



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten

Verkehr • Newsletter

Januar/Februar 2009

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

der Countdown zum Inkrafttreten der Verordnung 1370/2007 zum 03.12.2009 läuft. Die zur Schaffung von Rechtssicherheit dringend erforderliche Novellierung des PBefG ist allerdings ins Stocken geraten. Der vom Bundesministerium am 27.08.2008 vorgelegte Referentenentwurf wird voraussichtlich keine politische Mehrheit finden. Zwar soll es einen weiteren, bisher noch geheimen Referentenentwurf geben; dieser war jedoch noch nicht in der Verbändeanhörung. Damit wird die Zeit knapp, in dieser Legislaturperiode und vor dem Inkrafttreten der VO 1370/2007 noch eine Gesetzesnovelle zu verabschieden.

In diesem Newsletter befassen wir uns mit der Frage, welche Konsequenzen ein Scheitern der Novellierung hätte. Vier Urteile des VGH Hessen weisen bereits den Weg für ein ÖPNV-Richterrecht, das wesentliche Mängel des bestehenden Rechts behebt.

Übersicht

- Wie geht's weiter ohne PBefG-Novelle?
- Urteile des VGH Hessen:
 - Ende der Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre?
 - § 13 PBefG als rechtssichere Teilbereichsausnahme?
- VG Minden zum Altunternehmerprivileg
- EuGH zur Definition des Sektorenauftraggebers
- BGH: Rettungsdienstleistungen sind ausschreibungspflichtig!
- Praxishinweis: Förderrichtlinien der Länder nutzen!
- Neues [GGSC]-Büro in Köln
- [GGSC]-Seminare
- [GGSC]-Veröffentlichungen

Bei Rückfragen zu den Beiträgen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Siederer, Rechtsanwältin Denzin und Rechtsanwalt Dr. Wenzel.



Bei Interesse können Sie sich über unsere weiteren Service- und Newsletter-Angebote auf unserer Homepage unter www.ggsc.de informieren. Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre.

[WIE GEHT'S WEITER OHNE PBefG-NOVELLE?]

Mit ihrem Inkrafttreten am 03.12.2009 wird die VO 1370/2007 in Deutschland unmittelbar gelten, wobei sie als europäische Rechtsverordnung in der Gesetzeshierarchie über den deutschen Gesetzen, also auch dem PBefG steht. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht sind die Bestimmungen des PBefG zunächst europarechtskonform auszulegen. Bestimmungen des PBefG, die gegen zwingende Inhalte der VO 1370/2007 verstoßen, sind nicht mehr anwendbar.

Ohne Novellierung des PBefG käme es somit teilweise zu einem Rechtsvakuum, da insbesondere die Vereinbarkeit der Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre gem. § 13 PBefG mit der VO ungewiss ist. Im Mittelpunkt der Kontroverse stünde daher die alte Frage in neuem Gewand: Ist die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre gem. § 13 PBefG oder – wie sie im Rahmen des Referentenentwurfs zur Novellierung des PBefG genannt wurde – kommerzieller Ver-

kehre vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 erfasst und daher grundsätzlich in einem wettbewerblichen Verfahren auszuschreiben oder unterfallen diese Genehmigungsformen nicht der VO?

Genau diese Frage ist auch einer der Knackpunkte der Novellierung des PBefG. Eine Übersicht über das hierzu vertretene Meinungsspektrum gibt die Tabelle auf der folgenden Seite.

U. E. ist aus Gründen der Rechtssicherheit davon auszugehen, dass die Genehmigung gem. § 13 PBefG ein ausschließliches Recht im Gegenzug für die Einhaltung gemeinwirtschaftlicher Pflichten in Form der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten gewährt (siehe rechte Spalte der nachstehenden Tabelle).

Dies hätte zur Konsequenz, dass beide Genehmigungsformen dem Rechtsregime der VO 1370/2007 unterfielen. Damit bestünde zum einen die Möglichkeit einer aufgabenträgerinitiierten Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre und zum anderen die Möglichkeit der Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen gem. § 13 PBefG durch die Genehmigungsbehörde, der jedoch gem. Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 ein offenes, faires und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügendes wettbewerbliches Vergabeverfah-



ren vorausgehen muss. Dem würde u.E. auch ein durch die Genehmigungsbehörde strukturierter Genehmigungswettbewerb genügen.

