesellschaftsvertrag ließen sich Sinn und Zweck der WVG, nämlich Kostenersparnis in Form eines gemeinsamen Leitungspersonals, nur durch identische Geschäftsführer erreichen. Über ihre Beteiligung an der WVG hat die RMV daher einen zumindest geringfügigen Einfluss auf die Besetzung der Geschäftsführung der anderen Muttergesellschaften der WVG. Die anderen Muttergesellschaften der WVG wiederum erbringen Personenverkehrsleistungen im eigenen Namen in solchen Gebieten, die nicht im Zuständigkeitsbereich der vier Münsterlandkreise liegen. Damit war Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370 nicht erfüllt. Eine Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 an die RMV schied aus.

Andere Formen der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 oder Abs. 5 VO 1370 waren im vorliegenden Fall nicht möglich, so dass für die Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nur ein wettbewerbliches Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 3 VO 1370 in Betracht kommt. Das OLG Düsseldorf wies darauf hin, dass die in Art. 5 Abs. 3 VO 1370 genannten Grundzüge zum Ablauf eines solchen Verfahrens recht allgemein gehalten sind. Das Gericht ließ offen, ob eine Art. 5 Abs. 3 VO 1370 ergänzende nationale Regelung erforderlich ist. Da der Gesetzgeber sich im Wesentlichen auf eine Kodifizierung der Rechtsprechung zu Dienstleistungskonzessionen beschränken wollte, sah der Senat nach der gegenwärtigen Rechtslage bei einem wettbewerblichen Vergabeverfahren jedenfalls keinen Anlass für eine Anwendung der EG-VOL/A mit ihren strengeren Regularien und Veröffentlichungspflichten.

#### Fazit

**Das OLG Düsseldorf macht in der Entscheidung vom 2.3.2011 deutlich, dass bei entsprechender vertraglicher Gestaltung Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV-Bereich möglich sind. An dieser Stelle führt der Vergabesenat konsequent seine eigene frühere Rechtsprechung und die des EuGH fort. Die analoge Anwendung der verfahrensrechtlichen Nachprüfungsvorschriften der §§ 102 ff. GWB auch auf Dienstleistungskonzessionen, die dem neuen Sondervergaberecht der VO 1370 unterliegen, ist sorgfältig begründet und folgerichtig. Erstmals beschäftigt sich ein deutsches Oberlandesgericht mit der Vorschrift des Art. 5 VO 1370 eingehender. Auf diese Weise werden einige Aspekte der Direktvergabe an einen internen Betreiber in Absatz 2 und der wettbewerblichen Vergabe in Absatz 3 stärker konturiert. Neben den, die Entscheidung vom 2.3.2011 tragenden Gründen, hat der Senat zu einigen Aspekten, die für den Ausgang des Verfahrens keine Rolle spielten, weiterführende Hinweise gegeben (sog. „obiter dicta“). Nicht alle dieser Anmerkungen weisen dieselbe Begründungs- und Argumentationstiefe wie die tragenden Gründe auf.**

## Finanzierungssystem des VRR von Kommission abgesegnet

Die Europäische Kommission hat in der Entscheidung zum Verkehrsverbund Rhein-Ruhr die Querverbundfinanzierung als beihilferechtlich relevante Maßnahme eingestuft, die im konkreten Fall allerdings beihilfekonform ausgestaltet war. In diesem Zusammenhang mussten verschiedene Rechtsfragen in Bezug auf die VO 1370 beantwortet werden.

Die für den gesamten ÖPNV wichtige Entscheidung der Kommission (Beschluss v. 24.02.2011, C 58/206) zeigt Lösungswege und Handlungsbedarf für die beihilfekonforme Finanzierung öffentlicher Verkehre auf.

Aus dem Beschluss können für die Praxis vier wesentliche Erkenntnisse gezogen werden:

- > Die Voraussetzungen der VO 1370 stellen auch für Altfälle den wesentlichen Prüfungsmaßstab dar, die VO 1370 wird also rückwirkend angewandt. Ab dem 3.12.2009 gelten alle Beihilfen als neue Beihilfen und werden nach der VO 1370 beurteilt.
- > Die beihilferechtlichen Voraussetzungen der VO 1370 finden auch für Mittel aus dem steuerlichen Querverbund Anwendung. Die Anforderungen können eingehalten werden, wenn entsprechende Rückzahlungsverpflichtungen berücksichtigt werden.
- > Die vergaberechtliche Übergangsregelung für Verkehre, die unter die Verordnung fallen, z.B. Dienstleistungskonzessionen, kann auch ohne Tätigwerden des Gesetzgebers durch die Behörden angewandt werden.
- > Die Kommission bewertet die personenbeförderungsrechtliche Liniengenehmigung ausdrücklich als „ausschließliches Recht“ im Sinne der VO 1370.

### Sachverhalt

Der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr finanziert sich über ein Umlagesystem von seinen Gebietskörperschaften, die ihm die Ausgestaltung der Finanzierung der Verkehrsunternehmen übertragen haben. Die Kommission beschränkte ihre Entscheidung auf die Ausgleichsleistungen der Jahre 2006 bis 3.12.2009. Davor geleistete Ausgleichsleistungen sah sie als sogenannte bestehende bzw. nicht mehr anzugreifende Beihilfen an.

