

Die der Handreichung, von der BAG ÖPNV erarbeiteten „Leitlinien“ zu Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 wurden ursprünglich für eine gesetzgeberische Konkretisierung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens konzipiert. Die BAG ÖPNV legt ihre Anwendung auch im nicht-novellierten nationalen Personenbeförderungsrecht nahe, weist jedoch auch selbst auf das Rechtsrisiko hin, dass diese Leitlinien bei einer gerichtlichen Prüfung nicht anerkannt werden könnten.

Bewertung

Die eigentliche Handreichung ist als unverbindliche Orientierungshilfe zu verstehen und kann naturgemäß nicht als rechtlich abgesicherte Handlungsempfehlung gelten. Sie enthält keine abschließende Beurteilung aller relevanter Rechtsfragen, bietet aus Sicht der Hauptgeschäftsstelle jedoch eine grundsätzlich nützliche Hilfestellung für den praktischen Umgang mit dem neuen Rechtsrahmen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Mit ihren rechtlichen Ausführungen unterstützt sie die Aufgabenträger argumentativ, in der Auseinandersetzung mit Genehmigungsbehörden und Verkehrsunternehmen auf Landesebene ihre spezifischen Interessen und Rechtspositionen zu wahren.

Die „Leitlinien“ der BAG ÖPNV zum wettbewerblichen Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 sind aus Sicht der Hauptgeschäftsstelle dagegen nicht geeignet, in der Übergangszeit bis zu einer Novellierung des nationalen Personenbeförderungsrechts angewandt zu werden. Sie waren ursprünglich als Orientierungshilfe für eine *gesetzgeberische* Konkretisierung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens konzipiert. Im nicht-novellierten Personenbeförderungsrecht ist die Anwendung der Leitlinien mit Rechtsrisiken behaftet, zumal die Leitlinien versuchen, für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ein eigenständiges Verfahren zu kreieren, das von den bekannten und europarechtlich anerkannten Verfahren abweicht und dessen Anerkennung in einem Rechtsschutzverfahren fraglich ist. Problematisch erscheint dabei insbesondere, dass nach dem vorgeschlagenen Verfahren (vgl. § 4) der Auftragsgegenstand ggf. auch anhand eines eingereichten Angebots nachträglich noch geändert werden kann, ohne dass vorab Mindestanforderungen für die Zulassung von „Nebenangeboten“ bekannt gemacht wurden und ohne dass etwa ein sog. „strukturiertes Verhandlungsverfahren“ zur schrittweisen Konkretisierung des Auftragsgegenstandes gewählt worden wäre. Das zweite berechtigte Anliegen der Leitlinien, dass unvollständige Angebote nicht per se zum Ausschluss eines Bieters führen müssen, sondern fehlende Nachweise nachgefordert werden können, wird mit der neuen VOL/A 2009 bereits aufgegriffen.

Für die Übergangszeit bis zu einer Novellierung des Personenbeförderungsrechts erscheint es zur Begrenzung der Rechtsrisiken insgesamt vorzugswürdig – wie z. B. vom Freistaat Bayern bereits empfohlen –, sich für Vergaben an den bekannten Verfahren (offenes Verfahren, nicht-offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog) zu orientieren.

In diesem Zusammenhang möchten wir darüber informieren, dass der 146. Wirtschafts- und Verkehrsausschuss des Deutschen Landkreistages zur Handreichung und zu den Leitlinien der BAG ÖPNV – eine Positionierung der nicht-anwesenden Ausschussmitglieder steht noch aus – folgenden Beschluss gefasst hat:

1. [...]
2. *Der Wirtschafts- und Verkehrsausschuss nimmt die von der BAG ÖPNV erarbeitete „Handreichung zum Umgang mit der VO 1370/07“ zur Kenntnis. Sie ist naturgemäß weder als abschließende Beurteilung aller Rechtsfragen noch als rechtlich abgesicherte Handlungsempfehlung anzusehen. Als unverbindliche Orientierungshilfe bietet die Handreichung für den praktischen Umgang mit dem neuen Rechtsrahmen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eine nützliche Hilfestellung.*
3. *Die von der BAG ÖPNV erarbeiteten „Leitlinien zur wettbewerblichen Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007“ waren ursprünglich für eine gesetzgeberische Konkretisierung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 gedacht. In der Übergangszeit bis zu einer Novellierung des nationalen Personenbeförderungsrechts eignet sich ihre Anwendung nicht; zur Begrenzung von Rechtsrisiken ist es insoweit nach Auffassung des Wirtschafts- und Verkehrsausschusses vorzugswürdig, Vergaben – in Abstimmung mit der jeweiligen Landesebene – an den bekannten Vergabeverfahren (offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog) zu orientieren.*

Berlin, 15.9.2009

Grundlagenpapier der BAG ÖPNV

Bewertung der Rechtsfolgen einer fehlenden Anpassung des PBefG an die ÖPNV-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Dieses Grundlagenpapier wurde bereits Anfang 2009 in den entsprechenden Gremien der BAG ÖPNV beraten. Es dient einzig und allein dem Zweck, die Praxisvorschläge der BAG ÖPNV, wie sie sich insbesondere in der jetzt vorgelegten Handreichung der BAG ÖPNV zum Umgang mit der VO 1370/07 wiederfinden, rechtlich zu begründen. Damit soll es den kommunalen Praktikern ermöglicht werden, die in den Handlungsempfehlungen konkretisierten Verfahrensvorschläge bei Bedarf mit rechtlich-politischen Argumenten zu untermauern. Das Grundlagenpapier ersetzt keinesfalls die von den zuständigen Gremien der kommunalen Spitzenverbände bereits vorgenommenen bzw. noch anstehenden politisch-rechtlichen Wertungen im Hinblick auf die VO 1370/07, so dass im Einzelfall Abweichungen durchaus möglich sind. Im Interesse einer kohärenten Darstellung der Sichtweise der BAG ÖPNV sei dieses Grundlagenpapier gleichwohl zur Lektüre empfohlen.

1. Ausgangslage

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im weiteren VO 1370/07) tritt am 03.12.2009 in Kraft (Art. 12). Gemäß Art. 249 EG-Vertrag haben Verordnungen allgemeine Geltung, d. h. sie sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die Verordnung ersetzt die bisherigen für den ÖPNV relevanten Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 hinsichtlich der öffentlichen Finanzierung des ÖPNV-Betriebes sowie die Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrsverkehr (betrifft die öffentliche Infrastrukturfinanzierung ortsfester Anlagen). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil in der Rechtssache Altmark-Trans (C 280/00) vom 24.07.2003 festgestellt, dass die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt sind, sich außerhalb der im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht genannten Fälle (d. h. außerhalb des Anwendungsbereiches der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 bzw. Nr. 1107/70) auf die Bestimmungen des Art. 77 (jetzt Art. 73) des EG-Vertrages hinsichtlich der Zulässigkeit von Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, berufen können. Sofern nach diesem Urteil Finanzierungsleistungen im ÖPNV nach den sog. 4 Kriterien außerhalb der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 als zulässig erachtet worden sind, geschah dies aufgrund der in der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 enthaltenen Option, gewisse Teile des Marktes vom Anwendungsbereich der VO auszunehmen (Teilbereichsausnahme). Insofern fanden auch diese Zahlungen letztlich eine Grundlage in der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Daraus folgt, dass die an die Stelle der Verordnungen (EWG) Nr. 1107/70 und (EWG) Nr. 1191/69 tretende Verordnung 1370/07 **abschließend** regelt, unter welchen Bedingungen die öffentliche Hand den ÖPNV finanzieren darf, ohne gegen das Beihilfeverbot des EG-Vertrages (Art. 87 Abs. 1) zu verstoßen.

