



Der neue Rechtsrahmen für den Busverkehr

Chancen für den Mittelstand

Der neue Rechtsrahmen für den Busverkehr

Chancen für den Mittelstand

Herausgeber Industrie- und Handelskammer
Region Stuttgart
Jägerstraße 30, 70174 Stuttgart
Postfach 10 24 44, 70020 Stuttgart
Telefon 0711 2005-0
Telefax 0711 2005-1354
www.stuttgart.ihk.de
info@stuttgart.ihk.de

Konzeption Abteilung Industrie und Verkehr

Autoren Dr. Sibylle Barth, Dr. Gerrit Landsberg,
BBG und Partner, Bremen

Redaktion Jörg Schneider, IHK Region Stuttgart

Projektmanagement Print Cathérine Swirsky, IHK Region Stuttgart

Druck J. F. Steinkopf Druck GmbH, Stuttgart

Titelbild Fotolia

Stand Februar 2013

© 2013 Industrie- und Handelskammer
Region Stuttgart
Alle Rechte vorbehalten.
Nachdruck oder Vervielfältigung auf Papier
und elektronischen Datenträgern sowie
Einspeisungen in Datennetze nur mit
Genehmigung des Herausgebers.
Alle Angaben wurden mit größter Sorgfalt
erarbeitet und zusammengestellt. Für die
Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts
sowie für zwischenzeitliche Änderungen
übernimmt die Industrie- und Handels-
kammer Region Stuttgart keine Gewähr.

| | |
|--|----|
| Vorwort | 5 |
| 1 Einführung und Bewertung der Ergebnisse aus Sicht der IHK | 6 |
| 2 Das ÖPNV-Recht seit 2013 im Überblick | 8 |
| 2.1 Worum es im neuen ÖPNV-Recht geht | 8 |
| 2.2 Wie es zur PBefG-Novelle kam | 8 |
| 2.3 Die VO 1370/2007 als Anlass der PBefG-Novelle | 10 |
| 2.4 ÖPNV-Finanzierung nach VO 1370/2007 und neuem PBefG | 12 |
| 2.4.1 Öffentliche Dienstleistungsaufträge | 12 |
| 2.4.2 Allgemeine Vorschriften | 14 |
| 2.5 ÖPNV-Finanzierung und der neue Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit | 16 |
| 2.6 Vergaberegeln für öffentliche Dienstleistungsaufträge | 17 |
| 2.6.1 Vergaberegeln nach VO 1370/2007 und neuem PBefG | 17 |
| 2.6.2 Übergangszeitraum | 19 |
| 2.7 Tariffinanzierung über allgemeine Vorschriften | 19 |
| 2.8 Zuständige Behörden, Aufgabenträger und andere Stellen | 22 |
| 3 Gestaltung von Vergabeverfahren | 24 |
| 3.1 Die Vergabe von Genehmigungen für eigenwirtschaftliche Verkehrsangebote | 24 |
| 3.1.1 Eigenwirtschaftlicher Genehmigungswettbewerb ohne bekanntgemachte Vergabeabsicht | 24 |
| 3.1.2 Eigenwirtschaftlicher Antrag nach Bekanntmachung einer Vergabeabsicht | 32 |
| 3.2 Direktvergabe-Optionen in der VO 1370/2007 | 39 |
| 3.2.1 Anwendungsbereich der Direktvergabe-Optionen der VO 1370/2007 | 39 |
| 3.2.2 Direktvergabe an einen internen Betreiber gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 | 39 |
| 3.2.3 Direktvergabe von sogenannten Bagatellaufträgen gemäß Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 | 40 |
| 3.2.4 Notmaßnahmen gemäß Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 | 41 |
| 3.3 Faire Gestaltung von Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der unternehmerischen Belange | 41 |
| 3.3.1 Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 | 41 |
| 3.3.2 Vergabeverfahren nach der VOL/A | 43 |
| 3.3.3 Aspekte für eine unternehmensfreundliche Gestaltung | 43 |
| 3.3.4 Wahl der Verfahrensart | 43 |
| 3.3.5 Losweise Vergabe/Bietergemeinschaften | 47 |
| 3.3.6 Der Nettovertrag | 48 |
| 3.3.7 Die funktionale Leistungsbeschreibung | 50 |
| 3.3.8 Zulassung von Nebenangeboten | 53 |
| 3.3.9 Die Ausgestaltung der Eignungskriterien | 55 |
| 3.3.10 Auswahl der Zuschlagskriterien | 57 |
| Anschriften | 59 |

Fast fünf Jahre des Tauziehens zwischen Bund und Ländern sind endlich vorbei. Am 1. Januar 2013 ist die in Gesetzesform gegossene Kompromissformel für den Rechtsrahmen des Personenverkehrs in Deutschland in Kraft getreten. Das Ergebnis kann sich sehen lassen. So sichert das neue Personenbeförderungsgesetz den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre ab. Es liegt damit auch in Zukunft in ganz wesentlichem Maße in der Hand der Busunternehmen, ein überzeugendes Nahverkehrsangebot zu gestalten. Nur im Fall, dass für die Fahrgäste keine ausreichende marktorientierte Bedienung durch unternehmensinitiierte Verkehre sichergestellt wird, haben die staatlichen Stellen die Befugnis zum Eingreifen. Dies ist eine große Chance, aber auch eine Verpflichtung für das mittelständisch geprägte Busgewerbe in Deutschland. Wir sind uns sicher, dass die Unternehmen auch künftig die notwendige Initiative an den Tag legen werden.

Das Risiko, dass die Chancen, die in der Neuregelung stecken, ungenutzt bleiben ist indes nicht gering, vor allem wenn Fehler bei der Auslegung des neuen Rechtsrahmens zu Rechtsunsicherheit oder gar zu wirtschaftlich nicht vertretbaren und rechtlich nicht haltbaren Entscheidungen führen.

Daher haben wir uns entschlossen, unseren Leitfaden „Vergaben im Busverkehr – Chancen und Risiken für den Mittelstand“ aus dem Jahr 2009 grundlegend überarbeiten und auf den neuesten Stand bringen zu lassen. Das vorliegende Werk wurde erneut von der Rechtsanwaltskanzlei BBG und Partner erstellt. Es beschreibt zu Beginn detailliert die neue Rechtslage und stellt in den weiteren Kapiteln dar, welche Möglichkeiten das Instrumentarium für den Marktzugang – Genehmigungswettbewerb, Direktvergabe und wettbewerbliches Vergabeverfahren – für einen fairen Wettbewerb unter Berücksichtigung unternehmerischer Belange bietet. Der Leitfaden richtet sich an die Busunternehmen und die Genehmigungsbehörden, vor allem aber an die Aufgabenträger.

Stuttgart, im Februar 2013

Georg Fichtner
Präsident

Andreas Richter
Hauptgeschäftsführer

1. Einführung und Bewertung der Ergebnisse aus Sicht der IHK

Der Begriff Wettbewerb im weiteren Sinne wird im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) in Deutschland für ein ganzes Konglomerat an Themen benutzt. Immer geht es dabei um das Zusammenspiel von Marktordnung und Finanzierung. Die IHK hat sich wiederholt für den Vorrang eines kommerziellen, unternehmerisch geprägten ÖPNV ausgesprochen.

Die besondere Schwierigkeit im ÖPNV-Markt besteht darin, dass sich Wettbewerb zwischen Leistungsanbietern im Sinne klassischer Vergaben nach dem Kartellvergaberecht in vielen Wirtschaftsbereichen bewährt hat, der ÖPNV jedoch aufgrund seiner Besonderheiten kaum auf der Grundlage allgemeiner Marktordnungsprinzipien von Angebot und Nachfrage zu betreiben wäre. Schließlich ist der ÖPNV

- bedeutsamer Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge,
- oft nicht kostendeckend zu betreiben,
- nicht auf Vorrat produzierbar.

Um diesen speziellen Anforderungen gerecht zu werden, wird zwischen eigenwirtschaftlich und gemeinwirtschaftlich Verkehren unterschieden. Es war ein wesentliches Ziel der Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes, vor allem den Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit an die Vorgaben der EU Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden VO 1370/2007) anzupassen. Er musste zu diesem Zweck deutlich enger gefasst werden, als das in der Vergangenheit der Fall war. Entscheidend ist aber, dass der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre auch in Zukunft Gültigkeit hat. Damit ist die Grundlage dafür geschaffen, dass sich insbesondere das mittelständisch geprägte Omnibusgewerbe auch in Zukunft unternehmerisch betätigen kann. So wird auf eigenwirtschaftliche Verkehre weiterhin das Prinzip des Genehmigungswettbewerbs angewendet (§ 8 PBefG n. F.). Danach erhält ein Verkehrsunternehmen auf Antrag eine Liniengenehmigung. Sie berechtigt das Unternehmen, den Verkehr auf dieser Linie auf Zeit exklusiv zu betreiben. Dem Verkehrsunternehmen wird es dadurch ermöglicht, seine Kosten durch Verkehrserträge zu erwirtschaften. Bei einer zur Neuerteilung anstehenden Liniengenehmigung können jedoch auch andere interessierte Unternehmen einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung einreichen. Unter Berücksichtigung der Kriterien des PBefG n. F. und gegebenenfalls des für den jeweiligen Landkreis gültigen Nahverkehrsplanes wird dem Unternehmen mit dem besten Antrag die Konzession erteilt. Damit sorgt der Genehmigungswettbewerb dafür, dass dasjenige Unternehmen eine Linie bedient, das das beste Angebot ohne finanzielle Abgeltungen für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbringt.

Doch das PBefG n. F. hält nur zum Teil am status quo fest. So zeigt sich durchgängig, dass der Gesetzgeber vor allem die Rolle der Beteiligten und auch die Verfahren bis zur Genehmi-

gungserteilung selbst neu und wesentlich genauer beschreibt, als man dies vom alten Rechtsrahmen gewohnt war. Insbesondere werden die Rollen von Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde neu definiert. Sehr viel stärker als in der Vergangenheit tragen die Aufgabenträger die Verantwortung dafür, das von ihnen angestrebte Verkehrsangebot frühzeitig zu konzipieren. Überhaupt gilt es, sich auf wesentlich längere Zeiträume im Genehmigungsverfahren einzustellen. Entschließt sich ein Aufgabenträger etwa, ein zusätzliches Verkehrsangebot zu finanzieren und dazu ein wettbewerbliches Vergabeverfahren anzustrengen, dann muss er dies ganze 27 Monate vor dem Betriebsbeginn vorab bekanntmachen, da der Gesetzgeber dem eigentlichen Bestellverfahren noch einen Zeitraum von drei Monaten für einen eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerb vorangestellt hat (§§ 8a Abs. 2, 12 Abs. 6 PBefG n. F.).

Das hat auch unmittelbare Auswirkungen auf die Verkehrsunternehmen. Sie müssen sehr viel früher als in der Vergangenheit und vor allem dauerhaft am Ball bleiben, wenn sie die ihnen eingeräumten Beteiligungsrechte und Gestaltungsmöglichkeiten bei Neuverkehren nutzen und keine bestehenden Linien verlieren wollen.

So empfiehlt es sich für die Busunternehmen dringend, künftig in jedem Fall die Chance zur aktiven Einbringung bei der Aufstellung der Nahverkehrspläne zu nutzen. Diesem „Rahmen für die Entwicklung des ÖPNV“ (§ 8 Abs. 3 PBefG n. F.) ist ein wesentlich höheres Gewicht als nach seitherigem Recht beizumessen. Dafür ist die bereits beschriebene Vorabkennzeichnung der Aufgabenträger für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren ursächlich. Sie soll insbesondere Anforderungen an Fahrplan, Beförderungsentgelte und Standards festlegen (§ 8a Abs. 2 PBefG n. F.). Die Aufgabenträger werden sich dazu aus den Vorgaben des Nahverkehrsplans bedienen. Unternehmen, die bei der Definition von Umfang und Qualität des Verkehrsangebotes im Nahverkehrsplan aktiv mitwirken und ihre Aufgabenträger auf unangemessene Vorgaben hinweisen, haben somit wesentlich bessere Chancen, später nicht mit überzogenen Anforderungen in den Vorabkennzeichnungen konfrontiert zu werden. So schwer es sich vor allem für kleine Unternehmen ohne entsprechende personelle Ausstattung darstellt, ihr Recht auf Beteiligung (§ 8 Abs. 3 PBefG n. F.) auch tatsächlich wahrzunehmen, so wichtig mag es für ihre Zukunft sein. Gleichzeitig appellieren wir an die Aufgabenträger, die gesetzliche Vorgabe zur frühzeitigen Beteiligung der vorhandenen Unternehmen so auszugestalten, dass auf kleine und mittlere Busunternehmen aktiv zugegangen wird.

Weiterhin müssen die Unternehmen das von den jeweiligen Genehmigungsbehörden jährlich im Amtsblatt der EU zu veröffentliche Verzeichnis aller jeweils bestehenden Linien im Blick haben (§ 18 PBefG n. F.), um einen möglichen Genehmi-

gunstswettbewerb nicht zu versäumen. Auch den Genehmigungsbehörden stellt sich hier eine neue, wichtige und anspruchsvolle Aufgabe, da auch Angaben zu den Antragsfristen zu machen sind. Rechtssicher und wirtschaftsfreundlich – die Angabe von Fristen konkret mit Datum hilft vor allem kleineren Unternehmen – wird dies nur mit einem vorausschauenden Fristenmanagement in den Griff zu bekommen sein.

Nicht zuletzt dürfen die Unternehmen bei Interesse an einer Linie, einem Linienbündel oder einem (Teil-)Netz keinesfalls die nach einer Vorabbekanntmachung laufende Dreimonatsfrist für eigenwirtschaftliche Anträge ungenutzt verstreichen lassen. Wer sich für die Abgabe eines eigenwirtschaftlichen Angebots entscheidet, der muss für sich die Entscheidung treffen, was ihm die Linie/das Paket tatsächlich Wert ist. Denn neu ist, dass Angaben zu bestimmten qualitativen Standards verbindlich zugesichert werden müssen (§ 12 Abs. 1a PBefG n. F.). Im Fall, dass sich sein Angebot durchsetzt, ist ein Unternehmen daran während der gesamten Laufzeit der Genehmigung gebunden. Das kann sich je nach Fall sehr kostenintensiv auswirken (§ 61 Abs. 1 Nr. 1 PBefG n. F.).

Diese und weitere Empfehlungen zu den Chancen und Risiken im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs, die Darstellung von Vergabeverfahren nach der VO 1370/2007 (einschließlich der Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession sowie die Möglichkeiten der Direktvergabe bei Aufträgen unterhalb der in der Verordnung genannten Schwellenwerte) bis hin zu Vergaben nach dem Kartellvergaberecht gemäß der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) finden Sie auf den folgenden Seiten ausführlich dargestellt. Dabei wird auch auf Besonderheiten bei den einzelnen Verfahren hingewiesen. So haben beispielweise Erfahrungen mit Ausschreibungen gezeigt, dass kleine und mittelständische Unternehmen mit den strengen Formalien nach der VOL/A wie Nachweispflichten und Ausschlussgründen nicht zurechtkamen und deshalb geringe Chancen bei der Kartellvergabe von öffentlichen Aufträgen hatten. Auch mit diesen Schwierigkeiten müssen sich Aufgabenträger eingehend befassen, wenn sie die stark mittelständisch geprägte Struktur der Busunternehmen in Deutschland erhalten wollen, wovon wir im Interesse einer optimalen Versorgung der Bevölkerung mit ÖPNV-Leistungen ausgehen.

2. Das ÖPNV-Recht seit 2013 im Überblick

Seit der Bahnreform und der im Jahr 1996 wirksam gewordenen Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs befindet sich das ÖPNV-Recht ständig in Bewegung. Mit der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes hat dieser Reformprozess einen (vorläufigen) Abschluss gefunden.

2.1 Worum es im neuen ÖPNV-Recht geht

Das neue ÖPNV-Recht setzt sich im Wesentlichen aus vier Regelungsbereichen zusammen:

- dem Beihilfenrecht,
- dem Vergaberecht,
- dem Verkehrsgewerberecht und
- dem Recht der kommunalen Selbstverwaltung.

Aus dem Beihilfenrecht ist vor allem die VO 1370/2007¹ von Bedeutung. Sie betrifft die Finanzierung von Verkehrsdiensten, enthält allerdings auch vergaberechtliche Regelungen. Im Vergaberecht geht es um die Beschaffung von Leistungen durch die öffentliche Hand, insbesondere auf der Basis öffentlicher Aufträge oder durch Dienstleistungskonzessionen. Aus dem Vergaberecht im engeren Sinne (Recht der öffentlichen Aufträge) sind insbesondere Normen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Verdingungsordnungen relevant. Das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) ist ursprünglich Gewerberecht, befasst sich also mit der Ordnung der gewerblichen Betätigung. Seit seiner Novellierung schlägt das PBefG jedoch auch eine Brücke zum Beihilfenrecht (VO 1370/2007) und enthält ebenfalls vergaberechtliche Bestimmungen. Da der ÖPNV zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zählt,² ist auch dieser Rechtsbereich betroffen. Die ÖPNV-Gesetze der Länder gestalten diese speziell für den ÖPNV weiter aus und nehmen hierbei Bezug sowohl auf das Verkehrsgewerberecht bzw. PBefG (vor allem Regelungen zum Nahverkehrsplan) als auch auf das Beihilfenrecht (vor allem Bestimmung der zuständigen Behörden).

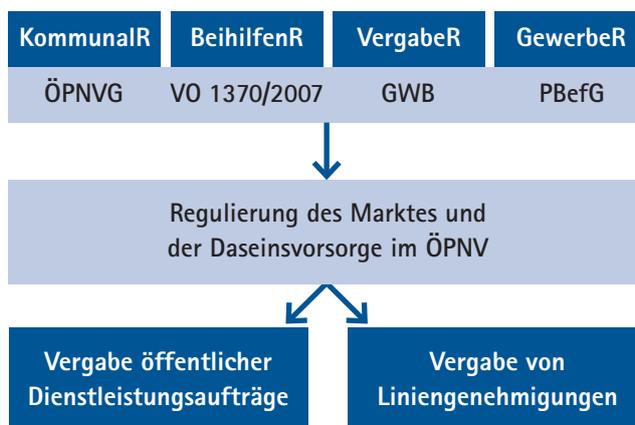
Diese Rechtsakte bilden zum einen den Rahmen für die Daseinsvorsorge im ÖPNV. Sie regeln, unter welchen Voraussetzungen die zuständigen Stellen (in der Regel die kommunalen Aufgabenträger) die Allgemeinheit mit einem angemessenen ÖPNV-Angebot versorgen können. Hierfür stellt das neue ÖPNV-Recht verschiedene Instrumente zur Beeinflussung und zur Finanzierung des ÖPNV-Angebots bereit.

Die genannten Regelungen ergeben zum anderen aber auch den Rahmen für die unternehmerische Betätigung im ÖPNV: Sie regulieren den ÖPNV-Markt dadurch, dass als Verkehrsunternehmen hier nur tätig werden kann, wer durch das einschlägige Verfahren zum Betrieb eines Linienverkehrs zugelassen wird. Aus der unternehmerischen Perspektive führt das

neue ÖPNV-Recht dazu, dass der Marktzugang im ÖPNV weiterhin durch zwei unterschiedliche Verfahren eröffnet wird:

- mittels Vergabe einer Linienverkehrsgenehmigung durch die Genehmigungsbehörde bei eigenwirtschaftlichen Verkehren oder
- mittels Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags durch die zuständige Behörde (in der Regel der Aufgabenträger) – es handelt sich dann um gemeinwirtschaftlichen Verkehr.³

Abbildung 1: Gebiete und Regulierungsansätze des ÖPNV-Rechts



2.2 Wie es zur PBefG-Novelle kam

Die oben (2.1) genannten Rechtsbereiche werden nicht nur von verschiedenen Normgebern ausgestaltet, sondern verfolgen auch unterschiedliche Regelungsziele. Dadurch auftretende Unstimmigkeiten, insbesondere im Verhältnis des verkehrsspezifischen EU-Rechts zum nationalen Verkehrsgewerberecht (PBefG) haben immer wieder die Gerichte beschäftigt.⁴

¹ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70, ABl. EG Nr. L 315 v. 03.12.2009, S. 1.

² BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04 – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften, Tz. 123.

³ Der Begriff „gemeinwirtschaftlicher Verkehr“ findet sich zwar nicht im Gesetzestext, aber in der Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2a PBefG n. F., BT-Drs. 17/10857, S. 23.

⁴ Meilensteine der ÖPNV-Rechtsprechung sind insbesondere das *Altmark-Trans*-Urteil des EuGH v. 24.07.2003, Rs. C-280/00, das mit der Formulierung von vier Kriterien weit über den ÖPNV hinaus Bedeutung besitzt für eine beihilfenrechtskonforme Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen Unternehmen betraut werden können; ferner die Urteile des BVerwG vom 19.10.2006, 3 C 33.05 und vom 29.10.2009, 3 C 1.09 und 3 C 2.09 betreffend das Verhältnis des EU-Verkehrsbeihilfenrechts zum Personenbeförderungsgesetz und des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit gegenüber den vom Aufgabenträger bestellten Verkehrsdiensten.

Mit der am 3. Dezember 2009 in Kraft getretenen VO 1370/2007 hat die EU einen neuen⁵ gemeinschaftsweiten Rechtsrahmen für den öffentlichen Personenlandverkehr geschaffen, zu dem auch der ÖPNV zählt. Die VO 1370/2007 regelt, unter welchen Voraussetzungen die zuständigen Stellen in den Verkehrsmarkt eingreifen dürfen, um ein Angebot sicherzustellen, welches der Markt nicht von sich aus bereitstellt. Hierfür sieht die VO 1370/2007 finanzielle Ausgleichsleistungen und Ausschließlichkeitsrechte als Kompensation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen vor (dazu unten 2.4). Die VO 1370/2007 gilt unmittelbar in den Mitgliedstaaten und setzt sich als höherrangiges Recht gegen widersprechende nationale Bestimmungen durch.⁶ Außerdem eröffnet die VO 1370/2007 gewisse Spielräume für eine nationalrechtliche Ausgestaltung.

Vor diesem Hintergrund begann früh die Debatte darüber, wie das nationale Recht an das EU-Recht angepasst werden soll.⁷ Die erstmals im Jahr 2008 angegangene Novellierung des PBefG⁸ wurde jedoch wegen der damals anstehenden Bun-

destagswahl zunächst nicht weiterverfolgt.⁹ Die Länder regelten daher übergangsweise im Wege interpretierender Leitlinien¹⁰, wie das PBefG nach Inkrafttreten der VO 1370/2007 anzuwenden sei. Ein neuer Anlauf zur Änderung des PBefG im Jahr 2010¹¹ blieb wieder erfolglos. Ebenso stieß der von der Bundesregierung im August 2011 in den Bundesrat eingebrachte Gesetzentwurf¹² auf grundlegende Kritik.¹³

In rechtlicher Hinsicht war und ist hierbei die grundlegende Frage strittig, ob eigenwirtschaftliche Verkehre außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 1370/2007 stehen können (siehe dazu 2.3). Ordnungspolitisch umstritten war im Nahverkehr¹⁴ insbesondere die Reichweite des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit bzw. die Befugnis der Aufgabenträger, gemeinwirtschaftliche (vertraglich bestellte) Verkehrsdienste gegen unzureichende eigenwirtschaftliche Angebote durchzusetzen (unten 2.5 und 3.1.2).

Dazu von den kommunalen Spitzenverbänden erhobene Forderungen¹⁵ wurden von den sogenannten A-Ländern im Bun-

⁵ Die VO 1370/2007 ersetzt u.a. die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates v. 26.06.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. EG Nr. L 156 v. 28.06.1969, S. 1.

⁶ Art. 288 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AEUV.

⁷ Vergleiche hierzu *Fiedler/Wachinger*: Das Recht des straßengebundenen Verkehrs in den Jahren 2007/2008, in: N&R 2008, 116, 117; Metz: Schluss mit Vabanque, in: Der Nahverkehr 1-2/2009, 6.

⁸ Vergleiche hierzu den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 27.08.2008. Gegenentwürfe gab es insbesondere vom VDV, vergleiche dazu *Schäfer*: VDV positioniert sich zur PBefG-Novellierung, in: Bus & Bahn 5/2008, 3 ff; und Gesetzentwurf von der BAG ÖPNV (Bundesarbeitsgemeinschaft der ÖPNV-Aufgabenträger unter dem Dach der kommunalen Spitzenverbände), vergleiche dazu Rundschreiben des Deutschen Städtetags vom 04.06.2008.

⁹ Auf der Konferenz der Verkehrsabteilungsleiter der Länder am 12.03.2009 teilte der für das PBefG zuständige Abteilungsleiter im BMVBS den Ländervertretern offiziell mit, dass eine PBefG-Novelle gescheitert sei und zumindest in dieser Legislaturperiode nicht mehr realisiert werden könne. Vergleiche auch Plenarprotokoll der 219. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 06.05.2009, S. 23858.

¹⁰ Die Länder hatten – einer Beschlusslage der Verkehrsministerkonferenz vom 22./23.04.2009 folgend – über ihren Arbeitskreis „Öffentlicher Personenverkehr“ unter Beteiligung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung eine in Grundzügen einheitliche Vorgehensweise und Interpretation der Rechtslage abgestimmt, die jedoch in Einzelpunkten von den Ländern unterschiedlich gehandhabt wurde; vergleiche „Grundpositionen der Länder zur Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und zur Genehmigung von Verkehrsdienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr auf der Straße ab dem 03.12.2009“ vom 21.09.2009 sowie die Nachwei-

se bei *Fiedler/Wachinger*: Das Recht des straßengebundenen Verkehrs in den Jahren 2009/2010, in: N&R 2010, 170, 171. Für Baden-Württemberg waren maßgeblich die „Leitlinien zur Anwendung der EU-VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 3. Dezember 2009 bis zum Inkrafttreten einer Novelle des PBefG“ des Innenministeriums vom 10.12.2009 (Nr. 76-3870.0/81).

¹¹ Bekannt wurde ein noch vorläufiger Arbeitsentwurf für ein Änderungsgesetz aus dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 19.07.2010; vergleiche ÖPNV aktuell Nr. 64/10 v. 13.08.2010, S. 1 f.

¹² BR-Drs. 462/11 vom 12.08.2011.

¹³ Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hatte am 15.02.2012 einen Referentenentwurf präsentiert. VDV und bdo begrüßten diesen grundsätzlich, forderten aber in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 11.03.2011 insbesondere die ausdrückliche Erlaubnis von Direktvergaben und Verbesserungen zum Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit; vergleiche hierzu *Schäfer*: Der gemeinsame Vorschlag von VDV und bdo zur PBefG-Novellierung, in: Der Nahverkehr 7-8/2010, 8 ff. Die Aufgabenträger hingegen übten grundlegende Kritik daran, dass eigenwirtschaftliche Verkehre nach dem PBefG-Entwurf vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 ausgenommen bleiben sollen, und forderten weitergehende Befugnissen für sich. Dennoch beschloss die Bundesregierung den Gesetzentwurf des Bundesverkehrsministeriums mit Stand vom 20.07.2011 am 03.08.2011.

¹⁴ Mit der Novellierung des PBefG wurde nicht nur das Recht des Nahverkehrs geändert, sondern außerdem der Fernbusverkehr liberalisiert. Der Fernverkehr ist nicht Gegenstand dieses Leitfadens.

¹⁵ Abgeordnete der Grünen und der SPD brachten dazu einen eigenen Gesetzentwurf in den Bundestag ein, der auf einem Entwurf der kommunalen Spitzenverbände beruhte; BT-Drs. 17/7046 vom 21.09.2011 und hierzu *Kiepe*: Die Position der kommunalen Spitzenverbände zur PBefG-Novelle, in: IR 2012, 177 ff.

desrat unterstützt.¹⁶ Diesbezügliche Änderungsverlangen des Bundesrates¹⁷ lehnte die Bundesregierung im Dezember 2011 jedoch ab.¹⁸

Da aber das Änderungsgesetz ohne die Zustimmung der Länder im Bundesrat nicht zustande kommen konnte, drohte die PBefG-Novelle endgültig zu scheitern. Um dies zu vermeiden, suchten Vertreter der Regierungs- und Oppositionsfraktionen sowie der Bundesländer auf informellem Wege eine Einigung und verständigten sich schließlich im September 2012 auf einen Kompromiss.

Auf dieser Grundlage nahm der Bundestag am 27. September 2012 – der Beschlussempfehlung seines Verkehrsausschusses¹⁹ folgend – den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom Dezember 2011 mit einer ganzen Reihe von Änderungen an.²⁰ Am 2. November 2012 hat der Bundesrat dem zugestimmt.²¹

Das „Gesetz zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften“ vom 14. Dezember 2012²² enthält in seinem Artikel I die PBefG-Novelle und ist gemäß seinem Artikel VII am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Die Gesetzesänderungen

- dienen vor allem der punktuellen Anpassung des PBefG an die VO 1370/2007,
- behalten den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit sowie der grundsätzlichen Regelungssystematik des PBefG bei und
- verankern gleichzeitig die Befugnisse der Aufgabenträger zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung.

2.3 Die VO 1370/2007 als Anlass der PBefG-Novelle

Zweck der VO 1370/2007 ist, gemeinschaftsweit einheitlich festzulegen, wie die nationalen Behörden in den Markt des öffentlichen Personenverkehrs eingreifen können, um für die Allgemeinheit eine ausreichende Verkehrsbedienung²³ sicherzustellen, die der Markt von sich aus nicht so wie im Allgemeininteresse erforderlich bereitstellt. Hierzu werden in der Verordnung die Bedingungen festgelegt, unter denen die zuständigen Behörden den Betreibern Ausgleichsleistungen²⁴ und/oder ausschließliche Rechte²⁵ im Gegenzug für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen²⁶ gewähren können (vergleiche Art. 1 Abs. 1 VO 1370/2007).

Der Anwendungsbereich der VO 1370/2007 ist somit immer dann eröffnet, wenn staatliche Stellen den Betreibern der betreffenden Verkehre Ausgleichsleistungen und/oder Ausschließlichkeitsrechte zur Kompensation wirtschaftlicher Nachteile aus der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewähren. Die VO 1370/2007 trifft hingegen keine

Festlegungen für ausschließlich unter Marktbedingungen erbrachte („kommerzielle“²⁷) Verkehre.

Ausgleichsleistungen und/oder ausschließliche Rechte dürfen nur in den in Art. 3 VO 1370/2007 genannten Handlungsformen gewährt werden. Zur Verfügung stehen

- öffentliche Dienstleistungsaufträge und/oder
- allgemeine Vorschriften.

Finanzielle Ausgleichsleistungen machen nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 grundsätzlich die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags durch die zuständige Behörde erforderlich (dazu unten 2.4.1). Nur für die Abgeltung von Tarifpflichten können stattdessen Ausgleichsleistungen aufgrund allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 oder Abs. 3 VO 1370/2007 gewährt werden (dazu unten 2.4.2). Die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts macht hingegen gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 immer die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags durch die zuständige Behörde notwendig.

¹⁶ Fiedler/Wachinger: Das Recht des straßengebundenen Verkehrs in den Jahren 2011/2012, in: N&R 2012, 234 f.

¹⁷ BR-Drs. 462/11 vom 23.09.2011.

¹⁸ Das Kabinett beschloss am 20.12.2011 eine entsprechende Gegenüberlegung der Bundesregierung und legte dem Bundestag am 21.12.2011 eine nahezu unveränderte Fassung des Änderungsgesetzes vor; BT-Drs. 17/8233.

¹⁹ BT-Drs. 17/10857 vom 26.09.2012.

²⁰ BR-Drs. 586/12 vom 02.11.2012 zu Drucksache 586/12 vom 12.10.2012.

²¹ BR-Rs. 586/12 Beschluss vom 02.11.2012.

²² BGBl. vom 19.12.2012, Teil I, S. 2598.

²³ In der VO (EWG) Nr. 1191/69 F 91 waren die verkehrlichen „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ mit dem Begriff der „ausreichenden Bedienung“ umschrieben (vergleiche dort. Art. 1 Abs. 4 und 5). Der Begriff der „ausreichenden Verkehrsbedienung“ hat auch Eingang in das nationale Recht gefunden, vergleiche § 4 RegG, § 8 Abs. 4 PBefG a. F. bzw. § 8 Abs. 3 und § 8a Abs. 1 PBefG n. F.

²⁴ Siehe zum – denkbar weitgefassten – Begriff der Ausgleichsleistung die Definition Art. 2 lit. g) VO 1370/2007: „jeden Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird“.

²⁵ Definition in Art. 2 lit. f) VO 1370/2007: „ein Recht, das 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“.

²⁶ Definition in Art. 2 lit. e) VO 1370/2007: „von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernehmen hätte“.

²⁷ Vergleiche Erwägungsgrund 5 der VO 1370/2007: „Viele Personenlandverkehrsdienste, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erforderlich sind, können derzeit nicht kommerziell betrieben werden.“

In der Diskussion um die PBefG-Novelle war unter anderem strittig, ob die Linienverkehrsgenehmigungen nach dem PBefG die Wirkungen eines solchen Ausschließlichkeitsrechts entfalten und/oder mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Sinne der VO 1370/2007 verbunden sind, sodass eigenwirtschaftliche Verkehre außerhalb der VO 1370/2007 nicht möglich seien. Im Schrifttum²⁸ und in der Rechtsprechung zum alten Recht²⁹ finden sich viele Stimmen für diese Position. Es gibt aber auch Gegenargumente.³⁰ Die Mehrheit der Bundesländer hatte sich darauf verständigt, die Liniengenehmigung nicht als ausschließliches Recht im Sinne der VO 1370/2007 anzusehen.³¹

Diese Prämisse liegt auch der Novellierung des PBefG zugrunde: Ausschließlichkeitsrechte können nach § 8a Abs. 8 PBefG

n. F. nur im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge von der zuständigen Behörde gewährt werden. Daneben sind aber gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG n. F. eigenwirtschaftliche Verkehre möglich, für die kein solches Ausschließlichkeitsrecht gewährt wird. Dennoch genießen diese eigenwirtschaftlichen Verkehre durch die Liniengenehmigungen denselben Konkurrenzschutz, der bereits nach altem PBefG allen Linienverkehren zukam: Die bisherige Vorschrift des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG a. F., aus der die Rechtsprechung das „Verbot der Doppelbedienung“³² sowie den sogenannten „Konkurrentenabwehranspruch“ während der Laufzeit der Genehmigung³³ ableitet, findet sich heute unverändert in § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PBefG n. F. Dieser Konkurrenzschutz wird durch den neuen Genehmigungsversagungsgrund der „Rosinenpickerei“ (§ 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d PBefG n. F.) sogar noch verstärkt. Die

²⁸ So zum Beispiel *Albrecht/Gabriel*: Die geplante neue EU-Verordnung zum ÖPNV, in: DÖV 2007, 907, 913 f.; *BAG ÖPNV* (Redaktion *Mietzsch/Winnes*): „Bewertung der Rechtsfolgen einer fehlenden Anpassung des PBefG an die ÖPNV-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007“, Stand Feb. 2009, Ziff. 4; *Berschlin*: Daseinsvorsorge durch Wettbewerb – der öffentliche Verkehr zu Lande im Markt, Diss. jur. 2000, S. 67 f.; *Deuster*: Vom Auskunftsanspruch zur Veröffentlichungspflicht – Zur Europäischen Dimension des Liniengenehmigungsverfahrens im Personenbeförderungsgesetz gemäß der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: DÖV 2010, 591, 594 ff.; *Fandrey*: Direktvergabe von Verkehrsleistungen, 2010, S. 127 ff.; *Fehling/Niehnus*: Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, in: DÖV 2008, 662, 667; *Kiepe/Mietzsch*: Die neue ÖPNV-Verordnung in der EU und die Auswirkungen auf das Personenbeförderungsgesetz, in: IR 2008, 56, 57; *Linke*: Die Gewährleistung des Daseinsvorsorgeauftrages im öffentlichen Personennahverkehr, Baden-Baden 2010, S.172 ff.; *Rusche/Schmidt*: The post-Altmark Era Has Started: 15 Months of Application of Regulation (EC) No. 1370/2007 to Public Transport Services, in: EStA 2/2011, 249, 251; *Saxinger*: Genehmigungen und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsgesetz vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: DVBl 2008, 688, 689 f mit weiteren Nachweisen in Fn. 31; *Saxinger/Fischer*: Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2008, 75, 80 mit weiteren Nachweisen in Fn. 30 und 31; *Saxinger*: Neue Perspektiven für Busfernverkehre – Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2010, in: V+T 2010, 470, 472; *Wachinger*: Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV, Berlin 2006, S. 252 f., 439; *Winnes*: Zu Risiken und Nebenwirkungen fragen Sie Ihren europäischen Richter, in: V+T 2008, 395 ff.; *Winnes*: Legenden und Irrtümer, in: Der Nahverkehr 7-8/2008, 25, 27 ff.; *Winnes/Schwarz/Mietzsch*: Zu den Auswirkungen der VO 1370/07 für den öffentlichen Nahverkehr in Deutschland, in: EuR 2009, 290, 296 ff.; *Wittig/Schimanek*: Sanfte Anpassung oder Paradigmenwechsel?, in: Der Nahverkehr 3/2008, 22 f. Die Fraktion DIE LINKE, hatte bei der Beratung des PBefG-Entwurfs einen Entschließungsantrag eingebracht, wonach das PBefG wegen der Exklusivität der Liniengenehmigung die uneingeschränkte Anwendung der VO 1370/2007 auf alle Verkehre sicherstellen müsse, BT-Drs. 17/10857, S. 19 f. Der VDV plädierte für eine vorsorgliche Befolgung der Vorgaben der VO, VDV-Mitteilungen Nr. 9043 „Die neue EU-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 – Antworten auf häufig gestellte Fragen“, v. November 2008, S. 3.

²⁹ Der VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455, S. 22 ff des Umdrucks, hatte zum alten PBefG entschieden, dass eigenwirt-

schaftliche Liniengenehmigungen untrennbar mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Sinne der VO 1191/69 verbunden seien; ebenso zuvor schon VGH Kassel, Urteil v. 18.11.2008 – 2 UE 1476/07 (n. rkr.), S. 17 f des Umdrucks; teils werden auch die Ausführungen des BVerwG, Urteil v. 24.06.2010 – 3 C 14.09, Tz. 26 ff, zur Begründung der Linienverkehrsgenehmigung als ausschließliches Recht herangezogen (so *Saxinger*: Neue Perspektiven für Busfernverkehre – Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2010, in: V+T 2010, 470, 472); für die Liniengenehmigung als ausschließliches Recht auch VG Halle, Urteil v. 25.10.2010 – 7 A 21/10; jüngst – allerdings ohne nähere Begründung – VGH München, Urteil v. 16.08.2012 – 11 CS 12.1607, Tz. 63, ebenfalls noch zum alten Recht. Die *EU-Kommission* geht im Beihilfenprüfverfahren bezüglich der VRR-Finanzierung ebenfalls davon aus, dass Liniengenehmigungen nach dem PBefG das ausschließliche Recht zum Betrieb der jeweiligen Linien begründen, vergleiche Kommissionsentscheidung v. 20.12.2006 – K(2006)6672 endg. – Staatliche Beihilfe C 58/2006 (ex NN 98/05), Tz. 11 f; siehe auch Kommissionsentwurf für interpretierende Leitlinien zur VO 1370/2007 (Non-Paper für Informal Consultation vom 18.10.2012), S. 7.

