

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Rainer Kühne
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Franziska Hansmann
Dr. Jochen Fischer
Katja Gnittke
Dr. Frank Wenzel
Dr. Nicole Pippke
Dr. Maren Wittzack
Kathleen Heilfort
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Peter von Feldmann
Dr. Georg Buchholz
Pia Denzin, LL.M.
Jens Kröcher
Dr. Holger Thärichen
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann

Kommentierung

der Verordnung (EG) 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates

Stand: 11.12.2007

Rechtsanwältin Pia Denzin, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Rechtsanwalt Wolfgang Siederer

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkung	3
II.	Einleitung	4
III.	Kommentierung der wesentlichen Bestimmungen der Verordnung	5
1.	Zweck und Anwendungsbereich (Art. 1)	5
2.	Öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften (Art. 3)	8
3.	Obligatorischer Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften (Art. 4)	9
a)	Laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge	9
b)	Sozial- und Qualitätsstandards	10
c)	Leistungserbringung durch Unterauftragnehmer	11
4.	Berechnung der Ausgleichsleistung (Art. 6 und Anhang)	12
a)	Berechnung des finanziellen Nettoeffekts.....	12
b)	Transparente Rechnungslegung und Vermeidung von Quersubventionen	14
c)	Verbot des steuerlichen Querverbundes?.....	14
5.	Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Art. 5)	15
a)	Abgrenzung zum Vergaberecht	16
b)	Ausschreibungen und direkte Vergaben	17
c)	Voraussetzungen eines „internen Betreibers“	18
d)	Sonstige Ausnahmen für direkte Vergaben	21
e)	Rechtsschutz für unterlegene Unternehmen	21
6.	Veröffentlichungspflichten (Art. 7)	22
7.	Übergangsvorschriften (Art. 8, Art. 9, Art. 10)	22

I. Vorbemerkung

Mit der *Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70 des Rates* wurde nach langem Gesetzgebungsprozess eine Nachfolgeverordnung zur VO (EWG) 1191/69 geschaffen. [GGSC] legt hierzu eine erste Kommentierung vor.

Die Verordnung wurde am 03.12.2007 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Die Textfassung kann u.a. auf unserer Homepage (www.ggsc.de) - dort unter „Aktuelles“ - abgerufen werden.

Trotz aller Sorgfalt können sich Fehler in einen solchen Text einschleichen. Für Hinweise sind wir stets dankbar. Besonders freuen wir uns über inhaltliche Rückmeldungen.

Bei Rückfragen oder Anmerkungen schreiben Sie uns an: berlin@ggsc.de .

Berlin, 11.12.2007

Denzin, LL.M.
Rechtsanwältin

Dr. Wenzel
Rechtsanwalt

Siederer
Rechtsanwalt

II. Einleitung

Aus europarechtlicher Sicht befindet sich der ÖPNV im Spannungsfeld zwischen dem Beihilferecht, dem Vergaberecht und dem Recht auf kommunale Eigenständigkeit. Anders als die VO (EWG) 1191/69 regelt die neue Verordnung (EG) 1370/2007 nicht nur das verkehrsspezifische Beihilferecht, sondern schafft auch einen Rahmen für den Marktzugang durch direkte Vergaben und wettbewerbliche Vergabeverfahren.

Obwohl dieser europäische Rechtsrahmen in Form einer ohne Umsetzung in den Mitgliedstaaten direkt geltenden Verordnung besteht, bleibt den Mitgliedstaaten auf Grund zahlreicher Regelungsvorbehalte für das nationale Recht ein weiter Umsetzungsspielraum. Nach einem über 7-jährigen Gesetzgebungsprozess¹ stellt die Verordnung einen Minimalkonsens dar, der wesentliche Verkehrsleistungen dem gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerb entzieht. Durch die Regelungsvorbehalte in der Verordnung wird den Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit eröffnet, insbesondere von der in der Verordnung vorgesehenen Direktvergabe nur eingeschränkt Gebrauch zu machen.

Ob die Verordnung den dringend erforderlichen sicheren Rechtsrahmen bietet und eine gewisse Einheitlichkeit und Rechtssicherheit für die in den Bundesländern geschaffenen Lösungen vom „Hessischen Modell“ bis zum „Wittenberger Modell“ schaffen kann, bleibt abzuwarten. Da dem deutschen Gesetzgeber die in der VO (EWG) 1191/69 noch vorgesehene Möglichkeit einer „rechtssicheren Teilbereichsausnahme“ genommen ist, muss er das nationale Recht an den europäischen Rechtsrahmen anpassen und insbesondere das Personenbeförderungsgesetz novellieren.

Mit ihrer Veröffentlichung tritt die Verordnung zwar immer noch nicht in Kraft (sondern erst in 2 Jahren!), aber der europäische Rechtsrahmen steht nunmehr fest und kann bei Planungen und Entscheidungen der Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen berücksichtigt werden.

¹ Siehe 1. Kommissionsentwurf vom 26.07.2000.

III. Kommentierung der wesentlichen Bestimmungen der Verordnung

Nachstehend erläutern wir die teilweise recht unübersichtlichen und insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung zum Vergaberecht komplizierten Regelungen der Verordnung. Bei der Kommentierung folgen wir im Wesentlichen der durch die Verordnung vorgegebenen Reihenfolge; teilweise haben wir jedoch inhaltlich zusammengehörige Artikel zusammenfassend kommentiert. Die Begriffsbestimmungen (Art. 2) werden – soweit erforderlich – im Zusammenhang mit den materiellen Bestimmungen dargestellt.

1. Zweck und Anwendungsbereich (Art. 1)

Zweck der Verordnung ist es, den Rechtsrahmen für ein Tätigwerden der zuständigen Behörden im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs festzulegen. Die Alternative zum „Tätigwerden der zuständigen Behörden“ sieht der europäische Gesetzgeber im „freien Spiel des Marktes“. Dem Gesetzeszweck liegt die Annahme zu Grunde, dass durch ein Tätigwerden der zuständigen Behörden ein zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger öffentlicher Personenverkehr besser gewährleistet werden kann, als wenn dieser dem freien Spiel des Marktes überlassen wird.