Im Hinblick auf den geprüften Zeitraum unterschied die Kommission zwischen der Finanzierung der Verkehrsunternehmen unmittelbar durch den VRR und der Fi-

nanzierung der Verkehrsunternehmen durch die städtischen Holdinggesellschaften der Stadt Monheim und der Stadt Düsseldorf.

### Beschluss der Kommission

Bei der Prüfung, ob es sich um eine unzulässige Beihilfe handelt, stellt die Kommission zunächst fest, dass die Zahlungen im Querverbund wesentlich über die Aufsichtsräte gelenkt werden, in welchen die Städte jeweils einen hinsichtlich der Zahlung maßgeblichen Einfluss ausüben und die Zahlung den Städten zuzurechnen ist.

Anschließend prüft die Kommission, ob das Vorliegen der Voraussetzungen des Altmark-Trans-Urteils den Tatbestand einer unzulässigen Beihilfe entfallen lässt:

- > Für die Betrauung (1. Altmark-Trans-Kriterium) mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung sieht die Kommission die dreiteilige Betrauung aus Genehmigung, Nahverkehrsplan und Zuwendungsbescheid als ausreichend an, auch wenn sie anmerkt, dass ein einzelner Gesamtbetrauungsakt die Transparenz erhöhen würde.
- > Als problematisch bewertet die Kommission jedoch die Erfüllung des dritten Altmark-Trans Kriteriums – „Keine Überkompensation“. Zum einen moniert sie, dass für den Ausgleich, der für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen in Schwachverkehrszeiten geleistet wird, die Erlöse aus lukrativen Verkehren in Spitzenzeiten völlig unberücksichtigt bleiben. Zum anderen bemängelt sie, dass es kein Instrument gebe, welches zur Rückforderung der Differenz zwischen dem für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erforderlichen Ausgleich und der über den steuerlichen Querverbund naturgemäß unbegrenzten Verlustausgleichszahlung berechtige. Letztendlich bejaht die Kommission jedoch auch das dritte Altmark-Trans-Kriterium, da es sich bis zum 3.12.2009 um eine bestehende Beihilfe handele.

- > Das Vorliegen der Anforderungen nach dem vierten Altmark-Trans Kriterium wird durch die Kommission verneint. Nach diesem Kriterium ist als Korrektiv auf die Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens abzustellen. Zum wiederholten Male stellt die Kommission damit sehr hohe Anforderungen an die herangezogenen statistischen Daten. Diese Daten müssten auch belegen, dass es sich um die Kosten eines durchschnittlich gut und rentabel arbeitenden Unternehmens handelt. Die meisten Unternehmen im VRR würden weiterhin nicht zu den Kosten produzieren, die dem Lohnniveau wettbewerbsfähiger Verkehrsunternehmen entsprechen. Eine beihilferechtliche Absicherung nach den Altmark-Trans-Kriterien kam daher auch aufgrund des hohen Kostenansatzes für Löhne, die über dem Marktniveau liegen, nicht in Betracht.

Die Kommission wendet dann jedoch die Verordnung 1370 auf den vor dem 3.12.2009 liegenden Sachverhalt an und prüft, ob die Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 1 VO 1370 vorliegen. Danach sind als Maßstab der Überkompensationskontrolle nicht mehr die Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens sondern die Ist-Kosten des jeweiligen Unternehmens maßgeblich. Eine Überkompensation nach der VO 1370 ist nur dann erfüllt, wenn der Ausgleichsbeitrag die Ist-Kosten des Unternehmens für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung übersteigt. Für die „ergänzende“ Anwendung der VO 1370 auf Sachverhalte die vor der Geltung der VO 1370 liegen,

führt sie an, dass die alte Verordnung 1191/69 außer Kraft getreten ist und die VO 1370 unmittelbar gelte. Im Ergebnis sieht die Kommission sodann die beihilferechtlichen Regelungen der VO 1370 einschließlich des Anhangs als erfüllt an.

In vergaberechtlicher Hinsicht führt die Kommission aus, dass die Voraussetzungen der Vergabe nach Art. 5 der VO 1370 gemäß der Übergangsregelung des Art. 8 Abs. 2 VO 1370 erst ab 2019 anzuwenden sind, auch wenn der Mitgliedstaat Maßnahmen für die schrittweise Umsetzung treffen soll. Damit steht die Kommission im Gegensatz zu den Feststellungen des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 2.11.2011, Az.: VII-Verg 48/10). Dieses hatte die Meinung vertreten, dass die vergaberechtlichen Regelungen des Art. 5 VO 1370 sofort gelten, wenn der Mitgliedsstaat nichts anderes regelt.

Fast nebenbei stellt die Kommission fest, dass die Genehmigung nach § 13 PBefG ein ausschließliches Recht zur Bedienung der Strecke darstelle für dass das Verkehrsunternehmen Verkehrsleistungen nach dem in der Genehmigung niedergelegten Bedingungen erbringt. Es bleibt abzuwarten, ob diese Auffassung Auswirkungen auf die Neufassung des PBefG haben wird.