³⁰ Dazu zum Beispiel *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: Der Nahverkehr 12/2007, 25, 26; *Hölzl*, in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Band 3, München 2011, Art. 2 Rn. 17; *Ipsen/Leonard*: Juristisches Grundsatzpapier des bdo zur Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Deutschland (juristische Handlungsempfehlung) v. 27.03.2009, Kap. 2.2.1.2.1; *Karnop*: Der Anwendungsbereich der Vergabebestimmungen der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/207 im deutschen Personennahverkehr (früher Verordnung (EWG) Nr. 1191/69), in: V+T 2008, 299 ff.; *Kaufmann*, in: *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*: VO (EG) 1370/2007 – Kommentar, München 2010, Art. 2 Rdn. 30; *Metz*: Mit Augenmaß, in: Der Nahverkehr 11/2007, 6; *Zeiselmaier*: Die neue EU-Nahverkehrsordnung und ihre Auswirkungen, in: Der Nahverkehr 7-8/2008, 21; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – VII-Verg 48/10.

³¹ Vergleiche etwa Schreiben des Innenministeriums Baden-Württemberg v. 02.10.08, Az. 76-3870.0/81, an das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.

³² Nur ein Unternehmer kann die Genehmigung für eine Linie bekommen; dazu v.a. BVerwG, Urteil v. 02.07.2003 – 3 C 46.02 – *Auskunft*.

³³ Mit weiteren Nachweisen *Heinze*: Personenbeförderungsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2007, § 13 Anm. 11, spricht von der „notwendig monopoloiden Struktur des Linienverkehrs“, zum Ausgestaltungsrecht Anm. 12.

Liniengenehmigung nach dem neuen PBefG wird damit wohl mindestens denselben exklusiven Status bewirken, wie dies nach dem alten Recht der Fall war. Ob ein solcher Konkurrenzschutz außerhalb der VO 1370/2007 rechtlich zulässig ist,³⁴ bleibt der künftigen Entwicklung vorbehalten.

Der Prämisse der PBefG-Novelle folgend sind punktuelle Anpassungen des PBefG an die VO 1370/2007 unter zwei Aspekten erforderlich:

- Vor Inkrafttreten der VO 1370/2007 wurde aufgrund einer sogenannten Bereichsausnahmooption im EU-Verordnungsrecht eine staatliche Finanzierung von Verkehrsdiensten auch ohne Anwendung des EU-Verordnungsrechts für zulässig erachtet.³⁵ Aufgrund dieser Option wurde der bisherige weite Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit als sogenannte Teilbereichsausnahme angesehen.³⁶ Die VO 1370/2007 ermöglicht hingegen keine solche Bereichsausnahme. Der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit wird im neuen PBefG daher deutlich enger gefasst (dazu 2.5). Da aber an der Zweigleisigkeit von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit festgehalten wird (dazu 2.1), sind verschiedene Vorschriften eingeführt worden, um das Verhältnis beider Verfahren zueinander zu klären (dazu 3.1.2).
- Ferner sind diverse „Durchführungsvorschriften“ erforderlich. Denn die VO 1370/2007 ermöglicht den Mitgliedstaaten nationalrechtliche Ausgestaltungen. So stehen z.B. Direktvergaben unter den Vorbehalt der Zulässigkeit nach nationalem Recht (dazu 3.2). Ferner verlangt Art. 5 Abs. 7 VO 1370/2007 von den Mitgliedstaaten, Regelungen für einen effektiven Rechtsschutz zu treffen (dazu bei 2.6.1). Außerdem gestaltet das PBefG das wettbewerbliche Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 aus (dazu 3.3.1).

Weitere Änderungen des PBefG sind nicht durch die VO 1370/2007 veranlasst, sondern betreffen das Verfahren des Genehmigungswettbewerbs (dazu 3.1).

2.4 ÖPNV-Finanzierung nach VO 1370/2007 und neuem PBefG

Nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007³⁷ erfordert die Gewährung einer Ausgleichsleistung und/oder eines Ausschließlichkeitsrechts einen zwischen der zuständigen Behörde und dem Verkehrsunternehmen geschlossenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag. Ein finanzieller Ausgleich für Tarifpflichten darf jedoch auch aufgrund einer allgemeinen Vorschrift gewährt werden. Das neue PBefG knüpft an diese beiden Finanzierungsinstrumente jeweils unterschiedliche Folgen hinsichtlich der Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit des Verkehrs.

2.4.1 Öffentliche Dienstleistungsaufträge

Gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 erfordert die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts immer die Gewährung einer finanziellen Ausgleichsleistung – im Regelfall (einzige Ausnahme siehe 2.4.2) in Form eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Nach dem sehr weit gefassten Begriffsverständnis der Verordnung³⁸ besteht ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag aus einem oder mehreren rechtsverbindlichen Akten, durch den/die der Betreiber „mit der Verwaltung und Erbringung von Personenverkehrsdiensten betraut“ wird. Die Rechtsakte können die Form eines Vertrags annehmen, aber auch in einem hoheitlichen Akt oder in einer behördlichen Entscheidung bestehen (Art. 2 lit. i) VO 1370/2007).³⁹ Die Bezeichnung des Rechtsakts und seine rechtsförmliche Ausgestaltung sind hierfür nicht maßgeblich. Ein „Zuwendungsbescheid“ kann ebenso einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag darstellen wie ein „Verkehrsvertrag“. Ein öffentlicher

³⁴ So plädiert der VDV dafür, Genehmigungsverfahren bei eigenwirtschaftlichen Verkehren als wettbewerbliche Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 zu gestalten oder eventuell § 8b PBefG n. F. darauf anzuwenden; VDV-Mitteilung Nr. 9056, Stand 19.12.2012, S. 7 f. Hingegen meint *Recker*: Steht der ÖPNV vor dem Aus?, in: V+T 2009, 103 f, sowie *ders.*: Konsequenzen einer ausbleibenden Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes an die Verordnung (EG) 1370/2007, in: ZKF 2009, 49 ff, dass Liniengenehmigungen nach bisherigem PBefG mit EU-Recht unvereinbar und damit rechtswidrig seien. Andere plädieren für eine Einschränkung des Konkurrenzschutzes, den die Genehmigung vermittelt; so etwa *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: Der Nahverkehr 12/2007, 25 und 26; in diese Richtung wohl auch *Fehling/Niehnus*: Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, in: DÖV 2008, 662, 667.

³⁵ Und zwar im Rahmen einer Betrauungsregelung nach den sog. vier Altmark-Trans-Kriterien: EuGH, Urteil v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Tz. 36,37, 89-93.

³⁶ BVerwG, Urteil v. 19.10.2006 – 3 C 33.05, Tz. 32-36.

³⁷ Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 lautet: „Gewährt eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, so erfolgt dies im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.“

³⁸ In Art. 2 lit. i) VO 1370/2007 wird der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Oberbegriff verwendet für öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts sowie für alle anderen Formen von Regelungen, durch die ein Betreiber mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraut wird, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.

³⁹ Definition in Art. 2 lit. i) VO 1370/2007: „ein oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen; gemäß der jeweiligen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten können diese rechtsverbindlichen Akte auch in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen, die die Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung für den Einzelfall haben kann oder die Bedingungen enthält, unter denen die zuständige Behörde diese Dienstleistungen selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut“.

Dienstleistungsauftrag liegt immer dann vor, wenn der Gesamtvorgang ergibt, dass eine staatliche Stelle einem Betreiber einvernehmlich oder einseitig/hoheitlich vorgibt, Verkehrsdienste nach bestimmten Vorgaben zu erbringen und dem Betreiber dafür eine Kompensation gewährt.

Zum Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge enthält die Verordnung in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Mindestvorgaben. Diese folgen im Wesentlichen den ersten drei Kriterien, die der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung „*Altmark Trans*“⁴⁰ für beihilfenrechtskonforme Ausgleichsleistungen aufgestellt hat. Hiernach sind insbesondere die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen genau zu bestimmen und Parameter für die im Gegenzug gewährte Ausgleichsleistung vorab festzulegen. Für die Ermittlung der Ausgleichsleistung ist bei direktvergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zusätzlich der Anhang der VO 1370/2007 anzuwenden. Bei nicht direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen gilt der Anhang der VO nicht. Öffentliche Dienstleistungsaufträge sind zu befristen. Die Höchstlaufzeit beträgt im Normalfall für Busverkehre bis zu zehn Jahre und für Straßen- und U-Bahnverkehre bis zu 15 Jahre (Art. 4 Abs. 3 und 4 VO 1370/2007). Ferner können Vorgaben im Interesse der Beschäftigten sowie Qualitätsstandards im öffentlichen Dienstleistungsauftrag enthalten sein (Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 1370/2007). Der durch den öffentlichen Dienstleistungsauftrag betraute Betreiber ist dazu verpflichtet, einen bestimmten Teil der öffentlichen Verkehrsdienste selbst zu erbringen (Art. 4 Abs. 7 und Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO 1370/2007). Für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge gelten bestimmten Regeln (Art. 5 VO 1370/2007, vergleiche 2.6).

Abbildung 2: Öffentliche Dienstleistungsaufträge nach VO 1370/2007

| Inhalte öffentlicher Dienstleistungsaufträge |
|---|
| ● Klare Definition gemeinwirtschaftlicher Pflichten und geografische Geltungsbereiche |
| ● Vorabfestlegung objektiver und transparenter Ausgleichsparameter |
| ● Ggf. Art und Umfang eines Ausschließlichkeitsrechts |
| ● Durchführungsvorschriften für Zuordnung von Kosten- und Erlörisiken |
| ● Kosten- und Erlörisiken |
| ● Laufzeit (Befristung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags) |
| ● Ggf. Sozialstandards bzw. Regelung zu Rechten eines Betriebsübergangs |
| ● Ggf. Qualitätsstandards |
| ● Regelungen zur Vergabe von Unteraufträgen bzw. Selbsterbringungsgebot |

Das neue PBefG greift die Befugnis zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in § 8a PBefG n. F. auf. Es normiert keine eigenen Anforderungen an den Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge, sondern verweist in § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG n. F. insoweit auf Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007.

Allerdings erfährt die Befugnis zur Bestellung von Verkehrsdiensten mittels öffentlicher Dienstleistungsaufträge in § 8 Abs. 4 i.V.m. § 8a Abs. 1 PBefG n. F. eine gewisse Einschränkung:

Eine Verkehrsleistung, über die ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag geschlossen wurde, ist gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG n. F. nicht eigenwirtschaftlich, sondern gemeinwirtschaftlich.⁴¹ Die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher, also vom Aufgabenträger bestellter Verkehrsdienste, ist nicht mehr gesondert geregelt (Aufhebung des § 13a PBefG a. F.). Vielmehr gilt hierfür in gleicher Weise wie für eigenwirtschaftliche Verkehrsdienste § 13 PBefG n. F.

Indes liegt dem PBefG weiterhin die Subsidiarität gemeinwirtschaftlicher Verkehrsdienste zugrunde. Die Bestellung von Verkehrsleistungen durch Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist nach § 8a Abs. 1 Sätze 1 und 2 PBefG n. F. i.V.m. § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG n. F. nur legitimiert, wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht eigenwirtschaftlich angeboten wird. Diese Regelung entspricht dem bisherigen § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG a. F. und begründet den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen einem vom Aufgabenträger bestellten Verkehr die Genehmigung zu versagen ist, wenn für diesen Verkehr ein vorrangiger eigenwirtschaftlicher Antrag besteht.⁴² Dieser Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit wird nun durch ein der Bestellung

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Tz. 57 ff. Diese Kriterien sind: (1) die Betrauung des Unternehmens mit klar definierten sogenannten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, (2) die Vorab-Festlegung objektiver und transparenter Parameter für die Berechnung des (finanziellen) Ausgleichs, (3) das Verbot einer Überkompensation. Das vierte Kriterium (sog. Effizienzkriterium) war die Zugrundelegung analytisch ermittelter Kosten eines „durchschnittlichen, gut geführten“ Unternehmens, falls der Betreiber nicht in einem Wettbewerbsverfahren ausgewählt wurde. Dieses hat die VO 1370/2007 nicht übernommen.

⁴¹ Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2a PBefG n.F., BT-Drs. 17/10857, S. 23.

⁴² Eine Genehmigung für einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr wäre rechtswidrig, wenn sie gegen den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit verstieße. Allerdings könne der Aufgabenträger für eine zeitliche Befristung der eigenwirtschaftlichen Initiative sorgen, sodass verspätete eigenwirtschaftliche Anträge sich nicht mehr gegen die Bestellung des Aufgabenträgers durchsetzen. So zur alten Rechtslage BVerwG, Urteil vom 29.10.2009 – 3 C 1.09, Tz. 15 und 18 sowie 21 und 23. Zuvor bereits OVG Münster, Beschluss v. 12.09.2006 – 13 B 929/08, S. 8 ff. des Umdrucks; VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455, S. 19 ff. des Umdrucks.

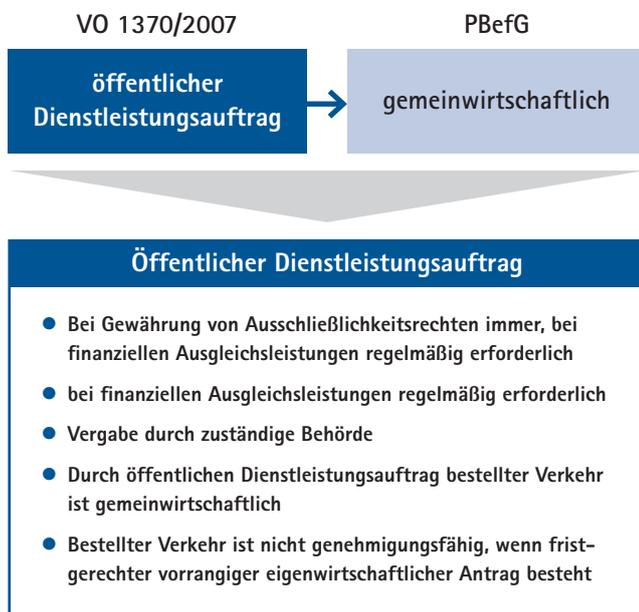
2. Das ÖPNV-Recht seit 2013 im Überblick

vorgeschaltetes eigenwirtschaftliches Verfahren gesichert, zugleich aber auch begrenzt:

- Dem Aufgabenträger obliegt gemäß § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG n. F. seine Absicht zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im EU-Amtsblatt bekannt zu machen. An diese Vorabkennzeichnung schließt sich gemäß § 12 Abs. 6 PBefG n. F. eine dreimonatige Frist an, innerhalb derer eigenwirtschaftliche Anträge gestellt werden können.
- Ferner muss der eigenwirtschaftliche Antrag gemäß § 13 Abs. 2a PBefG n. F. den in der Vorabkennzeichnung beschriebenen wesentlichen Anforderungen genügen. Hierdurch wird der bestellte Verkehr gegenüber unzureichenden eigenwirtschaftlichen Anträgen geschützt.

Genehmigungsrechtlich setzt sich der vom Aufgabenträger mittels öffentlichem Dienstleistungsauftrag bestellte Verkehr also nur durch, wenn nach § 12 Abs. 6 und § 13 (v.a. Abs. 2a) PBefG n. F. kein fristgerechter vorrangiger eigenwirtschaftlicher Antrag zu genehmigen ist.

Abbildung 3: Zusammenfassung zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag



2.4.2 Allgemeine Vorschriften

Abweichend vom öffentlichen Dienstleistungsauftrag können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von „Höchsttarifen“ für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften⁴³ sein (Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007).

Nach Art. 2 lit. I) VO 1370/2007 ist hierunter eine „Maßnahme“ zu verstehen, „die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsgebiet der zuständigen Behörde liegt, gilt“. Somit muss es sich um eine Regelung handeln, die im Außenverhältnis (also gegenüber den Verkehrsunternehmen) Geltung entfaltet, das heißt zu Rechtsfolgen führt. Und diese Regelung muss für „alle“, also für eine unbestimmte Zahl von gleichartigen Fällen gelten (abstrakt-generelle Regelungen). Demgegenüber bindet ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag immer nur die jeweiligen Vertragspartner (konkret-individuell). Eine allgemeine Vorschrift ist diskriminierungsfrei, wenn sie gleichermaßen für alle im Wesentlichen gleichen Sachverhalte gilt (kein „Einzelfallgesetz“).⁴⁴

Ausgleichsleistungen aufgrund allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 und 3 VO 1370/2007 sind nur zur Abgeltung von Tarifpflichten möglich.⁴⁵ Durch allgemeine Vorschriften kann die zuständige Behörde also keine Finanzierung dafür gewähren, dass bestimmte Verkehrsdienste erbracht oder bestimmte Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrs erfüllt werden. Ob Finanzierungssysteme für zum Beispiel Qualitätsmerkmale wie die Fahrzeugausstattung außerhalb öffentlicher Dienstleistungsaufträge und jenseits der in Art. 3 Abs. 2 und 3 VO 1370/2007 vorgesehenen allgemeinen Vorschriften möglich sind, erscheint fraglich.⁴⁶

Ausgleichsleistungen für Tarifpflichten aufgrund allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 müssen den Grundsätzen der Art. 4 und 6 sowie den Regelungen des Anhangs der VO 1370/2007 entsprechen. Sie unterliegen dem

⁴³ Definition in Art. 2 lit. I) VO 1370/2007: „eine Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich einer zuständigen Behörde liegt, gilt“.

⁴⁴ Zu weiteren Folgerungen unter dem Aspekt der Diskriminierungsfreiheit *Berschin*, in: *Barth/Baumeister/Berschin/Werner* (Hrsg.): *Recht des öffentlichen Personennahverkehrs*, Losebl. Stand 2010, A2 Rn. 161.

⁴⁵ *Berschin*, in: *Barth/Baumeister/Berschin/Werner* (Hrsg.): *Recht des öffentlichen Personennahverkehrs*, Losebl. Stand 2010, A2 Rn. 166; *Zuck*, in: *WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“*, 2009, S. 10 f.

⁴⁶ Es spricht einiges dafür, dass Finanzierungssysteme, die keiner der in Art. 3 VO 1370/2007 vorgesehenen Formen entsprechen, eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV darstellen. In der bisherigen Praxis gibt es Finanzierungssysteme, bei denen ein finanzieller Anreiz als Zuschuss pro Fahrgast ausgekehrt wird (sog. Wittenberger Modell). Diese Finanzierung ist von der Kommission als Beihilfe angesehen worden, die aber im Ergebnis genehmigt wurde; *Kommissions-Entscheidung v. 16.05.2006 – K(2006)1847 endg.*, Staatliche Beihilfe Nr. N 604/2005. Der EuGH misst dem Sekundärrecht (hier VO 1370/2007) für die Verkehrsfinanzierung einen Geltungsvorrang bei, wonach eine Rechtfertigung einer Beihilfe nicht unmittelbar auf Art. 107, 93 AEUV gestützt werden könne; *EuGH, Urteil v. 07.05.2009, Rs. C-504/07 – Antrop*, Tz. 17, 23 und 28, im Anschluss an *EuGH, Urteil v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – Altmark Trans*, Tz. 53 und 65.

Anwendungsbereich der VO 1370/2007⁴⁷ und bedürfen gemäß Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007 keiner Notifizierung bei der EU-Kommission.⁴⁸

Zusätzlich hierzu können die Mitgliedstaaten allgemeine Vorschriften über die Abgeltung von Höchsttarifen für Auszubildende und für Personen mit eingeschränkter Mobilität vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 ausnehmen und einem Beihilfenprüfverfahren der EU (Notifizierung) zuführen (Art. 3 Abs. 3 VO 1370/2007). Mit Inkrafttreten der PBefG-Novelle sind Ausgleichszahlungen nach § 45a PBefG a. F. und nach §§ 145 ff SGB IX gemäß Art. 3 Abs. 3 VO 1370/2007 aus dem Anwendungsbereich der VO ausgenommen.⁴⁹ Die Bundesregierung betreibt diesbezüglich kein Notifizierungsverfahren (mehr); die Ausgleichsleistungen werden als nicht notifizierungspflichtig angesehen.⁵⁰

Abbildung 4: Allgemeine Vorschriften nach VO 1370/2007

| Inhalte allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ● Klare Definition gemeinwirtschaftlicher Pflichten in Bezug auf einen Höchsttarif (für alle Fahrgäste oder nur für bestimmte Fahrgastgruppen) und geografische Geltungsbereiche ● Vorabfestlegung objektiver und transparenter Ausgleichsparameter ● Durchführungsvorschriften für Zuordnung von Kosten- und Erlösrissen ● Regelungen zur Abrechnung des finanziellen Nettoeffekts und Anreizsystem nach dem Anhang der VO 1370/2007 ● Regelungen zur Vergabe von Unteraufträgen bzw. Selbsterbringungsgebot |
| Beispiele für allg. Vorschriften nach Art. 3 Abs. 3 |
| <ul style="list-style-type: none"> ● § 45a PBefG (§ 8 Absatz 4 Satz 3 PBefG n. F.) ● §§ 145 ff SGB IX (§ 145 Absatz 3 SGB IX n. F.) |

Nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 hat die zuständige Behörde die Wahl zwischen den beiden Eingriffsbefugnissen öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder allgemeine Vorschrift. Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 ist also keine vorrangig anzuwendende Norm. Vielmehr stehen die Eingriffsbefugnisse nach Art. 3 Abs. 1 und 2 VO 1370/2007 im Fall von Höchsttarifen zur freien Wahl der zuständigen Behörde (Ermessen).⁵¹

Das neue PBefG bestätigt die Befugnis der zuständigen Behörden, allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 oder 3 VO 1370/2007 zu erlassen. Allerdings dürfte aus Gründen der Praktikabilität die Option, allgemeine Vorschriften nach Art. 3

Abs. 3 VO 1370/2007 außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 1370/2007 zu notifizieren, nur für die Gesetzgeber (Bund, Länder) interessant sein, da ein entsprechendes Notifizierungsverfahren aufwändig ist. Für andere zuständige Behörden kommt in erster Linie der Erlass allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 in Betracht.

§ 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG n. F. ermächtigt die zuständigen Behörden, allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 (oder 3) VO 1370/2007 zu erlassen (zur Zuständigkeit unten 2.8). Indes lässt das PBefG die Frage offen, inwieweit der zuständigen Behörde damit die Befugnis zukommt, in ihrer allgemeinen Vorschrift den Unternehmen verbindlich einen bestimmten Tarif vorzugeben. Denn gemäß § 39 Abs. 1 Sätze 1 und 2 PBefG a. F. bedürfen Tarife der Zustimmung der Genehmigungsbehörde und werden erst mit dieser Zustimmung allgemein verbindlich. Nur für Tarifpflichten, die in öffentlichen Dienstleistungsaufträgen geregelt sind, gilt nach dem neuen § 39 Abs. 1 Satz 3 PBefG n. F. die Zustimmung der Genehmigungsbehörde als erteilt. Für Tarifvorgaben in allgemeinen Vorschriften fehlt eine vergleichbare Regelung.⁵² Man wird aber wohl annehmen können, dass die zuständige Behörde aufgrund der Ermächtigung in § 8a Abs. 1 PBefG n. F. dennoch die Befugnis zur – gegenüber den Unternehmern – verbindlichen Tarifregelung besitzt. Denn die Neuregelung verweist auf Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 und dieser geht ausdrücklich davon aus, dass Gegenstand der allgemeinen Vorschriften die „Verpflichtungen“ in Bezug auf den Tarif sind.

Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG n. F. zählen Ausgleichsleistungen aufgrund allgemeiner Vorschriften zu den eigenwirt-

⁴⁷ Missverständlich ist insofern die Formulierung in § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG n. F., wonach die VO 1370/2007 nur „maßgebend“ sein soll, wenn eine Verkehrsleistung nicht eigenwirtschaftlich möglich sei. Für die Finanzierung aufgrund allgemeiner Vorschriften ist die VO 1370/2007 auch dann maßgeblich, wenn die Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich erbracht wird.

⁴⁸ Das bedeutet, eine gemäß Art. 3 Abs. 2 und den Anforderungen der VO 1370/2007 gestaltete allgemeine Vorschrift unterliegt nicht dem Durchführungsverbot des Art. 108 AEUV, sondern kann unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten vollzogen werden.

⁴⁹ § 8 Abs. 3 Satz 3 PBefG n. F. und § 145 Abs. 3 Satz 2 SGB IX n. F.

⁵⁰ Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 28.12.2009 zu N-162/09 DE und N-163/09 DE. Ursprünglich war die Bundesregierung davon ausgegangen, dass diese Ausgleichsmittel mit Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 kompatibel seien, BT-Drs. 16/7644 v. 21.12.2007, S. 4. Zuck, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 9, weist darauf hin, dass die Kommission davon ausgehe, dass die Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG den Altmark-Trans-Kriterien entsprechen und daher keine Beihilfen darstellten.

⁵¹ Hölzl, in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Band 3, München 2011, Art. 3 Rdn. 5; Zuck in: Ziekow/Völlink: Vergaberecht – Kommentar, München 2011, Art. 3 VO 1370, Rdn. 8; so wohl auch Lübbig, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder: VO (EG) 1370/2007 – Kommentar, München 2010, Art. 3 Rn. 10.

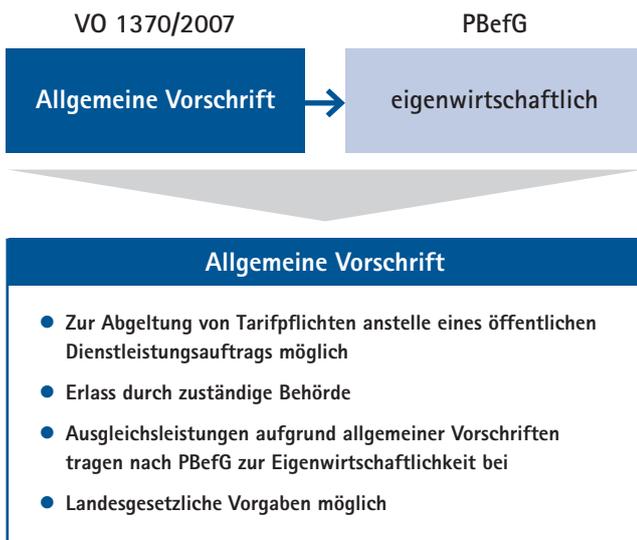
⁵² Zum alten PBefG hatte Winnes, Die öffentliche Finanzierung von Tarifen in Verkehrsverbänden, Der Nahverkehr 6/2009, 27, 28 bereits gefordert, dass § 39 PBefG angepasst werden müsste.

2. Das ÖPNV-Recht seit 2013 im Überblick

schaftlichen Finanzierungsquellen des ÖPNV. Ausgleichszahlungen nach § 45a PBefG, nach §§ 145 ff. SGB IX und etwaiger weiterer allgemeiner Vorschriften tragen daher zum Erhalt der Eigenwirtschaftlichkeit bei. Der in § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG verankerte Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit schränkt jedoch die durch Art. 3 Absätze 1 und 2 VO 1370/2007 eröffnete Wahlmöglichkeit der zuständigen Behörden nicht ein (keine Pflicht zum Erlass allgemeiner Vorschriften anstelle der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge).

Allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 werden insbesondere im Falle einer landesrechtlichen Ersetzung der Ausgleichsregelung des § 45a PBefG⁵³ und in Bezug auf andere gemeinwirtschaftliche Tarifvorgaben diskutiert (dazu 2.7). Das Landesrecht kann diesbezüglich Vorgaben machen.⁵⁴ In Baden-Württemberg existiert hierzu noch keine landesgesetzliche Regelung.

Abbildung 5: Zusammenfassung zu allgemeinen Vorschriften



2.5 ÖPNV-Finanzierung und der neue Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit

Bislang galten als eigenwirtschaftlich auch Verkehre, die öffentlich – zum Beispiel durch kommunale Zuschüsse – finanziert wurden.⁵⁵ Die VO 1370/2007 beansprucht jedoch volle Geltung für die Gewährung von Ausgleichsleistungen und ausschließlichen Rechten im Gegenzug für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Art. 1 VO 1370/2007, dazu 2.3). Jenseits allgemeiner Vorschriften zur Abgeltung von Tarifpflichten (dazu 2.4.2) wird eine öffentliche Finanzierung von Verkehrsdiensten außerhalb von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen (dazu 2.4.1) überwiegend auch nicht mehr nach den vier Altmark-Trans-Kriterien (Betrauung) als beihilfenrechtskonform angesehen.⁵⁶

Eines der zentralen Anliegen der PBefG-Novelle ist daher die Anpassung der Definition der Eigenwirtschaftlichkeit an die VO 1370/2007, um die uneingeschränkte Anwendung der VO 1370/2007 sicherzustellen.⁵⁷ In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass das Erfordernis eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags wegen des weiten Begriffs der „Ausgleichsleistung“ in der VO 1370/2007 regelmäßig dann greife, wenn ein Unternehmen Zahlungen oder andere finanzielle Vorteile für die Durchführung eines defizitären Verkehrs erhalte.

Die neue und wesentlich enger gefasste Definition der Eigenwirtschaftlichkeit in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG n. F. schließt daher alle Ausgleichsleistungen aus dem Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit aus, für die nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007

⁵³ Gemäß § 64a PBefG können die Bundesländer § 45a PBefG durch Landesrecht ersetzen. Einige Länder haben hiervon bereits Gebrauch gemacht. In Baden-Württemberg hingegen gilt § 45a PBefG noch. Die Ausgleichsleistung kommt aber seit 2007 praktisch deshalb nicht mehr zur Anwendung, weil das Land über die Verkehrsverbünde mit nahezu allen Verkehrsunternehmen eine Pauschalierung vertraglich vereinbart hat. Diese Verträge sind befristet bis Ende 2013.

⁵⁴ So etwa § 11a Abs. 2 ÖPNVG Nordrhein-Westfalen: Verpflichtung zum Erlass allgemeiner Vorschriften in Ersetzung von § 45a PBefG.

⁵⁵ BVerwG, Urteil v. 19.10.2006 – 3 C 33.05, Tz. 28.

⁵⁶ So BAG ÖPNV (Redaktion Mietzsch/Winnes): „Bewertung der Rechtsfolgen einer fehlenden Anpassung des PBefG an die ÖPNV-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007“, Stand Feb. 2009, Ziff. 1.; *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: Der Nahverkehr 12/2007, 25, 27; wohl auch *Fehling/Niehnus*: Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, in: DÖV 2008, 662, 666 und 667; *Ipsen*: Die EU-Verordnung 1370/07 und das Personenbeförderungsgesetz, in: Der Nahverkehr 6/2008, 20, 21 f. Der EuGH hat bereits entschieden, dass ohne eine Option der Bereichsausnahme (wie in der VO EWG Nr. 1191/69) das Sekundärrecht abschließend sei und eine Finanzierung von Verkehrsdiensten nicht unmittelbar auf Art. 107, 93 AEUV gestützt werden könne; EuGH, Urteil v. 07.05.2009, Rs. C-504/07 – *Antrop*, Tz. 17, 23 und 28, im Anschluss an EuGH, Urteil v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Tz. 53 und 65. Zu bedenken ist auch, dass die VO 1370/2007 im Gegensatz zur VO 1191/69 einen eigenen materiellen Maßstab für die Ermittlung der zulässigen Ausgleichsleistungen normiert. Dies verstärkt die Notwendigkeit des vom EuGH schon zur VO 1191/69 betonten Geltungsvorrangs des Sekundärrechts; vergleiche in diesem Sinne auch *Hübner*: Neue Vergaberegeln für den ÖPNV unter der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: VergabeR Sonderheft 2a/2009, 363, 365. Allerdings wird auch die Gegenauffassung vertreten, wonach weiterhin Ausgleichsleistungen (zum Beispiel kommunale Zuschüsse) für Verkehrsdienste auch weiterhin ohne öffentlichen Dienstleistungsauftrag außerhalb der VO 1370/2007 geleistet werden dürften und ein solchermaßen finanzierter Verkehr eigenwirtschaftlich beziehungsweise „kommerziell“ sei; so *Zeiselmair*: Die neue EU-Nahverkehrsordnung und ihre Auswirkungen, in: Der Nahverkehr 7-8/2008, 21, 22; *Ziekow*: Gutachten „zur Frage, ob rechtliche Gründe bei der Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes an den durch die VO (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007 gesetzten Rahmen zur Aufrechterhaltung des in § 8 Abs. 4 PBefG verankerten Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehre drängen“ für den Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e. V. v. 10.09.2008, Kap. III.2.

⁵⁷ Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 4 PBefG n.F., BT-Drs. 17/8233, S. 12 f.

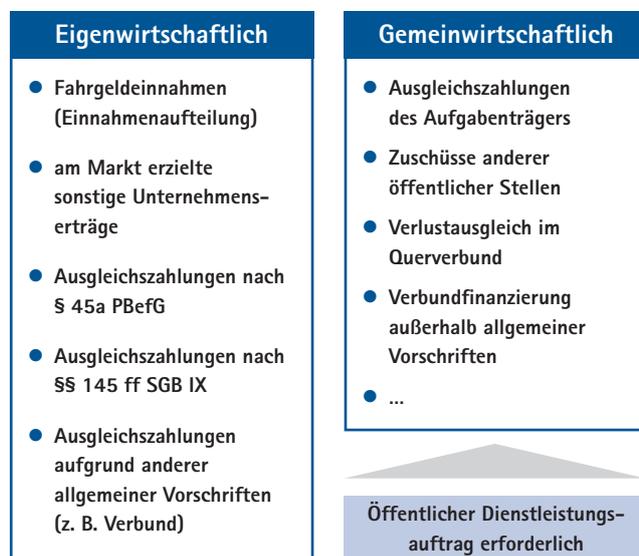
ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag erforderlich ist.⁵⁸ Solche Finanzierungsquellen können nicht mehr als „sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ zu den eigenwirtschaftlichen Einnahmen gezählt werden.

Die ÖPNV-Finanzierung im steuerlichen Querverbund bei kommunalen Verkehrsunternehmen führt nach diesem Verständnis ebenfalls zur Gemeinwirtschaftlichkeit. Einiges spricht dafür, dass der Verlustausgleich im Querverbund den Tatbestand der Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV erfüllt⁵⁹ und als Ausgleichsleistung im Sinne des Art. 2 lit. g) VO 1370/2007 anzusehen ist.⁶⁰ Auch wenn man dies anders sehen will,⁶¹ empfiehlt sich aus Gründen der Risikovermeidung die Legitimierung des Querverbundausschlags durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007.⁶² Ein Verbot von Querverbundkonstruktionen ist der VO 1370/2007 und ihrem Anhang nicht zu entnehmen.⁶³

Öffentliche Finanzierungsleistungen für den ÖPNV tragen gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG somit nur noch dann zur Eigenwirtschaftlichkeit bei, wenn sie auf einer allgemeinen Vorschrift beruhen, wie insbesondere die nach Art. 3 Abs. 3 VO 1370/2007 ausgenommenen Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG und §§ 145 ff. SGB IX (dazu 2.4.2). Alle anderen Vorteilsgewährungen der öffentlichen Hand, für die nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag erforderlich ist, führen zur Gemeinwirtschaftlichkeit des Verkehrs.

Sonstige Unternehmenserträge, die die Eigenwirtschaftlichkeit des Verkehrs erhalten, sind zum Beispiel Einnahmen aus Werbung an und in Fahrzeugen, Finanzierungsbeiträge von (privaten) Firmen für die Anbindung durch eine Linie oder für eine entsprechende Benennung von Haltestellen.

Abbildung 6: Beispiele eigen- und gemeinwirtschaftlicher Finanzierungsquellen



2.6 Vergaberegeln für öffentliche Dienstleistungsaufträge

Sowohl die VO 1370/2007, als auch das neue PBefG treffen Festlegungen dazu, welche Vergaberegeln in welchem Fall anzuwenden sind. In einer Übergangszeit gelten allerdings Ausnahmen.

2.6.1 Vergaberegeln nach VO 1370/2007 und neuem PBefG

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007 bestimmt, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe der Verordnung zu vergeben sind. Von dieser Regel macht Satz 2 der Norm aber eine Ausnahme für bestimmte öffentliche Dienstleistungsaufträge. Welche Vergaberegeln anzuwenden sind, hängt daher von der Art des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ab.

⁵⁸ Allerdings ist nach bisheriger Rechtsprechung zum PBefG von der Genehmigungsbehörde nicht zu prüfen, ob ein Unternehmen nur beihilfenrechtskonforme Einnahmen zur Durchführung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs einkalkuliert hat; vergleiche dazu BVerwG, Urteil v. 19.10.2006 – 3 C 33.05, Tz. 37 ff. Hiernach wäre es nicht ausgeschlossen, einen Verkehr nicht schon dann als nicht-eigenwirtschaftlich anzusehen, wenn die vom Unternehmer eingeplante Finanzierung nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfordert, sondern erst dann von der Gemeinwirtschaftlichkeit auszugehen, wenn der Unternehmer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag erhalten hat. Eine solche Interpretation widerspricht aber u.E. dem in der Gesetzesbegründung klar formulierten Sinn und Zweck der Neuregelung. Vergleich auch unten 3.1.2.3 am Ende.

⁵⁹ Dagegen wird zum Teil argumentiert, es handele sich nicht um eine staatliche Maßnahme; vergleiche VDV-Position „ÖPNV-Finanzierung nach dem EuGH-Urteil vom 24. Juli 2003“, Köln 25. August 2003, S. 15 f und 20 ff (Kap. H.). Dem steht aber die beihilfenrechtliche Rechtsprechung des EuGH entgegen; vergleiche die Nachweise bei *Böck/Theobald*, Aufbruch in den ÖPNV-Märkten? – Handlungsbedarf für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen, in: EWS 2003, 409, 415; *Werner/Köster*, Anm. zu EuGH Urteil v. 24.07.2003 – C-280/00, in: EuZW 2003, 503 f; EuGH, Urteil v. 16.06.2002, Rs. C-482/99, *Stardust Marine*, Tz. 36 ff, vergleiche ferner Kommissions-Entscheidung v. 20.12.2006 – K(2006)6672 endg. – Staatliche Beihilfe C 58/2006 (ex NN 98/05) betreffend die VRR-Finanzierungssystematik, Tz. 47 ff.

⁶⁰ So *Deuster*: Neue EU-Markt Zugangsverordnung für öffentlichen Personenverkehr, in: Der Nahverkehr 4/2008, 38, 39.

⁶¹ Andere Ansicht etwa *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: Der Nahverkehr 12/2007, 25, 27.

⁶² So zur Rechtslage nach dem EuGH-Urteil „Altmark Trans“ VDV-Mitteilung N. 9032 v. März 2005 „Praktische Erfahrungen im ÖPNV in Deutschland bei der Erfüllung der im EuGH-Urteil vom 24. Juli 2003 entwickelten vier Kriterien“, S. 9. In der Gesetzesbegründung zum neuen Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit wird ausgeführt, auch bei „Quersubventionen“ sei das Beihilfenverbot zu beachten, wenn die VO 1370/2007 nicht angewendet werde; BT-Drs. 17/8233, S. 13.

⁶³ So VDV-Mitteilungen Nr. 9043 „Die neue EU-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 – Antworten auf häufig gestellte Fragen“, v. November 2008, S. 20.

