

<b>Beschlussvorlage</b>		
<b>- öffentlich -</b>		
<b>Organisation</b>	<b>Bereich/Periode/Jahr/Lfd. Nr./Nachtrag</b>	<b>lfd. Nr. BPL</b>
<b>AöR</b>	<b>F/R/VIII/2011/0145</b>	

<b>Beratungsfolge</b>	<b>Sitzungstermin</b>	<b>Zuständigkeiten</b>
Verwaltungsrat der VRR AöR	20.01.2011	Entscheidung

<b>Datum: 17.01.2011</b>
--------------------------

<b>Betreff</b>
Finanzlage im SPNV

<b>Beschlussvorschlag</b>
Kenntnisnahme

<b>Sachstandsbericht</b>
<p><b>1. Teil: Sachverhalt</b></p> <p>Am 19.12.2008 hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen in erster Instanz das Urteil im Rechtsstreit DB Regio NRW (nachfolgend: DB) GmbH gegen VRR AöR (nachfolgend: der VRR) gesprochen. Darin wird der VRR zur Zahlung von rund 112,5 Mio. € verurteilt. Die Kosten des Verfahrens wurden dem VRR auferlegt und das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % für vorläufig vollstreckbar erklärt worden. Der VRR hat das Recht die</p>

Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in gleicher Höhe abzuwenden.

Mit dem in der Zwischenzeit angefallenen Rückstand für Dezember 2008 führt das insgesamt zu einem Anspruch der DB auf ca. 120 Mio. €.

Gegen dieses Urteil des VG Gelsenkirchen hat der VRR unverzüglich Berufung zum OVG Münster eingelegt. Wegen der inzwischen durchgeführten Vergleichsverhandlungen ruht zurzeit das Berufungsverfahren.

Unmittelbar im Anschluss an das Urteil wurden auf Initiative des Landes NRW Vergleichsgespräche aufgenommen. In den darauf folgenden Vergleichsverhandlungen zwischen DB und VRR unter Begleitung, teilweise unter Federführung des Landes konnte eine vergleichsweise außergerichtliche Einigung erzielt werden.

Diesem Vergleichsvertrag hat der Verwaltungsrat am 11.11.2009 zugestimmt. Bestandteil dieser vergleichweisen Einigung ist auch eine Regelung über die noch offene Zahlungsverpflichtung des VRR. Danach werden etwaige Ansprüche von VRR und DB bis 2008 aus und im Zusammenhang mit dem Verkehrsvertrag 2004 gegeneinander aufgerechnet. Die nach dieser Aufrechnung noch verbleibenden Ansprüche werden auf insgesamt 100 Mio. € festgelegt. Von diesem Betrag hat der VRR in 2009, Mitte Juli, 77,1 Mio. € zzgl. Zinsen an die DB gezahlt. Darüber hinaus hat sich der VRR verpflichtet, den Restbetrag von 22,9 Mio. € nebst Zinsen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu zahlen. Diese Zahlung war abhängig von den zusätzlichen Zuwendungsmitteln des Landes. Diese Zahlung ist zwischenzeitlich auch erfolgt.

Der Abschluss dieses Vergleichsvertrages wurde am 09.12.2009 europaweit veröffentlicht. Gegen diesen Vertrag hat das Eisenbahnverkehrsunternehmen Abellio Rail NRW GmbH (nachfolgend: Abellio) ein Nachprüfungsverfahren angestrengt. Die Vergabekammer Münster hat im Sinne des Antrags von Abellio entschieden und den Vergleichsvertrag für unwirksam erklärt. Gegen diese Entscheidung der VK Münster haben alle Verfahrensbeteiligten die sofortige Beschwerde beim OLG in Düsseldorf erhoben.

Das OLG Düsseldorf ist im Grundsatz der VK Münster gefolgt und hätte einen ähnlichen Beschluss gefasst, wenn es nicht eine abweichende Rechtsprechung in einem vergleichbaren Fall gegeben hätte. So hat das OLG Brandenburg die Direktvergabe eines SPNV-Vertrages für möglich gehalten. Da das OLG Düsseldorf von diesem Beschluss des OLG Brandenburg abweichen wollte, musste das OLG Düsseldorf den Rechtsstreit dem Bundesgerichtshof im

Wege einer Divergenzvorlage zur Entscheidung vorlegen.

