

Die Zeit der Klimmzüge für Verkehrsunternehmen ist endlich vorbei

Inhouse-Aufträge So manche mühsamen Konstruktionen aus der Vergangenheit sind nicht mehr nötig und sogar schädlich. Direktvergaben sind künftig viel einfacher und besser zu handhaben

UTE JASPER und **LAURENCE WESTEN**,
Düsseldorf

Aktuelle Entscheidungen der Gerichte eröffnen ganz neue Spielräume und Chancen für kommunale Verkehrsunternehmen. Mühsam konstruierte Betrauungen, Konzessionen, Gesellschafter- und Gremienbeschlüsse sollten bisher Direktvergaben an die Verkehrstöchter der Städte und Kreise sichern, und zwar möglichst ohne das Vergaberecht und ohne Wettbewerb. Die Klimmzüge sind nicht mehr nötig. Jetzt sind Inhouse-Aufträge zulässig – und viel besser zu handhaben.

Lösungsansatz aus dem Gerichtssaal | Zuerst kamen schlechte Nachrichten aus den Gerichtssälen, dann der Lösungsansatz: Der Bundesgerichtshof (BGH) erklärte Ende 2019 (Az.: XIII ZB 120/19), dass auch Gesellschafterweisungen Aufträge im vergaberechtlichen Sinn seien. Das Vergaberecht lässt sich somit nicht dadurch umgehen, dass ein Landkreis seine Tochter anweist, den Nahverkehr zu erbringen statt einen Vertrag mit ihr zu schließen. Betrauungen, wie sie landauf, landab empfohlen wurden, waren und sind keine Lösung. Die sogenannten ÖDLAs (Öffentliche Dienstleistungsaufträge als Betrauungen) befreien nicht vom Vergaberecht, weil Aufträge auch mit Verwaltungsakten, Rats- und Gesellschafterbeschlüssen erteilt werden können (anders noch OLG Düsseldorf am 16. Okt. 2019, VII-Verg 43/18).

Etikettenschwindel bringt nichts. So weit, so schade. Das Vergaberecht ist zu beachten. Auch Konzessionen sind keine Lösung, weil deren Voraussetzungen nach der Rechtsprechung selten vorliegen. Konzessionen setzen voraus, dass der Konzessionsnehmer, also das kommunale Verkehrsunternehmen, die überwiegenden wirtschaftlichen Risiken trägt. Der



Wacklige Konstruktion adé: Direktvergaben lassen sich jetzt rechtssicher gestalten. Bild: Adobe

übliche Verlustausgleich durch Gewinne der Energiesparte oder -schwester schließt eine Konzession aus. Fast überall ist der Zuschuss der Kommunen zu hoch, die Verkehrsunternehmen tragen faktisch kein eigenes wirtschaftliches Risiko.

Diese Tendenz verstärkt sich: Die Verkehrstöchter der Kommunen sollen immer mehr Aufgaben übernehmen, die dem Klimaschutz dienen: On-Demand-Angebote, Fahrrad-Miete, Elektromobilität, um nur einiges zu nennen. All das erfordert Geld, also Zahlungen der Kommunen, die über Aufträge, nicht über Konzessionen abzuwickeln sind.

Also bleibt nur ein rechtssicherer Weg: Die Städte und Kreise müssen ihre Verkehrsunternehmen inhousefähig machen, damit sie ihnen saubere, rechtssichere Aufträge erteilen können, ohne ausschreiben zu müssen. Wie kann das gehen? Wie können die zwingenden Voraussetzungen »Kontrolle wie über eine Dienststelle« und »unwesentliches Drittgeschäft« gewähr-

leistet werden?

Privat ist K.O.-Kriterium | Bei der Kontrolle besteht wenig Spielraum, dort bringt auch die Rechtsprechung nichts Neues: Wenn private Unternehmen Anteile an Verkehrsunternehmen halten, kommt kein Inhouse-Auftrag in Betracht. Ist die Verkehrstochter oder die Zwischenholding eine Aktiengesellschaft, wird die Direktvergabe schwierig bis unmöglich.

Aber für das zweite Kriterium, das für eine Direktvergabe erforderlich ist, gibt es sehr gute Neuigkeiten. Bisher hatte man gedacht, Umsätze mit Strom und Gas im selben Unternehmen oder in der Schwestergesellschaft könnten Drittgeschäft sein und – da sie immer die 20-Prozent-Grenze überschreiten – Inhouse-Aufträge für den Nahverkehr ausschließen. Dieses Problem hat das OLG Düsseldorf in einem kurzen Satz gelöst: Danach sind Umsätze aus der »Energieversorgung im Stadtgebiet« nicht nur kein

Drittgeschäft, sondern sogar in die Umsätze einzuberechnen, die wie die Umsätze aus dem Nahverkehr, die Basis für die In-house-Vergabe bilden (OLG Düsseldorf, 19. Febr. 2020, VII-Verg 2/19). Andere Umsätze, etwa aus Parkraumbewirtschaftung, sind ebenfalls unschädlich.

Was heißt das für die kommunalen Verkehrsunternehmen, Städte und Kreise? Sie können umwelt- und verkehrspoliti-

sche Ziele über Direktvergaben viel mutiger, schneller und effizienter erreichen und die Verkehrstochter gezielt als Verkehrsdienstleister einsetzen. Der Querverbund wird durch das Vergaberecht nicht gefährdet. Allerdings sind echte Drittgeschäfte wie Autovermietung unterhalb der 20-Prozent-Umsatz-Schwelle zu halten. Die Anforderungen der alten ÖDLAs, bei denen Ergebnisli-

nien gewahrt werden mussten, die nicht zu den Anforderungen passten, sind vorbei. Die Verträge können endlich so umgestellt werden, wie es der Praxis entspricht.

Ute Jasper ist Partnerin, **Laurence Westen** ist Partner der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.