Die VO 1370/07 definiert als ihren Zweck die Festlegung, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechtes im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, „um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte“. Hierzu regelt die Verordnung, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes (gemeint ist hier die Erbringung einer Verkehrsleistung im Sinne der Daseinsvorsor-

ge) eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließlichen Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (im Sinne der Daseinsvorsorge) auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben. Die Verordnung gilt für den gesamten innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und anderen Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße.

Hinsichtlich der zu untersuchenden Frage, welche Rechtsfolgen eine ausbleibende Anpassung des nationalen Rechtsrahmens für den ÖPNV (Personenbeförderungsgesetz/PBefG) angesichts der Direktwirkung der VO 1370/07 mit sich bringt, sollen im Folgenden zunächst die beihilferechtlichen und vergaberechtlichen Auswirkungen untersucht werden. Darauf aufbauend werden Aussagen getroffen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden sowie sonstiger Aspekte wie Publizitätspflichten und Rechtsschutzgarantien.

2. Beihilferechtliche Konsequenzen

Für Verträge, die nach dem 3.12.2009 abgeschlossen werden, gelten ausschließlich die Bestimmungen der VO 1370/07 (=Neuverträge). Die VO 1370/07 sieht in Art. 8 Abs. 3 allerdings Übergangsregelungen vor, die in der Konsequenz auch unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten einen Bestandsschutz für Altverträge beinhalten. Dies gilt allerdings nicht, wenn – wie häufig üblich bei laufenden Linienverkehrsgenehmigungen (=Altverträge) – jährlich neu über die diesen zugrunde liegenden Finanzierungsregelungen entschieden wird. In diesem Fall handelt es sich beihilferechtlich um Neuverträge, die automatisch der VO 1370/07 hinsichtlich der beihilferechtlichen Aspekte unterfallen. Rechtsgrundlage dieser Altverträge, sofern es sich dabei um eigenwirtschaftliche Verkehre nach § 13 PBefG handelt, sind die vier im EuGH-Urteil in der Rechtssache Altmark Trans genannten Kriterien (klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und Betrauung des begünstigten Unternehmens, vorab objektive und transparente Aufstellung der Ausgleichsparameter, Verbot der betriebsindividuellen Überkompensation, Deckelung des maximal zulässigen Ausgleichsbetrages im Rahmen einer Branchenbetrachtung auf die Kostenparameter eines durchschnittlich, gut geführten Verkehrsunternehmens). Allerdings hat die Kommission jüngst in den Entscheidungen „Postbus Lienz“ und „Südmären“ deutlich gemacht, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Verkehren „aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“, d.h. gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, selbst wenn sie nicht den vier Altmark Trans-Kriterien entsprechen und somit tatbestandlich eine Beihilfe darstellen, bereits jetzt mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind, sofern sie die Voraussetzungen der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 im Hinblick auf die klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und der Festlegung der Ausgleichsparameter (= identisch mit den beiden ersten Altmark Trans-Kriterien sowie der VO 1370/07) erfüllen und der gewährte Ausgleich „nicht höher ist als die dem Betreiber durch die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung tatsächlich entstandenen Kosten“ (= 3. Altmark Trans-Kriterium bzw. VO 1370/07). M.a.W.; Die Kommission wendet bei ihrer eigenen Beihilfenüberprüfungspraxis schon die entsprechenden Regularien der erst zum 3.12.2009 in Kraft tretenden VO 1370/07 an und verzichtet damit faktisch auf die Einhaltung des im Altmark Trans-Urteil für die Verneinung der Beihilfeeigenschaft konstituiven vierten Altmark Trans-Kriteriums (Kostenausgleich auf der Basis eines durchschnittlich, gut geführten Unternehmens).

Damit steht auch außer Frage, dass die beihilferechtlichen Bestimmungen der VO 1370/07 auf alle Neuverträge nach dem 3.12.2009 Anwendung finden, unabhängig davon, ob das PBefG entsprechend angepasst worden ist. Eine ausbleibende Anpassung des PBefG beinhaltet jedoch die Gefahr, dass die Aufgabenträger weiterhin den ÖPNV mit öffentlichen Mitteln ausstatten und damit für deren Beihilfekonformität verantwortlich zeichnen, ohne dass sie verwaltungsrechtlich befugt sind, die die Zahlungen rechtfertigenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszusprechen, da die Festsetzung von Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten weiterhin Sache der Genehmigungsbehörden bleibt. Auf der anderen Seite sind die staatlichen Genehmigungsbehörden nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht verpflichtet, die Beihilfekonformität der öffentlichen Ausgleichszahlungen bei ihrer Entscheidung über die Liniengenehmigung zu prüfen. Deutlicher können Aufgaben- und Ausgabenverantwortung nicht auseinander liegen.

Die VO 1370/07 kennt nur noch drei Möglichkeiten, den Verkehrsunternehmen Ausgleichsleistungen zu gewähren:

- durch Abschluss eines individuellen Dienstleistungsauftrages zwischen zuständiger Behörde und Verkehrsunternehmen (Art. 3 Abs. 1);
- im Rahmen einer allgemeinen Vorschrift zu Höchsttarifen, die die zuständigen Behörden erlassen (Art. 3 Abs. 2);
- zur Abgeltung einer von den Mitgliedsstaaten allgemein gültigen Vorgabe für Höchsttarife im Ausbildungsverkehr und für Schwerbehinderte, sofern die entsprechende Regelung im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens von der EU-Kommission genehmigt wurde (Art. 3 Abs. 3). Hierzu hat die Bundesregierung bereits ein entsprechendes Notifizierungsverfahren im Hinblick auf § 45 a PBefG bzw. 6 a AEG auf den Weg gebracht.

Den Aufgabenträgern als zuständiger Behörde stehen damit nur die Handlungsinstrumente Dienstleistungsauftrag und allgemeine Vorschrift als Grundlage für Ausgleichszahlungen im ÖPNV zur Verfügung. Beide Finanzierungsinstrumente setzen jedoch voraus, dass die handelnde Behörde befugt ist, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auszusprechen, da jedwede Zahlung stets voraussetzt, dass zunächst solche Verpflichtungen als beihilferechtliche Rechtfertigung der Zahlung vorliegen. Der Quintessenz des Art. 3 lautet nämlich: „Gezahlt werden darf nur noch, wenn zuvor eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ausgesprochen wurde!“. Wer jedoch einem Unternehmen unwirtschaftliches Verhalten im öffentlichen Interesse verpflichtend abverlangen möchte (nichts anderes ist eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung), muss nach dem deutschen Verwaltungsrecht zunächst eine Eingriffsermächtigung besitzen: In die unternehmerische Freiheit darf nur eingegriffen werden, wenn das Gesetz (in diesem Falle das PBefG) dazu ausdrücklich ermächtigt. An dieser Stelle gewinnt die Frage der zuständigen Behörde nach der Verordnung besondere Bedeutung (vgl. 4).

3. Vergaberechtliche Konsequenzen

Gemäß der Übergangsregelung in Art. 8 Abs. 2 der VO 1370/07 muss die Vergabe von Aufträgen für den öffentlichen Verkehr auf Schiene und Straße ab 3.12.2019 im Einklang mit den Vergabebestimmungen des Art. 5 der Verordnung stehen. Dies bedeutet, dass auch Vereinbarungen, die nach dem 3.12.2009 abgeschlossen werden, innerhalb des Übergangszeitraumes nicht automatisch den Vergaberegulungen der Verordnung unterworfen sind. Allerdings haben die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung dafür Sorge zu tragen, dass während des Übergangszeitraumes die Vergaberegularien des Art. 5 schrittweise angewendet werden; hierüber müssen die Mitgliedstaaten binnen sechs Monaten nach der ersten Hälfte

des Übergangszeitraumes (d. h. spätestens im Sommer 2015) der Kommission einen Fortschrittsbericht vorlegen. Nicht erfasst von dieser vergaberechtlichen Übergangsregelung ist im Übrigen das Kartellvergaberecht. Wer seine Ausgleichsleistungen in Form eines öffentlichen Auftrages im Sinne des GWB (i.d. Regel bei Bruttoverträgen gegeben) gewähren möchte, muss auch weiterhin die allgemeinen Vergabepflichten nach dem GWB erfüllen.

