

# Gefahr für den Querverbund

**Vergaberecht** Der EuGH hat entschieden, dass es auch für Direktaufträge an kommunale Verkehrsunternehmen gilt. Das wirkt sich nicht nur auf den Nahverkehr aus, sondern verlangt auch von manchem Stadtwerk neue Strukturen

Ute Jasper, Düsseldorf

Viele kommunale Verkehrsunternehmen und Stadtwerke müssen sich neu aufstellen. Denn der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat entschieden, dass das Vergaberecht auch für Direktaufträge an kommunale Verkehrsunternehmen gilt. Das wirkt sich nicht nur auf den Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) aus, sondern verlangt von vielen Stadtwerken neue Strukturen, wenn sie Wettbewerb im Nahverkehr vermeiden und den Querverbund erhalten wollen.

Die Wirtschaftsprüfer und Steuerberater der Stadtwerke hielten ihre Konstruktionen seit Jahren für sicher: Betrauungen und öffentliche Dienstleistungsaufträge für Verkehrsunternehmen wurden landesweit ohne jeden Wettbewerb nach der EU-Verordnung 1370/07 vergeben. Schlichte Verlustausgleichszahlungen für den Nahverkehr werden steuerwirksam mit den Energie-Gewinnen verrechnet. Doch sie haben ihre Rechnung ohne das Vergaberecht und ohne den Europäischen Gerichtshof gemacht. Der Querverbund wackelt.

Laut EuGH gilt für Betrauungen im ÖPNV, wenn sie nicht als Konzessionen eigenwirtschaftlich sind, das Vergaberecht. Die Verträge sind also nur wirksam, wenn die Voraussetzungen für Inhouse-Vergaben vorliegen: keine private Beteiligung am Auftragnehmer und kein wesentliches Drittgeschäft. Daraus ergibt sich erheblicher Handlungsbedarf für viele Stadtwerke und zwar nicht nur für künftige, sondern auch bestehende Verträge. Denn der EuGH hat nicht neues Recht geschaffen, sondern nur festgestellt, was gilt, seit es das Vergaberecht gibt.

**Beispiel 1: ÖPNV-Tochter mit Parkhäusern, Carsharing, Ladestationen, Fahrrädern:**

Eine Direktvergabe an kommunale Verkehrsunternehmen ist nur zulässig, wenn das beauftragte Unternehmen mindestens 80 Prozent seines Umsatzes mit Dritten erzielt. Das Verkehrsunternehmen darf also nicht mehr als 20 Prozent mit Parkhäusern, Carsharing oder ÖPNV-Leistungen für andere nicht beteiligte Kommunen umsetzen. Wenn diese Grenze überschritten wird, sind getrennte Gesellschaften zu gründen.



**Schwieriges Pflaster:** Mehrere EuGH-Urteile zum Nahverkehr gefährden den steuerlichen Querverbund. Manche Kommunalunternehmen müssen umstrukturieren.

Bild: © polack / stock.adobe.com

## Beispiel 2: Einheits-Unternehmen

Die Einheits-Unternehmen unter den Stadtwerken trifft das Urteil besonders hart, und zwar nicht nur wegen des Drittgeschäfts mit Strom und Gas. Denn Inhouse-Vergaben im ÖPNV sind nur zulässig, wenn kein privater Gesellschafter am Auftragnehmer beteiligt ist.

Das Unternehmen muss dann umstrukturiert und der Nahverkehr in eine eigene Gesellschaft verlagert werden, die keine privaten Gesellschafter und kaum noch Drittgeschäfte hat.

## Beispiel 3: Stadtwerke und personelle Verflechtung im Konzern

Aber ein Aufspalten in viele Gesellschaften genügt oft nicht. Auch Stadtwerke-Konzerne mit eigenen Tochter- und Schwestergesellschaften für jede Sparte müssen nach der EuGH-Entscheidung ihre Strukturen prüfen, anpassen und absichern. Denn das Vergaberecht ist erstens streng, zweitens funktional. Folgende Risiken bestehen:

Die formal-rechtliche Trennung der Unternehmen wird möglicherweise als unzulässiges Umgehungsgeschäft angesehen, wenn es sich wirtschaftlich-funktional um eine einzige Einheit handelt. Falls der Stadtwerke-Konzern nicht nur über Ergebnisabführungsverträge, sondern auch noch personell und organisatorisch über Gremien und Cashpooling verflochten ist, droht das Risiko, dass Drittgeschäfte von Schwestergesellschaften zugerechnet werden – mit der Folge, dass Direktvergaben im ÖPNV unzulässig wären. Es gibt also viel zu tun, um den Status quo im Nahverkehr und im Querverbund zu erhalten.

