

# Vorwort

**Juristisches Grundsatzpapier  
des bdo zur Anwendung der VO (EG)  
Nr. 1370/2007 in Deutschland  
(juristische Handlungsempfehlung)**



Die neue europäische Gesetzgebung VO (EG) Nr. 1370/2007 ist ein ausgewogenes Regelwerk, welches das bisherige deutsche ÖPNV-System und dessen mittelständische Strukturen grundsätzlich anerkennt.

Der deutsche Rechtsrahmen, das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) braucht deshalb nur geringfügig redaktionell angepasst zu werden und besitzt ansonsten auch nach Inkrafttreten der EU-Verordnung 1370/07 am 03.12.2009 weiterhin unveränderte Gültigkeit.

Das Zusammenspiel zwischen vergaberechtlichen und beihilferechtlichen Aspekten der EU-Verordnung mit den genehmigungsrechtlichen Regelungen des deutschen PBefG ist jedoch von erheblicher juristischer Komplexität und im Hinblick auf zahlreiche praktische Fragen oft nicht leicht zu durchschauen. Dies birgt auch die Gefahr, dass vor Ort falsche Behauptungen in den Raum gestellt werden, um politische Entscheidungen einseitig zu beeinflussen.

Die vorliegende Handlungsempfehlung will ÖPNV-Aufgabenträgern und Unternehmen eine wesentliche Hilfestellung leisten bei der Beurteilung ihrer konkreten Gegebenheiten vor Ort und im Hinblick auf eventuelle Handlungsnotwendigkeiten.

Die wesentlichen Aussagen dazu werden nachfolgend stichwortartig aufgeführt

1. Die VO (EG) Nr. 1370/2007 regelt in erster Linie „unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern (Unternehmen) Ausgleichsleistungen gewähren, für Personenverkehrsdienste, die nicht kommerziell betrieben werden und daher nicht vergeben werden müssen“.
2. Dem Vergaberecht der EU-Verordnung unterliegen deshalb nicht die vom Unternehmer eigeninitiativ gestalteten kommerziellen ÖPNV-Verkehrsleistungen. Ebenso wenig erfasst die Verordnung funktionierende Personenverkehrsmärkte, die eine Leistungserbringung unter Marktbedingungen gewährleisten.
3. Die EU-Verordnung schreibt keinesfalls vor, dass Kommunen oder Landkreise als ÖPNV-Aufgabenträger in Zukunft sämtliche Verkehre europaweit ausschreiben oder direkt vergeben müssen.
4. Die EU-Verordnung lässt, was vielfach nicht bekannt ist, ausdrücklich zu, dass ÖPNV Aufgabenträger auch in Zukunft - über den Weg sog. Allgemeiner Vorschriften - den in Deutschland nach PBefG vorgesehenen und etablierten Genehmigungswettbewerb erhalten. Dies gilt selbst dann, wenn Zuschüsse neben § 45 a PBefG und § 148 SGB IX gezahlt werden. Diesen Aspekt wird die anliegende Handlungsempfehlung näher erläutern.

Juristisches Grundsatzpapier  
des bdo zur Anwendung der VO (EG)  
Nr. 1370/2007 in Deutschland  
(juristische Handlungsempfehlung)



1. Vorbemerkung

1.1 Der bdo bekennt sich zu den Grundsätzen der Marktwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland und damit zum Vorrang kommerzieller Verkehre, wie dies das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) vorsieht. Er begrüßt die VO (EG) 1370/2007, womit die Rahmenbedingungen für staatliche Subventionen im ÖPNV geregelt werden. Beide Regelwerke stehen nicht im Widerspruch zueinander, sondern ergänzen sich. Sie ermöglichen den Fortbestand des erfolgreichen und bewährten deutschen ÖPNV-Systems, in dem unternehmerische Initiative und mittelständische Unternehmen ihren Platz und auch in Zukunft eine Entwicklungsperspektive haben.

Vor Ort sieht sich der mittelständische Omnibusunternehmer derzeit bei Gesprächen mit Genehmigungsbehörden oder mit dem ÖPNV-Aufgabenträger (Stadt, Landkreis/ Verbundgesellschaft) oft mit einer Vielzahl von Behauptungen und Problemstellungen konfrontiert, die sich kurz so zusammenfassen lassen: Mit dem Inkrafttreten der neuen Europäischen Verordnung Nr. 1370/07 ändere sich der Rechtsrahmen für den ÖPNV in Deutschland so grundlegend, dass eine Genehmigungserteilung oder finanzielle Zuwendungen in der bisher üblichen Art und Weise nicht mehr vorgenommen werden können und allein der ÖPNV-Aufgabenträger entscheide, in welcher Form ÖPNV-Linienverkehre oder Sonderlinienverkehre vergeben oder ausgeschrieben werden. Diese Aussage ist keineswegs zutreffend.

Die Thematik ist aber von erheblicher juristischer Komplexität, wird deshalb unter Juristen kontrovers diskutiert und ist für Nichtjuristen oft kaum zu durchschauen. Die Unternehmen, aber auch die Aufgabenträger und Genehmigungsbehörden stehen vor zahlreichen praktischen **Fragen im Hinblick auf die Anwendung der EGVO 1370**. Diese **Schrift soll** das Zusammenspiel von vergaberechtlichen- und beihilferechtlichen Aspekten der EGVO und genehmigungsrechtlichen Regelungen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) darstellen und Orientierung **bieten**.

- 1.2. **Schon seit den 1990iger Jahren** ist das in Deutschland für den ÖPNV auf der Straße geltende Recht von dem **Nebeneinander von PBefG und EG-Beihilferecht** geprägt. Die PBefG-Änderungen, die seit 1995 gelten, tragen dem schon Rechnung. Wie auch der EUGH in seinem Urteil Altmark Trans GmbH vom 24. Juli 2003 bekräftigte, gilt das EG-Beihilferecht für alle öffentlichen Zuschüsse im ÖPNV. Die EGVO 1370/2007 setzt für die öffentlichen Zahlungen einen engen Rechtsrahmen und gibt hierfür sehr konkrete Vorgaben. **Ob Verkehre mit solchen Zuschüssen** vorliegen und was die Folgen sind, vor allem ob die betreffenden Leistungen **ausgeschrieben werden müssen** oder direkt vergeben werden können, ist **juristisch oft schwer zu beantworten**. Die folgenden Ausführungen sollen Ihnen helfen, Ihre eigene Lage besser einzuschätzen und zu klären, ob für Sie konkreter Handlungsbedarf besteht.

### 1.3 Wann gilt die EGVO?

Die **VO (EG) Nr. 1370/2007** wird am **3.12.2009** in Kraft treten und die VO (EWG) 1191/69 ersetzen. Sie **gilt nur für** die Erbringung von **Verkehrsdienstleistungen** von allgemeinem Interesse, **bei denen den Betreibern gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt werden, nicht aber für** die ausschließlich unter Marktbedingungen erbrachten **kommerziellen Verkehrsdienstleistungen**. Ebenso wenig erfasst die Verordnung funktionierende Personenverkehrsmärkte, die eine Leistungserbringung unter Marktbedingungen gewährleisten. **Für diese gilt das**

www.bdo-online.de - info@bdo-online.de - Reinhardtstraße 25  
10 11 7 Berlin - Tel 030. 24 08 93 00 - Fax 030. 24 08 94 00  
Präsident W. Steinbrück – Hauptgeschäftsführer G. Mörl

**Prinzip des Vorrangs von Lösungen, die auf dem freien Markt durch kommerzielle Verkehre erzielt werden können.** Nur bei partiellem Marktversagen und soweit erforderlich darf ein Wechsel in das gemeinwirtschaftliche Leistungssicherungssystem erfolgen. **Die EGVO 1370/2007 gebietet den Vorrang eigenwirtschaftlicher im Sinne kommerzieller Verkehre.** Sie verfolgt damit den gleichen Ansatz **wie** das **PBefG**, das bereits den Vorrang eigenwirtschaftlich/kommerzieller Verkehre vorschreibt.

