
Aktuelle Entwicklungen im ÖPNV

Baker Tilly Online-Seminar | 19. Mai 2022



Einleitung

- Der Öffentliche Sektor steht vor vielfältigen Herausforderungen – insb. bei der Erreichung der Klimaziele und dem Gelingen der Verkehrswende.
- Die Öffentlichen Hand muss den ÖPNV ausbauen und zugleich neue Mobilitäts- und Tarifangebote schaffen.
- Im Rahmen unseres Online-Seminars möchten wir Sie über aktuelle Entwicklungen im ÖPNV informieren:
 - Planung und Errichtung von Verkehrsinfrastruktur
 - Sicherstellung von Mobilitätsdienstleistungen
 - Finanzierung im Bereich ÖPNV (öDA und dessen Ausgestaltung)
 - Steuerliche Implikationen der Finanzierung
 - New Mobility: Neue Mobilitätsangebote (9 € Ticket) und Tarifgestaltungen (eTarif)





Aktuelles zu rechtlichen Themen

01

(Neu-)Regelung der Zahlungsflüsse

02

Berücksichtigung von Investitionsaufwendungen im Verkehrsvertrag

03

Ausgestaltung des Vertriebs

04

Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe

01

**(Neu-)Regelung der
Zahlungsflüsse**



Ausgestaltung der Ausgleichsleitungen / des Grundanspruchs

Die Zahlungsflüsse hängen von der Ausgestaltung der Verkehrsverträge ab

Netto-Verkehrsverträge

Unter den Netto-Verkehrsverträgen stehen die Fahrgeldeinnahmen nur dem EVU zu. Die Fahrgeldeinnahmen decken Betriebskosten und kalkulatorische Eigenkapitalrendite des EVU ab. Die Differenz zwischen Kosten und Einnahmen wird durch Auszahlung eines Grundanspruchs durch den AT abgedeckt. Das EVU trägt demnach das Betriebskostenrisiko sowie das Erlösrisiko.

Brutto-Verkehrsverträge

Unter den Brutto-Verkehrsverträgen stehen die Fahrgeldeinnahmen nur den AT zu. Das EVU erhält den Grundanspruch vom AT, der Betriebskosten und kalkulatorische Eigenkapitalrendite des EVU abdeckt. Das Betriebskostenrisiko wird vom EVU getragen. Das Erlösrisiko wird hingegen vom AT getragen.

Anrechnungsmodell

Die Fahrgeldeinnahmen fließen von den Einnahmeaufteilungsstellen direkt an das EVU. Der vom AT geschuldete Grundanspruch wird um den entsprechenden Betrag über die Fahrgeldeinnahmen (netto) gekürzt.

Modell der Separierung der Zahlungsflüsse

Dem EVU wird der volle Grundanspruch (abzgl. der Einbehalte) ausbezahlt. Im Gegenzug fließen dem AT sämtliche Fahrgeldeinnahmen und sonstige Einnahmen direkt, d.h. ohne Umweg über das EVU, zu.