Zwischenzeitlich haben offensichtlich Vergleichsgespräche zwischen DB und Abellio stattgefunden. Am 02.12.2010 wurde der VRR von der DB um Zustimmung zu der Vergabe einer Subunternehmerleistung auf den Linien S 5 und S 8 an Abellio gebeten. Der VRR war bereit, diese Zustimmung zu erteilen, wenn die DB alle vergabe- bzw. kartellrechtlichen Risiken aus dieser Subunternehmervergabe übernommen hätte.

Gegen diese Subunternehmervergabe hat allerdings das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 02.12.2010 kartellrechtliche Einwände erhoben. Insbesondere beruft sich die 9. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts auf einen möglichen Verstoß gegen § 1 GWB sowie Art. 101 AEUV (Abkauf von Wettbewerb), so dass bis zum Termin der mündlichen Verhandlung beim BGH eine außergerichtliche Einigung zwischen den drei Verfahrensbeteiligten nicht zustande gekommen ist.

Die mündliche Verhandlung vor dem X. Zivilsenat des BGH in Karlsruhe fand am 07.12.2010 statt. Auf gemeinsamen Antrag der Parteien hat der BGH den Verfahrensbeteiligten eine Frist bis zum 25.01.2011 gesetzt, um noch eine außergerichtliche Einigung zu erzielen. Sollte bis zum 25.01.2011 der Nachprüfungsantrag nicht zurückgenommen sein, wird der BGH am 08.02.2011 seinen Beschluss in diesem Rechtsstreit verkünden.

Im Nachgang zu der mündlichen Verhandlung vor dem BGH und den Gesprächen zu einer außergerichtlichen Einigung hat der Verwaltungsrat des VRR am 10.12.2010 u.a. folgenden Beschluss gefasst:

*„ 1. Der Verwaltungsrat der VRR AöR begrüßt eine wie vor dem BGH am 07.12.2010 skizzierte vergleichsweise Regelung, einschließlich einer verbesserten Wettbewerbssituation. Voraussetzung ist allerdings, dass ein geeigneter Nachunternehmer in einem geordneten Verfahren unter Beratung durch das Kartellamt beauftragt wird.“*

Die drei Verfahrensbeteiligten DB, Abellio und VRR haben zwischenzeitlich Gespräche mit dem Bundeskartellamt geführt. Auf dieser Grundlage hat das Bundeskartellamt den Beteiligten mit Schreiben vom 14.01.2011 seine Auffassung zu den Möglichkeiten einer außergerichtlichen Beilegung des Rechtsstreits mitgeteilt.

Der VRR wird in Umsetzung des Beschlusses des Verwaltungsrates vom 10.12.2010 das

Schreiben des Bundeskartellamtes genauestens prüfen und analysieren. Der VRR hat hierzu die insbesondere im Kartellrecht renommierte Großkanzlei Linklaters beauftragt. Die abschließende Einschätzung von Linklaters wird im Rahmen der Sitzung des Verwaltungsrates am 20.01.2011 vorgestellt.

Zwischenzeitlich haben mehrere Gebietskörperschaften auf Grund dieser sehr komplexen, viele Rechtsgebiete tangierenden Rechtslage um Auskunft gebeten, wie sich der finanzielle und rechtliche Status des VRR aktuell und mittelfristig darstellt. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die einzelnen Szenarien mit ihren finanziellen und rechtlichen Auswirkungen dargestellt.

## **2. Teil: Auswirkungen**

Zu unterscheiden sind zunächst zwei grundsätzliche Varianten:

Eine außergerichtliche Einigung kommt zustande oder eine außergerichtliche Einigung kommt nicht zustande.

### **A. Einigung kommt zustande**

Im Falle einer Einigung ergeben sich folgende Konsequenzen:

- a) Der Nachprüfungsantrag wird zurückgezogen. Der Beschluss des BGH wird nicht verkündet. Der Vergaberechtsstreit Abellio / VRR ist beendet. Die Kosten trägt Abellio. Ein möglicher Verstoß gegen das Vergaberecht durch den VRR kann dann nicht mehr geltend gemacht werden.
- b) Der Vergleichsvertrag zwischen dem VRR und der DB ist wirksam.
- c) Der im Vertrag festgelegte Ausschreibungsfahrplan ist umzusetzen.
- d) Es greifen die im Vergleichsvertrag vereinbarten finanziellen Mechanismen:
  - Der VRR kann den vereinbarten Anrechnungsbetrag in Höhe von 172 Mio. € über 15 Jahre nach den vertraglichen Regelungen für sich nutzen.
  - Der VRR kann die vertraglichen Ansprüche aus dem sogenannten Kick-Back-Modell gegen die DB für sich nutzen.
  - Unter Berücksichtigung der in der Vergangenheit wiederholt vorgestellten Hoch-

rechnungsansätze in den Bereichen Energie-, Infrastruktur- und Erlösentwicklung verbleibt ein finanzielles Risiko (zusätzlich zur SPNV-Umlage) in Höhe von maximal ca. 8 Mio. € jährlich.