4. Definition zuständiger Behörde

Art. 2 Buchstaben b und c der VO 1370/07 definieren als zuständige (örtliche) Behörde „jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestatteten Einrichtung; zuständige örtliche Behörde ist „jede zuständige Behörde, deren geografische Zuständigkeitsbereiche sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt“.

Gemäß § 8 Abs. 3 PBefG hat „die Genehmigungsbehörde ... im Zusammenwirken mit dem Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs ... und mit den Verkehrsunternehmen im Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sowie einer wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung für eine Integration der Nahverkehrsbedienung insbesondere für Verkehrskooperationen, für die Abstimmung oder den Verbund der Beförderungsentgelte und für die Abstimmung der Fahrpläne, zu sorgen. Sie hat dabei einen vom Aufgabenträger beschlossenen Nahverkehrsplan zu berücksichtigen, ...“. „... Dieser Nahverkehrsplan bildet den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs. Die Aufstellung von Nahverkehrsplänen sowie die Bestimmung des Aufgabenträgers regeln die Länder.“ Dies bedeutet, dass das PBefG **keine automatische** Ermächtigungsnorm für die Aufgabenträger im Hinblick auf die Vereinbarung oder Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Sinne der Verordnung enthält und auch die Bestimmung des Aufgabenträgers in die Kompetenz der Länder stellt.

In den meisten Ländern (Ausnahme Stadtstaaten) sind die kreisfreien Städte und Kreise als Aufgabenträger bestimmt, wohingegen die Genehmigungsbehördenfunktion in der Regel von staatlichen Mittelbehörden (Regierungspräsidien) wahrgenommen werden.

Dies bedeutet, dass im deutschen Recht die in der VO 1370/07 einheitlich als zuständige Behörde definierte Behörde oder Gruppe von Behörden, die im Interesse der Daseinsvorsorge in den Verkehrsmarkt eingreifen darf, aufgesplittet ist zwischen verschiedenen Behörden, obwohl es letztlich immer um die Frage geht, wie der öffentliche Daseinsvorsorgeauftrag im Verkehr durchgesetzt werden kann. Dem Aufgabenträger verbleibt demnach in der Regel nur die finanzielle Verantwortung für den ÖPNV, wohingegen die Frage des Marktzuganges von einer anderen, in der Regel Landesbehörde entschieden wird, die den vom Aufgabenträger erstellten Nahverkehrsplan zwar beachten soll, aber nicht an diesen rechtlich gebunden ist (Ermessensspielraum). Damit korrespondiert die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der zufolge die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung über den Marktzugang (Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung) die beihilferechtlichen Grundlagen des beantragten Verkehrs nicht zu prüfen braucht. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch, dass die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung keine Aussagen hinsichtlich des finanziellen Ausgleiches für die Erbringung der Gemeinwohlverpflichtung treffen kann.

Daraus folgt, dass bei einer ausbleibenden Anpassung des PBefG an die neue Verordnung zwei voneinander getrennte zuständige Behörden im Sinne der Verordnung existieren, von der keine ausschließlich über die in der Verordnung vorgesehenen Instrumente zur Intervention in den Verkehrsmarkt (Ausspruch gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und Gewährung ausschließlicher Rechte und/oder eines finanziellen Ausgleiches) verfügen kann. Die Genehmigungsbehörde muss zwar gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Rahmen der Genehmigung aussprechen und vergibt ein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 2 f der Verordnung (ausschließliches Recht ist ein Recht, „dass einen Betreiber eines öffentlichen Dienstes berechtigt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss aller anderen solchen Betreiber zu erbringen). Sie ist jedoch nicht befugt, den Verkehr auch zu finanzieren.

Umgekehrt kann der Aufgabenträger zwar mit dem Verkehrsunternehmen einen finanziellen Ausgleich zur Erbringung der Gemeinwohlverpflichtungen vereinbaren, verfügt aber nicht über die Ermächtigung, durch Ausspruch gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen die unternehmerische Handlungsfreiheit zu beschränken.

Dieses verwaltungsrechtliche Chaos kann durch folgende Interpretation der Verwaltungsvorschriften verhindert werden: Neben Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden kennt das PBefG noch zusätzlich die „zuständige Behörde nach der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69“, die nach Maßgabe der §§ 8 Abs. 4 und 13a PBefG die Handlungsinstrumente dieser Verordnung einzusetzen hat. Zuständige Behörden nach der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 sind in allen Ländern qua Landesrecht die Aufgabenträger. Das PBefG trifft damit eine klare Aussage dahingehend, dass der Ausspruch und der Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Pflichten im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 von **einer** zuständigen Stelle erfolgen soll. In Ermangelung einer Klarstellung durch den Gesetzgeber kann deshalb § 8 Abs. 4 nur dynamisch verstanden werden: die VO 1370/07 bringt lediglich neue Regularien zum Ausspruch gemeinwirtschaftlicher Pflichten und deren Ausgleich mit sich. Sie bezweckt keine Änderungen in der behördlichen Zuständigkeit. Wer bisher im nationalen Recht befugt war, die Instrumente der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 anzuwenden, ist folglich auch zuständige Behörde im Rahmen der VO 1370/07. Die zuständige Behörde nach der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ist also ab dem 3.12.09 **automatisch zuständige Behörde** im Sinne der VO 1370/07.

Dies hätte zur Konsequenz, dass das eigenwirtschaftliche Genehmigungssystem in sich zusammenbricht. Anders als die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 kennt die VO 1370/07 keine Teilbereichsausnahme (= eigenwirtschaftliche Verkehre nach § 13 PBefG). Gemeinwirtschaftliche Pflichten dürfen also nur noch im Anwendungsbereich der Verordnung ausgesprochen werden. Die Genehmigung enthält zwingend gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in Form der Beförderungs-, Betriebs- und Tarifpflicht. Die Eingriffsbefugnis zum Ausspruch solcher Pflichten liegt nach § 8 Abs. 4 PBefG bei den „zuständigen Behörden im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1191 (neu: VO 1370/07)“, also bei den Aufgabenträgern, denn diese allein haben nach dem PBefG den Auftrag, die Instrumente der Verordnung anzuwenden. Die Genehmigungsbehörden sind hingegen ausdrücklich nicht befugt, die Verordnung anzuwenden. Wenn es also ab dem 3.12.2009 gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nur noch auf Grundlage der VO 1370/07 geben darf, besitzen die Genehmigungsbehörden keine Eingriffsbefugnis mehr, mit eigenwirtschaftlichen und außerhalb des Sekundärrechts (= VO 1370/07) stehenden Genehmigungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auszusprechen. Solche können nur noch durch die Aufgabenträger als zuständige Behörden im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen oder allgemeinen Vorschriften

ausgesprochen werden. Damit würde es die bisherigen Genehmigungen nicht mehr geben können.