Im Hinblick auf die Verkehrsmittel erfasst die Verordnung den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und anderen Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden.

Der Anwendungsbereich der Verordnung ist nur eröffnet, wenn den Betreibern eines öffentlichen Dienstes für die ihnen durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen verursachten Kosten

- eine Ausgleichsleistung und/oder
- ausschließliche Rechte

gewährt werden. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass es bei diesen Formen der Intervention der zuständigen Behörden am wahrscheinlichsten ist, dass sie

eine Auswirkung auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben.

Nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen somit Verkehrsleistungen, die keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung i.S.d. Art. 2 e) der Verordnung beinhalten. Der Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung“ wird definiert als „eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne die Gewährung eines ausschließlichen Rechts als Gegenleistung übernommen hätte (Art. 2 e))“.

Für den Anwendungsbereich² des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) wird zur Zeit diskutiert, inwieweit neben den gemeinwirtschaftlichen Verkehren auch die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre gem. § 13 PBefG in den Anwendungsbereich der neuen Verordnung fällt. Zwar sind gem. § 8 Abs. 4 PBefG „Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ für die Einordnung einer Verkehrsleistung als eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung unschädlich; diese Leistungen können jedoch als „Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ den Anwendungsbereich der Verordnung eröffnen. Eine „Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ gem. Art. 2 g) der Verordnung ist „jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird“. Ein Großteil der heute als eigenwirtschaftlich eingestufteten Verkehrsleistungen wird somit bereits aufgrund der Ausgleichszahlungen in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.

² Der Anwendungsbereich des PBefG umfasst Straßenbahnen (Hoch- / Untergrundbahnen, Schwebbahnen) sowie Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr. S-Bahnen unterfallen i.d.R. dem SPNV gem. § 2 Abs. 5 AEG.

Des Weiteren wird kontrovers diskutiert, ob durch die Genehmigung gem. § 13 PBefG ein „ausschließliches Recht“ i.S.d. Verordnung gewährt wird. Ein „ausschließliches Recht“ ist gem. Art. 2 f) der Verordnung „ein Recht, das einen Betreiber eines öffentlichen Dienstes berechtigt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss aller anderen solchen Betreiber zu erbringen“. Dagegen spricht, dass das PBefG die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre nicht ausdrücklich „unter Ausschluss aller anderen Betreiber“ gewährt, sondern gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 a) PBefG lediglich die Versagung weiterer Linienverkehre vorsieht, wenn „der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann“. Allerdings leitet die Rechtsprechung aus dieser Vorschrift und dem Ausgestaltungsrecht der vorhandenen Unternehmer gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 c) PBefG das „Verbot der Doppelbedienung“ ab, welches sich materiell wie die Gewährung eines ausschließlichen Rechts auswirkt.

U.E. spricht daher Vieles dafür, dass es sich bei der Genehmigung gem. § 13 PBefG um ein ausschließliches Recht i.S.d. oben zitierten Definition handelt. Zudem wird nach deutschem Recht durch die Konzessionserteilung eine Betriebspflicht begründet (§ 21 PBefG), die als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung i.S.d. Verordnung anzusehen ist.

Letztendlich ist zur Klärung dieser Frage jedoch der Gesetzgeber aufgerufen, bis zum In-Kraft-Treten der Verordnung am 03.12.2009 die Begrifflichkeiten und Regelungsinhalte des PBefG an die Vorgaben der neuen Verordnung anzupassen.³

Anders als das PBefG enthält das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) kein Verbot der Doppelbedienung. Die Genehmigung gem. § 6 AEG ist eine rein gewerberechtliche Genehmigung, die unternehmensbezogen die Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und Fachkunde bestätigt. Sie ist nicht linienbezogen, sondern erlaubt – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nach dem AEG – die Aufnahme des Betriebs.

³ In der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage (Drucksache 16/6544) vom 01.10.2007 wurde ausgeführt, dass insb. im PBefG Anpassungsbedarf hinsichtlich der Definition eigenwirtschaftlicher Verkehre und der Ausgestaltung des wettbewerblichen Verfahrens besteht.

2. Öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften (Art. 3)

Sobald einem Betreiber ausschließliche Rechte oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt werden, hat dies auf der Grundlage eines **öffentlichen Dienstleistungsauftrags** zu erfolgen.

Die Begriffe „Betreiber eines öffentlichen Dienstes“ und „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ sind so gefasst, dass sie die gesamte Bandbreite rechtlicher Handlungsformen zwischen Behörden und Betreibern abdecken.

Der Begriff des „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ wird in der Verordnung somit abweichend vom Vergaberecht so weit definiert, dass er auch Dienstleistungskonzessionen und Verwaltungsakte wie Linienverkehrsgenehmigungen nach dem PBefG und Zuwendungsbescheide umfasst. Demgegenüber werden in den Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ als zwischen Wirtschaftsteilnehmern und öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen definiert.

Die unterschiedliche Verwendung dieses Begriffs, insbesondere in Art. 5 der Verordnung, trägt nicht zu einer klaren Rechtssprache bei, zumal der Begriff im klassischen Vergaberecht über Jahre mit Inhalt gefüllt wurde, und nunmehr in einem beihilferechtlichen Zusammenhang völlig anders definiert wird.

Wie bereits in der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 gewährt die Verordnung alternativ die Möglichkeit, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen auch in Form **allgemeiner Vorschriften**, wie z.B. § 45 a PBefG, zu bestimmen. Bei der Gewährung der Ausgleichsleistung für die Erfüllung der in den allgemeinen Vorschriften festgelegten tariflichen Verpflichtungen hat die zuständige Behörde eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden. Alternativ hierzu können allgemeine Vorschriften zu Höchsttarifen auch außerhalb dieser Verordnung nach dem in Art. 88 EGV vorgesehenen Notifizierungsverfahren genehmigt werden.

