



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

**Zum Grundsatz der Losaufteilung
und seinen Auswirkungen auf die Linienbündelung im Nahver-
kehrsplan**

– Kurzugutachten –

erstellt von

Rechtsanwalt Dr. Thomas Kirch

LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

November 2013

Gliederung

I. Vorangestelltes Ergebnis	2
II. Ausgangssituation/Fragestellungen	4
III. Rechtliche Würdigung	5
1. Zur Pflicht zur Losaufteilung gemäß § 97 Abs. 3 GWB	5
a) Grundsätzliches	5
b) Zum Loszuschnitt	6
2. Zur Pflicht zur Losaufteilung gemäß § 8a Abs. 4 PBefG	7
3. Folgen für eine Linienbündelung im Nahverkehrsplan	8
a) Exkurs: Zulässigkeit der Linienbündelung nach PBefG	8
b) Berücksichtigung des Grundsatzes der Losvergabe	11

Gegenstand des Gutachtens ist die praktische Bedeutung der Pflicht zur Losaufteilung bei der wettbewerblichen Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen und die Auswirkung dieser Anforderungen auf die Linienbündelung in einem Nahverkehrsplan.

I. Vorangestelltes Ergebnis

1. In einem Vergabewettbewerb über Busverkehrsdienstleistungen ist die Pflicht zur Losvergabe zwingend zu beachten. Für öffentliche Dienstleistungsaufträge i. S. d. VO 1370, die zugleich öffentliche Aufträge nach dem Kartellvergaberecht darstellen, folgt eine entsprechende Verpflichtung aus § 97 Abs. 3 GWB. Erfolgt eine vertragliche Ausgestaltung als vom Kartellvergaberecht freigestellte Dienstleistungskonzession, ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung aus § 8a Abs. 4 PBefG. Trotz im Wortlaut unterschiedlicher Formulierungen ist mit dem gesetzgeberischen Willen davon auszugehen, dass sich die jeweiligen Verpflichtungen zur Losvergabe inhaltlich decken.
2. Bei der Verpflichtung zur Losvergabe handelt es sich um ein Gebot, welches mit entsprechenden subjektiven Bieterrechten korrespondiert, sodass eine justiziable Verpflichtung statuiert wird. Eine Gesamtvergabe oder eine Zusammenfassung von Losen darf nur in Ausnahmefällen stattfinden. Für die gesetzlich geforderte Mittelstandsförderung reicht es daher nicht aus, mittelständische Unternehmen auf die mögliche Bildung von Bietergemeinschaften oder eine Partizipation am Auftrag als Nachunternehmer eines größeren Unternehmens zu verweisen.
3. Eine Gesamtvergabe bzw. eine Zusammenfassung von Losen kommt nur nach einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange in Betracht, wobei die für die Gesamtvergabe sprechenden Gründe überwiegen müssen. Der mit einer Losaufteilung allgemein verbundene Mehraufwand ist grundsätzlich in Kauf zu nehmen, sodass ein erhöhter Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinationsaufwand sowie auch eine

Mehrzahl von Vertragspartnern eine Gesamtvergabe für sich alleine nicht rechtfertigen können. Anderenfalls würde das vom Gesetz statuierte Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt werden.