Bei Dienstleistungsaufträgen, die den Vergaberichtlinien unterliegen, ist gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 das Verfahren nach diesen (das heißt nach den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) durchzuführen. Die Vergaberichtlinien sind im allgemeinen Vergaberecht des GWB und der VOL/A EG umgesetzt. Das allgemeine Vergaberecht ist anzuwenden, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag als öffentlicher Auftrag⁶⁴ gestaltet ist und die danach maßgeblichen Schwellenwerte⁶⁵ überschreitet. Aufträge im Sinne des Vergaberechts sind insbesondere Bruttoverträge mit genau festgelegtem Leistungsinhalt und -umfang.⁶⁶ Das allgemeine Vergaberecht sieht als Regelfall das Offene Verfahren (Ausschreibungswettbewerb) vor (siehe 3.3.2 und 3.3.4). Wird ein Auftrag nach allgemeinem Vergaberecht vergeben, so finden die Vergaberegeln der VO 1370/2007 (ausnahmsweise) keine Anwendung (Art. 5 Abs. 1 Satz 3 VO 1370/2007). Für den Rechtsschutz ist der besondere Rechtsweg zu den Vergabekammern eröffnet (§§ 102 ff GWB).

Sofern das Verhältnis zwischen der zuständigen Behörde und dem Betreiber aber nicht unter das allgemeine Vergaberecht fällt, richtet sich die Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007.

Kein Auftrag im Sinne des allgemeinen Vergaberechts liegt insbesondere dann vor, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag als Dienstleistungskonzession gestaltet ist. Dies kommt allerdings nur in Frage, wenn das Erlörisiko (zumindest partiell) beim Unternehmer liegt (also kein sogenannter Bruttovertrag). Denn Dienstleistungskonzessionen setzen voraus, dass dem Betreiber anstelle oder allenfalls zusätzlich zu einem Entgelt ein Recht zur Verwertung seiner Leistungen übertragen wird und er sich zumindest auch aus den hieraus bei den Nutzern erzielten Einnahmen finanziert (sogenanntes Nettoprinzip).⁶⁷ In der Vergangenheit war zunächst unklar, ob Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV möglich sind.⁶⁸ Mit seinem neuen § 8a bestätigt das novellierte PBefG, dass Vergaben nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 grundsätzlich möglich sind. Damit dürfte außer Zweifel stehen, dass die zuständigen Behörden im ÖPNV grundsätzlich öffentliche Dienstleistungsaufträge als Dienstleistungskonzessionen gestalten dürfen (siehe zu weiteren Voraussetzungen 3.2.3).

Nach den Vergaberegeln der VO 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge, soweit diese nicht nach den Regeln des allgemeinen Vergaberechts zu vergeben sind (also insbesondere, wenn es sich um Dienstleistungskonzessionen handelt), in der Regel im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben (Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007). Wenn auch nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 eine größere Wahlfreiheit bei der Art des Verfahrens besteht als im allgemeinen Vergaberecht, kann man auch hier grundsätzlich von einem „Ausschreibungswettbewerb“ (im weiteren Sinne) sprechen (dazu 3.3.1).

Neben der wettbewerblichen Vergabe sieht die Verordnung mehrere Möglichkeiten für Direktvergaben vor. Solche Direktvergaben sind nach Art. 5 Abs. 2, 4, und 6 VO 1370/2007 nur unter bestimmten Voraussetzungen beziehungsweise in bestimmten Bereichen und nur dann zulässig, wenn die Direktvergabe nicht nach nationalem Recht untersagt ist. Ein besonderes Anliegen der PBefG-Novelle war, diese Direktvergabeoptionen durch das nationale Recht freizugeben.⁶⁹ Für kommunale Unternehmen ist hiervon insbesondere die Direktvergabe an den „internen Betreiber“ (Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007) und für private Unternehmen die Direktvergabe unterhalb der Schwellenwerte (Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007) interessant (dazu 3.2).

Mit der Novelle des PBefG wurde auch die Frage des Rechtsschutzes⁷⁰ bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 geklärt: Durch die Sonderrechtswegzuweisung in § 8a Abs. 7 PBefG n. F. unter-

⁶⁴ Vergleiche zum Auftragsbegriff § 99 GWB. Danach sind öffentliche Aufträge „entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen“.

⁶⁵ Dazu unten 3.3.2.

⁶⁶ VDV-Mitteilungen Nr. 9043 „Die neue EU-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 – Antworten auf häufig gestellte Fragen, v. November 2008, S. 6.

⁶⁷ Dienstleistungskonzessionen sind nach Art. 1 Abs. 3 lit. b) RL 2004/17/EG beziehungsweise Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG „Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

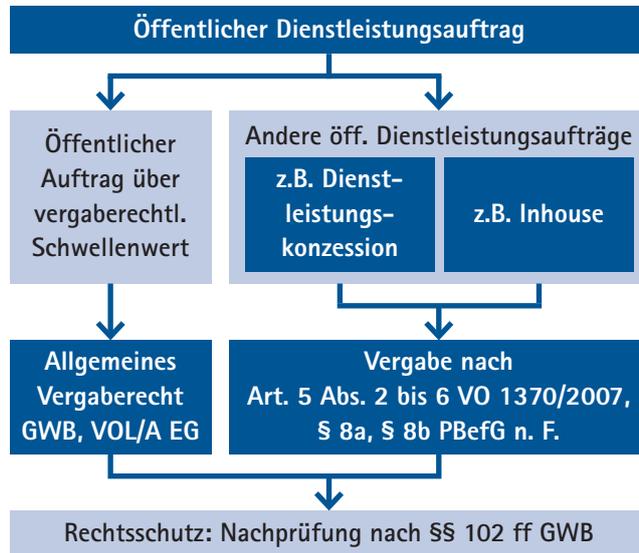
⁶⁸ Die VK Hessen, Beschluss v. 23.06.2006 – 69d VK-26/2006, S. 20 ff des Umdrucks, hat eine Dienstleistungskonzession unter anderem deshalb abgelehnt, weil der Aufgabenträger dem Unternehmen kein Recht zur Verwertung seiner Leistung einräumen könne, da dieses Recht aus der Liniengenehmigung folge, zu deren Vergabe aber der Aufgabenträger nicht befugt sei. Das OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.07.2005 – 6 W 35/05 hingegen hat einen Finanzierungsvertrag hilfsweise auch als Dienstleistungskonzession gesehen. Ebenso hat das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011 – VII Verg 48/10, eine Dienstleistungskonzession im Busverkehr bejaht. So auch das OLG Rostock, Beschl. v. 04.07.2012 – 17 Verg 3/12. Offen gelassen in OLG München, Beschluss v. 22.06.2011 – Verg 6/11; auch das OLG Karlsruhe, Beschluss v. 09.10.2012 – 15 Verg 12/11 geht davon aus, dass Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV grundsätzlich möglich sind, verneinte aber aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung letztlich das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession; vgl. zum Begriff der Dienstleistungskonzession EuGH, Urteil v. 10.11.2011, Rs. C-348/10, *Norma-A und Dekom*, Tz. 40 ff.

⁶⁹ BT-Drs. 17/10857, S. 23.

⁷⁰ Art. 5 Abs. 7 VO 1370/2007 verlangt, dass die Mitgliedstaaten ein Rechtsschutzverfahren bereitstellen, in dem am Auftrag interessierte Unternehmen „wirksam und rasch“ die Entscheidungen der zuständigen Behörden betreffend die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge überprüfen lassen können.

liegt die Vergabe der Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB.⁷¹ Die Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sind gemäß § 8a Abs. 6 PBefG n. F. für die Unternehmen drittschützend (bieterschützend) und damit einklagbar.

Abbildung 7: Überblick über anwendbare Vergaberegeln



2.6.2 Übergangszeitraum

Während alle übrigen Bestimmungen der VO 1370/2007 ab dem 3. Dezember 2009 unmittelbar gelten, besteht für die vergaberechtlichen Bestimmungen des Art. 5 VO 1370/2007 eine Übergangszeit bis zum 2. Dezember 2019 (Art. 8 Abs. 2 VO 1370/2007). Allerdings kann man sich hierauf nach der nationalen Rechtsprechung nur berufen, wenn und soweit der nationale Gesetzgeber eine entsprechende Übergangsfrist bestimmt.⁷²

Mit § 62 Abs. 1 Satz 1 PBefG n. F. hat der nationale Gesetzgeber nun eine Übergangsregelung für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, die nicht dem allgemeinen Vergaberecht unterfallen, geschaffen. Hiernach dürfen öffentliche Dienstleistungsaufträge „abweichend von Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370/2007“ vergeben werden.

Welche Befreiung von vergaberechtlichen Anforderungen damit einhergeht, ist jedoch differenziert zu betrachten. Denn es ist wohl anzunehmen, dass in dem Übergangszeitraum nach Art. 8 Abs. 2 VO 1370/2007 bzw. § 62 Abs. 1 Satz 1 PBefG n. F. kein „rechtsfreier Raum“ entsteht, sondern vielmehr die schon vor Inkrafttreten der VO 1370/2007 gültigen Vergabeanforderungen weitergelten.⁷³ Das bedeutet, dass die vom EuGH aus dem EU-Primärrecht abgeleiteten Anforderungen an Inhouse-Geschäfte und für Dienstleistungskonzessionen die primärrechtlichen Anforderungen der Transparenz

und Diskriminierungsfreiheit gelten. Die EU-Kommission neigt sogar zu der Meinung, dass in der Übergangszeit nur vom Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe (Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007) freigestellt werde, nicht aber von anderen Anforderungen in Art. 5 VO 1370/2007.⁷⁴ Diese weitgehende Auffassung überzeugt aber nicht vollständig.⁷⁵

Der praktische Nutzen der Übergangsregelung dürfte aber schon aus einem anderen Grund begrenzt sein. Denn der Übergangszeitraum ist befristet vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2013. Da sowohl Direktvergaben als auch wettbewerbliche Verfahren wegen der nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 gebotenen Veröffentlichung einer Vorabinformation mit einer Vorlaufzeit von mindestens einem Jahr verbunden sind, hätten entsprechende Veröffentlichungen bereits im Jahr 2012 (oder früher) erfolgen müssen, um die Übergangsregelung im Jahr 2013 nutzen zu können. Zuständige Behörden, die nicht bereits vor Inkrafttreten des PBefG entsprechende Veröffentlichungen vorgenommen haben, können von der Übergangsregelung daher wohl keinen Gebrauch mehr machen.

2.7 Tariffinanzierung über allgemeine Vorschriften

Vor dem Hintergrund, dass Verkehre, für die keine auf öffentlichen Dienstleistungsaufträgen beruhende Finanzierung erforderlich ist, eigenwirtschaftlich sind (oben 2.5), stellt sich die Frage, inwieweit allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 zum Erhalt der Eigenwirtschaftlichkeit beitragen können.

Aufgrund allgemeiner Vorschriften darf nach Art. 3 Abs. 2 VO

⁷¹ Vor der Novellierung des PBefG hatten die Gerichte in analoger Anwendung der §§ 102 ff GWB die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen angenommen: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – VII-Verg 48/10; OLG München, Beschluss v. 22.06.2011 – Verg 6/11; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 30.11.2011 – 1 VK 60/11; OLG Rostock, Beschluss v. 04.07.2012 – 17 Verg 3/12.

⁷² So OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – VII Verg 48/10: Solange keine nationalrechtliche Übergangsregelung besteht, müssen die zuständigen Behörden die Vergaberegeln des Art. 5 VO 1370/2007 beachten.

⁷³ Mit weiteren Nachweisen *Hübner*: Neue Vergaberegeln für den ÖPNV unter der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: *VergabeR Sonderheft 2a/2009*, 363, 374 f; andere Ansicht aber *Lenz*: (Keine) Angst vor der „Null-Lösung“, in: *Der Nahverkehr 1-2/2009*, 13 f (für eine völlige Freistellung von vergaberechtlichen Anforderungen).

⁷⁴ Kommissions-Entwurf für interpretierende Leitlinien zur VO 1370/2007 (Non-Paper für Informal Consultation vom 18.10.2012) S. 19 ff.

⁷⁵ So beinhaltet z. B. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 über das bisherige Inhouse-Recht hinausgehende Anforderungen für Direktvergaben an interne Betreiber.

1370/2007⁷⁶ eine finanzielle Abgeltung nur von gemeinwirtschaftlichen Tarifpflichten erfolgen (dazu 2.4.2). Insbesondere Verbundtarife werden als „Höchsttarif für alle Fahrgäste“ im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 angesehen.⁷⁷ Aber auch andere Tarife kommen hierfür in Betracht.⁷⁸

Überwiegend wird wohl angenommen, dass allgemeine Vorschriften als Basis für die Abgeltung von Verbundtarifen auch in der Form von Verbundverträgen geschaffen werden können, wenn der Verbund (beziehungsweise die Tarifgemeinschaft) das Recht habe, den Tarif festzusetzen.⁷⁹ Da Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 voraussetzt, dass die zuständige Behörde die Tarifvorgaben festlegt, wird teilweise bezweifelt, dass auch in Unternehmensverbänden oder in Mischverbänden das Verbundvertragswerk als eine allgemeine Vorschrift im Sinne der Norm gestaltet werden kann.⁸⁰ Da allgemeine Vorschriften „diskriminierungsfrei“ sein müssen (Art. 2 lit. I) VO 1370/2007), wird ferner gefordert, dass der Verbund allen Unternehmen einen offenen Zugang nach gleichen Bedingungen ermöglichen muss.⁸¹ Dies kann unter Umständen in Bezug auf die Einnahmenaufteilung (zum Beispiel im Fall der Garantie von Alteinnahmen) fraglich sein.

Neben der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Bezug auf den Höchsttarif muss nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 auch der hierfür vorgesehene Ausgleich normativ geregelt wer-

den.⁸² Dazu gehört gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 VO 1370/2007 die Festlegung der Ausgleichsparameter, die Regelung von Mechanismen zur Vermeidung einer Überkompensation und die Regelung von „Durchführungsvorschriften“ bezüglich Kosten- und Einnahmenrisiken (oben 2.4.2). Ferner ist der Anhang der VO 1370/2007 bei der Ermittlung des Ausgleichsbetrags zu beachten (vergleiche Art. 3 Abs. 2 und Ziff. 1 des Anhangs VO 1370/2007).

Ausgleichsfähig ist somit der sogenannte finanzielle Nettoeffekt, das heißt der wirtschaftliche Nachteil, der aus der Erfüllung der Tarifvorgaben folgt, abzüglich der damit verbundenen Vorteile (dazu 2.4.2). Da Art. 3 Abs. 2 Satz 3 VO 1370/2007 ausdrücklich auch die Berücksichtigung positiver finanzieller Auswirkungen nennt, müssen diese ebenfalls ermittelt werden (zum Beispiel Nachfragesteigerungen in Folge attraktiverer Tarife, Effekte durch Verbundmarketing oder -vertrieb etc.).⁸³ Als wirtschaftlicher Nachteil einer Tarifpflicht kann insbesondere die daraus resultierende Mindereinnahme ausgeglichen werden⁸⁴, aber auch zum Beispiel Mehrkosten durch zusätzlichen Verwaltungsaufwand, Investitionen in Vertriebsinfrastruktur und ähnliches.⁸⁵

Bei Verbundtarifen werden von Einigen⁸⁶ Durchtarifierungs-, Harmonisierungs- und Tarifabsenkungsverluste als Folgen der Tarifpflicht angesehen. Andere weisen darauf hin, dass zu-

⁷⁶ Allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 unterliegen keiner Notifizierungspflicht, aber den Regeln der VO 1370/2007. Die Option, allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 3 VO 1370/2007 auszunehmen, ist für die kommunalen Aufgabenträger aus praktischen Gründen eher nicht interessant und wird daher hier nicht behandelt (oben 2.4.2).

⁷⁷ *Ipsen/Leonard*: Juristisches Grundsatzpapier des bdo zur Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Deutschland (juristische Handlungsempfehlung) v. 27.03.2009, Kap. 2.2.1.2.2.; *Klob/Knoblich/Niemann/Schuh*: Verbundfinanzierung angesichts demographischer Veränderungen, in: *Der Nahverkehr* 5/2012, 4 ff.; *Lübbig*, in: *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*, VO (EG) 1370/2007- Kommentar, München 2010, Art. 3 Rn.13; *Otting/Olgemöller*: Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch allgemeine Vorschriften, in: *GewArch* 2012, 436, 437; *Winnes*: Die öffentliche Finanzierung von Tarifen in Verkehrsverbänden, in: *Der Nahverkehr* 6/2009, 27 ff.; *Zuck*, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 9. Einschränkung *Grischkat/Karl/Berschlin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: *V+T* 2010, 466, 469.

⁷⁸ Mit Praxis-Beispielen dazu *Zuck*, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 9 ff.

⁷⁹ *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: *Der Nahverkehr* 12/2007, 25, 26; *Ipsen/Leonard*: Juristisches Grundsatzpapier des bdo zur Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Deutschland (juristische Handlungsempfehlung) v. 27.03.2009, Kap. 2.2.2.1.3.; *Klob/Knoblich/Niemann/Schuh*: Verbundfinanzierung angesichts demographischer Veränderungen, in: *Der Nahverkehr* 5/2012, 4, 5; *Otting/Olgemöller*: Verbundtarife und EU-Recht, in: *Der Nahverkehr* 2009, 34, 35 f.; *Lübbig*, in: *Kaufmann/*

Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, München 2010, Art. 3 Rn. 10. Andere Auffassung aber *Berschlin*, in: *Barth/Baumeister/Berschlin/Werner* (Hrsg.): Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, Losebl. Stand 2010, A2 Rn. 164.

⁸⁰ *BAG ÖPNV* (Redaktion *Mietzsch/Winnes*): „Bewertung der Rechtsfolgen einer fehlenden Anpassung des PBefG an die ÖPNV-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007“, Stand Feb. 2009, Ziff. 6; *Schwarz/Winnes*: Die Veröffentlichungspflichten nach der VO 1370/07 – Was haben die zuständigen Behörden ab Dezember 2009 zu tun?, in: *V+T* 2009, 299 ff. Differenzierter *Grischkat/Karl/Berschlin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: *V+T* 2010, 466, 467. *Berschlin*, in: *Barth/Baumeister/Berschlin/Werner* (Hrsg.): Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, Losebl. Stand 2010, A2 Rn. 163 hält es für ausreichend, wenn der von den Unternehmen vorgeschlagene Tarif von der zuständigen Behörde bestätigt werde.

⁸¹ Vergleiche *Weber*: Vortrag „VO (EG) 1370/2007 – Anforderungen an die Verbundfinanzierung“ für den ÖPNV-Kongress 2009 v. 01.04.2009.

⁸² *Winnes*: Die öffentliche Finanzierung von Tarifen in Verkehrsverbänden, in: *Der Nahverkehr* 6/2009, 27, 28.

⁸³ *Grischkat/Karl/Berschlin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: *V+T* 2010, 466, 468.

⁸⁴ *Lübbig*, in: *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, München 2010, Art. 3 Rn. 12.

⁸⁵ *Zuck*, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 11.

⁸⁶ *Lübbig*, in: *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, München 2010, Art. 3 Rn. 13; *Zuck*, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 10.

mindest die Durchtarifierung keine Folge eines „Höchsttarifs“ sei⁸⁷ beziehungsweise halten diese die Ermittlung von Durchtarifierungs- oder Harmonisierungsverlusten auch aus anderen Gründen für „überholt“ und rechtlich bedenklich.⁸⁸ Da nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 nur ein gemeinwirtschaftlicher Tarif ausgleichsfähig ist, nicht aber ein darüber hinaus unrentabler Verkehr (Betriebskostendefizit) ausgeglichen werden darf (dazu 2.4.2), wird auch für Verbundtarife gefordert, dass als Grundlage der Ausgleichsermittlung festgestellt werden muss, welche Erlöse sich ohne die Tarifvorgabe bei freier Tarifbildung am Markt eingestellt hätten.⁸⁹ Die belastbare Ermittlung eines solchen fiktiven marktfähigen Referenztarifs kann praktisch schwierig sein. Gerade wenn Verbünde schon längere Zeit bestehen, stellt sich für die Ermittlung der Durchtarifierungs- und Harmonisierungs- sowie Tarifabsenkungsverluste die Frage, welcher Referenztarif für die Ausgleichsermittlung herangezogen werden kann.⁹⁰ Für kritisch erachtet wird eine Abgeltung im Vergleich zu einem (ehemaligen und gegebenenfalls fortgeschriebenen) Haustarif, da dies kein objektiver Parameter sei.⁹¹ Nicht geklärt ist, ob der Ausgleich allein auf der Basis eines Preisvergleichs (Unterschied zwischen vorgegebenem gemeinwirtschaftlichen Tarif und [eigenwirtschaftlichem] Referenztarif) erfolgen darf beziehungsweise muss oder ob (zumindest im Rahmen der Abrechnung nach dem Anhang der VO 1370/2007) (auch) eine Kosten-Erlös-Betrachtung zugrundegelegt werden kann oder muss.⁹²

Überwiegende Gründe sprechen dafür, dass nach dem Anhang der VO 1370/2007 auch im Fall allgemeiner Vorschriften eine betreiberindividuelle ex-post-Prüfung einer Überkompensation erforderlich ist, eine Ausgleichsberechnung allein anhand der vorab festgelegten Parameter also nicht genügt.⁹³ Nach Ziff. 7 des Anhangs der VO 1370/2007 muss ferner ein Anreiz für eine wirtschaftliche Geschäftsführung sowie ein Anreiz für eine ausreichend hohe Qualität gesetzt werden, was gegebenenfalls durch ein sogenanntes Nettoprinzip (Erlösrissen bei den Unternehmen) erfolgen kann.⁹⁴

Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 3 VO 1370/2007 steht es im Ermessen der zuständigen Behörden, ob sie Tarifpflichten durch öffentliche Dienstleistungsverträge nach Art. 3 Abs. 1 regeln und ausgleichen oder hierfür allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 erlassen. Auch das PBefG macht hierzu keine Einschränkung (dazu 2.4.2).

Die Abgeltung von Tarifpflichten wie zum Beispiel Ausgleichsleistungen für einen Verbundtarif aufgrund einer allgemeinen Vorschrift, kann uner Umständen die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags entbehrlich machen. Dies hängt davon ab, ob die Tarifeinnahmen und die aufgrund der allgemeinen Vorschrift möglichen Ausgleichsleistungen insgesamt so auskömmlich sind, dass der Markt eine ausreichende Verkehrsbedienung von sich aus bereitstellt. Dann bedarf es

⁸⁷ Einschränkung *Grischkat/Karl/Berschin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2010, 466, 469.

⁸⁸ *Klob/Knoblich/Niemann/Schuh*, Verbundfinanzierung angesichts demographischer Veränderungen, in: *Der Nahverkehr* 5/2012, 24.

⁸⁹ *Berschin*, in: *Barth/Baumeister/Berschin/Werner* (Hrsg.): *Recht des öffentlichen Personennahverkehrs*, Losebl. Stand 2010, A2 Rn. 166.

⁹⁰ So *Ipsen/Leonard*: *Juristisches Grundsatzpapier des bdo zur Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Deutschland* (juristische Handlungsempfehlung) v. 27.03.2009, Kap. 2.2.3.2.2.

⁹¹ *Winnes*: Die öffentliche Finanzierung von Tarifen in Verkehrsverbänden, in: *Der Nahverkehr* 6/2009, 27, 30; *Grischkat/Karl/Berschin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2010, 466, 468.

⁹² Trotz Beschränkung des Ausgleichs auf den Tarifnachteil hält *Zuck*, in: *WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“*, 2009, S. 11 als Ausgleichsparameter auch eine Kosten-Erlösbetrachtung für möglich. *Grischkat/Karl/Berschin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2010, 466, 468 halten eine (Gesamt-)Kosten-Erlös-Betrachtung im Rahmen der betreiberindividuellen Überkompensationsprüfung nach dem Anhang der VO 1370/2007 dann für erforderlich, wenn kein marktgängiger Referenztarif feststellbar ist. Für eine Kongruenz von ex-ante-Parametern und ex-post-Abrechnung hingegen *Klob/Knoblich/Niemann/Schuh*: Verbundfinanzierung angesichts demographischer Veränderungen, in: *Der Nahverkehr* 5/2012, 24 f, die einem Vergleich des Kosten-Erlös-Verhältnisses vor und nach Einführung des gemeinwirtschaftlichen Tarifs den Vorzug geben. Im Rahmen der Anhang-Abrechnung halten *Schmitz/Niemann*: Beihilfekonforme Zuwendung von Mitteln im Ausbildungsverkehr, in: *Der Nahverkehr* 1-2/2011, 37, 39 einen reinen Preis-Preis-Vergleich für unzulässig. Für zulässig halten dies aber *Otting/Olgemöller*: Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch allgemeine Vorschriften, in: *GewArch* 2012, 436, 439.

⁹³ So liest sich der Anhang so, dass nicht nur im Fall eines direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrags, sondern auch im Fall allgemeiner Vorschriften zu Höchsttarifen auf die konkrete Situation im Einzelfall abzustellen ist. Denn hier ist von dem Betreiber und dem Netz und den dort jeweils maßgeblichen Umständen die Rede (insbesondere Ziffer 2 und 3). Dies passt eigentlich nicht zur Abgeltung von Höchsttarifen in allgemeinen Vorschriften beziehungsweise würde diese zumindest weniger praktikabel machen. Insofern könnte man den Anhang in Bezug auf allgemeine Vorschriften einschränkend dahin gehend auslegen, dass nicht im individuellen Einzelfall die tatsächliche konkrete Höhe der Kosten- und Erlöseffekte nachzuweisen und spitzabzurechnen ist, sondern dass hier lediglich die normativ festgelegten Parameter auf den Einzelfall anzuwenden sind, der Normgeber aber insoweit abschließend pauschalierend festlegen darf, welche Beträge/Faktoren anzusetzen sind. Der Wortlaut des Anhangs legt aber eher eine strikte Handhabung (konkret-individuelle Spitzabrechnung) nahe. Hierfür könnte der Kommission eine Entscheidung aus dem Jahr 2003 zur Abgeltung ermäßigter Tarife in Großbritannien Pate gestanden haben; vgl. Entscheidung der Kommission v. 19.02.2003 Nr. N 588/02 – C(2003)522 fin – *Grant for long-distance coach services*. Wie hier *Berschin*, in: *Barth/Baumeister/Berschin/Werner* (Hrsg.): *Recht des öffentlichen Personennahverkehrs*, Losebl. Stand 2010, A2 Rn. 165 f.; *Grischkat/Karl/Berschin/Schaaffkamp*: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2010, 466, 468; *Klob/Knoblich/Niemann/Schuh*: Verbundfinanzierung angesichts demographischer Veränderungen, in: *Der Nahverkehr* 5/2012, 24, 25; *Schmitz/Niemann*: Beihilfekonforme Zuwendung von Mitteln im Ausbildungsverkehr, in: *Der Nahverkehr* 1-2/2011, 37, 38. Andere Ansicht aber (gegen individuelle ex-post-Prüfung) *Otting/Olgemöller*: Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch allgemeine Vorschriften, in: *GewArch* 2012, 436, 440.

⁹⁴ So *Winnes*: Die öffentliche Finanzierung von Tarifen in Verkehrsverbänden, in: *Der Nahverkehr* 6/2009, 27, 30.

keines zusätzlichen Eingriffs in Form öffentlicher Dienstleistungsaufträge (dazu 2.4.1).

Allerdings ist der „finanzielle Hebel“ einer allgemeinen Vorschrift aufgrund der vorstehend dargelegten Restriktionen (Ausgleich nur der Tarifpflicht) begrenzt. Daher wird es in der Praxis häufig so sein, dass das eigenwirtschaftlich mögliche ÖPNV-Angebot aus der Sicht der zuständigen Behörde für eine ausreichende Bedienung nicht vollständig ausreicht. Wenn dies der Fall ist, kann die zuständige Behörde trotz Bestehens einer allgemeinen Vorschrift die erforderlichen Dienste durch die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sicherstellen.⁹⁵ In solchen Fällen stellt sich für die zuständige Behörde die Frage, ob sie die – gegebenenfalls dank allgemeiner Vorschrift – angebotene eigenwirtschaftliche Teilleistung akzeptieren und nur die fehlenden Leistungen dazu bestellen kann beziehungsweise darf oder aber den Verkehr (die Linie oder das Bündel beziehungsweise Netz insgesamt) als gemeinwirtschaftliche Gesamtleistung dazu bestellen soll (dazu 3.1.2). Zwischen allgemeiner Vorschrift und öffentlichem Dienstleistungsauftrag besteht also kein Entweder-Oder-Verhältnis, sondern beide Instrumente können nebeneinander zur Anwendung kommen. Allerdings wird für diesen Fall des Aufeinandertreffens von Ausgleichsleistungen aus allgemeiner Vorschrift und öffentlichem Dienstleistungsauftrag zur Vermeidung einer Überkompensation eine Gesamtbetrachtung empfohlen.⁹⁶

Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und allgemeinen Vorschriften fasst die nachstehende Tabelle zusammen:

| | Öffentlicher Dienstleistungsauftrag | Allgemeine Vorschrift |
|---|---|--|
| Rechtliche Bindungswirkung | konkret-individuell/ Geltung nur zwischen den Beteiligten | abstrakt-generell/ allgemeingültige Geltung |
| Vergabeverfahren | ja (wettbewerblich oder direkt) | nein (ggf. Genehmigungswettbewerb) |
| Handlungsform | bilaterale Übereinkunft oder einseitige Maßnahme (z. B. Weisung) | Formelle oder materielle Gesetze (z. B. Satzung), Allgemeinverfügung |
| Gegenstand der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung | Vorgaben für sämtliche Angebotsaspekte (Umfang, Qualität) möglich | ausschließlich Festsetzung von Höchstarifen möglich |
| Art der Gegenleistung | ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistung möglich | nur finanzieller Ausgleich möglich |
| Berechnung der Ausgleichsleistung | Vorgaben des Anhangs nur bei Direktvergaben zu beachten | Vorgaben des Anhangs immer zu beachten |

2.8 Zuständige Behörden, Aufgabenträger und andere Stellen

Die VO 1370/2007 bezeichnet die öffentlichen Stellen, die zur Gewährung von Ausgleichsleistungen oder ausschließlichen Rechten befugt sind, als „zuständige Behörden“.⁹⁷ Die Zuständigkeitsregelung ist Sache der Mitgliedstaaten.

Der neu gefasste § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG formuliert hierzu programmatisch: „Für die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sind die von den Ländern benannten Behörden (Aufgabenträger) zuständig“. Gemäß § 8 Abs. 3 PBefG n. F. obliegt dem Aufgabenträger insbesondere die Aufstellung des Nahverkehrsplans.

§ 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG n. F. lautet: „Die zuständige Behörde im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (zuständige Behörde) kann zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung allgemeine Vorschriften (...) erlassen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge (...) erteilen. Wer zuständige Behörde ist, richtet sich nach dem Landesrecht; sie soll grundsätzlich mit dem Aufgabenträger nach § 8 Abs. 3 identisch sein“.

Die Bestimmung der zuständigen Behörde im Sinne der VO 1370/2007 und des Aufgabenträgers ist also weder durch die VO 1370/2007 noch durch das PBefG vorgegeben. Eine landesgesetzliche Zuständigkeitsregelung ist notwendig. In Baden-Württemberg gilt die noch unveränderte Regelung aus der Zeit vor Inkrafttreten der VO 1370/2007.

Gemäß § 5 und § 6 Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 3 Satz 1 ÖPNVG Baden-Württemberg sind die Landkreise und kreisfreie Städte Aufgabenträger und zuständige Behörden nach § 4 Regionalisierungsgesetz (Bund) sowie § 8 Abs. 4 Satz 4 und § 13a des alten PBefG. Da das Regionalisierungsgesetz mit der PBefG-Novelle an die VO 1370/2007 angepasst wurde, kann man hieraus ableiten, dass die Zuständigkeit der Aufgabenträger nun auch für die neue Rechtslage gilt, zumal § 8 Abs. 4 PBefG a. F. auf das EU-Verordnungsrecht „in der jeweils geltenden Fassung“ verweist. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG Baden-Württemberg gilt dies entsprechend für kreisangehörige Gemeinden, die den ÖPNV freiwillig fördern, ohne Aufgabenträger zu sein.

⁹⁵ Zuck, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 15 ff.

⁹⁶ Grischkat/Karl/Berschin/Schaaffkamp: Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2010, 466, 469.

⁹⁷ Diese sind in Art. 2 lit. b) VO 1370/2007 definiert als „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“.

Dass diese Zuständigkeitsregelungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach dem neuen ÖPNV-Recht gelten, dürfte außer Frage stehen, weil dies den Befugnissen der zuständigen Behörden nach dem alten ÖPNV-Recht inhaltlich entspricht.

Da Ausschließlichkeitsrechte⁹⁸ nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 nur auf der Basis öffentlicher Dienstleistungsaufträge gewährt werden dürfen und weil sie mit der gegebenenfalls gleichzeitig gewährten Finanzierung von Verkehrsdiensten zusammenhängen, liegt es nahe, die Aufgabenträger auch als „zuständige Behörden“ hierfür anzusehen, zumal nach § 8a Abs. 1 Satz 3 PBefG n. F. eine Identität von Aufgabenträger und zuständiger Behörde grundsätzlich gewünscht ist. Ob auch kreisangehörige Gemeinden, die keine Aufgabenträger nach § 6 Abs. 1 ÖPNVG Baden-Württemberg sind, Ausschließlichkeitsrechte gewähren können, ist nicht ganz so selbstverständlich, denn hier würden Zuständigkeit und Aufgabenträgerschaft auseinanderfallen. Andererseits spricht der Sachzusammenhang zwischen Ausschließlichkeitsrecht und Finanzierungsbedarf eines Verkehrs dafür, die Zuständigkeit der kreisangehörigen Gemeinden unabhängig vom Aufgabenträger-Status zu bejahen. Damit in diesem Fall die Vergabe eines Ausschließlichkeitsrechts durch die Gemeinde zum Beispiel für ihren Ortsverkehr ein ergänzendes Tätigwerden des Aufgabenträgers im überörtlichen Verkehr nicht sperrt, ist auf die präzise Bestimmung des Geltungsbereichs der Exklusivität zu achten.

Für allgemeine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 ist die Zuständigkeitsfrage ebenfalls differenziert zu betrachten. Dieses Finanzierungsinstrument gab es im alten EU-Verordnungsrecht nicht. Zum einen können hier die Länder als zuständige Behörden in Betracht kommen, zum Beispiel hinsichtlich einer landesgesetzlichen Regelung zur Ersetzung der Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG⁹⁹ (dazu oben 2.4.2). Für allgemeine Vorschriften zur Abgeltung von Verbundtarifen oder anderen gemeinwirtschaftlichen Tarifen wie zum Beispiel einem Stadtverkehrstarif (oben 2.7), kann man die Aufgabenträger und wohl auch die kreisangehörigen Gemeinden nach § 6 Abs. 3 ÖPNVG Baden-Württemberg als zuständig sehen.¹⁰⁰ Eine an das neue ÖPNV-Recht angepasste eindeutige gesetzliche Zuständigkeitsregelung wäre allerdings wünschenswert. Insbesondere wenn gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen für Tarife geregelt und finanziell abgegolten werden sollen, die das Gebiet einer Kommune bzw. eines Aufgabenträgers überschreiten, kommt auch die Übertragung der Zuständigkeit auf eine regionale Ebene in Betracht, wie zum Beispiel auf einen Verbund (vergleiche zu Verbundtarifen 2.7) beziehungsweise Verband.¹⁰¹ Hier ist im Einzelfall zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit Zuständigkeitsübertragungen für allgemeine Vorschriften bereits stattgefunden haben oder durch neue Regelungen künftig erfolgen sollen.

Abbildung 8: Übersicht über Zuständigkeiten im Busverkehr in Baden-Württemberg

| Zuständigkeiten im Busverkehr in BW | Nahverkehrsplan | Allgemeine Vorschrift | ÖDA Finanzierung | ÖDA Ausschließlichkeitsrecht |
|-------------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|---------------------------|------------------------------|
| Land | (-) | z. B. Regelung bezüglich § 45a PBefG | (-) | (-) |
| Aufgabenträger | + Pflicht gemäß § 11 ÖPNVG | + (?) (§ 6 Abs. 3 S. 1 ÖPNVG) | + (§ 6 Abs. 3 S. 1 ÖPNVG) | + (§ 6 Abs. 3 S. 1 ÖPNVG) |
| Kreisangehörige Gemeinde | (-) | + (?) (§ 6 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG) | + (§ 6 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG) | + (§ 6 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG) |

⁹⁸ Zur Definition siehe Art. 2 lit. f) VO 1370/2007 und dazu oben 2.3.

⁹⁹ Zum Beispiel könnte das Land die Ausgleichsleistung nach § 45a PBefG gemäß § 64a PBefG durch Landesrecht ersetzen und gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 eine landesgesetzliche allgemeine Vorschrift stattdessen erlassen, für deren Vollzug z.B. Landesbehörden vorgesehen werden können.

¹⁰⁰ So *Zuck*, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 12. Ähnlich *Winnes*: Die öffentliche Finanzierung von Tarifen in Verkehrsverbänden, in: *Der Nahverkehr* 6/2009, 27, 28 f, der allerdings empfiehlt, dies durch entsprechende Regelungen im Landesrecht abzusichern.

¹⁰¹ Der Verband Region Stuttgart ist nach § 6 Abs. 3 Satz 1 ÖPNVG zuständige Behörde nur für die zu seiner Aufgabenträgerschaft nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 des VRS-Gesetzes gehörenden S-Bahn-Verkehre und regional bedeutsamen Schienenpersonennahverkehre im Verbandsgebiet. Zu seinen Aufgaben gehört nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VRS-Gesetz zwar auch die Finanzierung des Verbundtarifs. Insoweit ist er aber nach § 6 Abs. 3 ÖPNVG nicht zuständige Behörde im Sinne des EU-Verordnungsrechts.

Mit der Novellierung des PBefG bleibt für den Nahverkehr das bisherige zweigeteilte Genehmigungssystem mit der Unterscheidung von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit im Grundsatz erhalten (dazu 2.3 und 2.5). Daher kann es weiterhin in eigenwirtschaftlichen Verfahren zu einem sogenannten Genehmigungswettbewerb kommen. Da das novellierte PBefG eine Reihe von Vorgaben für die Gestaltung eines offenen und diskriminierungsfreien Genehmigungsverfahrens enthält, ist mit einer Zunahme von Genehmigungswettbewerben auf eigenwirtschaftlicher Basis zu rechnen. Nach wie vor stellt sich ferner die Notwendigkeit, die Möglichkeiten des Marktzugangs in eigenwirtschaftlichen Genehmigungsverfahren von der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehre durch die zuständigen Behörden abzugrenzen. Für beide Situationen hat die PBefG-Novelle neue Regelungen gebracht, die im Folgenden behandelt werden (vergleiche 3.1). Sodann werden die Optionen der Direktvergaben nach der VO 1370/2007 angesprochen (vergleiche 3.2). Den Schwerpunkt bildet nachstehend die Darstellung wettbewerblicher Vergabeverfahren für öffentliche Dienstleistungsaufträge nach VO 1370/2007 und nach Vergaberecht mit dem Fokus der Berücksichtigung unternehmerischer Belange bei der Gestaltung fairer Vergabeverfahren (vergleiche 3.3).