- e) Weiter ungeklärt und damit noch offen bleibt die Frage, ob hier unzulässige Beihilfen gezahlt wurden. Diese Frage wird von der EU Kommission auf der Grundlage der Beihilfebeschwerde von mofair geklärt.

## **B. Einigung kommt nicht zustande**

Im Fall des Nichtzustandekommens einer Einigung wird der BGH am 08.02.2011 einen Beschluss im Nachprüfungsverfahren Abellio gegen VRR verkünden. Hier gibt es nach den Eindrücken aus der mündlichen Verhandlung folgende 3 Möglichkeiten:

1. Der BGH weist den Nachprüfungsantrag zurück, d.h. der VRR obsiegt.
2. Der BGH gibt dem Nachprüfungsantrag statt, d.h. Abellio obsiegt.
3. Der BGH gibt dem Nachprüfungsantrag nur teilweise statt, d.h. nur bezogen auf die von Abellio beantragte Unwirksamkeit des Vertrages bezüglich der Linien S 5 und S 8.

### **Im Einzelnen:**

#### **Zu 1.:**

Weist der BGH den Nachprüfungsantrag zurück, ist der Vergleichsvertrag zwischen DB und VRR vom 24.11.2009 wirksam. Abellio hat dann den Rechtsstreit verloren und muss sämtliche Kosten tragen. Im Übrigen greifen die gleichen Konsequenzen und Auswirkungen wie oben unter **A.** dargestellt.

#### **Zu 2.:**

Gibt der BGH dem Nachprüfungsantrag vollumfänglich statt, ist der Vergleichsvertrag zwischen DB und VRR vom 24.11.2009 unwirksam. DB und VRR fallen dann zurück auf den Status quo ante, das heißt auf die Rechtslage, wie sie nach dem Urteil des VG Gelsenkirchen bestand:

- a) DB und VRR werden dann im Sinne des Vergleichsvertrages neue Verhandlungen zur vergleichsweisen Einigung aufnehmen. Kapitel 3 § 3 Abs. 2 des Vergleichsvertra-

ges lautet wie folgt:

*„Wenn und soweit es nicht gelingt, Angriffe Dritter erfolgreich abzuwenden, werden die Parteien die Übereinkunft so ändern, dass der Rechtsverstoß ausgeräumt und die Wirtschaftlichkeit der Übereinkunft möglichst gewahrt wird. Sollte dies aus Rechtsgründen notwendig sein, schließt dies die Bestätigung der Übereinkunft und / oder deren vollständigen oder teilweise Neuabschluss ein, gegebenenfalls auch für einzelne Zeitabschnitte.“*

- b) Die gegen das Urteil des VG Gelsenkirchen bereits eingelegte Berufung ist dann gegebenenfalls fortzuführen.
- c) Die unterschiedlichen Standpunkte von DB und VRR zum Altvertrag leben wieder auf:
- Der VRR steht auf dem Standpunkt, der Altvertrag beinhaltet unzulässige Beihilfen und ist deshalb wegen Verstoßes gegen das europäische Beihilferecht nach § 134 BGB nichtig. Zahlungsansprüche der DB auf der Grundlage des Altvertrages bestehen deshalb nicht. Grundlage für die Zahlung an die DB ist vielmehr ausschließlich die Auferlegung vom 13.06.2008 in der jeweils geltenden Fassung.
  - Die DB steht auf dem Standpunkt, der Altvertrag ist wirksam und die DB hat Anspruch auf Zahlungen des Bestellerentgelts gegen den VRR in der im Altvertrag festgelegten Höhe.
- d) Infolge des Urteilstenors vom 19.12.2008 hat die DB gegen den VRR einen Anspruch auf Zahlungen von ca. 120 Mio. € plus Zinsen. Auf der Grundlage des Vergleichsvertrages wurden der DB 100 Mio. € überwiesen. Somit hat die DB grundsätzlich noch einen Anspruch auf weitere 20 Mio. €. Sollte die DB die Vollstreckung dieser 20 Mio. € nach geleisteter Sicherheitsleistung betreiben, kann der VRR diese Vollstreckung durch ebenfalls Sicherheitsleistungen, z.B. durch eine Bankbürgschaft, abwenden. Zudem steht dem Anspruch der DB ein Anspruch des VRR aus der Abrechnung der Jahre 2004 - 2009 (z.B. Ansprüche aus Schlecht- und Nichtleistungen) entgegen. Die Zahlungsansprüche der DB bis einschließlich 2009 sind damit befriedigt. Ein Liquiditätsbedarf bis zu diesem Zeitpunkt besteht nicht.
- e) Für den Zeitraum ab 2009 wird die DB weiter den Standpunkt vertreten, der Altvertrag sei wirksam. Im Sinne einer Worst-Case-Betrachtung ist deshalb der Finanzstatus des VRR unter diesem Gesichtspunkt zu bewerten.
- f) Das Land hat angekündigt, im Falle der Unwirksamkeit des Vergleichsvertrages die bereits ausgezahlten, zusätzlich zu § 11 Abs. 1 ÖPNVG NRW auf der Grundlage des