4. Durch die Aufteilung eines Gesamtauftrags in Teillöse muss mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden, sich mit Aussicht auf Erfolg an dem Vergabeverfahren direkt beteiligen zu können, was beim Zuschnitt der Lose zu beachten ist. Durch die Losbildung ist das Volumen der zu vergebenden einzelnen Aufträge so zu verringern, dass nicht nur Großunternehmen Angebote abgeben können. Die Losgröße ist unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des für einen Auftrag relevanten bzw. des im konkreten regionalen Markt anzutreffenden Mittelstands abzuleiten. Die einzelnen Lose müssen daher eine Größe aufweisen, die eine eigenständige Bewerbung der im regionalen Markt anzutreffenden mittelständischen Busunternehmen ermöglicht.
5. Mit Inkrafttreten des novellierten PBefG im Januar 2013 hat der Gesetzgeber an dem Grundsatz der Einzelliniengenehmigung festgehalten. § 9 Abs. 1 PBefG stellt wie bislang klar, dass zunächst jede einzelne Linie für sich zu betrachten und zu genehmigen ist. Allerdings kann – wie auch schon nach altem Recht – die Genehmigung gemäß § 9 Abs. 2 PBefG gebündelt erteilt werden, soweit es die Zielsetzung des § 8 PBefG erfordert. Im Rahmen der Linienbündelung ist allerdings das Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit zu berücksichtigen. Die eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung genießt weiterhin Vorrang gegenüber gemeinwirtschaftlichen Verkehren. Eine Linienbündelung darf daher eigenwirtschaftliche Verkehre nicht ausschließen und unmöglich machen. Andernfalls genügt die Linienbündelung nicht den Zielsetzungen aus § 8 PBefG, sodass eine gebündelte Genehmigung gemäß § 9 Abs. 2 PBefG nicht zulässig wäre.
6. Bei einer Linienbündelung in einem Nahverkehrsplan und einer Losbildung in einem Vergabeverfahren handelt es sich um unterschiedliche Vorgänge nach unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben, die grundsätzlich nebeneinander stehen. Eine ausdrückliche Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei den bei der Aufstellung eines Nahverkehrsplans zu berücksichtigenden Belangen gemäß § 8 Abs. 3 PBefG fehlt. Werden rechtmäßige Linienbündelung zur Vorbereitung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vorgenommen, sollte die Linienbündelung bzw. die Bündelgröße aber bereits der Größe der später in einem Vergabeverfahren zu bildenden Lose entsprechen, da sonst im Rahmen des konkreten Beschaffungsvorgangs eine entsprechende Korrektur durchzuführen ist und gegebenenfalls von Bietern durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen auch durchgesetzt werden kann. Einem Nahverkehrsplan kommt für die Frage des Loszuschnitts keine Bindungswirkung zu, auch wenn in dem Nahverkehrsplan bereits Linienbündel vorgesehen sind. Dies folgt nicht nur daraus, dass ein Nahverkehrsplan keine unmittelbare Rechtswirkung hat. Auch, da die Pflicht zur Losvergabe im Rahmen eines konkreten Beschaffungsprozesses besteht und in diesem Rahmen von Bietern einer rechtlichen Überprüfung

unterzogen werden kann, kann ein Nahverkehrsplan die erforderliche Losbildung nicht entscheidend determinieren.

II. Ausgangssituation/Fragestellungen

Gewährt eine zuständige Behörde einem Betreiber eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen für die Erfüllung von Anforderungen, die das betroffene Unternehmen unter Berücksichtigung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen nicht oder nicht im gleichen Umfang oder zu den gleichen Bedingungen übernehmen würde, hat dies nach Maßgabe der VO 1370 im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu erfolgen. Unabhängig davon, ob dieser öffentliche Dienstleistungsauftrag als öffentlicher Auftrag in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fällt, ist bei der Vergabe eine Pflicht zur Aufteilung der betroffenen Leistungen in Lose zu beachten.

Wenn ein solcher Öffentlicher Dienstleistungsauftrag zugleich auch einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB darstellt, sind bei der Vergabe die Vorgaben des sogenannten Kartellvergaberechts gemäß §§ 97 ff. GWB zu beachten. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn nicht der Öffentliche Dienstleistungsauftrag ausnahmsweise als Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts, bei welcher der Betreiber ein echtes wirtschaftliches Risiko seiner Tätigkeit tragen muss, ausgestaltet wird.¹ Unter dem Regime des Kartellvergaberechts ist für das Vergabeverfahren eine Pflicht zur Losaufteilung in § 97 Abs. 3 GWB normiert.

Nach der Novellierung des PBefG findet sich jetzt eine Parallelregelung auch in § 8a Abs. 4 PBefG. Hierdurch wird sichergestellt, dass auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts mittelständische Interessen bei der Vergabe von Verkehrsverträgen zu berücksichtigen sind.² Die beiden angeführten Regelungen stehen damit nebeneinander: § 97 Abs. 3 GWB greift für Verkehrsverträge, die als „klassischer“ öffentlicher Auftrag vergeben werden, während § 8a Abs. 4 PBefG für Verkehrsverträge in Form einer Dienstleistungskonzession und eingeschränkt auch bei Bagatellaufträgen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 gilt.