3.1 Die Vergabe von Genehmigungen für eigenwirtschaftliche Verkehrsangebote

Zu einem Verfahren, in dem über die Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrsangebots zu entscheiden ist, kommt es immer dann, wenn ein Verkehrsunternehmen eine entsprechende Genehmigung für einen Verkehr beantragt, der nicht von einer zuständigen Behörde durch Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 bestellt worden ist (zum neuen Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit oben 2.5). Für das Genehmigungsverfahren und für die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen bei solchen Angeboten sind nach dem novellierten PBefG zwei unterschiedliche Szenarien zu unterscheiden:

- ein oder mehrere Unternehmen begehren Genehmigungen auf eigenwirtschaftlicher Basis, ohne dass für die betreffenden Verkehre die Vergabeabsicht einer zuständigen Behörde zuvor bekannt gemacht worden ist

oder

- ein oder mehrere Unternehmen begehren Genehmigungen auf eigenwirtschaftlicher Basis, nachdem eine zuständige Behörde ihre Absicht, die fraglichen Verkehre auf gemeinwirtschaftlicher Basis zu bestellen, bekannt gemacht hat.

In beiden Fällen kann es zur Vergabe einer Genehmigung für ein eigenwirtschaftliches Verkehrsangebot kommen. Insbe-

sondere Antragsfristen und Anforderungen an das eigenwirtschaftliche Angebot unterscheiden sich aber in den beiden Szenarien. Im Folgenden werden zunächst Einzelfragen der Genehmigungsvergabe in einem „reinen“ Genehmigungswettbewerb (ohne zuvor bekanntgemachte Vergabeabsicht der zuständigen Behörde) behandelt (dazu 3.1.1). Sodann werden die Besonderheiten für den Fall dargestellt, dass die Vorabkennntmachung einer Vergabeabsicht der zuständigen Behörde vorliegt (dazu 3.1.2).

Die neuen genehmigungsrechtlichen Regelungen gelten ohne Übergangsfrist seit dem 1. Januar 2013. Da nach ständiger Rechtsprechung in Genehmigungsverfahren mit konkurrierenden Anträgen immer die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich ist,¹⁰² finden die neuen Regelungen auch auf Genehmigungsverfahren Anwendung, die vor dem 1. Januar 2013 begonnen, aber noch nicht abgeschlossen wurden.

3.1.1 Eigenwirtschaftlicher Genehmigungswettbewerb ohne bekanntgemachte Vergabeabsicht

Ein Genehmigungswettbewerb tritt immer dann ein, wenn mindestens zwei Genehmigungsanträge für dieselbe(n) Linie(n)/Linienbündel auf eigenwirtschaftlicher Basis gestellt werden. Das BVerwG¹⁰³ hat eine solche Situation als „Wettbewerbsverfahren um eine behördliche Konzession“ beschrieben, das als „Ausschreibungsverfahren im weiteren Sinne“ zu bezeichnen sei. Denn wegen des Verbots der Doppelbedienung, das auch im novellierten PBefG verankert ist, kann pro Linie nur ein Unternehmer die Genehmigung erhalten (vergleiche 2.3).

Wie erfährt man von einem möglichen Genehmigungswettbewerb?

Das neue PBefG verpflichtet die Genehmigungsbehörden zur Publizität bezüglich des Bestands von Liniengenehmigungen. Gemäß § 18 PBefG n. F. muss die Genehmigungsbehörde am Ende eines jeden Kalenderjahres ein Genehmigungsverzeichnis im EU-Amtsblatt veröffentlichen. Neben der Linienführung und der Geltungsdauer der Genehmigungen sind Angaben zu den Antragsfristen zu machen. Empfohlen wird hierzu, für jede Linie bzw. jedes Linienbündel die Frist konkret mit Datum zu benennen und es nicht mit einem allgemeinen Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen bewenden zu lassen.¹⁰⁴ Für Genehmigungen, die im Laufe des Jahres 2013 ab-

¹⁰² BVerwG, Urteil v. 29.10.2009 – 3 C 1.09, Tz. 16 m.w.N.; so jetzt auch OVG Magdeburg, Urteil v. 01.08.2012 – 3 L 3/11, S. 28 des Umdrucks. Im Fall der Genehmigungsfiktion nach § 15 Abs. 1 PBefG ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Eintritts der Fiktion maßgeblich; VGH Kassel, Urteil v. 05.04.2011 – 2 A 1593/10, S. 19 des Umdrucks.

¹⁰³ BVerwG, Urteil v. 02.07.2003 – 3 C 46.02 – *Auskunft*, S. 9 des Umdrucks.

¹⁰⁴ So VDV-Mitteilung Nr. 9056 „Praxisleitfaden zum PBefG 2013“, Stand 19.12.2012, S. 10.

laufen und zur Neuvergabe anstehen, greift die Publizität nach § 18 PBefG n. F. noch nicht. Der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch bezüglich ablaufender Genehmigungen¹⁰⁵ besteht aber fort, sodass Wettbewerber auch im Jahr 2013 bereits an die relevanten Informationen gelangen können.

Da auch bisher schon interessierte Unternehmen diesen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Auskunft zu Liniengenehmigungen bei den Genehmigungsbehörden geltend machen konnten, werden in einigen Bundesländern¹⁰⁶ bereits sogenannte Liniendatenbanken vorgehalten, die über die Homepage der Genehmigungsbehörden oder der Aufgabenträger abrufbar sind. Solche Datenbanken können die Veröffentlichungspflicht nach § 18 PBefG n. F. ergänzen, jedoch nicht ersetzen.

Der Auskunftsanspruch soll sich nicht beziehen auf:¹⁰⁷

- den derzeitigen Fahrplan und geltenden Tarif,
- den Genehmigungsantrag/Bewerbungsunterlagen des Wettbewerbers und
- Bewertungskriterien/Bewertungsmatrix.

Eine Pflicht zur Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 besteht hinsichtlich der Liniengenehmigungen hingegen weder für die Genehmigungsbehörden noch für die Aufgabenträger, da dem PBefG die Prämisse zugrundeliegt, dass Genehmigungen nicht in den Anwendungsbereich der VO 1370/2007 fallen (vergleiche 2.3).¹⁰⁸

Wann kann bzw. muss ein Bewerber seinen Antrag stellen?
Seit seiner Novellierung regelt das PBefG Fristen für Genehmigungsanträge in § 12.

Solange keine Vergabeabsicht einer zuständigen Behörde veröffentlicht ist, gilt § 12 Abs. 5 PBefG n. F. Danach ist ein Antrag spätestens 12 Monate vor dem Beginn des beantragten Geltungszeitraums (bei einem bestehenden Verkehr also i. d. R. zwölf Monate vor Ablauf der bestehenden Genehmigung) zu stellen. Für im Jahr 2013 ablaufende Genehmigungen kann die 12-Monatsfrist des § 12 Abs. 5 Satz 1 PBefG n. F. noch keine Geltung beanspruchen, da sie keine Vorwirkung für das Jahr 2012 entfalten kann, nachdem sie erst am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist. Hier können aber wohl die Genehmigungsbehörden entsprechende Fristenregelungen treffen.¹⁰⁹

Der Beginn der Antragsfrist ist nicht gesetzlich geregelt, sodass ein Antrag nicht (mehr) als „zu früh“ abgelehnt werden kann.¹¹⁰ Jedoch beginnt die Frist zur Entscheidung über den Antrag nach § 15 Abs. 1 Satz 6 PBefG n. F. erst nach dem Ablauf der Antragsfrist nach § 12 Abs. 5 PBefG n. F. Ein früher gestellter Antrag muss daher zunächst schlicht „liegen bleiben“, bevor er von der Genehmigungsbehörde geprüft wird.

Bei dieser Antragsfrist handelt es sich nicht per se um eine zwingende Ausschlussfrist:

- Nach § 12 Abs. 5 Satz 2 PBefG n. F. kann die Genehmigungsbehörde in den Fällen, in denen kein Antrag gestellt worden ist, einen verspäteten Antrag zulassen. Das bedeutet aber wohl im Umkehrschluss: In Fällen des Genehmigungswettbewerbs (es liegt bereits ein fristgerechter Antrag vor) ist der verspätete Antrag zwingend auszuschließen. Zwar regelt das neue PBefG hierzu keinen ausdrücklichen Versagungsgrund. Jedoch wäre der Zweck der Regelung, einen fairen Genehmigungswettbewerb zu gewährleisten,¹¹¹ in Frage gestellt, wenn verspätete Anträge zugelassen würden.
- Die Zulassung eines verspäteten Antrags in den Fällen, in denen kein fristgerechter Antrag eingegangen ist, steht nach § 12 Abs. 5 Satz 2 PBefG n. F. im Ermessen der Genehmigungsbehörde. Das unternehmerische Interesse an der Gewährung des Marktzugangs dürfte aber grundsätzlich dazu führen, dass der verspätete Antrag zuzulassen ist. Anders muss die Abwägung jedoch wohl dann ausgehen, wenn die zuständige Behörde angesichts des Ausbleibens eigenwirtschaftlicher Anträge aktiv geworden ist und die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zur Sicherstellung des Verkehrs zum Beispiel im Wege einer Notvergabe (Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 bzw. § 20 Abs. 3 Satz 2 PBefG n. F.) eingeleitet hat.

Gemäß § 12 Abs. 5 Sätze 3 und 4 PBefG n. F. kann die Genehmigungsbehörde andere „Termine“ für eigenwirtschaftliche

¹⁰⁵ BVerwG, Urteil v. 02.07.2003 – 3 C 46.02 – *Auskunft*.

¹⁰⁶ So zum Beispiel in Brandenburg, Hessen, Niedersachsen/Bremen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen.

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil v. 02.07.2003 – 3 C 46.02 – *Auskunft*, S. 7 des Umdrucks; VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455, S. 34 und 35 des Umdrucks.

¹⁰⁸ Kritisch hierzu und deshalb für eine Veröffentlichungspflicht der Genehmigungsbehörden *Schwarz/Winnes: Die Veröffentlichungspflichten nach der VO 1370/07 – Was haben die zuständigen Behörden ab Dezember 2009 zu tun?*, in: V+T 2009, 299 ff.

¹⁰⁹ Schon nach altem Recht hat die Rechtsprechung eine solche Befugnis der Genehmigungsbehörde für den Genehmigungswettbewerb bejaht: BVerfG, Beschluss v. 11.10.2010 – 1 BvR 1425/10, S. 7 f. des Umdrucks.

¹¹⁰ *Werner*, in: *Barth/Baumeister/Bersch/Werner* (Hrsg.): *Recht des öffentlichen Personennahverkehrs*, Losebl. Stand 2010, A4 Rn. 54 f., meint, dass eine Prüfung eigenwirtschaftlicher Anträge grundsätzlich frühestens 12 bis 15 Monate vor Betriebsaufnahme möglich sei und verfrühte Anträge zurückzuweisen seien. In manchen Ländern gab es Erlasse zum frühest möglichen Zeitpunkt eines Genehmigungsantrags. In Baden-Württemberg ist der Antrag frühestens ein Jahr vor Ablauf der bestehenden Genehmigung möglich; siehe Leitlinien zur Anwendung der EU-VO 1370/2007 vom 10.12.2009 (Az. 76-3870.0/81), Ziff. 7.10. In Niedersachsen galten zum Beispiel maximal 21 Monate Vorlauf als zulässig.

¹¹¹ BT-Drs. 17/8233, S. 15.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

Anträge setzen, wenn sie hierauf in ihrer jährlichen Veröffentlichung des Genehmigungsverzeichnisses nach § 18 PBefG n. F. hinweist. Dies erfordert ein entsprechend vorausschauendes Fristenmanagement der Behörde.

Abbildung 9: Zusammenfassung Antragsfrist ohne Vorabkennzeichnung

Antragsfrist ohne Bekanntmachung Vergabeabsicht

- Früher als 12 Monate vor beantragtem Genehmigungsbeginn gestellte Anträge sind nicht unzulässig, bleiben aber bis zum Ende der Antragsfrist unbearbeitet.
- Später als 12 Monate vor beantragtem Genehmigungsbeginn gestellte Anträge sind dann auszuschließen (zu versagen), wenn ein fristgerechter Antrag vorliegt.
- Wurde kein fristgerechter Antrag gestellt, steht die Zulassung eines verspäteten Antrags im Ermessen der Genehmigungsbehörde.
- Die Genehmigungsbehörde kann andere Fristen setzen, muss diese aber in ihrer jährlichen Veröffentlichung des Genehmigungsverzeichnisses bekannt geben.

Schutz des Geheimwettbewerbs – Einschränkung von Nachbesserungen

Im Rahmen der gemäß § 14 PBefG n. F. gebotenen Anhörung werden Unternehmen, die im Einzugsbereich des beantragten Verkehrs Linienverkehre betreiben, über die jeweiligen (konkurrierenden) Genehmigungsanträge informiert. Damit erhalten potenzielle Wettbewerber Informationen über die Angebote der anderen. Dies war in der Vergangenheit verschiedentlich Gegenstand gerichtlicher Verfahren:

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)¹¹² hat für den Genehmigungswettbewerb als „Ausschreibungsverfahren im weiteren Sinne“ gefordert, dass „jeder Anbieter sein Angebot eigenständig und ohne Kenntnis des Angebots der übrigen Bewerber abgibt“. Der VGH Mannheim¹¹³ hat im Anschluss an das Urteil des BVerwG einen Anspruch auf Offenbarung von Angeboten der Wettbewerber ausdrücklich abgelehnt. Er hat folgende Verfahrensgestaltung als nicht rechtswidrig erkannt: In der Anhörung nach § 14 PBefG n. F. wird Unternehmen, die selbst Wettbewerber sind, nur der Antragsvordruck, Fahrplan und Linienverlauf mitgeteilt. Weitere Informationen erhalten nur der Aufgabenträger und der Verkehrsverbund. Eine Nachbesserung der Angebote wurde für unzulässig erklärt. Hingegen hat das Bundesverfassungsgericht die wechselseitige Information über die Angebote der Wettbewerber für unbedenklich gehalten.¹¹⁴

Auch zur Frage der Nachbesserungsmöglichkeit bestanden vor der PBefG-Novelle befürwortende¹¹⁵ und ablehnende¹¹⁶

Rechtsauffassungen. In der Praxis hatten die teilweise zugelassenen Nachbesserungen verschiedentlich zum wechselseitigen „Hochsteigern“ von Antragstellern geführt.

Nunmehr regelt § 12 Abs. 5 Satz 5 PBefG n. F., dass Nachbesserungen von Anträgen nur noch zulässig sind, wenn sie von der Genehmigungsbehörde im öffentlichen Verkehrsinteresse angeregt worden sind. Eine solche Anregung wird insbesondere dann zu geben sein, wenn das eigenwirtschaftliche Angebot vom bisherigen Angebot wesentlich abweicht und deshalb nach § 16 Abs. 3 PBefG womöglich die Genehmigungsfrist zu verkürzen wäre (dazu unten am Ende von 3.1.1).

Ferner wird der Geheimwettbewerb dadurch geschützt, dass bei einem Genehmigungsantrag für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr das Anhörungsverfahren gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 PBefG n. F. erst nach Ablauf der Antragsfrist geführt werden darf. Die Kenntnis des Angebots des Wettbewerbers kann dann mangels Nachbesserungsmöglichkeit nicht mehr dazu genutzt werden, den Wettbewerber zu übertrumpfen. Dennoch sollte die vom VGH Mannheim für rechtmäßig erachtete Beschränkung der weiterzugebenden Informationen im Anhörungsverfahren befolgt werden. Wenn die Genehmigungsbehörde Nachbesserungen gemäß § 12 Abs. 5 Satz 5 PBefG n. F. anregen will, empfiehlt es sich nach hiesiger Auffassung zum Schutz des Geheimwettbewerbs, das Anhörungsverfahren der anderen Unternehmen erst nach Abschluss der Nachbesserungsphase einzuleiten.

¹¹² BVerwG, Urteil v. 02.07.2003 – 3 C 46.02 – *Auskunft*, S. 8 f. des Umdrucks.

¹¹³ VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455/06, S. 34 des Umdrucks.

¹¹⁴ BVerfG, Beschluss v. 11.10.2010 – 1 BvR 1425/10, S. 7 des Umdrucks; unkritisch ferner VGH München, Urteil v. 06.03.2008 – 11 B 04.2449, S. 16 ff der Urteilsbegründung; vergleiche auch OVG Koblenz, Beschluss v. 05.06.1996 – 7 B 13530/95.

¹¹⁵ BVerfG, Beschluss v. 11.10.2010 – 1 BvR 1425/10, S. 7 des Umdrucks; VGH München, Urteil v. 06.03.2008 – 11 B 04.2449, S. 18 des Umdrucks.

¹¹⁶ VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455/06, S. 34 des Umdrucks; OVG Lüneburg, Beschluss v. 15.08.2007 – 7 ME 122/07; VG Braunschweig, Beschluss v. 08.07.2005 – 6 B 370/05; VG Stade, Urteil v. 16.09.2004 – 1 A 463/03.

Abbildung 10: Zusammenfassung zu Geheimwettbewerb und Nachbesserung

| Geheimwettbewerb und Nachbesserung |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ● Potenzielle Wettbewerber dürfen über Genehmigungsanträge nicht vor Ende der Antragsfrist unterrichtet werden. ● Die Anhörung ist erst nach Ende der Antragsfrist durchzuführen. ● Für die Anhörung sollten potenziellen Wettbewerbern nur die notwendigsten Informationen über den Antrag, nämlich <ul style="list-style-type: none"> • Antragsvordruck, • Linienverlauf und • Fahrplan, nicht aber der Antrag in Gänze übermittelt werden. ● Nach Ende der Antragsfrist sind Nachbesserungen von Anträgen nur noch auf Anregung der Genehmigungsbehörde und im öffentlichen Verkehrsinteresse zulässig; in diesem Fall sollten Wettbewerber erst im Anschluss angehört werden. |

Prüfung und Wertung der Angebote sowie verbindliche Zusicherungen

Zunächst ist jeder Genehmigungsantrag daraufhin zu prüfen, ob er nach § 13 Abs. 1, Abs. 1a und Abs. 2 Satz 1 PBefG n. F. grundsätzlich genehmigungsfähig ist. Das ist nach dem neuen Versagungsgrund des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PBefG n. F. zum Beispiel dann nicht der Fall, wenn der Verkehr ein durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag rechtmäßig¹¹⁷ gewährtes Ausschließlichkeitsrecht verletzen würde. Dies betrifft den Fall, dass die zuständige Behörde für einen Verkehr ein solches Recht gewährt hat und während der Laufzeit des zugrundeliegenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags ein Parallelverkehr hierzu beantragt wird.

Sofern der Genehmigungsbehörde mehrere grundsätzlich genehmigungsfähige Anträge vorliegen (Bewerberüberhang), hat die Genehmigungsbehörde eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtete Auswahlentscheidung danach zu treffen, wer die „beste Verkehrsbedienung“ anbietet. Dies regelt nun ausdrücklich der neue § 13 Abs. 2b PBefG n. F., war aber auch schon bisher die Vorgabe für den Fall des Geheimwettbewerbs.

Hiernach schließt sich an die Prüfung der Anträge eine Wertung der eigenwirtschaftlichen Angebote an. Bei dieser Wertung hat die Genehmigungsbehörde einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum mit Blick auf die für die Bewertung maßgeblichen öffentlichen Verkehrsinteressen. Die maßgeblichen öffentlichen Verkehrsinteressen ergeben sich insbesondere aus § 8 Abs. 3 PBefG n. F. Die Auswahlentscheidung ist „vorrangig“ danach vorzunehmen, inwieweit der jeweils angebotene Verkehr die im öffent-

lichen Interesse für erforderlich erachteten Angebotsstandards verwirklicht.¹¹⁸ Mit der Neufassung des § 8 Abs. 3 PBefG ändert sich hieran nichts. Gemäß § 8 Abs. 3 Sätze 1 und 2 PBefG n. F. ist der Aufgabenträger für die Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung verantwortlich und definiert hierfür „Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebots, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen“ und Anforderungen an die Barrierefreiheit in der Regel in einem Nahverkehrsplan.

Auch die Wirtschaftlichkeit beziehungsweise Kostengünstigkeit der Verkehrsbedienung ist ein Auswahlkriterium.¹¹⁹ Der VGH Mannheim¹²⁰ und das VG Karlsruhe¹²¹ sehen die höchste Wirtschaftlichkeit dann als gegeben, wenn ein Unternehmen aufgrund seiner Kosten- und Erlösstruktur dazu in der Lage ist, den niedrigsten Tarif oder den umfangreichsten Fahrplan anzubieten. Eingebunden zum Beispiel in verbindliche Vorgaben für einen Kooperations- oder Verbundtarif (siehe dazu 2.7), kann sich das Kriterium der Wirtschaftlichkeit unter Umständen allein auf das umfangreichere Bedienungsangebot reduzieren. Im Übrigen kann es aber im Wettbewerb auch um einen günstigeren Tarif gehen.¹²²

Gemäß § 13 Abs. 2b Satz 2 PBefG n. F. sind die Festlegungen eines Nahverkehrsplans bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen.¹²³ Dies kann nach Auffassung des VGH Mannheim¹²⁴ auch so gestaltet werden, dass vom Aufgabenträger in enger Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde nach Maßgabe der Vorgaben im Nahverkehrsplan eine Bewertungsmatrix für die Beurteilung aller im Genehmigungswettbewerb eingegangenen Angebote erstellt wird. Dabei werden die angebotenen Verkehrsleistungen nach Quantität und Qualität erfasst, und anhand gewichteter Wertungskrite-

¹¹⁷ Dazu müssen die in § 8a Abs. 8 PBefG n. F. genannten Voraussetzungen des Ausschließlichkeitsrechts vorliegen.

¹¹⁸ BVerwG, Beschluss v. 06.04.2000 – 3 C 7.99, Tz. 32; BVerwG, Urteil v. 02.07.2003 – 3 C 46.02, S. 7 des Umdrucks; VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455/06, S. 31 f. des Umdrucks; OVG Magdeburg, Urteil v. 01.08.2012 – 3 L 2/11, S. 28 f. des Umdrucks; VG Karlsruhe, Urteil v. 28.04.2009 – 5 K 424/07, S. 16 des Umdrucks

¹¹⁹ BVerwG, Beschluss v. 06.04.2000 – 3 C 7.99; OVG Magdeburg, Beschluss v. 09.02.2007 – 1 M 267/06, S. 10 f. des Umdrucks, und Urteil v. 01.08.2012 – 3 L 2/11 S. 28 f.; VG Cottbus, Urteil v. 15.11.2007 – 3 K 600/03.

¹²⁰ VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455/06, S. 32 und 37 des Umdrucks.

¹²¹ VG Karlsruhe, Urteil v. 28.04.2009 – 5 K 424/07, S. 16 des Umdrucks mit weiteren Nachweisen.

¹²² VG Münster, Urteil v. 10.08.2007 – 10 K 1490/06.

¹²³ In diesem Zusammenhang – nämlich bei der Auswahl des besten Angebots – kommt dann auch der Versagungsgrund des fehlenden Einklangs mit dem Nahverkehrsplan nach § 13 Abs. 2a Satz 1 PBefG zur Geltung.

¹²⁴ VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455/06, S. 35 ff. des Umdrucks.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

rien beurteilt. Soweit eine solche Bewertungsmatrix erstellt und den Bewerbern offengelegt wird, tritt eine Ermessensbindung hieran ein.¹²⁵

Abbildung 11: Zusammenfassung zu Wertungskriterien

Wertungskriterien „bestes“ eigenwirtschaftliches Angebot

- Vom Aufgabenträger festgelegte Angebotsstandards einer ausreichenden Verkehrsbedienungs, insbesondere wenn diese in einem Nahverkehrsplan festgelegt bzw. in einer Bewertungsmatrix quantifiziert sind
- Ohne solche Festlegungen: Anforderungen im Interesse einer ausreichenden Verkehrsbedienungs nach Beurteilung der Genehmigungsbehörde
- Solche Aspekte können zum Beispiel sein
 - Umfang des Angebots
 - Qualität des Angebots
 - Umweltqualität
 - Verkehrsmittelübergreifende Integration
 - Barrierefreiheit
 - günstigerer Tarif

Kritisch erscheint, wenn bei der Wertung Aspekte berücksichtigt werden, deren Einhaltung nach dem PBefG nicht „vollstreckbar“ wären, weil sie (anders als die Betriebs-, Tarif- und Fahrplanpflichten) nicht zwangsläufig Gegenstand der Liniengenehmigung sind.¹²⁶ Denn der Gedanke einer Auswahlentscheidung im Wettbewerb würde ad absurdum geführt, wenn unverbindliche Versprechungen hierfür genügen würden. Mit dem § 12 Abs. 1a PBefG n. F. sind nun sogenannte verbindliche Zusicherungen in einem Genehmigungsantrag möglich. Da § 13 Abs. 2b PBefG n. F. fordert, dass der auszuwählende Unternehmer die beste Bedienung „anbietet“ und unter dem Begriff des Angebots allgemein eine verbindliche Erklärung verstanden wird¹²⁷, muss wohl als „besser“ gelten, wer entsprechende verbindliche Zusicherungen abgibt.¹²⁸ So kann der Unternehmer in seinem Antrag beispielsweise verbindlich zusichern, einen bestimmten Mindestumfang des Verkehrs aufrechtzuerhalten, bestimmte Fahrzeugstandards (zum Beispiel Niederflur) einzuhalten oder bestimmte Bedienungshäufigkeiten (zum Beispiel eine Taktichte) nicht zu unterschreiten.

Gemäß § 15 Abs. 3 Satz 2 PBefG n. F. müssen solche Zusicherungen durch Auflagen abgesichert werden. Auf „Wunsch“ der zuständigen Behörde kann diese in die Kontrolle solcher Auflagen einbezogen werden. Auch aus Sicht der Unternehmen ist zu beachten, dass verbindliche Zusicherungen dazu führen, dass der Unternehmer von den zugesicherten Standards während der Laufzeit der erteilten Genehmigung grundsätzlich nicht abrücken kann und eine Nichterfüllung sanktioniert wird, vgl. § 61 Abs. 1 Nr. 1 PBefG n. F.

Abbildung 12: Zusammenfassung zur Frage verbindlicher Zusicherungen

Verbindliche Zusicherungen

- Für Auswahlentscheidung maßgebliche Aspekte müssen wohl verbindlich zugesichert werden (§ 12 Abs. 1a PBefG n. F.).
- Zusicherungen müssen gemäß § 15 Abs. 3 PBefG n. F. durch Auflagen abgesichert werden.
- In der Regel keine Änderung zugesicherter
 - Beförderungsentgelte, § 39 Abs. 2 S. 2 PBefG n. F.
 - Fahrplangestaltungen, § 40 Abs. 2a PBefG n. F.
- In der Regel keine Teilentbindung von zugesicherten Bestandteilen, § 21 Abs. 3 S. 3 PBefG n. F.
- Zuständige Behörden können in Kontrolle einbezogen werden.
- Sanktionierung:
 - Bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit, § 61 Abs. 1 Nr. 1 PBefG n. F.
 - Bei nachhaltiger Nichterfüllung: Widerruf der Genehmigung, § 25 Abs. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 Satz 3 PBefG n. F.

Welche Rolle spielt der Altunternehmerstatus?

Im Rahmen der Auswahlentscheidung beim Genehmigungswettbewerb nach § 13 Abs. 2b PBefG n. F. wird der sogenannte Altunternehmerstatus nach § 13 Abs. 3 PBefG beibehalten. Nach ständiger Rechtsprechung unter anderem auch des VGH Mannheim¹²⁹ liegt die Bedeutung des § 13 Abs. 3 PBefG darin, dass er gegenüber der Vorschrift des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PBefG n. F. eine ebenso selbstständige wie gleichwertige Regelung darstellt. Hiernach hat die Behörde unter angemessener Berücksichtigung der Interessen sowohl des Altunternehmers als auch des Newcomers zu entscheiden, wer den in Rede stehenden Verkehr künftig betreiben soll.

Auf der Tatbestandsseite kommt dem Altunternehmer der Schutz nur dann zu, wenn der von ihm jahrelang ausgeübte Betrieb den öffentlichen Verkehrsinteressen entsprach. Hierunter wird ein Zeitraum von mindestens zwei Jahren verstanden.¹³⁰

¹²⁵ OVG Magdeburg, Urteil v. 01.08.2012 – 3 L 2/11, S. 30 des Umdrucks. Eine Offenlegung einer solchen Bewertungsmatrix soll nach Auffassung des VGH Mannheim nicht zwingend sein, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455/06, S. 35 ff des Umdrucks.

¹²⁶ Dazu *Landsberg*: Genehmigungswettbewerb im ÖPNV, in: *Verkehr und Technik* 2003, 411 ff.

¹²⁷ Vgl. § 145 BGB.

¹²⁸ So wohl auch der bdo in seinem Entwurf „ABC des PBefG“, Stand Dezember 2012, S. 7.

¹²⁹ VGH Mannheim, Urteil v. 27.11.2003 – 3 S 709/03 mit weiteren Nachweisen; VGH Mannheim, Urteil v. 02.05.1995 – 3 S 886/94.

¹³⁰ *Fromm/Fey/Sellmann/Zuck*: Personenbeförderungsrecht, München 2002, § 13 Rn. 16.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ferner erforderlich, dass der Unternehmer den Verkehr selbst betrieben hat, was beispielsweise im Falle einer Betriebsführungsübertragung gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 PBefG nicht der Fall ist.¹³¹ Der Besitzstandsschutz kann ferner dann eingeschränkt sein, wenn große Teile des Verkehrs von Subunternehmern erbracht wurden.¹³²

Der Besitzstandsschutz wird gemäß § 13 Abs. 3 PBefG n. F. außerdem nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 PBefG n. F. gewährt. Das heißt, es muss neben dem Rückblick eine Art Ausblick vorgenommen werden: Der Altunternehmer muss auch für die Zukunft gewährleisten, dass er die in § 8 Abs. 3 PBefG n. F. vorgegebenen Ziele verwirklicht.

Der Besitzstand war oftmals Gegenstand der Rechtsprechung. Zum Teil wurde ihm so große Bedeutung beigemessen, dass der Anspruch auf angemessene Berücksichtigung nur durch ein „wesentlich besseres Angebot“ eines Wettbewerbers überwunden werden könne. Im Übrigen sei die Frage dessen, was „angemessen“ ist, stets von den besonderen Umständen des Einzelfalls abhängig und gerichtlich voll nachprüfbar.¹³³ Der VGH Mannheim¹³⁴ hatte in einer alten Entscheidung aus dem Jahr 1971 darauf abgestellt, ob der Newcomer die „überzeugend bessere“ Bedienung anbietet.

Wenn aber erst ein „wesentlich besseres“ oder ein „überzeugend besseres“ Angebot den Markt für Newcomer öffnet, dann fehlt diesen im Regelfall eine realistische Chance auf Marktzutritt. Unter diesem Aspekt wird der Besitzstandsschutz schon seit Langem auch kritisch gesehen.¹³⁵

Spätestens mit der Ausgestaltung und damit mit der Forcierung des Genehmigungswettbewerbs durch die jetzige Novellierung des PBefG wird man den Verweis in § 13 Abs. 3 PBefG n. F. auf § 8 Abs. 3 PBefG n. F. als Einschränkung des Besitzstands schutzes dahingehend verstehen müssen, dass nur bei annähernd gleich bewerteten Angeboten das Interesse des Altunternehmers den Ausschlag gibt. So wird teilweise ein „wesentlich“ oder „überzeugend“ besseres Angebot nicht (mehr) für erforderlich erachtet, vielmehr reiche ein einfaches „Besser“ aus, damit sich der Newcomer durchsetze.¹³⁶ Das VG Karlsruhe¹³⁷ hat den Besitzstandsschutz als nachrangig gegenüber dem Aspekt der öffentlichen Verkehrsinteressen einschließlich der Frage der Kostengünstigkeit angesehen. Unabhängig davon, wie viel besser das Angebot des Newcomers ist, muss das Altunternehmerinteresse in jedem Fall in die Abwägung eingestellt („berücksichtigt“) werden. Ob sich ein Newcomer mit einem „besseren“ Angebot hiergegen durchsetzen kann, hängt von allen Umständen des Einzelfalls ab, also zum einen davon, als wie viel „besser“ das Angebot des Newcomers aus Sicht der öffentlichen Verkehrsinteressen zu werten ist, und zum anderen mit welchem Gewicht das Altunternehmerinteresse in die Abwägung einfließt.¹³⁸

Treffen bei der Vergabe von Linienbündeln mehrere Altunternehmer aufeinander, stellt sich die Frage, ob beziehungsweise ab welchem Anteil am Bündel hiernach ein „Mehr“ an Altunternehmerstatus gegenüber einem „besseren“ Angebot den Ausschlag geben kann. In einer solchen Situation wurde für rechtmäßig erkannt, wenn trotz unterschiedlicher Anteile zwei Altunternehmer im Ausgangspunkt als gleichrangig angesehen wurden.¹³⁹ Dies, obwohl in dem entschiedenen Fall ein Unternehmen mit circa 70 Prozent und das konkurrierende Unternehmen mit lediglich rund 16 Prozent an den Verkehrsleistungen beteiligt war. Auch der geringere Anteil sei nennenswert und nicht unerheblich.

Abbildung 13: Zusammenfassung zum Altunternehmerstatus

| Altunternehmerstatus | |
|----------------------|--|
| ● Voraussetzungen: | <ul style="list-style-type: none"> • mindestens zweijähriger Betrieb des Verkehrs durch den Altunternehmer • bislang den öffentlichen Interessen entsprechende Gestaltung des Verkehrs • Gewähr für künftig den öffentlichen Interessen entsprechende Gestaltung des Verkehrs |
| ● Bedeutung: | <ul style="list-style-type: none"> • Abwägung Bestandsschutzinteressen (Gewichtung im Einzelfall) • besserer Newcomer-Antrag dürfte sich durchsetzen („überwiegend“ oder „deutlich“ besser gegebenenfalls nicht nötig) |

Was bedeuten Linienbündel bzw. § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F.?

Rechtsgrundlage für die Bündelung von Buslinien ist § 9 Abs. 2 PBefG n. F., demzufolge die Genehmigung für eine Linie oder

¹³¹ BVerwG, Urteil v. 19.10.2006 – 3 C 33.05, Abs. Nr. 43 b ff.

¹³² VG Sigmaringen, Urteil v. 23.02.2005 – 5 K 910/04.

¹³³ VG Freiburg, Urteil v. 18.12.2002 – 1 K 2400/99; OVG Lüneburg, Urteil v. 16.11.2004 – 7 LB 3545/01, S. 25 des Umdrucks: „überzeugend besser“.

¹³⁴ VGH Mannheim, Urteil v. 12.06.1971 – VI 578/68, S. 17 f des Umdrucks.

¹³⁵ Grundlegend mit weiteren Nachweisen *Fromm*: Personenbeförderungsrecht, in: *Bachof* unter anderem: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festschrift, München 1978, 231, 238: „Zementierung der Verkehrslandschaft“.

¹³⁶ Vergleiche VG Minden, Beschluss v. 15.06.2007 – 7 L 226/07, Abs. Nr. 43 ff.

¹³⁷ VG Karlsruhe, Urteil v. 28.04.2009 – 5 K 424/07, S. 16 d. Umdrucks mit weiteren Nachweisen.

¹³⁸ OVG Magdeburg, Urteil v. 01.08.2012 – 3 L 5/11, S. 22 ff. des Umdrucks.

¹³⁹ Vergleiche dazu VG Minden, Beschluss v. 12.01.2009 – 7 L 657/08, S. 6 des Umdrucks.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

für mehrere Linien gebündelt erteilt werden kann, soweit es die Zielsetzung des § 8 PBefG erfordert. Der neugefasste § 8 PBefG regelt in seinem Abs. 3 die Verantwortung der Aufgabenträger für eine ausreichende Verkehrsbedienung und bestimmt in seinem Abs. 4 i. V. m. § 8a PBefG n. F., dass eigenwirtschaftliche Verkehre vorrangig sind, soweit sie eine ausreichende Verkehrsbedienung darstellen (dazu 3.1.2).

Zweck des § 9 Abs. 2 PBefG n. F. ist die Zusammenfassung verkehrlich verbundener Linien auch mit dem Ziel eines Querausgleiches zwischen guten und schlechteren Ertragslagen.¹⁴⁰ Dieses Ziel wird durch den neuen Versagungsgrund der „Rosinenpickerei“ in § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F.¹⁴¹ gestärkt. Dadurch soll vermieden werden, dass ertragreiche Verkehre aus einem Netz oder einem im Nahverkehrsplan festgelegten Linienbündel herausgebrochen werden können, während die übrigen Verkehre von der öffentlichen Hand finanziert werden müssen.¹⁴²

Die in der Vergangenheit umstrittene Frage, ob in einem Nahverkehrsplan Linienbündel definiert und hierbei auch über Unternehmen hinweg¹⁴³ eigen- und gemeinwirtschaftliche Linien zusammengefasst werden dürfen,¹⁴⁴ wird damit vom Gesetzgeber des novellierten PBefG nach hiesiger Auffassung bejaht.

Eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge für Teile eines Netzes oder Linienbündels bleiben damit jedoch zulässig¹⁴⁵ und sind nicht per se nach § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F. zu versagen. Eine solche Versagung kommt vielmehr nur in Betracht, wenn ein besserer, d.h. auf eine Gesamtleistung (zum Beispiel auf ein Linienbündel und nicht nur auf einzelne Linien), gerichteter Antrag nach § 13 Abs. 2b PBefG n. F. vorliegt¹⁴⁶ oder die zuständige Behörde eine Bestellabsicht vorab bekanntgemacht hat (dazu 3.1.2). Ist beides nicht der Fall und will die zuständige Behörde den Verkehr nicht gesamthaft bestellen, ist der „Rosinenpicker“-Antrag zu genehmigen (ggf. aber nach § 16 Abs. 3 PBefG n. F. kurz zu befristen, dazu unten am Ende von 3.1.1). Denn ein auf ertragreiche Linien beschränkter Verkehr ist immer noch besser als gar kein Verkehrsangebot. Dem Versagungsgrund des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F. kommt daher nur im Zusammenwirken mit § 13 Abs. 2b PBefG (Genehmigungswettbewerb mit umfassenderem Antrag) oder § 13 Abs. 2a Sätze 2 ff. PBefG n. F. (vorab bekanntgemachte Bestellabsicht der zuständigen Behörde) oder gegebenenfalls auch bei § 16 Abs. 3 PBefG n. F. (nachträgliche Bestellabsicht der zuständigen Behörde) eine Bedeutung zu.