5. Publizitätspflichten/Rechtsschutzgarantien

Die VO 1370/07 sieht in Art. 7 eine Veröffentlichungspflicht für die zuständigen Behörden dergestalt vor, dass einmal jährlich ein Gesamtbericht über die in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes sowie die diesen Betreibern zur Abgeltung gewährten Ausgleichsleistungen und ausschließlichen Rechte öffentlich zugänglich gemacht werden muss. Darüber hinaus muss jede zuständige Behörde spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe (gemäß den Bestimmungen von Art. 5 der Verordnung) mindestens Name und Anschrift der zuständigen Behörde, die Art des geplanten Vergabeverfahrens und die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete veröffentlichen. Mit dieser Informationsverpflichtung korrespondiert ein Auskunftsanspruch jeder interessierten Partei gegenüber der zuständigen Behörde, ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages darzulegen. Die Verordnung sieht in Art. 5 Abs. 7 wirksame Rechtsschutzvorschriften vor.

Ohne eine Anpassung des PBefG und bei Ablehnung der unter 4. dargestellten dynamischen Auslegung des § 8 Abs. 4 PBefG würde es in Deutschland zukünftig ein mehrstufiges Rechtsschutzverfahren geben müssen: Hinsichtlich des vom Aufgabenträger gewährten finanziellen Ausgleichs bestünde Rechtsschutz vor den Vergabekammern und Vergabesenaten der Oberlandesgerichte, im Hinblick auf die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung im Sinne eines ausschließlichen Rechts durch die Genehmigungsbehörden wäre der Verwaltungsweg eröffnet. Damit bestünde die Gefahr, dass die Rechtsschutzverfahren nicht nur zeitlich auseinanderfallen, sondern ggf. zu widersprüchlichen Ergebnissen führen bzw. wechselseitig neue Widerspruchsverfahren auslösen.

6. Schlussfolgerungen

Im Falle einer ausbleibenden Anpassung des PBefG an die Vorgaben der VO 1370/07 ist aus kommunaler Sicht festzuhalten:

Für Neuverträge ab dem 3.12.2009 gelten ausschließlich die Bestimmungen der VO 1370/07. Unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten besteht für Altverträge Bestandsschutz. Sie unterfallen jedoch wie bisher mindestens den Vorgaben des EuGH-Urteils in der Rechtssache Altmark-Trans, ggfs. aber wendet die Kommission auch schon den unternehmensindividuellen Ausgleichsmaßstab auf der Grundlage der VO 1370/07 an.

Die vergaberechtlichen Bestimmungen der Verordnung finden spätestens ab dem 3.12.2009 vollumfänglich Anwendung, sodass im Ergebnis jede nach Inkrafttreten der Verordnung am 3.12.2009 zustande gekommene Vereinbarung zwar nicht zwangsläufig den Vergabevorschriften der Verordnung unterliegt, jedoch in beihilferechtlicher Hinsicht ausnahmslos der Verordnung unterfällt.

Es entfällt die auf der Grundlage der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 mögliche Ausnahmeregelung für Unternehmen des Stadt-, Regional- und Vorortverkehrs von den Bestimmungen

dieser Verordnung. Die Inanspruchnahme dieser Ausnahmemöglichkeit war jedoch die Grundlage für die eigenwirtschaftlichen Verkehre gemäß § 13 PBefG (insbesondere im Hinblick auf den beihilfeunschädlichen Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Pflichten bei diesen Verkehren gemäß § 8 Abs. 4 PBefG).

Die bisher praktizierte öffentliche Verbundförderung in Form von Ausgleichszahlungen für Durchtarifizierungsverluste bzw. Harmonisierungsverluste ist zukünftig nur noch im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO 1370/07 oder als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen im Rahmen einer allgemeiner Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung möglich. Letzteres setzt voraus, dass die Aufgabenträger Tarifvorgaben festlegen und die entsprechende Mittelverwendung vorgeben. Die Ausgleichsmittel können damit nicht länger Teil der Einnahmeaufteilungsmasse sein. Reine Unternehmensverbände besitzen mangels der Behördenfunktion keine Möglichkeit, solche allgemeinen Vorschriften zu erlassen.

Eine ausbleibende Anpassung des PBefG beinhaltet - wie gezeigt - die Gefahr von Regelungswidersprüchen und damit einer erheblichen Rechtsunsicherheit aufgrund der in vergaberechtlicher Hinsicht auch für Neuverträge möglichen langen Übergangsfristen bei gleichzeitiger vollen Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Bestimmungen der Verordnung im Falle von Neuverträgen ab dem 3.12.2009.

Leitlinien der BAG ÖPNV zur wettbewerblichen Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07

§ 1 Aufruf zum Wettbewerb

Der Aufgabenträger gibt frühestens 1 Jahr nach der Vorabveröffentlichung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07

- a) den Termin der Betriebsaufnahme und die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags
- b) die Bezeichnung (Anschrift) der Stelle, bei der die Vergabeunterlagen angefordert werden können
- c) die Gebühr für die Bereitstellung der Vergabeunterlagen
- d) den Termin zur Abgabe des Dienstleistungsangebotes bei der Vergabestelle (Antragsfrist)

im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften bekannt.

§ 2 Vergabeunterlagen

- (1) Die Vergabeunterlagen konkretisieren die im Nahverkehrsplan niedergelegten Anforderungen an eine ausreichende Verkehrsbedienung für das betreffende Gebiet und treffen mindestens Aussagen zu:
 - a. Linienweg und Mindesterschließung
 - b. Bedienungshäufigkeiten (Mindesttaktichte)
 - c. Mindestbedienung (Betriebszeiten)
 - d. Fahrplan
 - e. Tarife
 - f. Fahrscheinvertrieb
 - g. Fahrzeugstandards
 - h. Fahrgastinformation
 - i. Informationen über den Ablauf des Vergabeverfahrens (beispielsweise durch Festlegung auf den Inhalt dieser Leitlinien)
 - j. Aufforderung zur Abgabe eines Dienstleistungsangebotes

- (2) In Vergabeunterlagen, die Linienverkehre innerhalb eines Verbundtarifes betreffen, sind zusätzlich aufzunehmen:
 - a. Darstellung des Verbundtarifes
 - b. Darstellung der Verbundregularien, insbesondere des Verfahrens zur Aufnahme neuer Betreiber
 - c. bei der Neuvergabe bereits vorhandener Verkehre die bisher erzielten Fahrgeldeinnahmen
 - d. Darstellung des verbundinternen Einnahmeaufteilungsverfahrens, insbesondere im Hinblick auf die Berechnung der auf den Linienverkehr nach der Betriebsübernahme entfallenden Einnahmen

- e. soweit der Einnahmeverteilung Verkehrserhebungsdaten zu Grunde liegen, die zur bisherigen Verkehrsleistung erhobene Linienstatistik
- (3) Die Vergabeunterlagen werden allen interessierten Unternehmen auf Anforderung zugesandt. Sofern eine Bereitstellungsgebühr erhoben wird, erfolgt der Versand erst nach vollständigem Eingang des abverlangten Betrages.
- (4) Rückfragen zu den Vergabeunterlagen werden von dem Aufgabenträger spätestens drei Wochen vor Ablauf der Antragsfrist gegenüber allen Unternehmen beantwortet, die die Vergabeunterlagen angefordert haben, sofern sie spätestens vier Wochen vor Ende der Antragsfrist bei ihm eingegangen sind.

§ 3 Dienstleistungsangebot

Mit Abgabe eines Dienstleistungsangebotes soll sich das Unternehmen verpflichten, die Verkehrsleistungen zu den im Angebot dargelegten Bedingungen, dem geforderten Zuschuss, den in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Anforderungen und den im Rahmen des Angebotes über diese Anforderungen hinausgehenden Qualitätzusagen unter Einhaltung des Fahrplans zu erbringen.

§ 4 Präzisierung der Mindestanforderungen

Erkennt der Aufgabenträger anhand der eingereichten Angebote oder durch anderweitige Informationen, dass die Anforderungen im Interesse einer optimalen Verkehrsgestaltung präzisiert werden sollten, teilt er allen am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen die präzisierten Anforderungen mit und setzt eine Frist von max. vier Wochen, bis zu der die eingereichten Anträge von allen Anbietern nachgebessert werden dürfen. Diese Nachbesserung darf sich nur auf diejenigen Aspekte des Dienstleistungsangebotes beziehen, die unmittelbar durch die Änderung der Anforderungen betroffen sind.