Gemäß § 9 Abs. 2 PBefG kann von dem Grundsatz der Einzelliniengenehmigung abgesehen und eine Genehmigung für die Personenbeförderung auch für mehrere Linien gebündelt erteilt werden. Entsprechende Linienbündel werden regelmäßig bereits im Nahverkehrsplan gemäß § 8 Abs. 3 PBefG vorgesehen.

¹ Siehe Kirch/Leinemann, Verkehr und Technik 2008, 347, 348; Kirch, Verkehr und Technik 2001, 355, 355.

² Siehe Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/8233, Seite 13 sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung zu den Einwänden des Bundesrats, BT-Drs. 17/8233, Seite 32. Siehe auch Fromm/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl., § 8a, Rn. 10.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden der praktischen Bedeutung der Pflicht zur Losaufteilung bei der Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen und auch der Auswirkung dieser Anforderungen auf die Linienbündelung in einem Nahverkehrsplan nachgegangen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Zur Pflicht zur Losaufteilung gemäß § 97 Abs. 3 GWB

a) Grundsätzliches

§ 97 Abs. 3 GWB gibt vor, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen vorrangig zu berücksichtigen sind und Leistungen im Regelfall aufgeteilt in Fach- und Teillosummen vergeben werden. Die insoweit maßgeblichen Vorgaben lauten wie folgt:

„Mittelständische Interessen sind 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. (...)“

§ 97 Abs. 3 GWB enthält nicht nur einen unverbindlichen Programmsatz, sondern ein unmittelbar an öffentliche Auftraggeber gerichtetes Gebot, welches auch mit entsprechenden subjektiven Bieterrechten korrespondiert.³ Es wird eine justiziable vergaberechtliche Verpflichtung statuiert, nach der die Aufteilung eines Gesamtauftrags in Lose die Regel zu sein hat. Eine Gesamtvergabe darf nach dem gesetzgeberischen Willen aus Gründen der Mittelstandsförderung nur in Ausnahmefällen stattfinden.⁴ Mit dieser Zielrichtung ist die Mittelstandsklausel des Kartellvergaberechts auch im Jahr 2009 vom Gesetzgeber überarbeitet worden, um den Mittelstandsschutz und die Pflicht zur Losaufteilung in der Praxis zu effektivieren.⁵ Dass die Losvergabe die Regel zu sein hat, ergibt sich nunmehr eindeutig aus dem Wortlaut. Nur ausnahmsweise darf aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen hiervon abgewichen werden. Keinesfalls reicht es zur gesetzlich gewollten Mittelstandsförderung aus, mittelständische Unternehmen auf die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften oder Arbeitsgemeinschaften zu verweisen. Verlangt wird vielmehr, dass sich aus der betreffenden Branche ein mittelständisches Unternehmen auch außerhalb einer Bietergemeinschaft konkret um einen Auftrag bewerben kann.⁶ Erst recht müssen sich mittelständi-

³ OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.11.2008, Verg W 15/08.

⁴ So schon OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009, Verg 27/09.

⁵ Siehe etwa Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 34.

⁶ OLG Schleswig, Beschl. v. 20.11.2012, 1 Verg 7/12; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.04.2011, 15 Verg 3/11.

sche Unternehmen damit auch nicht darauf verweisen lassen, gegebenenfalls als Nachunternehmer mittelbar an der Auftragsausführung partizipieren zu können.

Kommt ausnahmsweise eine Gesamtvergabe in Betracht, so hat sich der Auftraggeber in jedem Einzelfall in besonderer Weise mit dem Gebot der Losvergabe und den dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen. Es bedarf in diesem Rahmen einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, bei der im Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein, sondern darüber hinaus überwiegen müssen. Hierbei ist zu beachten, dass der mit einer Losvergabe allgemein verbundene Mehraufwand nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist, da andernfalls das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt würde. Die klassischen Nachteile einer Losaufteilung wie etwa der hiermit verbundene erhöhte Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand sowie auch ein höherer Aufwand etwa bei Gewährleistungen und einer Mehrzahl von Vertragspartnern können eine Gesamtvergabe daher für sich alleine nicht rechtfertigen.⁷

Eine Gesamtvergabe oder Zusammenfassung von zunächst mittelstandsfreundlichen Losen lässt sich damit grundsätzlich nicht darauf stützen, dass hierdurch der Verwaltungsaufwand und die Anzahl der Vertragspartner sinkt. Es handelt sich hierbei vielmehr um klassische Nachteile und Folgen einer Losaufteilung, die regelmäßig hinzunehmen sind.