In welchem Verhältnis diese Verfahren zueinander stehen, ob insbesondere die bisherige Vorrangstellung der Genehmigung ei-

genwirtschaftlicher Verkehre erhalten bliebe, ist offen.

Auch inwieweit die in Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 vorgesehene Möglichkeit der Eigenerbringung von Verkehrsleistungen zur Wirksamkeit käme, ist mangels entsprechender Regelung im PBefG fraglich.

Positionen zur Anwendung der VO 1370/2007 auf eigenwirtschaftliche Verkehre

§ 13 PBefG unterfällt nie der VO	§ 13 PBefG unterfällt nur teilweise der VO	§ 13 PBefG unterfällt immer der VO
<p>Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten sind keine gemeinwirtschaftlichen Pflichten, so dass Zahlungen der öffentlichen Hand bzw. ausschließliche Rechte nicht "im Gegenzug" gewährt werden.</p> <p>Solange Behörde keine Initiative ergreift, gilt die VO nicht. § 13 PBefG kann unverändert angewandt werden.</p>	<p>§ 13 gewährt kein ausschließliches Recht, sondern nur ein „besonderes“ Recht</p> <p>Werden daher nur gesetzliche Ausgleichsleistungen gem. §§ 45 a und 145 SGB IX gewährt, die als allgemeine Vorschriften außerhalb der VO notifiziert werden können, ist VO nicht anwendbar.</p>	<p>jede Liniengenehmigung gewährt aufgrund des Verbots der Doppelbedienung ein ausschließliches Recht für die beantragte Linie im Gegenzug für die gemeinwirtschaftlichen Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten.</p> <p>§ 13 PBefG unterfällt der bestehenden VO 1191/69 nur aufgrund der Teilbereichsausnahmen nicht; mangels Ausnahmeregelung aber der neuen VO 1370/2007.</p>
Position von BDO, Mofair, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt	Position des BMVBS? Unsicher, da genaue Definition noch offen.	Position von VDV, Dt. Städtetag, Dt. Landkreistag/VGH Hessen (siehe nachfolgender Beitrag)



Bis zur Schaffung einer eindeutigen gesetzlichen Regelung oder einer höchstrichterlichen Entscheidung zu diesen Fragen werden der „föderale Flickenteppich“ und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit fortbestehen.

[URTEILE DES VGH HESSEN]

Mit vier Urteilen vom 18.11.2008 (Az. der Leitentscheidung: 2 UE 1476/07) hatte sich der Verwaltungsgerichtshof Hessen mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich Genehmigungsanträge gem. § 13 PBefG gegenüber vergaberechtlichen Ausschreibungen von Verkehrsleistungen durch den Aufgabenträger und eine anschließende Genehmigung gem. § 13 a PBefG durchsetzen.

Den Urteilen liegen, mit einer Ausnahme, im Wesentlichen die folgenden Fallkonstellationen zugrunde: Der Aufgabenträger schreibt gemäß Vergaberecht ein Linienbündel aus. Nach Zugang der Vorinformation über die beabsichtigte Zuschlagserteilung stellt ein unterlegener Bieter bei der Genehmigungsbehörde einen Genehmigungsantrag gem. § 13 PBefG. In zwei der Verfahren wird den Ausschreibungsgewinnern dennoch die gemeinwirtschaftliche Genehmigung gem. § 13 a PBefG erteilt. In

dem dritten Fall erteilt die Genehmigungsbehörde dem konkurrierenden Antragsteller für eigenwirtschaftliche Verkehre die Genehmigung gem. § 13 PBefG. Gegen diese Genehmigungsentscheidungen geht der jeweils unterlegene Antragsteller gerichtlich vor.

Die Vorinstanz VG Gießen hatte vor dem Hintergrund der erfolgten Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre jeweils die Genehmigung gem. § 13 a PBefG für rechtmäßig erachtet. Der VGH Hessen kommt nun in allen Fällen zu dem entgegengesetzten Ergebnis.