**Die EGVO legt die Voraussetzungen für jede öffentliche Finanzierung des ÖPNV auf der Straße und Schiene fest, mit der ein Ausgleich im Gegenzug zu der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen geleistet wird.** Die EGVO folgt damit der schon bisher bestehenden Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im Straßenpersonennahverkehr. Im Übrigen **berührt** diese EGVO den bestehenden **Ordnungsrahmen des PBefG nicht.** Es bleibt bei den Genehmigungsverfahren und der ausschließlichen Zuständigkeit der Genehmigungsbehörden.

#### 1.4 Was ist der Zweck der EGVO?

**Sie dient der Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes im Bereich der öffentlichen Personenverkehre.** Jeder interessierte Unternehmer aus einem EU-Mitgliedstaat soll offenen, gleichen, fairen und nichtdiskriminierenden Zugang zu öffentlichen Verkehrsaufträgen haben (Erwägungsgründe 2,4,15,17,18,20,29,34). Aus diesem Grund schreibt die EGVO einen **öffentlichen Dienstleistungsauftrag** vor, **wenn Ausgleichsleistungen und/oder ausschließliche Rechte für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen** gewährt werden. **Öffentliche Dienstleistungsaufträge sind von der zuständigen Behörde künftig zu vergeben (Art. 5).** Zusätzlich sind die Verkehre wie bisher von den Genehmigungsbehörden zu genehmigen. Ist kein Dienstleistungsauftrag nach der EGVO zu erteilen, handelt es

sich um sog. **kommerzielle (bisher: eigenwirtschaftliche) Verkehre**. Diese **sind nicht zu vergeben**.

- 1.5 **Für die vergaberechtlichen Bestimmungen der EGVO besteht eine 10-jährige Übergangsfrist** bis zum 2.12.2019 (s.u.2.2.2.2). **Alle anderen Regelungen gelten unmittelbar, insbesondere soweit sie die Höhe des Ausgleichs betreffen**. Vorher abgeschlossene Finanzierungsvereinbarungen können also für weitere 10 Jahre aufrechterhalten werden, sind aber sofort an die inhaltlichen, beihilferechtlichen Vorgaben anzupassen (s.u. 2.2.3).

Im Folgenden werden zunächst die künftig geltenden juristischen Rahmenbedingungen genauer beschrieben

## 2. Der juristische Rahmen

### 2.1 Das Personenbeförderungsgesetz

Das **PBefG** wurde nicht geändert. Es gilt deshalb in der jetzigen Fassung **neben der EGVO, die am 3.12.2009 In Kraft tritt**. Diese zwingt nicht dazu, den bestehenden deutschen Ordnungsrahmen für den ÖPNV zu verändern. Sie hat allerdings Auswirkungen auf die bisherige Abgrenzung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren.

#### a) Was bedeutet das konkret?

1. Die Genehmigungsverfahren werden auch zukünftig so durchgeführt werden wie bisher. Für kommerzielle/eigenwirtschaftliche Verkehre gilt § 13 PBefG (Genehmigungswettbewerb), für gemeinwirtschaftliche Verkehre gilt § 13 a PBefG.
2. Die Genehmigungen sind dem Unternehmer zu erteilen und haben die gleiche Bedeutung.

3. Die bisherige Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren bleibt aufrechterhalten. Weder die VO 1370/2007 noch die Rechtsprechung des EUGH zwingen zur Aufgabe des in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG verwendeten Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit.
  4. Der bisherige Vorrang von eigenwirtschaftlichen Verkehren gilt weiter. Das entspricht auch dem Grundverständnis der EGVO 1370/2007 (s.o.1.3)
  5. Es bleibt bei der vorhandenen Aufgabenverteilung zwischen Verkehrs- unternehmen, Genehmigungsbehörden und Aufgabenträgern.
  6. Neben Linienverkehren sind weiter Sonderlinienverkehre und freigestellte Schülerverkehre möglich.
  7. Die Fristenregelung des PBefG bleibt unverändert, d.h. Liniengenehmigungen können nur bis zu 8 Jahren erteilt werden, öffentliche Dienstleistungsaufträge nach der EGVO dagegen bis zu 10 Jahren und ggf. noch länger (Art. 4 Abs. 3 und 4 - s.u. 2.2.3.1.4). Wenn die Genehmigungsbehörden dazu bereit sind, kann eine Genehmigung (auch vor dem 3.12.2009) so rechtzeitig und für solange wieder erteilt werden, dass ihre Laufzeit faktisch der des öffentlichen Dienstleistungsauftrages entspricht.
- b) Die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren bleibt zwar aufrechterhalten, aber
1. werden bisher als eigenwirtschaftlich genehmigte Verkehre vom Aufgabenträger bezuschusst, muss in Zukunft immer geprüft werden, ob der Grund für die Ausgleichsleistungen nicht letztlich vom Aufgabenträger auferlegte oder mit ihm vereinbarte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen i.S. der EGVO sind (s.u. 2.2.1.1). Sollte das zutreffen, sind künftig solche Verkehre grundsätzlich als **gemeinwirtschaftlich** anzusehen und nach der EGVO **öffentliche Dienstleistungsaufträge abzuschließen (Art. 3 Abs. 1). Ausgenommen** sind jedoch

www.bdo-online.de - info@bdo-online.de - Reinhardtstraße 25  
10 11 7 Berlin - Tel 030. 24 08 93 00 - Fax 030. 24 08 94 00  
Präsident W. Steinbrück – Hauptgeschäftsführer G. Mörl

Ausgleichsleistungen nach **§§ 45 a PBefG und 148 SGB IX sowie Ausgleichsleistungen aufgrund allgemeiner Vorschriften** (Art. 3 Abs. 2 und 3 - s.u. 2.2.1.2.3). Ohne die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gezahlte öffentliche Ausgleichsleistungen führen nicht zur Gemeinwirtschaftlichkeit.

2. Für öffentliche Dienstleistungsaufträge gibt es inhaltliche Mindestvorgaben in der EGVO (Art. 4 –s.u. 2.2.3). Sie unterliegen den Vergaberegeln der EGVO nach Maßgabe der Übergangsvorschriften (Art. 5 und 8 - s.u. 2.2.2).
3. **Verkehre für die kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag zu erteilen ist und die nicht vergeben werden müssen, sind kommerziell/eigenwirtschaftlich.** Sie werden **weiterhin nach § 13 PBefG genehmigt.**
4. Verkehre, die bisher eigenwirtschaftlich i.S. von § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG sind, ab dem 3.12.2009 aber als gemeinwirtschaftlich gelten, können **noch bis zum 2.12.2009 als eigenwirtschaftlich nach § 13 PBefG genehmigt werden. In diesen Fällen besteht ein Rechtsschutz- oder Sachbescheidungsinteresse an der vorzeitigen Wiedererteilung.** Der Unternehmer bedarf einer sachlichen Entscheidung über die Wiedererteilung seiner Genehmigung um sicher zu sein, dass er auch nach dem Inkrafttreten der EGVO seine bisher eigenwirtschaftlichen Verkehre auf gesicherter Rechtsgrundlage weiter betreiben kann. Anderenfalls kann er nicht betriebsgerecht investieren, ohne erhebliche wirtschaftliche Risiken einzugehen und ggf. die Existenz seines Betriebes zu gefährden. Beide Risiken widersprechen dem öffentlichen Interesse, dauerhaft eine ausreichende Verkehrsbedienung im ÖPNV zu gewährleisten. Dem Unternehmer kann nicht angelastet werden, dass zum Zeitpunkt, als er die Genehmigung zuletzt beantragte, noch nicht bekannt war, dass am 3.12.2009 die EGVO 1370/2007 mit ihren gravierenden Folgen für die künftige Berechtigung öffentliche Ausgleichsleistungen zu erhalten und einen Verkehr weiter als eigenwirtschaftlich durchzuführen in Kraft treten bzw. welche Auswirkungen sie tatsächlich auf die bisher üblichen Ausgleichszahlungen haben würde. Er konnte