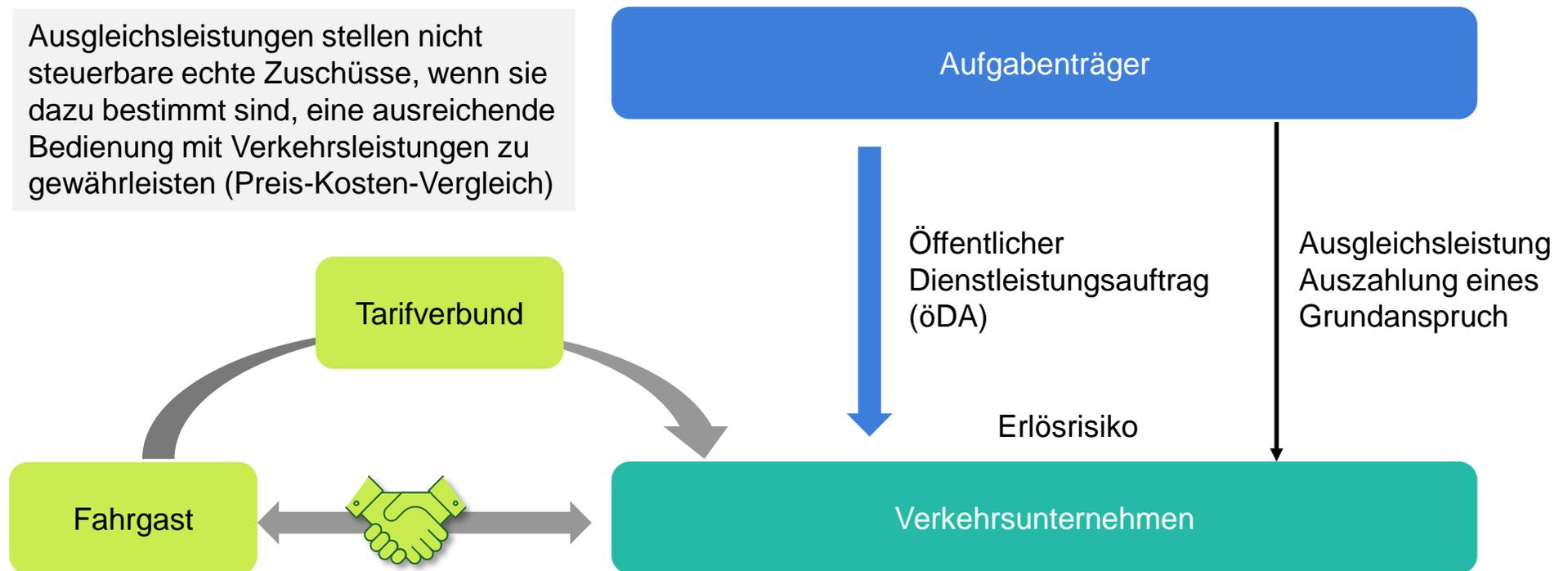
Die Separierung der Zahlungsflüsse kann vorteilhaft sein, insbesondere bei der kurzfristigen Einführung „politischer“ Tickets (9 für 90, 365 € Tickets, etc.) oder beim Ausgleich von Corona-bedingten Einbußen des Fahrgeldeinnahmenaufkommens, aber auch für die Abrechnung der Verkehrsverträge und die Liquidität der Verkehrsunternehmen.



Ausgestaltung der Ausgleichsleitungen / des Grundanspruchs

Netto-Verkehrsvertrag – Schematische Darstellung

Ausgleichsleistungen stellen nicht steuerbare echte Zuschüsse, wenn sie dazu bestimmt sind, eine ausreichende Bedienung mit Verkehrsleistungen zu gewährleisten (Preis-Kosten-Vergleich)