3. **Obligatorischer Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften (Art. 4)**

Im Hinblick auf die missverständliche Verwendung des Begriffs der öffentlichen Dienstleistungsaufträge ist klarzustellen, dass die Bestimmungen des Art. 4 zum obligatorischen Inhalt für **alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge** gelten; nur hinsichtlich der Art der Vergabe wird in Art. 5 zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen i.S.d. klassischen Vergaberechts und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen i.S.d. der Verordnung differenziert. Art. 4 muss also auch beachtet werden, wenn Verkehrsleistungen nach allgemeinem Vergaberecht ausgeschrieben werden oder ein entgeltlicher Verkehrsvertrag als Inhouse-Vergabe abgeschlossen wird.

In Art. 4 wird der obligatorische Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge bzw. allgemeiner Vorschriften vorgeschrieben:

- die Parameter, anhand derer die Ausgleichsleistung berechnet wird, und/oder
- die Art und der Umfang der gewährten Ausschließlichkeit.

Zur Berechnung der Ausgleichsleistung enthält Art. 4 Abs. 1 ii) 2. Spiegelstrich bei **direkter Vergabe** öffentlicher Dienstleistungsaufträge zusätzliche Bestimmungen. Die Einzelheiten zur Berechnung der Ausgleichsleistung bei direkter Vergabe nach den Bestimmungen des Anhangs werden im Zusammenhang mit der nachfolgenden Kommentierung zu Art. 6 im Einzelnen dargestellt.

Soweit bestimmte Qualitätsstandards einzuhalten sind, sind auch diese gem. Art. 4 Abs. 6 in den öffentlichen Dienstleistungsauftrag aufzunehmen. Des Weiteren sind die Modalitäten der Kostenaufteilung (Abs. 3) und der Einnahmenaufteilung (Abs. 4) festzulegen.

a) **Laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge**

Die Dauer der Verträge ist für Busse auf 10 Jahre, für die anderen Verkehre auf 15 Jahre beschränkt (Art. 4 Abs. 3). Unter Berücksichtigung der Amortisationsdauer und bei Bedingebieten in „äußerster Randlage“ ist eine um 50 % längere Vertragslaufzeit zulässig. Nach Durchführung eines fairen wettbewerblichen

Verfahrens ist unter bestimmten Umständen sogar eine darüber hinausgehende Laufzeit möglich (Art. 4 Abs. 4).

b) Sozial- und Qualitätsstandards

Art. 4 Abs. 5 und Abs. 6 berechtigt die zuständige Behörde, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht Vorgaben für Sozial- und Qualitätsstandards aufzustellen. Durch Abs. 5 soll Lohndumping verhindert werden (siehe Erwägungsgrund 16). Danach können die zuständigen Behörden den Betreiber verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang i.S.d. Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur „*Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen*“ erfolgt wäre. Es können somit bei einem Betreiberwechsel die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs im Sinne dieser Richtlinie fingiert werden. Es ist nicht absehbar, ob die zuständigen Behörden von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden, da gerade die Lohnkosten ein wesentlicher Kostenfaktor bei der Ausschreibung von Verkehrsleistungen sind.

Neben diesem sehr weitgehenden Arbeitnehmerschutz ermöglicht Abs. 6 die Vorgabe bestimmter Qualitätsstandards, allerdings nur im Einklang mit nationalem Recht. Im Erwägungsgrund 17 werden exemplarisch einige soziale und Qualitätskriterien, wie z.B. auch Umweltschutzkriterien, aufgelistet. Insbesondere eröffnet die Verordnung die Möglichkeit, im Rahmen von wettbewerblichen Verfahren von den Bietern die Abgabe von Tariftreueerklärungen zu verlangen, allerdings nur im Einklang mit nationalem Recht. Diese Frage ist allerdings im deutschen Vergaberecht im Hinblick auf § 97 Abs. 4 GWB, der „andere oder weitergehende Anforderungen“ nur zulässt, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, höchst umstritten. Die Landes-Vergabegesetze sehen eine Tariftreueerklärung im ÖPNV-Sektor in der Regel nicht vor. GGSC hat im Auftrag von Verdi zu der Frage der Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen ein Gutachten⁴ erstellt, das zu dem Ergebnis kommt, dass die Anforderung von

⁴ Siehe GGSC-Gutachten „Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen“ vom 15.11.2006 im Auftrag von Verdi; bei Interesse bitte Email an berlin@ggsc.de. Das Gutachten versenden wir kostenlos als pdf-Dokument.

Tariftreueerklärungen in Vergabeverfahren auch ohne gesetzliche Grundlage mit dem Vergaberecht vereinbar ist.

c) Leistungserbringung durch Unterauftragnehmer

Gem. Art. 4 Abs. 7 ist der nach der Verordnung beauftragte Betreiber verpflichtet, „einen bedeutenden Teil⁵ der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen“. Die weitverbreitete Praxis, insbesondere von kommunalen Verkehrsunternehmen⁶, eine Genehmigung bei gleichzeitiger Übertragung der Betriebsführerschaft auf einen privaten Subunternehmer zu beantragen, wird damit jedenfalls eingeschränkt. Dies wird insbesondere den Handlungsdruck für kommunale Verkehrsunternehmen erhöhen, da diese im Hinblick auf tarifliche Bindungen häufig darauf angewiesen sind, jedenfalls teilweise auf preiswertere Subunternehmer zurückzugreifen. Effizienzsteigerung durch „Outsourcing“ von Fahrleistungen wird durch die Vorgaben der Verordnung künftig nur noch eingeschränkt möglich sein.