seine wirtschaftliche Planung darauf noch nicht einstellen. Das PBefG lässt eine vorzeitige Wiedererteilung einer Genehmigung mangels entgegenstehender Regelungen zu. Auch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts (§ 22 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)) stehen nicht entgegen. Das gilt ebenfalls für die EGVO 1370/2007. Sie geht davon aus, dass die zuständigen Behörden ebenso wie die beteiligten Unternehmen Zeit brauchen um ihre Regelungen umzusetzen (Erwägungsrund 31). Sie sieht deshalb für die Anwendung ihrer vergaberechtlichen Regelungen einen Übergangszeitraum bis 2019 vor, den eine im Jahre 2009 für 8 Jahre erteilte Genehmigung nicht ausschöpfen kann. Außerdem lässt sie ausdrücklich die Weitergeltung aller Finanzierungsvereinbarungen (innerhalb der von der EGVO selbst vorgesehenen Fristen – s.u. 2.2.3.1.4) zu, die vor dem 3.12.2009 abgeschlossen wurden und auf deren Grundlage z.T. auch bisher eigenwirtschaftliche Verkehre öffentlich unterstützt werden (s.u. 2.2.2.2). Einen Missbrauch dieser Mittel unterbindet sie gleichwohl durch die Vorgabe, dass ihre beihilferechtlichen Bestimmungen sofort ab 3.12.2009 gelten. Damit ist insbesondere jede Überkompensation der entstandenen Kosten zukünftig ausgeschlossen und das Ziel der EGVO erreicht, Wettbewerbsverfälschungen durch öffentliche Mittel auszuschließen. Liegt keine Gesetzesverletzung oder ein sonstiger rechtlicher Hinderungsgrund vor, kann der Unternehmer eine positive Entscheidung über die beantragte Wiedererteilung der Genehmigung erwarten. Die Laufzeit wird allerdings nur ab dem Zeitpunkt der Entscheidung der Genehmigungsbehörde auf höchstens 8 Jahre bemessen werden können (§16 Abs. 2 PBefG).

## 2.2 Die VO (EG) Nr. 1370/2007

### 2.2.1 Begriffe und Grundsätze

#### 2.2.1.1 Die EGVO definiert in Art. 2 eine Reihe von Begriffen.

##### **Was ist ein "öffentlicher Dienstleistungsauftrag"?**

Hierunter versteht die EGVO einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die **Übereinkunft zwischen zuständiger Behörde, gewöhnlich ein Aufgabenträger, und Verkehrsunternehmen** bekunden, dieses mit der Verwaltung und dem Erbringen von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Ein solcher rechtsverbindlicher Akt kann ein schriftlicher Vertrag sein. Er kann jedoch auch in einem hoheitlichen Akt bestehen, also z.B. einem Gesetz, einer Verordnung, einem Verwaltungsakt oder einer Entscheidung des Aufgabenträgers, diese Verkehrsleistung selbst zu erbringen oder ein eigenes Unternehmen mit der Erbringung dieser Verkehrsleistung zu betrauen (Art. 2 Buchst. i). In diesem Sinne ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag jede Finanzierungsvereinbarung, die ein Verkehrsunternehmen mit einem Aufgabenträger (i.d.R. sog. Verkehrsvertrag) abgeschlossen hat, ebenso wie jede einseitige Finanzierungszusage oder Finanzierungsregelung eines Aufgabenträgers für Verkehrsleistungen

##### **Was ist eine „Gemeinwirtschaftliche Verpflichtung“?**

Das ist eine von der zuständigen Behörde, d.h. **von einem Aufgabenträger festgelegte Anforderung an öffentliche Personennahverkehrsdienste, die der Betreiber** unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder **nicht** zu den gleichen Bedingungen **ohne Gegenleistung übernommen hätte** (Art. 2 Buchst. e). Hierunter können alle Vorgaben eines Aufgabenträgers für Art, Umfang oder Vernetzung von Nahverkehren, für Tarife (z.B. Höchsttarif nach Art. 3 Abs. 2 – s.u. 2.2.1.2.3) und

www.bdo-online.de - info@bdo-online.de - Reinhardtstraße 25  
10 11 7 Berlin - Tel 030. 24 08 93 00 - Fax 030. 24 08 94 00  
Präsident W. Steinbrück – Hauptgeschäftsführer G. Mörl

Fahrpläne, Qualitätsstandards, Personal und Fahrzeuge usw. fallen. Ob gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen überhaupt vorgegeben werden und welche im Einzelnen, liegt im Handlungsermessen jedes Aufgabenträgers. Für ihn sind sie ein Mittel um die Aufgabe zu erfüllen, im Rahmen der Daseinsvorsorge eine ausreichende Verkehrsbedienung zu gewährleisten, wenn der Markt, d.h. Unternehmerinitiative in eigenem Interesse, das nicht tut (Art. 1 Abs. 1 1. Uabs.)

Immer muss es sich dabei jedoch um Vorgaben der zuständigen Behörde, also des Aufgabenträgers, handeln. Was ein Unternehmer freiwillig zum Element eines geplanten Linienverkehrs und damit zum Gegenstand seines Antrags auf Genehmigung macht, ist keine solche Vorgabe und damit nicht Anzeichen für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung. Das gleiche gilt für gesetzliche Rahmenbedingungen, die ein Unternehmer von vornherein in seine Planung einbeziehen muss. Dazu gehört die im PBefG geregelte Betriebs-, Beförderungs-, Tarif- und Fahrplanpflicht. Diese Pflichten sind Ausdruck einer garantierten Zuverlässigkeit und Transparenz des Verkehrsangebots, ohne die ein ÖPNV-Markt überhaupt nicht existieren könnte. Ein Unternehmer wird schon im eigenen Geschäftsinteresse und ohne gesetzliche Anordnung gewährleisten diese Pflichten einzuhalten, will er im Markt ernsthaft akzeptiert werden. Folgerichtig schreibt sie auch die VO (EG) 684/92 über den internationalen Omnibuslinienverkehr in Art. 10 Abs. 1 vor. Eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung kann hieraus nicht abgeleitet werden. Zwar bezeichnet Art. 2 Abs. 2 der EGVO 1191/69 die Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen. Gemeint sind damit aber den staatlichen Eisenbahnen wegen ihrer Monopolstellung auferlegte, von ihnen nicht freiwillig übernommene Pflichten. Das ist im Straßenpersonenverkehr anders.

Unabhängig davon wird die VO 1191/69 mit Inkrafttreten der EGVO 1370/2007 aufgehoben. Ihre Regelungen werden von letzterer gerade nicht automatisch fortgeschrieben. Es wird in Zukunft in jedem Einzelfall nachgewiesen werden

müssen, ob eine vom Aufgabenträger auferlegte oder mit ihm vereinbarte gemeinwirtschaftliche Verpflichtung i.S. der Definition in Art. 2 Buchst. e) EGVO 1370/2007 vorliegt.

### **Wer ist „zuständige Behörde“?**

Das ist jede **Behörde**, Gruppe von Behörden **oder Einrichtungen, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr** in einem bestimmten geographischen Gebiet **befugt** sind. Die Interventionsbefugnis ist ein hoheitliches Recht, den ÖPNV durch Genehmigungen oder besondere Anforderungen (gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen) rechtlich zu gestalten. Welche Behörden für die Erteilung von Genehmigungen zuständig sind und für die Vorgabe gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, richtet sich nach Landesrecht (§§ 8 Abs. 3 Satz 4 und 11 Abs. 1 PBefG). Bei gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sind das **in der Regel die Aufgabenträger**, die in den ÖPNVG der Länder festgelegt sind. Aufgabenträger haben dieses Recht aufgrund von § 4 Regionalisierungsgesetz und den ÖPNV-Gesetzen der Länder. Wenn Verkehrsverbünde bzw. deren Gremien aufgrund von Gesetz oder Vereinbarung zwischen den Aufgabenträgern zuständig sind, Tarife im Rahmen allgemeiner Vorschriften (s.u. 2.1.1.2) als Höchsttarife i.S. von Art.3 Abs.2 Satz 2 EGVO 1370/2007 festzusetzen, sind sie Einrichtungen im Sinne der Definition, d.h. insoweit auch zuständige Behörden.