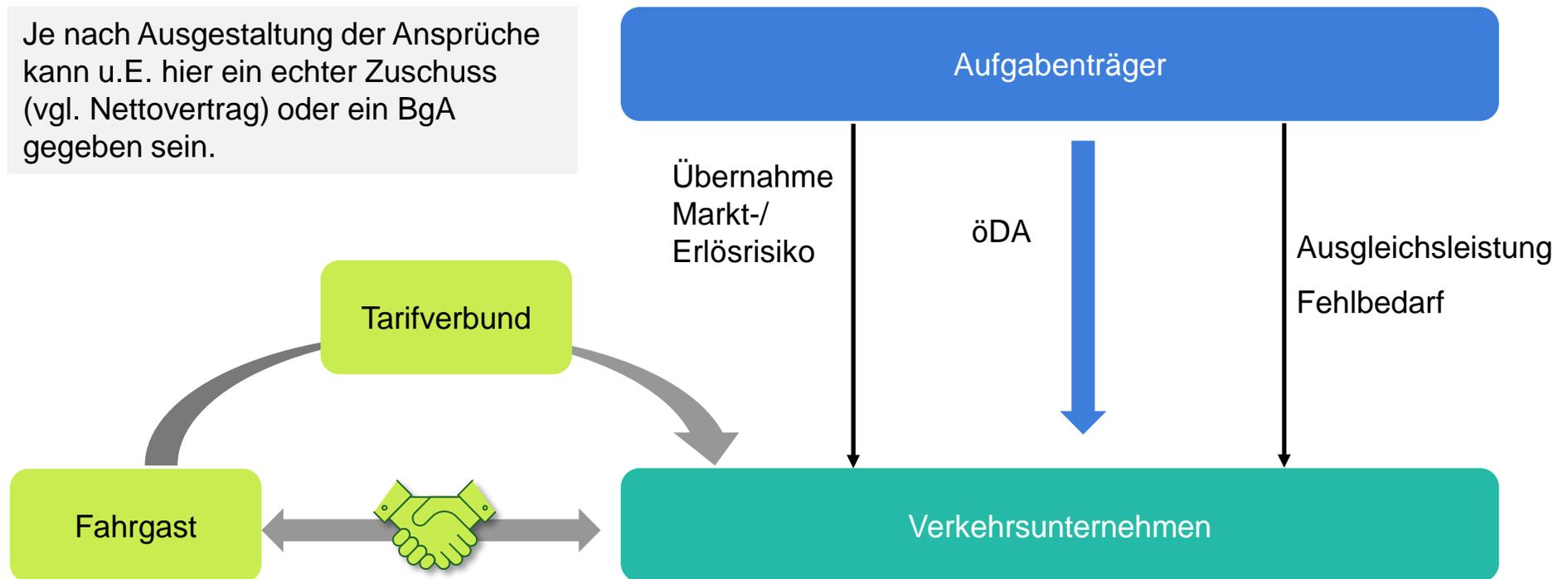




Ausgestaltung der Ausgleichsleitungen / des Grundanspruchs

Brutto-Verkehrsvertrag – Schematische Darstellung des Anrechnungsmodells

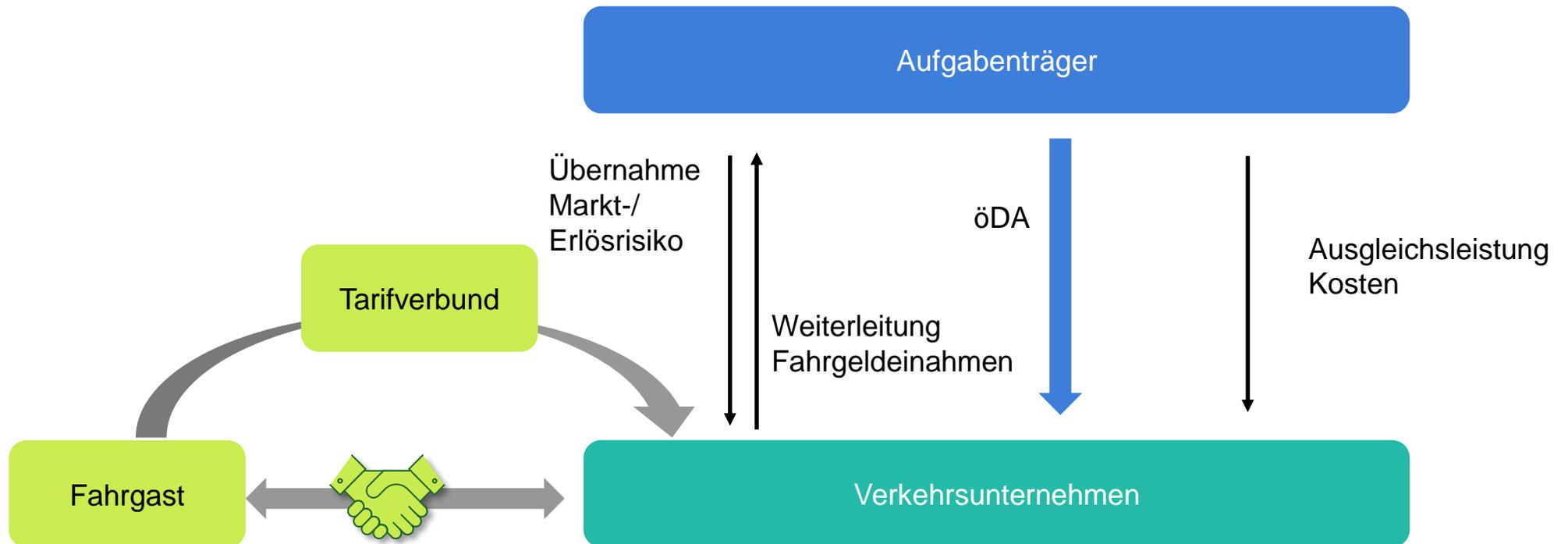
Je nach Ausgestaltung der Ansprüche kann u.E. hier ein echter Zuschuss (vgl. Nettovertrag) oder ein BgA gegeben sein.