Ende der Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre?

Der VGH bestätigt zunächst unter Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.10.2006 den Vorrang eigenwirtschaftlicher vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren. Der Gesetzgeber habe mit § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 PBefG den Vorrang der Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen vor gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen normiert. Der Abschluss eines Verkehrsvertrages als Vereinbarung auf der Grundlage der VO 1191/69 und eine anschließende Genehmigung nach § 13 a PBefG sind danach



rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen vorliegen.

Auch hinsichtlich des Prüfungsumfangs der Genehmigungsbehörde bestätigt der VGH – wenn auch unter kritischen Anmerkungen – die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Zuschüsse der öffentlichen Hand zum Defizitausgleich zu den Kosten einer Verkehrsleistung deren Eigenwirtschaftlichkeit nicht aufhebe und die Rechtmäßigkeit von Zuschüssen und Beihilfen der öffentlichen Hand im Rahmen der Genehmigung nach § 13 PBefG auch nicht zu prüfen sei.

Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit des Genehmigungsantrages gem. § 13 PBefG sei allein, dass der beantragte Verkehr mit dem Nahverkehrsplan im Einklang steht. Darüber hinausgehende Anforderungen an die Ausgestaltung des Verkehrs, wie sie beispielsweise der Aufgabenträger im Rahmen der Verdingungsunterlagen für die Ausschreibung festgelegt hat, seien für die im Genehmigungsverfahren allein erforderliche „ausreichende Verkehrsbedienung“ nicht maßgeblich.

Lösungsansätze des Gerichts

In zeitlicher Hinsicht stellt das Gericht fest, dass die eigenwirtschaftlichen Konkurrenzanträge zu berücksichtigen waren, obwohl sie erst gestellt wurden, nachdem der Aufgabenträger die Initiative für die Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen ergriffen hatte und aufgrund der Ausschreibung den Zuschlag an den Erstplatzierten erteilt hatte. Eine „materielle Verwirkung“ des Wahlrechts des Verkehrsunternehmers könne nicht dadurch eintreten, dass der Aufgabenträger durch die öffentliche Bekanntmachung einer Ausschreibung die Initiative ergreift. Damit bestätigt der VGH die vom OVG NRW bereits mit Beschluss vom 12.09.2008 (Az.: 13 B 929/08) vertretene Ansicht.

Zuständig für die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem ein Verkehrsunternehmen sein Wahlrecht nicht mehr ausüben kann, ist nicht der Aufgabenträger, sondern allein die Genehmigungsbehörde, die die Kompetenz für eine geordnete Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens hat.

Eine rechtssichere Abgrenzung von Ausschreibung einerseits und Antragstellung für eigenwirtschaftliche Verkehre andererseits kann daher nach Ansicht des VGH nur durch Verfahrensfestlegungen der Genehmi-



gungsbehörde erzielt werden. Diesbezüglich bestätigt das Gericht den Güttler-III-Erlass des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 27.07.2007, wonach eigenwirtschaftliche Anträge nur innerhalb einer einmonatigen Antragsphase zwischen 12 und 11 Monaten vor Beginn des Genehmigungszeitraumes gestellt werden können. Ähnliche Verfahrensstrukturen wurden bereits in Niedersachsen und Brandenburg vorgegeben (siehe Verkehrs-Newsletter von April 2008). Außerhalb der Antragsphase gestellte Anträge können damit regelmäßig abgelehnt werden und entfalten somit keinen Vorrang mehr vor der Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre im Anschluss an Ausschreibungsverfahren.

§ 13 PBefG als rechtssichere Teilbereichsausnahme?

Des Weiteren setzt sich das Gericht mit der Frage auseinander, wie die in Art. 1 Abs. 1 UA 2 der VO 1191/69 vorgesehene Ausnahmebefugnis für „Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten“ beschränkt ist, im Hinblick auf die Teilbereichsausnahme der eigenwirtschaftlichen Verkehre gem. § 13 PBefG auszulegen ist.