b) Zum Loszuschnitt

Durch die Aufteilung eines Gesamtauftrags in Teillose muss mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden, sich mit Aussicht auf Erfolg an dem Vergabeverfahren direkt beteiligen zu können. Auch wenn eine Ausschreibung nicht auf bestimmte Unternehmen zugeschnitten werden muss, ist die selbstständige Bewerbungsmöglichkeit für den Mittelstand grundsätzlich zu eröffnen.⁸ Durch die Losbildung soll das Volumen der zu vergebenden einzelnen Aufträge verringert werden, damit nicht nur Großunternehmen Angebote abgeben können.⁹

Aus dem Gesetz ergibt sich insoweit allerdings keine allgemein geltende quantitative Grenze für eine Teillosbildung. Die Losgröße ist vielmehr im Einzelfall aus der Leistungsfähigkeit des für einen Auftrag relevanten bzw. des im konkreten regionalen Markt anzutreffenden Mittelstandes abzuleiten.¹⁰ Die abstrakte Mittel-

⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.03.2012, Verg 92/11; Beschl. v. 25.11.2009, Verg 27/09.

⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.03.2012, Verg 92/11.

⁹ OLG Schleswig, Beschl. v. 20.11.2012, 1 Verg 7/12.

¹⁰ OLG Schleswig, Beschl. v. 20.11.2012, 1 Verg 7/12.

standsdefinition der EU-Kommission¹¹ kann insoweit nur einen ersten Anhaltspunkt für die Auslegung des § 97 Abs. 3 GWB bilden, da zusätzlich die Marktverhältnisse im Einzelfall zu Grunde zu legen sind. So unterscheidet sich etwa der Ressourceneinsatz in den verschiedenen Branchen stark, was auch bei der Definition des Begriffs des Mittelstands im Kartellvergaberecht zu berücksichtigen ist. Beim Loszuschnitt sind daher die konkreten Marktverhältnisse im Einzelfall zu berücksichtigen.¹² Zwar wird dem vereinzelt entgegengehalten, dass der Begriff des Mittelstandes objektiv und branchenunabhängig zu bestimmen sei.¹³ Auch nach dieser Auffassung ist aber im Kartellvergaberecht bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei einer Losaufteilung auf die Größe und die Leistungsfähigkeit der Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftszweiges abzustellen, sodass jedenfalls der Loszuschnitt unter Berücksichtigung der Situation des Mittelstands im Einzelfall zu erfolgen hat.¹⁴

Dies ist bei der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen nach dem Kartellvergaberecht zwingend zu beachten. Die einzelnen Lose müssen grundsätzlich eine Größe aufweisen, die eine eigenständige Bewerbung der im regionalen Markt anzutreffenden mittelständischen Busunternehmen ermöglicht. Die Losgröße hat sich an den konkreten Marktverhältnissen im Einzelfall zu orientieren. Dies bedeutet, dass gegebenenfalls der Loszuschnitt so zu wählen ist, dass auch Unternehmen mit einer vielleicht im bundesweiten Vergleich unterdurchschnittlichen Betriebsgröße eine Chance auf eigenständige Bewerbung haben, wenn diese Betriebsgröße für die betroffene mittelständische Struktur maßgeblich ist.

2. Zur Pflicht zur Losaufteilung gemäß § 8a Abs. 4 PBefG

Auch bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über Busverkehrsdienstleistungen, der als Dienstleistungskonzession nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fällt, besteht nach § 8a Abs. 4 PBefG eine Pflicht zur Losaufteilung:

„Bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, O-Bussen oder mit Kraftfahrzeugen sind die Interessen des Mittelstandes angemessen zu berücksichtigen. Bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sind Leistungen in Lose aufgeteilt zu vergeben.“

¹¹ Weniger als 250 Mitarbeiter und Jahresumsatz bis EUR 50 Mio. bzw. Bilanzsumme bis EUR 43 Mio., Empfehlung 2003/361/EG vom 06.05.2003, Abl. Nr. L 124, 36.

¹² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.03.2012, Verg 92/11.

¹³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.04.2011, 15 Verg 3/11.

¹⁴ Siehe OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.04.2011, 15 Verg 3/11.