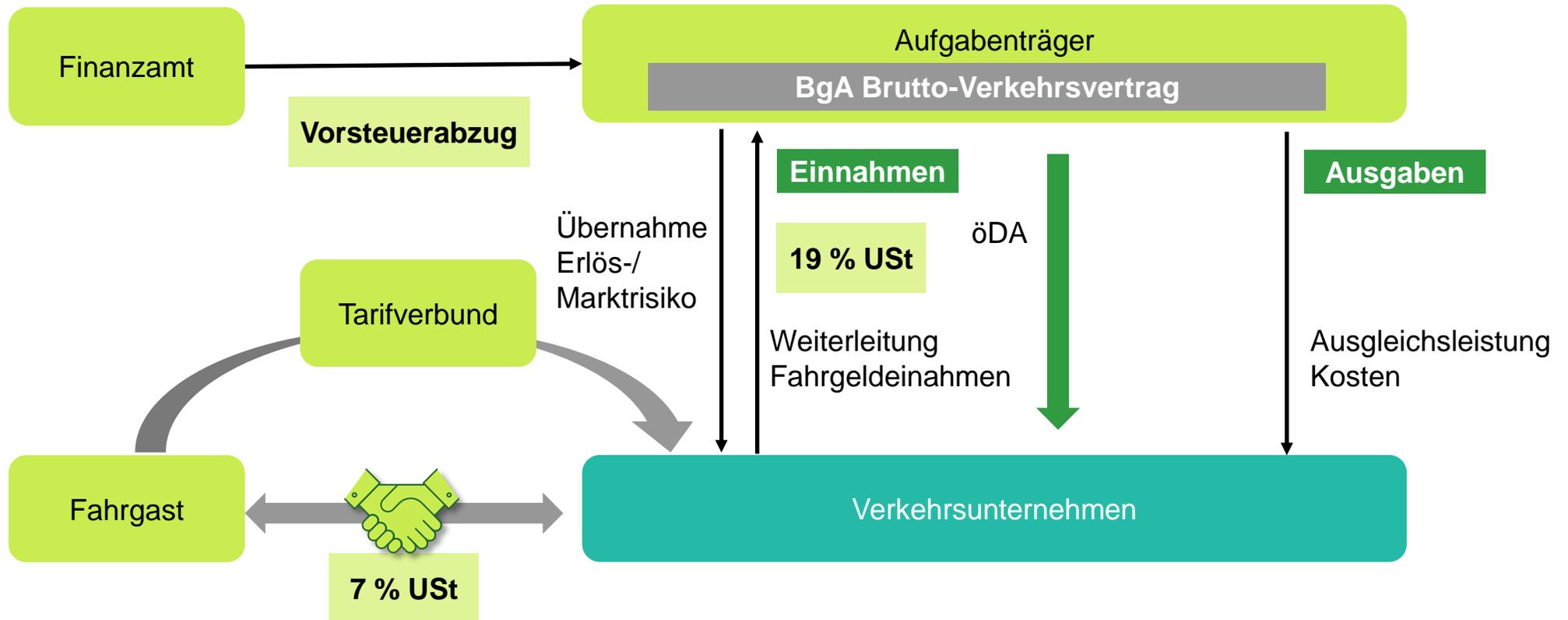
Ausgestaltung der Ausgleichsleitungen / des Grundanspruchs

Brutto-Verkehrsvertrag – Schematische Darstellung der Separierung der Zahlungsflüsse





Steuerliche Aspekte eines Brutto-Verkehrsvertrags – Separierung der Zahlungsflüsse