Die Festlegung von Linienbündeln im Nahverkehrsplan wirkt sich auf die Befristung von Genehmigungslaufzeiten aus: Diese sind zu harmonisieren, das heißt auf einheitliche Enddaten hin festzusetzen.¹⁴⁷ Die Angleichung der Laufzeiten ist hierbei nicht Voraussetzung für die Bündelung,¹⁴⁸ sondern

Folge der Festlegung eines Linienbündels im Nahverkehrsplan. So wurde in der Rechtsprechung die Angleichung von Genehmigungslaufzeiten zum Zwecke der Harmonisierung von unterschiedlich lang laufenden Linien in einem Bündel als rechtmäßig erachtet.¹⁴⁹ Dies erleichtert der zuständigen Behörde gegebenenfalls die gesamthafte Bestellung des Bündels durch Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

Aus praktischer Sicht liegen die denkbaren Vor- und Nachteile einer Linienbündelung für die Akteure auf der Hand: Vorteil einer Linienbündelung ist, dass bei verbundenen Linienverkehren ein Ausgleich zwischen guten und schlechten Risiken stattfindet. Hierdurch wird ein Verkehrsunternehmen, das bislang alle verbundenen Linienverkehre in einem Bündel erbracht hat, davor geschützt, dass ein Konkurrent zum Beispiel im Rahmen eines Genehmigungswettbewerbs eine starke Linie herausbricht. Ein solches Herausbrechen wäre auch möglicherweise von Nachteil für den Aufgabenträger, sofern die verbliebenen Linienleistungen nicht ohne eine öffentliche Kofinanzierung erbracht werden können beziehungsweise der Zuschussbedarf ansteigen würde.

Ein möglicher Nachteil für betroffene Verkehrsunternehmen könnte sein, dass sich durch eine Bündelung andere Unternehmen leichter um größere Verkehrsleistungen bewerben können. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Aufga-

¹⁴⁰ Auch die Gesetzesbegründung zum § 9 Abs. 2 PBefG (BT-Drs. 12/6269, S. 143) sieht den mit der Bündelung verbundenen Ausgleich zwischen guten und schlechten Risiken als insbesondere für die Bemessung öffentlicher Ausgleichsverpflichtung bedeutsam an.

¹⁴¹ Danach ist eine Genehmigung zu versagen, wenn „der beantragte Verkehr einzelne ertragreiche Linien oder ein Teilnetz aus einem vorhandenen Verkehrsnetz oder aus einem im Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 festgelegten Linienbündel herauslösen würde“.

¹⁴² Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/8233, S. 16.

¹⁴³ Dagegen ausführlich *Batzill*: Bündelung von Buslinien, in: *Der Nahverkehr* 11/2009, 19, 20 f.

¹⁴⁴ Dagegen WBO-Positionspapier Linienbündel – Stand 07.04.2009.

¹⁴⁵ Darauf weist zu Recht der bdo hin; vergleiche Entwurf „ABC des PBefG“, Stand Dezember 2012, S. 3.

¹⁴⁶ Bislang gibt es keine Rechtsprechung dazu, ob ein auf ein Bündel oder Netz gerichteter Antrag „besser“ ist als ein auf Einzelleistungen gerichteter Antrag. Aus dem neuen Versagungsgrund der Rosinenpickerei in § 13 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F. wird man aber ableiten können, dass eine Gesamtleistung einen Vorteil darstellt, der in die Wertung der Angebote einzustellen ist.

¹⁴⁷ Handlungsempfehlung des Innenministeriums Baden-Württemberg v. 11.07.2008, Az. 76-3872.0/104 (sogenanntes „Bühler-Papier“).

¹⁴⁸ So wohl auch *Batzill*: Bündelung von Buslinien, in: *Der Nahverkehr* 11/2009, 19.

¹⁴⁹ VGH Mannheim, Beschluss v. 15.02.2011 – 12 S 1158/10, S. 3 ff.; VG Karlsruhe, Urteil v. 29.10.2003 – 7 K 1926/01; VG Minden, Urteil v. 02.11.2005 – 3 K 6643/03. Das OVG Schleswig, Urteil v. 20.01.2009 – 4 LG 17/07, hat die Gewährung einer länger laufenden Genehmigungsdauer trotz eines entgegenstehenden Linienbündelungskonzeptes des Aufgabenträgers nur deshalb als rechtmäßig erachtet, weil die Linienbündelung in dem zugrunde liegenden Nahverkehrsplan nach Auffassung des Gerichts nicht rechtmäßig zustande gekommen war; die Bündelung über die Linien verschiedener Unternehmen wurde vom Gericht nicht beanstandet.

benetragter im Zusammenhang mit einem Linienbündelungskonzept oder zu einem späteren Zeitpunkt zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens um die öffentliche Kofinanzierung entscheidet. Die Linienbündelung an sich beinhaltet aber noch keine Entscheidung über etwaige wettbewerbliche Verfahren durch den Aufgabenträger und löst auch keine entsprechende Verpflichtung aus.

In der Diskussion um die Linienbündelung spielt die Frage der Größe von Linienbündeln eine wichtige Rolle. Linien können nach § 9 Abs. 2 PBefG nur gebündelt werden,

- wenn die Voraussetzung der Verbundenheit der jeweiligen Verkehre vorliegt und
- soweit die Bündelung mit Blick auf die Ziele des § 8 PBefG „erforderlich“ ist.

Hier ist das Interesse insbesondere kleiner und mittelständischer Unternehmen daran abzuwägen, dass ihnen der Marktzugang nicht unnötig erschwert wird. Es hängt von einer Fülle von Faktoren im Einzelfall ab, welcher Zuschnitt eines Bündels sachgerecht ist. Die Konzeption von Linienbündeln schließt es keineswegs aus, dass einzelne Linien verbleiben, die keinem Bündel sachgerecht zugeordnet werden können. Dann können solche Linien auch als Einzellinien verbleiben. Der Zuschnitt der Bündel liegt im planerischen Abwägungsspielraum des Aufgabenträgers.¹⁵⁰

Das novellierte PBefG betont in § 8a Abs. 4 PBefG n. F. bezüglich wettbewerblicher Vergabeverfahren und in Bezug auf Direktvergaben unterhalb der Schwellenwerte (Artikel 5 Abs. 3 und 4 VO 1370/2007) das Interesse des Mittelstandes und schreibt für wettbewerbliche Verfahren eine Losaufteilung vor. Das wirft die Frage auf, wie sich die Festlegung eines Linienbündels zur Aufteilung von Leistungen in Lose verhält. Unter einem Los versteht man einen Teil der vom Auftraggeber nachgefragten Gesamtleistung.¹⁵¹ Aus dem neuen Versagungsgrund des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F. wird deutlich, dass ein im Nahverkehrsplan festgelegtes Linienbündel im Grundsatz aus einer Hand (von einem Betreiber bzw. einer Bietergemeinschaft) bedient werden soll. Wegen der verkehrlichen Verflochtenheit der gebündelten Verkehre und mit Blick auf den wirtschaftlichen Querausgleich erscheint es nicht sachgerecht, ein Bündel weiter aufzuteilen. Sinnvoll erscheint daher folgendes Begriffsverständnis:

- Mehrere Bündel können als eine Gesamtleistung zur Vergabe stehen.
- Jedes einzelne Bündel kann als ein Los (Teillos) vergeben werden.

Das neue PBefG verwendet noch weitere neue mengenbezogene Begriffe, insbesondere den umfassenden Oberbegriff der Gesamtleistung in § 8a Abs. 2 Satz 4 PBefG n. F. Hiernach

können ein Netz, ein Teilnetz, ein Linienbündel oder eine Linie jeweils eine „Gesamtleistung“ darstellen. Das wird verständlich, wenn man der jeweiligen Mengeneinheit die jeweils nächst kleinere Einheit als Teilleistung gegenüberstellt. Zum Beispiel ist eine Linie eine Gesamtleistung im Verhältnis zu einzelnen Fahrten bzw. Umläufen auf dieser Linie. Ein Linienbündel bildet eine Gesamtleistung gegenüber den im Bündel zusammengefassten Einzellinien.

Abbildung 14: Überblick zu mengenbezogenen Begriffen im PBefG

| Gesamtleistung | zugehörige Teilleistung |
|---------------------------------|--------------------------|
| Linie | einzelne Fahrten/Umläufe |
| Linienbündel im Nahverkehrsplan | Einzellinie |
| Teilnetz | Einzellinie |
| vorhandenes Netz | Teilnetz |
| mehrere Linienbündel | einzelne Bündel als Lose |

Das neue PBefG ermöglicht es der zuständigen Behörde, im Rahmen der Vorabkennzeichnung einer Vergabeabsicht festzulegen, inwieweit Leistungen als Gesamtleistung vergeben werden sollen und inwieweit Teilleistungen akzeptiert werden (§ 8a Abs. 2 Satz 4 PBefG n. F.). Dies ist für die Beurteilung eigenwirtschaftlicher Anträge nach § 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG n. F. maßgeblich. Hier gilt es auszuloten, welche Zusammenfassungen bereits im Rahmen der Linienbündelung in einem Nahverkehrsplan sinnvoll erscheinen und welche Flexibilität bezüglich dieser Frage erhalten bleiben kann, indem Zusammenfassungen zu Gesamtleistungen erst im Rahmen einer Vorabkennzeichnung erfolgen.

Kann die zuständige Behörde unzureichende eigenwirtschaftliche Anträge zurückweisen lassen?

Wenn die zuständige Behörde nicht von vornherein die gemeinwirtschaftliche Bestellung eines Verkehrs beabsichtigt und in die Wege geleitet hat (dazu 3.1.2), kann sie davon überrascht werden, dass kein eigenwirtschaftlicher Antrag gestellt wird, der eine ausreichende Verkehrsbedienung bietet.

¹⁵⁰ Vergleiche zu Einzelheiten *Barth/Blome*: Linienbündelung im ÖSPV, in: *Barth/Baumeister/Berschlin/Werner* (Hrsg.): Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, Loseblatt, Stand 2008, Teil B1; *Padt/Hajak/Schmechtig*: Ökonomisch optimierte Linienbündel, in: *Der Nahverkehr 7-8/2003*, 52 ff.; *Valussi/Wagner*: Linienbündelung im Nahverkehr, in: *Der Nahverkehr 6/2005*, 18 ff.; ferner Landkreistag Nordrhein-Westfalen: Orientierungshilfe zur Aufstellung von Linienbündelungskonzepten (ohne Datum).

¹⁵¹ Siehe zur Losteilung im Vergaberecht unten 3.3.5.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

Wird überhaupt kein Antrag gestellt, kommt eine Notvergabe des Verkehrs insgesamt nach Art. 5 Abs. 5 in Verbindung mit § 20 Abs. 3 Satz 2 PBefG n. F. in Betracht.

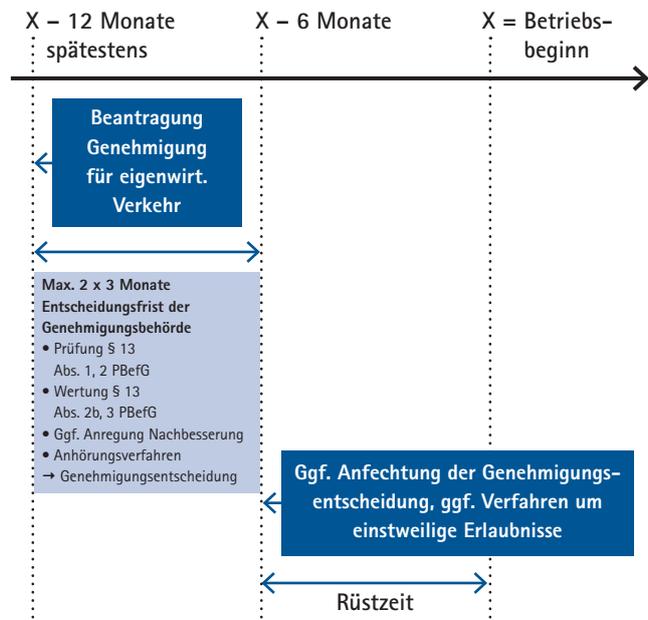
Liegt hingegen ein eigenwirtschaftlicher Antrag vor, der aber aus Sicht der zuständigen Behörde den öffentlichen Interesse nicht angemessen ist, stellt sich die Frage, ob sie von der Genehmigungsbehörde eine Versagung dieses Antrags verlangen kann, um den Verkehr insgesamt auf gemeinwirtschaftlicher Basis sicherstellen zu können. Dies ist nach dem neuen § 16 Abs. 3 PBefG zu verneinen.¹⁵² Denn diese Vorschrift trifft eine spezielle Regelung für den Fall, dass der eigenwirtschaftliche Antrag „nicht genügt“. Hiernach ist nur dann, wenn der Antrag vom bisherigen Angebot „wesentlich“ abweicht, eine entsprechende Reaktion vorgesehen: Die Genehmigung ist mit einer verkürzten Laufzeit als Übergangslösung zu erteilen, wenn die zuständige Behörde „zusichert“, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zur Wiederherstellung des bisherigen Angebots zu vergeben. Dem unzureichenden Antrag darf also nur für die Zeit stattgegeben werden, die die zuständige Behörde bis zur Betriebsaufnahme des zugesicherten Verkehrs benötigt. Zur Aufrechterhaltung des bisherigen Angebots in der Übergangszeit bis zur Neuvergabe des Verkehrs kommt eine Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 in Verbindung mit § 20 Abs. 3 PBefG n. F. für die im eigenwirtschaftlichen Antrag „fehlenden“ Leistungen in Betracht.

Für die Feststellung der „wesentlichen“ Abweichung wird man auf die Wertung in § 13 Abs. 2a Sätze 4 ff PBefG n. F. zurückgreifen können.

Fraglich ist, ob eine „wesentliche“ Abweichung „vom bisherigen Angebot“ auch dann vorliegt, wenn der Antragsteller nur noch einzelne Linien oder ein Teilnetz aus einem bisher „vorhandenen Netz“ oder aus einem im Nahverkehrsplan festgelegten Linienbündel herauslösen würde. Hierzu ermöglicht § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F. eigentlich die Versagung der Genehmigung (siehe oben). Jedoch würde die Versagung nur dann und erst ab dem Zeitpunkt zur Bewirkung eines umfassenden Verkehrsangebots führen, wenn die zuständige Behörde den Verkehr gesamthaft auf gemeinwirtschaftlicher Basis bestellt. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 8a Abs. 2 Satz 4 PBefG n. F. wird man davon ausgehen können, dass die zuständige Behörde hierbei entscheiden darf, ob sie das Netz bzw. Bündel gesamthaft bestellen oder aber nur die fehlenden Teilleistungen sicherstellen will. Je nachdem wären die Genehmigungen für die Einzellinien zu erteilen oder aber als Übergangslösung kurz zu befristen, um den Weg für die ggf. nach § 16 Abs. 3 PBefG n. F. zugesicherte Bestellung frei zu machen. Auch wenn fraglich sein mag, ob dieser Fall vom Wortlaut des § 16 Abs. 3 PBefG n. F. erfasst ist, wird man eine solche Verkürzung der Laufzeit aus dem Sinn und Zweck der Norm oder aber als teilweise Versagung der Genehmigung aus § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. d) PBefG n. F. ableiten können.

Die nachstehende Grafik zeigt den zeitlichen Ablauf eines Genehmigungsverfahrens oder -wettbewerbs bei eigenwirtschaftlichen Anträgen für den Fall, dass die zuständige Behörde keine Vergabeabsicht vorab bekannt gemacht hat:

Abbildung 15: Ablaufschema Genehmigungsverfahren ohne Vorabkennntmachung



3.1.2 Eigenwirtschaftlicher Antrag nach Bekanntmachung einer Vergabeabsicht

Eigenwirtschaftliche Anträge sind auch dann möglich, wenn die zuständige Behörde den betreffenden Verkehr auf gemeinwirtschaftlicher Basis sicherstellen will. Die PBefG-Novelle führt für diesen Fall gesetzliche Regelungen ein, die das von der Rechtsprechung entwickelte „gestufte“ Verhältnis von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit ausgestalten und dem eigentlichen Bestellverfahren einen eigenwirtschaftlichen Genehmigungsverfahren vorschalten.¹⁵³

Vorabkennntmachung nach VO 1370/2007 und neuem PBefG

Gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 ist die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen (ex-ante-Transparenz). In der Veröffentlichung müssen Angaben über die zuständige Behörde, die Art des geplanten Vergabeverfahrens sowie die von der

¹⁵² Vergleiche Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/10857, S. 24.

¹⁵³ Grundlegend hierzu BVerwG, Urteil v. 29.10.2009 – 3 C 2.09, 3 C 1.09, Tz. 19 ff.

Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete enthalten sein.¹⁵⁴ Diese Verpflichtung gilt nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 nur für Direktvergaben und für „wettbewerbliche Verfahren“ nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007, nicht aber für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach den Vergaberichtlinien beziehungsweise dem allgemeinen Vergaberecht des GWB.¹⁵⁵

Das neue PBefG dehnt die Vorabbenanntmachung jedoch aus: Gemäß § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG n. F. ist die zuständige Behörde auch in den dem allgemeinen Vergaberecht unterliegenden Fällen dazu verpflichtet, eine Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 vorzunehmen. Damit will der Gesetzgeber erreichen, dass unabhängig von der Form bzw. Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags für eigenwirtschaftliche Anträge, die in Konkurrenz zur Vergabeabsicht gestellt werden, immer die neue Antragsfrist des § 12 Abs. 6 PBefG n. F. und die neuen Anforderungen nach § 13 Abs. 2a Sätze 2 ff PBefG n. F. greifen können. Nur im Fall von Notvergaben nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 besteht auch nach dem PBefG – wie auch nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 – keine Pflicht zur Vorabbenanntmachung.

Die Vorabbenanntmachung „soll“ nicht früher als 27 Monate vor Betriebsbeginn erfolgen. „Zu frühe“ Vorabbenanntmachungen würden eigenwirtschaftliche Anträge erschweren.¹⁵⁶ Nur in atypisch gelagerten Fällen ist ein Abweichen vom Soll rechtmäßig. Im Fall eines Verstoßes soll die Genehmigungsbehörde die Antragsfrist verlängern können.¹⁵⁷

Die Vorabbenanntmachung ist eine Obliegenheit der zuständigen Behörde. Unterbleibt sie oder erfolgt sie nicht rechtskonform, so wird die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nicht unzulässig oder per se rechtswidrig. Jedoch ist sie dann nicht gegen gegebenenfalls auch noch während der laufenden Bestellung oder während des gemeinwirtschaftlichen Genehmigungsverfahrens eingehende eigenwirtschaftliche Anträge geschützt.¹⁵⁸ Auch der Schutz vor unzureichenden Genehmigungsanträgen nach § 13 Abs. 2a Sätze 2 ff PBefG n. F. hängt davon ab, dass Anforderungen in der Vorabbenanntmachung angegeben wurden.

Um sich vor unzureichenden Anträgen zu schützen, soll die zuständige Behörde in der Vorabbenanntmachung insbesondere Anforderungen / Standards in Bezug auf das Angebot festlegen. Ferner kann sie festlegen, inwieweit sie eine Vergabe als „Gesamtleistung“ (Netz, Teilnetz, Linienbündel, Linie) beabsichtigt (vergleiche zu den Begriffen oben sowie unten 3.1.2). Aus § 13 Abs. 2a PBefG n. F. ergeben sich weitere wesentliche Festlegungen. Auch hiernach „unwesentliche“ Anforderungen und Standards können aber in der Vorabbenanntmachung festgelegt werden und dienen dann ggf. zur Bewertung konkurrierender eigenwirtschaftlicher Anträge („beste Verkehrsbedienung“, vergleiche oben und unten 3.1.2).

Abbildung 16: Inhalte einer Vorabbenanntmachung

| Festlegungen in Vorabbenanntmachung – Beispiele |
|---|
| ● Fahrplananforderungen |
| ● Beförderungsentgelt |
| ● Linienweg |
| ● Haltestellen |
| ● Bedienungshäufigkeit und Bedienungszeitraum |
| ● Abstimmung der Fahrpläne |
| ● Anforderungen an Barrierefreiheit |
| ● Anforderungen zur Anwendung verbundener Beförderungstarife und -bedingungen, wenn für diese Ausgleichsleistungen gezahlt werden |
| ● Sonstige Standards <ul style="list-style-type: none"> ● Sicherheit, Umweltschutz, Kundeninformation, Ersatzverkehr ... |
| ● Gesamtleistung oder Teilleistungen: <ul style="list-style-type: none"> ● Linie, Linienbündel, Teilnetz Gesamtnetz |

Antragsfrist nach Vorabbenanntmachung

Nach erfolgter Vorabbenanntmachung sind eigenwirtschaftliche Anträge in Konkurrenz zur Bestellabsicht nur in einem Zeitfenster von drei Monaten zulässig, vgl. § 12 Abs. 6 Satz 1 PBefG n. F. Diese Frist besteht von Gesetzes wegen. Weder die Genehmigungsbehörde noch der Aufgabenträger müssen sie eigens anordnen.¹⁵⁹

Auch in diesem Fall können allerdings verspätete Anträge zugelassen werden, jedoch nur im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger.¹⁶⁰ Es handelt sich also nicht um eine zwingende Ausschlussfrist. Grundsätzlich aber soll nach fruchtlosem Ablauf der Frist die zuständige Behörde eine eigenwirtschaftliche Konkurrenzierung ihrer Bestellung nicht mehr fürchten

¹⁵⁴ Zu dieser Ex-ante-Transparenz hinzu tritt die Pflicht zur Veröffentlichung von Jahresberichten nach Art. 7 Abs. 1 VO 1370/2007; vergleiche hierzu *Schwarz/Winnes*: Die Veröffentlichungspflichten nach der VO 1370/07 – Was haben die zuständigen Behörden ab Dezember 2009 zu tun?, in: V+T 2009, 299 ff.

¹⁵⁵ Gesetzesbegründung zu § 8a Abs. 2 PBefG n.F., BT-Drs. 17/8233, S. 13.

¹⁵⁶ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/8233, S. 13.

¹⁵⁷ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/8233, S. 13.

¹⁵⁸ Vergleiche zur alten Rechtslage BVerwG, Urteil vom 29.10.2009 – 3 C 1.09, Tz. 15 und 18 sowie 21 und 23. Zuvor bereits OVG Münster, Beschluss v. 12.09.2006 – 13 B 929/08, S. 8 ff. des Umdrucks; VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455, S. 19 ff. des Umdrucks.

¹⁵⁹ In der Vergangenheit war bis zur Entscheidung des BVerwG v. 29.10.2009 – 3 C 1.09, Tz. 21, streitig, ob und von wem verfahrensleitende Fristen gesetzt werden könnten.

¹⁶⁰ Da die zuständige Behörde nicht zwingend Aufgabenträger sein muss (dazu 2.8), ist das Einvernehmensefordernis in § 12 Abs. 6 Satz 2 PBefG n. F. wohl analog auf andere zuständige Behörden anzuwenden.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

müssen. Selbst wenn später noch ein eigenwirtschaftlicher Antrag gestellt würde, könnte dieser also die Genehmigungserteilung an den von der zuständigen Behörde im Verfahren zur Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgewählten Betreiber nicht mehr in Frage stellen.¹⁶¹ Man wird daher in § 12 Abs. 6 PBefG n. F. einen Versagungsgrund sehen müssen.

Wenn der von der zuständigen Behörde beauftragte Verkehr indes nicht den in der Vorabkennzeichnung gesetzten Anforderungen entspricht, lebt die Möglichkeit zur Stellung eines eigenwirtschaftlichen Antrags nach § 12 Abs. 6 Satz 3 PBefG n. F. wieder auf. Die Norm ist wohl so zu verstehen, dass hiernach nicht etwa die bereits (fristgerecht) gestellten und versagten Genehmigungsanträge automatisch erneut zu berücksichtigen sind, sondern dass in diesem Fall alle interessierten Unternehmen (gegebenenfalls erneut) eigenwirtschaftliche Anträge für den betreffenden Verkehr stellen können.

Prüfung am Maßstab der Vorabkennzeichnung

In der Vergangenheit stellte sich nicht selten das Problem, dass in Konkurrenz zur Bestellung eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs ein eigenwirtschaftlicher Antrag gestellt wurde, der aber – aus Sicht des Aufgabenträgers als zuständige Behörde – keine ausreichende Bedienung bot. Mehrere Entscheidungen befassen sich mit der Frage, ob nach altem Recht insoweit die Beurteilung der zuständigen Behörde oder aber die Beurteilung der Genehmigungsbehörde maßgeblich sein sollte und inwieweit es hierfür auf den Nahverkehrsplan ankommt.¹⁶²

Umstritten war ferner, ob die zuständige Behörde einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag in Bezug auf ein gesamtes (Teil-)Netz oder Linienbündel vergeben darf, auch wenn einzelne Linien für sich betrachtet eigenwirtschaftlich machbar wären (vergleiche zur Linienbündelung oben 3.1.1).¹⁶³ In diesem Zusammenhang wird auch die Auffassung vertreten, dass der Aufgabenträger den „kommerziellen“ Kern einer Linie nicht bestellen müsse, sondern nur zusätzliche Ergänzungsleistungen ausschreiben könne.¹⁶⁴

Das neue PBefG betont mehrfach, dass dem Aufgabenträger die Entscheidung, ob er eine Gesamtleistung bestellen will oder aber sich mit eigenwirtschaftlichen Teilleistungen (gegebenenfalls unter Zubestellung der „fehlenden“ Leistungen) zufrieden gibt, anheimgestellt ist.¹⁶⁵ Gründe der Wirtschaftlichkeit dürften oftmals für eine Vergabe als Gesamtleistung sprechen.¹⁶⁶ Zumal eine wettbewerbliche Vergabe nur der fehlenden Leistungen rein praktisch gegebenenfalls daran scheitern kann, dass sich hierfür kein Bieter findet, der diese Leistungen zu preislich akzeptablen Konditionen erstellen kann. Für zulässig gehalten wird aber auch eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 (also unterhalb der Schwellen-

werte) für die „fehlenden“ Leistungen.¹⁶⁷ Offen ist, ob eine solche Aufteilung einer Gesamtleistung in einen eigenwirtschaftlichen und einen die Grenzwerte unterschreitenden gemeinwirtschaftlichen Teil im Einzelfall eine Umgehung des Wettbewerbsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 1 und 3 VO 1370/2007) darstellen könnte,¹⁶⁸ wenn der Beschaffungswille der zuständige Behörde auf das Ganze gerichtet ist und die gegebenenfalls zubestellten Leistungen isoliert betrachtet keinen Sinn ergeben. Auch bei Direktvergaben stellt sich die praktische Frage, ob ein angemessener Preis für die Zusatzleistungen erzielbar ist und wie die zuständige Behörde absichern kann, dass der Unternehmer auch die eigenwirtschaftlichen Leistungen während der Laufzeit der ihm gegebenenfalls erteilten Genehmigungen vollumfänglich aufrecht erhalten wird (vergleiche zu verbindlichen Zusicherungen 3.1.1). Zu raten wäre daher, dass entsprechende Einigungen und Zusicherungen erzielt werden, bevor die zuständige Behörde sich auf eigenwirtschaftliche Teilleistungen einlässt.

¹⁶¹ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/8233, S. 135.

¹⁶² So hatte das OVG Münster, Beschluss v. 12.09.2006 – 13 B 929/08, S. 11 des Umdrucks, entschieden, dass die Genehmigungsbehörde nicht an ein Votum des Aufgabenträgers gebunden sei. Der hessische Verwaltungsgerichtshof sah dies ähnlich, erklärte aber den Nahverkehrsplan für maßgeblich; VGH Kassel, Urteil v. 18.11.2008 – 2 UE 1476/07 (nicht rechtskräftig), S. 29 und S. 31 f. des Umdrucks; das dazu ergangene Revisionsurteil des BVerwG, v. 29.10.2009 – 3 C 1.09, verweist in Tz. 33 auf den Beurteilungsspielraum und das Versagungsersparnis der Genehmigungsbehörde. Für einen Ermessensspielraum der Genehmigungsbehörde bei Vorliegen eines gültigen Nahverkehrsplans auch VGH München, Urteil v. 07.12.2011 – 11 B 11.928, Tz. 127 (nicht rechtskräftig); vgl. auch VGH München, Urteil v. 15.03.2012 – 11 B 09.1113, Tz.55.

¹⁶³ Für eine umfassende Bestellbefugnis *Fehling/Niehnus*: Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, in: DÖV 2008, 662, 668 f.; für eine Bündel-Betrachtung – zumindest im Fall der Direktvergabe – *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: Der Nahverkehr 12/2007, 25, 28.

¹⁶⁴ So *Batzill*: Legenden und Tatsachen – Was bringt die neue EU-Verordnung?, in: Der Nahverkehr 12/2007, 25, 27.

¹⁶⁵ Nach § 8a Abs. 2 Satz 4 PBefG n. F. steht der zuständigen Behörde frei, ob sie dazu Festlegungen in der Vorabkennzeichnung trifft. In der Gesetzesbegründung zu Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit und dem diesbezüglich nicht unheiklen Wort „soweit“ in § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG n. F. wird ausgeführt: „Mit dem Wort ‘Soweit’ wird daran festgehalten, dass eine eigenwirtschaftliche Erbringung auch für Teile eines von der zuständigen Behörde geplanten Verkehrsangebotes möglich ist (...)“; BT-Drs. 17/10857 S. 22. „Diese Formulierung soll aber nicht bedeuten, dass der Aufgabenträger (oder eine andere zuständige Stelle) nur noch berechtigt wäre, die Lücke zwischen dem eigenwirtschaftlichen Angebot (z.B. Bedienung einer Linie nur in verkehrsstarken Zeiten) und seinen Planungen (z. B. Bedienung auch in nachfrageschwachen Zeiten) zu schließen“; BT-Drs. 17/8233, S. 13.

¹⁶⁶ Vergleiche BT-Drs. 17/8233, S. 13.

¹⁶⁷ So ausführlich *Zuck*, in: WBO-Leitfaden „ÖPNV im Zeichen der 1370“, 2009, S. 16 f.

¹⁶⁸ Vergleiche Erwägungsgrund 23 der VO 1370/2007, wonach es den zuständigen Behörden nicht gestattet ist, Aufträge oder Netze aufzuteilen, um so ein wettbewerbliches Verfahren zu vermeiden.

Mit dem neuen Instrument der Vorabbekanntmachung nach § 8a Abs. 2 PBefG n. F. versucht das novellierte PBefG den Vorrang der eigenwirtschaftlichen Initiative von der Bestellbefugnis des Aufgabenträgers klarer als bisher abzugrenzen. Gemäß § 13 Abs. 2a Sätze 2 ff. PBefG n. F. ist der eigenwirtschaftliche Antrag am Maßstab der Vorabbekanntmachung von der Genehmigungsbehörde wie folgt zu prüfen:

- Erfüllt der eigenwirtschaftliche Antrag die in der Vorabbekanntmachung genannten Anforderungen, ist er zu genehmigen.¹⁶⁹ Offen bleibt, ob der Aufgabenträger hierbei verlangen kann, dass das Unternehmen entsprechende verbindlichen Zusicherungen nach § 12 Abs. 1a PBefG n. F. macht.
- Erfüllt der eigenwirtschaftliche Antrag die Anforderungen aus der Vorabbekanntmachung nicht oder bezieht er sich nur auf Teilleistungen, so ist er gleichwohl zu genehmigen, wenn der Aufgabenträger zu den Abweichungen sein Einverständnis erteilt, § 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG n. F. Fraglich erscheint, ob der Aufgabenträger hierbei in Bezug auf die Beantragung von Teilleistungen auch dann einen Spielraum hat, wenn er in der Vorabbekanntmachung eine Gesamtleistung gefordert hat. Denn in diesem Fall könnten Bewerber wegen der hohen Hürde der geforderten Gesamtleistung von eigenwirtschaftlichen Anträgen Abstand genommen haben in der Erwartung, über das gemeinwirtschaftliche Verfahren eine Chance auf Marktzugang zu erhalten. Das Ziel eines transparenten Genehmigungsverfahrens würde verfehlt, wenn der Aufgabenträger im Nachgang beliebig seine Festlegung zu Gesamt- oder Teilleistung revidieren könnte. Zumindest stellt sich die Frage, ob die Vorabbekanntmachung mit der geänderten Festlegung zur Frage der Gesamtleistung und einer erneuten Antragsfrist wiederholt werden müsste.
- Entspricht der eigenwirtschaftliche Genehmigungsantrag dem bisherigen Verkehrsangebot und liegen diesbezüglich auch verbindliche Zusicherungen vor, dann sind Abweichungen von der Vorabbekanntmachung nach § 13 Abs. 2a Satz 3 PBefG n. F. nur relevant, wenn die Abweichung wesentlich ist. Unverständlich ist, warum der Normtext eine verbindliche Zusicherung nur für diesen Fall und nicht auch schon bei § 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG n. F. fordert. Welche Abweichungen hierbei als wesentlich gelten, definieren Sätze 4 und 5 der Norm:
 - Linienweg
 - Haltestellen
 - Bedienungshäufigkeit und -zeiträume
 - Abstimmung der Fahrpläne
 - Barrierefreiheit
 - Verbundene Tarife, soweit diese durch Ausgleichsleistungen finanziert werden

Wenn diese Anforderungen allerdings über das bisherige Angebot hinausgehen, gelten sie gemäß § 13 Abs. 2a Satz 6 PBefG n. F. nur dann als wesentlich, wenn der bisherige Betreiber der in Rede stehenden Verkehre dazu angehört wurde und die Anforderungen für eine ausreichende Bedienung erforderlich sind. Da die ausreichende Bedienung gemäß § 8 Abs. 3 PBefG n. F. in der Regel im Nahverkehrsplan definiert wird, spielt dieser für diese Beurteilung eine wichtige Rolle.¹⁷⁰ Mit der Bezugnahme auf das bisherige Angebot und den Nahverkehrsplan sperrt die Norm willkürliche Anforderungen, hemmt aber auch kurzfristige Angebotsveränderungen. Denn Verbesserungen gegenüber dem status quo können sich gegenüber eigenwirtschaftlichen Anträgen hiernach in erster Linie (nur) dann durchsetzen, wenn sie auf einem entsprechenden Nahverkehrsplan beruhen. Der Nahverkehrsplan muss die Festlegungen in der Vorabbekanntmachung legitimieren, wenn diese über das bisherige Angebot hinausgehen.

Nicht wesentlich sollen z.B. grundsätzlich (vorbehaltlich einer anderslautenden und überzeugenden Begründung) folgende Festlegungen sein:¹⁷¹

- Sicherheitsanforderungen
- Umweltschutz
- Kundeninformation
- Standards für Ersatzverkehr

Das nachfolgende Schaubild soll die Prüfung und Wertung eigenwirtschaftlicher Anträge im vorgeschalteten Genehmigungswettbewerb verdeutlichen:

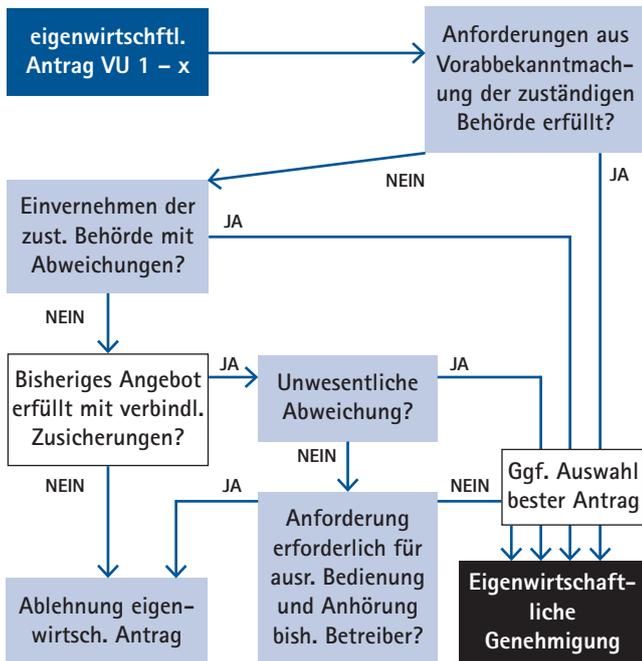
¹⁶⁹ Gesetzesbegründung; BT-Drs. 17/8233, S. 23.

¹⁷⁰ Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/10857, S. 24: Wenn die Anforderungen nicht im Nahverkehrsplan vorgesehen sind, sei dies ein „maßgeblicher Gesichtspunkt dafür, dass keine Erforderlichkeit gegeben ist“.

¹⁷¹ Gesetzesbegründung; BT-Drs. 17/8233, S. 24.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

Abbildung 17: Eigenwirtschaftliche Anträge nach Vorabkennzeichnung



Nicht gelöst ist die Frage, ob ein eigenwirtschaftlicher Antrag auch daraufhin überprüft werden kann oder muss, inwieweit die vom Antragsteller angebotene Bedienung auch tatsächlich dauerhaft eigenwirtschaftlich machbar ist.¹⁷² Der VGH Mannheim¹⁷³ hat es für möglich gehalten, dass die Ernsthaftigkeit und Realisierbarkeit der beantragten Verkehre zum Beispiel unter dem Aspekt von Dumping-Angeboten wegen des Gebotes der Gleichbehandlung eine Rolle spielen kann und eine Prüfung der Finanzierung erfordern könne. Der VGH Kassel¹⁷⁴ meint im Anschluss hieran, dass die Genehmigungsbehörde zu prüfen und der Antragsteller substantiiert darzulegen habe, ob/dass der Aufwand des Verkehrs auf eigenwirtschaftlicher Basis nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG (a. F.) gedeckt ist, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine solche Kostendeckung womöglich nicht gegeben ist. Mit Blick darauf, dass das novellierte PBefG Regelungen für ein faires Genehmigungsverfahren schaffen will, ist dieser Rechtsprechung nach hiesiger Auffassung zuzustimmen.

Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre

Auch vom Aufgabenträger bestellte Verkehre bedürfen einer Genehmigung. Diese soll gemäß § 12 Abs. 7 PBefG n. F. spätestens sechs Monate vor der beantragten Geltungsdauer (= Betriebsbeginn) beantragt werden. Da die Genehmigungsbehörde nach § 15 Abs. 1 PBefG n. F. maximal zwei mal drei Monate Zeit für die Genehmigungsentscheidung hat, ist eine frühere Antragsstellung ratsam, damit dem – gegebenenfalls neuen – Betreiber noch eine Rüstzeit verbleibt bzw. etwaige streitige Verfahren in Bezug auf die Genehmigungsentscheidung

zum wenigsten im Eilverfahren durchgeführt werden können. Allerdings kommt eine Zurückweisung verspäteter gemeinwirtschaftlicher Anträge nicht in Betracht.¹⁷⁵ Der Antrag kann frühestens gestellt werden, wenn das Vergabeverfahren durch Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags beendet ist, denn der öffentliche Dienstleistungsauftrag ist gemäß § 12 Abs. 1 lit. e) PBefG n. F. mit dem Antrag vorzulegen (zum Zeitschema unten).

Auf Antrag des Aufgabenträgers¹⁷⁶ muss die Genehmigungsbehörde gemäß § 13 Abs. 2c PBefG n. F. die Versagungsgründe des § 13 Abs. 1, 1a und 2 Satz 1 Nr. 1 PBefG bereits im Verfahren der Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags prüfen. Im Übrigen gelten für die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre keine besonderen Genehmigungsvorschriften. Jedoch ist § 13 Abs. 2b PBefG n. F. hier nicht anwendbar, da es zu keinem Genehmigungswettbewerb kommen kann. Auch § 13 Abs. 2a PBefG n. F. greift hier nicht, weil es in der Hand der zuständigen Behörde liegt, inwieweit sie die Vorgaben ihres Nahverkehrsplans bzw. die Anforderungen aus ihrer Vorabkennzeichnung mit der Bestellung des Verkehrs umsetzt.

Ablaufschema für eigenwirtschaftliches Verfahren nach Vorabkennzeichnung

Durch das vorgeschaltete eigenwirtschaftliche Genehmigungsverfahren entsteht ein erheblicher zeitlicher Vorlauf und Zeitbedarf für die Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehre bis zu deren Betriebsaufnahme.