Der Beschluss bietet den Kommunen wichtige Hinweise, ihre Finanzierung beihilfekonform zu gestalten. Er zeigt aber auch Handlungsbedarf auf, wenn eine Anpassung an die VO 1370 noch nicht erfolgt ist.



## Direktvergabe: Subunternehmerklausel unbedingt erforderlich

Das Oberlandesgericht München hat am 22.06.2011 (Verg 6/11) einen – nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf (siehe ÖPNV Kompass Ausgabe 02/2011) – weiteren maßgebenden Beschluss für die praktische Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden: VO 1370) erlassen. Dieser betrifft insbesondere die Anforderungen an eine Direktvergabe nach der VO 1370: Das OLG München knüpft dabei an einige wesentliche Punkte der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf an. Insbesondere mit der Feststellung, dass die Vergabevorschriften der VO 1370 schon gegenwärtig gelten und nicht erst ab dem Jahre 2019, hat die Ansicht des OLG Düsseldorf einen zweiten prominenten Vertreter in der Rechtsprechung gefunden. Begrüßenswert für die Praxis ist sicherlich die Feststellung, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370 die Vorgaben für eine In-House-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr ausschließlich regelt. Hierdurch wird die zusätzliche Erfüllung der Vorgaben eines In-House-Geschäfts im Sinne des allgemeinen Vergaberechts entbehrlich gemacht, ohne dass zudem eine Dienstleistungskonzession erforderlich wäre.

Das Gericht hatte über eine Direktvergabe der Stadt Lindau an ein von ihr gegründetes Tochterunternehmen zu entscheiden. Hierbei sollte der Weg über eine Direktvergabe eröffnet werden. Im Rahmen der Betrauung zwischen der Stadt Lindau und dem Tochterunternehmen wurde der Tochter erlaubt, Subunternehmer für die Leistungserbringung einzusetzen. Ein Wettbewerber – der bisher über keinerlei Liniengenehmigungen für die Linien des Stadtverkehrs verfügte – griff die Direktvergabe an. Das OLG München sah diese im Ergebnis als unwirksam an.

Der Vergabesenat folgt der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in der Frage des zulässigen Rechtsschutzes gegen eine Direktvergabe nach der VO 1370. Nach Auffassung des Gerichts soll nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Weg über die Vergabeinstanzen analog §§ 102 ff. GWB einschlägig sein. Ebenso schließt sich das Gericht der Rechtsprechung an, dass die Übergangsvorschrift des Art. 8 Abs. 2 VO 1370 zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht von der Beachtung der Vergabevorschriften der VO 1370 freistellt. Das Gericht positioniert sich damit entgegen der Ansicht der Europäischen Kommission und dem überwiegenden Teil der juristischen Literatur.

Aufschlussreich ist die Feststellung des Gerichts, dass die Betrauung der Stadt Lindau nicht als Verwaltungsakt qualifiziert werden könne, da es an einer Ermächtigungsgrundlage für einen derartigen zu einer Übernahme von Aufgaben der Daseinsvorsorge verpflichtenden (belastenden) Verwaltungsakt fehle. Nach Auffassung des Gerichts könne aus diesem Grunde, auch wenn

ein Verwaltungsakt intendiert sein mag, nur von einem Vertrag ausgegangen werden. Folge dieser Rechtsprechung wäre die Verhinderung einer Umgehung des allgemeinen Vergaberechts, die mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes (anstatt dem Abschluss eines Beschaffungsvertrages) einhergehen würde.

Das Gericht hatte sich überdies mit der Problematik auseinanderzusetzen, dass die europaweite Vorveröffentlichung der beabsichtigten Direktvergabe gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370 durch die Stadt Lindau bereits vor dem Inkrafttreten der VO 1370 (am 3.12.2009) erfolgt, die Vergabe an sich aber erst nach diesem Datum durchgeführt worden ist. Die Vergabekammer Südbayern hatte in der Vorinstanz hierin ein Hindernis für die Anwendbarkeit der VO 1370 gesehen. Demgegenüber stellt das OLG München in seinem Beschluss fest, dass es für die Anwendbarkeit der VO 1370 ausreiche, dass die eigentliche Direktvergabe nach dem Inkrafttreten der VO 1370 erfolgt sei.

Bemerkenswert sind die Ausführungen des Gerichts zur Frage, wann die Vergabevorschriften der VO 1370 und wann die Vergabevorschriften des allgemeinen Vergaberechts anwendbar sind. Das allgemeine Vergaberecht genießt nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO 1370 Vorrang vor den Vergabevorschriften der VO 1370. Voraussetzung für die Einschlägigkeit des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 sei daher nach den Ausführungen des Gerichts zunächst, dass eine Dienstleistungskonzession oder ein In-House-Geschäft vorliege. Interessant ist dabei, dass der Senat für das Vorliegen eines solchen In-House-Geschäfts nicht an die Voraussetzungen eines In-House-Geschäfts

im Sinne des allgemeinen Vergaberechts anknüpft, sondern unmittelbar an die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370. Von Interesse ist diese Vorgehensweise deshalb, weil Art. 5 Abs. 2 VO 1370 erst einschlägig ist, wenn sich ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag außerhalb des allgemeinen Vergaberechts bewegt. Das allgemeine Vergaberecht stellt allerdings von Art. 5 Abs. 2 VO 1370 abweichende Vorgaben für das Vorliegen eines vergaberechtsfreien In-House-Geschäfts auf. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370 eine Spezialregelung darstelle, die den Fall der In-House-Vergabe im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs abweichend vom allgemeinen Vergaberecht regelt. Um eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 vornehmen zu können, müssen sonach in vergaberechtlicher Hinsicht ausschließlich dessen Voraussetzungen erfüllt sein.