In den erstinstanzlichen Urteilen hatten das VG Gießen und das VG Frankfurt entschieden, dass Verkehrsunternehmen, die auch über eine Genehmigung zur Durchführung von Mietomnibusverkehr sowie von Ausflugsverkehr verfügen, aufgrund der einschränkenden Bestimmung der in der VO 1191/69 vorgesehenen Ausnahmebefugnis nicht der Teilbereichsausnahme gem. § 13 PBefG unterfallen können.

Dieser Auslegung widerspricht der VGH in seinen Urteilen. Zunächst stellt der VGH fest, dass es für die Teilbereichsausnahme der eigenwirtschaftlichen Verkehre aus dem Anwendungsbereich der VO 1191/69 auf die Ausnahmebefugnis in Art. 1 Abs. 1 UA 2 der Verordnung ankommt. Der EuGH gehe in seinem Altmark-Trans-Urteil erkennbar davon aus, dass ohne das Gebrauchmachen von der Ausnahmebefugnis des Art. 1 Abs. 1 UA 2 der Verordnung deren Regelungen auch auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen anzuwenden seien, da auch durch Linienverkehrsgenehmigungen gem. § 13 PBefG Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sinne der VO übernommen werden, nämlich die Betriebs-, Beförderungs- und die Tarifpflicht. Damit sei im Ergebnis davon auszugehen, dass auch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen grundsätzlich der VO 1191/69 unterfallen, sofern sie nicht auf der Grundlage und nach Maß-



gabe der Ausnahmebefugnis von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen werden.

Da die Verordnung somit nur die Erbringung solcher Verkehrsleistungen, die mit Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sinne der Verordnung verbunden sind, regelt, können auch für die Anwendung der Ausnahmebefugnis nur solche Verkehrsleistungen schädlich sein, die unter deren Anwendungsbereich fallen. Daraus ergibt sich, dass die Durchführung von Gelegenheitsverkehr, wie Ausflugs- oder anderer ausschließlich privat veranlasster Reiseverkehr, nicht in den Anwendungsbereich der VO fällt, da insoweit die dargestellten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes wie Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht nicht bestehen.

Ausblick

Bemerkenswert an den Urteilen des VGH sind seine Ausführungen zu der sog. rechts-sicheren Teilbereichsausnahme der Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre gem. § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG vom Anwendungsbereich der VO 1191/69. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH vertritt der VGH die Ansicht, dass auch die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre grundsätzlich dem Anwendungsbereich der VO unterfällt, da das Verkehrsunternehmen die Betriebs-,

Beförderungs- und Tarifpflicht für bestimmte Linien nur aufgrund der Genehmigung nach § 13 PBefG erfüllt und nicht im gleichen Umfang und unter den gleichen Bedingungen im eigenen wirtschaftlichen Interesse übernommen hätte. Mit dieser Formulierung, die zwar der VO 1191/69 entnommen ist, sich jedoch nahezu wortgleich auch in Art. 2 e) der VO 1370/2007 als Definition für „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ wiederfindet, bestätigt der VGH die in der vorstehenden Tabelle (siehe S. 3) in der rechten Spalte vertretene Ansicht.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage des Umfangs und der Auslegung der Teilbereichsausnahme des § 13 PBefG vom Anwendungsbereich der VO 1191/69 hat der VGH in zwei Verfahren die Revision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen, die auch bereits eingelegt wurde. Es ist somit zu erwarten, dass sich das Bundesverwaltungsgericht im kommenden Jahr mit der Frage des Verhältnisses der eigenwirtschaftlichen Genehmigung zur VO 1191/69 befassen wird. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesverwaltungsgericht in dem Verfahren Feststellungen trifft, die auch die parallele Fragestellung des Verhältnisses zur neuen VO 1370/2007 klären.

Wegen der europarechtlichen Relevanz dieser Fragestellung ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, dass das Bundesverwal-



tungsgericht diese Fragestellung dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegt. In diesem Fall dürfte sich eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts noch weiter verzögern.

