OrthKluth

VERMERK

Betreff: ÖPNV-Rettungsschirm Phase 2 - Rückwirkende Änderungsvereinbarungen

Verfasser: Alexander Falk, Dr. Michael Sitsen, Dr. Anselm Grün,

Datum: Montag, 24. August 2020

A. Fragestellung

Der ÖPNV-Rettungsschirm sieht in seiner Phase 2 vor, dass die Aufgabenträger, die im Zeitraum vom 01.09.2020 bis 31.12.2020 entstehenden Einnahmendefizit der Verkehrsunternehmen auf vertraglicher Grundlage ausgleichen. Soweit es sich um bestehende Dienstleistungsaufträge handelt, insbesondere sog. Netto-Verträge und sog. Brutto-Anreizverträge, sollen diese angepasst werden. Dabei ist die Frage aufgekommen, ob Einnahmendefizite für den vollen Zeitraum der Phase 2 nur dann ausgeglichen werden können, wenn entsprechende vertragliche Regelungen schon vor dem 01.09.2020 geändert werden, oder ob auch eine rückwirkende Änderungsvereinbarung aus zivil-, vergabe- und beihilfenrechtlicher Sicht möglich ist.

B. Ergebnis

Eine rückwirkende Vereinbarung ist jedenfalls dann möglich, wenn es sich um die Änderung eines bestehenden Dienstleistungsauftrags nach § 132 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 3 GWB und damit um eine kraft Gesetzes unwesentliche Änderung handelt.

Die im Zuge der Phase 2 vorgesehenen Änderungen bestehender Dienstleistungsaufträge werden im Regelfall die Voraussetzungen einer nach § 132 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 3 GWB zulässigen Änderung erfüllen.[1]

C. Rechtliche Würdigung

Die Änderung eines bestehenden Dienstleistungsauftrags ist auch rückwirkend zum 01.09.2020 möglich, wenn es sich um eine nach § 132 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 3 GWB zulässige und damit unwesentliche Änderung handelt

1. Zivilrechtlich zulässige Rückwirkung

Schuldrechtliche Verträge können im Rahmen der Vertragsfreiheit so vereinbart werden, dass sie zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt, der vor dem Vertragsschluss liegt,

---

[1] Vgl. *VDV*, u.a., Leitfaden zum Entwurf der Muster-Richtlinie der Bundesländer vom 13. August 2020 zum Ausgleich von Schäden im öffentlichen Personennahverkehr im Zusammenhangmit dem Ausbruch von COVID-19 (nachfolgend „*Leitfaden Schadensausgleichsrichtlinie*“), Stand 18.08.2020, Seite 17 ff.

Geltung erlangen oder Rechtsfolgen auslösen (sog. Rückwirkung).[2] Für ihre Zulässigkeit spielt es keine Rolle, ob die Rückwirkung auf der Grundlage einer im Vertrag enthaltenen Änderungsklausel, auf der Grundlage eines Anpassungsbegehrens nach § 313 BGB (Änderung der Geschäftsgrundlage)[3], einer ergänzenden Vertragsauslegung oder auf Basis einer separaten nachträglichen Einigung vereinbart wird.

2. Vergaberechtlich zulässige Rückwirkung

Vergaberechtlich ist eine rückwirkende Änderung ebenfalls zulässig. Das Vergaberecht enthält die Verfahrensregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Diese sind neben dem allgemeinen Zivilrecht anwendbar und begrenzen die Vertragsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber. Sofern und soweit das Vergaberecht die Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich hinsichtlich des Abschlusses rückwirkender Verträge begrenzt, verbleibt es daher bei der grundsätzlichen Zulässigkeit rückwirkender Verträge. Ein ausdrückliches Verbot des Abschlusses rückwirkender Verträge ist weder dem europäischen noch dem nationalen Vergabeverfahrensrecht[4] zu entnehmen.

Sofern dem Abschluss von Verträgen ein Vergabeverfahren oder eine Mitteilung nach § 134 Abs. 1 GWB voranzugehen hat, könnte daraus zwar mittelbar eine solche Begrenzung erwachsen. Wenn jedoch eine zulässige Direktvergabe bzw. eine zulässige Auftragsänderung stattfindet, bedarf es weder eines vorhergehenden Vergabeverfahrens noch einer Mitteilung nach § 134 Abs. 1 GWB. Mithin steht das Vergaberecht der rückwirkenden Änderung von Verträgen dann nicht entgegen, wenn es sich um nach § 132 GWB zulässige Auftragsänderungen handelt oder eine Direktvergabe sonst gesetzlich zugelassen ist. Vorliegend ist in Bezug auf die Phase 2 ganz überwiegend von einer zulässigen Auftragsänderung gemäß § 132 Abs. 1 GWB[5] oder jedenfalls gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB[6] auszugehen, so dass die Rückwirkung einer Vertragsanpassung keiner ergänzenden vergaberechtlichen Legitimation bedarf.

3. Sondervergaberecht der VO 1370/2007

Auch aus dem für den ÖPNV geltenden Sondervergaberecht der Verordnung VO 1370/2007 ergibt sich nichts anderes. Zwar enthält die VO 1370/2007 in ihrem Verfahrensteil (Art. 5 und Art. 7) keine Regelung, die Auftragsänderungen nach Vertragsschluss ausdrücklich zulässt. Es entspricht jedoch der Rechtsauffassung der Kommission in ihren Leitlinien zur VO 1370/2007, dass auch hier die Grundsätze zu zulässigen Auftragsänderungen uneingeschränkt anwendbar sind, die der EuGH in seiner pressetext-Entscheidung entwickelt hat und die im deutschen Recht in § 132 GWB kodifiziert sind.[7] Schließlich sind Änderungen auch nach Art. 5 Abs. 5 und Abs. 6

---

[2] *Rövekamp*, in: BeckOK BGB, BGB § 159 Rn. 6; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, BGB § 159 Rn. 5.