Die Unwirksamkeit der Direktvergabe der Stadt Lindau stützt das OLG München letztlich auf eine Verletzung

der Eigenerbringungsquote gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. e VO 1370. Hiernach hat der Betreiber den überwiegenden Teil der Verkehrsleistung selbst zu erbringen. Da der öffentliche Dienstleistungsauftrag der Stadt Lindau den Einsatz von Subunternehmern nicht begrenzt habe, sei ein Verstoß gegen die VO 1370 zu konstatieren und die Direktvergabe folglich unwirksam. Insbesondere ändere nach Auffassung des Senats der Umstand, dass zumindest die Leitlinien der Bayerischen Staatsregierung über die Anwendung der VO 1370 den internen Betreiber verpflichten, 50 Prozent der Leistung selbst zu erbringen, nichts an dem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 lit. e VO 1370. Es ist daher unabdingbar eine Begrenzung des Subunternehmereinsatzes unmittelbar in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag vorzusehen. Diesbezüglich sollten die Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen ihre bestehenden öffentlichen Dienstleistungsaufträge überprüfen.

*ÖPNV Kompass 05/2011*

## Rückforderung europarechtswidriger Beihilfen vor nationalen Gerichten

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 16. Dezember 2010 ein Urteil (Az.: 3 C 44.09) erlassen, in dem es feststellt, dass die Rückzahlungen von gegen beihilferechtliche Notifizierungsvorgaben verstoßenden Beihilfen auch im Wege des nationalen Rechtsschutzes begehrt werden könne. Die Rückzahlung richte sich dabei indes nach den nationalen Verfahrensvorschriften. In der Sache hatte sich das Gericht mit der Rückzahlung von Beihilfen auseinanderzusetzen, die einem Zweckverband gewährt worden sind. Hierbei ging es um die öffentlich bezuschusste Beseitigung von Tierkörpern. Die Vorgaben des Urteils haben allerdings auch allgemein Einfluss auf die künftige Rückabwicklung von rechtswidrig gewährten Beihilfen. Insofern ist das Urteil für den beihilferechtlich betroffenen Bereich des ÖPNV von besonderem Interesse.

Ein rheinland-pfälzischer Zweckverband, dessen Mitglieder Landkreise und kreisfreie Städte sind, war mit der Beseitigung von Tierkörpern befasst, wobei er Beseitigungskapazitäten für den Fall von Tierseuchen (sog. Seuchenreserve) vorhielt. Neben privatrechtlichen Entgelten für die Beseitigung finanzierte sich der Zweckverband durch die Erhebung einer Umlage von seinen Mitgliedern. Die Klägerinnen – die in Konkurrenz zu dem Zweckverband tätig waren – hielten die erhobene Umlage für eine gemeinschaftsrechtliche Beihilfe, die rechtswidrig sei, da die Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag (nunmehr: Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) nicht beachtet worden wäre. Vor dem Verwaltungsgericht hatten die Klägerinnen Klage auf Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfe

erhoben. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revision der Klägerinnen im Ergebnis zurückgewiesen und eine Rückzahlungspflicht verneint.

Festzustellen ist zunächst, dass das Bundesverwaltungsgericht Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag (nunmehr: Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) drittschützende Wirkung zumisst, so dass ein Verstoß gegen das Verbot, eine Beihilfe vor einer Entscheidung der Kommission auszubezahlen (sog. Durchführungsverbot), einen Konkurrenten grundsätzlich dazu berechtigt, die verzinste Rückzahlung vor einem nationalen Gericht zu verlangen. Dieser Rückzahlungsverpflichtung können keine nationalen Bestimmungen entgegengehalten werden.

Dass Bundesverwaltungsgericht hebt allerdings – im Einklang mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes – hervor, dass sich die verfahrenstechnische Umsetzung der Rückzahlung, mangels gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, nach nationalem Recht richte. Maßgeblich seien daher die Verfahrensvoraussetzungen, die das nationale Recht vorsehe. An dieser Stelle sieht das Bundesverwaltungsgericht den entscheidenden Punkt für die Erfolglosigkeit des Rückzahlungsbegehrens. Das Gericht stützt sich zur Begründung einer fehlenden Rückzahlungsverpflichtung auf den Umstand, dass die Klägerinnen es versäumt hatten, die der Umlage zu Grunde liegenden Bescheide anzufechten. Diese seien bestandskräftig geworden. Eine auf der Grundlage eines Verwaltungsaktes gewährte Leistung könne nach deutschem Recht – sofern dieser nicht nichtig sei – lediglich dann zurückgefordert werden, wenn der Bescheid beseitigt werde. Insofern stünde einer Rückzahlungsverpflich-

tung die nationale Ausgestaltung des Rückzahlungsverfahrens entgegen, dass es verlange, zunächst die einer öffentlichen Leistung zu Grunde liegenden Verwaltungsakte anzufechten. Diese Hürde hatten die Klägerinnen versäumt auszuräumen.