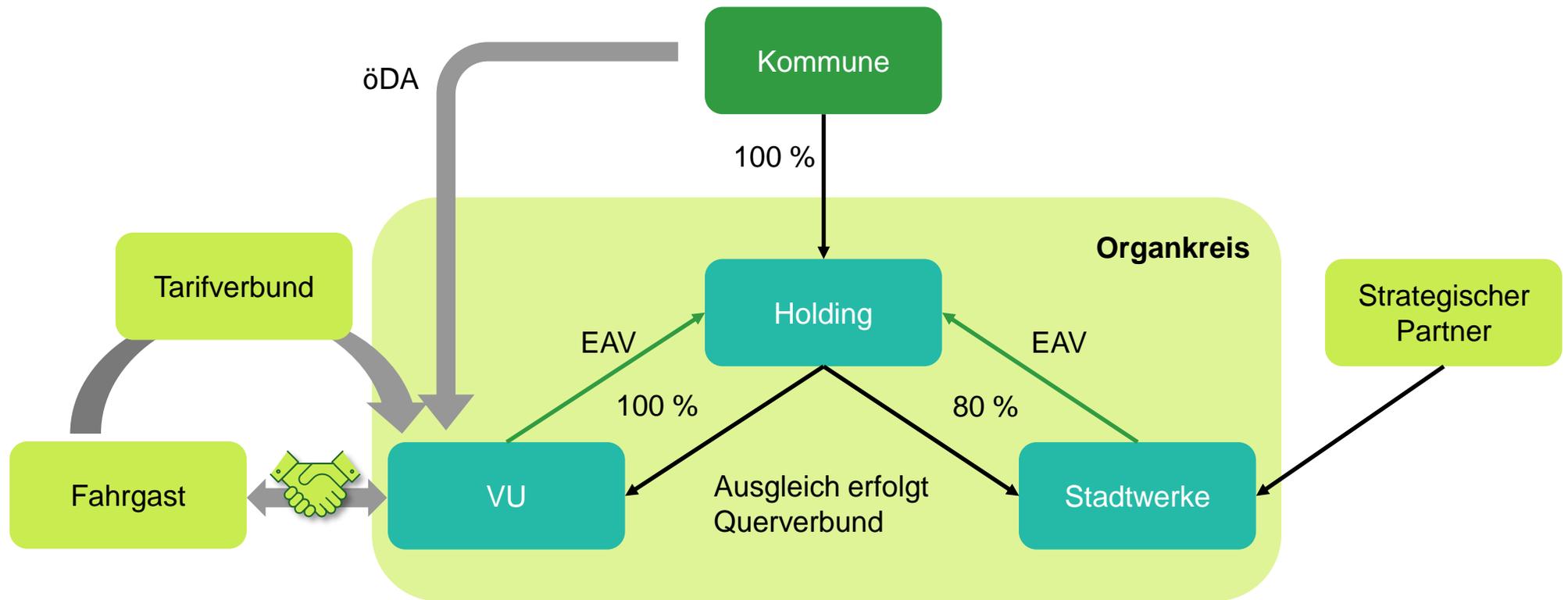


Übernahme des Marktrisikos gegen Weiterleitung der Fahrgeldeinnahmen begründet nach Ansicht der FinVerw in NRW einen BgA auf Ebene des AT. Der BgA stellt ein begünstigtes Dauerverlustgeschäft dar.



Ausgestaltung der Ausgleichsleitungen / des Grundanspruchs

Brutto-Verkehrsvertrag – Schematische Darstellung des Anrechnungsmodells im Querverbund





Ausgestaltung der Ausgleichsleistungen

Ausgleichsleistungen i.S.d. VO 1370/2007 können grundsätzlich in unterschiedlicher Form gewährt werden:

- a) Ausgleichsleistungen in Form der Gestattung zum Einbehalt der Fahrgeldeinnahmen
- b) Ausgleichsleistungen in Form von Gesellschaftereinlagen und/oder sonstiger konzerninterner Zahlungen/Ausgleich
- c) die Ausreichung von Bürgschaften, Gesellschafterdarlehen, etc.
- d) die kostenlose oder verbilligte Zurverfügungstellung von Wirtschaftsgütern
- e) Zuschüsse (inkl. Investitionszuschüsse);
- f) Fördermittel;
- g) vertragliche und gesetzliche Ausgleichszahlungen;
- h) Ausgleichsleistungen auf Grundlage landesrechtlicher Vorschriften (§§ 13 ff. ÖPNVG);
- i) jeder weitere Vorteil im Sinne des Art. 2 Buchst. g) VO 1370/2007

02

**Berücksichtigung von
Investitionsaufwendungen
im Verkehrsvertrag**



Investitionen können Bestandteil von Ausgleichsleistungen sein

Ausgleichsleistungen i.S.d. VO 1370/2007 sind keinesfalls auf den Ausgleich von ergebniswirksamen Aufwendungen beschränkt. Vielmehr können damit auch Investitionen finanziert werden.