Im Hinblick auf die unspezifische Vorgabe der Erbringung eines „bedeutenden Teils“ der Personenverkehrsdienste durch den Genehmigungsinhaber ist absehbar, dass diese Regelung in der Praxis zu Unsicherheiten und gerichtlichen Auseinandersetzungen führen wird. Konkretisiert der deutsche Gesetzgeber diese Vorgaben nicht weiter, bleibt die Auslegung im Ergebnis den Gerichten überlassen.

Eine Ausnahme besteht allerdings für solche öffentlichen Dienstleistungsaufträge, die „gleichzeitig Planung, Aufbau und Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste umfassen“ (Art. 4 Abs. 7 Satz 3). In diesem Fall kann in dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag die vollständige Übertragung des Betriebs dieser Dienste an Unterauftragnehmer zugelassen werden. Zulässig sind damit Managementgesellschaften, die für den Aufgabenträger die Organisation des ÖPNV

⁵ In dem vor der Veröffentlichung abgestimmten Text war noch von einem „großen Teil“ die Rede, der scheinbar bei der Überarbeitung der Übersetzungen in „bedeutenden Teil“ geändert wurde. Konkretisierungsbedürftig sind beide Begriffe.

⁶ Siehe den dem Urteil des BVerwG vom 19.10.2006 (Az. BVerwG 3 C 33.05, Rz. 43 ff.) zu Grunde liegenden Sachverhalt. Hier hat das BVerwG zu der Frage, wem im Verhältnis zwischen Genehmigungsinhaber und Betriebsführer das Altunternehmerprivileg zusteht, zu Gunsten des Betriebsführers entschieden.

und die Vergabe von Verkehrsleistungen übernehmen und dafür pauschal die Genehmigungen im Bediengebiet erhalten.

Soll allerdings ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag an einen internen Betreiber vergeben werden, so ist dieser verpflichtet, den „überwiegenden Teil⁷ des öffentlichen Personenverkehrsdienstes“ selbst zu erbringen (vgl. Art. 5 Abs. 2 e)). Das Verhältnis von Art. 5 Abs. 2 e) zu Art. 4 Abs. 7 wirft Auslegungsfragen auf. So ist fraglich, ob die Pflicht zur Erbringung eines überwiegenden Teils der Leistungen bei Direktvergabe an einen internen Betreiber auch dann gilt, wenn die Voraussetzungen der o.g. Ausnahmenvorschrift gemäß Art. 4 Abs. 7 Satz 3 vorliegen, also der öffentliche Dienstleistungsauftrag die gleichzeitige Planung, den Aufbau und den Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste umfasst.

Im Hinblick auf den Schutz unterlegener Konkurrenten bleibt zudem abzuwarten, inwieweit im Rahmen des Rechtsschutzes eine Kontrolle dieser Vorgaben möglich sein wird.

4. Berechnung der Ausgleichsleistung (Art. 6 und Anhang)

Bei direkt vergebenen Dienstleistungsaufträgen sind neben den allgemeinen Bestimmungen des Art. 4 die im Anhang festgelegten „Regeln für die Gewährung einer Ausgleichsleistung in den in Art. 6 Abs. 1 genannten Fällen“ zu beachten.

a) Berechnung des finanziellen Nettoeffekts

Wird ein Dienstleistungsauftrag nicht in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren vergeben, richtet sich die Berechnung der Ausgleichsleistung nach dem „finanziellen Nettoeffekt“ der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung. Zur Berechnung des „finanziellen Nettoeffekts“ ist ein Vergleich der Situation mit und ohne die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen wie folgt vorzunehmen: Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung abzüglich der Fahrgeldeinnahmen und sonstiger positiver finanzieller Auswirkungen zuzüglich eines angemessenen Gewinns⁸.

⁷ Auch hier wurde die Begrifflichkeit im Rahmen der Übersetzung von „Großteil“ in „überwiegenden Teil“ geändert.

⁸ Zur Definition eines „angemessenen Gewinns“ siehe Ziff. 6 des Anhangs.

Bemerkenswert ist, dass die Verordnung im Hinblick auf direkt vergebene Dienstleistungsaufträge hinter den Vorgaben des EuGH in seiner Altmark-Trans-Entscheidung⁹ zurückbleibt. Der Gerichtshof hatte in dieser Entscheidung vier Kriterien aufgestellt, anhand derer beurteilt wird, ob es sich um einen gerechten Ausgleich für eine öffentliche Dienstleistung und damit nicht um eine notifizierungsbedürftige Beihilfe im Sinne von Art. 87 EGV handelt („vier EuGH-Kriterien“):

- Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen
- objektive und transparente Aufstellung der Parameter zur Berechnung des Ausgleichs
- der Ausgleich geht nicht über die zur Deckung der für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlichen Kosten hinaus
- bei direkter Vergabe: Ausgleichsleistung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten, die ein **durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen** zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Anforderungen hätte.

Auf dieses letzte Kriterium, welches auf einen objektiven Kostenmaßstab abstellt, wird bei der Berechnung des „finanziellen Nettoeffekts“ nach dem Anhang der Verordnung verzichtet. Statt dessen wird nach einem subjektiven Kostenmaßstab auf die Kosten- und Einnahmeeffekte des konkreten mit Verkehrsleistungen betrauten Unternehmens abgestellt.

Darüber hinaus sind gem. Ziffer 7 des Anhangs durch das Verfahren zur Ausgleichsgewährung Anreize zu wirtschaftlicher Geschäftsführung und Verkehrsleistungen von ausreichend hoher Qualität zu geben. Dadurch wird der vom EuGH verlangte objektive Kostenmaßstab als Berechnungskriterium einer Ausgleichsleistung ersetzt durch eine Regelung über Zielvorstellungen zu „wirtschaftlicher Geschäftsführung“. Im Ergebnis werden damit gegenüber den EuGH-Kriterien wesentlich erleichterte Finanzierungsvoraussetzungen aufgestellt.