**Obwohl sich die beihilferechtliche Prüfung im ÖPNV künftig allein an der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu orientieren hat, gibt das Urteil wichtige Maßstäbe für die Behandlung von rechtswidrig gewährten Ausgleichsleistungen an die Hand. So ist relevant, dass Konkurrenten die Rückzahlung rechtswidrig gewährter Zahlungen vor den nationalen Gerichten fordern können. Stehen indes aus dem nationalen Recht resultierende Verfahrenshindernisse entgegen, etwa die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes, kann dies eine Rückzahlung verhindern.**

*ÖPNV Kompass 06/2011*

## **Wettbewerber haben Recht auf Rückzahlung rechtswidrig gewährter Beihilfen**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 10. Februar 2011 (Az. I ZR 136/09; Parallelverfahren: Az. I ZR 213/08) ein für Wettbewerber von Beihilfeempfängern wichtiges Urteil erlassen, in welchem der BGH die Gewährung einer Beihilfe, die der Notifizierungspflicht unterliegt und nicht durch die Europäische Kommission freigegeben worden ist, als Verstoß gegen ein Schutzgesetz einstuft. Ein Wettbewerber wird hiernach in die Position versetzt, die Rückzahlung der Leistungen vor den nationalen Gerichten einfordern zu können. Vorstehendes soll selbst dann gelten, wenn der Rückforderungsanspruch bereits verjährt ist.

Die Beklagte ist Betreiberin des Verkehrsflughafens Frankfurt-Hahn. Sie ist zu 65 Prozent in Hand der Fraport AG und zu jeweils 17,5 Prozent in Hand der Länder Rheinland-Pfalz und Hessen. An der Fraport AG wiederum sind die Bundesrepublik Deutschland, das Land Hessen und die Stadt Frankfurt mehrheitlich beteiligt. Die Verluste des defizitär wirtschaftenden Flughafen-Hahn in Höhe mehrerer Millionen Euro sind von der Fraport AG im Rahmen von Ergebnisabführungsverträgen getragen worden. Die Nutzungen der Infrastruktureinrichtungen auf dem Flughafen Hahn sind der Ryanair Ltd. vergünstigt angeboten worden; zudem gewährte die Beklagte der Ryanair Ltd. eine jährliche Zahlung als sog. „Marketing-Support“. Die Klägerin – die Deutsche Lufthansa AG – wehrte sich gegen die der Ryanair Ltd. gewährten Vergünstigungen. Sie berief sich auf eine unzulässige Gewährung staatlicher Beihilfen und verlangte die Rückabwicklung und Unterlassung der Vergünsti-

gungen. Während die Vorinstanzen das Klagebegehren noch abgewiesen hatten, hielt diese rechtliche Beurteilung dem Urteil des BGH nicht stand.

Ausschlaggebend dafür, ob die Deutsche Lufthansa AG als Mitbewerberin die Rückzahlung der gewährten Vorteile verlangen konnte, war die Frage, ob ihr das Beihilferecht ein subjektives Recht hierauf vermittelt oder ob die Vorschriften des Beihilferechts lediglich dem objektiven Schutz des Wettbewerbs dienen, so dass eine Berufung der Klägerin auf eine Verletzung der Vorschriften ausscheiden hätte müssen. Die Vorinstanz hatte diesbezüglich angeführt, dass ein unmittelbares Recht des Mitbewerbers auf Durchsetzung der Rückforderung einer rechtswidrig gewährten Beihilfe nicht existiere. Vielmehr reiche es aus, dass ein Mitbewerber ein Beihilfeverfahren vor der Kommission initiieren könne.

Demgegenüber qualifiziert der BGH das in Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verankerte Verbot, eine Beihilfe vor einer Entscheidung der Kommission auszubezahlen (sog. Durchführungsverbot), als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Dies eröffnet dem Wettbewerber die Möglichkeit, den Beihilfegewährenden auf Rückforderung von gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Beihilfen in Anspruch zu nehmen. Nach Auffassung des BGH habe das Durchführungsverbot unmittelbare Geltung gegenüber den Wettbewerbern und begründe daher Rechte des Einzelnen, die vor den nationalen Gerichten zu beachten seien. Dies folge schon daraus, dass das Durchführungsverbot gerade die Funktion habe, die Interessen derjenigen zu schützen, die von einer Wettbewerbsverzerrung in Form der Gewährung einer Beihilfe betroffen seien. Es solle verhindert werden, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbewerb entstehen, die sanktionslos bleiben würden.