Vorteil

Es gilt Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007 (keine Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV)

Aber

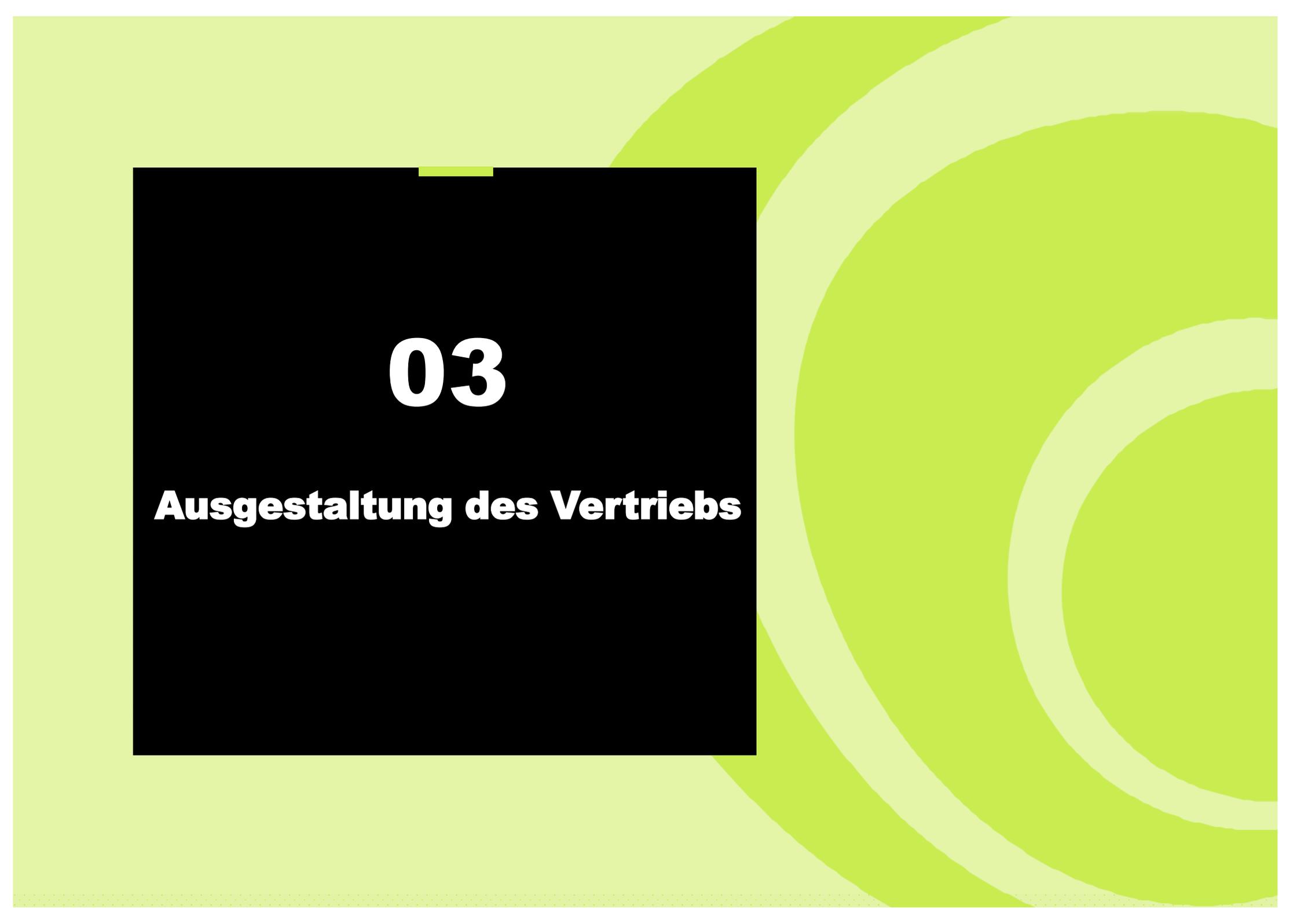
Es muss sichergestellt sein, dass eine Doppelfinanzierung vor dem Hintergrund des Überkompensationsverbot ausgeschlossen ist.

Behandlung von Investitionen in der Trennungsrechnung

Kostenmindernder Ansatz

Ausgleichsmindernder Ansatz

Umgang mit Förderungen zum Ende der Vertragslaufzeit

The background features a light green gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades of green on the right side. A solid black rectangular box is positioned on the left side of the slide.

03

Ausgestaltung des Vertriebs



Ausgestaltung des Vertriebs

Der Vertrieb und die Ausgestaltung von Tickets und Tarifen unterliegen derzeit zahlreichen Fortentwicklungen.