§ 5 Vergabeentscheidung

- (1) Der Aufgabenträger schließt den Auftrag über eine öffentliche Dienstleistungskonzession mit dem Unternehmer, der das beste Dienstleistungsangebot im Sinne des öffentlichen Verkehrsinteresses unterbreitet hat.
- (2) Der Aufgabenträger trifft die Auswahlentscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen anhand objektiver Kriterien, die in den Vergabeunterlagen darzustellen sind.
- (3) Die Auswahlentscheidung nach Abs. 2 ist gegenüber allen Unternehmen, die Dienstleistungsangebote abgegeben haben, schriftlich zu begründen.

**Öffentliche Vorinformation nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung
1370/07 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene
und Straße**

Direktvergabe Linienbündel Stadt XY

Die Stadt XY als Aufgabenträger des ÖPNV beabsichtigt gem. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 zum 3.12.2009 einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der VO 1370/07 an den internen Betreiber A GmbH zu vergeben.

Vom Dienstleistungsauftrag erfasst werden Busverkehrsleistungen (CPV-Code 60112200) in der Stadt XY (NUTS-Code ...) für das Buslinienbündel Stadt XY bestehend aus den Buslinien Nr. ...-... .

**Öffentliche Vorinformation nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung
1370/07 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene
und Straße**

Direktvergabe Linienbündel XY

Der Landkreis als Aufgabenträger des ÖPNV beabsichtigt gem. Art. 5 Abs. 4 VO 1370/07 zum 3.12.2009 einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der VO 1370/07 an das Omnibusunternehmen A GmbH zu vergeben.

Vom Dienstleistungsauftrag erfasst werden Busverkehrsleistungen (CPV-Code 60112200) im Landkreis ... (NUTS-Code ...) auf den Buslinien Nr. ... -
.....

**Öffentliche Vorinformation nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung
1370/07 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene
und Straße**

Wettbewerbliche Vergabe Linienbündel Stadt XY

Die Stadt XY als Aufgabenträger des ÖPNV beabsichtigt gem. Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07 zum 3.12.2010 einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der VO 1370/07 zu vergeben. Das Vergabeverfahren wird voraussichtlich im Januar 2010 eingeleitet werden.

Vom Dienstleistungsauftrag erfasst werden Busverkehrsleistungen (CPV-Code 60112200) in der Stadt XY (NUTS-Code ...) für das Buslinienbündel Stadt XY bestehend aus den Buslinien Nr. ... , ... und

Handreichung der BAG ÖPNV zum Umgang mit der VO 1370/07

Diese Handreichung ist das Ergebnis von Beratungen der Bundesarbeitsgemeinschaft ÖPNV der kommunalen Spitzenverbände zum Umgang mit der VO 1370/07. Von den Fach- und Beschlussgremien der kommunalen Spitzenverbände wurde sie weder beschlossen noch beraten.

I. Einleitung

Am 3.12.2009 tritt die Verordnung (EG) Nr. 1370/07 (im folgenden VO 1370/07) in Kraft und löst die alte Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ab. Aufgrund ihrer unmittelbaren Geltungskraft bedarf die Verordnung keiner gesonderten Umsetzung in nationales Recht, wenngleich eine Anpassung des nationalen Rechtsrahmens für den ÖPNV wünschenswert wäre, um Regelungswidersprüche zwischen neuem und altem Recht und damit Rechtsstreitigkeiten in der Praxis von Verkehrsunternehmen und Kommunen zu minimieren. Das Bundesverkehrsministerium hat für diese Legislaturperiode eine Änderung des PBefG ausgeschlossen. Die Länder haben bislang auch noch keinen Konsens im Hinblick auf die Anpassungsnotwendigkeiten beim PBefG gefunden. Deshalb ist es aus Sicht der BAG ÖPNV umso wichtiger, den kommunalen Aufgabenträgern Empfehlungen zum Umgang mit der VO 1370/07 mit auf den Weg zu geben. Damit sollen die Aufgabenträger in der aktuellen Diskussion in die Lage versetzt werden, ihre spezifischen Interessen in der Auseinandersetzung mit Genehmigungsbehörden und Verkehrsunternehmen zu formulieren. Erst dies ermöglicht die Zusammenarbeit auf gleicher Augenhöhe und erhöht damit die Wahrscheinlichkeit, dass eine für alle Seiten verträgliche Lösung vor Ort gefunden werden kann.

Die VO 1370/07 stellt die Bestellung und Finanzierung des ÖPNV durch die Aufgabenträger auf eine neue Grundlage. Sie gestattet es der „zuständigen Behörde“, den Verkehrsunternehmen im öffentlichen Interesse einer ausreichenden Verkehrsbedienung gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen und zu deren Ausgleich ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichszahlungen zu gewähren. Die VO 1370/07 enthält hierfür vergaberechtliche und beihilferechtliche Vorgaben, um eine beihilferechtsrelevante Überkompensation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu verhindern.

A Vergaberechtliche Vorgaben

In vergaberechtlicher Hinsicht sieht die Verordnung vor, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge – sofern es sich nicht um Aufträge im Sinne der §§ 97

ff. GWB handelt (Vorrang des Kartellvergaberechts, i.d.R. bei Bruttoverträgen) – nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/07 zu vergeben sind. Soweit danach keine Direktvergabe (an den internen Betreiber, Schwellenwertvergabe, als Notvergabe oder im Eisenbahnverkehr) möglich ist, sind öffentliche Dienstleistungsaufträge in einem „wettbewerblichen Vergabeverfahren“ nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07 zu vergeben, das allen Betreibern offen steht, fair ist und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt. Über diese allgemeinen Aussagen hinaus, enthält die Verordnung selbst allerdings keine Konkretisierung dieser Vorgaben, sondern überlässt sie der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung.

Im Hinblick auf die Übergangsregelung in Art. 8 Abs. 2 VO 1370/07 („schrittweise“ Anwendung von Art. 5 bis spätestens 2019) stellt sich die Anwendung von Art. 5 VO 1370/07 allerdings mangels eines entsprechenden nationalen Anwendungsbefehls im nicht-novellierten deutschen Personenbeförderungsrecht derzeit als nicht zwingend dar. Unklar ist auch, ob Direktvergaben über Verkehrsverträge und Finanzierungsvereinbarungen, die keine öffentlichen Aufträge im Sinne des Kartellvergaberechts darstellen, ohne nationale Anordnung der Anwendung des Art. 5 bis 2019 voraussetzungsfrei möglich sind und nur den übrigen Vorgaben der VO 1370/07 genügen müssen oder ob sich ihre Vergabe, soweit es sich um Dienstleistungskonzessionen handelt, an den „allgemeinen Vergabegrundsätzen“ des EuGH messen lassen muss (die mit Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07 im Wesentlichen inhaltsgleich wären). Zulässig dürfte es sein, Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07 insoweit freiwillig anzuwenden (näher dazu unten II. E).

B Beihilferechtliche Vorgaben

Bei der unmittelbaren Anwendung der VO 1370/07 stehen damit ihre beihilferechtlichen Vorgaben im Vordergrund: Beihilfen dürfen künftig nur noch **innerhalb** der VO 1370/07 gewährt werden, d.h. grundsätzlich nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit der zuständigen Behörde (Art. 3 Abs. 1), über sog. „allgemeine Vorschriften“ (Art. 3 Abs. 2) oder als Abgeltung eines vom Mitgliedstaat vorgegeben Höchsttarifes im Ausbildungs- und Schwerbehindertenverkehr, der allerdings bei der Kommission zu notifizieren ist (Art. 3 Abs. 3). Das ergibt sich auch aus Art. 9 Abs. 2, der Ausnahmen von diesem Grundsatz nur für bestimmte Infrastruktur- und Forschungs- und Entwicklungsvorhaben vorsieht.