#### 2.2.1.2 Grundsätze

##### **2.2.1.2.1 Wann ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag abzuschließen?**

Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag ist **immer abzuschließen**, oder es wird davon ausgegangen, dass ein solcher vorliegt, **wenn** die zuständige Behörde bzw. der **Aufgabenträger** dem Betreiber **Ausgleichsleistungen** gleich welcher Art **im Gegenzug für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt**. Das

gleiche gilt, wenn sie ihm dafür ein **ausschließliches Recht** verleihen möchte (Art. 1 Abs.1 Unterabs. 2, Art. 3 Abs. 1).

Hierunter versteht die EGVO das Recht, Linienverkehre unter Ausschluss aller anderen Betreiber zu erbringen (Art. 2 Buchst. f). Ein solches Recht wird durch die Genehmigung nach § 13 PBefG nicht verliehen. Der Gedanke der Ausschließlichkeit ist dem PBefG fremd. Die Genehmigung ist lediglich ein gewerberechtliches Instrument der Gefahrenabwehr, das die ordnungsgemäße Verkehrsbedienung sicherstellen soll. So geben die Bestimmungen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 a-c die Möglichkeit zum Versagen bzw. Abwehren einer neuen Genehmigung nur für den Fall einer Konkurrenzsituation, in der jemand anders den gleichen Verkehr bedienen möchte, aber wesentliche Verbesserungen nicht vorgeschlagen werden oder der vorhandene Unternehmer sie übernimmt, indem er den Verkehr ausgestaltet. Gerade diese Regelungen zeigen deutlich, dass das PBefG gerade nicht will, dass Wettbewerb ausgeschlossen oder verhindert wird, sondern von einem stets möglichen und wirksamen Wettbewerb um dieselbe Linie ausgeht und diesen zu Verbesserungen der Verkehrsbedienung nutzt, wenn sie angeboten werden. Im Interesse der Beständigkeit der Bedienung der Linie gibt es dann jedoch dem vorhandenen Unternehmer den Vorrang oder lässt ihm bei Verbesserungsvorschlägen die erste Wahl zu reagieren. Das ist der Sinn des Doppelbedienungsverbots, das das BVerwG feststellte. Hierin liegt jedoch kein Schutz vor Wettbewerb und kein Ausschluss dritter Interessenten, wie die o.a. Definition der EGVO verlangt. Auch die Vergabekammern Düsseldorf (Beschluss vom 14.05.2004, Az.: VK 7/2004 L) und Baden-Württemberg (Beschluss vom 17.03.2005, Az.: VK 5/2005) haben aus diesen Gründen abgelehnt, in der Genehmigung ein ausschließliches Recht zu sehen.

### 2.2.1.2.2 Welche Ausnahmen gibt es?

Von dieser Regel gibt es nur **zwei Gruppen von Ausnahmen**: Die erste Ausnahme betrifft **Tarifzuschüsse** zum Ausgleich von Mindereinnahmen **aufgrund** von Höchsttarifen, deren Anwendung von einer zuständigen Behörde in einer **allgemeinen Vorschrift** für alle oder bestimmte Fahrgastgruppen festgelegt wurde (Art. 3 Abs. 2). Diese Ausnahme könnte auf alle Tarife in **Verbänden und Verkehrs-/Tarifgemeinschaften**, die faktisch Höchstpreischarakter besitzen, und die für Durchtarifierungs- und Harmonisierungsverluste sowie Regiekosten gezahlten Zuschüsse zutreffen. Das Gleiche gilt für die Fälle, in denen einzelne Unternehmen mit einem Aufgabenträger vereinbart haben, dass ihre Tarife eine bestimmte Höhe nicht überschreiten und dafür einen Tarifausgleich erhalten.

Da Tarifzuschüsse aufgrund von Höchsttarifen, die in allgemeinen Vorschriften festgelegt sind, keinen Dienstleistungsauftrag voraussetzen, sind die betroffenen Verkehre nicht zu vergeben. Sie sind kommerziell. Es bietet sich an, Tarife in Verbänden sowie Verkehrs- und Tarifgemeinschaftsverkehren durch allgemeine Vorschriften als Höchsttarife festzusetzen.

### 2.2.1.2.3 Was ist eine allgemeine Vorschrift?

Die EGVO versteht hierunter eine **Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Nahverkehre im Zuständigkeitsbereich der zuständigen Behörde** oder einer Einrichtung, die eine Interventionsbefugnis im ÖPNV hat, **gilt** (Art.2 I). Als letztere können sowohl **Verbände als auch Verkehrs-/Tarifgemeinschaften** angesehen werden, wenn deren Gremien das Recht haben, den Verbundtarif als Höchsttarif (s.o. 2.2.1.2.2) festzusetzen.

Treffen Aufgabenträger eine solche Maßnahme, wird sie i.d.R. die Rechtsform einer Satzung oder – auf Landesebene – einer Verordnung haben. Möglich erscheint allerdings auch ein Vertrag (§ 54 Satz 1 VwVfG) zwischen einem Aufgabenträger (z.

B. einem Land) und einem (z.B. Unternehmer-)Verbund bzw. einer Verkehrs-/Tarifgemeinschaft oder einem Einzelunternehmen, der sämtliche Verbund- oder Gemeinschaftsverkehre oder Einzelverkehre erfasst und auf alle gegenwärtigen und künftigen Betreiber verbindlich anzuwenden ist. Nicht genügen dürfte aber eine größere Zahl inhaltlich gleicher Verträge zwischen Unternehmen, die zur Gründung eines Unternehmerversandes führen, weil sie immer nur zwischen den Vertragsparteien gelten (**zum Mindestinhalt einer allgemeinen Vorschrift - siehe unten**).

#### 2.2.1.2.4 Weitere Ausnahmen

Die zweite Gruppe von **Ausnahmen** gilt für **öffentliche Zuschüsse, die nicht unter die EGVO** fallen. Dabei kann es sich zum einen um Tarifausgleichsleistungen bei Höchsttarifen im Schüler-, Ausbildungs- und Behindertenverkehr handeln, wenn sie der Bund oder ein Bundesland ausdrücklich von der EGVO ausgenommen haben und die EU-Kommission dem nach einer förmlichen Information zugestimmt hat (sog. Notifizierung – Art. 3 Abs. 3). Werden sie nicht ausgenommen, sind sie als Höchsttarife für die Beförderung von Auszubildenden und Behinderten aufgrund von allgemeinen Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 anzusehen.

Zum anderen können Zuschüsse als Verkehrsbeihilfen nach anderen Regeln als denen der EGVO geleistet werden (Art. 9 Abs. 2). Allerdings ist jede Förderregelung der Kommission zu melden und von ihr **als Beihilfe zu genehmigen**. Zuvor sollte geprüft werden, ob die Bedingungen, unter denen diese Förderung stattfindet, nicht doch gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen i.S. der EGVO darstellen, so dass diese im Ergebnis anzuwenden ist.

Nicht unter die EGVO fallen **auch** sog. „**de minimis**“-Beihilfen, d.h. öffentliche Zahlungen an ein Unternehmen, die **innerhalb von 3 Jahren** einen **Gesamtbetrag von 100.000 €** nicht überschreiten (Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf

„De-minimis“-Beihilfen). Dieser Betrag dürfte in den meisten Fällen wenig helfen, vor allem wenn daneben für dieselben Verkehre noch Ausgleichsleistungen nach **§ 45a PBefG oder § 148 SGB IX** gezahlt werden, die **auf den Höchstbetrag anzurechnen** sind.

Ohne die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfolgende Betriebskostenzuschüsse der öffentlichen Hand sind ebenfalls möglich, unterliegen aber den Art. 87 ff. EG. Sie müssen in jedem Fall notifiziert und von der Kommission ausdrücklich genehmigt werden.