Diese Regelung ist im Rahmen der Novellierung des PBefG neu eingeführt worden. Sie scheint zunächst über die Pflicht zur Losaufteilung gemäß § 97 Abs. 3 GWB noch hinauszugehen, da sie nach dem Wortlaut für eine Losaufteilung kein Ermessen und auch kein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis vorsieht.¹⁵ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte aber auch hier die Losvergabe nur als Regelfall normiert werden.¹⁶ So hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe die Gesamtvergabe des Auftrags erfordern, nach allgemeiner Rechtsauffassung von einer Losaufteilung abgesehen werden kann.¹⁷ Es sollte damit erkennbar keine über den Regelungsgehalt des § 97 Abs. 3 GWB hinausgehende Pflicht zur Losaufteilung geschaffen werden, was bei der Auslegung und Anwendung des § 8a Abs. 4 PBefG zu berücksichtigen ist.

Im Ergebnis ist damit von einem inhaltlichen Gleichlauf der Pflicht zur Losaufteilung gemäß Kartellvergaberecht (§ 97 Abs. 3 GWB) und § 8a Abs. 4 PBefG auszugehen. Auch wenn diesbezüglich bestätigende Rechtsprechung zu der noch recht neuen Fassung des PBefG nicht vorliegt, kann damit für die Begründung einer Ausnahme von der Pflicht zur Losvergabe und auch für die beim Loszuschnitt zu beachtenden Grundsätze auf die obigen Ausführung zu § 97 Abs. 3 GWB verwiesen werden.

3. Folgen für eine Linienbündelung im Nahverkehrsplan

Die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebots werden von den Auftraggebern in der Regel in einem Nahverkehrsplan gemäß § 8 Abs. 3 PBefG definiert. In diesem Rahmen wird vielfach eine Linienbündelung, also eine Zusammenfassung von Linien als Grundlage für eine gemeinsame Genehmigung gemäß § 9 Abs. 2 PBefG, durchgeführt.

a) Exkurs: Zulässigkeit der Linienbündelung nach PBefG¹⁸

Mit Inkrafttreten des novellierten PBefG im Januar 2013 hat der Gesetzgeber an dem Grundsatz der Einzelliniengenehmigung festgehalten. § 9 Abs. 1 PBefG stellt wie bislang klar, dass zunächst jede einzelne Linie für sich zu betrachten und zu genehmigen ist. Allerdings kann – wie auch schon nach altem Recht – die Genehmigung gemäß § 9 Abs. 2 PBefG gebündelt erteilt werden, soweit es die Zielsetzung des § 8 PBefG erfordert.

Hierbei handelt es sich zwar um eine Regelung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Genehmigung für ein Linienbündel erteilt werden kann. Aus ihr folgt aber zugleich im Rückschluss dass dann, wenn eine Linienbünde-

¹⁵ Siehe Fromm/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl., § 8a, Fn. 10.

¹⁶ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 17/8233, Seite 13.

¹⁷ BT-Drs. 17/8233, Seite 32 – Gegenäußerung der Bundesregierung.

¹⁸ Landesrechtliche Regelungen bleiben vorliegend unberücksichtigt.

lung in einem Genehmigungsverfahren Bestand haben soll, sie dem Ziel des § 8 PBefG entsprechen muss. Eine Linienbündelung muss daher den Zielsetzungen des § 8 PBefG genügen und zur Erreichung der dort verankerte Ziele erforderlich sein.

Zu den zu berücksichtigenden Zielsetzungen gehört gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen. Die Anforderung an Umfang und Qualität des Verkehrsangebots, dessen Umweltqualität sowie auch Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration werden dabei i. d. R. von den Aufgabenträgern in einem Nahverkehrsplan definiert. Der Nahverkehrsplan bildet nach dem Gesetz den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs, wobei die Länder nur noch weitere Einzelheiten über die Aufstellung und den Inhalt der Nahverkehrspläne regeln können.¹⁹