Bei Überlegungen zum zeitlichen Ablauf kann man immer vom geplanten Zeitpunkt der Betriebsaufnahme zurückrechnen, der zugleich Beginn der beantragten Geltungsdauer der gemeinwirtschaftlichen Genehmigung ist. Spätestens sechs Monate zuvor soll der gemeinwirtschaftliche Antrag vorliegen und dafür muss der öffentliche Dienstleistungsauftrag bereits vergeben worden sein.

¹⁷² Für eine Überprüfung bei Vorliegen substantiiertierter Anhaltspunkte für eine Kostenunterdeckung: VGH Kassel, Urteil v. 05.04.2011 – 2 A 1593/10, S. 20 des Umdrucks, im Anschluss an VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455, S. 37 des Umdrucks. Für einen belastbaren Nachweis der Kosten und ihrer Deckung auch: OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 18.06.2009 – 3 K 600/03, S. 19 des Umdrucks. Ablehnend: VGH München, Urteil v. 07.12.2011 – 11 B 11.928, Tz. 79 (nicht rechtskräftig).

¹⁷³ VGH Mannheim, Urteil v. 31.03.2009 – 3 S 2455, S. 37 des Umdrucks mit weiteren Nachweisen.

¹⁷⁴ VGH Kassel, Urteil v. 05.04.2011 – 2 A 1593/10, S. 20 ff des Umdrucks.

¹⁷⁵ So die Gesetzesbegründung; BT-Drs. 17/8233, S. 16.

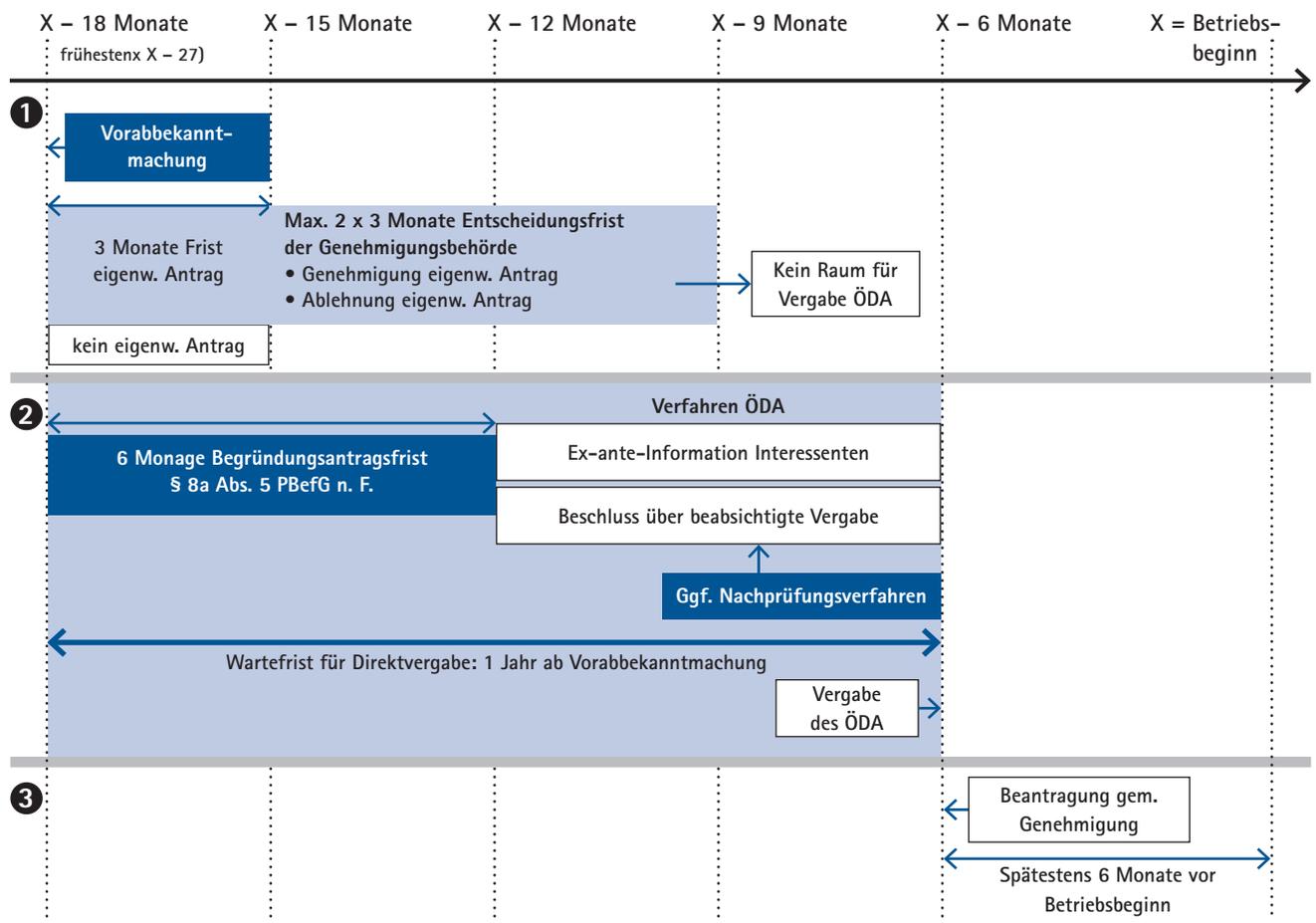
¹⁷⁶ Da die zuständige Behörde nicht zwingend Aufgabenträger sein muss (oben 2.8), ist § 13 Abs. 2c PBefG n. F. wohl analog auf andere zuständige Behörden anzuwenden.

Im Weiteren ist nach der Art des Vergabeverfahrens zu differenzieren:

Bei Direktvergaben muss gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 zwischen der Vorabkennmachung und der Vornahme der Direktvergabe (also der Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags) mindestens ein Jahr liegen. Aus Antragsfrist und einjähriger Wartefrist ergibt sich ein Mindestzeitraum von 18 Monaten. Ein früherer Verfahrensbeginn ist möglich und auch ratsam, um zum Beispiel etwaige streitige Verfahren „unterzubringen“. Nach der Vorabkennmachung öffnet sich das dreimonatige Zeitfenster für eigenwirtschaftliche Anträge.

Ferner können interessierten Unternehmen gemäß § 8a Abs. 5 PBefG n. F. innerhalb von sechs Monaten nach Vorabkennmachung einen Antrag auf Begründung der beabsichtigten Entscheidung über die Direktvergabe stellen. Dieser ist in der Folge zu beantworten (vergleiche Art. 7 Abs. 4 VO 1370/2007¹⁷⁷). Die zuständige Behörde entscheidet auf der Basis des eigenwirtschaftlichen Verfahrens ferner, ob sie ihre Vergabeabsicht tatsächlich in die Tat umsetzen will. Gegen diese Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren nach § 8a Abs. 7 PBefG n. F. eröffnet. Sofern ein solches nicht anhängig gemacht wird oder für den Wettbewerber erfolglos bleibt, kann die Direktvergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfolgen.

Abbildung 18: Ablaufschema bei Direktvergaben



¹⁷⁷ Nach Artikel 7 Abs. 4 VO 1370/2007 ist über Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe zu informieren. Siehe hierzu: *Fehling*, in: *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder: VO (EG) 1370/2007 – Kommentar*, München 2010, Art. 7 Rn. 94 ff sowie Rn. 99 ff; *Hölzl*, in: *Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht*, Band 3, München 2011, Art. 7 Rn. 26. § 8a Abs. 5 PBefG hingegen fordert eine Vorinformation über die noch bevorstehende (beabsichtigte) Direktvergabe, um gemäß § 8a Abs. 7 PBefG in Verbindung mit §§ 102 ff. GWB den Interessenten die Prüfung der bevorstehenden Vergabe in einem Nachprüfungsverfahren zu ermöglichen.

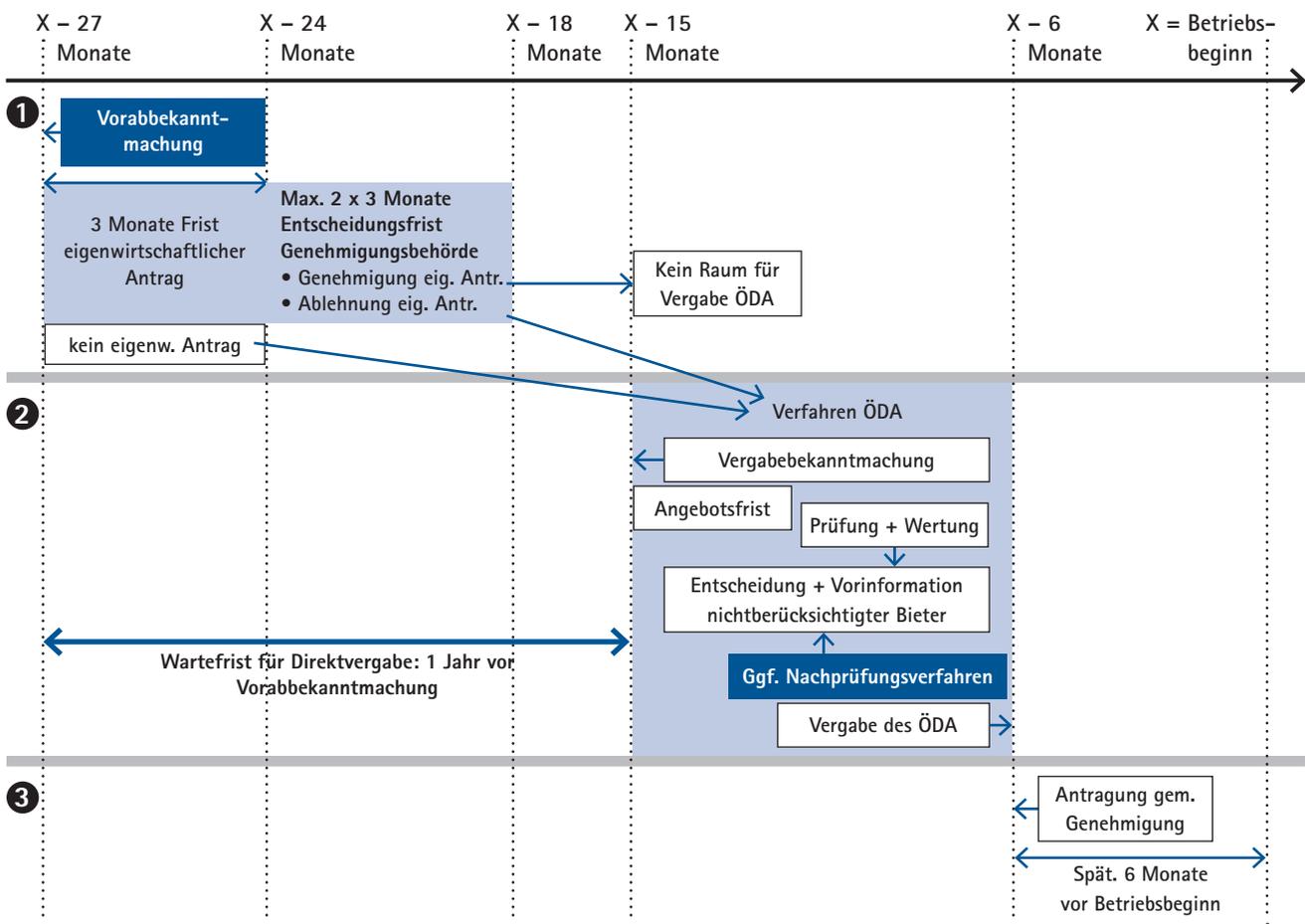
3. Gestaltung von Vergabeverfahren

Bei wettbewerblichen Vergaben ist der zeitliche Vorlauf größer. Hier muss der Jahresabstand nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 zwischen der Vorabkennmachung und der Einleitung des Vergabeverfahrens liegen. Gemäß § 8b Abs. 2 PBefG n. F. ist für die Einleitung des wettbewerblichen Verfahrens eine Vergabekennmachung mit weitergehenden Informationen vorgeschrieben (dazu 3.3.1). Die Jahresfrist muss also nicht zwischen der Vorabkennmachung und der Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags eingehalten werden, sondern zwischen Vorabkennmachung und dem Beginn des wettbewerblichen Verfahrens durch die Vergabekennmachung nach § 8b Abs. 2 PBefG n. F. Nach der

Vergabekennmachung beginnt die Angebotsfrist. Im Anschluss erfolgt die Prüfung und Wertung der Angebote. Gemäß § 8b Abs. 7 PBefG n. F. sind die nicht berücksichtigten Bieter entsprechend §§ 101a GWB vor der Zuschlagserteilung zu informieren, wodurch der Rechtsschutz nach § 8a Abs. 7 PBefG n. F. eröffnet wird. Für Ausschreibungen dürfte – obwohl Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 hier nicht unmittelbar gilt – wegen § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG n. F. das Verfahren ebenso zu strukturieren sein.

Das nachstehende Schaubild stellt das Ablaufschema bei wettbewerblichen Verfahren bzw. Ausschreibungen dar:

Abbildung 19: Ablaufschema bei wettbewerblichen Verfahren bzw. Ausschreibungen



3.2 Direktvergabe-Optionen in der VO 1370/2007

Die VO 1370/2007 normiert Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Grundsätzlich ist hier nach eine wettbewerbliche Vergabe geboten (vergleiche 2.6.1). Allerdings eröffnet die VO 1370/2007 in bestimmten Situationen die Möglichkeit einer nicht-wettbewerblichen Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.¹⁷⁸

3.2.1 Anwendungsbereich der Direktvergabe-Optionen der VO 1370/2007

Die Direktvergabe-Optionen der VO 1370/2007 sind nur anwendbar, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag nicht die Form eines öffentlichen Auftrags im Sinne des allgemeinen Vergaberechts annimmt (dazu 2.6.1). Denn für öffentliche Aufträge im Sinne des allgemeinen Vergaberechts sind gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 die vergaberechtlichen Vorschriften vorrangig. Nicht-wettbewerbliche Vergaben kommen danach nur in Betracht, wenn ein vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand greift. Die Vergaberegeln der VO 1370/2007 und damit auch die Optionen der Direktvergabe kommen daher nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 insbesondere zur Anwendung, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag die Form einer Dienstleistungskonzession annimmt.

Abbildung 20: Direktvergaben im Busbereich nach der VO 1370/2007

Direktvergaben im Busbereich nach der VO 1370/2007

- An einen sogenannten internen Betreiber (Art. 5 Abs. 2)
- Aufträge unterhalb Schwellenwerte (Art. 5 Abs. 4)
 - unter 1 Mio. Euro Auftragswert/Jahr oder 300.000 Nutzwagenkilometer/Jahr
 - bei kleinen und mittleren Unternehmen (bis 23 Fzg.): unter 2 Mio. Euro Auftragswert/Jahr oder 600.000 Nutzwagenkilometer/Jahr
- Notmaßnahmen (Art. 5 Abs. 5) für maximal 2 Jahre

3.2.2 Direktvergabe an einen internen Betreiber gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007

Besondere Bedeutung für kommunale Verkehrsbetriebe kommt der Option der Direktvergabe an einen internen Betreiber zu (Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007).¹⁷⁹ Danach dürfen zuständige Behörden öffentliche Dienstleistungsaufträge an ihre Verkehrsunternehmen ohne vorherige Ausschreibung vergeben, wenn sie diese wie eine eigene Dienststelle kont-

rollieren und die Verkehre im Wesentlichen auf den örtlichen Zuständigkeitsbereich der Behörde beschränkt sind (ein- oder ausbrechende Verkehre sind dabei unschädlich). Die bisher ergangene Rechtsprechung hat dabei einen strengen Maßstab bei der Feststellung einer überörtlichen Betätigung angesetzt und bereits personelle oder sachliche Verflechtungen zu andernorts tätigen Unternehmen als schädlich angesehen.¹⁸⁰

Der interne Betreiber darf sich zudem nicht an Wettbewerbsverfahren außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der Kommune beteiligen; eine Teilnahme an Ausschreibungen der eigenen zuständigen Behörde ist hingegen möglich.¹⁸¹ Er ist verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen.¹⁸²

Mit Blick auf den nicht eindeutigen Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 wurde nach Inkrafttreten der Verordnung in Rechtsprechung¹⁸³ und Literatur¹⁸⁴ diskutiert, ob eine Direktvergabe an einen internen Betreiber nur möglich sei, wenn das Auftragsverhältnis als Dienstleistungskonzession ausgestaltet ist. Eine solch enge Auslegung hat sich jedoch nicht durchgesetzt. So hat bereits im Frühjahr 2011 das OLG Düsseldorf¹⁸⁵ festgestellt, dass nicht nur die ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 benannten Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 2 ff VO 1370/2007 zu vergeben sind, sondern auch Inhouse-Vergaben im Sinne der Teckal-Rechtsprechung¹⁸⁶ des EuGH, da diese per se nicht vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien erfasst sind. Diesem Verständnis

¹⁷⁸ Die Direktvergabe betrifft nach derzeitigem Diskussionsstand nur den öffentlichen Dienstleistungsauftrag und kann nicht die Liniengenehmigung umfassen, vergleiche 2.3.

¹⁷⁹ Ausführlich zur Direktvergabe an einen internen Betreiber zum Beispiel *Klinger*: Das Kontrollkriterium bei der Direktvergabe an einen internen Betreiber, in: *Der Nahverkehr* 3/2008, 46 ff; *Oertel/Valussi*: Direktvergaben vor oder nach Inkrafttreten der neuen Verordnung, in: *Der Nahverkehr* 11/2008, 45 ff; *Schröder*: Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, in: *NVwZ* 2008, 1288.

¹⁸⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – Verg 48/10.

¹⁸¹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.11.2012 – Verg 11/12.

¹⁸² Das OLG Düsseldorf (Beschluss v. 02.03.2011 – Verg 48/10) hat hierbei das Abstellen auf das Verhältnis der Platzkilometer als angemessen betrachtet.

¹⁸³ Nach Auffassung der VK Münster, Beschluss v. 07.10.2010 – VK 6/10, auf die sog. Inhouse-Konstellationen des allgemeinen Vergaberechts die VO 1370/2007 nicht anwendbar; die Entscheidung wurde vom OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – Verg 48/10, korrigiert, siehe dazu sogleich.

¹⁸⁴ Vgl. *Zuck*: in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 2011, Art. 5 VO Rn. 10.; *Pünder*, in: *Kaufmann/Lübig/Prieß/Pünder*, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5, Rn. 62.

¹⁸⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – Verg 48/10.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil v. 18.11.1999 – C-107/08 – *Teckal*.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

haben sich weite Teile der Literatur¹⁸⁷ sowie das OLG Rostock¹⁸⁸ angeschlossen. Folge ist, dass auch Inhouse-Aufträge, die nicht als Dienstleistungskonzessionen ausgestaltet sind, nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu vergeben sind. Noch weitergehend stellt sich die Auffassung des OLG München¹⁸⁹ und einzelner Stimmen der Literatur¹⁹⁰ dar. Nach dieser Ansicht bedarf es für die Direktvergabe an einen internen Betreiber gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nicht einmal des Vorliegens der Anforderungen der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH. Vielmehr sei Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 speziell für die „Inhouse-Vergabe“ von ÖPNV-Leistungen geschaffen, so dass die Voraussetzungen der Direktvergabe an einen internen Betreiber dort abschließend benannt seien.

3.2.3 Direktvergabe von sogenannten Bagatellaufträgen gemäß Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007

Im Falle kleinerer Leistungsvolumina sollte stets geprüft werden, ob im Einzelfall eine Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 in Betracht kommt. Wie bereits zum Anwendungsbereich der Direktvergabeoptionen unter Punkt 3.2.1 ausgeführt, ist erste Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession. Liegt hingegen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne der Vergaberichtlinien vor, so ist gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 auch die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 ausgeschlossen.

Nach Art. 1 Nr. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Nach der diese Vorgaben konkretisierenden Rechtsprechung des EuGH ist das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession an folgende Voraussetzungen geknüpft:

- Die Vergütung des Leistungserbringers erfolgt nicht ausschließlich durch ein Entgelt, sondern durch das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung und
- der Leistungserbringer übernimmt das wirtschaftliche Risiko der Verwertung seiner Leistung.¹⁹¹

Diese Voraussetzungen können grundsätzlich nur durch einen Nettovertrag (dazu 3.3.6) erfüllt werden. Fraglich kann aber im Einzelfall sein, welchen Umfang das vom Auftraggeber an den Leistungserbringer zu übertragende Betriebsrisiko – der EuGH verwendet synonym auch den Begriff des „wirtschaftlichen Risikos“¹⁹² – in diesem Nettovertrag haben muss. Der Gerichtshof erkennt insoweit an, dass für bestimmte Tätigkeitsbereiche, insbesondere Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge, Regelungen gelten, die eine Begrenzung der wirtschaftlichen Risiken bewirken können.¹⁹³ Es müsse einem

redlichen öffentlichen Auftraggeber aber auch in diesem Falle freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn er der Auffassung ist, dass die Erbringung der betreffenden Gemeinwohldienstleistung so am besten sicherzustellen ist und zwar auch dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.¹⁹⁴ Entscheidend für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ist in diesen Fällen nach der Auffassung des EuGH vielmehr, ob der öffentliche Auftraggeber das volle von ihm getragene Risiko oder zumindest einen wesentlichen bzw. erheblichen¹⁹⁵ Teil davon auf den Konzessionär überträgt.¹⁹⁶ Bei entsprechender Höhe der öffentlichen Kofinanzierung und je nach konkreter Zuschreibung von Kosten- und Erlösrisiken im Vertrag kann daher fraglich sein, ob tatsächlich eine Dienstleistungskonzession vorliegt. Andererseits kann das Regel-Ausnahme-System in Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 als Argument dafür gelten, dass der Begriff der Dienstleistungskonzession im ÖPNV nicht zu eng zu handhaben ist.

Der Bundesgerichtshof¹⁹⁷ hat ausgeführt, dass in dem Fall, dass neben dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung zusätzlich ein Preis gezahlt wird, das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ausgeschlossen ist, wenn diese Vergütung

¹⁸⁷ *Schmitz/Winkelhüsener*: Der Öffentliche Personennahverkehr im Übergang zur VO 1370/2007: Vergaberechtliche Handlungsoptionen und deren beihilferechtlichen Konsequenzen, EuZW 2011, 52, 53; *Fandrey*: Direktvergabe von Verkehrsleistungen, Beauftragung ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens im Bereich strabengebundener Beförderung nach den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, S. 194; *Kirch*: Die Direktvergabe an einen internen Betreiber nach der VO 1370/2007, Verkehr und Technik 2011, Heft 9, S. 355; *Knauff*: Möglichkeiten der Direktvergabe im ÖPNV (Schiene und Straße), NZBau 2012, 65, 69.

¹⁸⁸ OLG Rostock, Beschluss v. 13.06.2012 – 17 Verg 3/12.

¹⁸⁹ OLG München, Beschluss v. 22.06.2011 – Verg 6/11.

¹⁹⁰ *Winnes*: Öffentliche Auftragsvergabe im ÖPNV, VergabeR 2009, 712, 716; wohl auch *Kirch*: Die Direktvergabe an einen internen Betreiber nach der VO 1370, VT 2012, 355, 356.

¹⁹¹ EuGH, Urteil v. 13.10.2005, Rs. C-458/03 – *Parking Brixen*, Tz.40; EuGH Urt. v. 18.07.2007, Rs. C-382/05 – *Kommission/Italien*; Teilweise wird zudem die Auffassung vertreten, Voraussetzung einer Dienstleistungskonzession sei zudem die Übertragung einer der öffentlichen Hand obliegenden Aufgabe der Daseinsvorsorge auf ein privates Unternehmen.

¹⁹² EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha/Eurawasser*, Tz. 72 und Tz.77.

¹⁹³ EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha/Eurawasser*, Tz. 72; EuGH, Urteil v. 10.11.2011 – Rs. C-348/10 – *Lettischer Busverkehr*, Tz. 46.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil 10.03.2011, Rs. C-274/09 – *Rettungsdienst Stadler*, Tz. 34; EuGH, Urteil v. 10.11.2011 – Rs. C-348/10 – *Lettischer Busverkehr*, Tz. 46.

¹⁹⁵ Der EuGH benutzt die Begriffe „wesentlich“ und „erheblich“ gleichermaßen, vgl. insb. , Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha/Eurawasser*, Tz. 78 und Tz.80.

¹⁹⁶ EuGH, Urteil 10.03.2011, Rs. C-274/09 – *Rettungsdienst Stadler*, Tz. 29; EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha/Eurawasser*, Tz. 77; EuGH, Urteil v. 10.11.2011 – Rs. C-348/10 – *Lettischer Busverkehr*, Tz. 45, m. Anm. Kraus, in: VergabeR 2012, 171 f.

¹⁹⁷ BGH, Beschluss v. 08.02.2011 – X ZB 4/10.

ein solches Gewicht habe, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann.¹⁹⁸ Im konkreten Einzelfall lehnte der BGH das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ab, da die Zuzahlungen ca. 64 Prozent der bei der Vertragsdurchführung anfallenden Kosten abdeckten und damit die Zuzahlung seitens des Auftraggebers im Verhältnis zu den durch die Nutzung der Dienstleistung vom Auftragnehmer erzielbaren Einnahmen von vornherein ganz erheblich überwogen.¹⁹⁹ Das OLG Düsseldorf hat für den ÖPNV gefordert, dass die Erlöse mehr als die Hälfte der Kosten der vertraglichen Leistungen decken müssen und die öffentliche Ausgleichsleistung demgegenüber unter fünfzig Prozent liegen müsse, um noch eine Dienstleistungskonzession bejahen zu können.²⁰⁰

Liegen im Einzelfall die Voraussetzung einer Dienstleistungskonzession vor und ist folglich der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 grundsätzlich eröffnet, so sind die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift zu prüfen.

Direktvergaben sind nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 nur zulässig bei geringfügigen Verkehrsleistungen und zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen. Diese Option ist für das private Verkehrsgewerbe von Bedeutung. Geringfügige Verkehrsleistungen werden angenommen, sofern der geschätzte Jahresdurchschnittswert weniger als eine Million Euro beträgt oder die jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung weniger als 300.000 Kilometer aufweist. Solche Direktvergaben geringfügiger Verkehrsleistungen sind nicht auf eine Zielgruppe beschränkt. Dagegen richtet sich die Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen an kleinere und mittlere Unternehmen ausschließlich an Unternehmen mit nicht mehr als 23 Fahrzeugen. Bei diesen können die Schwellenwerte jeweils verdoppelt werden (zwei Millionen Euro bzw. 600.000 Kilometer).

3.2.4 Notmaßnahmen gemäß Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007

Darüber hinaus sieht die Verordnung die Möglichkeit einer Direktvergabe bei allen Eisenbahnverkehren²⁰¹ (Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007) sowie in Notfällen vor, wenn ansonsten eine Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder die unmittelbare Gefahr des Eintretens einer solchen Situation gegeben ist (Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007).

Die (verfassungs-)rechtliche Zulässigkeit von Direktvergaben außerhalb von Notfällen wird in Deutschland kontrovers diskutiert.²⁰² Die Direktvergabeoptionen an kommunale Verkehrsbetriebe, an kleine und mittelständische Unternehmen sowie im Eisenbahnsektor stehen nach der VO 1370/2007 unter dem Vorbehalt, dass dies „nicht nach nationalem Recht untersagt ist“. Ausdrückliche Verbotsnormen finden sich im nationalen Recht aber nicht.

3.3 Faire Gestaltung von Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der unternehmerischen Belange

Wettbewerbliche Vergaben von Busverkehrsleistungen, bei denen bei der Erstellung der Angebote sowie der späteren Durchführung des Verkehrs Raum für unternehmerische Freiheiten und Gestaltungsmöglichkeiten gelassen wird, stehen einer gleichzeitigen Einhaltung aller rechtlichen Vorgaben nicht entgegen. Es empfiehlt sich für die zuständigen Aufgabenträger, bei der Vergabe von Busverkehrsleistungen das unternehmerische Gestaltungspotential soweit als möglich und sinnvoll auszuschöpfen, um das damit freigesetzte Potential für sich zu nutzen. Sinnvoll genutzt, kann die Abfrage unternehmerischen Know-hows nicht nur zu günstigeren und zahlreicheren Angeboten, sondern insbesondere auch zu wirtschaftlich sinnvollen und betrieblich optimierten Verkehren führen.

3.3.1 Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007

Dienstleistungskonzessionen (zum Begriff der Dienstleistungskonzession siehe 3.2.3) sind zwar nach Art. 17 der Richtlinie 2004/18/EG vom Anwendungsbereich des Kartell-

¹⁹⁸ BGH, Beschluss v. 08.02.2011 – X ZB 4/10, Tz. 37.

¹⁹⁹ BGH, Beschluss v. 08.02.2011 – X ZB 4/10, Tz. 42.

²⁰⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011 – VII Verg 48/10; Das OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.07.2005 – 6 W 35/05, NZBau 2006, 655, 656 hat einen Finanzierungsvertrag unter anderem als Dienstleistungskonzession gesehen, weil der Zuschuss nur 4-9 % der Kosten deckte; vergleiche zu dieser Entscheidung *Baumeister/Klinger*: Perspektiven des Vergaberechts im straßengebundenen ÖPNV durch die Novellierung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, in: NZBau 2005, 601, 603 f. Sehr restriktiv zum SPNV OLG München, Beschluss v. 21.05.2008, VergabeR 2008, 845, 849. Zum Meinungsstand ferner *Fehling/Niehnus*: Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, in: DÖV 2008, 662, 663 f.; *Hübner*: Neue Vergaberegeln für den ÖPNV unter der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: VergabeR Sonderheft 2a/2009, 363, 368 mit weiteren Nachweisen; *Tödtmann/Schauer*: Aktuelle Rechtsfragen zum öffentlichen Personennahverkehr, NVwZ 2008, 1, 5 f.; vergleiche *Saxinger/Fischer*: Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: V+T 2008, 75, 81; ausführlich mit weiteren Nachweisen *Wachinger*: Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV, Berlin 2006, S. 376 ff.

²⁰¹ Ausführlich hierzu *Otting/Scheps*: Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen nach der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: NVwZ 2008, 499 ff.; *Ipsen/Leonard*: Juristisches Grundsatzpapier des bdo zur Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Deutschland (juristische Handlungsempfehlung) v. 27.03.2009, Kap. 2.2.2.1.2.

²⁰² Hierzu zum Beispiel *Ipsen/Leonard*: Juristisches Grundsatzpapier des bdo zur Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Deutschland (juristische Handlungsempfehlung) v. 27.03.2009, Kap. 2.2.2.1.2; *Niemann/Saxinger unter anderem (Rödl & Partner)*: Rechtsgutachten „Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007“, März 2008, Teil 1 F; *Otting/Olgemöller*: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für Direktvergabe im Verkehrssektor nach Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: DÖV 2009, 364 ff.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

vergaberechts ausgeschlossen. Die EU-Kommission hat einen Vorschlag für eine „Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe“²⁰³ vorgelegt, dessen Verabschiedung aber noch offen ist. Das bedeutet jedoch nicht das Fehlen jeglicher Anforderungen an die Vergabe. Nach der Rechtsprechung sind auch hier die folgenden Vorgaben einzuhalten:

- Einhaltung der Grundregeln des EG-Vertrages: Hierzu gehört insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.
- Verpflichtung zur Transparenz durch „Sicherstellung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“.

Von der Rechtsprechung noch weitgehend ungeklärt ist, welche konkreten Handlungsrichtlinien für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession sich aus diesen Vorgaben ableiten lassen. Jedoch lassen sich folgende grundsätzlich einzuhaltenden Anforderungen an die Vergabe einer Dienstleistungskonzession herleiten:²⁰⁴

- Öffentliche Bekanntmachung: Nach der Rechtsprechung ist eine Transparenz herzustellen, die einen Ausschluss von in einem anderen Mitgliedstaat angesiedelten Unternehmen verhindert. Etwas anderes kann nur gelten, wenn „wegen besonderer Umstände, wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat angesiedelt ist, kein Interesse an der Konzession hätte...“ Jedoch muss eine solche Bekanntmachung nicht zwingend im Amtsblatt der EU stattfinden, sondern kann auch über Zeitschriften, das Internet etc. erfolgen.
- Keine Festlegung auf bestimmte Verfahrenstypen: Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens nach einer diskriminierungsfreien Vorauswahl bestimmter Bieter nach objektiven Kriterien ist möglich.
- Erstellung einer Leistungsbeschreibung mit angemessenen, möglichst erschöpfenden und vollständigen Informationen über die Konzession zur Herstellung von Chancengleichheit und Gleichbehandlung der Bieter.
- Einhaltung angemessener Fristen für die Erstellung der Angebote und die Ausführungsfrist.
- Wertung der Angebote nach vorher bekanntgemachten diskriminierungsfreien Kriterien.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass den Freiheiten bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auch entsprechende Unsicherheiten für Auftraggeber und Bieter über die geltenden rechtlichen Vorgaben gegenüberstehen. Daher orientieren sich die Verfahren oft weitgehend an den Vorgaben der VOL/A (vergleiche 3.3.3).

Auch die VO Nr. 1370/2007 macht nur wenige konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung von wettbewerblichen Vergabeverfahren.²⁰⁵ Vielmehr ist in Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 bestimmt, dass das angewandte Verfahren allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen muss.

Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in dem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist. Es gilt also nicht die Hierarchie der Verfahrensarten, sondern es ist grundsätzlich die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zulässig.

Besondere Regelungen enthält die VO 1370/2007 zur Subunternehmervergabe und zur Frage des Betriebsübergangs. So ist, anders als nach dem Kartellvergaberecht, der mit dem Auftrag betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der Leistung selbst zu erbringen.²⁰⁶ Zudem kann die zuständige Behörde den Betreiber verpflichten, den Arbeitnehmern des Altunternehmers die Rechte zu gewähren, die diesen im Falle eines Betriebsübergangs zustehen würden. Schließlich weist der Verordnungstext noch darauf hin, dass die Einhaltung von Sozial- und Qualitätsstandards in die Wettbewerbsunterlagen aufzunehmen ist.

Das novellierte Personenbeförderungsgesetz enthält nun einzelne Vorgaben zur näheren Ausgestaltung der wettbewerblichen Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007. So verlangt das nationale Recht nun

²⁰³ KOM (2011) 897 endgültig vom 20.12.2011.

²⁰⁴ Einen Überblick über die Rechtsprechung zu Wettbewerbsverfahren außerhalb des Kartellvergaberechts enthält die „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ vom 23.06.2006; diese Mitteilung gilt allerdings ausdrücklich nicht für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen; vergleiche zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auch *Burgi*: Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in: NZBau 2005, 610.

²⁰⁵ Vergleiche zur Ausgestaltung von wettbewerblichen Vergabeverfahren nach der VO 1370/07: *Schröder*: Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, in: NVwZ 2008, 1288; *Hübner*: Neue Vergaberegeln für den ÖPNV unter der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: VergabeR 2009, 363.

²⁰⁶ Im Kartellvergaberecht ist eine Beschränkung der Subunternehmervergabe nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zulässig.

ausdrücklich, dass im Rahmen der Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 die Interessen des Mittelstandes zu berücksichtigen sind und die Leistung in Lose aufgeteilt zu vergeben ist (vgl. § 8a Abs. 4 PBefG n. F.).

Die in § 8b PBefG n. F. enthaltenen Anforderungen an die Durchführung des Verfahrens sehen nun zudem vor, dass die Bekanntmachung der vorgesehenen Vergabe auf der Internetseite www.bund.de erfolgen muss. Der geforderte Bekanntmachungsinhalt entspricht weitestgehend der Bekanntmachung nach allgemeinem Vergaberecht. So müssen Angaben zum vorgesehenen Ablauf des wettbewerblichen Verfahrens, zu den vorzulegenden Eignungsnachweisen und zu den Zuschlagskriterien einschließlich deren vorgesehenen Gewichtungen enthalten sein. Zudem verlangt das novellierte Personenbeförderungsgesetz die Gleichbehandlung aller Teilnehmer sowie die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot. Schließlich werden die vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 101a und b GWB zu den Informations- und Wartepflichten vor Zuschlagserteilung sowie zur Unwirksamkeit einer Zuschlagserteilung bei Verstoß gegen diese Pflichten für anwendbar erklärt.

Im Ergebnis hat daher die Novellierung des PBefG zu einer weiteren Annäherung der wettbewerblichen Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 an die kartellvergaberechtlichen Vergaben geführt.

Abbildung 21: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007

| Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Da GWB und VOL/A auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar sind, gelten abweichende Anforderungen an die Durchführung von Vergabeverfahren. • Die VO 1370/2007 bestimmt, dass das angewandte Verfahren allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen muss. Besondere Regelungen enthält die VO 1370/2007 zur Subunternehmervergabe und zur Frage des Betriebsübergangs. So ist der mit dem Auftrag betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der Leistung selbst zu erbringen. Zudem kann die zuständige Behörde den Betreiber verpflichten, den Arbeitnehmern des Altunternehmers die Rechte zu gewähren, die diesen im Falle eines Betriebsübergangs zustehen würden. • Das novellierte Personenbeförderungsgesetz enthält nun erstmals auf nationaler Ebene Regelungen zur Ausgestaltung der in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 fallenden Vergabe von Dienstleistungskonzession. Die entsprechenden Regelungen sind weitestgehend an die Verfahrensregeln des allgemeinen Vergaberechts angelehnt. |

3.3.2 Vergabeverfahren nach der VOL/A

Die Vergabeverfahren nach dem Kartellvergaberecht (GWB und VOL/A) stellen bei der wettbewerblichen Vergabe von Verkehrsleistungen in Deutschland noch die häufigste Verfahrensart dar. Da das Kartellvergaberecht die detailliertesten und striktesten Anforderungen an das Verfahren vorgibt,²⁰⁷ wird im Folgenden bei der Darstellung der Aspekte für eine unternehmensfreundliche Gestaltung jeweils der Rechtsrahmen der VOL/A beschrieben.

3.3.3 Aspekte für eine unternehmensfreundliche Gestaltung

Im Folgenden werden die Aspekte erörtert, die bei Vergabeverfahren insbesondere für eine unternehmensfreundliche Gestaltung von Relevanz sind.²⁰⁸

Abbildung 22: Aspekte für eine unternehmensfreundliche Gestaltung

| Aspekte für eine unternehmensfreundliche Gestaltung |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Die Wahl der Verfahrensart • Die Bildung von Losen • Die Verteilung des Erlösrisikos • Die Funktionalität der Vergabe • Die Zulassung von Nebenangeboten • Die Ausgestaltung der Eignungskriterien • Die Bestimmung der Wertungskriterien |

Die Handhabung dieser Aspekte wird in den Kapiteln 3.3.4 bis 3.3.10 dargestellt.

3.3.4 Wahl der Verfahrensart

Eine der ersten Weichenstellungen bei der Vorbereitung der Ausschreibung ist die Wahl der Verfahrensart. Insoweit ist in einem ersten Schritt entscheidend, ob der Wert der ausgeschriebenen Leistung die Schwellenwerte gemäß § 100 GWB in Verbindung mit § 2 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) erreicht oder übersteigt. Für Dienstleistungsaufträge wie die Vergabe von Busverkehrsleistungen

²⁰⁷ Vergleiche zur Rechtsprechung zu Ausschreibungen im Bereich des ÖPNV: *Landsberg*: Die vergaberechtliche Judikatur zu Ausschreibung von Nahverkehrsleistungen, in: *VergabeR* 2005, 420.