In der Rechtssache Altmark Trans (Urteil v. 24.7.2003, Rs. C-280/00) hatte der EuGH entschieden, dass eine Beihilfe bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist, sofern vier Kriterien erfüllt sind: (1) klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen des betrauten Unternehmen, (2) Aufstellung objektiver und transparenter Kriterien zur Berechnung des Ausgleichs, (3) dem Unternehmen darf nicht mehr ausgeglichen werden, als die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bei ihm an Kosten verursachen (Verbot der betriebsindividuellen Überkompensation) und (4) Deckelung des maximal zulässi-

gen Ausgleichsbetrages auf die Kostenparameter eines durchschnittlich, gut geführten Verkehrsunternehmens (Benchmarking-Vergleich).

Demgegenüber verzichtet die VO 1370/07 in ihrem Anhang für die beihilferechtliche Begrenzung der Ausgleichshöhe auf das vierte Kriterium des durchschnittlich, gut geführten Unternehmens, wenn dem betrauten Unternehmen nicht mehr als die gemeinwohlveranlassten Nettomehrkosten erstattet werden (betriebsindividueller Ausgleichsmaßstab) und verzichtet damit auf einen Benchmarking-Vergleich. Diese Regeln gelten im Prinzip erst ab dem 3.12.2009. Allerdings hat die Kommission in den Entscheidungen „Postbus Lienz“ und „Südmähren“ deutlich gemacht, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Verkehren „aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ (gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen) – selbst wenn es sich nach den Altmark Trans-Kriterien um Beihilfen handelt – bereits jetzt mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind, sofern sie die Voraussetzungen der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erfüllen und der gewährte Ausgleich „nicht höher ist als die dem Betreiber durch die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung tatsächlich entstandenen Kosten“. Sie hat damit faktisch bereits jetzt dieselben beihilferechtlichen Maßstäbe (betriebsindividueller Ausgleichsmaßstab) für maßgeblich erklärt, die ab dem 3.12.2009 nach der VO 1370/07 gelten.

Im Ergebnis müssen Vereinbarungen der ÖPNV-Aufgabenträger damit beihilferechtlich den Altmark Trans-Kriterien, mindestens aber den Voraussetzungen der VO 1370/07 genügen. Den ÖPNV-Aufgabenträgern ist zu empfehlen, entsprechende Prüfungen zu dokumentieren.

C Art. 8 Abs. 3 VO 1370/07

Öffentliche Dienstleistungsaufträge, die vor Inkrafttreten der VO 1370/07, d.h. vor dem 3.12.2009 „vergeben wurden“, können nach Maßgabe von Art. 8 Abs. 3 Buchstaben a) bis d) VO 1370/07 für bestimmte „Höchst“-Zeiträume fortgelten. Die Übergangsregelung entspricht dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ und gewährt sowohl vergabe- wie beihilferechtlich einen gewissen Bestandschutz für Alt-Verträge. Eine gesonderte Notifizierung nach Unterabsatz 2 ist hierfür nicht erforderlich; dieser enthält nur eine zusätzliche „Härtefallklausel“, soweit von den Art. 8 Abs. 3 Buchstaben a) bis d) VO 1370/07 abgewichen werden soll.

Für Art. 8 Abs. 3 VO 1370/07 maßgeblich ist allein der **Zeitpunkt** des wirksamen Vertragsschlusses (Zuschlag), nicht das „Inbetriebsetzen“ der beauftragten Verkehrsleistung. Nachdem die Erteilung der Liniengenehmigung nach Rechtsauffassung der Länder nicht dem Anwendungsbereich der VO 1370/07 unterfällt, kann umgekehrt auch der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung für Art. 8 Abs. 3 VO 1370/07 keine Bedeutung haben.

(Eine ausführlichere rechtlich-politische Herleitung der in der Handreichung enthaltenen Empfehlungen findet sich in dem als Anlage 3 beigefügten Grundlagenpapier der BAG ÖPNV.)

II. Detailempfehlungen

A Vorabveröffentlichung

Der Aufgabenträger kann die Initiative zur Einleitung eines Vergabeverfahrens ergreifen, indem er offensiv die Vorabveröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der VO 1370/07 nutzt und im EU-Amtsblatt ankündigt, dass er einen Dienstleistungsauftrag inklusive ausschließlichem Recht vergeben wird.

Es sei darauf hingewiesen, dass bisher keine speziellen Formblätter für Veröffentlichungen nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07 vorliegen. Das EU-Amtsblatt tut sich daher schwer, Veröffentlichungstexte außerhalb der Formulare für die normalen Ausschreibungen zu akzeptieren. Nach Intervention des Verkehrsverbundes Rhein-Neckar (VRN) wurde jedoch akzeptiert, dass freie Texte, die nur den Mindestinhalt nach Art. 7 Abs. 2 der VO 1370/07 umfassen, veröffentlicht werden müssen.

Als Anlage 1 sind entsprechende Mustervorlagen beigefügt.

B Ausschließliche Rechte

Nach Art. 3 Abs. 1 der VO 1370/07 dürfen die zuständigen Behörden (das sind auch aus Sicht der Länder die Aufgabenträger) zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zusätzlich oder an Stelle der öffentlichen Finanzierung ausschließliche Rechte vergeben. Die Länder sind – im Gegensatz zur Position der kommunalen Spitzenverbände – mehrheitlich der Auffassung, dass die Liniengenehmigung selbst kein ausschließliches Recht gewährt. Insofern wäre es konsequent und mit Hinblick auf die unausweichlich anstehenden Rechtsstreitigkeiten vorteilhaft, wenn die Aufgabenträger mit den Unternehmen öffentliche Dienstleistungsaufträge nach der VO 1370/07 abschließen und darin neben einem eventuellen finanziellen Ausgleich auch ausdrücklich ein ausschließliches Recht gewähren. Dazu kann folgender Muster-text verwendet werden:

„Unabhängig von den personenbeförderungsrechtlichen Bestimmungen gewährt der Aufgabenträger dem Verkehrsunternehmen für die Dauer des Dienstleistungsauftrages ein ausschließliches Recht zum Betrieb der vertragsgegenständlichen Linien im Sinne der VO 1370/07. Dies bedeutet, dass der Aufgabenträger zu den vereinbarten Betriebszeiten keine parallelen Verkehrsangebote auf den Linienwegen der ausgeschriebenen Verkehrsleistungen bei anderen Unternehmen bestellen wird. Von der Ausschließlichkeit nicht

erfasst sind Angebote, die nur abschnittsweise parallel zu den ausgeschriebenen Linien verlaufen.“

Diese Vorgehensweise könnte auch bei nicht bezuschussten (eigenwirtschaftlichen bzw. kommerziellen) Verkehren angewandt werden. Auf diesem Weg kann die Genehmigungsbehörde im Hinblick auf konkurrierende Genehmigungsanträge von Unternehmen, die mit dem Aufgabenträger kooperieren und solchen, die ohne Mitwirkung des Aufgabenträgers „kommerzielle“ Anträge stellen, unter Zugzwang gesetzt werden: die kommerziellen Anträge dürften in einer solchen Konstellation eigentlich nicht genehmigt werden, weil das auf die Verordnung gestützte ausschließliche Recht vorgeht und dessen Vergabe aus Sicht der Länder Sache des Aufgabenträgers ist. Andernfalls würde die Genehmigungsbehörde die Rechte des Aufgabenträgers aus der VO 1370/07 unterwandern. Auf diese Weise versetzt sich der Aufgabenträger in eine Position, die es erlaubt, gegenüber der Genehmigungsbehörde auch ins Feld zu führen, er werde in eigenen Rechten verletzt (Gestaltungsrechte aus der VO 1370/07), wenn die Genehmigungsbehörde die Genehmigung einem anderen Unternehmen gewährt, als dem, mit dem der Aufgabenträger einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag auf der Grundlage der VO 1370/07 abgeschlossen hat. Damit könnte auch das Unterlaufen der Ausschreibung durch kommerzielle Anträge verhindert werden, wie dies bislang im Hinblick auf den Vorrang eigenwirtschaftlicher vor gemeinwirtschaftlicher Verkehre noch gang und gäbe ist.