besonderen Zuwendungsbescheides gewährten Mittel (45 Mio. €) zurückzufordern und die darüber hinaus zur Finanzierung des SPNV in Aussicht gestellten Mittel in Höhe von 122 Mio. € bis 2023 nicht mehr ausbezahlen. Auch diese Ankündigung ist bei dieser Betrachtung der finanziellen und juristischen Auswirkungen für den VRR zu berücksichtigen.

**Zu 3.:**

Nach dem Verlauf der mündlichen Verhandlung und den Berichten und Einschätzungen von Anwesenden ist es nicht ausgeschlossen, dass der BGH dem Nachprüfungsantrag nur teilweise stattgibt und den Vergleichsvertrag ausschließlich bezogen auf die Linien S 5 und S 8 für unwirksam erklärt.

Der Vorsitzende der X. Zivilsenats beim BGH hat in der mündlichen Verhandlung am 07.12.2010 ausgeführt, dass Streitgegenstand der Änderungsvertrag vom 24.11.2009 sei und dass das Interesse von Abellio sich auf die Ausschreibungslinien S 5 und S 8 beschränke. Zu einer näheren Betrachtung der von Abellio gestellten Anträge ist es insbesondere deswegen gekommen, weil Abellio ihren ursprünglichen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer Münster zunächst auf die S 5 bzw., dann noch zusätzlich auf die S 8 beschränkt hatte. Den vor der Vergabekammer in Münster noch gestellten Hilfsantrag, die Unwirksamkeit des Gesamtvertrages festzustellen, hat Abellio im Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf dann als Hauptantrag gestellt.

Vor dem Hintergrund der Antragstellung und auf Grund der Ausführungen des Vorsitzenden ist es nicht ausgeschlossen, dass auch eine Entscheidung des BGH mit folgendem Inhalt getroffen wird:

- Das Gericht stellt fest, dass der am 24.11.2009 geschlossene Änderungsvertrag bezüglich der Linien S 5 und S 8 von Anfang an unwirksam ist und
- im Übrigen bleibt der Änderungsvertrag vom 24.11.2009 wirksam.

Diese Konstellation führt zu folgenden Konsequenzen:

- a) Der Vertrag ist für alle SPNV-Linien außer für S 5 und S 8- wirksam (möglicherweise zwar rechtswidrig, aber nicht mehr angreifbar).
- b) Der Vertrag ist in Bezug auf die Linien S 5 und S 8 unwirksam und damit nichtig. Die

Linien S 5 und S 8 müssen dann schnellstmöglich im Wettbewerb vergeben werden.

- c) Eine vorzeitige Ausschreibung ermöglicht dem VRR vorgezogene Ausschreibungsgewinne.
- d) Im Übrigen bleibt der Vergleichsvertrag in Kraft und es greifen die vertraglich festgelegten finanziellen Mechanismen.

## **C. Finanzieller Status des VRR**

### **I. Zu A. und B. 1.: Vergleichsvertrag ist wirksam**

Bleibt der Vergleichsvertrag in Kraft, ergeben sich keine Änderungen am finanziellen Status, den der VRR anlässlich der Beschlussfassung zum Vergleichsvertrag bereits mitgeteilt hat.

