

Direktvergaben statt Konzessionen

Der neue Rechtsrahmen für den kommunalen ÖPNV

„Wir stehen enttäuscht und sehen betroffen den Vorhang zu und alle Fragen offen?“ so fragt man spontan mit Bert Brecht, wenn man die neuen Beschlüsse des OLG Düsseldorf zu Direktvergaben im ÖPNV sieht. Ganz stimmt das nicht, der Vergabesenat klärt viele Fragen, ein entscheidendes Problem bleibt aber ungelöst. Hier der Überblick.

Vergaberecht anwendbar

In der Vergangenheit haben die Kommunen versucht, mit Konzessionen, sogenannten „Öffentlichen Dienstleistungsaufträgen“ und anderen Klammzügen zu verhindern, dass ihre Verkehrsunternehmen dem Wettbewerb ausgesetzt werden. Man konstruierte Betrauungen mit Gesellschafterweisungen, die sich als Dienstleistungskonzessionen nach der Verordnung (EG) 1370/2007 richten sollten, um nicht unter die strengen Inhouse-Anforderungen des Vergaberechts zu fallen. Dem hat das OLG Düsseldorf nun zwar ein klares Ende bereitet.

Wenn der Auftragnehmer das Betriebsrisiko – wie meist im kommunalen Nahverkehr – nicht zu einem wesentlichen Teil selbst trägt, sondern die ÖPNV-Verluste direkt oder durch

Quersubventionen aus der Energie ausgeglichen werden, handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Dieser Auftrag unterfällt dem Vergaberecht. Direktvergaben bleibe gleichwohl ohne Wettbewerb zulässig, wenn die vergaberechtlichen Voraussetzungen für Inhousegeschäfte vorliegen.

Anforderungen an Inhousegeschäfte geklärt

Das OLG Düsseldorf hat diese Voraussetzungen konkretisiert; nach § 108 GWB sind erforderlich:

- Beherrschung durch den öffentlichen Auftraggeber ohne direkte private Kapitalbeteiligung sowie Kontrolle der Tochtergesellschaft wie über eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium) und



Auch in Freiburg wurden die Verkehrsleistungen im Rahmen einer Direktvergabe an das kommunale Verkehrsunternehmen vergeben (Bild: Nahverkehrs-praxis).

□ weniger als 20% Drittgeschäft der Tochter.

Zum Kontrollkriterium hat das OLG Düsseldorf festgestellt: Ein Inhousegeschäft liegt auch dann vor, wenn der Auftraggeber Tarif-Befugnisse auf einen Zweckverband übertragen hat. Auch dann ist die erforderliche Kontrolle gegeben. Enkel-Aktiengesellschaften können inhouse-fähig sein, wenn die Kontrolle über einen Ergebnis- und Gewinnabführungsvertrag sichergestellt ist.

Zum Wesentlichkeitskriterium des Drittgeschäfts hat das OLG Düsseldorf ausgeführt: Fahrgeldeinnahmen, die das kommunale Verkehrsunternehmen auf der Grundlage der Betrauung bzw. des Auftrages einnimmt, sind nicht als Drittgeschäfte anzusehen, also nicht inhouseschädlich. Dasselbe gilt für Einnahmen aus einer Betrauung mit der Bewirtschaftung von Parkhäusern und Parkplätzen, weil diese Umsätze auf dem Auftrag der Kommune beruhen und nicht aufgrund einer eigenen unternehmerischen Entscheidung erzielt werden, sondern auf die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zurückgehen.

Rahmenbedingungen präzisiert

Da die Antragsteller in den verschiedenen Verfahren die kommunalen Inhousevergaben umfassend angegriffen hatten, musste sich das OLG Düsseldorf auch mit Rahmenbedingungen auseinandersetzen. Mit folgenden Ergebnissen:

Eine kommunale Inhousevergabe verstößt nicht gegen das vergaberechtliche Gebot der Los-Vergabe, weil dieses Gebot – so das OLG Düsseldorf – bei Inhousevergaben keine Anwendung findet.

Kartellrechtliche Hindernisse stehen nach Ansicht des Vergabesenats Direktvergaben selbst dann nicht entgegen, wenn die Kommune den regionalen oder lokalen ÖPNV-Markt beherrscht. Nach der Einheit der Rechtsordnung sei eine kartellrechtswidrige Ausnutzung der Marktpositionen ausgeschlossen, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe vorlägen.

Anders als das Kartellrecht will das OLG Düsseldorf Beihilferecht nicht im Nachprüfungsverfahren überprüfen, sodass Kritik dazu für die Inhousevergabe insgesamt unerheblich ist.

Offen bleibt: Energieverkauf als Drittgeschäft schädlich?

Eine entscheidende Frage bleibt aber weiterhin ungeklärt, auch wenn der Vergabesenat des OLG Düsseldorf dazu in verschiedenen Entscheidungen Stellung genommen hat:

Sind Drittumsätze aus der Energieversorgung inhouseschädlich oder gehört die Energieversorgung zu den Tätigkeiten, mit denen die kommunale Verkehrsgesellschaft vom öffentlichen Auftraggeber betraut wurde, wie es § 108

Autorin:

Dr. Ute Jasper,
Rechtsanwältin,
Partnerin Sozietät
Heucking Kühn Lüer Wojtek



Abs. 1 Nr. 2 GWB verlangt. Diese Frage ist nur bedeutsam für Stadtwerke, bei denen Verkehr und Energie innerhalb einer juristischen Person zusammengefasst sind, also für sogenannte Einheits-Gesellschaften. Stadtwerke-Konzerne, die ihre Energie- und ihre ÖPNV-Sparten in unterschiedliche Tochtergesellschaften ausgegliedert haben, sind davon nicht betroffen, es sei denn, man ginge von einer Infizierung der konzernverbundenen Unternehmen wegen des Verlustausgleichs im Querverbund aus, was vom OLG Düsseldorf bisher nicht angesprochen worden ist.

