

Juristisch-ökonomische Beleuchtung der Ausgleichsberechnung und Überkompensations- kontrolle nach dem Anhang zur VO 1370

Dr. Henning Tegner / Dr. Lorenz Wachinger

Berlin, 11. Juni 2010

Hintergrund der Analyse

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

Wege und Irrwege der Ausgleichsberechnung

Einzelaspekte

Fazit

Hintergrund der Analyse

Angemessener Ausgleich bei Direktvergaben

- VO 1370 verlangt Vergabe eines **öffentlichen Dienstleistungsauftrags** (ÖDLA) bei Gewährung von
 - ausschließlichen Rechten und/oder
 - Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im öffentlichen Personenlandverkehr
- **Direktvergabe** (z.B. im Eisenbahnverkehr) von ÖDLA in Ausnahmefällen zulässig
- VO 1370 stellt **besondere beihilfenrechtliche Anforderungen für Direktvergaben** auf
- Regelungen der VO 1370 auch auf **bestehende Verträge** anwendbar; daher Pflicht zur Anpassung

Agenda

Hintergrund der Analyse

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

Wege und Irrwege der
Ausgleichsberechnung

Einzelaspekte

Fazit

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

Anforderungen an die Höhe des Ausgleichs

Im ÖDLA sind bei Direktvergaben Regelungen zu vereinbaren, die eine Überkompensation wirksam ausschließen

- **Ex ante:** Vereinbarung von Ausgleichsparametern
 - Strukturvorgaben: Parameter müssen objektiv und transparent sein (Art. 4 Abs. 1 lit. b) S. 1 VO 1370)
 - Vorgaben zur Höhe:
 - Kein 4. Kriterium, aber Anreiz (Ziff. 7 Anhang)
 - Grundlage = sachgerechte, belastbare Prognose, wonach Überkompensation nicht zu erwarten ist (folgt aus Art. 4 Abs. 1 lit. b) S. 2 VO 1370)
- **Ex post:** Spitzabrechnung finanzieller Nettoeffekt (Art. 6 Abs. 2, Anhang VO 1370)

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs „Finanzieller Nettoeffekt“ als zentraler Maßstab

Begriff „Finanzieller Nettoeffekt“ entspricht bisher verwendeten „Nettomehrkosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung“

■ **Struktur** des finanziellen Nettoeffekts:

$$\begin{aligned} & \text{Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung} \\ & \text{./. Einnahmen in Erfüllung der Verpflichtung} \\ & \text{./. Positive Effekte innerhalb des Netzes} \\ & \text{./. Zubringereffekte (positive externe Effekte)} \\ & + \text{ angemessener Gewinn} \\ & = \text{finanzieller Nettoeffekt} \end{aligned}$$

- Nur die zuordenbaren Kosten sind ausgleichsfähig
- Kein Ansatz kalkulatorischer Kosten (Ziff. 4 Anhang)
- Trennungsrechnung (Ziff. 5 Anhang)

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

Verhältnis von Vorab-Kalkulation und Spitzabrechnung

Ex-post-Korrektur der Ausgleichsbeträge auf Basis realer Zahlen ist **beihilfenrechtlich zwingend** geboten

- Definition des finanziellen Nettoeffekts orientiert sich an Ist-Kosten und Ist-Erlösen; ständige Praxis EU-Kommission
- Betreiber haben gegenüber zuständiger Behörde die entsprechenden Zahlen offenzulegen bzw. Einsichtnahme durch unabhängigen Prüfer zu gewährleisten
- Korrekturmechanismus
 - Jährlich, nach Ablauf eines Abrechnungsjahres
 - zusätzlich nach Vertragsablauf
- Verhältnis zu Anreizregelung fraglich
- Kontrollprobleme bei direkt vergebenen Verträgen mit mehreren zuständigen Behörden

Agenda

Hintergrund der Analyse

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

**Wege und Irrwege der
Ausgleichsberechnung**

Einzelaspekte

Fazit

Wege und Irrwege der Ausgleichsberechnung

Objektivität der Ausgleichsparameter

Parameter müssen einen objektiven Bezug zu den tatsächlich entstehenden Kosten haben

- Erstellung einer nachvollziehbaren Prognose über die voraussichtlich entstehenden Kosten und Erlöse
 - Kostenarten, Kostenstellen, zeitlicher Anfall
 - ausschließlich der Kosten/Erlöse, die in Verbindung mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstehen
-
- Keine (ausschließliche) Verwendung eines unternehmensspezifischen Kontenrahmens: Kosten = subjektiv bewerteter Leistungsverzehr
 - Kein Ansatz kalkulatorischer Kosten, sofern objektive Alternativen zur Verfügung stehen
 - Trennungsrechnung auch bei konzerninternen Leistungsbezügen, Umlagen, Overheads und Fahrzeugrestwerten

Wege und Irrwege der Ausgleichsberechnung

„Unerlässliche Geheimhaltung vertraulicher Kalkulationsdaten“?