Eine Linienbündelung kommt damit mit der Zielsetzung der Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen in Betracht. So soll die gebündelte Genehmigung unter anderem eine gesamtwirtschaftliche Bewertung ermöglichen, die einen Ausgleich zwischen guten und schlechten Risiken gestattet.²⁰ Dies bestätigt auch § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. d) PBefG, wonach eine Genehmigung zu versagen ist, wenn etwa der beantragte Verkehr einzelne ertragsreiche Linien aus einem im Nahverkehrsplan i. S. d. § 8 Abs. 3 PBefG festgelegten Linienbündel herauslösen würde. Eine Linienbündelung im Nahverkehrsplan kann insoweit genehmigungsrechtlich Bindungswirkung entfalten. Voraussetzung ist allerdings, dass die Linienbündelung auch im rechtlich zulässigen Rahmen erfolgt.²¹ Alleine die Möglichkeit eines bündelinternen Ertragsausgleich zwischen guten und schlechten Linien trägt dabei eine Linienbündelung noch nicht. Die zu bündelnden Linien müssen auch verkehrlich miteinander verbunden sein.²²

Mit dem angesprochenen Versagungsgrund soll vermieden werden, dass sich Unternehmer ertragsreiche Verkehre aus einem vorhandenen Netz oder Linienbündel herausuchen können, während die übrigen Verkehre von der öffentlichen Hand finanziert werden müssen.²³ Es soll damit ein sogenanntes „Rosinen-

¹⁹ Gemäß § 8 Abs. 3 PBefG hat ein Nahverkehrsplan auch die Belange der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Menschen zu berücksichtigen, worauf vorliegend indes nicht näher einzugehen ist.

²⁰ Sellmann/Zuck, PBefG, § 9, Rn. 5; siehe so auch Bauer/Hartmann, PBefG, § 9, Rn. 9 sowie Heinze, Personenbeförderungsrecht, § 9, Anm. 9, jeweils zur alten Fassung des PBefG.

²¹ Siehe Sellmann/Zuck, PBefG, § 9, Rn. 5. Ist dies nicht der Fall, kann der Nahverkehrsplan im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Prüfung etwa der Versagung der Genehmigung einer inzidenten Kontrolle unterzogen werden, siehe Heinze, Personenbeförderungsrecht, § 8, Anm. 5.

²² Etwa Barth/Baumeister/Bersch/Werner, Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, 1. Aufl., Juli 2004, B 1, Rn. 59.

²³ So die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 17/8233, Seite 16. Vgl. ähnlich auch der gemeinsame Novellierungsvorschlag von VDV und bdo, Der Nahverkehr 7-8/2010, Seiten 8, 10 f.

picken“ verhindert werden, welches zur Folge haben kann, dass die mit der Erbringung von Verkehrsleistungen auf ertragsschwachen Linien verbundenen Lasten bei der öffentlichen Hand verbleiben, während die privaten Verkehrsunternehmen die starken Linien mit Gewinn bedienen.²⁴ Soweit allerdings ein Linienbündel bereits eigenwirtschaftlich bedient wird oder bedient werden kann, folgt aus dem Verbot des „*Rosinenpickens*“ zugleich auch ein Schutz eigenwirtschaftlicher Verkehre.²⁵

Die Möglichkeit gemäß § 9 Abs. 2 PBefG, eine Genehmigung für mehrere Linien gebündelt zu erteilen, bezieht sich allerdings nicht nur auf die Zielsetzung des § 8 Abs. 3 PBefG, sondern auf § 8 PBefG insgesamt und damit auch auf den dort in Abs. 4 normierten Grundsatz, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen sind. Eigenwirtschaftliche Verkehre haben demnach gegenüber gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen Vorrang.²⁶ Der bereits in der Vergangenheit auch von der Rechtsprechung²⁷ postulierte Vorrang ist durch die Novelle im Januar 2013 nicht geändert worden.²⁸

Der neu eingeführte Begriff der „*Teilleistung*“ in § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG verdeutlicht vielmehr noch den hoch angelegten Schutz mittelständischer und eigenwirtschaftlicher Interessen. Ausweislich des klaren Wortlauts genießen auch Anträge auf Teilleistungen Vorrang vor der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach der VO 1370.