Beachtlich ist dabei, dass die Beachtung des Durchführungsverbots unabhängig von einer etwaigen Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt gilt. Jede andere Auslegung würde – so der BGH – die Missachtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV durch einen Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen. Wird später gleichwohl

die Vereinbarkeit der Vergünstigung mit dem Binnenmarkt durch die Kommission festgestellt, darf der Begünstigte die Leistungen zwar für sich Vereinnahmen, allerdings hat er Zinsen für den Zeitraum zu bezahlen, in denen er die Leistung entgegen dem Durchführungsverbot nutzen konnte.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das Gericht hinsichtlich der Rückforderungsentscheidung eine Berufung auf Verjährungsvorschriften eine Absage erteilt, obwohl diese grundsätzlich einschlägig gewesen wären. Zur Begründung führt der BGH den in § 242 BGB verankerten Grundsatz des „Treu und Glauben“ an, der der Ryanair Ltd. eine Berufung auf die Verjährung verwehre. Dies folge aus dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz, nach welchem die Durchsetzung, der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte, durch die nationalen Gerichte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden dürfe. Es widerspräche dem Effektivitätsgrundsatz, wenn im Hinblick auf den Rückforderungsanspruch kurze nationale Verjährungsfristen eingreifen würden. Denn die beihilfegewährenden Stellen könnten u.U. erst durch ein rechtskräftiges Urteil zur Rückforderung angehalten werden, wobei sich ein solches Urteil regelmäßig nicht innerhalb von drei Jahren erstreiten ließe.

*ÖPNV Kompass 07/2011*

## Rügelose Beteiligung an Direktvergabe hindert Rechtsschutz

Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat am 30.11.2011 (1 VK 60/11) einen Beschluss zur Unterschwellendirektvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden: VO 1370) erlassen. Die Vergabekammer verneint das erforderliche Rechtsschutzinteresse der Antragsstellerin an der Feststellung der Unwirksamkeit einer Direktvergabe, weil die Antragsstellerin das Verfahren zunächst befürwortet und selbst eine Direktvergabe angestrebt hatte.

Der Sachverhalt betraf eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 an eine Bietergemeinschaft bestehend aus zwei Verkehrsunternehmen. Das eine der beiden Verkehrsunternehmen stand nach dem Willen der zuständigen Behörde bereits fest, während das andere Unternehmen von der vergebenden zuständigen Behörde im Wege einer Preisanfrage ermittelt werden sollte. Die Preisanfrage wurde wiederum an zwei Verkehrsunternehmen gerichtet. Eines der beiden Unternehmen war die (unterlegene) Antragsstellerin, das andere Unternehmen der von der zuständigen Behörde letztlich ausgewählte Betreiber. Die Antragsstellerin befürwortete

im Vorfeld der Vergabeentscheidung die Durchführung einer Direktvergabe seitens der zuständigen Behörde mehrfach. Die Durchführung des Direktvergabeverfahrens bemängelte sie erst, nachdem sie realisiert hatte, dass sie im Rahmen der Auswahlentscheidung der zuständigen Behörde unterliegen würde, da sie nicht das günstigste Angebot abgegeben hatte. Der Nachprüfungsantrag der Antragsstellerin ist im Ergebnis als unzulässig zurückgewiesen worden.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg hatte sich (wie bereits das OLG Düsseldorf, B. v. 02.03.2011 – Verg 48/10 und das OLG München, B. v. 22.06.2011 – Verg 6/11) mit der Frage zu beschäftigen, ob der Weg zu den Vergabeinstanzen im Fall des Rechtsschutzes gegen eine Direktvergabe nach der VO 1370 eröffnet ist. Die Vergabekammer schloss sich der Auffassung des OLG Düsseldorf und des OLG München an, nach denen nicht der Verwaltungsrechtsweg einschlägig ist, sondern analog §§ 102 ff. GWB der zulässige Rechtsschutz bei den Vergabekammern gewährt wird.

Die Unzulässigkeit des Antrages begründete die Vergabekammer mit einem fehlenden Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin. Die Antragstellerin sei am Verfahren beteiligt gewesen und hätte in der Korrespondenz mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass die gewählte Vorgehensweise der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 gut heißen werde. Den Angriff der Direktvergabe wertete die Vergabekammer als *venire contra factum proprium* (Zu widerhandlung gegen das eigene frühere Verhalten). Eine Berufung auf die Unwirksamkeit des gewählten Verfahrens an sich komme aufgrund des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses nicht mehr in Betracht.

Interessant sind auch die Ausführungen der Vergabekammer zur Frage, ob die durch die Antragstellerin behauptete Unstatthaftigkeit des gewählten Direktvergabeverfahrens bereits vor der Zuschlagserteilung zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens (vor der Vergabekammer) hätte gemacht werden müssen. Es herrsche – so die Kammer – der Grundsatz, dass die Vergabekammern nach dem Zuschlag nicht mehr angerufen werden können, es sei denn eine Ausnahmeregelung (wie § 101b GWB) greife ein. Die Vergabekammer sprach sich aber im Hinblick auf die erfolgte Vorankündigung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370 gegen eine (analoge) Anwendung der Regelungen der unwirksamen De-facto-Vergabe gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB aus. Für eine Nichtanwendung spräche auch, dass die Antragstellerin gerade im Rahmen des Verfahrens beteiligt worden war.