„Leitfaden“ DB Regio:

- Spannungsfeld zwischen „vertraulichen Kalkulationsdaten“ und der Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Beurteilung bzw. Prüfung der Angemessenheit der Ausgleichsleistungen
- ➔ Hinzunahme eines Wirtschaftsprüfers
- ➔ Positives Prüfergebnis, wenn Prüfer feststellt, dass die zu leistenden Zahlungen mit den Anforderungen der Verordnung vereinbar sind
- ➔ „Prüfungshandlungen vor Ort auf PCs der DB Regio.“; Verschluss der Unterlagen beim Prüfer
- ☒ Mehr „Geheimhaltung“ als bei wettbewerblichen Vergaben
- ☒ Verstoß gegen Transparenz und Prüfpflichten der Behörde

Wege und Irrwege der Ausgleichsberechnung

Vorgehen zur ex-ante-Spezifizierung

Vorschlag zu einem sachgerechten Vorgehen:

1. Kalkulatorische Aufstellung der Ausgleichsparameter aus dem verfügbaren Marktwissen der zuständigen Behörde
2. Kalkulation durch das von der Direktvergabe begünstigten Unternehmens anhand eines vorgegebenen Kalkulationsschemas
3. Abgleich der Kalkulationen durch die zuständige Behörde, gezielte Anforderung von Belegen
4. Verhandlung und Dokumentation der ausgleichsfähigen Kosten und des Ausgleichsmechanismus
5. Prüfung und Bestätigung durch unabhängigen Wirtschaftsprüfer, dass Berechnung von Kosten und Einnahmen gemäß Ziffer 4 des Anhangs anhand der geltenden Rechnungslegungs- und Steuervorschriften erfolgt ist

Agenda

Hintergrund der Analyse

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

Wege und Irrwege der Ausgleichsberechnung

Einzelaspekte

Fazit

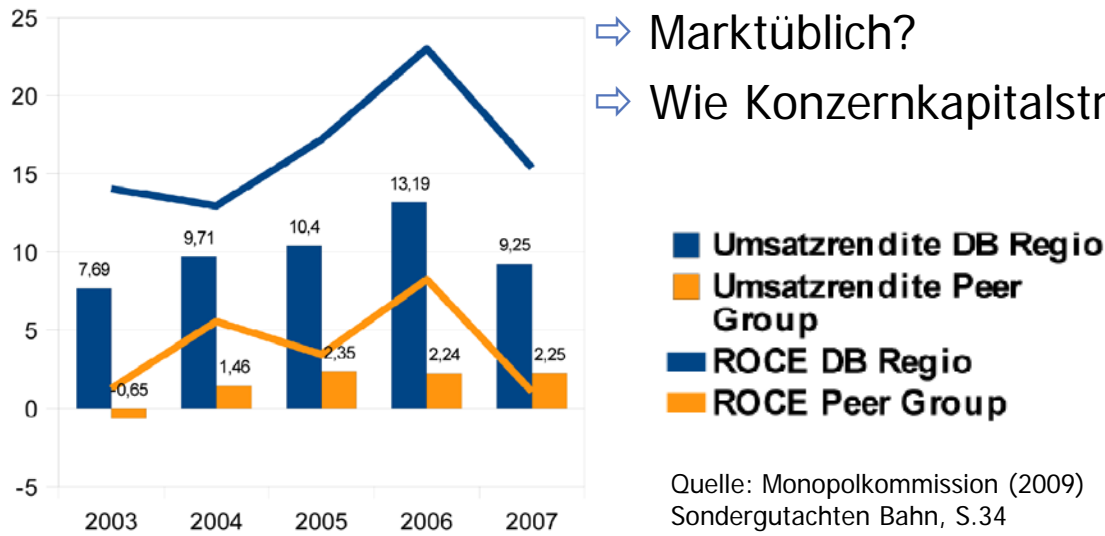
Einzelaspekte

Zulässige Rendite

- Anhang gibt „Kapitalrendite“ als Bemessungsrahmen vor
- Berücksichtigung des eingegangenen bzw. entfallenen Risikos
- Eigenkapital- vs. Gesamtkapitalrendite?
 - ⇒ Fremdkapitalzinsen objektiv ermittelbar
 - ⇒ Eigenkapitalverzinsung als geeigneter Maßstab
 - ⇒ Vorgabe einer angemessenen Kapitalstruktur erforderlich

⇒ Marktüblich?