In seiner ersten Entscheidung (Verg 2/19 vom 19.02.2020) rechnete das OLG Düsseldorf die Leistungen im Nahverkehr und in der Energieversorgung im Stadtgebiet als für Direktvergaben unschädliche Umsätze zusammen (Rn. 77). Dann wurde festgestellt, dass der Sachverhalt im Beschluss nicht zutreffend wiedergegeben worden war, weil die betroffene Gesellschaft keine Umsätze mit Energie, sondern nur mit Wasser erzielte. Daraufhin korrigierte das OLG Düsseldorf am 27.05.2020 (Verg 2/19) den oben genannten Beschluss. Von einigen Kommentatoren wurde daraufhin die Auffassung vertreten, dass Energieumsätze nun sicher inhouseschädlich seien. Wenn man aber genau hin sieht, ist dies noch immer nicht klar. Denn das OLG Düsseldorf korrigierte den Beschluss in diesem Punkt gerade nicht, sodass der Text unter Rn. 77 unverändert immer noch lautet:

„Das Wesentlichkeitskriterium wird von der Beigeladenen zu 1) ebenfalls erfüllt. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten ist nach § 108 Abs. 7 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz während der letzten drei Jahre vor Vergabe des in Rede stehenden Auftrags heranzuziehen. Die Beigeladene zu 1) war gemessen am durchschnittlichen Gesamtumsatz in den Jahren 2016, 2017 und 2018 zu 87,38% für die Antragsgegnerin tätig, indem sie Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr und der Energieversorgung im Stadtgebiet der Antragsgegnerin erbracht hat.“ (Unterstreichungen hinzugefügt)

Auf dieser Grundlage könnte man nun argumentieren, dass man weiterhin Energie-Umsätze wie Fahrgeldeinnahmen behandeln kann, sie also nicht als inhouseschädliche Drittumsätze zu qualifizieren sind. Leider macht aber der weitere Beschluss vom 19.02.2020 (Verg 1/19) die Verwirrung komplett. Dieser Beschluss wurde erst im Juli 2020 veröffentlicht. Dort heißt es unter Rn. 59 wörtlich:

„Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis der Antragsgegnerin zur Beigeladenen zu 1) nicht vor, weil die Antragsgegnerin auch nach Hinweis des Senats nicht vorgebracht hat, dass die Beigeladene zu 1) mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für die Antragsgegnerin erbringt. Die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ergibt sich auch nicht aus der Vergabeakte. Vielmehr geht die Antragsgegnerin in ihrem Vergabevermerk selbst davon aus, dass „die Voraussetzungen für eine solche Inhousevergabe [...] aufgrund der Gas- und Wasserversorgungssparte der [Beigeladenen zu 1)] allerdings nicht erfüllt (fehlendes ‚Wesentlichkeitskriterium‘) [sind] (Bl. 6 d. Vergabeakte).“ (Unterstreichungen hinzugefügt)

Aus der zitierten Formulierung, die allerdings nicht auf einer Prüfung des Vergabesenats, sondern auf dem unstrittigen Vortrag der Parteien beruht, lässt sich eher darauf schließen, dass das OLG Düsseldorf Einnahmen aus der Gas- und Wasserversorgungssparte als Umsätze aus Drittgeschäften ansieht. Diese auf Gas und Wasser bezogene Einordnung verwundert, weil es sich bei der Wasserversorgung, anders als beispiels-

weise bei Strom, gerade nicht um einen liberalisierten Markt handelt, sodass man hier eher von den aufgrund einer Betrauung erzielten Umsätzen sprechen könnte als in der liberalisierten Energiewirtschaft. Denn der Kunde kann nicht den Wasser-, wohl aber den Stromversorger wählen. Der Stromvertrieb ist völlig unabhängig von der Betrauung durch die Kommune.

Fazit

Das OLG Düsseldorf hat in vielen Punkten zur Rechtssicherheit beigetragen. Wir wissen nun genauer, welche Aufträge im kommunalen Nahverkehr direkt vergeben werden dürfen und welche nicht. Mit der klaren Aussage, dass die Verordnung (EG) 1370/2007 bei Verlustausgleich nicht auf kommunale Nahverkehrsaufträge anzuwenden ist, werden sich mittelfristig die umständlichen Umwege über Betrauungen und komplizierte Ergebnislinien-Rechnungen in „ÖDLA“-Verträgen erledigen. Jetzt sind Aufträge an 100%ige ÖPNV-Töchter zulässig. Die Kommunen können endlich ihre ökologischen und verkehrlichen Ziele mit Dienstleistungsaufträgen umsetzen, die sie direkt an ihre Tochtergesellschaften vergeben.

Andererseits bleibt Bedarf für weitere klärende Entscheidungen. Wenn Entgelte aus Strom- und Gasverträgen uns sogar aus der Wasserversorgung als Drittgeschäfte inhouseschädlich sein sollten, werden die Einheits-Stadtwerke voraussichtlich in juristische Personen aufzgliedern sein.

Anzeige



Das PLUS für die
Verkehrsbranche

Alles neu im WWW!

Entdecken Sie jetzt die neue Website:
intuitiv, informativ, responsiv.

Nahverkehrspraxis
Fachzeitschrift für
moderne Mobilität

Bleiben Sie mit unserem
kostenfreien Newsletter stets
up to date - jetzt anmelden

www.nahverkehrpraxis.de