Am 26. Juni findet zu diesem Thema in Frankfurt ein kostenloses Kurzseminar »EuGH zu ÖPNV-Direktvergaben – Das Ende des steuerlichen Querverbundes« statt. Mehr dazu: [www.heuking.de](http://www.heuking.de)

Ute Jasper ist Partnerin der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.

## KONZESSIONSPOKER

### STROM UND GAS

#### Zuschläge

- Isernhagen (Region Hannover, Niedersachsen), Isernhagen Netz, 26.1.20

#### Auslaufende Verträge

- Amt Dänischer Wohld, div. Mitgliedsgemeinden (Rendsburg-Eckernförde, Schleswig-Holstein), Stadtwerke Kiel / Schleswig-Holstein Netz
- Konstanz (Baden-Württemberg), Stadtwerke Konstanz, 16.5.21
- Hansestadt Stendal (Sachsen-Anhalt)

### STROM

#### Zuschläge

- Braunsfels (Lahn-Dill-Kreis, Hessen), Energienetz Mitte, 31.12.20
- Dießen a. Ammersee, div. Ortsteile (Landsberg a. Lech, Bayern), Lechwerke / Bayernwerk Netz, 11.1.21
- Uslar, Kernstadt und ein Ortsteil (Northeim, Niedersachsen), Stadtwerke Uslar, 31.12.19

#### Auslaufende Verträge

- Bad Abbach (Kelheim, Bayern), Bayernwerk Netz, 30.9.21

- Kirchberg und drei weitere Gemeinden (Zwickau, Sachsen), ervia M, 31.12.21
- Rohrdorf (Rosenheim, Bayern), 24.2.22

### GAS

#### Zuschläge

- Bispingen (Heidekreis, Niedersachsen), Stadtwerke Munster-Bispingen, 31.12.20
- Budenheim (Mainz-Bingen, Rheinland-Pfalz), Mainzer Netz, 31.12.19
- Halberstadt ein Ortsteil (Harz, Sachsen-Anhalt), Halberstadtwerke
- Hennef, elf Stadtteile (Rhein-Sieg-Kreis, Nordrhein-Westfalen), Bad Honnef AG, 11.11.19
- Husum (Nordfriesland, Schleswig-Holstein), Geisenwasser Energienetze, 1.1.20
- Schmelz (Saarlouis, Saarland), Energis, 31.12.20

#### Auslaufende Verträge

- Geisenfeld (Pfaffenhofen an der Ilm, Bayern), 31.12.21
- Hermsdorf (Saale-Holzland-Kreis, Thüringen), Erdgasversorgung Ostthüringen, 6.2.22
- Ruhpolding (Traunstein, Bayern)
- Schönau a. Königssee (Berchtesgadener Land, Bayern), Energienetze Bayern, 30.4.21

## VERGABERECHT AUS EUROPÄISCHER SICHT

Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 21. März und 08. Mai. Az.: C-266/17, C-267/17 und C-253/18.

Das OLG Düsseldorf fragte zum »alten« Vergaberecht: Sind ÖPNV-Direktvergaben nach VO 1370/07 statt nach Vergaberecht zu vergeben?

Der EuGH hat mit »Nein« geantwortet. Art. 5 der Verordnung 1370/07 gilt im ÖPNV nicht für Aufträge, auch nicht für Direktvergaben, sondern nur für Konzessionen. Aufträge und Direktvergaben im ÖPNV richten sich ausschließlich nach dem Vergaberecht. Die Aufgabenträger im ÖPNV müssen reagieren: Kommunale Verkehrsunternehmen

dürfen nur direkt und ohne Wettbewerb beauftragt oder betraut werden, wenn folgende Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts nach Vergaberecht vorliegen:

- keine private Beteiligung
- Beherrschung wie eine Dienststelle
- weniger als 20 Prozent Drittgeschäft des Auftragnehmers durch Energieverkauf, Parkhäuser oder Ähnliches (in Einzelfällen schadet auch Drittgeschäft im Konzern)

Interne Betreiber, Gruppe von Behörden oder Ähnliches spielen keine Rolle mehr. Beihilferecht nach der VO 1370/07 gilt weiterhin.