⁹ Rechtssache „Altmark Trans“, EuGH-Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00.

b) Transparente Rechnungslegung und Vermeidung von Quersubventionen

Die Verordnung stellt gem. Ziffer 4 und 5 des Anhangs „zur Erhöhung der Transparenz und zur Vermeidung von Quersubventionen“ Anforderungen an die Rechnungslegung, sofern ein Betreiber neben den Verkehrsleistungen, die Gegenstand einer Ausgleichsleistung sind, auch andere, insbesondere kommerzielle Tätigkeiten ausführt. Erforderlich ist in diesem Fall zunächst eine gesonderte Kostenträgerrechnung. Damit soll bereits durch die Buchführung nachvollziehbar sein, wohin Ausgleichszahlungen der öffentlichen Hand tatsächlich geflossen sind.

Durch die Regelungen in Ziffer 5, 2. und 3. Spiegelstrich sollen Quersubventionen von der gemeinwirtschaftlichen Aktivität hinein in den kommerziellen Geschäftsbereich unterbunden werden. Dies wird u.a. dadurch erreicht, dass die Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes nicht „künstlich“ durch Übertragung in den kommerziellen Bereich verringert werden dürfen, um so die erforderlichen Ausgleichsleistungen zu erhöhen (siehe 3. Spiegelstrich).

c) Verbot des steuerlichen Querverbundes?

Für Unsicherheit hat die Formulierung des 2. Spiegelstrichs gesorgt. Diese Regelung ist so zu verstehen, dass die mit anderen, bspw. kommerziellen Tätigkeiten zusammenhängenden Kosten (inklusive aller variablen Kosten, eines angemessenen Betrags zu den Fixkosten und eines angemessenen Gewinns) des Betreibers nicht der öffentlichen Dienstleistung zugerechnet werden dürfen. Denn bei Zurechnung von Kosten aus einer anderen Tätigkeit würde sich der finanzielle Nettoeffekt und damit die erforderliche Ausgleichsleistung erhöhen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde diese Regelung allerdings dahingehend geändert, dass der dort genannte „angemessene Gewinn“ allein aus der Formulierung heraus nicht mehr als Kostenposition zu identifizieren ist. Diese Formulierung, die nunmehr nicht nur die Zurechnung von Kosten eines kommerziellen Betriebs zum gemeinwirtschaftlichen Betrieb verbietet, sondern als Querfinanzierungsverbot in die andere Richtung verstanden wurde, wurde als Bedrohung des steuerlichen Querverbundes bezeichnet.¹⁰

¹⁰ Siehe Rundschreiben Nr. 30/2006 des VDV vom 19.06.2006, S. 12.

U.E. ist diese Auslegung nicht zutreffend: Die Ziffer 5 des Anhangs betrifft insgesamt nur das Rechnungswesen. Nur hierauf beziehen sich die Spiegelstriche mit den konkreten Bestimmungen zur Zurechnung von Kostenpositionen. Wie dagegen unterschiedliche Unternehmensbereiche steuerlich veranschlagt werden, ist nicht Regelungsgegenstand dieser Vorschrift. Der kommunale Querverbund, beispielsweise zwischen Energieversorger und ÖPNV, wird durch diese Regelung somit nicht bedroht.

5. Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Art. 5)

Art. 5 schreibt die Art der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Sinne dieser Verordnung vor. Zum Verständnis der Abgrenzung zwischen Vergaberecht und Verordnung ist zwischen der „engen“ Definition eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags i.S.d. Vergaberechts und der „weiten“ Definition eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags i.S.d. Verordnung zu differenzieren.¹¹ Im Hinblick auf das Verfahren der Vergabe wird zwischen den folgenden drei Kategorien differenziert:

- **Öffentliche Dienstleistungsaufträge i.S.d. vergaberechtlichen Richtlinien** 2004/17/EG und 2004/18/EG sind nach den in diesen Richtlinien vorgesehenen Verfahren, also dem **Offenen / Nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog** zu vergeben. Die Vergabe-Richtlinien umfassen jedoch nur die Verkehrsträger Bus und Straßenbahn, nicht den Eisenbahnverkehr und den schienengebundenen Nahverkehr, also S- und U-Bahnen (Art. 5 Abs. 1).
- Alle anderen **öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung**, also insbesondere die in Art. 5 Abs. 1 genannten Dienstleistungskonzessionen, und sonstige in den Anwendungsbereich der Verordnung fallende Verwaltungsakte, wie z.B. Genehmigungen und Zuwendungsbescheide, sowie im Bereich des Eisenbahn- und schienengebundenen Nahverkehrs die Vergabe aller Dienstleistungsaufträge i.S.d. Verordnung sind gem. Art. 5 Abs. 3 grundsätzlich im Wege eines **wettbewerblichen Vergabeverfahrens** zu vergeben.
- Für die im zweiten Punkt genannten öffentlichen Dienstleistungsaufträge, die nicht gem. Art. 5 Abs. 1 dem allgemeinen Vergaberecht unterfallen, sieht die

¹¹ Zu den unterschiedlichen Definitionen dieses Begriffs im Vergaberecht und in der Verordnung siehe oben Ziffer 2.

Verordnung in besonderen Fällen die Möglichkeit einer **direkten Vergabe** vor (Art. 5 Abs. 2, Abs. 4-6).

Die komplizierten Regelungen zum Verhältnis der Verordnung zum allgemeinen Vergaberecht, die im Gesetzgebungsverfahren stark kritisiert worden waren, wurden in der Endfassung nicht vereinfacht. Es bleibt somit dabei, dass für den Bereich des „Landverkehrs“, unter den Busse und Straßenbahnen fallen, das allgemeine Vergaberecht dann vorgeht, wenn über diese Verkehrsleistungen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag **im Sinne des Vergaberechts** erteilt wird.

a) **Abgrenzung zum Vergaberecht**

Abgrenzungsmerkmal zwischen dem Rechtsregime des Vergaberechts und der Verordnung ist, ob zwischen öffentlichem Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.d. Vergaberechts, also ein schriftlicher, entgeltlicher Vertrag über eine Verkehrsleistung mit Bussen oder Straßenbahnen geschlossen wird. Entscheidendes Merkmal eines Vertrages ist das Vorliegen eines Leistungsaustauschs gegen Entgelt; der Leistende muss seine Leistung erkennbar um der Gegenleistung willen erbringen.