[3] Gemeinsame Handreichung des VM BaWü, des Städtetages, des Landkreistages, des VDV und des WBO zum Ausgleich coronabedingter Verluste nach Ablauf der Bundesrahmenregelung (Phase 2 des ÖPNV-Rettungsschirms), S. 2-3 (nachfolgend: "Handreichung Phase 2").

[4] RL 2014/24, RL 2014/25, GWB, VgV, SektVO.

[5] Da im Grunde der ursprünglich geschlossene Vertrag in einem hypothetischen Zustand ohne Covid-19 erhalten werden soll, Leitfaden Schadensausgleichsrichtlinie, Stand 18.08.2020, S. 17.

[6] Da die Änderungen aufgrund der nicht-vorhersehbaren Krise erforderlich geworden sind, vgl. Leitfaden Schadensausgleichsrichtlinie, Stand 18.08.2020, S. 18.

[7] Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, ABl. 2014 C 92

VO 1370/2007 als „Minus“ zu einer vollständigen Neuvergabe (argumentum a maiore ad minus[8]) zulässig.

4. Beihilfenrechtlich zulässige Rückwirkung

Auch gegen beihilfenrechtliche Vorschriften verstößt die in Phase 2 vorzunehmende Rückwirkung der nach § 132 GWB zulässigen Änderungsvereinbarung im Ergebnis nicht:

Ausgangspunkt der Betrachtung ist Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007. Danach sind Ausgleichleistungen im ÖPNV mit dem gemeinsamen Markt vereinbar und von der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht befreit, sofern die für ihre Gewährung in der VO 1370/2007 geregelten Voraussetzungen erfüllt werden.

Zwar besteht eine dieser Voraussetzungen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) i) VO 1370/2007 darin, dass vor Abschluss öffentlicher Dienstleistungsaufträge in objektiver und transparenter Weise *„die Parameter, anhand deren gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird“* aufgestellt werden. Wird diese Anforderung nicht erfüllt, besteht mithin nach Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007 eine beihilfenrechtliche Notifizierungspflicht.

Allerdings findet diese Vorschrift unmittelbar nur auf die (Erst-)Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags Anwendung, nicht auf seine spätere Anpassung. Denn die VO 1370/2007 enthält nach der Auffassung der EU-Kommission keine Regelung zur Änderung von Dienstleistungsaufträgen.[9] Aus diesem Grund sind auch nicht sämtliche Vorschriften der VO 1370/2007 (einschließlich Art. 4, 5 und 7) vor jeder Änderung eines bereits bestehenden Dienstleistungsauftrags zu beachten.[10]

Dieses Ergebnis wird auch durch Art. 6 Abs. 1 VO 1370/2007 bestätigt. Zwar verlangt diese Regelung zunächst vom Wortlaut, dass „jede“ Ausgleichsleistung den Anforderungen des Art. 4 entsprechen muss. Indem die Vorschrift aber sodann regelt, dass dies bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen *„unabhängig von den Vergabemodalitäten“* gilt, gibt sie zu erkennen, dass auch Art. 6 Abs. 1 VO 1370/2007 unmittelbar nur den Fall der Vergabe (und zwar unabhängig ob Direktvergabe oder wettbewerbliche Vergabe), und damit den Fall des erstmaligen Vertragsschlusses, und nicht den Fall der Änderung eines bereits vergebenen Dienstleistungsauftrags regelt.

Etwas anderes (nämlich Anwendung sämtlicher Vorschriften der VO 1370/2007, und damit auch des Art. 4) auch auf nachträgliche Vertragsanpassungen gilt nur im Fall einer wesentlichen Änderung des Vertrags. (Nur) eine solche ist entsprechend der Rechtsprechung des EuGH und auch der Rechtsauffassung der EU-Kommission der Neuvergabe gleichzustellen .[11] Ob eine Änderung wesentlich ist, beurteilt sich wiederum nach der im deutschen Recht in § 132 GWB kodifizierten Rechtsprechung des EuGH.

(nachfolgend: *„Auslegungsleitlinien VO 1370“*), S. 12 f. Ziff. 2.3.6. Ebenso: Leitfaden Schadensausgleichsrichtlinie, Stand 18.08.2020, S. 18 f.

[8] Linke, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 5 Rn. 240.

[9] Auslegungsleitlinien VO 1370, S. 12 f. Ziff. 2.3.6

[10] So aber Linke für Art. 4, freilich ohne Begründung und unter Verweis auf eine Entscheidung des BGH, in der es um die – hier nicht vergleichbare – Situation der nachträglichen Heilung eines von Anfang nicht ordnungsgemäß zustande gekommenen Betrauungsaktes geht, vgl. Linke, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 4 Rn. 23a.

[11] Auslegungsleitlinien VO 1370, S. 12 f. Ziff. 2.3.6.

Da die rückwirkende Anpassung der Verkehrsverträge hier in Phase 2 unter § 132 Abs. 1 GWB bzw. § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB fällt (siehe oben unter 2), stellt sie auch keine wesentliche Vertragsanpassung im Sinne der VO 1370/2007 dar, so dass es einer vorherigen Bekanntmachung der Anpassung nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) i) VO 1370/2007 nicht bedarf.

***