Mit der Einigung über den Änderungsvertrag hat das Land NRW Zuwendungen in Höhe von 45 Mio. € an den VRR ausgezahlt. Zusammen mit den vom VRR einbehaltenen Mitteln (ca. 77 Mio. €) wurde der Anspruch der DB bis zum 31.12.2008 (pauschal 100 Mio. €) bedient. Mit den verbliebenen ca. 22 Mio. € wurde ein Großteil des erwarteten Defizits 2009 gedeckt. Die Höhe der Zuwendung war so bemessen, dass die Kommunen im VRR auf keinen Fall mit zusätzlichen Belastungen rechnen mussten. *(Ergänzender Hinweis: Die 45 Mio. € werden auf die vom Land bis 2023 in Aussicht gestellten 167 Mio. € angerechnet.)*

Da unter anderem die tatsächliche Kostenentwicklung in 2009 für den VRR positiver verlaufen ist als erwartet, konnte mit den Zuwendungen des Landes auch das Jahr 2009 auskömmlich finanziert werden, ohne die vertraglich festgelegten Anrechnungsbeträge der DB in Anspruch nehmen zu müssen.

Der Vergleichsvertrag mit der DB ist so angelegt, dass die Berechnung des vertraglichen Grundanspruches sowohl für den Altvertrag als auch für den Neuvertrag nahezu identisch ist. Der Unterschied zwischen den Verträgen besteht in der Möglichkeit, beim Vergleichsvertrag Anrechnungsbeträge (Rabatte) in Ansatz zu bringen. Von dem ermittelten Anspruch der DB kann jährlich ein Betrag von ca. 11,5 Mio. € (Beitrag der DB = 172 Mio. € / 15 Jahre) als vertraglich feststehender Wert vom Zahlungsanspruch abgezogen werden. Darüber hinaus kann der VRR unter bestimmten Voraussetzungen Einnahmenanteile (sogenanntes Kick-Back-Modell) gegenrechnen. Werden die Anrechnungsbeträge vom VRR nicht oder nur teilweise im Anspruch genommen, erhöht sich im Folgejahr der Anrechnungsbetrag um den nicht in Anspruch genommenen Teil (Übertrag). Diese Vorgehensweise ermöglicht es dem

VRR, auf Kostenschwankungen in Folgejahren variabel reagieren zu können.

Das Kick-Back-Modell kann wie folgt beschrieben werden: Im Vergleichsvertrag sind die tatsächlichen Einnahmen je Linie für das Jahr 2008 festgeschrieben. Dieser Betrag wird jährlich um 2,75 % fortgeschrieben und mit den tatsächlichen Einnahmen pro Jahr gegenübergestellt. Alle Einnahmen, die über der Fortschreibung liegen, (also Steigerung über 2,75 %), werden zwischen der DB und VRR hälftig geteilt.

Für den finanziellen Status des VRR im Rahmen des Vergleichsvertrages verbleiben zwei relevante Risiken: Die Infrastrukturkostenentwicklung und die Energiekostenentwicklung. Beide Risiken werden in voller Höhe durch den VRR getragen, wobei beim Energiekostenrisiko ein wie auch immer gearteter Zusammenhang zu den Fahrgelderlösen besteht und entsprechend die Zahlungen an den VRR aus dem Kick-Back-Modell steigen dürften.

Wie im Eckpunktepapier zwischen Land, DB und VRR und im Vergleichsvertrag vereinbart, kann es zu einer Erhöhung der SPNV- Umlage um weitere 8 Mio. € kommen. Im Rahmen der Hochrechnungen und Annahmen zur Entwicklung des Vergleichsvertrages bis 2023 wurden Annahmen getroffen, die den Schluss zulassen, dass diese Risiken durch die Erhöhung der SPNV-Umlage um 8 Mio. € komplett aufgefangen werden können.

## **II. Zu B 2: Vergleichsvertrag ist unwirksam**

Entscheidet der BGH, dass der Vergleichsvertrag unwirksam ist, werden an dieser Stelle die im Rahmen eines Worst-Case-Szenarios die finanziellen Auswirkungen aus dem Altvertrag bewertet.

### **1. 2009 / 2010**

Die Jahre bis einschließlich 2009 sind zu 100 % über alle Verkehrsverträge ausfinanziert. Offen bleibt gedanklich nur der Differenzbetrag zwischen den an die DB ausgezahlten 100 Mio. € und dem Tenor des VG Gelsenkirchen. Dies wären wie oben dargestellt etwa 20 Mio. €. Diese kann die DB theoretisch vollstrecken, der VRR kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistungen abwenden. Darüber hinaus kann der VRR Ansprüche an die DB aus Ist-Abrechnungen der Jahre 2004-2009 in einer ähnlichen Größenordnung gegenrechnen.