Nicht jede vertragliche Vereinbarung zwischen einem öffentlichem Auftraggeber und einem Unternehmen erfüllt diese Voraussetzungen; so ist es durchaus denkbar, dass in einem Vertrag nur die finanziellen Rahmenbedingungen für die Zahlung von Zuwendungen geregelt werden, die jedoch nicht im Gegenleistungsverhältnis zur Verkehrsleistung stehen. Ist der Umfang der Verkehrsleistung allein in der Genehmigung gem. § 42 i.V.m. § 13 PBefG und den gem. § 39 und § 40 PBefG beantragten Beförderungsbedingungen und Fahrplänen definiert, können die Voraussetzungen eines dem Vergaberecht unterfallenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags zweifelhaft sein. Ist die zu erbringende Verkehrsleistung dagegen im Vertrag selbst geregelt und dadurch eine Pflicht zur Leistungserbringung begründet, die auch durchsetzbar ist, ist von einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.d. Vergaberechts auszugehen.

Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. Auch kann die zuständige Behörde je nach Ausgestaltung der Vereinbarung mit dem Verkehrsunternehmer eine dem Vergaberecht oder eine der Verordnung unterfallende Lösung wählen.

Dienstleistungskonzessionen unterfallen nicht dem Regime des allgemeinen Vergaberechts¹², sondern der Verordnung (siehe Art. 5 Abs. 1). Dienstleistungskonzessionen i.S.d. der vergaberechtlichen Richtlinien sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht¹³. Merkmal einer Dienstleistungskonzession ist, dass der Konzessionär ganz oder zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Risiko trägt. Auch bei allen sonstigen nichtvertraglichen Rechtsverhältnissen zwischen Genehmigungsbehörde/Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen, insbesondere also Genehmigungen nach § 13 PBefG, Zuwendungsbescheiden und Ausschreibungen im Genehmigungswettbewerb findet nicht das Vergaberecht, sondern die Verordnung Anwendung.

Keine Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen im Bereich des Eisenbahn- und sonstigen Schienenverkehrs, also bei S-Bahnen und U-Bahnen. Alle Rechtsverhältnisse zu diesen Verkehrsträgern unterfallen der Verordnung.

b) Ausschreibungen und direkte Vergaben

Die Verordnung lässt die direkte Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in den folgenden Fällen zu:

- Bei kommunaler Eigenproduktion durch einen „internen Betreiber“ (Abs. 2)
- sofern bestimmte Schwellenwerte nicht überschritten werden, die nach der Größe des ausgewählten Betreibers variieren (Abs. 4)
- im Fall von Notmaßnahmen (Abs. 5)
- bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr, mit Ausnahme anderer schienengeschützter Verkehrsträger wie U- oder Straßenbahnen (Abs. 6).

¹² Siehe EuGH-Urteil vom 13.10.2005, Rechtssache „Parking Brixen“, Rs. C 458/03.

¹³ Siehe Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

Allerdings stehen diese Möglichkeiten der Direktvergabe unter dem Vorbehalt, dass dies mit dem nationalen Recht im Einklang steht. Damit eröffnet die Verordnung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, diese gemeinschaftsrechtlich vom Wettbewerb freigestellten Verkehrsleistungen einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zu unterstellen.

Liegen die Voraussetzungen für eine direkte Vergabe nicht vor, müssen öffentliche Dienstleistungsverträge gem. Art. 5 Abs. 3 im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben werden, welches sich an dem für das öffentliche Auftragswesen und Konzessionen geltenden Gemeinschaftsrecht ausrichtet, also insbesondere den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. Des Weiteren muss das Verfahren allen Betreibern offen stehen, so dass der Ausschreibung i.d.R. ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorangehen muss. Die Verordnung gibt anders als das Vergaberecht keine formalen Anforderungen an das Verfahren vor. Ausreichend ist für die unter die Verordnung fallenden Ausschreibungen die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens.

c) Voraussetzungen eines „internen Betreibers“

Die Verordnung eröffnet den zuständigen Behörden ein Wahlrecht, die Verkehrsleistung entweder durch Dritte nach Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens oder selbst bzw. durch die Beauftragung „interner Betreiber“ zu erbringen, sog. Inhouse-Vergabe. Für eine direkte Vergabe an einen internen Betreiber müssen kumulativ die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

Erstens muss die örtliche Behörde über den internen Betreiber eine „**Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle**“¹⁴ ausüben. Bei der Beauftragung innerhalb eines Raums integrierter Verkehrsdienstleistungen i.S.d. Art. 2 m) ist es ausreichend, dass lediglich eine zuständige Behörde eine solche Kontrolle ausübt. Dadurch wird die Möglichkeit der Direktvergabe in Verbundgebieten geschaffen.

Zur Erfüllung dieses „Kontroll-Kriteriums“ muss der Aufgabenträger abweichend vom allgemeinen Vergaberecht nicht zu 100 % Anteilseigner des internen Betreibers sein, sondern es werden explizit öffentlich-private Partnerschaften

¹⁴ Diese Formulierung entspricht der Inhouse-Rechtsprechung zum Vergaberecht, siehe EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98 (Rechtssache „Teckal“).

(ÖPP) zugelassen. Demgegenüber schließt nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁵ zum allgemeinen Vergaberecht jede Beteiligung eines Privaten an der zu beauftragenden Gesellschaft deren Inhouse-Fähigkeit aus.