C Berichtspflichten

Nach Art. 7 Abs. 1 der VO 1370/07 hat jeder Aufgabenträger jährlich einen öffentlichen Bericht abzugeben, in dem Folgendes dargelegt werden muss:

- die ausgesprochenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen,
- die ausgewählten Betreiber,
- die diesen Betreibern gewährten Ausgleichsleistungen und ausschließlichen Rechte.

Offen bleibt dabei, ob der Zuschussbedarf je öffentlichem Dienstleistungsauftrag oder der insgesamt durch den Aufgabenträger ausgeschüttete Betrag zu benennen ist. Auf jeden Fall unterbindet ein solcher Bericht jedoch den Wunsch vieler Unternehmen, die Finanzierung außerhalb der VO 1370/07 zu regeln und am Aufgabenträger vorbei direkt bei der Genehmigungsbehörde kommerzielle Anträge zu stellen.

Dabei ist zu beachten, dass der Aufgabenträger **alle** Zahlungen an die Verkehrsunternehmen veröffentlichen muss. Dies gilt unabhängig davon, unter welchem Titel diese Mittel im Kommunalhaushalt aufgeführt werden, solange nur das Geld für Verkehrsleistungen gewährt wird, die allgemein zugänglich sind. Erfasst sind also auch die Zahlungen der Schulverwaltung für einzelne Kurse, die hauptsächlich von Schülern genutzt, aber zum normalen Tarif durchgeführt werden und jedem Fahrgast offen stehen.

Empfohlen wird daher, den Bericht auf die jeweilige Homepage des Aufgabenträgers zu stellen, um bestmögliche Transparenz zu schaffen.

Für den Bereich des Schienenpersonennahverkehrs gelten darüber hinaus weitere Veröffentlichungspflichten im Falle der Direktvergabe: Hier muss die zuständige Behörde (dies sind in der Regel zwar die Länder, in NRW z.B. aber kommunal verfasste Zweckverbände) innerhalb eines Jahres nach der Auftragsvergabe öffentlich zugänglich machen:

- den Namen des Auftraggebers, seines Eigentümers sowie ggf. den/die Namen der Partei oder Parteien, die eine rechtliche Kontrolle (über das Eisenbahnverkehrsunternehmen) ausübt/ausüben;
- die Dauer des öffentlichen Dienstleistungsauftrags;
- eine Beschreibung der zu erbringenden Personenverkehrsdienste;
- eine Beschreibung der Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung;
- Qualitätsziele wie bspw. in Bezug auf Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit und anwendbare Prämien und Sanktionen;
- Bedingungen in Bezug auf die wichtigsten Wirtschaftsgüter (hierbei dürfte es sich um die Zugangsbedingungen zur Infrastruktur sowie die Verfügbarkeit über das rollende Material handeln).

Die Berichtspflicht hat zum Ziel, Transparenz über die Finanzierung des ÖPNV zu schaffen. Zahlungen auf Grundlage von notifizierten Regelungen für den Ausbildungsverkehr (heute § 45a PBefG) und Schwerbehinderte (heute § 148 SGB IX) werden von der Berichtspflicht jedoch nicht erfasst. Insofern ist das Ziel einer umfassend transparenten Finanzierung noch nicht vollständig erreicht, wenn diese besonderen Finanzierungsregelungen dauerhaft Bestand haben sollten. Der Aufgabenträger sollte deshalb darauf hinwirken, dass er einen Zugriff auf alle Finanzierungstöcke des ÖPNV erhält, da nur auf diesem Wege eine echte Transparenz der Gesamtfinanzierung im Rahmen des Jahresberichts nach Art. 7 Abs. 1 VO 1370/07 erreicht werden kann. Dies setzt ggf. auf Landesebene eine Umstellung bisheriger unternehmensbezogener Finanzierungsregelungen auf Pauschalvergütungen für die Aufgabenträger voraus.

Die in Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07 den zuständigen Behörden auferlegte Pflicht, spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Verfahrens oder der Direktvergabe mindestens Name und Anschrift der zuständigen Behörde, die Art des geplanten Vergabeverfahrens sowie die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete zu veröffentlichen, hat eine lebhafte Diskussion ausgelöst, ob hierdurch quasi im Vorgriff auf das Inkrafttreten der VO 1370/07 zum 3.12.2009 Handlungsnotwendigkeiten entstehen, sofern die Verkehre vor dem 4.12.2010 zur Vergabe anstehen. Seitens der Länder gibt es hierzu keine eindeutige Stellungnahme (Rheinland-Pfalz z.B. verneint eine derartige Vorwirkung der VO 1370/07). Aus Sicht der BAG ÖPNV spricht allerdings viel dafür, von einer Vorwirkung der VO 1370/07 auszugehen und dementsprechend aktiv zu werden.

D Allgemeine Vorschrift

In Verbundräumen ist dringend zu empfehlen, eine allgemeine Vorschrift zum Verbundtarif zu erlassen. Dazu sind alle Aufgabenträger als zuständige Behörde nach Art. 3 Abs. 2 der VO 1370/07 berechtigt. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass Misch- oder Unternehmensverbände hierzu nicht befugt sind, so dass ggf. erst durch eine Anpassung der Verbundstrukturen die Voraussetzungen für die Anwendung der VO 1370/07 geschaffen werden müssen. Dies gilt im Übrigen auch im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit der Direktvergabe durch eine Gruppe von Behörden, sofern wenigstens eine zuständige Behörde eine Kontrolle über den internen Betreiber ausübt wie über eine eigene Dienststelle.

Eine solche Vorgehensweise bietet folgende Vorteile:

- Der Verbundtarif ist auf Grundlage der VO 1370/07 für Unternehmen und Genehmigungsbehörden verbindlich.
- Die Einnahmeverteilung muss gemäß der VO 1370/07 diskriminierungsfrei und transparent erfolgen, weil sie Folge der allgemeinen Vorschrift ist. Verbände, die bisher keine Transparenz gewähren, können damit zur Offenlegung der Abrechnungsgrundlagen gezwungen werden.
- Es wird Sache der Aufgabenträger, in der allgemeinen Vorschrift die Verteilung der Verbundförderung festzulegen.

Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass im Falle von Nettovergaben nicht der gesamte Tarif als Höchsttarif vorgegeben werden darf, sondern den Unternehmen noch tarifliche Ausgestaltungsmöglichkeiten überlassen bleiben müssen.

E Anwendung des Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07

Bund und Länder gehen davon aus, dass die Aufgabenträger zuständige Behörde nach der VO 1370/07 sind und zur Finanzierung des ÖPNV künftig öffentliche Dienstleistungsaufträge unter direkter Beachtung der VO abschließen. Konkrete Ausführungsregelungen, wie die Anwendung der VO durch die Aufgabenträger im Detail zu erfolgen hat, bestehen derzeit nicht. Insbesondere wird es vorerst keine Verfahrensvorgaben zur Ausgestaltung des wettbewerblichen Verfahrens nach Art. 5 Abs. 3 geben.