## **2.2.2 Die Vergaberegungen der EGVO**

**Sie gelten uneingeschränkt erst ab dem 3.12.2019. Bis dahin sind die Übergangsregeln des Art. 8 maßgeblich (s.u. 2.2.2.2).**

### **2.2.2.1 Zu unterscheiden ist immer:**

#### **Wann ist zu vergeben?**

**Wenn kein kommerzieller/eigenwirtschaftlicher Verkehr vorliegt, d.h. ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag abgeschlossen werden muss.**

#### **Wie ist zu vergeben?**

Es bestehen **zwei** generell unterschiedliche **Wege**: die Vergabe im Markt, d.h. **Ausschreibung** oder ein wettbewerbliches Verfahren (Art. 5 Abs. 1 und 3) **oder** die **Direktvergabe** (Art. 5 Abs. 2,4,5).

#### **Wer vergibt?**

Es ist **immer** der **Aufgabenträger**, der einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag an ein – eigenes oder fremdes – Verkehrsunternehmen vergibt (Art. 5 Abs. 2, 4 und 5).

### 2.2.2.1.1 Welche Vergabeart ist vorgesehen?

Für öffentliche Dienstleistungsaufträge im **Bus- und Straßen- sowie U-Bahnverkehr** sieht die EGVO die **Ausschreibung nach der VOL/A** vor, mit der Deutschland die Vergaberichtlinien 2004/17 und 18/EG umgesetzt hat (Art. 5 Abs. 1 Satz 2).

Ausgenommen von der Vergabepflicht nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 sind sog. Dienstleistungskonzessionen. Sie sind weder nach den Vergaberichtlinien noch nach der VOL/A vergabepflichtig, werden es jedoch nach Art. 5 Abs. 3 EGVO. Ebenso wenig wie öffentliche Dienstleistungsaufträge sind Dienstleistungskonzessionen mit den Genehmigungen nach §§ 13 oder 13 a PBefG gleichzusetzen. Auch Dienstleistungskonzessionen sind Gegenstand eines Auftrags seitens der Aufgabenträger. Sie unterscheiden sich von einem Dienstleistungsauftrag (im vergaberechtlichen Sinne) nur dadurch, dass die Gegenleistung des Aufgabenträgers in der Einräumung eines Rechts zur ausschließlichen wirtschaftlichen Nutzung des Verkehrs besteht. Ggf. kann der Aufgabenträger noch ein Entgelt hinzufügen (Art. 3 Abs. 1). Stets aber bleibt das alleinige oder überwiegende wirtschaftliche Risiko des Verkehrs beim Betreiber. In keinem Fall ist die Genehmigung mit einem ausschließlichen Recht verbunden (s.o. 2.2.1.2.1). Auch ein bereits wirksam vergebener gemeinwirtschaftlicher Verkehr nach § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG steht immer unter dem Vorbehalt des Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehrsdurchführung.

Dienstleistungskonzessionen müssen im sog. wettbewerblichen Verfahren vergeben werden (Art. 5 Abs. 3). Dieses Verfahren ist auch auf alle öffentlichen Vergaben sonstiger Verkehrsleistungen (z.B. im Eisenbahnverkehr), ausgenommen Bus-, Straßen- und U-Bahnverkehre anzuwenden. Es muss allen interessierten Betreibern offen stehen, fair, transparent und nichtdiskriminierend sein und kann schneller in Verhandlungen münden als Verfahren nach der VOL/A. Der Gesetzentwurf des

Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Wohnungswesen zur PBefG-Änderung vom August 2008 macht allerdings keinen Unterschied zwischen öffentlichen Vergaben von Bus-, Straßen- und U-Bahnverkehren nach Art. 5 Abs. 1 und von sonstigen Verkehren nach Art. 5 Abs. 3 und sieht für jeden Fall die Beachtung der VOL/A vor. **Nicht zu verwechseln** ist das **wettbewerbliche Verfahren mit dem Genehmigungswettbewerb nach § 13 PBefG**, auch wenn dafür ebenfalls gefordert wird, ihn offen, fair, transparent und nichtdiskriminierend zu handhaben. Aber dem Genehmigungswettbewerb liegt **keine Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages durch den Aufgabenträger**, der das Vergabeverfahren auch durchzuführen hat, zugrunde, sondern **vielmehr ausschließlich die Eigeninitiative von Verkehrsunternehmen, für die** folgerichtig die **Genehmigungsbehörden zuständig** sind (s.o.2.1 a).

Unternehmen, die sich an Ausschreibungen nach der VOL/A beteiligen möchten, finden dafür eine Hilfe im Leitfaden des bdo vom Juni 2003.

#### **2.2.2.1.2 Was sind Direktvergaben?**

Hierunter versteht die EGVO **die direkte Erteilung öffentlicher Dienstleistungsaufträge für ÖPNV-Leistungen ohne Ausschreibung**. Sie stehen grundsätzlich **unter dem Vorbehalt, dass das deutsche Recht sie nicht untersagt**.

Die Möglichkeit der Direktvergabe sieht vor, dass die **Aufgabenträger** entscheiden **können**, entweder ÖPNV **selbst** durch Eigenbetriebe zu **erbringen oder** ein **eigenes Unternehmen** (sog. interner Betreiber – Inhouse-Vergabe) zu **beauftragen** (Art. 5 Abs. 2). Ein Gutachten des Verfassungsrechtlers Prof. Dr. Ziekow kommt zu dem Ergebnis, dass diese Regelung unter mehreren Aspekten verfassungswidrig ist:

**a)** Ein solches Wahlrecht würde gegen das Grundrecht privater Verkehrsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen. Dabei geht es nicht um die Beurteilung eines Schutzes vor Konkurrenz durch öffentliche Verkehrsunternehmen,

sondern um einen durch den Staat bzw. die Kommunen einseitig verhängbaren partiellen Marktausschluss privater Unternehmen. Wegen des der öffentlichen Hand spezifisch eingeräumten Vorteils der faktischen Monopolisierbarkeit könnte an der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG nicht gezweifelt werden. Der in der Einräumung des genannten Wahlrechts liegende faktische Grundrechtseingriff stellt sich als Berufsausübungsregelung mit den Wirkungen einer objektiven Berufswahlregelung dar. Mangels Erforderlichkeit zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts ist dieser Eingriff nicht zu rechtfertigen. Eine Verpflichtung des im Wege der Direktvergabe beauftragten öffentlichen Verkehrsunternehmens zur Vergabe von Unteraufträgen an private Verkehrsunternehmen vermag an dieser Verfassungswidrigkeit ebenso wenig zu ändern wie systematisch fehlgehende Vergleiche mit einem privaten Verkehrsunternehmen eingeräumten Konkurrenzschutz.

**b)** Das genannte Wahlrecht würde darüber hinaus das Grundrecht privater Verkehrsunternehmer aus Art. 14 GG verletzen, das die Nutzung der dem Unternehmen eigentumsrechtlich zugeordneten Betriebsbestandteile gewährleistet. Zwar schützt Art. 14 GG nur die Nutzung des vorhandenen Bestands und nicht bloße Erwerbs- und Gewinnchancen gegen hinzutretende Konkurrenz. Anderes gilt jedoch bei einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, wenn die wirtschaftliche Betätigung des privaten Unternehmers durch eine unerlaubte Monopolstellung des staatlichen oder kommunalen Konkurrenten unmöglich gemacht wird. Insoweit gilt das zu Art. 12 GG Ausgeführte entsprechend.

**c)** Da die Eigner öffentlicher Verkehrsunternehmen durch Ausübung ihres Wahlrechts die Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste an sich ziehen können, während dies den Eignern privater Verkehrsunternehmen versagt bleibt, werden letztere ungleich behandelt. Das kann nicht gerechtfertigt werden. Daher verstößt das genannte Wahlrecht auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

d) Die Kommunen können sich nach der EGVO für Direktvergabe entscheiden ohne prüfen zu müssen, ob eine privatwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen nicht wirtschaftlicher wäre als eine Beauftragung eines kommunalen Unternehmens im Wege der Direktvergabe. Ein solches Wahlrecht verstößt gegen haushaltsrechtliche Grundsätze.