Zweitens müssen die internen Betreiber ihre Verkehrsdienste **innerhalb des Zuständigkeitsgebiets** der beauftragenden Behörde ausführen. Dies gilt nicht nur für den Betreiber, sondern auch für jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, wie z.B. auf Tochterunternehmen. Allerdings ist ein über die Grenzen dieses Gebiets hinausgehender Anbindeverkehr zulässig. In diesem Zusammenhang können sich sowohl Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Inhouse-Kriterien des EuGH nach allgemeinem Vergaberecht als auch zum Örtlichkeitsprinzip des Kommunalwirtschaftsrechts ergeben.

Drittens dürfen die internen Betreiber grundsätzlich an keinem außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der Behörde organisierten Ausschreibungsverfahren teilnehmen.

Beachtlich ist, dass die von der Rechtsprechung anerkannte Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben durch diese Regelung erstmalig im europäischen Sekundärrecht normiert wird. In diesem Zusammenhang ist auch der Verweis in Art. 5 Abs. 2 a) zu verstehen, dass dies „im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht“ erfolgt. Der europäische Gesetzgeber hat durch die Normierung der Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe in der Verordnung für deren Anwendungsbereich den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen definiert. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung gilt weiterhin die allgemeine Rechtsprechung des EuGH.

Die Voraussetzungen für eine direkte Vergabe an einen internen Betreiber nach der Verordnung weichen von den Voraussetzungen nach der EuGH-Rechtsprechung ab: Während die Voraussetzungen einer „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ weiter gefasst sind als in der Rechtsprechung zum allgemeinen Vergaberecht, ist das Erfordernis der „Verkehrsleistungserbringung innerhalb des Zuständigkeitsbereichs“ enger bzw. jedenfalls anders gefasst. Es

¹⁵ Rechtssache „Stadt Halle“, Urteil des EuGH vom 11.01.2005, NVwZ 2005, S. 187.

ist absehbar, dass diese feinen, in den Rechtsfolgen jedoch erheblichen Unterschiede bei den Voraussetzungen für Inhouse-Vergaben zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen werden. Andererseits lässt der neue Rechtsrahmen auch weiterhin Raum für „kreative“ Lösungen.

Offen ist des Weiteren die Frage, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Inhouse-Beauftragung nach dem allgemeinen Vergaberecht zusätzlich die Voraussetzungen einer Direktvergabe an einen „internen Betreiber“ nach der Verordnung vorliegen müssen. In Art. 5 Abs. 1 wird der Vorrang des Vergaberechts nur für solche öffentlichen Dienstleistungsaufträge begründet, die nach den genannten Vergabe-Richtlinien vergeben werden. Wird zwischen öffentlichem Auftraggeber und seinem internen Betreiber ein Verkehrsvertrag geschlossen, so liegen damit zwar in formeller Hinsicht die Voraussetzungen eines „schriftlichen, entgeltlichen Dienstleistungsvertrags“ vor; allerdings sind diese Rechtsverhältnisse nach der Rechtsprechung des EuGH zur Inhouse-Vergabe deshalb dem förmlichen Vergaberecht entzogen, weil sich die Beauftragung funktionell als organisationsinterne Maßnahme und nicht als ein schriftlicher entgeltlicher Vertrag zwischen verschiedenen Personen darstellt.¹⁶ Liegt nach der Rechtsprechung somit bei der Inhouse-Vergabe kein Dienstleistungsvertrag i.S.d. Vergaberechts vor, stellt sich die Frage, ob auf solche Inhouse-Vergaben zusätzlich die Verordnung und damit auch das gegenüber dem allgemeinen Vergaberecht strengere Territorial-Kriterium gem. Art. 5 Abs. 2 b) Anwendung findet. Diese Auslegungsfrage wird sicherlich noch die Gerichte beschäftigen.

Insgesamt steht die Zulässigkeit einer direkten Vergabe an einen internen Betreiber unter dem Vorbehalt, dass „dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“. Insbesondere im PBefG sind Anpassungen erforderlich, um einen konsistenten Rechtsrahmen zu gewährleisten. Soll die Direktvergabe an interne Betreiber auch im deutschen Recht verankert werden, müsste geklärt werden, wie mit konkurrierenden Genehmigungsanträgen für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen umgegangen werden soll.

¹⁶ Rechtssache „Teckal“, Urteil des EuGH, Urteil vom 18.11.1999, C-107/98, Rn. 49ff.

d) **Sonstige Ausnahmen für direkte Vergaben**

Eine Direktvergabe für Verkehrsleistungen ist unterhalb bestimmter **Schwellenwerte** von weniger als 1 Mio. €/a oder weniger als 300.000 km/a zulässig. Zum Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen werden diese Schwellenwerte auf 2 Mio. € bzw. 600.000 km pro Jahr verdoppelt, sofern das Vertragsunternehmen weniger als 23 Fahrzeuge besitzt. Hier stellt sich die Frage, ob eine Vergabepflicht etwa durch Gründung von Tochterunternehmen mit entsprechender Größe umgangen werden kann. Des Weiteren bleibt abzuwarten, ob bzw. wie die Möglichkeit der Bevorzugung kleiner und mittelständischer Unternehmen (KMU) im Rahmen der Novellierung des PBefG umgesetzt wird. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird sowohl für die nationale Normierung, als auch für die Auswahl zwischen mehreren KMU das Gleichbehandlungsgebot gem. Art. 3 GG zu beachten sein.

Des Weiteren ist eine Direktvergabe bei auf höchstens zwei Jahre beschränkten Notmaßnahmen bei drohender Unterbrechung eines Verkehrsdienstes möglich.