²⁰⁸ Vergleiche zu diesem Thema auch: *Klinger*: Busverkehrsleistungen erfolgreich ausschreiben – Praxistipps unter Berücksichtigung der aktuellen vergaberechtlichen Rechtsprechung, in: *Der Nahverkehr* 4/2006, 48.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

liegt der einschlägige Schwellenwert derzeit bei 200.000 Euro²⁰⁹. Bestehen die zu vergebenden Aufträge aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, müssen bei der Schätzung des Auftragswerts alle Lose berücksichtigt werden (§ 3 Abs. 7 Satz 1 VgV).

Soweit Länder, Gebietskörperschaften oder Zweckverbände Aufgabenträger für den ÖPNV sind, handelt es sich bei diesen um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 beziehungsweise Nr. 3 GWB. Diese haben nach § 4 Abs. 1 VgV bei der Vergabe von Dienstleistungen oberhalb der Schwellenwerte dann sämtliche Bestimmungen des 2. Abschnitts der VOL/A anzuwenden.

Die VOL/A sieht in ihrem zweiten Abschnitt vier Verfahrensarten vor: das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog. Im Regelfall ist eine Vergabe in Form des Offenen Verfahrens durchzuführen, § 3 EG VOL/A. Eine andere Verfahrensart kann nur gewählt werden, wenn einer der in der VOL/A abschließend aufgeführten Ausnahmetatbestände vorliegt.

Abbildung 23: Wahl der Verfahrensart

| Wahl der Verfahrensart |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">● Es werden vier Arten der Vergabe unterschieden: Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog.● Das offene Verfahren ist im Kartellvergaberecht (das heißt oberhalb der Schwellenwerte) der Regelfall. An die Wahl der anderen drei Verfahrensarten werden strenge Voraussetzungen geknüpft. |

Das Offene Verfahren und das Nichtoffene Verfahren

Bei einem Offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen öffentlich durch Bekanntmachung des Auftrags im Supplement zum Amtsblatt der EU (www.ted.europa.eu) zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Vergabeunterlagen sind vom Auftraggeber an alle Bewerber abzugeben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen und die Verdingungsunterlagen abfordern. Es besteht somit eine unbeschränkte Teilnahmemöglichkeit.

Die Bieter geben in einem einphasigen Wettbewerb ihr Angebot ab, welches auch die vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise enthält, ab. Die Angebotswertung erfolgt durch den Vergleich der Angebote unter Heranziehung der vorab bekannt gemachten und gewichteten Zuschlagskriterien. Das Verfahren endet mit dem Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot.

Das Nichtoffene Verfahren unterscheidet sich vom Offenen Verfahren hauptsächlich dadurch, dass statt eines einphasigen Wettbewerbs vor der Abgabe der Angebote ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. In diesem wird die Eignung der Bieter durch die Abforderung entsprechender Nachweise überprüft und es werden diejenigen geeigneten Bieter ausgewählt, die ein Angebot einreichen dürfen. Zu beachten ist, dass das Nichtoffene Verfahren nur gewählt werden darf, wenn einer der in § 3 EG Abs. 2 VOL/A abschließend genannten Ausnahmetatbestände (zum Beispiel Erforderlichkeit durch die Eigenart der Leistung oder durch einen ansonsten drohenden außerordentlichen Aufwand des Verfahrens) vorliegt.

Verhandlungen mit den Bietern über die abgegebenen Angebote sind sowohl im Offenen Verfahren als auch im Nichtoffenen Verfahren verboten (§ 18 EG VOL/A).

Das Verhandlungsverfahren

Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens

In der kartellvergaberechtlichen Praxis wird die Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens dadurch eingeschränkt, dass ein solches bei der Vergabe von Busverkehrsleistungen durch den Aufgabenträger nur in wenigen in der VOL/A abschließend aufgeführten Ausnahmefällen zulässig ist, § 3 EG Abs. 3 und Abs. 4 VOL/A.

So darf ein Verhandlungsverfahren zum Beispiel durchgeführt werden bei einer vom Auftraggeber nicht verschuldeten besonderen Dringlichkeit der Vergabe, § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A, oder einer vorherigen Aufhebung der Ausschreibung wegen Unwirtschaftlichkeit oder gänzlichem Fehlen von Angeboten, § 3 EG Abs. 4 lit. a) VOL/A. Ferner kann der Ausnahmetatbestand des § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A in den Fällen einschlägig sein, in denen ein Auftrag an den Inhaber einer bereits bestehenden Linienverkehrsgenehmigung über den beauftragten Verkehr erteilt wird (Vergabe nur an ein bestimmtes Unternehmen möglich wegen Vorliegens eines Ausschließlichkeitsrechts).

Ablauf eines Verhandlungsverfahrens

Beim Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich somit vom Offenen beziehungsweise Nichtoffenen Verfahren dadurch, dass sowohl der Leistungsgegenstand nicht bereits in den Vergabeunterlagen in allen Einzelheiten festgeschrieben ist, als auch Angebote

²⁰⁹ Siehe § 2 Nr. 3 VgV in Verbindung mit der Fünften Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 14. März 2012 (BGBl. I S. 488), die die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 vom 30. November 2011 umsetzt.

abgeändert werden können, nachdem sie abgegeben worden sind.²¹⁰

Nach Ablauf der Angebotsfrist beginnt somit beim Verhandlungsverfahren ein dynamischer Prozess, in dem sich durch Verhandlungen sowohl auf Auftragnehmer- als auch auf Auftraggeberseite Veränderungen ergeben können. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass diese Änderungen nicht dazu führen dürfen, dass gänzlich andere Leistungen beschafft werden, als in der Leistungsbeschreibung angekündigt.

Verhandeln bedeutet, dass Auftraggeber und potenzielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung konkret zu erbringen ist und zu welchen Bedingungen und welchen Preisen diese ausgeführt werden sollen.

Die Eröffnung von Verhandlungsspielräumen bietet sich grundsätzlich an, wenn der Auftraggeber bei bestimmten Bereichen noch nicht weiß, wie er sie lösen soll und/oder sich von den potenziellen Bietern noch bessere/weitere Ideen erhofft. So kann zum Beispiel ein Verhandlungsspielraum bei folgenden Fragen eröffnet werden:

- Antriebsvarianten
- Fahrzeuggröße
- Durchführung von traditionellen oder alternativen Verkehrsformen in Schwachlastzeiten oder in ländlichen Gegenden
- Art und Weise der Erbringung einer vom Auftraggeber geforderten Sicherheitsleistung

Das Verhandlungsverfahren eröffnet somit – zumindest auf den ersten Blick – bei der Ausschreibung von Busverkehrsleistungen einen weitaus größeren Spielraum für die Einbringung unternehmerischen Ideenreichtums als das Offene beziehungsweise das Nichtoffene Verfahren. Zu beachten ist jedoch, dass der Auftraggeber auch im Verhandlungsverfahren den wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts, sprich den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung, unterliegt. Hieraus folgt insbesondere, dass

- der Auftraggeber alle Bieter gleich behandeln und ihnen während des gesamten Verfahrens die gleichen Informationen zukommen lassen muss.
- Bieter, deren Angebote die vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung aufgestellten Mindestanforderungen an die Leistung nicht einhalten, zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen sind. Über die vom Auftraggeber aufgestellten Mindestanforderungen an die Leistung (diese erkennt man an Formulierungen wie: „hat zu“, „muss“, etc.) kann somit nicht verhandelt werden; es ist dem Auftraggeber verwehrt, im Nachhinein auf die Erfüllung dieser Anforderungen zu verzichten. Auch das geringeren Anforderungen

unterworfenen Verhandlungsverfahren lässt diesbezüglich keine Ausnahme zu.

- das Gebot der erschöpfenden und eindeutigen Leistungsbeschreibung auch im Verhandlungsverfahren gilt. Dies bedeutet, dass auch im Verhandlungsverfahren die Leistungsbeschreibung dergestalt formuliert sein muss, dass alle Bieter diese in gleicher Weise verstehen und auf Grundlage der Leistungsbeschreibung vergleichbare Angebote abgeben können. Das Verhandlungsverfahren eröffnet daher nicht die Möglichkeit, die Darstellung der geforderten Leistungen zur Gänze den Bietern zu überlassen.

Verhandlungsverfahren als geeignetes Mittel zur Durchführung unternehmerfreundlicher Vergabeverfahren?

Ist ein Verhandlungsverfahren vergaberechtlich zulässig, kommt es sicherlich als probates Mittel zur Förderung unternehmerischer Belange in Frage, da auf diese Weise das Innovationspotential der potentiellen Bieter im Rahmen von Verhandlungen ausgeschöpft werden kann.

Zu beachten ist allerdings, dass es immer auch auf die Gestaltung der jeweiligen Ausschreibung ankommt, ob und in welchem Umfang die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu einem fruchtbaren Austausch von Wissen und Erfahrung zwischen Auftraggeber und potentiellen Bietern führt. So entscheidet die Gestaltung der Leistungsbeschreibung in hohem Maße darüber, in welchem Umfang Verhandlungen überhaupt möglich sind. Je mehr Leistungsanforderungen von vornherein als zwingend formuliert werden, desto weniger Verhandlungsspielraum ist den Beteiligten später eröffnet.

Hinzuweisen ist aber darauf, dass Verhandlungsverfahren sowohl für die Auftraggeber als auch die Bieter aufgrund der zusätzlichen Verhandlungsrunden regelmäßig einen größeren Aufwand verursachen als Offene Verfahren.

Der wettbewerbliche Dialog

Ablauf eines wettbewerblichen Dialogs

Beim wettbewerblichen Dialog handelt es sich um ein dreiphasiges Verfahren, welches in einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb, eine Dialogphase und eine Angebotsphase (Angebotsbewertung) untergliedert ist. Nach europaweiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU läuft das Verfahren wie folgt ab.²¹¹

- Öffentlicher Teilnahmewettbewerb: Unter Zugrundelegung der in der Bekanntmachung festgelegten Eignungs-

²¹⁰ Vergleiche zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens auch: *Byok*, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, S. 73 ff.

²¹¹ Vergleiche zum Ablauf auch: *Opitz*: Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog, in: *VergabeR* 2006, 451; *Fritz*: Erfahrungen mit dem wettbewerblichen Dialog in Deutschland, in: *VergabeR* 2008, 379.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

kriterien wählt der Auftraggeber mindestens drei Unternehmen aus, mit denen er in den Dialog eintritt.

- **Dialogphase:** In dieser Phase können alle Aspekte des Auftrags erörtert werden. Am Ende des Dialogs steht – anders als im Verhandlungsverfahren – jedoch nicht die Auftragsvergabe, sondern Ziel ist die Ausarbeitung des zu vergebenden Auftrags in seinen Einzelheiten einschließlich der finanziellen Aspekte. Dabei sollen die Mittel, mit denen die Bedürfnisse des Auftraggebers am besten erfüllt werden können, ermittelt und festgelegt werden. Die Verhandlungsmöglichkeiten des wettbewerblichen Dialogs betreffen damit nicht das eigentliche, zum Zuschlag führende Vergabeverfahren, sondern sie sollen zunächst die Abgabe geeigneter Angebote ermöglichen. Der Dialog wird abgeschlossen, wenn eine Lösung gefunden wurde beziehungsweise eine solche erkennbar nicht ermittelt werden konnte, § 3 EG Abs. 7 lit. d) VOL/A.
- **Angebotswertung:** Wurde im Dialog eine Lösung gefunden, werden von den Bietern Angebote auf Grundlage dieser Lösung sowie den in der Bekanntmachung festgelegten Zuschlagskriterien abgegeben. Nach Angebotsabgabe sind Veränderungen an den abgegebenen Angeboten nur noch in Form von Erläuterungen bestimmter Einzelheiten oder Bestätigung von Zusagen nach Aufforderung durch die Vergabestelle zulässig, sofern dies keine Änderung der grundlegenden Elemente der Angebote oder der Ausschreibung zur Folge oder wettbewerbsverzerrende oder diskriminierende Wirkung hat, § 3 EG Abs. 7 lit. e) VOL/A. Die abgegebenen Angebote sind daher als grundsätzlich feststehend anzusehen.

Zulässigkeit des wettbewerblichen Dialogs bei der Ausschreibung von Busverkehrsleistungen

Nach § 101 Abs. 4 Satz 1 GWB ist der wettbewerbliche Dialog ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Er darf nach § 3 EG Abs. 7 VOL/A nur durchgeführt werden, wenn:

- der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können beziehungsweise
- die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.

Eine subjektive Unmöglichkeit des Auftraggebers zum Beispiel aufgrund von fehlender Aufklärung der bestehenden technischen Möglichkeiten ist somit keine ausreichende Voraussetzung.

Auf die Vergabe im Wesentlichen vordefinierter Verkehrsleistungen ist der wettbewerbliche Dialog mangels Vorliegen eines besonders komplexen Auftrags sicherlich nicht anwend-

bar. Ein wettbewerblicher Dialog käme jedoch zum Beispiel in Frage, wenn es sich um den ersten jemals ausgeschriebenen Auftrag einer bestimmten Art handelt, oder es für den Auftraggeber mit unverhältnismäßig hohem Kosten- oder Zeitaufwand verbunden wäre, die für die Beschreibung der Leistung notwendigen Kenntnisse zu erlangen. Denkbar wäre ein solches Vorgehen bei der Ausschreibung von Busverkehrsleistungen zum Beispiel in folgenden Szenarien:

- Ausschreibung einer Busverkehrsleistung in Verbindung mit einem technisch völlig neu zu konzipierenden E-Ticketing-System,
- Ausschreibung eines zunächst völlig neu zu definierenden umfangreichen Stadtbusverkehrssystems mit vielfältigen möglichen Anschlüssen an andere Verkehre und der Möglichkeit des Einsatzes verschiedener Verkehrsformen wie zum Beispiel Anrufsammeltaxi-Verkehre oder
- Fälle, in denen der Auftraggeber den Einsatz neuartiger innovativer Fahrzeuge wünscht, deren genaue Ausgestaltung und Einsatzmöglichkeiten jedoch vom Auftraggeber mangels vertiefter technischer Kenntnisse nicht konkret definierbar sind.

Vor der Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs sollte zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Vergaberecht jedoch in jedem Fall durch den Auftraggeber sorgfältig geprüft und dokumentiert werden, dass die Erlangung der notwendigen Kenntnisse für die Konzeption der zu vergebenden Leistungen tatsächlich gar nicht oder nur mit einem unverhältnismäßigen Geld- und Zeitaufwand möglich ist. Insbesondere wäre dabei in die Überlegungen einzustellen, dass zur Vergabe komplexer und erst noch festzulegender Verkehrsleistungen auch das Instrument der Funktionalausschreibung (vergleiche 3.3.7) im Rahmen eines Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens zur Verfügung steht und diese Verfahrensarten im Verhältnis zum wettbewerblichen Dialog das vorrangig anzuwendende Verfahren darstellen. Der wettbewerbliche Dialog wird daher nur in den Fällen rechtskonform angewandt werden können, in denen es dem Auftraggeber aufgrund der Komplexität und/oder Neuartigkeit der zu vergebenden Leistung nicht möglich ist, verbindliche Ziele zu setzen, die von den Bietern im Rahmen einer Funktionalausschreibung unterschiedlich erfüllt werden können.

Wettbewerblicher Dialog als geeignetes Mittel zur Durchführung unternehmerfreundlicher Vergabeverfahren?

Der wettbewerbliche Dialog wird in Fällen angewendet, in denen sich die Einbindung der potentiellen Bieter in den Prozess der Erarbeitung der Leistungsbedingungen nicht nur anbietet, sondern ein absolutes Muss darstellt, da es dem Auftraggeber alleine nicht möglich ist, die Voraussetzungen anzugeben, mit deren Erfüllung sich seine Bedürfnisse erfüllen lassen. Dies

stellt einen in der Praxis der Ausschreibung von Busverkehrsleistungen nur selten vorkommenden Einzelfall dar, bei dessen Vorliegen jedoch sicherlich beste Voraussetzungen für die Ausschöpfung des unternehmerischen Potenzials in der Ausschreibung vorliegen.

Auch beim wettbewerblichen Dialog ist aber auf den erheblich gesteigerten Verfahrensaufwand für Auftraggeber und Bieter hinzuweisen.

3.3.5 Losweise Vergabe/Bietergemeinschaften

Das Vergaberecht sieht verschiedene Möglichkeiten vor, die Belange kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) bei der Leistungsvergabe zu berücksichtigen. Zu nennen wäre neben der grundsätzlichen Verpflichtung zur losweisen Vergabe in § 97 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 2 EG Abs. 2 VOL/A insbesondere die Gewährung der Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften (§ 7 EG Abs. 2 VOL/A).

Unter einem Los versteht man einen Teil der vom Auftraggeber nachgefragten Gesamtleistung (vergleiche zur personenbeförderungsrechtlichen Linienbündelung und deren Verhältnis zur Losaufteilung oben 3.1.1). Nach dem novellierten § 97 Abs. 3 GWB sowie § 2 EG Abs. 2 VOL/A sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.²¹² Die Pflicht zur Losvergabe ist damit durch die Neufassung des GWB sowie der VOL/A verschärft worden, da vormalig eine Losvergabe nach dem Gesetzeswortlaut nur für die Fälle vorgesehen war, in denen dies nach Art und Umfang zweckmäßig war.

Hierdurch erreicht werden sollte eine weitere Verstärkung des Mittelstandsschutzes, da Leistungen nunmehr nur noch in Ausnahmefällen nicht in Lose aufgeteilt und als Gesamtpaket vergeben werden dürfen. Liegt ein solcher Ausnahmefall nach Ansicht des Auftraggebers vor, hat er dies im Vergabevermerk möglichst ausführlich zu begründen und zu dokumentieren.

Eine allgemeine Bevorzugung mittelständischer Interessen dahingehend, dass Angebote kleiner und mittlerer Unternehmen generell vorzuziehen sind, lässt sich aus § 97 Abs. 3 GWB aber nicht herauslesen und würde auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB verstoßen. Die Aufteilung in Lose bedeutet daher nicht, dass diese nur an mittelständische Unternehmen vergeben werden dürfen.

Bei der Vergabe von Busverkehrsleistungen wird eine Aufteilung der Gesamtleistung in Teillose (mengenmäßige Aufteilung) weitaus häufiger sein, als eine Aufteilung nach Fachlo-

sen (Aufteilung nach Fachgebieten). Jedoch ist auch Letztere zumindest theoretisch denkbar, wenn zum Beispiel verschiedene Verkehrsformen wie Bedarfsverkehre und konventionelle Linienverkehre gemeinsam ausgeschrieben werden.

Bei der Prüfung der Frage des Ob und Wie der Aufteilung der Gesamtleistung in Lose sollte wie folgt vorgegangen werden:

- Zunächst sollte festgestellt werden, ob es auf dem relevanten Markt überhaupt kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) gibt, die sich am Verfahren beteiligen könnten. Tatsächlich liegt die Größe der KMU meist zwischen 10 und 50 Beschäftigten. Aus rechtlicher Sicht wäre unter dem relevanten Markt der Markt für die Erbringung von Leistungen im Straßenpersonennahverkehr auf dem Gebiet des jeweils zuständigen Aufgabenträgers zu verstehen. Auch aus wirtschaftlicher Sicht ist der relevante Markt als ein regionaler Markt zu betrachten, da sich auf eine Busverkehrsleistung vermutlich hauptsächlich Unternehmer aus der Region (eigenes Zuständigkeitsgebiet, Nachbarkreise) bewerben werden. In der Regel ist davon auszugehen, dass derartige KMU vorhanden sein werden und die Berücksichtigung von Mittelstandsbelangen daher grundsätzlich erforderlich sein wird.
- Die Zahl und die Größe der Lose muss so konzipiert werden, dass sie die Bewerbung von KMU tatsächlich ermöglichen. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch auch, dass eine Aufteilung in Lose nicht sinnvoll ist, wenn die Gesamtleistung derart klein ist, dass sich auch KMU auf diese problemlos bewerben können. So muss und kann eine nur aus einer Regionallinie bestehende Leistung nicht mehr in Lose aufgeteilt werden.
- Angelehnt an die Grundsätze der Linienbündelung nach dem PBefG dürfte eine Leistung auch nach dem neuen GWB immer dann aus wirtschaftlichen beziehungsweise technischen Gründen unteilbar sein, wenn es aufgrund der verkehrlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht möglich erscheint, eine Verkehrsleistung auf mehrere Verkehrsunternehmen zu verteilen (es sich also um verbundene Verkehre handelt, die einen Betrieb aus einer Hand erforderlich machen). Eine bestehende Linienbündelung führt nicht dazu, dass automatisch eine Verpflichtung zur Vergabe entsprechender Lose entsteht. Wegen der vergleichbaren Zielrichtung ist allerdings zu empfehlen, den Zuschnitt der Lose konform zu einer vorhandenen Linien-

²¹² Vergleiche zur Losvergabe: *Kus*: Losvergabe und Auswahlskriterien, in: NZBau 2009, 21; *Schaller*: Ein wichtiges Instrument der Mittelstandsförderung: Die Losteilung bei öffentlichen Aufträgen, in: ZfBR 2008, 142; *Müller-Wrede*: Grundsätze der Losvergabe unter dem Einfluss mittelständischer Interessen, in: NZBau 2004, 643.

bündelung vorzunehmen. Ergeben sich vergaberechtliche Zweifel an der Zulässigkeit dieses Zuschnitts, so erscheint eine entsprechende Anpassung des Linienbündelungskonzepts ratsam.

Abbildung 24: Losweise Vergabe/Bietergemeinschaften

Losweise Vergabe/Bietergemeinschaften

- Die Losvergabe ist nach § 97 Abs. 3 GWB und § 2 EG Abs. 2 VOL/A das Regelverfahren und hat Vorrang vor der Vergabe der Gesamtleistung.
- Die Losvergabe verfolgt die Zielsetzung des Mittelstandschutzes: Auch kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) sollen die Möglichkeit erhalten, sich auf umfangreichere Leistungen bewerben zu können, das heißt: Lose müssen so ausgerichtet werden, dass sie quantitativ und qualitativ dem Leistungsvermögen von KMU entsprechen.
- Mittelständische Bieter haben ein einklagbares Recht auf Beachtung der Vorschriften über die Losvergabe (bieterschützende Vorschrift).

3.3.6 Der Nettovertrag

Begriff und Zielsetzung des Nettovertrages

Die Unterscheidung der möglichen Vertragstypen Bruttovertrag, Nettovertrag und Anreizvertrag wird anhand der Verteilung des wirtschaftlichen Risikos zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen vorgenommen.

Beim Nettovertrag liegt das Risiko beziehungsweise die Chance schwankender Fahrgelderlöse beim Verkehrsunternehmen. Das Verkehrsunternehmen erhält einen fixen Preis für die Leistungserbringung. Darüber hinaus verbleiben die erzielten Fahrgelderlöse bei dem Verkehrsunternehmen. Höhere Fahrgeldeinnahmen gegenüber der Kalkulation stellen somit eine Gewinnmöglichkeit, Mindererlöse ein Verlustrisiko für das Unternehmen dar. Das Verkehrsunternehmen trägt somit das volle Einnahmerisiko für die von ihm kalkulierten Fahrgelderlöse.

Im Gegensatz dazu erhält das Verkehrsunternehmen beim Bruttovertrag einen fixen Preis für die Leistungserbringung und die jeweils tatsächlich erzielten Fahrgeldeinnahmen werden dem Preis für die Leistung gegengerechnet. Der Auftraggeber trägt somit das Einnahmerisiko.

Während also beim Bruttovertrag kein eigenes wirtschaftliches Interesse des Verkehrsunternehmens besteht, mehr als die geforderten Mindestleistungen für die Fahrgäste zu erbringen, bedeutet der Nettovertrag mit der damit verbundenen Übertragung des Einnahmerisikos auf das Unternehmen für dieses grundsätzlich die Chance und den Anreiz zur Opti-

mierung der von ihm durchgeführten Verkehre. So kann der Unternehmer durch Qualitätserhöhungen eine Steigerung der Zahl der Fahrgäste und somit eine ihm zu Gute kommende Erlössteigerung erreichen. Für den Auftraggeber bedeutet die Ausschreibung eines Nettovertrages, dass er sich vom Risiko von Schwankungen beziehungsweise einem Sinken der Einnahmen auf den von ihm ausgeschriebenen Linien „befreien“ kann, was auch unter dem Gesichtspunkt der Haushaltsstabilität vorteilhaft sein kann.

Nettoverträge erfolgreich ausschreiben

Damit die Ausschreibung eines Nettovertrages für beide Seiten zu zufriedenstellenden Ergebnissen führt und insbesondere auch die Optimierungschancen vom Unternehmen während der Vertragslaufzeit optimal genutzt werden können, muss einiges beachtet werden.

Notwendige Datengrundlage

Beim Nettovertrag ist die Höhe der Tarifeinnahmen für das Verkehrsunternehmen von essentieller Wichtigkeit. Diese müssen vom Unternehmen schon bei der Ausarbeitung seines Angebots geschätzt werden können, um unkalkulierbare Risiken während der Vertragsdurchführung zu vermeiden. Die erfolgreiche Ausschreibung eines Nettovertrages hängt daher zu einem großen Teil davon ab, ob den Bietern bei der Erstellung der Angebote hinreichend genaue kalkulatorische Angaben über alle für die Preisbildung relevanten Tatsachen vorliegen.²¹³ Denn insbesondere der Mittelstand ist aufgrund seiner vergleichsweise geringen Eigenkapitalausstattung in der Regel nicht in der Lage, ein unkalkulierbares Risiko zu tragen, und wird in einem solchen Fall von der Angebotsabgabe absehen. Auch stellt die Verwirklichung eines derartigen Risikos während der Vertragslaufzeit mittelständische Unternehmen vor weitaus größere Probleme als Konzernunternehmen oder kommunale Unternehmen. Im schlimmsten Fall kann dies zur Insolvenz des Unternehmens und somit auch für den Auftraggeber, der plötzlich seinen Auftragnehmer verliert, zu einem ernsthaften Problem führen.

In der Praxis führen Mängel hinsichtlich der Datengrundlagen oftmals zu einer eher zurückhaltenden Beteiligung von Verkehrsunternehmen. Im Folgenden werden daher die wichtigsten erforderlichen Datengrundlagen für die Ausschreibung eines Nettovertrages dargestellt:

Einnahmedaten: Aktuelle, linienbezogene Daten zu Linienweg, Personenkilometern, Anzahl der Fahrgäste aufgeschlüsselt nach Tagesarten, Tageszeiten, Schulzeiten, Saison, etc. sowie aktuelle, linienbezogene Daten zur Nutzungshäufigkeit einzelner Fahrscheinarten auf den Linien.

²¹³ Vergleiche zu diesem Thema auch: *Stammer/Pulkkinen*: Brutto oder Netto? Verkehrsverträge im SPNV, in: *Der Nahverkehr* 3/2008, 8.

Eine Abfrage dieser Daten beim Bestandsunternehmen im Vorfeld der Ausschreibung bleibt oftmals erfolglos, da oftmals keine Bereitschaft zur Herausgabe dieser Daten besteht. Auch eine Beschaffung durch die Bieter im Rahmen der Angebotsfrist scheitert in der Regel am hiermit verbundenen Zeitaufwand. Daher bleibt im Grunde nur die rechtzeitige Durchführung von Verkehrserhebungen durch den Aufgabenträger im Vorfeld der Ausschreibung. Eine andere Möglichkeit besteht darin, zunächst einen Bruttovertrag auszuschreiben und in diesem eine entsprechende Datenlieferungspflicht des Auftragnehmers zu verankern. Diese Daten können dann in einer darauffolgenden Netto-Ausschreibung zur Verfügung gestellt werden.

Erlösdaten: Verfahren der Einnahmearbeitung, mit einer Verbundmitgliedschaft verbundene Kosten und Verpflichtungen, Regelungen zur Aufnahme neuer Verkehrsunternehmen in den Verbundtarif, aktuelle Tarifgestaltung

Probleme können hier insbesondere auftreten, wenn im Ausschreibungsgebiet ein reiner Unternehmensverbund existiert. In diesem Fall liegen dem Auftraggeber unter Umständen keine Erlösdaten vor oder diese beruhen auf einer intransparenten Einnahmearbeitung oder veralteten Zählwerten. Die Ausschreibung eines Nettovertrages kann in diesem Fall nur dann erfolgreich sein, wenn der Auftraggeber rechtzeitig und erfolgreich auf eine transparente Einnahmearbeitung hinwirkt und eine Verkehrserhebung durchführt, die den Bietern vernünftige Kalkulationsgrundlagen für die Erlösplanung bietet.

Verkehrliche und sonstige Rahmenbedingungen

Damit ein Nettovertrag die mit ihm verfolgten Zielsetzungen auch optimal erreichen kann, sollten ferner möglichst die folgenden verkehrlichen und sonstigen Rahmenbedingungen im Ausschreibungsgebiet erfüllt sein:

- Es sollten mehrere Linien/Linienbündeln mit einem mehr als nur geringen Leistungsumfang ausgeschrieben werden. Denn das Verkehrsunternehmen hat bei einem nur geringen Leistungsumfang auch nur wenig Potenzial zur Optimierung seiner Verkehrsleistung und kann die Möglichkeiten des Nettovertrages nur eingeschränkt nutzen. Auch besteht bei einem nur geringen Leistungsumfang die „Gefahr“, dass Verbesserungen nicht (nur) der eigenen Linie, sondern insbesondere den Verkehrsunternehmen zu Gute kommen, zu deren Linien Anschlussbeziehungen etc. bestehen.
- Die Vertragslaufzeit sollte nicht unter sechs Jahren liegen, da Investitionen des Verkehrsunternehmens sich erst nach Ablauf einer gewissen Zeit durch eine Erhöhung der Fahrgastzahlen und somit der Erlöse auszahlen
- Der Anteil der „Zwangskunden“ (zum Beispiel von Schülern) sollte nicht übermäßig hoch sein, da diese in der

Wahl der Verkehrsmittel nicht frei sind und durch Qualitätssteigerungen nicht dazu bewegt werden können, den ÖPNV (noch) mehr zu nutzen.

- Die Abhängigkeit von externen Faktoren, wie zum Beispiel dem Weiterbestehen bestimmter Zubringerverkehre mit hohem Fahrgastaufkommen sollte so gering wie möglich sein, damit das Verkehrsunternehmen einen möglichst großen Einfluss auf die Entwicklung der Fahrgelderlöse hat.
- Die Verbundregularien sollten in der Form gestaltet sein, dass die Verkehrsunternehmen an den Entwicklungen der Fahrgelderlöse zeitnah und entsprechend ihrem tatsächlichen Anteil teilhaben können.

Der Nettovertrag als Möglichkeit zur Durchführung unternehmerfreundlicher Vergabeverfahren

Sofern die beschriebenen Voraussetzungen eingehalten werden, ist die Ausschreibung eines Nettovertrages eine gute Möglichkeit für den Unternehmer, sein Innovationspotenzial und Know-how durch die dadurch möglichen Leistungsoptimierungen während der Vertragslaufzeit auszureizen. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, kann und sollte die Ausschreibung eines Nettovertrages mit der Vorgabe funktionaler Elemente (vergleiche 3.3.7) in der Leistungsbeschreibung kombiniert werden, um dem Auftragnehmer den für Leistungsoptimierungen erforderlichen Spielraum wirksam zu ermöglichen. Eine Vorgabe funktionaler Elemente bietet sich beim Nettovertrag immer dann an, wenn Qualitätsvorgaben beschrieben werden müssen, die von den Bietern im Rahmen eines Nettovertrages im eigenen wirtschaftlichen Interesse erbracht werden. Dies wären zum Beispiel Vorgaben an die Ausstattung der Fahrzeuge oder die Kundenbetreuung beziehungsweise den Kundenservice oder die Ausstattung mit Fahrscheinautomaten und Verkaufsstellen. Allen diesen Aspekten ist gemeinsam, dass eine Erhöhung der Qualität im Rahmen eines funktionierenden Nettovertrages zu Fahrgastzuwächsen und damit zu Erlössteigerungen auf Seiten des Unternehmens führen sollte.

Anreizvertrag als Mischform aus Brutto- und Nettoverträgen

Unter dem Begriff des Anreizvertrages werden neben reinen Brutto- oder Nettoverträgen in der Praxis häufig angewandte Mischformen aus diesen Vertragsformen verstanden, bei denen versucht wird über die Implementierung von (zusätzlichen) Anreizinstrumenten die Verkehrsunternehmen dazu zu bringen, ihre Leistung zu optimieren. Folgende Mischformen kommen in der Praxis immer wieder vor:

- Häufig basiert der Anreizvertrag auf einem Bruttovertrag (Fahrgelderlösrisko liegt grundsätzlich beim Auftraggeber), in welchem dem Verkehrsunternehmen ein zusätzlicher Anreiz für die Optimierung von Faktoren gegeben

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

wird, die direkten oder indirekten Einfluss auf die Höhe der Fahrgelderlöse haben.

- Auch kann in einem Anreizvertrag das Fahrgelderlösrisiko in der Form „geteilt“ werden, dass Auftraggeber und Auftragnehmer jeweils einen Teil des Risikos übernehmen. Dies bietet sich in Fällen an, in denen die Übertragung des gesamten Fahrgeldrisikos auf den Auftragnehmer für diesen ein untragbares Risiko wäre.
- Jedoch ist es im Rahmen eines Anreizvertrages auch möglich, den Effekt eines Nettovertrages zu verstärken, indem zusätzlich zur Übertragung des Erlösrisikos weitere Anreize vereinbart werden.
- Insbesondere in den Fällen, in denen die Datengrundlage oder die Rahmenbedingungen eine Nettovergabe als nicht vorteilhaft erscheinen lassen, bietet der Anreizvertrag die Möglichkeit, den Auftragnehmer an der wirtschaftlichen Entwicklung der Verkehrsleistung teilhaben zu lassen. Allerdings bedarf es auf Seiten der Auftraggeber einer im Vergleich zum Nettovertrag intensiveren Vertragssteuerung, um die Anzeilelemente auch tatsächlich wirksam werden zu lassen (zum Beispiel Durchführung regelmäßiger Erhebungen).

Abbildung 25: Der Nettovertrag

| Der Nettovertrag |
|---|
| <p>Je nach konkreter Situation vor Ort haben die einzelnen Vertragsarten ihre Berechtigung. In der Praxis dürfte aber der Anreizvertrag in der Mehrzahl der Fälle das geeignete Instrument darstellen, einerseits das Potenzial der mittelständischen Unternehmen zu nutzen und diese andererseits nicht zu hohen Risiken auszusetzen. Im Einzelnen gilt folgende Bewertung der Risikoverteilung in Verkehrsverträgen:</p> <ul style="list-style-type: none">• Bruttovertrag:<ul style="list-style-type: none">• Anreize primär zur Kostensenkung• Keine Honorierung von Qualität• Keine Berücksichtigung von Kundenbedürfnissen• Detaillierte Vorgaben erforderlich• Nettovertrag:<ul style="list-style-type: none">• „Subventionsdilemma“: Anreize zur Kostensenkung oder Einnahmenerhöhung• Förderung nur von solcher Qualität, die „sich rechnet“• Funktioniert nur bei Übertragung von Kompetenzen (Tarif, Fahrplan, Angebot, Marktauftritt)• Wegen Risiken primär für Großunternehmen vorteilhaft• Anreizvertrag:<ul style="list-style-type: none">• Gezielte Anreize für von den Verkehrsunternehmen tatsächlich zu verantwortende Qualitätsmerkmale• Bewältigbare Anreize zur Qualitätsverbesserung nützen auch KMU• Feinere und aufwändigere Steuerung erforderlich |

3.3.7 Die funktionale Leistungsbeschreibung

Begriff und Zielsetzungen einer funktionalen Leistungsbeschreibung

Die funktionale Leistungsbeschreibung wird in § 8 EG Abs. 2 Nr. 2 VOL/A als eine Darstellung der Leistung anhand ihres Zwecks, ihrer Funktion sowie der an sie gestellten Anforderungen beschrieben.²¹⁴ Der Auftraggeber gibt durch die funktionale Darstellung der Leistung also ein Ziel vor, lässt den Weg zur Zielerreichung aber im Wesentlichen offen.²¹⁵

Hierdurch soll erreicht werden, dass die Bieter bei der Ermittlung der technisch, wirtschaftlich und gestalterisch besten Lösung mitwirken. Für den Auftraggeber schafft dies die Möglichkeit, sich von der sonst bestehenden Pflicht zur Entwicklung von Wegen zur Zielerreichung zu entlasten. Ferner wächst durch die Möglichkeit des Anbietens von Alternativen in preislicher und qualitativer Hinsicht die Chance einer besonders wirtschaftlichen Beschaffung. Der Auftraggeber kann bei ihm selbst nicht vorhandenes unternehmerisches Know-how abschöpfen und somit das Innovationspotenzial der Unternehmen nutzen.

Gegenstück der funktionalen Leistungsbeschreibung ist die konstruktive Leistungsbeschreibung, bei der nicht nur das gewünschte Ziel, sondern auch der Weg dorthin vom Auftraggeber in den Einzelheiten vorgegeben wird.

Im Folgenden werden zur Verdeutlichung Beispiele für funktionale und konstruktive Vorgaben in der Leistungsbeschreibung gegenübergestellt:

²¹⁴ Schellenberger, in : Pünder/Schellenberger: Vergaberecht, Baden-Baden 2011, § 8 EG VOL/A, Rn. 45 ff.

²¹⁵ Vergleiche zur funktionalen Vergabe im Bereich des ÖPNV : Eichmann/Lehmbrock: Die funktionale Leistungsbeschreibung als Instrument zur Steuerung des kommunalen ÖPNV, in: V+T 2006, 273; Wiucha/Mozer/Landsberg/von Rumohr: Funktionale Ausschreibungen am Beispiel des Stadtverkehrs Elmshorn, in: Der Nahverkehr 9/2005, 24.