### 2.2.2.1.3 Welche Voraussetzungen bestehen für Direktvergaben an kommunale Unternehmen?

Voraussetzung eines Selbsteintritts von Kommunen oder der Direktvergabe an ein kommunales Unternehmen ist, dass die **Verkehre nur innerhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs dieser Kommune durchgeführt** werden, auch wenn abgehende Linien oder sonstige Teildienste in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter Kommunen führen können. Das **gilt auch für Tochtergesellschaften** dieser Unternehmen (Art. 5 Abs. 2 b). Außerdem muss die Kommune über ihr Unternehmen eine **Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle** ausüben (Art. 5 Abs. 2 a). Das ist sicherlich anzunehmen bei Eigenbetrieben. Fraglich ist das jedoch bei Unternehmen, die rechtlich selbständig sind wie z.B. Aktiengesellschaften. Es ist nicht auszuschließen, dass die Selbständigkeit dieser Betriebe wieder beseitigt und sie rekommunalisiert werden müssten. Um Wettbewerbsverfälschungen zu verhindern, dürfen diese internen Betreiber eben sowenig wie ihre Tochtergesellschaften an öffentlichen ÖPNV-Vergabeverfahren anderer Aufgabenträger teilnehmen (Art. 5 Abs. 2 b), solange sie noch mit Direktvergaben betraut sind. Ist allerdings von der Eigentümerkommune endgültig beschlossen worden, die betreffenden Verkehre zukünftig in einem fairen wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, so können sich der interne Betreiber und seine Tochtergesellschaften frühestens zwei Jahre vor Beendigung der Direktvergabe auch an fairen wettbewerblichen Verfahren außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Aufgabenträgers beteiligen, sofern sie keine weiteren direkt vergebenen Aufträge haben (Art. 5 Abs. 2 c).

#### 2.2.2.1.4 Weitere Möglichkeiten zu Direktvergaben?

Diese sind möglich **bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die entweder einen geschätzten jährlichen Durchschnittswert von weniger als 1 Mio. € oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km** haben. Geht der öffentliche **Dienstleistungsauftrag an ein kleines oder mittleres Unternehmen mit nicht mehr als 23 Fahrzeugen**, können diese **Werte auf jährlich weniger als 2 Mio. € bzw. 600.000 km erhöht** werden (Art. 5 Abs. 4). Die Formulierungen der EGVO lassen sich so auslegen, dass einem Auftragswert von weniger als 1 bzw. 2 Mio. € auch mehr als 300.000 km bzw. 600.000 km zugrunde liegen können. Entsprechend dürfen Verkehrsleistungen von unter 300.000 km bzw. 600.000 km Auftragswerte von mehr als 1 Mio. € bzw. 2 Mio. € repräsentieren. Falls ein Aufgabenträger seinen ÖPNV in verschiedenen Losen oder Linienbündeln direkt vergibt, die je für sich die Grenzwerte nicht überschreiten, kann ein Unternehmen durchaus mehrere Lose oder Linienbündel erhalten, auch wenn die Summe dieser Lose oder Bündel die Grenzwerte überschreiten. Das gilt nicht, wenn er den aufgeteilten Gesamtverkehr erhielte. Letzteres wäre als eine Umgehung der Grenzwertregelung und als rechtswidrig anzusehen. Das gleiche würde gelten, wenn ein größeres Unternehmen in mehrere kleine Betriebe zerlegt wird, die jeweils nur bis zu 23 Fahrzeuge betreiben, damit ihm Verkehrsleistungen innerhalb der Grenzwerte zugeteilt werden können.

**Direktvergaben** sind ebenfalls **zulässig als Notmaßnahmen**, wenn Verkehrsdienste unterbrochen wurden oder das unmittelbar zu befürchten ist. Ebenso kann der Aufgabenträger in solchen Situationen die ÖPNV-Leistungen förmlich vereinbaren oder einem Unternehmen auferlegen. Gegen eine Auferlegung kann der Unternehmer sich rechtlich wehren. Die Dauer dieser Notaufträge darf 2 Jahre nicht überschreiten (Art. 5 Abs. 5).

Für alle Direktvergaben, ausgenommen Notmaßnahmen, also auch für die an kleine und mittlere Unternehmen oder von geringwertigen Verkehrsleistungen, gelten die Transparenz-Vorschriften der EGVO, um einen fairen Zugang zu solchen Direktvergaben zu ermöglichen. Der Aufgabenträger muss spätestens 1 Jahr vor einer Direktvergabe im europäischen Amtsblatt seinen Namen und seine Anschrift, die Art des geplanten Vergabeverfahrens und die davon möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete veröffentlichen (Art. 7 Abs. 2). Damit erhält jeder Interessent die Chance, sich um die betreffenden Verkehre zu bemühen, und der Aufgabenträger die Gelegenheit, verschiedene Angebote miteinander formlos zu vergleichen und das für ihn günstigste auszusuchen. Nur wenn die Verkehrsleistung 50000 km nicht überschreitet, kann auf diese Veröffentlichung verzichtet werden.

#### 2.2.2.1.5 Gerichtliche Überprüfung von Direktvergaben?

Die EGVO verpflichtet die Mitgliedstaaten, jedem interessierten Unternehmen die Möglichkeit zu verschaffen, eine Direktvergabe überprüfen zu lassen. Als geeigneten Weg sieht sie das im Vergaberecht bereits geregelte **Nachprüfungsverfahren** an. Dieses ist infolge sehr kurzer Fristen ein wirksames Mittel um Verletzungen berechtigter eigener Interessen wirksam zu begegnen. Im Gegensatz zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, die aus Anlass einer Ausschreibung im Vorfeld eines Zuschlags einzuleiten sind, müsste das in der EGVO vorgesehene Verfahren aber auch nach einer Direktvergabe, also nachträglich beantragt werden können. Bis jetzt gibt es **noch keine** entsprechende **Verfahrensregelung im deutschen Recht**. In jedem Falle sollte entweder rechtzeitig ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet oder eine Beschwerde direkt an die europäische Kommission gerichtet werden.

### 2.2.2.1.6 Sind Subunternehmeraufträge weiter möglich?

Die EGVO schränkt die Möglichkeiten zur Vergabe von Subunternehmeraufträgen ein. **Grundsätzlich** sind Unteraufträge zwar **erlaubt**. Allerdings muss in den Ausschreibungsbedingungen und in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen ausdrücklich angegeben werden, ob und in welchem Ausmaß Unteraufträge zugelassen sind und unter welchen Bedingungen sie vergeben werden können (Art. 4 Abs. 7 – s.u. 2.2.3.1.6). Erhielt ein **Betreiber** einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag durch Zuschlag im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens, so **muss** er einen **bedeutenden Teil des ÖPNV selbst erbringen**. Was hierunter zu verstehen ist, ist in der EGVO nicht explizit geregelt, doch sollten es **wenigstens 20%** sein. Für **kommunale Unternehmen**, die ÖPNV aufgrund einer Direktvergabe betreiben, gilt verschärfend, dass sie den **überwiegenden Teil selbst durchzuführen** haben (Art. 5 Abs. 2 e). Damit dürften **mehr als 50%** gemeint sein. Interne Betreiber sind also in ihrem Recht Unteraufträge zu vergeben, auch soweit es sich um eigene Tochtergesellschaften handelt, deutlich eingeeengt.