⇒ Wie Konzernkapitalstruktur?



Quelle: Monopolkommission (2009)
Sondergutachten Bahn, S.34

Einzelaspekte

Vermeidung von Quersubventionen

Gemäß Ziffer 5 des Anhangs muss über weitere Tätigkeiten des Betreibers getrennt Rechnung geführt werden;

alle variablen Kosten, ein angemessener Beitrag zu den Fixkosten und ein angemessener Gewinn dürfen auf keinen Fall der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zugerechnet werden

- Alle im Konzern erbrachten Leistungen betroffen?
- Keine Verlagerung von Fixkosten zu gemeinwirtschaftlichen Leistungen; gesonderter Ausweis konzerninterner Leistungsbezüge
- Offenlegung des internen Regelwerks zu Fixkostenanlastung und Gewinnverteilung im Konzern;
- Nachprüfbarkeit?

Einzelaspekte

Netzeffekte

Anhang verlangt Berücksichtigung

- aller positiven finanziellen Auswirkungen, die innerhalb des Netzes entstehen
 - aller quantifizierbaren finanziellen Auswirkungen auf Beförderungstätigkeiten in weiteren Netzen
-
- ➔ Auswirkungen auf eigenwirtschaftliche Zu- und Abbringerverkehre im jeweiligen Netz
 - ➔ Bemessung der Zu-/Abbringerfunktion zum/vom Fernverkehr
 - ➔ Berücksichtigung der Einnahmeverteilung im Fernverkehr
 - ➔ Umgang mit netzweiten Sonderangeboten?

Einzelaspekte

Anreiz zur wirtschaftlichen Geschäftsführung

Wegfall des 4. Altmark-Trans-Kriteriums „Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens“, statt dessen Anreiz zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung

- einer wirtschaftlichen Geschäftsführung
- [von] Personenverkehrsdiensten ausreichend hoher Qualität

→ Anreiz durch Mehrerlöse

⇒ Bestimmung der Referenzlinie; Windfall-Profits?

⇒ Risiko der ex-post-Überkompensation (z.B. im Nettovertrag?)

→ Qualitätsmanagement-System

⇒ Abweichung vom marktüblichen Maßstab => Rückwirkung auf Berechnung der zulässigen Rendite

→ Anreiz durch Produktivitätsfortschritte

⇒ Festlegung der Referenzlinie

Agenda

Hintergrund der Analyse

Grundsätzliche Anforderungen des Anhangs

Wege und Irrwege der Ausgleichsberechnung

Einzelaspekte

Fazit

Fazit

- Anhang zur VO 1370 stellt hohe Anforderungen an Ausgleichsberechnung und Überkompensationskontrolle bei Direktvergaben
- Bzgl. Trennungsrechnung in Netzen sowie in konzernverbundenen Unternehmen besteht methodischer Entwicklungsbedarf, um den Anforderungen zu entsprechen
- Anhang verzichtet auf Effizienzmaßstab bei den Kosten, effizienzfördernd wirken jedoch
 - korrekte sachliche und zeitliche Zuordnung der Kosten
 - Anreiz zur wirtschaftlichen Geschäftsführung
 - Transparenzgebot, Spitzabrechnung und Berichtspflichten

Kontakt

Dr. Henning Tegner
Geschäftsführer

Dr. Lorenz Wachinger
Partner

KCW GmbH
Büro Berlin
Bernburger Str. 27
D-10963 Berlin

Fon +49 (0) 30/40 81 768 – 60
Mail: info@kcw-online.de
Web: www.kcw-online.de

BBG und Partner
Rechtsanwälte
Contrescarpe 75 A
D-28195 Bremen

Fon +49 (0) 421 / 33 54 10
Mail: wachinger@bbgundpartner.de
Web: www.bbgundpartner.de