Höchst interessant ist ferner, dass die Vergabekammer Baden-Württemberg (im Rahmen eines *obiter dictum*) davon ausgeht, dass eine Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 4 VO 1370 nicht nach nationalem Recht untersagt ist. Damit festigt sich die Rechtsprechung, dass die Direktvergabe im Einklang mit der nationalen Rechtsordnung auf Bundesebene steht.

**Anmerkung: Es erscheint nicht zwingend, dass das Rechtsschutzinteresse im Fall eines vorherigen Gutheißen des Verfahrens verneint werden muss. Hier könnte die Frage gestellt werden, ob und vor allem inwieweit überhaupt ein Vertrauenstatbestand durch die vorherige Befürwortung geschaffen worden ist. Allerdings sollte die Entscheidung die Bieter im Rahmen einer Direktvergabe annehmen, sich im Rahmen ihrer Akquisebemühungen auf einer klaren Linie zu bewegen.**

## Ihre Ansprechpartner

Als Botschafter der Wirtschaft ist Rödl & Partner an 87 eigenen Standorten in 39 Ländern aktiv. Die integrierte Kanzlei für Recht, Steuern, Unternehmensberatung und Wirtschaftsprüfung verdankt ihren dynamischen Erfolg über dreitausend unternehmerisch denkenden Mitarbeitern.



**Jörg Niemann**

Leiter Kompetenz-Center Verkehr

**E-Mail:**

joerg.niemann@roedl.com



**Dr. Benjamin Linke**

Rechtsanwalt

**E-Mail:**

benjamin.linke@roedl.com



**Prof. Dr. Andreas Saxinger**

**E-Mail:**

andreas.saxinger@roedl.com



**Holger Schröder**

Rechtsanwalt

**E-Mail:**

holger.schroeder@roedl.com



**Jan-Volkert Schmitz**

Rechtsanwalt

**E-Mail:**

jan-volkert.schmitz@roedl.com

## Laufende Beihilfeprüfverfahren

Übersicht über die laufenden Beihilfeprüfverfahren bei der Europäischen Kommission im Verkehrssektor:

| Gegen/Begünstigter                               | Zeichen                               | Inhalt des Verfahrens   |
|--|---------------------------------------|---|
| <b>Deutschland / Deutsche Bahn Regio</b>         | C 47/07 <sup>1</sup><br>(ex NN 22/05) | <p>Die Deutsche Bahn AG hat von den Ländern Berlin und Brandenburg im Rahmen eines direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsvertrages im Schienenpersonennahverkehr Zahlungen erhalten. Die Kommission hat Zweifel daran, dass die Berechnungsparameter zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind, da zwar der Preis pro Zugkilometer genannt wird, allerdings keine Angaben festgehalten worden sind, wie der Preis pro Zugkilometer zu Stande gekommen ist. Sie zieht zudem eine Überkompensation der DB Regio insbesondere deswegen in Betracht, da</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; nach der Herausnahme von Leistungen oder nach Fahrpreiserhöhungen keine Überprüfung des Vertrages erfolgt,</li> <li>&gt; Transparenz für die Verhandlungsführer der Bundesländer aufgrund entsprechender Klauseln in den Verträgen, mit denen Geschäftsgeheimnisse der DB Regio geschützt werden sollen, fehlt.</li> </ul> <p>Die Kommission hat zudem Bedenken hinsichtlich der Erfüllung des vierten Altmark-Kriteriums, das eine zumindest durchschnittlich effiziente Leistungserbringung verlangt. Zweifel hat die Kommission in diesem Zusammenhang an der Belegbarkeit der effizienten Erbringung anhand der Untersuchung eines wirtschaftsberatenden Unternehmens. Bedenken bestehen deswegen, weil die Untersuchung nicht anhand des konkreten Vertrages vorgenommen worden sei, sondern den Regionalverkehr in Deutschland im Allgemeinen betraf. Zudem würden nur Daten der Deutschen Bahn verwendet und keine anderen Unternehmen berücksichtigt. Überdies formuliert die Kommission Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit des Gutachtens, da das Unternehmen für die Deutsche Bahn bereits im Rahmen der Entwicklung bestimmter Tarife tätig geworden ist.</p> |
| <b>Deutschland / Emsländische Eisenbahn GmbH</b> | C 54/07 <sup>2</sup><br>(ex NN 55/07) | <p>Die Emsländische Eisenbahn GmbH, die sich zu 100 Prozent im Eigentum des Landkreises Emsland befindet, ist durch den Landkreis in den Jahren 1997 bis 2007 durch eine Kapitalausstattung von insgesamt 113 Mio. EUR unterstützt worden. Die Kommission bemängelt im Einzelnen, dass Zweifel an der Notwendigkeit der Beihilfe sowie an deren Anreizcharakter und deren Verhältnismäßigkeit bestünden. Unklar sei nach der Kommission zudem, ob Finanzhilfen, die für die Verwaltungskosten bestimmt waren, nicht auch im Rahmen der Wirtschaftstätigkeit des Unternehmens verwendet worden seien. Ferner sei es in jedem Fall unzulässig, dass bezuschusste Fahrzeuge, die ursprünglich über einen Leasingvertrag solchen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden sollten, die Rufbus-Dienste erbringen, nunmehr von der Emsländische Eisenbahn GmbH auf eigenen, gewerblich betriebenen Strecken genutzt werden.</p>  |
| <b>Irland / Irish Bus und Dublin Bus</b>         | C 31/07 <sup>3</sup><br>(ex NN 17/07) | <p>Die irische Regierung hat den Busunternehmen Irish Bus und Dublin Bus jährliche Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gewährt, die durch Verkehrsgesetze auferlegt werden. Ferner ist die Anschaffung neuer Busse und Investitionszuschüsse für Infrastrukturen gefördert worden. Die Kommission hat Zweifel, ob die Leistungen nicht zu hoch waren und mehr als nur die durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Mehrbelastungen ausgeglichen haben. Problematisch wird zudem angesehen, dass kommerzielle (d.h. wirtschaftlich betriebene) Dienste mit staatlich finanzierten Bussen durchgeführt worden sind (Quersubventionierung der kommerziellen Dienste).</p>   |