Es empfiehlt sich, in den jeweiligen Verträgen klare Regelungen zu vertrieblichen Themen zu treffen, insbesondere wer das Recht und/oder die Verantwortung für den Vertrieb hat und in wessen Namen und auf wessen Rechnung die Tickets zu verkaufen sind.

Auch zukünftige gesetzliche Änderungen sollten in die Überlegungen einbezogen werden



04

Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe



Generelle Zulässigkeit

Generelle Zulässigkeit



- Inhouse-Vergaben sind Auftragserteilungen eines öffentlichen Auftraggebers an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts ohne Vergabeverfahren.
- Die Inhouse-Vergabe von Aufträgen zur Erbringung von Verkehrsdiensten mit Bussen und Straßenbahnen kann entweder nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 (sog. Direktvergabe) oder nach § 108 GWB erfolgen.
- Abgrenzungskriterium: Ausgestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Dienstleistungskonzession – das Betriebsrisiko muss hierzu beim Verkehrsunternehmen liegen
- Brutto-Verkehrsverträge stellen grundsätzlich Dienstleistungsaufträge dar (keine Übernahme des Betriebsrisikos) – Inhouse Vergabe nach § 108 GWB
- Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb bleibt grundsätzlich möglich; aber Verschärfte Anforderungen der Gerichte - Keine pauschale Lösung, sondern Zulässigkeit stets im Einzelfall zu prüfen



Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB

Kontrollkriterium



- Der öffentliche Auftraggeber muss über das EVU eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben. Eine solche Kontrolle liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen sowie die weiteren wichtigen Entscheidungen nehmen kann (z.B. durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge). Zur Feststellung sind die relevanten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Wesentlichkeitskriterium



- Im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370/2007 darf das EVU und jede Einheit, auf die es nur geringfügigen Einfluss nehmen kann, keine Personenbeförderungsdienste außerhalb des Zuständigkeitsgebiets des öffentlichen Auftraggebers ausführen, mit Ausnahme abgehender Linien.
- Nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80 % der Tätigkeiten der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen das EVU direkt betraut worden ist (grds. maßgeblich: Umsatz der letzten drei Jahre, siehe nächste Folie).

Direkte private Beteiligung als möglicher Ausschlussgrund



- Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) Satz 2 VO 1370/2007 sind direkte private Beteiligungen am Auftragnehmer zulässig („Zur Feststellung, dass eine Kontrolle [...] gegeben ist, [...] nicht zwingend erforderlich, dass die zuständige Behörde zu 100 % Eigentümer ist [...]").
- Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB darf keine direkte private Beteiligung am Auftragnehmer bestehen, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen und Formen ohne Sperrminorität, die durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.



Aktueller Stand der Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB (1/2)

OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.03.2020, Az. Verg 11/18:

Dem Kontrollkriterium bei Inhouse-Geschäften steht die Übertragung von Tarifaufgaben auf einen Zweckverband per se nicht entgegen:

- Überträgt ein öffentlicher Auftraggeber, der ÖPNV-AT ist, seine Aufgabe zur Bestimmung von Tarifen und Beförderungsbedingungen auf einen anderen ÖPNV-AT bedeutet dies nicht per se, dass der übertragende ÖPNV-AT das Kontrollkriterium der Inhouse-Vergabe nicht erfüllt. Entscheidend ist, dass wesentliche Kontroll- und Interventionsbefugnisse beim übertragenden ÖPNV-AT verbleiben (vgl. Rn. 66).

Dem Wesentlichkeitskriterium bei Inhouse-Geschäften steht nicht entgegen, dass der größte Teil der Umsätze des Auftragnehmers aus Fahrgeldeinnahmen stammt:

- Zur Bestimmung, ob 80 % der Tätigkeiten der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen das EVU direkt betraut wurde, ist grundsätzlich der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags heranzuziehen.
- Fahrgeldeinnahmen sind nicht als Drittumsätze zu werten, sondern beruhen auf dem Auftrag, des ÖPNV-AT, sodass sie den Gesamtumsätzen zuzuordnen sind. Sie werden nicht aufgrund einer eigenen unternehmerischen Entscheidung erzielt, sondern aufgrund der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers (vgl. Rn. 68).