Könnten Aufgabenträger rentable und damit eigenwirtschaftlich betreibbare Linien indes beliebig mit unrentablen Linien bündeln, würde der Grundsatz und Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit gemäß § 8 Abs. 4 PBefG vielfach ins Leere laufen. Es bestünde die Gefahr, dass der vom Gesetz postulierte Regelfall – Eigenwirtschaftlichkeit – zur Ausnahme degradiert wird, da die Aufgabenträger ein Interesse daran haben werden, die Kosten gemeinwirtschaftlicher Verkehre durch den Ertrag von grundsätzlich eigenwirtschaftlich bedienbaren Linien zu reduzieren. Bei der Linienbündelung ist daher das Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit als weiteres Ziel des § 8 PBefG und ausdrücklich normierter Rechtsgrundsatz zu berücksichtigen. Um das Postulat eigenwirtschaftlicher Verkehre nicht ins Leere laufen zu lassen, ist daher insbesondere an die Bildung eigenwirtschaftlicher Linienbündel zu denken. Ein Vorgehen, bei welchem die Linienbündel so gewählt werden, dass eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen überhaupt nicht mehr möglich sind, wird den Anforderungen aus § 8 Abs. 4 PBefG nicht gerecht. Auch wenn ertragsreiche und ertragsschwache Linien im Interesse der Gesamt-

²⁴ Hierzu Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, Seite 88 f.

²⁵ Siehe Sellmann/Zuck, PBefG, § 13, Rn. 13, die dies wohl als Hauptziel dieser Neuregelung betrachten.

²⁶ Siehe BT-Drs. 17/8233, Seite 32.

²⁷ Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 29.09.2009, 3 C 2.09.

²⁸ Sellmann/Zuck, PBefG, § 8, Rn. 10.

wirtschaftlichkeit gebündelt werden können, ist zu fordern, dass eine eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung möglich bleibt, wenn der Grundsatz der Eigenwirtschaftlichkeit nicht bloß auf einen unverbindlichen Programmsatz reduziert werden soll. Dies bestätigt sich auch dadurch, dass es zwar aus Gründen der Wirtschaftlichkeit Aufgabenträgern grundsätzlich möglich sein soll, die ausreichende Verkehrsleistung als Ganzes (in Losen) zu vergeben. Dies allerdings nur, sofern deren Erbringung nicht auf eigenwirtschaftlicher Basis beantragt wird.²⁹

b) Berücksichtigung des Grundsatzes der Losvergabe

Mit Blick auf die dargestellten Pflichten zur Losaufteilung bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im ÖPNV ist zu beachten, dass die Begriffe der Linienbündelung und Losbildung keinesfalls identisch sind. Die Linienbündelung stellt eine Zusammenfassung von Linien dar, die zu einer gemeinsamen Genehmigung führen kann. Sie richtet sich nach § 8 PBefG, wohingegen die Pflichten zur Losaufteilung jeweils einen konkreten Vergabeprozess betreffen und darauf abzielen, hier dem Mittelstand eine eigenständige Bewerbungschance einzuräumen.³⁰ Während die Losbildung ausdrücklich die Berücksichtigung mittelständiger Interessen bezweckt, ist eine entsprechende Zielsetzung weder § 8 PBefG noch § 9 PBefG zu entnehmen. § 8 Abs. 3 PBefG bestimmt vielmehr, dass die Aufgabenträger im öffentlichen Personennahverkehr für die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen zuständig sind, ohne dass hierbei nach den bei der Aufstellung eines Nahverkehrsplanes zu berücksichtigenden Aspekten auf den Mittelstandsschutz nach dem Gesetzeswortlaut Rücksicht zu nehmen wäre.

Die Linienbündelung im Nahverkehrsplan und die Pflicht zur Losvergabe stehen daher rechtlich zunächst selbstständig nebeneinander. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Zweck einer Linienbündelung im Nahverkehrsplan wohl kaum erreicht werden kann, wenn bei der Bündelung die (zeitlich nachgelagerte) Pflicht zur Losaufteilung bei der Vergabe eines entsprechenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags nicht bereits beachtet wird. Genügt nämlich die Linienbündelung im Nahverkehrsplan den Anforderungen für eine ordnungsgemäße Losbildung nicht, ist die Bündelung im konkreten Beschaffungsprozess wieder aufzubrechen und zu korrigieren. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der Pflicht zur Aufteilung einer Leistung in Lose im Rahmen eines konkreten Beschaffungsvorgangs nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern um eine echte Rechtspflicht, von der nur ausnahmsweise nach umfassender Abwägung aller berührten Belange abgewichen werden kann. Im Rahmen des bei einer Gesamtvergabe

²⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 17/8233, Seite 13.