Für das Jahr 2010 beträgt das vorläufige Defizit ca. 30 Mio. €. Ursprünglich war geplant, diese 30 Mio. € durch 10 Mio. € zusätzliche Zuwendungen des Landes und

weitere 10 Mio. € über Anrechnungsbeträge der DB abzudecken. Der verbleibende Rest (ca. 10 Mio. €) bezieht sich auf sonstige vertragliche Risiken über alle Verkehrsverträge (z.B. Nachzahlung Infrastrukturkosten). Für den Jahresabschluss 2010 sind nach Rücksprachen mit den Wirtschaftsprüfern entsprechende Rückstellungen vorgesehen, die z.B. aus periodenfremden Abrechnungen der Einnahmenaufteilung gedeckt werden können und derzeit kein finanzielles Risiko darstellen.

Somit bleibt für das Jahr 2010 im Falle der Unwirksamkeit des Vergleichsvertrages ein finanzielles Risiko von ca. 20 Mio. €, die aber erst im Jahre 2011 liquiditätswirksam werden.

## **2. Ausblick 2011 ff**

Auf Basis des Altvertrages müsste danach mit einer finanziellen Unterdeckung von ca. 25 Mio. € für 2011 gerechnet werden. In den Folgejahren ab 2012 würde sich nach heutiger Erkenntnis das Defizit sukzessive auf ca. 34 Mio. € im Jahr 2016 erhöhen. Dabei ist eine Energiekostenentwicklung von durchschnittlich 6 % p.a. unterstellt. Bei ca. 8 % Energiekostensteigerung p.a. erhöht sich das Risiko zusätzlich sukzessive um durchschnittlich rund 6 Mio. € p.a.. (Zeitraumen 2011-2016 einschließlich Zinseszinsseffekt). Das Kick-Back-Modell greift im Falle des Altvertrages bekanntlich nicht und kann diese Effekte somit nicht abmildern.

Eine teilweise Entlastung könnte durch das neue Stationspreissystem der DB Station & Service AG eintreten. Anstelle der erwarteten Mehrkosten sind für den VRR 2011 geringere Kosten zu erwarten. Über die genaue Höhe kann noch keine Aussage getroffen werden. Die Auswertungen der finanziellen Auswirkung weichen noch deutlich voneinander ab. So gehen Berechnungen der DB Station und Service von einer Entlastung für den VRR in Höhe von ca. 7 Mio. € p.a. aus, während der VRR von einer Entlastung in Höhe von 2,6 Mio. € p.a. ausgeht.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass für das Jahr 2011 ein vertragliches Risiko von ca. 25 Mio. € besteht, das allerdings erst teilweise in 2012 liquiditätswirksam werden könnte.

## **3. Wirksamkeit des Altvertrages**

Es handelt sich hierbei um eine Worst-Case-Szenario-Betrachtung auf Basis des Altvertrages. Ob der Altvertrag wirksam ist, ist noch nicht entschieden. Vor diesem Hintergrund muss man davon ausgehen, dass diese Beträge erst dann fällig werden,

wenn höchstrichterlich entschieden ist, dass der Altvertrag keine unzulässigen Beihilfen enthält.

### **III. Zu B. 3.: Vergleichsvertrag ist bezogen auf S 5 / S 8 unwirksam**

In diesem Fall sind die S-Bahnlinien S 5 und S 8 unverzüglich auszuschreiben.

Eine Ausschreibung bietet die Chance auf Ausschreibungsgewinne.

S 5 und S 8 haben ca. 3,6 Mio. Zkm (21 % der Gesamtzugkilometer S-Bahn im DB-Vertrag). Nach aktuellen Erkenntnissen sind die Linien S5/S8 auf jeden Fall mit einem Wettbewerbsgewinn in den Wettbewerb zu überführen

### **D. Mögliche Rückforderung der bereits ausgezahlten zusätzlichen Zuwendungsbeiträge**

Das Land hat angekündigt, im Falle einer Unwirksamkeit des Vergleichsvertrages die bereits auf der Grundlage des besonderen Zuwendungsbescheids ausgezahlten Zuwendungsmittel (45 Mio. €) zurückzufordern. Voraussetzung dafür ist, dass dieser Zuwendungsbescheid wirksam widerrufen bzw. zurückgenommen werden kann.

Eine sofortige Verpflichtung zur Rückzahlung bereits ausgezahlter Mittel ist nicht zu befürchten. Der gegen einen Widerrufsbescheid statthafte Rechtsbehelf, - die Anfechtungsklage - entfaltet gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Danach wäre ein Widerrufs- bzw. Rückforderungsbescheid erst im Anschluss an eine nach umfassender und abschließender gerichtlicher Prüfung in letzter Instanz getroffenen Entscheidung, die über dies zu Gunsten der Bewilligungsbehörde ausfallen müsste, vollziehbar.