[VG MINDEN ZUM ALTUNTERNEHMERPRIVILEG]

Das VG Minden hat sich in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu der Frage geäußert, ab welchem Leistungsanteil an der beantragten Verkehrsleistung dem Altunternehmer auch das Altunternehmerprivileg gem. § 13 Abs. 3 PBefG zusteht. In einem Erlass fordert das NRW-Verkehrsministerium die Genehmigungsbehörden auf, den Altunternehmensschutz nur zu Gunsten solcher Unternehmer anzuwenden, die bisher mindestens 90 % der Verkehrsleistungen erbracht haben.

In eine ähnliche Richtung ging das OVG Magdeburg in seinem Beschluss vom 09.02.2007, wonach das Altunternehmerprivileg dann nicht greife, wenn der in einem neuen Linienbündel zu bewältigende Verkehr wesentlich umfangreicher ist als der bisher betriebene.

Dieser Auffassung tritt das VG Minden in seinem Beschluss vom 12.01.2009 (Az.: 7 L 657/08) nunmehr entgegen. In dem zu entscheidenden Fall bestand die Besonderheit,

dass beide Konkurrenten auf den umstrittenen Linien in der Vergangenheit Verkehrsleistungen in einer den öffentlichen Verkehrsinteressen entsprechenden Weise erbracht hatten. Die daraus von der Genehmigungsbehörde gezogene Konsequenz, im Verhältnis der Konkurrenten komme dem Altunternehmensschutz keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu, ist nach Ansicht des VG Minden im Ergebnis nicht zu beanstanden. Selbst wenn der eine Altunternehmer einen Marktanteil von 70 %, der andere dagegen nur einen von 16 % der Altleistungen vorweisen könne, können beide Antragsteller als Altunternehmer i. S. d. § 13 Abs. 3 PBefG angesehen werden. Es sei daher jedenfalls nicht offensichtlich fehlerhaft, beiden Betreibern einen gleichwertigen Altunternehmensschutz zu gewähren, der sich im Verhältnis beider Konkurrenten aufhebt.

[EuGH ZUR DEFINITION DES SEKTORENAUFTRAGGEBERS]

In seinem Urteil vom 10.04.2008 (Az.: C-393/06) hat sich der EuGH mit der Frage befasst, welchem Vergaberechtsregime ein öffentlicher Auftraggeber unterfällt, der sowohl der Richtlinie 2004/17 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung als auch der Richtlinie 2004/18 über die Koordinierung der Verfah-



ren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterfällt.

Der EuGH stellt fest, dass die „Fernwärme Wien GmbH“, die im Eigentum der Stadt Wien steht, eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne beider Richtlinien ist. Die Voraussetzungen einer solchen „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ entsprechen der Definition eines öffentlichen Auftraggebers nach deutschem Recht (§ 98 Nr. 2 GWB). Öffentliche Auftraggeber sind danach auch „andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (...)“.

Aufgaben nicht gewerblicher Art?

Im Hinblick auf die Voraussetzung der Erfüllung „im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art“ kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt. Dabei sei unbeachtlich, ob die betreffende Einrichtung nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe oder ob sie – in Gewinnerzielungsabsicht – auch andere Tätigkeiten ausübt, sofern sie nur weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die

sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich.

Damit unterliegt diese Einrichtung insgesamt dem Vergaberecht, auch wenn sie Vorkehrungen für eine klare Trennung zwischen den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art einerseits und den unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten andererseits getroffen hat, die eine Querfinanzierung dieser beiden Arten von Tätigkeiten ausschließen.

Abgrenzung nach Sektorentätigkeiten

Steht danach fest, dass es sich bei der Einrichtung um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne beider Richtlinien handelt, bestimmt sich die Anwendung der einen oder der anderen Richtlinie danach, ob der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Zusammenhang mit Tätigkeiten ausschreibt, die den in der Sektorenrichtlinie genannten Sektoren unterfallen. Nur in diesen Fällen kann der öffentliche Auftraggeber auf das weniger strenge Vergaberechtsregime der Sektorenrichtlinie zurückgreifen; in allen anderen Fäl-



len gilt die allgemeine Vergaberichtlinie 2004/18.