### 2.2.2.2 Welche Übergangsregelung gibt es?

Die EGVO legt grundsätzlich fest, dass mit ihrem Inkrafttreten für den Fall von Vergaben von Bus- und Straßenbahnverkehren die Verfahrensregeln der Vergaberichtlinien 2004/17 und 18/EG anzuwenden sind (Art. 8 Abs. 1), was in Deutschland die Anwendung der VOL/A bedeutet. Im Übrigen schreibt sie vor, dass ihre Vergaberegeln spätestens ab 3.12.2019 zu beachten sind (Art. 8 Abs. 2). Aber für die bei ihrem Inkrafttreten bereits bestehenden Finanzierungsregelungen enthält die EGVO Übergangsbestimmungen (Art. 8 Abs. 3). Sie gestatten, dass vor dem 3.12.2009 erteilte öffentliche Dienstleistungsaufträge bzw. Finanzierungsregelungen unabhängig davon, ob sie öffentlich vergeben wurden oder auf andere Weise zustande kamen, für die vorgesehene Laufzeit aufrecht erhalten bleiben können. Diese beträgt bei reinen Omnibusverkehren künftig höchstens 10 Jahre

(Art. 4 Abs. 3). Bis zum 3.12.2009 verlängerte oder neu abgeschlossene Finanzierungsvereinbarungen bzw. Verkehrsverträge mit den Aufgabenträgern können daher bis zum 2.12.2019 befristet werden, ohne dass die betroffenen Verkehre vorher ausgeschrieben oder direkt vergeben werden müssen. Sie können weiterhin nach § 13 PBefG genehmigt werden.

Das Gleiche gilt für die Genehmigung von Verkehren, wenn ihre Finanzierung neben den Fahrgeldeinnahmen durch Mittel nach § 45 a PBefG und § 148 SGB IX, durch Tarifizuschüsse in Verkehrsverbänden oder Verkehrs/Tarifgemeinschaften oder andere Zuschüsse, die nicht unter die EGVO fallen, sichergestellt ist. Da für diese Verkehre kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag abgeschlossen werden muss, können sie auch nach dem 3.12.2009 noch als eigenwirtschaftlich (kommerziell i.S. der EGVO) angesehen und nach § 13 PBefG genehmigt werden (s.o. 2.2.1 b) 3).

### 2.2.2.3 Die beihilferechtlichen Regelungen der EGVO

#### Was sind die beihilferechtlichen Regelungen?

In unmittelbarer Zukunft noch wichtiger als die vergaberechtlichen sind die in Art. 4, 6 und dem Anhang enthaltenen beihilferechtlichen **Bestimmungen über die Bedingungen, unter denen Ausgleichsleistungen gewährt werden dürfen, und die Berechnung ihrer Höhe**. Sie sind **mit dem Inkrafttreten der EGVO am 3.12.2009 sofort anzuwenden, ohne** dass es eine **Übergangszeit** gibt. Sie **gelten** unmittelbar für **alle bereits bestehenden oder neuen öffentlichen Finanzierungsregelungen** gleichermaßen. **Unerheblich** ist dabei, **ob** die öffentliche Unterstützung eines Linienverkehrs auf einem **öffentlichen Dienstleistungsvertrag** oder einer **allgemeinen Vorschrift** beruht.

#### 2.2.3.1 Was ist der Mindestinhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften?

Die Antwort ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1-7

2.2.3.1.1 Art. 4 Abs. 1 greift die ersten drei Kriterien des EUGH aus dem Altmark-Urteil auf.

- Danach müssen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder eine allgemeine Vorschrift die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes zu erfüllenden **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen** und den **geographischen Geltungsbereich eindeutig festlegen**.
- Zusätzlich müssen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder eine allgemeine Vorschrift zuvor **in objektiver und transparenter Weise die Parameter aufstellen, an Hand derer die Ausgleichsleistung berechnet wird**. Dazu können beispielsweise die Kosten des einzelnen Verkehrs ebenso wie Mindereinnahmen aufgrund von Durchtarifierungs- und Harmonisierungsverlusten (s.u. 2.2.3.2), Regiekosten oder leistungsbezogene Boni und Mali zählen. Wird Ausgleich aufgrund direkt vergebener öffentlicher Dienstleistungsaufträge (s.o. 2.2.2.1.3-4) gezahlt, ist die Höhe nach den Vorschriften des Anhangs zu der EGVO zu berechnen (Art. 4 Abs. 1 Satz 2, Art 6 Abs. 1 Satz 2) . In jedem Fall darf keine Überkompensation erfolgen.

#### 2.2.3.1.2 Kosten – Durchführungsvorschriften

**Festzulegen** ist weiterhin in den öffentlichen Vorschriften ebenso wie in allgemeinen Vorschriften, **welche Kostenarten** der Nahverkehre **in die Ausgleichsberechnung einzubeziehen** sind (sog. Durchführungsvorschriften). Verschiedentlich enthalten bereits Verbundverträge eine entsprechende Auflistung der Kostenarten, auf die dann zurückgegriffen werden kann. Es gibt keine Kostenart, die nicht berücksichtigt werden darf (Art. 4 Abs. 1 c).

### **2. 2.3.1.3 Tarifeinnahmen – Aufteilung zwischen Aufgabenträger und Unternehmen**

Zu **regeln** ist, **ob und wie die Einnahmen aus Fahrscheinverkäufen zwischen der zuständigen Behörde**, die den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erteilt oder die allgemeine Vorschrift erlässt, **und den Verkehrsunternehmen aufgeteilt** werden (Art. 4 Abs. 2). Hierbei geht es um die Frage, ob zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen Netto- oder Bruttoverträge abgeschlossen wurden. Davon zu unterscheiden ist, ob in Verkehrsverbänden /-gemeinschaften ein Einnahmeaufteilungsvertrag (EAV) zwischen den Verkehrsunternehmen besteht. Für die Anwendung der EGVO ist das nur insoweit wichtig, als vom EAV abhängt, in welcher Höhe Fahrgeldeinnahmen dem einzelnen Verkehrsunternehmen zustehen und deshalb bei der Berechnung der Ausgleichshöhe berücksichtigt werden müssen (s.u.2.2.3.2).

### **2.2.3.1.4 Laufzeiten öffentlicher Dienstleistungsaufträge**

Die **Fristen** betragen bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen **für Busverkehre höchstens 10 Jahre, für Straßen-, U-Bahn und Eisenbahnverkehre sowie für Mischverkehre aus Straßen- und Schienenverkehr höchstens 15 Jahre**. Unter bestimmten Umständen kann die Geltungsdauer des öffentlichen Dienstleistungsauftrages um 50% verlängert werden (Art. 4 Abs. 3 und 4) .

### **2.2.3.1.5 Qualitätsstandards**

Werden Qualitätsstandards von einem Aufgabenträger vorgegeben, sind diese **im öffentlichen Dienstleistungsauftrag ausdrücklich aufzuführen** (Art. 4 Abs. 6).

### 2.2.3.1.6 Subunternehmeraufträge

**Anzugeben** ist in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen in transparenter Weise, **ob und in welchem Umfang Unteraufträge vergeben werden dürfen** (Art. 4 Abs. 7 – s.o. 2.2.2.1.6).

### 2.2.3.1.7 Gelten diese Mindestinhalte immer?

Diese **Vorgaben erfassen jede wie auch immer geartete Absprache, Vereinbarung, Vertrag oder andere formlose oder förmliche Übereinkunft zwischen einem Verkehrsunternehmen und einem Aufgabenträger ebenso wie auch jede einseitige Regelung eines Aufgabenträgers, die öffentliche Zuwendungen für einen öffentlichen Nah- oder Fernverkehr vorsehen. Entsprechendes gilt für allgemeine Vorschriften, aufgrund deren Tarifsubventionen gezahlt werden sollen** (s.o. 2.2.1.2.3). Dabei ist **unbeachtlich, ob diese Absprachen oder Regelungen vor oder nach dem 3.12.2009, d.h. dem Inkrafttreten der EGVO getroffen wurden oder werden**. Für die Anwendung dieser beihilferechtlichen Bestimmungen auf öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften gibt es **keine Übergangsfristen**. Diese Vorschriften sind ab 3.12.2009 zu beachten und wie die Bestimmungen des Anhangs jeder Ausgleichszahlung zugrunde zu legen.