Im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2 VO 1370/07 („schrittweise Anwendung“) ist Art. 5 VO 1370/07 derzeit mangels eines entsprechenden nationalen Anwendungsbefehls nicht zwingend anzuwenden (s.o.); zulässig ist aber seine freiwillige Anwendung. Soweit der Aufgabenträger sich hierfür entscheidet, muss er allerdings selbst festlegen, wie er ein offenes, faires und transparentes Wettbewerbsverfahren durchführt und die nur allgemeinen Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 konkretisiert. Einzelne Bundesländer wie etwa der Freistaat Bayern empfehlen derzeit, sich insoweit an den gängigen Vergabeverfahren (offenes und nicht-offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog) zu orientieren. Demgegenüber empfiehlt die BAG ÖPNV die im Rahmen

ihres PBefG-Entwurfs erarbeiteten Vergaberegeln anzuwenden. Die diesbezüglichen Passagen wurden in Anlage 2 zu einer entsprechenden Leitlinie zusammengefasst. Diese verstehen sich als Orientierungshilfe und bieten die Möglichkeit einer freieren Verfahrensgestaltung, sind allerdings auch mit einem gewissen Risiko behaftet, dass sie in einem Rechtsschutzverfahren nicht anerkannt werden. Letztlich muss jeder Aufgabenträger diese Fragen für sich selbst beantworten. Sofern ein Aufgabenträger sich bei der Vergabe nach Art. 5 Abs. 3 an diese Verfahrensregelung freiwillig bindet, sollte er im Rahmen der Vorabveröffentlichung auf die Leitlinien Bezug nehmen, um den Unternehmen von Anfang an Klarheit zu verschaffen. Das von der BAG ÖPNV vorgeschlagene Verfahren könnte damit längerfristig zum praktizierten Standardverfahren werden.

F Linienbündel und Harmonisierung der Genehmigungslaufzeiten

Aufgrund betriebswirtschaftlicher und betriebsorganisatorischer Erwägungen kann es aus Aufgabenträgersicht sinnvoll sein, Einzellinien zu Linienbündeln (Netze) zusammenzufassen. Diese Bündelung muss anhand nachvollziehbarer (objektiver) Kriterien erfolgen und ihren Niederschlag im entsprechend anzupassenden Nahverkehrsplan finden. Die Vergabe der im Linienbündel zusammengefassten Einzellinien – sei es als Direktvergabe oder als Vergabe im wettbewerblichen Verfahren – wird im praktischen Vollzug erleichtert, wenn die zu Grunde liegenden Liniengenehmigungen im Hinblick auf ihre Laufzeit harmonisiert sind. Da eine Verkürzung erteilter Liniengenehmigungen rechtlich ausscheidet, kann eine Harmonisierung nur dadurch erreicht werden, dass bei Auslaufen einzelner zum Linienbündel gehörender Genehmigungen/Beträufungen lediglich die zuerst zu erteilende (Wieder-)Genehmigung/Beträufung auf 8 Jahre erfolgt und die Genehmigungen/Beträufungen für die weiteren Linien des Bündels nur verkürzt auf den Tag des Auslaufens der ersten Linie erfolgen. Ein solches Vorgehen ist genehmigungsrechtlich ohne weiteres möglich und wird von der Rechtsprechung anerkannt. Je nachdem wie unterschiedlich die örtlichen Laufzeiten der Liniengenehmigungen ausfallen, benötigt eine solche Harmonisierung von Linienlaufzeiten allerdings erhebliche Vorlaufzeiten.

Sofern einzelne Linien die Schwellenwerte des Art. 5 Abs. 4 überschreiten, könnte eine Harmonisierung durch verkürzte Neugenehmigung nach Inkrafttreten der VO 1370/07 problematisch werden, weil eventuell eine Vergabepflicht für die Einzellinie auch nur bei kurzer Laufzeit entstehen kann. Insofern kann es sinnvoll sein, mit dem Beschluss über die Linienbündelung die Finanzierungsverträge gleich in ihrer Laufzeit auf den geplanten zukünftigen Vergabetermin anzupassen und damit die Übergangsregelung des Art. 8 Abs. 3 für die gesamte Harmonisierungsphase zu nutzen.

Alternativ besteht die Möglichkeit, die Linien bereits vor einer Laufzeitharmonisierung als Bündel mit einer gestaffelten Inbetriebnahme der Einzellinien zu vergeben. Vergaberechtlich ist dies unproblematisch. Im Rahmen der Leis-

tungsbeschreibung ist in diesem Fall deutlich zu machen, dass die Bedienung der zum Bündel gehörenden Einzellinien zu unterschiedlichen, jeweils individuell zu bestimmenden Zeitpunkten beginnt. Naturgemäß erschwert die gestaffelte Inbetriebnahme die Kalkulation der Angebote sowie ggf. später auch die Einnahmenabrechnung bei Übergang der Linien an einen neuen Betreiber. Eine solche Vorgehensweise kann jedoch gleichwohl Sinn machen, wenn die örtlichen Laufzeiten der vom Linienbündel erfassten Genehmigungen etwa sehr homogen sind und in vergleichsweise kurzen Zeiträumen nacheinander auslaufen. Die gebündelte Vergabe kann dann bereits zu Beginn einer andernfalls langdauernden Harmonisierungsphase erfolgen. Sinnvoll ist es, die gebündelte Vergabe mit der oben beschriebenen Laufzeitharmonisierung durch Vorgabe eines einheitlichen Laufzeitendes für alle erfassten Einzellinien zu kombinieren.

G Rechtsschutz

Wenngleich die Frage des Rechtsschutzes (Art. 5 Abs. 7) in der Verantwortung der Mitgliedsstaaten liegt, hat die Organisation des Rechtsschutzes gleichwohl Auswirkungen auf die Aufgabenträger. Bleibt es bei dem bisherigen Dualismus zwischen dem Aufgabenträger, der im Rahmen der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen für die Planung und Finanzierung des Nahverkehrs verantwortlich zeichnet, und der für die Erteilung einer PBefG-Liniengenehmigung zuständigen i.d.R. staatlichen Genehmigungsbehörde, kann gegen die Handlungen dieser unterschiedlichen staatlichen Stellen auch getrennt Rechtsschutz eingelegt werden. Der Rechtsschutz im Rahmen des Abschlusses von Dienstleistungsaufträgen hat dabei eine vergaberechtliche und eine beihilferechtliche Komponente, die zumindest in der Übergangsphase vom alten auf das neue Verordnungsrecht zu einer weiteren Zersplitterung der Rechtsschutzmöglichkeiten führen kann. Damit stellte sich jedoch die Frage, ob es ggf. eines mehrstufigen Rechtsschutzes bedarf, nämlich gegen die Finanzierung, die Art der Vergabe und – bei Aufrechterhaltung des Dualismus – gegen die Genehmigungserteilung. Die beiden ersten Fälle wären je nach dem Charakter des Dienstleistungsauftrages (öffentlicher Auftrag oder Dienstleistungskonzession) vor den Vergabekammern und OLGs oder aber den Verwaltungsgerichten zu klären, während für die Frage der Genehmigung nur die Verwaltungsgerichte zuständig sind.

(Näheres zur Allgemeinen Vorschrift: Aufsatz von Winnes in der Nahverkehr 6/2009; zur Zuständigkeitsfrage und zum Konflikt mit den Genehmigungsbehörden: Winnes/Schwarz/Mietzsch EuR 2/09)

III. Anlagen

1. Muster für Vorabinformationen nach Art. 7 Abs. 1 VO 1370/07
2. Leitlinien der BAG ÖPNV zur wettbewerblichen Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07

3. Grundlagenpapier der BAG ÖPNV