<sup>1</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:035:0013:0029:DE:PDF>

<sup>2</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:174:0013:0033:DE:PDF>

<sup>3</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:217:0044:0066:DE:PDF>

|  |  |  |
|--|--|--|
| <b>Slowakische Republik / ZSSK Cargo</b>                             | C 5/10 <sup>4</sup><br>(ex NN 48/09<br>und ex N<br>485/09) | Dem Unternehmen ZSSK Cargo ist von der slowakischen Regierung ein Darlehen in Höhe von 166 Mio. EUR gewährt worden. Die Kommission bezweifelt, dass das Darlehen unter normalen Marktbedingungen gewährt worden ist und auch im Übrigen nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann.                 |
| <b>Tschechische Republik / Straßenverkehrsdienste im Bezirk Ústí</b> | C 17/08 <sup>5</sup><br>(ex NN 1/06)                       | Gegenstand der Prüfung sind Ausgleichsleistungen, Bürgschaften und Eigenkapitalerhöhungen, die der Staat mehreren Verkehrsunternehmen gewährt hat. Insbesondere bezweifelt die Kommission das Vorliegen der Altmark Kriterien, die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Beihilfe sowie deren Anreizwirkung. |

## Unsere Publikationen

Das Kompetenz-Center Verkehr von Rödl & Partner beteiligt sich überdies durch Beiträge an der rechtlichen Kommentierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, dem Personenbeförderungsgesetz und dem Allgemeinen Eisenbahngesetz im Rahmen des in Kürze erscheinenden Werkes „Recht des öffentlichen Personenverkehrs“ (Hrsg.: Saxinger/Winnes):



 Carl Link Kommunalverlag  
eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland

Mit dem Kommentar zur Personenbeförderung auf Straße und Schiene wird erstmals ein Gesamtwerk zur Verfügung stehen, welches die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, das sich derzeit noch im Novellierungsprozess befindliche Personenbeförderungsgesetz (PBefG) sowie das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) eng aufeinander abgestimmt erläutert. Um trotz der zeitlich versetzten Novellierungen von PBefG und AEG die notwendige Aktualität des Kommentars zu gewährleisten, wird er als Loseblattsammlung ausgestaltet. Als erste Stufe erscheint Anfang 2012 eine ausführliche Kommentierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Nach Anpassung der nationalen Gesetze wird diese um die Kommentierungen von PBefG und AEG ergänzt werden. Die neue Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bildet erstmals für den öffentlichen Personenverkehr einen einheitlichen europaweit gültigen Rechtsrahmen für die Daseinsvorsorge, den regulierten Wettbewerb und die transparente, beihilferechtskonforme Finanzierung. Sie hat unter anderem Auswirkungen auf vergaberechtliche Fragen, wirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten, die nationale Behördenorganisation, Transparenzregeln sowie den Rechtsschutz im öffentlichen Personennahverkehr und im Schienenpersonennahverkehr. Der Kommentar verdeutlicht, inwieweit der neue europäische Rechtsrahmen die nationalen Gesetze überlagert und beeinflusst. Die Leser können die Wechselwirkungen zwischen EU-Recht und deutschem Recht erkennen und schnell nachvollziehen. Die gut verständliche Kommentierung der einzelnen Vorschriften ist mit praxisnahen Anwendungsbeispielen anschaulich unterlegt. Das erleichtert den Umgang mit der komplexen Materie. Die Autoren sind seit vielen Jahren erfahrene Spezialisten und durch zahlreiche Publikationen ausgewiesene Kenner des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene. Herausgeber: Prof. Dr. Andreas Saxinger, Hochschule für Wirtschaft und Umwelt, Nürtingen-Geislingen; Dr. Michael Winnes, Verkehrsverband Rhein-Neckar

<sup>4</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117:0013:0020:DE:PDF>

<sup>5</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:187:0014:0029:DE:PDF>