Funktionale Leistungsbeschreibungen erfolgreich gestalten

| Konstruktive Leistungsbeschreibung: Beschreibung der Leistung durch ihre „wesentlichen Merkmale und konstruktiven Einzelheiten“ | Funktionale Leistungsbeschreibung: Beschreibung der Leistung durch „eine Darstellung ihres Zweckes, ihrer Funktion sowie der an sie gestellten sonstigen Anforderungen“ |
|--|--|
| Die eingesetzten Fahrzeuge müssen über mindestens 30 Sitzplätze und 30 Stehplätze verfügen. | Der Fahrplan und der Fahrzeugeinsatz sind so zu gestalten, dass in jedem Fall für mindestens 90 Prozent der Fahrgäste ein Sitzplatz zur Verfügung steht. |
| Dem Angebot ist von den Bietern zwingend der folgende Fahrplan zu Grunde zu legen: siehe Anlage XX zur Leistungsbeschreibung. | Die täglichen Bedienungszeiten aller Linien müssen von Mo.-Fr. zusammenhängend mindestens 14 Stunden mit einer garantierten Bedienung des Zeitfensters zwischen 6 und 18 Uhr betragen. [weitere Ausführungen] |
| Folgende Regelung gilt für alle zu bedienenden Haltestellen (exakte Vorgabe). | Mindestens 70 Prozent der Einwohner des Stadtteils XXX müssen im 250-Meter-Einzugsbereich der Haltestellen und maximal zehn Prozent der Einwohner des Stadtteils XX dürfen außerhalb eines 500-Meter Einzugsbereichs der Haltestellen (jeweils Luftlinie) wohnen |

Erste Voraussetzung für den Erfolg einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist, dass bei der Abfrage verschiedener Lösungswege auch Raum für unterschiedliche, innovative Ergebnisse ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn aufgrund grundlegend geänderter Rahmenbedingungen (zum Beispiel Schließung von Schulstandorten aufgrund der demografischen Entwicklung) ganz neue Bedienkonzepte erforderlich werden. Konstruktive Vorgaben werden im Gegensatz dazu immer dann das Mittel der Wahl sein, wenn der Auftraggeber genau weiß, auf welchen Wegen er sein Ziel erreichen möchte und Alternativen hierzu nicht gewünscht sind und/oder aufgrund von finanziellen, verkehrlichen oder sonstigen Restriktionen nicht in Betracht kommen. So wird z. B. die Ausschreibung einer einzelnen Linie im Regionalverkehr nur wenig bis gar keinen Spielraum für funktionale Vorgaben eröffnen, während solche bei der Neukonzeption eines Stadtverkehrs mit vielfachen Anschlussbeziehungen zum Schienenpersonennahverkehr (SPNV) und zum Regionalverkehr sicherlich bestehen werden.

Die funktionale Leistungsbeschreibung eröffnet dem Auftraggeber grundsätzlich nicht die Möglichkeit, um Zeit oder Kostenaufwand zu sparen, von jeder eigenen Planungstätigkeit abzusehen. Denn grundsätzlich darf eine funktionale Leistungsbeschreibung nicht dazu führen, dass die eigentliche Konzeption der Leistung auf die Bieter verlagert wird, da in diesem Fall vergleichbare Angebote nicht zu erwarten sind. Vielmehr kann sich die Definition der Rahmenbedingungen tatsächlich als aufwändiger erweisen, als eine Vorgabe konkreter Fahrplanleistungen.

Planung der Zielvorgaben durch den Auftraggeber und Umsetzung durch die Unternehmen

In der Praxis hat sich gezeigt, dass das Aufstellen geeigneter funktionaler Vorgaben an die Auftraggeber nicht unerheb-

liche planerische Anforderungen stellt, die oft auch über den mit einer konstruktiven Leistungsbeschreibung verbundenen Aufwand hinausgehen. Idealerweise müssen bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung vorab alle denkbaren Angebotsvarianten im Hinblick auf die Erfüllung der der Wertung zugrunde gelegten Ziele des Auftraggebers durchgespielt werden. Denn nur so kann die Bezuschlagung auf ein Angebot, dass zwar alle Bedingungen erfüllt, in der Realität aber von keinerlei oder nur geringem verkehrlichen Nutzen ist, sicher vermieden werden.

Gedachtes einfaches Beispiel für ein solches unerwünschtes Ergebnis aufgrund mangelnder Planung des Auftraggebers wäre das Ergebnis einer nicht weiter detaillierten Vorgabe an die Bieter, in einem bestimmten Zeitraum Fahrten anzubieten, wobei die angebotene Zahl der Fahrten in die Wertung einfließt. Hier könnte ein Bieter zu absoluten Schwachlastzeiten (zum Beispiel mitten in der Nacht unter der Woche) im Fünf-Minuten-Takt Fahrten im Bedarfsverkehr anbieten und hierüber die Ausschreibung gewinnen. Seine Preise könnte er relativ niedrig halten, da er bei der Kalkulation davon ausgehen könnte, dass diese Fahrten kaum abgerufen werden. Der Auftraggeber müsste dann das Angebot mit den tatsächlich nicht gewünschten Fahrten bezuschlagen, da er an seine vorher bekannt gemachten Zuschlagskriterien gebunden ist. Verhindert hätten dieses Ergebnis zum Beispiel nähere Angaben über den einzuhaltenden Takt/die einzuhaltenden Takte im relevanten Zeitraum.

Das Beispiel zeigt, dass auch funktionale Vorgaben eines nicht zu unterschätzenden Detaillierungsgrades bedürfen, wenn die Ausschreibung erfolgreich sein soll. Denn der Auftraggeber muss nicht nur beschreiben, welche verkehrlichen Ziele mit dem Angebot durch die Bieter erfüllt werden müssen, sondern ebenso explizit das ausschließen, was gerade nicht angeboten werden soll.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

Auch von den bietenden Unternehmen wird im Rahmen von funktionalen Leistungsbeschreibungen viel Know-how sowie ein erhöhter Zeit- sowie Personalaufwand abgefordert, da in der Regel mehrere Möglichkeiten durchdacht und auch preislich bewertet werden müssen, um zu einem optimalen Angebot zu gelangen. Funktionale Vorgaben bieten für die Unternehmen daher zum einen die Chance, sich durch ein innovatives Angebot am Markt zu positionieren, bergen aber auch eine erhöhte Gefahr von Fehlern, die zum Ausschluss des Angebots führen können.

Beschreibung der Leistung

Bei funktionalen Vorgaben ist ferner zu beachten, dass den Bietern für eine optimale Erarbeitung ihrer Angebote oftmals mehr und detailliertere Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen als bei konstruktiven Vergaben. Diese müssen vom Auftraggeber – falls nicht schon vorhanden – im Rahmen der Vorbereitung der Ausschreibung noch beschafft werden, was einen im Vergleich zur konstruktiven Leistungsbeschreibung erhöhten Aufwand bedeutet.

Die Alternative hierzu wäre, dass sich die Bieter die notwendigen Informationen – soweit dies möglich ist – im Rahmen der Angebotserstellung selbst beschaffen. Dies wäre dann jedoch durch eine ausreichend lange Angebotsfrist durch den Auftraggeber zu berücksichtigen. Auch kann dies immer zu unterschiedlichem Informationsstand der Bieter und somit eventuell zu einer nicht befriedigenden Qualität der Angebote führen.

Im Folgenden werden einige Beispiele für Informationen gegeben, die den Bietern bei bestimmten funktionalen Vorgaben optimalerweise vorliegen sollten:

| Funktionale Vorgabe | Benötigte Informationen |
|---|---|
| Auswahl der Fahrzeuggröße wird den Bietern überlassen | Aktuelle Fahrgastzahlen für die ausgeschriebenen Linien differenziert nach Tagesart und Tageszeit |
| Auswahl des Linienweges wird dem Bieter überlassen | Zum Beispiel fehlende Befahrbarkeit bestimmter Straßen |
| Fahrplangestaltung wird bei Schülerverkehr freigestellt | Schülerzahlen, Schulanfangszeiten der zu bedienenden Schulen, Schülerbeförderungssatzung |

Mischformen aus konstruktiven und funktionalen Vorgaben als geeignetes Mittel zur Durchführung unternehmerfreundlicher Vergabeverfahren

Die Praxis hat gezeigt, dass es rein funktionale Leistungsbeschreibungen bei der Ausschreibung von Busverkehrsleistungen nicht geben kann. Vielmehr muss die Beschreibung immer auch konstruktive Vorgaben im Sinne von Mindestbedingungen enthalten, da nur so vergleichbare Angebote

eingereicht werden können. So sind zum Beispiel die Einbindung in einen bestimmten Verbundtarif und alle damit verbundenen Regelungen nur konstruktiv beschreibbar. Auch muss der Auftraggeber mindestens grundlegende Angaben zur ausreichenden Verkehrsbedienung wie zum Beispiel Bedienungsraum, Bedienungszeiträume oder Taktfrequenzen machen, um diese in den Angeboten der Bieter auch zu gewährleisten.

Im Folgenden werden einige Beispiele für Mischformen aus konstruktiven und funktionalen Vorgaben dargestellt:

| Begründung | Konstruktives Element | Funktionales Element |
|---|---|--|
| Der Auftraggeber hat bestimmte Anforderungen an Takt, Bedienungszeitraum, etc., möchte aber die Auswahl der erforderlichen Fahrzeuge/Fahrzeuggröße freistellen. | Der in der Anlage befindliche Fahrplan ist von den Bietern bezüglich Takt, Bedienungszeitraum und anzufahrenden Haltestellen bei der Erstellung der Angebote zwingend einzuhalten. | Die einzusetzenden Fahrzeuge müssen mindestens die EURO V-Abgasnorm einhalten, die Wahl der Antriebsform ist den Bietern dabei freigestellt. Der Fahrzeugeinsatz ist so zu gestalten, dass für mindestens 90 Prozent der Fahrgäste ein Sitzplatz zur Verfügung steht. |
| Der Auftraggeber hat bestimmte Anforderungen an die Fahrzeuge, möchte aber zu bestimmten Zeiten die Möglichkeit eröffnen alternative Bedienformen anzubieten. | Der in der Anlage befindliche Fahrplan ist von den Bietern bezüglich Takt, Bedienungszeitraum und anzufahrenden Haltestellen bei der Erstellung der Angebote zwingend einzuhalten. | Der Bieter kann die Leistungen in den späten Abendstunden (ab 21 Uhr) auf den Linien XXX als Bedarfsverkehr anbieten. [weitere Ausführungen zu den Anforderungen an den Bedarfsverkehr] |
| Der Auftraggeber hat bestimmte Anforderungen an die Fahrzeuge, möchte aber bei Linienführung, Verkehrsform etc. innovative Angebote abfordern. | Die im konventionellen Verkehr einzusetzenden Fahrzeuge müssen mindestens die Anforderungen nach Anlage X zur Leistungsbeschreibung erfüllen. Werden Bedarfsverkehre angeboten, müssen die eingesetzten Fahrzeuge mindestens den in Anlage Y genannten Anforderungen entsprechen. | Der Bieter kann bei der Konzeption seines Angebotes von der aus Anlage X ersichtlichen, derzeitigen Ausgestaltung der Verkehrsleistung abweichen und zum Beispiel eine gänzlich andere Linienführung nebst Haltestellenkonzeption vorsehen und er darf auch andere Mobilitätsangebote als den klassischen Linienverkehr (zum Beispiel Anruf-Linientaxi) anbieten, sofern die im folgenden genannten Mindeststandards eingehalten werden: ... |

Grundsätzlich ist die Einbringung funktionaler Elemente eine sehr gute Möglichkeit, die Planungskompetenz der Unternehmen optimal zu nutzen und eine maximale Ausschöpfung des Marktes durch einen Wettbewerb der kreativen Lösungen zu erreichen. Es empfiehlt sich jedoch, funktionale Elemente nur dort einzusetzen, wo kreative Lösungen auch zu erwarten sind. Dies gilt insbesondere unter der Prämisse, dass funktionale Vorgaben in der Regel im Vergleich zu konstruktiven Elementen für beide Seiten einen erhöhten Planungsaufwand bedeuten.

Zu berücksichtigen ist daher, dass funktionale Vorgaben unter Umständen zu einer Benachteiligung des Mittelstandes führen können, da große Unternehmen mit schlagkräftigen Planungsabteilungen in der Lage sind, den damit verbundenen Aufwand leichter zu bewältigen. Andererseits sollte jedoch beachtet werden, dass es häufig gerade die mittelständischen Unternehmen sind, die innovativ und flexibel am Markt auftreten. Praxisgerecht sind daher oftmals Mischformen mit gezielt gewählten funktionalen Elementen in einzelnen Bereichen.

3.3.8 Zulassung von Nebenangeboten

Begriff und Zulässigkeit von Nebenangeboten

Unter einem Nebenangebot versteht man ein Angebot, das hinsichtlich eines oder mehrerer Angebotsmerkmale von der

vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung geforderten Leistung abweicht. Nebenangebote dienen in erster Linie dazu, dem Bieter die Möglichkeit einzuräumen, die vom Auftraggeber vorgeplante Leistungsausführung durch die Einführung von Innovationen oder anderen technischen Lösungsmöglichkeiten zu optimieren, um das bestmögliche Ergebnis zu erreichen. Sie stellen somit eigenständige Ausarbeitungen des Bieters dar, die für ihn zu einem Vorteil im Wettbewerb führen sollen. Nebenangebote können technischer Art sein oder auch die Qualität oder die Zahlungsmodalitäten betreffen.²¹⁶

Dem Auftraggeber steht es frei, ob er Nebenangebote in der Ausschreibung zulässt oder nicht. Jedoch muss von ihm im Anschreiben (die Aufforderung zur Angebotsabgabe) immer ausdrücklich angegeben werden, ob Nebenangebote zugelassen beziehungsweise ohne Abgabe eines Hauptangebots ausgeschlossen sind oder nicht, § 9 EG Abs. 5 VOL/A. Dürfen nur zu bestimmten Aspekten der Leistung Nebenangebote abgegeben werden, empfiehlt es sich, auch dies im Anschreiben klarzustellen.

²¹⁶ Vergleiche zur Zulässigkeit von Nebenangeboten: *Wagner/Steinkemper*: Bedingungen für die Berücksichtigung von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen, in: NZBau 2004, 253.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

Die Zulassung von Nebenangeboten ermöglicht es dem Auftraggeber grundsätzlich, das Innovationspotenzial der Verkehrsunternehmen in Bezug auf die zu vergebende Verkehrsdienstleistung zu nutzen. Darin liegt aber zugleich das Dilemma von Nebenangeboten: Sie sind etwas anderes als das, was der Auftraggeber gefordert hat. Hierdurch wird die Angebotswertung erschwert, da die vergebende Stelle die Abweichung von der Angebotsaufforderung objektiv auf ihre Gleichwertigkeit, die der Bieter im Übrigen darzulegen hat, bewerten muss.

Die Ausgestaltung der Zulassung von Nebenangeboten

Werden Nebenangebote vom Auftraggeber zugelassen, hat dieser bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung Folgendes zu beachten:

- Grundsätzlich dürfen auch Nebenangebote nicht von den verbindlichen Festlegungen („ist“, „muss“ etc.) der Leistungsbeschreibung abweichen. Existieren in der Leistungsbeschreibung abschließende und verbindliche Anforderungen zu Teilen der Leistung, darf über diese Teile kein Nebenangebot abgegeben werden, das diese Anforderungen nicht erfüllt. Zulässigerweise abgegeben werden könnten in diesem Fall nur Nebenangebote, die die verbindlichen Qualitätsanforderungen übererfüllen.
- Will der Auftraggeber Nebenangebote zulassen, so ist er verpflichtet, in den Vergabeunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die diese Nebenangebote erfüllen müssen, § 9 EG Abs. 5 VOL/A. Fehlen Angaben zu den Mindestanforderungen an die Nebenangebote, können diese auch bei ausdrücklicher Zulassung nicht gewertet werden. Die Mindestanforderungen für die Nebenangebote müssen als solche erkennbar sein. Es empfiehlt sich daher eine ausdrückliche Kennzeichnung bestimmter Leistungsmerkmale als Mindestbedingungen (auch) für Nebenangebote.
- Die Mindestanforderungen an die Nebenangebote dürfen die an die Hauptangebote gestellten Vorgaben nicht unterschreiten, da sonst die Gleichwertigkeit der Nebenangebote nicht gewährleistet wäre. Es empfiehlt sich daher, den Nebenangeboten die Planungsvorgaben beziehungsweise Mindestanforderungen zugrunde zu legen, die auch für das Hauptangebot gelten.

Die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten

Bei der Prüfung und Wertung von Nebenangeboten sollte Folgendes beachtet werden:

- Wurde die Abgabe von Nebenangeboten in den Vergabeunterlagen ausdrücklich ausgeschlossen, dürfen trotzdem eingegangene Nebenangebote nicht gewertet werden, sondern müssen zwingend ausgeschlossen werden, § 19 EG Abs. 3 lit. g) VOL/A.

- Erfüllt ein Nebenangebot alle Mindestbedingungen, ist in einem zusätzlichen Prüfungsschritt festzustellen, ob es mit den eingereichten Hauptangeboten in allen Einzelheiten qualitativ und quantitativ gleichwertig ist. Das Nebenangebot muss also den Zweck, der mit der nachgefragten Leistung erreicht werden soll, erfüllen. An der quantitativen Gleichwertigkeit fehlt es beispielsweise bei sogenannten „Abmagerungsangeboten“, die einen geringeren Leistungsumfang als den vom Auftraggeber vorgesehenen zum Inhalt haben. Die qualitative Gleichwertigkeit fehlt bei jeder irgendwie gearteten Änderung, die hinter den Vorgaben der Vergabestelle in der Leistungsbeschreibung zurückbleibt. Ist die Gleichwertigkeit festgestellt, ist das Nebenangebot unter Zugrundelegung der veröffentlichten und gewichteten Zuschlagskriterien genauso wie die Hauptangebote zu werten.

Nebenangebote und funktionale Leistungsbeschreibungen

Alternativ zu der Abfrage von Nebenangeboten ist es oftmals sinnvoll, über eine funktionale Ausgestaltung der Vorgaben (vergleiche 3.3.7) im Rahmen der Erstellung der Vorgaben zur Angebotsqualität, den Bietern einen möglichst großen Frei- raum zu geben. Eine funktionale Leistungsbeschreibung ermöglicht es, die Kreativität der Bieter im Prozess der Angebotserstellung zu nutzen, ohne auf das Instrument der Nebenangebote zurückgreifen zu müssen. Generell ist allerdings anzumerken, dass die Wertung sowohl bei funktionaler Leistungsbeschreibung als auch bei der Zulassung von Nebenangeboten für den Aufgabenträger erheblich aufwändiger und komplexer werden kann als bei einer eher konstruktiven Leistungsbeschreibung ohne Zulassung von Nebenangeboten. Auch für die Bieter bedeutet die Erstellung wertbarer Nebenangebote einen erheblichen Mehraufwand.

Die Abgabe von Nebenangeboten kann jedoch insbesondere bei funktionalen Vorgaben, die den Bietern von diesen auszufüllende Spielräume bei der Erstellung ihrer Angebote lassen, sinnvoll sein. Wird von den Bietern zum Beispiel die Erstellung eines Betriebskonzeptes verlangt, das bestimmte Mindestanforderungen erfüllen muss, den Bietern jedoch die Erstellung eigener Fahrpläne ermöglicht, dann können hierzu von den Bietern auch Nebenangebote in Form verschiedener Fahrplankonzepte abgegeben werden, die jeweils die Mindestanforderungen an das Betriebskonzept erfüllen.

Abbildung 26: Zulassung von Nebenangeboten

| Zulassung von Nebenangeboten |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ● Dem Auftraggeber steht es frei, ob er Nebenangebote in der Ausschreibung zulässt oder nicht. ● Werden Nebenangebote zugelassen, so sind in den Vergabeunterlagen die Mindestanforderungen zu definieren, die diese Nebenangebote erfüllen müssen. Die Mindestanforderungen an die Nebenangebote dürfen die an die Hauptangebote gestellten nicht unterschreiten, da sonst die Gleichwertigkeit der Nebenangebote nicht gewährleistet wäre. ● Alternativ zu der Abfrage von Nebenangeboten ist es sinnvoller, über eine funktionale Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung im Rahmen der Erstellung der Vorgaben zur Angebotsqualität den Bietern einen möglichst großen Freiraum zu geben. |

3.3.9 Die Ausgestaltung der Eignungskriterien

Grundsätzliches zur Biereignung

Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB dürfen Aufträge nur an Bieter vergeben werden, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen geeignet sind. Das bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit sowie Gesetzestreue besitzen müssen (letzteres Merkmal wurde mit der Reform des GWB²¹⁷ neu eingefügt und hat nach der Gesetzesbegründung die im Grunde selbstverständliche Vorgabe zum Inhalt, dass Unternehmen die deutschen Gesetze einzuhalten haben).

Der Auftraggeber ist daher verpflichtet, die Eignung der Bieter anhand bestimmter, von ihm aufzustellender Eignungskriterien zu überprüfen. Die geforderten Eignungsnachweise sind zwingend in der Bekanntmachung (§ 7 EG Abs. 5 VOL/A) abschließend aufzuführen sowie in den Vergabeunterlagen in einer abschließenden Liste zusammenzustellen (§ 9 EG Abs. 4 VOL/A).

§ 7 Abs. 1 EG VOL/A enthält nun eine wesentliche Verfahrensvereinfachung mit Blick auf die seitens der Bieter vorzulegenden Eignungsnachweise. Nach dieser Vorschrift dürfen die Auftraggeber zum Nachweis der Eignung grundsätzlich nur Eigenerklärungen verlangen. Die Forderung anderer Nachweise ist vom Auftraggeber in der Verfahrensdokumentation gesondert zu begründen. Dies bedeutet, dass Bieter nur – vom Auftraggeber möglichst vorformulierte – Erklärungen zum Nachweis der Eignung abzugeben haben, wenn nicht ausnahmsweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt noch weitere Nachweise ausdrücklich benannt werden. Dies reduziert einerseits den Prüfungsaufwand auf Seiten der Auftraggeber und entlastet zudem nicht unerheblich auch die Bieterseite.

Neben diesen grundlegenden Regelungen in Abs. 1 enthält § 7 EG VOL/A in den folgenden Absätzen 2 und 3 Präzisierungen zu den möglichen Eignungsnachweisen betreffend die finanziell-wirtschaftliche und die fachlich-technische Leistungsfähigkeit der Bieter.

Die Eignungsnachweise müssen zudem grundsätzlich auftragsbezogen sein, das heißt, sie müssen die Feststellung der Eignung der Bieter für die Erbringung der konkret ausgedruckten Leistungen ermöglichen. Nicht auftragsbezogene Anforderungen, das heißt allgemeine Anforderungen an die Unternehmensführung beziehungsweise -politik wie zum Beispiel allgemeine Ausbildungsquoten, sind nach § 97 Abs. 4 zweiter Halbsatz GWB weiterhin nur zulässig, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht (was in Baden-Württemberg aktuell nicht der Fall ist²¹⁸).

Sofern kein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb stattgefunden hat, sind die Eignungsnachweise von den Bietern in der Regel mit den Angeboten einzureichen und werden vom Auftraggeber nach Eingang der Angebote in einem gesonderten Prüfungsschritt vor der inhaltlichen Prüfung und Wertung der Angebote geprüft. Die Eignungsprüfung ist strikt von den anderen Prüfungsschritten (formelle und rechnerische Prüfung der Angebote, Prüfung der Angebotspreise, Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots) zu trennen, das heißt in die Entscheidung über den Zuschlag darf ein „Mehr an Eignung“ eines aus Sicht der Vergabestelle besonders geeigneten Bieters keinesfalls einfließen. Ergibt die Eignungsprüfung, dass die Eignung eines Bieters zu verneinen ist, ist das Angebot dieses Bieters zwingend von der weiteren Prüfung und Wertung der Angebote auszuschließen (§ 19 EG Abs. 5 VOL/A).

Ausgestaltung der Eignungskriterien

Der Gewinner einer Ausschreibung über Leistungen im Öffentlichen Straßenpersonennahverkehr kann den Verkehr nur erbringen, wenn ihm auch die dafür erforderliche Genehmigung nach § 42 PBefG erteilt wird (anders bei Subunternehmerleistungen). Hierfür muss er die subjektiven Genehmigungsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 PBefG erfüllen. Diese Anforderungen (Fachliche Eignung, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit) und die beizubringenden Nachweise sind im Einzelnen in den §§ 1 bis 4 und 6 bis 8 der Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr (PBZugV) geregelt.²¹⁹

Im Rahmen der Prüfung der Eignung der Bieter sollte daher sichergestellt werden, dass nur ein Bieter, der auch die sub-

²¹⁷ Vergleiche zur Reform des GWB: *Gabriel*: Die Vergaberechtsreform 2009, in: NJW 2009, 2011.

²¹⁸ Baden-Württemberg gehört zu den Bundesländern ohne ein Landesvergabegesetz.

²¹⁹ § 8 PBZugV soll gemäß des Entwurfs der Ersten Verordnung zur Änderung der Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr, BR-Drs. 773/12 v. 17.12.2012, gestrichen werden.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

jektiven Genehmigungsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 PBefG voraussichtlich erfüllen wird, den Zuschlag erhält. Um dies zu gewährleisten, sollte daher das Vorliegen der in der PBZugV geregelten Anforderungen an die Eignung im Rahmen der Eignungsprüfung abgefragt werden. Dies sollte mit Blick auf die Neuregelung in § 7 EG Abs. 1 VOL/A durch das Abfordern von Eigenerklärungen über die in der PBZugV genannten Sachverhalte erfolgen. Will man die Gefahr des Ausschlusses von Bietern wegen fehlender oder unvollständiger Eignungsnachweise möglichst gering halten, sollten die Eigenerklärungen vom Auftraggeber vorformuliert werden.

Im Folgenden werden nun Beispielformulierungen für Eignungsanforderungen vorgestellt:

Die im Folgenden genannten Nachweise und Erklärungen dürfen nicht älter als drei Monate vom in der Bekanntmachung genannten Ende der Angebotsfrist aus gerechnet sein.

Nachweise über die Zuverlässigkeit

Der Nachweis der Zuverlässigkeit erfolgt durch eine vom Bieter zu unterschreibende Erklärung, dass:

- *über das Vermögen des Bieters weder ein Insolvenzverfahren noch ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet wurde oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist;*
- *sich der Bieter nicht in Liquidation befindet;*
- *im Gewerbezentralregisterauszug des Bieters zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine Eintragungen über rechtskräftige Verurteilungen wegen schwerer Verstöße gegen umweltschützende Vorschriften sowie gegen arbeits- und sozialrechtliche Pflichten oder gegen Vorschriften des PBefG oder der auf diesem Gesetz beruhenden Rechtsverordnungen vorliegen;*
- *der Bieter seiner Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und zur Berufsgenossenschaft nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem er ansässig ist, stets ordnungsgemäß nachgekommen ist.*

Die Bieter haben ihrem Angebot ferner einen Ausdruck aus dem Handelsregister nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie ansässig sind, beizufügen.

Erläuterung: Dem Handelsregisterausdruck sind neben Sitz, Rechtsform der Firma und den vertretungsberechtigten Personen auch Auskunft über Liquidation, Eröffnung der Insolvenz sowie gegebenenfalls die Löschung der Firma zu entnehmen. Daher empfiehlt es sich, einen solchen zu fordern.

Nachweise über die finanzielle Leistungsfähigkeit

Die finanzielle Leistungsfähigkeit ist als gewährleistet anzusehen, wenn nach Einschätzung des Auftraggebers beim Bieter die finanziellen Mittel verfügbar sind, die zur Aufnahme und ordnungsgemäßen Führung des ausgeschriebenen Verkehrs erforderlich sind. Sie ist insbesondere zu verneinen, wenn die Zahlungsfähigkeit nicht gewährleistet ist, wenn erhebliche Rückstände an Steuern oder an Beiträgen zur Sozialversicherung bestehen, die aus unternehmerischer Tätigkeit geschuldet werden, oder wenn beim Verkehr mit Kraftomnibussen das Eigenkapital zuzüglich der Reserven des Bieters im Sinne des § 2 Abs. 3 PBZugV weniger als 9.000 Euro für das erste Fahrzeug oder weniger als 5.000 Euro für jedes weitere Fahrzeug beträgt. Bei der Ermittlung des erforderlichen Betrages ist die Zahl der Fahrzeuge maßgebend, die eingesetzt werden müssen, um der Betriebspflicht gemäß dem in diesem Vergabeverfahren angebotenen Fahrplan mit Kraftomnibussen zu genügen.

Zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit hat der Bieter mit seinem Angebot zu erklären, dass der Bieter im Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein den Anforderungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 PBZugV entsprechendes Eigenkapital nachweisen kann.

Nachweise über die fachliche Eignung

Der Bieter erbringt den Nachweis seiner fachlichen Eignung durch die Angabe der von ihm in den letzten drei Jahren erbrachten Stadt-, Orts- oder sonstigen Linienverkehre sowie freigestellten Schülerverkehre unter Nennung der Verkehrsart (zum Beispiel Linienverkehr, Schülerbeförderung) und des Umfangs (jährlich erbrachte Nutzwagenkilometer-Leistung). Anzugeben ist ferner der Zeitraum, in dem die Leistungen erbracht werden (seit und bis) sowie der Name und die Adresse des öffentlichen oder privaten Auftraggebers. Diese Angaben sind durch eine die geforderten Angaben enthaltende Eigenerklärung des Bieters zu erbringen.

Bieter können sich zum Nachweis der fachlichen Eignung auch auf die Referenzen Dritter (zum Beispiel ein verbundenes Unternehmen oder einen Nachunternehmer) berufen, wenn sie nachweisen, dass sie tatsächlich über deren Leistungen oder Einrichtungen verfügen können. Der Nachweis ist durch eine entsprechende Erklärung des Dritten, auf dessen Referenzen sich der Bieter beruft, zu erbringen.

Die Eignungsprüfung stellt grundsätzlich eine Wertungsentscheidung dar, bei der der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum hat. Die vorzunehmende Wertungsentscheidung ist nur insoweit gerichtlich überprüfbar, als hierbei nicht gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit verstoßen werden darf. So obliegt es der wertenden Betrachtung des Auftraggebers, ob er einen Newcomer, der bisher nur wenige Verkehrsleistungen erbracht hat, für fach-

lich geeignet hält, oder vom weiteren Verfahren wegen fehlender Eignung ausschließt. Besteht jedoch aufgrund der Größe und der Anforderungen an den Verkehr keinerlei Besorgnis, dass ein Newcomer diesen nicht erbringen könnte, wäre ein Ausschluss desselben wegen mangelnder Eignung nicht begründbar und auch nicht zulässig. Grundsätzlich sollte daher darauf geachtet werden, dass die Eignungsanforderungen nur dergestalt ausgestaltet werden, dass Newcomer ohne Erfahrung als nicht geeignet angesehen werden müssen, wenn die tatsächliche Besorgnis besteht, dass ein solches Unternehmen zur Verkehrserbringung tatsächlich nicht in der Lage wäre.

Eine weitere wesentliche Neuerung der VOL/A enthält § 19 EG Abs. 2 VOL/A. Diese Vorschrift sieht nun ausdrücklich vor, dass Erklärungen und Nachweise, die trotz Anforderung des Auftraggebers nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist vorgelegt wurden, bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden können. Diese Nachforderungsmöglichkeit stellt damit eine Abkehr vom bisher von der Rechtsprechung²²⁰ vertretenen sog. Vollständigkeitsdogma dar und soll verhindern, dass wirtschaftlich attraktive Angebote nur deshalb ausgeschlossen werden müssen, weil geforderte Unterlagen oder Nachweise dem Angebot mit Ablauf der Angebotsfrist nicht beigefügt waren.

Exkurs: Ausführungsbestimmungen

Von den Eignungskriterien zu trennen sind die Bestimmungen für die Ausführung der Leistungen. Nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB dürfen für die Auftragsausführung an die Auftragnehmer zusätzliche Anforderungen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, gestellt werden, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Gesetzlich klargestellt wurde somit, dass der Auftraggeber vom Unternehmen auch ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrags (Ausführungsbestimmung) verlangen kann, auch wenn das Unternehmen sich ansonsten am Markt anders verhält. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um Eignungsanforderungen, sondern um Leistungsanforderungen, welche daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung und nicht des Anschreibens sind. Beispiel hierfür wäre die Vorgabe bestimmter Abgasnormen für die eingesetzten Fahrzeuge (umweltbezogener Aspekt; vergleiche zu den Abgasanforderungen auch die EU-Richtlinie 2009/33/EG). Dem Wortlaut nach dürften daher den Bietern nun auch die seit jeher rechtlich und politisch umstrittenen Tarifierungsvorgaben auferlegt werden (sozialer Aspekt). Zu beachten ist insoweit insbesondere, dass in Kürze mit der Verabschiedung eines Tarifreue- und Mindestlohngesetzes für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg zu rechnen ist.²²¹

Im Rahmen der Ausführungsbestimmungen grundsätzlich möglich ist die Beistellung von Fahrzeugen durch den Auf-

traggeber. Eine Verpflichtung, Fahrzeuge von Dritten (zum Beispiel dem Altunternehmer) zu übernehmen, stellt hingegen eine Vorgabe einer Bezugsquelle dar, die nach der VOL/A nur gestattet ist, wenn es „durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt“ ist. Gleiches gilt für Betriebshöfe etc. Relevant werden diese Infrastrukturbestandteile insbesondere dann, wenn die beim Bestandsunternehmer vorhandenen Ressourcen nur schwer neu zu schaffen sind (Betriebshöfe in dicht bebauten Metropolregionen) oder mit einer noch laufenden Verwendungspflicht gefördert wurden (zum Beispiel nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz). Gerade im letzteren Fall hat der Bestandsunternehmer ein Interesse daran, dass die Ressourcen auch vom etwaigen neuen Betreiber genutzt werden. Sofern der Auftraggeber dies sicherstellen möchte, müsste er die Infrastrukturbestandteile zunächst selbst übernehmen (so dies im jeweiligen Fall förderrechtlich zulässig ist) und dann dem Ausschreibungssieger beistellen.

3.3.10 Auswahl der Zuschlagskriterien

Um eine faire, nichtdiskriminierende und transparente Vergabe zu ermöglichen, müssen die Zuschlagskriterien vorab festgelegt, gewichtet und den Bietern zur Kenntnis gebracht werden (§ 9 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A in Verbindung mit § 19 EG Abs. 8 VOL/A). Durch diese Transparenz wird den Bietern die Möglichkeit gegeben, ihr Angebot von vorneherein passgenau entlang der von Ihnen festgesetzten Prioritäten zu entwickeln.²²²

Ein vergleichsweise einfaches Zuschlagskriterium ist der vom Bieter angebotene Preis. Bei Bruttoausschreibungen wird hierbei häufig der Gesamtpreis, bei Nettoausschreibungen der Finanzierungsbeitrag des Aufgabenträgers verwendet.

Ergänzend lassen sich qualitative Kriterien für die Wertung der Angebote heranziehen, die mit Zuschlagserteilung Vertragspflichten werden. Dieser Prozess ist aus Sicht des Auftraggebers etwas aufwändiger, da die verschiedenen in einem Angebot enthaltenen Zusatzqualitäten von der vergebenen Stelle anhand eines einheitlichen, vorab festzulegenden Bewertungsschemas bewertet werden müssen. Dieses muss den Bietern bekannt gemacht werden.

Sinnvoll und transparent ist es dabei, dass vorab die Zahlungsbereitschaft für Mehrqualitäten festgelegt wird. Ein entsprechendes Angebot erhält dann im Rahmen der Angebotswertung für diese Mehrqualitäten einen entsprechenden rechnerischen Abschlag auf den Angebotspreis. Dieses Ver-

²²⁰ Vgl. etwa BGH, Beschluss v. 26.09.2006 – X ZB 14/06.

²²¹ Vergleiche die Presseerklärung der Landesregierung vom 27.11.2012, veröffentlicht auf der Homepage des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg.

²²² Vergleiche zur Festlegung der Zuschlagskriterien: *Braun/Kappemann*: Die Bestimmung des wirtschaftlichsten Bieters nach den Zuschlagskriterien der Richtlinie 2004/18/EG, in: NZBau 2006, 544.

3. Gestaltung von Vergabeverfahren

fahren bietet nicht nur größtmögliche Transparenz für die Bieter, sondern auch für den Auftraggeber, der vorher festlegt, wie viel ihm die erwünschten Mehrqualitäten wert sind (Beispiel: „Der ausschließliche Einsatz von Fahrzeugen, die dem Euro 6-Umweltstandard entsprechen, wird im Rahmen der Angebotsbewertung mit einem einmaligen Abschlag in Höhe von 15.000 Euro je Fahrzeug in der Fahrplanspitze auf den Angebotspreis berücksichtigt.“)

Alternativ wird verschiedentlich ein Punkteschema verwandt. Dabei werden den einzelnen Teilqualitäten Punkte zugewiesen und jede Teilqualität anschließend entsprechend ihrer Bedeutung gewichtet. Dies kann in der Praxis allerdings zu einem Mehraufwand bei der Aufstellung der entsprechenden Berechnungsformeln führen.

Die Wertung kann ergänzt werden um einen zusätzlichen, allerdings anspruchsvolleren, Wertungsansatz: Hierbei wählt der Bieter, wie streng oder weich Schlechterfüllung sanktioniert werden soll. Entscheidet sich der Bieter für strenge Sanktionen bei Nichterfüllung oder Schlechtleistung, erhält er im Rahmen der Wertung mehr Punkte als der Bieter, der sich für weiche Sanktionen entscheidet (Beispiel: Die maximale Höhe des Malus wird vom Bieter mitbestimmt. Der Bieter entscheidet sich für eine der angegebenen Malus-Kategorien. Die Wahl der Kategorie wird im Rahmen der Wertung durch die Vergabestelle berücksichtigt).

Schließlich kann im Rahmen von optionalen Leistungen auch die Frage, zu welchem Preis weitere Leistungen während der Vertragslaufzeit hinzu bestellt werden können, zu einem wertungsrelevanten Kriterium gemacht werden.

Im Zuge der Festlegung des Wertungsschemas entlang der vom Auftraggeber bestimmten Zielsetzungen gilt es, Fehlansätze so weit als möglich zu verhindern und alle Möglichkeiten der Angebotsgestaltung aus Bieterperspektive durchzuspielen.

Abbildung 27: Auswahl der Zuschlagskriterien

Auswahl der Zuschlagskriterien

- Ein vergleichsweise einfaches Zuschlagskriterium ist der vom Bieter angebotene Preis, da die vergebende Stelle die Angebote lediglich anhand eines einzigen, sehr eindeutigen und objektiven Kriteriums bewerten muss.
- Neben dem Preis lassen sich auch qualitative Kriterien für die Wertung der Angebote heranziehen, die mit Zuschlagserteilung Vertragspflichten werden. Sinnvoll und transparent ist es hier, dass vorab die Zahlungsbereitschaft seitens des Auftraggebers für Mehrqualitäten festgelegt wird.

Industrie- und Handelskammer Region Stuttgart

Jägerstraße 30, 70174 Stuttgart
Postfach 10 24 44, 70020 Stuttgart
Telefon 0711 2005-0, Telefax -1354
www.stuttgart.ihk.de
info@stuttgart.ihk.de

Bezirkskammer Böblingen

Steinbeisstraße 11, 71034 Böblingen
Telefon 07031 6201-0, Telefax -8260
info.bb@stuttgart.ihk.de

Bezirkskammer Esslingen-Nürtingen

Fabrikstraße 1, 73728 Esslingen
Postfach 10 03 47, 73703 Esslingen
Telefon 0711 39007-0, Telefax -8330
info.esnt@stuttgart.ihk.de

Geschäftsstelle Nürtingen

Bismarckstraße 8-12, 72622 Nürtingen
Postfach 14 20, 72604 Nürtingen
Telefon 07022 3008-0, Telefax -8630

Bezirkskammer Göppingen

Franklinstraße 4, 73033 Göppingen
Postfach 6 23, 73006 Göppingen
Telefon 07161 6715-0, Telefax -8484
info.gp@stuttgart.ihk.de

Bezirkskammer Ludwigsburg

Kurfürstenstraße 4, 71636 Ludwigsburg
Postfach 6 09, 71606 Ludwigsburg
Telefon 07141 122-0, Telefax -1035
info.lb@stuttgart.ihk.de

Bezirkskammer Rems-Murr

Kappelbergstraße 1, 71332 Waiblingen
Telefon 07151 95969-0, Telefax -8726
info.wn@stuttgart.ihk.de