Bedeutung für Verkehrsunternehmen

Diese Entscheidung des EuGH entfaltet insbesondere Bedeutung für kommunale Verkehrsunternehmen. Nach den Maßstäben dieser Entscheidung unterfällt ein kommunales Verkehrsunternehmen dem § 98 Nr. 2 GWB, wenn es in seinem Bediengebiet, etwa wegen einer Inhouse-Beauftragung, keinem „entwickelten Wettbewerb“ ausgesetzt ist, also eine Monopolstellung inne hat. In diesem Fall unterliegt das Verkehrsunternehmen mit seinen verkehrsbezogenen Tätigkeiten dem weniger formellen dritten Abschnitt der VOL/A (s. § 7 VgV), mit seinen sonstigen Tätigkeiten dem formellen Vergaberecht gem. dem zweiten Abschnitt der VOL/A. Liegen die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftraggebers i. S. d. § 89 Nr. 2 GWB nicht vor, unterfällt ein kommunales Verkehrsunternehmen mit seinen verkehrsbezogenen Tätigkeiten jedenfalls dem § 98 Nr. 4 GWB.

Welches Vergaberechts-Regime für welche Tätigkeiten jeweils Anwendung findet, ist im Einzelfall zu beurteilen.

[BUNDESGERICHTSHOF: RETTUNGSDIENSTLEISTUNGEN SIND AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIG!]

Mit zwei Grundsatzbeschlüssen hat der Bundesgerichtshof am 01.12.2008 (Az.: X ZB 31/08 und 32/08) klargestellt, dass Rettungsdienstleistungen nach Maßgabe von § 97 Abs. 1 GWB öffentlich auszuschreiben sind, wenn der Wert des abzuschließenden Vertrages den Schwellenwert erreicht.

Im konkreten Fall nahm ein sächsischer Zweckverband mehrerer Kommunalkörperschaften die öffentliche Aufgabe des Rettungsdienstes wahr, gem. § 3 Nr. 3 i. V. m. § 2 Abs. 2 Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (SächsBRKG) vom 24.06.2004 insbesondere die Notfallrettung und den Krankentransport im Gebiet der angeschlossenen Körperschaften, aber auch z. B. die Unterhaltung der Leitstellen.

Inhalt der Entscheidung

§ 31 SächsBRKG stellt es dabei in das Organisationsermessen des Aufgabenträgers, ob er die notwendigen Leistungen selbst durchführt (Abs. 7) oder die „Durchführung“ Dritten (sog. Leistungserbringern) „überträgt“. Das für diesen Fall vorgesehene „Auswahlverfahren“ ist in § 31 SächsBRKG und einer



hierauf erlassenen Verordnung näher geregelt. Während der Zweckverband auf dieser Grundlage allein ein öffentlich-rechtliches Auswahlverfahren nach SächsLRettDPVO durchzuführen beabsichtigte, verlangte der im Ergebnis erfolgreiche Rettungsdienstleister die Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens. Die Vergabekammer folgte insoweit zunächst dem Zweckverband und sah eine europaweite Ausschreibung im Hinblick auf § 1 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A (2006) nicht als erforderlich an. Auf Grund einer divergierenden Entscheidung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 05.04.2006, Vergaberecht 2006, S. 787) legte das für die sofortige Beschwerde zuständige Oberlandesgericht Dresden mit Entscheidung vom 04.07.2008 (Az.: WVerG 3/08) die Sache dem Bundesgerichtshof vor.

OLG Dresden contra OLG Düsseldorf

Anders als das Oberlandesgericht Düsseldorf, das im Hinblick auf Art. 45, 55 EG-Vertrag davon ausgegangen war, dass solche Rettungsdienstleistungen von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen seien, sieht der Bundesgerichtshof nunmehr eine Ausschreibungspflicht gem. § 97 ff. GWB als gegeben an. Denn im konkreten Fall sei der Zweckverband öffentlicher Auftraggeber i. S. v. § 98 Nr. 3 GWB. Dieser wolle nach Auffassung des Bundesgerichtshofs einen Ver-

trag mit einem Dritten abschließen, der Dienstleistungen i. S. v. § 99 Abs. 4 GWB zum Gegenstand habe. Im Kern gehe es um die Verpflichtung eines Dritten zur Erbringung von Dienstleistungen, unbenommen der Frage, ob hier eine Aufgabenübertragung vorliege. Auch stehe die Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht etwa entgegen. Die Entgeltlichkeit des Vertrages, auf die vorrangig abzustellen sei, sei ohne weiteres festzustellen.