Die im Zuwendungsbescheid vom 16.12.2009 bewilligten Mittel in Höhe von 45 Mio. € sind für folgende Zuwendungszweck bestimmt:

*„Die Zuwendung ist zur Sicherstellung ihrer Funktionsfähigkeit in 2009 als Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs bestimmt. Sie sind daher zur Erfüllung ihrer anderweitig finanziellen nicht gedeckten Verpflichtungen 2009 aus der Einigung zwischen ihnen und der DB Regio NRW GmbH durch den „ Vertrag zur außergerichtlichen Beilegung einiger Rechtsstreitigkeit und zur Verbesserung des SPNV im Zuständigkeitsbereich des VRR vom 24.11. zu verwenden.“*

Der Betrag kann vor diesem Hintergrund nur dann zurückgefordert werden, wenn der Verwendungszweck nicht beachtet wurde.

Auch war das Land in alle Verhandlungen zur vergleichweisen Beilegung des Rechtsstreites zwischen DB und VRR eingebunden. Das hat der Parlamentarische Staatssekretär Becker in seiner Stellungnahme vor dem Verkehrsausschuss selbst bestätigt. Deshalb war das Land ständig über die Risiken, die sich aus der gewählten Art der Vergabe des Vergleichsvertrages mit der DB ergeben, informiert. An allen Gesprächen über die vergabe- und beihilferechtlichen Risiken des Vertrages war das Land beteiligt. Darüber hinaus hat der VRR das Land in mehreren Schreiben auf die rechtlichen Risiken hingewiesen.

Mit Beschluss vom 05.10.2010 hat das OLG Düsseldorf in einem vergleichbaren Sachverhalt folgendes entschieden:

*Ausschlaggebend für die Rückforderung von Fördermitteln sei, ob der öffentliche Auftraggeber als Fördermittelempfänger davon ausgehen durfte, seine Vergabeentscheidung sei richtig. Stellt sich die vergaberechtliche Beurteilung zumindest als diskussionswürdig dar, dürfe sie dem Fördermittelgeber nicht als schwerer Vergaberechtsverstoß zur Last gelegt werden. Zudem sei eine Rückforderung von Fördermitteln ausgeschlossen, wenn der Fördermittelgeber von dem Vergaberechtsverstoß Kenntnis hatte und dennoch die Fördermittel gewährte.*

Damit stützt das OLG Düsseldorf die Auffassung des VG Potsdam, wonach nur schwere Vergaberechtsverstöße fördermittelrechtlich relevant sind. Dem öffentlichen Auftraggeber stehe bei seiner Vergabeentscheidung ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu.

Eine Rückforderung von der Zuwendung in Höhe von 45 Mio. € würde den Zweckverband VRR als Gewährträger der VRR AöR direkt belasten. Dementsprechend müssten die Verbandsmitglieder, also die kommunalen Gebietskörperschaften im VRR, diesen Betrag über die SPNV-Umlage aufbringen. Da sich die neue Landesregierung im Rahmen der Koalitionsvereinbarung gerade die Unterstützung der finanzschwachen Kommunen und eine Rückführung derer finanzieller Belastungen auf die Fahnen geschrieben hat, dürfte eine Rückforderung eines solchen Betrages diese Koalitionsvereinbarung konterkarieren.

Darüber hinaus hat der VRR die Möglichkeit, einen großen Teil der 45 Mio. € durch Leistungsreduzierungen zu refinanzieren, welches wiederum nicht im Interesse des Landes und

erst recht nicht im Interesse des VRR liegt.

Als weitere Konsequenz aus einer Rückforderung wäre es dann wohl erforderlich, das Berufungsverfahren vor dem OVG Münster unverzüglich zu betreiben. Denn nur in einem schnellen Erfolg in der 2. Instanz bestünde die Chance, die kommunalen Haushalte vor einer weiteren Belastung zu schützen, es sei denn, die DB wäre bereit, auf die 45 Mio. € zu verzichten und diese zurückzuzahlen, wovon zur Zeit wohl nicht auszugehen ist.

### **E. Tarifharmonisierung VRR/VGN**

Die Tarifharmonisierung VRR / VGN führt ab 2012 zu Mindereinnahmen im SPNV in einer Größenordnung von 2-3 Mio. € p.a. Bis 2016 werden diese Mindereinnahmen durch die Mittel des ehemaligen NVN, Beteiligung der Kreise Wesel und Kleve und durch Mehreinnahmen der Busunternehmen im VGN-Raum ausgeglichen.