Jeder Unternehmer, der öffentliche Ausgleichszahlungen jedweder Art für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen i.S.d. EGVO erhält - ausgenommen Zahlungen nach § 45 a PBefG und § 148 SGB IX sowie andere Beihilfen, die der EGVO nicht unterfallen, sobald sie erfolgreich notifiziert worden sind - muss sicherstellen, dass die Finanzierungsregelung den vorstehend aufgeführten Vorgaben entspricht. Sollte das nicht der Fall sein und bis zum 3.12.2009 keine adäquate Folgeregelung getroffen werden, riskiert er, dass er die erhaltene Zuwendung als rechtswidrige Beihilfe auch noch nach Jahren ggf. in voller Höhe zurückzahlen muss. Deshalb sollten alle Finanzierungszusagen, Verkehrsverträge und vor allem Verbundverträge

bzw. Verträge über Verkehrs-/Tarifgemeinschaften sowie allgemeine Vorschriften sorgfältig überprüft werden, ob sie diese Bedingungen erfüllen.

## 2.2.3.2 Berechnung der Ausgleichszahlungen

### 2.2.3.2.1 Welche Grenze gibt es für Ausgleichsleistungen?

- Die Berechnungskriterien für die konkrete Ausgleichsleistung sind immer so festzulegen, dass **keine Überkompensation** stattfindet (Art. 4 Abs. 1 Satz 1). Das ist nur dann der Fall, **wenn der Betrag nicht überschritten wird, der den finanziellen Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen entspricht, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursacht werden. Dabei sind die vereinnahmten Fahrgeldeinnahmen und ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen** (Art. 4 Abs. 1 Satz 2, Ziffer 2 Anhang).
- Das Verbot der Überkompensation wird grundsätzlich erfüllt, wenn die Ausgleichsleistung in einem Vertrag vereinbart ist, der in einem öffentlichen Vergabeverfahren durch Zuschlag zustande kam. **Für direkt vergebene Verkehrsleistungen oder Tarifausgleichsmaßnahmen aufgrund allgemeiner Vorschriften enthält der Anhang der EGVO ein Berechnungsschema** (Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Ziffer 2 Anhang). Aber **auch Ausgleichsleistungen infolge von bereits vor dem 3.12.2009 bestehenden und danach fortgesetzten Finanzierungsregelungen/-vereinbarungen/Verkehrsverträgen usw. fallen unter das Verbot der Überkompensation**. Um seine Beachtung rechtssicher nachweisen zu können, **empfiehlt sich die Anwendung der Bestimmungen des Anhangs**. Diese entsprechen im Wesentlichen den Anforderungen, die sich bereits aus dem EUGH-Urteil Altmarktrans ergeben (Kriterien 3 und 4: nur Kostendeckung sowie Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens). So wie diese für jedes Unternehmen individuell zu ermitteln waren, sind es auch die **Vorgaben des Anhangs**, die jeweils **liniengenau zu berechnen** sind. Sie werden im Folgenden kurz skizziert.

### 2.2.3.2.2 Wie ist der Ausgleich zu berechnen?

Der Anhang enthält hierfür folgendes **Modell: Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (aufgrund von öffentlichem Dienstleistungsauftrag oder allgemeiner Vorschrift) abzüglich aller positiven finanziellen Netzeffekte der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, abzüglich aller Tarifentgelte und sonstiger Einnahmen aufgrund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, zuzüglich eines angemessenen Gewinns.**

Im Einzelfall kann es sehr schwierig sein, diese Werte exakt zu ermitteln. Ein bloßer Vergleich der Situation vor und nach Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung bzw. ohne und mit dieser (Ziffer 2 Anhang) ist oft nicht hilfreich, wenn deren Übernahme schon länger zurückliegt oder die Verkehrs- und Tarifstrukturen sich geändert haben. In diesen Fällen muss ggf. mit Schätzungen bzw. plausiblen Schätzwerten gearbeitet werden können. Problematisch kann insbesondere sein Durchtarifierungs- und Harmonisierungsverluste, d.h. Einnahmeverluste exakt festzustellen, wenn Verkehrsverbünde oder -gemeinschaften schon längere Zeit bestehen. Werden ehemalige Haustarife oder Alteinnahmesicherungsverträge lediglich fortgeschrieben, ergibt das insbesondere dann keine zuverlässige Berechnungsgrundlage mehr, wenn die Netz-, Tarif- und Fahrplanstrukturen in den Verbänden oder Verkehrsgemeinschaften sich stark verändert haben, was häufig vorkommen wird. Hier kann nur eine **aktuelle Kosten- und Einnahmeermittlung** helfen, das zulässige Maß an Ausgleichsleistung richtig zu errechnen. Dabei können die mit Durchtarifierungs- und Harmonisierungsverlusten verbundenen Mindereinnahmen ebenso gut als negative Einnahmen (Abmangel) wie als Kosten verbucht werden. Der im Anhang verwandte Kostenbegriff ist nicht nur im engen betriebswirtschaftlichen Sinne zu verstehen, sondern soll alle mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verbundenen Belastungen erfassen, ggf. also auch Mindereinnahmen sowie andere negative Netzeffekte. Als Nachweis, dass die Kostenermittlung richtig ist, wird der Aufgabenträger oder die für ihn den Ausgleich

abrechnende Stelle die Bestätigung durch einen neutralen Prüfer verlangen dürfen. Ebenso kompliziert kann es sein, positive finanzielle Netzeffekte zuverlässig zu ermitteln. Unter allen Umständen ist stets von den zuständigen Behörden zu gewährleisten, dass der Datenschutz für diese höchst sensiblen Unternehmensangaben garantiert ist.

#### **2.2.3.2.3 Was ist ein angemessener Gewinn?**

Die EGVO meint damit die im ÖPNV in Deutschland bzw. in dem betroffenen Markt **übliche Kapitalrendite**. Dabei muss allerdings das Risiko berücksichtigt werden, das der Unternehmer mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung übernommen oder abgegeben hat (Ziffer 6 Anhang).

#### **2.2.3.2.4 Gilt noch das 4.Altmark-Kriterium der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens als Obergrenze?**

Das Verfahren zur Gewährung der Ausgleichsleistung muss einen **Anreiz geben zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung**, die objektiv nachprüfbar ist, und für das Erbringen von Verkehrsleistungen ausreichend hoher Qualität (Ziffer 7 Anhang). Die erste dieser beiden Anforderungen dürfte im Ergebnis dem 4. Altmarkkriterium entsprechen, nach dem die anrechenbaren Kosten denen eines durchschnittlichen, gut geführten Verkehrsbetriebes entsprechen müssen.

#### **2.2.3.2.5 Wie weit sind andere Verkehre und Geschäftsbereiche eines Unternehmens betroffen?**

Sofern ein Unternehmen noch weitere Linien- oder sonstige Verkehre betreibt, die von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht betroffen werden, sind **alle quantifizierbaren finanziellen Auswirkungen dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf die anderen Verkehre des Unternehmens zu erfassen** (Ziffer 3 Anhang).

#### 2.2.3.2.6 Bedarf es getrennter Konten für gemeinwirtschaftliche Verkehre?

Für Verkehrs- und sonstige Tätigkeitsbereiche eines Unternehmens, die nicht gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, und für die von diesen betroffenen öffentlichen Verkehre ist eine **getrennte Rechnungslegung** im Interesse der Transparenz und zur Verhinderung von Quersubventionen aus dem öffentlich unterstützten Bereich **erforderlich**. Das betrifft z.B. Verkehrsunternehmen, die neben dem ÖPNV, der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen etwa in einem Verbund aufgrund von Höchsttarifen in allgemeinen Vorschriften unterliegt, noch kommerzielle Linienverkehre oder andere Geschäftsfelder wie etwa freigestellte Schülerverkehre, Sonderlinienverkehre, Taxi- oder Mietwagenverkehre, Gelegenheitsverkehr oder ein Reisebüro betreiben.

Berlin, den 27.03.2009

Verantwortlich:  
RA Dr. Winrich Ipsen, MR a.D.,  
RA Christiane Leonard