Bei alledem komme es auf die eigentliche, die Divergenzvorlage begründende Frage betreffend Art. 45, 55 EG-Vertrag nicht an, da für eine Anwendung dieser Vorschriften letztendlich die Reichweite des nach nationalem Recht geregelten Vergaberegimes entscheidend sein soll.

BGH: § 99 Abs. 1 GWB einschlägig

Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs jedoch gerade nicht von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen. Denn einerseits lägen – wie vorgehend ausgeführt – die allein maßgeblichen Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 GWB vor. Zum anderen seien Rettungsdienstleistungen in dem als abschließend angesehenen Katalog des § 100 Abs. 2 GWB nicht angeführt. Sodann entspreche die Anwendung auch dem Zweck



des Gesetzes und schließlich führe auch eine historische Auslegungsmethode zu keinem anderen Ergebnis.

Auch der Rückgriff auf eine sog. Dienstleistungskonzession, auf deren Vergabe nur die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts anzuwenden sind, scheidet im vorliegenden Fall aus, da diese begrifflich nicht vorläge.

Schließlich durfte sich der Zweckverband in dem Auswahlverfahren nicht auf das nach Landesrecht vorgesehene Verfahren beschränken. Insoweit sei es dem sächsischen Landesgesetzgeber mangels Kompetenz nicht gestattet, eigene Regelungen zu treffen, nachdem der Bundesgesetzgeber das Vergaberechtsregime der §§ 97 ff. GWB geschaffen hatte.

Bundesweite Bedeutung der Entscheidung

Wenngleich sich der maßgebliche Sachverhalt auf eine Regelung des sächsischen Landesrechts bezog, haben die Entscheidungen bundesweite Bedeutung, weil bislang eine öffentliche Ausschreibung vergleichbarer Rettungsdienstleistungen in den meisten Bundesländern unterblieben ist.

Bekanntlich verfügt jedes Bundesland über ein eigenes Landesrettungs-(dienst)-gesetz. In der Folge müssen sich alle Aufgabenträ-

ger, d. h. in der Regel Landkreise und kreisfreie Städte, mit der Frage befassen, ob und ggf. in welcher Form Rettungsdienstleistungen auszuschreiben sind, werden diese vom Aufgabenträger nicht selbst erbracht.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umfasst dies also z. B. eine Prüfung der Voraussetzungen der sog. Inhouse-Beauftragung, bei deren Vorliegen von einer Ausschreibung abgesehen werden kann.

Vergleicht man die einzelnen Landesrettungs-(dienst)-gesetze, so ist einerseits formell ein unterschiedlicher „Aktualisierungsstand“ und sind andererseits unterschiedliche organisatorische Ansätze festzustellen.

Unterschiedliche Ansätze in Landesregelungen

Während manche Landesrettungs-(dienst)-gesetze „Übertragungen der Durchführung“ von Aufgaben vorsehen (vgl. z. B. § 10 Abs. 1 BbgRettG; § 6 Abs. 4 RDG M-V; § 6 Abs. 1 ThürRettG; § 8 Abs. 1 SaarRettG), sehen andere Gesetze lediglich die „Beauftragung“ Dritter vor (vgl. z. B. § 5 Abs. 1 NdsRettDG; §§ 13 Abs. 2, 15 Abs. 2 Satz 4, 17 Abs. 1 Satz 2, 18 Abs. 1 Satz 2 BayRDG; § 11 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 RettDG LSA).



Da der Bundesgerichtshof in seiner Begründung weniger auf den Wortlaut der landesrechtlichen Regelungen abzustellen, sondern sich allein auf die Frage zu beschränken scheint, ob im Konkreten ein „entgeltlicher Vertrag“ i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB gegeben ist, dürfte eine sehr weitgehende Verpflichtung der Aufgabenträger gegeben sein, die Erbringung von Rettungsdienstleistungen europaweit auszuschreiben.