³⁰ Vgl. hierzu Barth/Baumeister/Berschlin/Werner, Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, 1. Aufl., Juli 2004, B 1, Rn. 10.

oder einer Zusammenfassung von möglichen Losen erforderlichen vergaberechtlichen Abwägungsprozesses kann dabei dem Nahverkehrsplan und einer hier vorgesehenen Linienbündelung keine entscheidende Bedeutung zukommen, da bei der Aufstellung des Nahverkehrsplans mittelständische Interessen nicht zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus handelt es sich bei einem Nahverkehrsplan auch weder um einen Verwaltungsakt noch kommt ihm Rechtsnormqualität zu, sodass es sich nur um einen im Rahmen der Genehmigungserteilung abwägungsrelevanten Belang handelt.³¹ Über ein solches Berücksichtigungsgebot hinaus vermag ein Nahverkehrsplan Eingriffe in Rechte und Befugnisse nicht zu bewirken und kann zu solchen auch nicht ermächtigen.³² Und selbst im Rahmen der Genehmigung ist der Nahverkehrsplan grundsätzlich ohne unveränderliche Bindung nach pflichtgemäßem Ermessen zu berücksichtigen.³³ Etwas anderes folgt vergaberechtlich auch nicht aus der gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. d) PBefG im Genehmigungsverfahren bestehenden Bindung an die in einem Nahverkehrsplan vorgesehene Linienbündelung. Dieser Versagungsgrund für eine Genehmigung bezieht sich allein auf das Genehmigungsverfahren und nicht auf das vorgelagerte Vergabeverfahren. Für dieses kann er wegen der hier ausdrücklich zu beachtenden Pflicht zur Losaufteilung keine Bindungswirkung entfalten, weil es an einer entsprechenden Verpflichtung die Linienbündelung im Nahverkehrsplan mittelstandsfreundlich auszugestalten – wie sowohl in § 97 Abs. 4 GWB als auch § 8a Abs. 4 PBefG für Vergabeverfahren vorgesehen – fehlt.

Im Rahmen eines Beschaffungsprozesses kann damit dem Nahverkehrsplan keine entscheidende Bedeutung für die Frage der Rechtfertigung eines Loszuschnitts durch die im Nahverkehrsplan vorgesehene Linienbündelung zukommen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Pflicht zur Losaufteilung um eine justiziable Verpflichtung handelt, auf deren Beachtung die am Auftrag interessierten mittelständischen Unternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens einen Rechtsanspruch haben. Dieser kann nicht nur bei Vergabeverfahren nach dem GWB vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden. Gemäß § 8a Abs. 7 PBefG unterliegen auch wettbewerbliche Verfahren über nicht vom GWB erfasste öffentliche Dienstleistungsaufträge über ÖPNV-Dienstleistungen der Nachprüfung durch die Vergabekammern und Vergabesenate. Die Beachtung der Pflicht zur Losaufteilung kann damit im Rahmen eines Vergabewettbewerbs einer entsprechenden vergaberechtlichen Nachprüfung unterzogen werden, was gleichsam dafür spricht, dass der Linienbündelung in einem Nahverkehrsplan keine bindende Wirkung für den nachgelagerten Beschaffungsvorgang zukommen kann. Ob die Pflicht zur Losaufteilung ordnungsgemäß umgesetzt wurde, unterliegt vielmehr bei jedem einzelnen Vergabepro-

³¹ Siehe Fromm/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl., § 8, Rn. 7.

³² Für die alte Fassung des PBefG: Heinze, Personenbeförderungsgesetz, 1. Aufl., Seite 135.

³³ Bauer, PBefG-Kommentar, § 8, Rn. 13.

zess der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen, die gegebenenfalls auf Antrag die Einhaltung der Vorgaben aus § 97 Abs. 3 GWB bzw. § 8 Abs. 4 PBefG überprüfen muss.

Um die Ziele einer Linienbündelung im Nahverkehrsplan auch tatsächlich erreichen zu können, sollten daher bereits bei der Linienbündelung auch mittelständische Interessen berücksichtigt werden und auf eine der Pflicht zur Losvergabe entsprechenden Bündelgröße geachtet werden.³⁴ Andernfalls werden die Vorgaben aus dem Nahverkehrsplan nicht rechtskonform im Rahmen eines Vergabewettbewerbs umgesetzt werden können.

Berlin, 12.11.2013



Dr. Thomas Kirch
Rechtsanwalt

³⁴ Vgl. im Ergebnis so auch Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, Seite 88.