Die Tarifharmonisierung zwischen VRR und VGN ist nicht nur aus Kundensicht ein wichtiger und richtiger Schritt, trotz der erwarteten Mindereinnahmen im SPNV. Für einen Zeitraum von 5 Jahren werden die Mindereinnahmen aus Finanzierungsquellen ausgeglichen, die den VRR nicht belasten. Wenn in der Zeit bis 2016 keine geeigneten tariflichen Maßnahmen getroffen werden, um die Lücke von 2-3 Mio. € p.a. zu schließen, gehen die fehlenden Mittel zu Lasten der Gesamtfinanzierung des SPNV im VRR.

Um dieser Entwicklung entgegenzusteuern, bietet sich an, zeitnah über die Einführung einer verbundweit gültigen 5. Preisstufe im VRR nachzudenken. In 2011 und 2012 gibt es eine Vielzahl quantitativer und qualitativer Maßnahmen, die einen solchen Schritt rechtfertigen würden: Es findet eine räumliche Ausdehnung des Verbundgebietes statt, mit dem RE-Konzept wird das Leistungsangebot erhöht, es werden höhere Kapazitäten angeboten (5. bzw. 6. Wagen) und es kommen viele modernisierte Doppelstockwagen (RE-Design) zum Einsatz.

Wenn der Weg zu einer verbundweiten 5. Preisstufe zum Ausgleich von Mindereinnahmen gegangen werden sollte, dann wäre argumentativ 2012 der richtige Zeitpunkt. Nach den ersten Einschätzungen ließen sich die Mindereinnahme je nach konkreter Ausgestaltung der Preise mehr als kompensieren. Insbesondere unter perspektivischen Entwicklungsmöglichkeiten und vor dem Hintergrund des oben skizzierten Kick-Back-Modells sollte dieses Thema diskutiert werden.

## **F. Revision des ÖPNVG NRW**

Die Revision des ÖPNVG NRW soll spätestens zum 31.12.2012 mit Rückwirkung zum 01.01.2011 zum Abschluss gebracht werden.

Hat der Vergleichsvertrag mit der DB Bestand, kann man davon ausgehen, dass die Zusage des Landes aus dem Eckpunktepapier eingehalten werden und der VRR zumindest mittelfristig auskömmlich finanziert ist, wobei die Aussage des Landes weiterhin im Raum steht, der VRR müsste ca. 8 Mio. € an der SPNV-Finanzierung selbst erbringen, und zwar über die heutige SPNV-Umlage hinaus.

Rückwirkend auf den 01.01.2011 bezogen, würden in 2013 vom VRR 24 Mio. € (3 Jahre x je 8 Mio. €) aufzubringen sein. Durch die zum Teil nicht in Anspruch genommenen Anrechnungsbeträge der DB aus den Jahren 2009-2011, einschließlich möglicher Kick-Back-Zahlungen könnte der Betrag nahezu aufgefangen werden. Wie der dann ständig bestehende Fehlbetrag von 8 Mio. € p.a. zukünftig ausgeglichen werden soll, ist dann zeitnah zu klären.

Hat der Vergleichsvertrag mit der DB kein Bestand, ist eine Bewertung ungleich schwieriger. Weder kann eine Aussage darüber getroffen werden, ob das Land weiterhin zusätzliche Mittel bereitstellt (insgesamt 167 Mio. € bis 2023), noch auf welcher Basis die Gutachter des Landes überhaupt den Finanzbedarf für die von der DB erbrachten Leistungen bestimmen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Vertragsparteien zunächst bemüht wären, im Rahmen des ihnen durch den BGH Beschluss aufgezeigten Rahmens, ein neues Verhandlungsergebnis zu erzielen. In dieser Verhandlungsphase wird nicht mit einer Entscheidung seitens des Landes gerechnet, die die Finanzsituation gegenüber dem heutigen Stand grundlegend verschlechtert.

Für den Fall, dass die Revision ergibt, dass im VRR nicht ausreichend Finanzierungsmittel zur Verfügung stehen, ist zu überlegen, welche Leistungen reduziert werden können, ob bei den beabsichtigten Vergaben ein reduziertes Leistungsangebot in den Wettbewerb zu stellen ist und ob SPNV-Verbindungen ganz stillgelegt werden müssen.

Anlage