Risiken bei Nichtbeachtung

Im Hinblick auf die mittlerweile recht weit entwickelte Rechtsprechung zu sog. de facto-Vergaben hat der Aufgabenträger erhebliche Folgekosten (Verfahrenskosten und evtl. Schadensersatzforderungen) zu gegenwärtigen, missachtet er bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen künftig die nunmehr vom Bundesgerichtshof festgestellte Ausschreibungspflicht.

Für Aufgabenträger hat [GGSC] einen kleinen (kostenlosen) Leitfaden zu den Konsequenzen aus der BGH-Entscheidung zusammengestellt, der auf Anforderung gerne (als pdf-Datei) übersandt wird.

[PRAXISHINWEIS: FÖRDERRICHTLINIEN DER LÄNDER NUTZEN!]

In zahlreichen Bundesländern gibt es nicht nur Investitionsrichtlinien, sondern auch Förderrichtlinien über Zuwendungen für den Einsatz alternativer Bedienformen. Danach werden den Aufgabenträgern in der Regel im Rahmen der Projektförderung Zuschüsse zu den Betriebskosten bei alternativen Bedienformen gewährt.

[GGSC] berät Kommunen und kommunale Verkehrsunternehmen bei der Beantragung der Fördermittel und der Ausgestaltung der entsprechenden Verkehrs- und sonstigen Verträge bzw. der Zuwendungsverhältnisse.

U. E. ist es empfehlenswert, vor dem Inkrafttreten der VO 1370/2007 am 03.12.2009 noch von den außerhalb dieser Verordnung bestehenden Zuwendungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen.

Nach Inkrafttreten der Verordnung unterfallen Betriebskostenzuschüsse für alternative Bedienformen in der Regel dem Anwendungsbereich der VO 1370/2007 und damit dem grundsätzlichen Ausschreibungsgebot, sofern nicht die Voraussetzungen einer Eigenenerbringung durch ein kommunales Verkehrsunternehmen vorliegen.



[NEUES GGSC-BÜRO IN KÖLN]

[GGSC] hat am 02.01.2009 – wie angekündigt – ein weiteres Büro in Köln eröffnet. Es arbeitet dort das Anwaltsteam Dr. Ralf Gruneberg, Ulrich Cronauge und Sahra Peter mit der Sekretariatsunterstützung durch Kerstin Siever. Der Kollege Dr. Huffmann hat sich kurzfristig nicht zu einem Wechsel aus Düsseldorf nach Köln entscheiden können.

[GGSC] Köln wird sich schwerpunktmäßig mit Beratungsaufgaben auf den Arbeitsfeldern Abfallwirtschaft und Abfallrecht, Wasser- und Abwasserwirtschaft sowie Kommunalrecht und Kommunalwirtschaft befassen. Außerdem stärken die KollegInnen unser [GGSC]-Stadtwerketeam (Energie, Wasser, ÖPNV).

[GGSC] Köln

Vogelsanger Str. 321, 50827 Köln

Tel. 0221.270 705.0, Fax. 0221.270 705.99

E-Mail koeln@ggsc.de

www.ggsc.de

[GGSC] arbeitet nunmehr mit über 30 RechtsanwältInnen in Berlin, Köln und Frankfurt (Oder).

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

**Rechtsanwalt Wolfgang Siederer und
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel**

Wettbewerb auf Kosten der Beschäftigten? Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen: nationaler und europäischer Rechtsrahmen

05.03.2009 in Fulda

**Fachveranstaltung Wettbewerb im SPNV
der BAG SPNV**

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

**Rechtsanwalt Wolfgang Siederer und
Rechtsanwältin Pia Denzin, LL.M.**

Tariftreueerklärung noch möglich?

(erscheint in „Der Nahverkehr“, Heft Nr. 1/2009)

Rechtsanwalt Wolfgang Siederer, Rechtsanwältin Pia Denzin, LL.M., Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Änderung des PBefG

(erschieden in „Omnibusrevue“, Heft Nr. 11/2008)