Aktueller Stand der Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB (2/2)

OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.03.2020, Az. Verg 11/18:

Inhouse-Geschäfte scheitern nicht an möglichen kartellrechtlichen Hindernissen, auch wenn der ÖPNV-AT den ÖPNV-Markt beherrscht:

- Behauptete Verstöße gegen Kartellrecht sind im Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zu überprüfen, und zwar im Wege einer Inzidenzprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm. Vergaberechtliche Anknüpfungsnorm kann bei monopolähnlicher Stellung eines ÖPNV-AT auf dem ÖPNV-Markt der Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) sein. Wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung ist es jedoch ausgeschlossen, eine kartellrechtswidrige Ausnutzung dieser Stellung durch die beabsichtigte Inhouse-Vergabe anzunehmen, weil die rechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe vorliegen (vgl. Rn. 76).

Inhouse-Geschäfte scheitern nicht an einem Verstoß gegen das Gebot, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen zu berücksichtigen und Leistungen aufgeteilt nach Losen (§ 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB) zu vergeben:

- Das Gebot, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen zu berücksichtigen und Leistungen aufgeteilt nach Losen zu vergeben, findet keine Berücksichtigung weil es bei einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe gerade keine Anwendung findet (vgl. 78).



Steuerliche Aspekte

Inhouse-Vergaben bzw. Direktvergaben kommen bei Stadtwerke-Konzernen in der Regel in Betracht



- Der Auftraggeber, eine Kommune, ist Gesellschafter der Stadtwerke, welche den gewinnträchtigen Bereich der Versorgung mit den defizitären Bereich des Verkehrs im sogenannten steuerlichen Querverbund verrechnen.
- Der Ausgleich der Verluste aus dem Verkehrsbereich mit Versorgungsgewinne erfüllt den Tatbestand einer staatlichen Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die Beihilfe ist daher über einen öDA abzusichern.
- Sieht man bei einer Finanzierung des Verkehrs über den Querverbund das Erlösrisiko beim AT, so muss die Direktvergabe des öDA die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB einhalten.
- Hierfür müssen insbesondere die Umsätze des Verkehrsbereichs in eine von dem Versorgungsunternehmen getrennte Gesellschaft überführt werden.

Steuerliche Folgen



- Die Verkehrsgesellschaft und die Versorgungsgesellschaft müssen über eine ertragsteuerliche Organschaft verbunden sein. Hierfür ist der Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags (EAV) notwendig.
- Die Organschaft und damit der Querverbund sind nur möglich, wenn der EAV wirksam durchgeführt wird.
- Regelung des öDA – insbesondere der Überkompensationsregel – sind mit der Pflicht der Verlustübernahme im EAV in Einklang zu bringen.

Empfehlung



Zu Beginn eines Projekts der Inhouse-Vergabe sollte schwerpunktmäßig eine Prüfung und Herstellung der Zulässigkeit vorgenommen werden.



Dabei wäre zunächst zu klären, welche Auftragsform gewollt ist (Brutto- oder Netto-Verkehrsvertrag).



Des Weiteren wäre insbesondere zu prüfen, welche Kontrollmöglichkeiten ausgeschöpft und realisiert werden können, ob Kontrollmechanismen durch Beteiligungen ausgeschlossen sein können sowie ob Anforderungen des Wesentlichkeitskriteriums eingehalten werden können.



Die wesentlichen Erwägungen und Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe sollten stets in der Vergabeakte nachprüfbar dokumentiert werden. Ebenfalls muss in der Vergabeakte dokumentiert werden, aufgrund welcher Erwägungen sich der Auftraggeber gegen eine Ausschreibung ohne Vergabeverfahren ausgesprochen hat.



Unabhängig davon, welche Art der Inhouse-Vergabe vorliegt, ist aus Gründen der Rechtssicherheit eine Vorinformation über die beabsichtigte Inhouse Vergabe im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen, um etwaige Nachprüfungsanträge präkludieren zu können.



Ihre Ansprechpartner



Dr. Steffen Knepper

Partner

Rechtsanwalt

+49 211 6901-2303

steffen.knepper@bakertilly.de

Baker Tilly

Cecilienallee 6-7

40474 Düsseldorf

[bakertilly.de](https://www.bakertilly.de)



Enno Thönnies

Director

Rechtsanwalt, Steuerberater

+49 711 933046-444

enno.thoennes@bakertilly.de

Baker Tilly

Calwer Straße 7

70173 Stuttgart



Now, for tomorrow

Follow us:      

Baker Tilly
Cecilienallee 6-7, 40474 Düsseldorf
T +49 211 6901-0
info@bakertilly.de
www.bakertilly.de