Auf starken politischen Druck hin wurden Eisenbahnverkehre allgemein, also auch im Stadt- oder Vorortverkehr (mit Ausnahme von Straßen- und U-Bahnen) von der Ausschreibungspflicht ausgenommen. In diesem Fall gelten jedoch kürzere Laufzeiten. Im Ergebnis bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, den Schienenverkehr für den Wettbewerb zu öffnen.

e) **Rechtsschutz für unterlegene Unternehmen**

Erst gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Forderung nach einem effektiven Rechtsschutz für unterlegene Unternehmen in Art. 5 Abs. 7 eingeführt. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag, sei es durch direkte Vergabe an einen internen Betreiber oder an ein KMU, sei es durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren, wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können. Voraussetzung ist allein, dass diese Person an dem Erhalt eines bestimmten Auftrags Interesse hat oder hatte und angibt, durch einen Verstoß der Entscheidung gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung

des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können.

Es ist äußerst fraglich, ob der bestehende Verwaltungsrechtsschutz diesen Anforderungen genügt. Zwar enthält das Verwaltungsrecht zum Schutz unterlegener Dritter bereits das Instrumentarium des Suspensiveffekts, so dass es zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben keiner Einführung einer Zuschlagssperre wie im Vergaberecht bedarf; im Hinblick auf die lange Dauer auch von einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor den Verwaltungsgerichten wird es aber mindestens erforderlich sein, zur Beschleunigung gesetzliche Entscheidungsfristen für das Widerspruchs- und verwaltungsgerichtliche Verfahren einzuführen.

6. Veröffentlichungspflichten (Art. 7)

Die zuständige Behörde muss spätestens ein Jahr vor Einleitung des Ausschreibungsverfahrens oder der Direktvergabe wesentliche Informationen im Amtsblatt der EU veröffentlichen. Eine Ausnahme ist nur für Kleinstaufträge von unter 50.000 km/a vorgesehen; den Veröffentlichungspflichten unterfallen damit auch die Direktvergaben unterhalb der in 5. d) genannten Schwellenwerte, wenn diese Aufträge 50.000 km/a übersteigen. Des Weiteren hat die zuständige Behörde alle wesentlichen Informationen aus ihrem Zuständigkeitsbereich einmal jährlich in Form eines Gesamtberichts zugänglich zu machen. Auf Antrag einer interessierten Partei sind zudem die Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu übermitteln.

7. Übergangsvorschriften (Art. 8, Art. 9, Art. 10)

Die Verordnung tritt zwei Jahre nach Veröffentlichung im EU-Amtsblatt in Kraft. Ab dem 03.12.2009 ist die Verordnung somit grundsätzlich auf die Vergabe neuer öffentlicher Dienstleistungsaufträge anzuwenden. Für die Anwendung von Art. 4, 6 und 7 gibt es keine weiteren Übergangsfristen. Hinsichtlich der Regelungen über die **Vergabe** öffentlicher Dienstleistungsaufträge gem. Art. 5 der Verordnung wird demgegenüber eine zehnjährige Übergangsfrist ab Inkrafttreten der Verordnung gewährt. Während dieses Übergangszeitraums müssen die Mitgliedsstaaten die Maßnahmen treffen, um Art. 5 schrittweise anzuwenden. Die in den Vorentwürfen der Verordnung

enthaltenen Quoten für die Vergabe nach Maßgabe der Verordnung wurden gestrichen. Zur Durchsetzung einer schrittweisen Anwendung der Verordnung können die zuständigen Behörden während der letzten fünf Jahre dieses Übergangszeitraums gem. Art. 8 Abs. 4 Verkehrsunternehmen von der Teilnahme an wettbewerblichen Vergabeverfahren ausschließen, die weniger als 50 % ihrer öffentlichen Verkehrsdienste ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren erhalten haben.

Für bestehende Dienstleistungsaufträge werden in einer Übergangsregelung gem. Art. 8 Abs. 3 Höchstlaufzeiten vorgegeben, die sich danach richten, **wann** und **nach welchem Verfahren** die Verkehrsleistung vergeben wurde. Diese Regelungen gelten jedoch nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die vor dem Inkrafttreten der Verordnung, also vor dem 03.12.2009 abgeschlossen wurden (Alt-Aufträge). Ab dem Inkrafttreten der Verordnung gelten für neue Aufträge die Bestimmungen zu den Höchstlaufzeiten gem. Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4.

In Art. 9 der Verordnung wird klargestellt, dass Ausgleichsleistungen, die für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Maßgabe dieser Verordnung erbracht werden, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Sie stellen somit keine notifizierungspflichtige Beihilfe gem. Art. 88 Abs. 3 EGV dar.

Fraglich ist, welcher Rechtsrahmen bis zum Inkrafttreten der Verordnung am 03.12.2009 gilt. Durch die Verordnung werden gem. Art. 10 Abs. 1 auch die Verordnungen 1191/69 und 1107/70 aufgehoben. Diese Wirkung tritt jedoch erst mit Inkrafttreten der Verordnung ein. Bis dahin gelten somit die vorgenannten Verordnungen weiter. Formell gilt damit der alte Rechtsrahmen bis zum Inkrafttreten der neuen Verordnung weiter.

Der Übergangsregelung für Altverträge in Art. 8 Abs. 3 ist zu entnehmen, dass vor Inkrafttreten der Verordnung vergebene öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich Bestandsschutz genießen. Dies gilt sowohl für Aufträge, die nach einem fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren vergeben wurden, als auch für solche, die nach einem anderen Verfahren vergeben wurden, allerdings mit der Einschränkung, dass sie „gemäß dem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht“ vergeben wurden. „Nicht fair“ vergebene Aufträge stehen nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht im

Einklang, wenn sie die vier Altmark-Trans-Kriterien¹⁷ des EuGH einhalten. U.E. ist die Regelung zum Bestandsschutz dahingehend eng auszulegen, dass nur gemeinschaftsrechtskonform vergebene Altaufträge Bestandsschutz genießen.

Daraus resultiert das etwas widersprüchliche Ergebnis, dass Altverträge nur dann Bestandsschutz gem. Art. 8 Abs. 3 genießen, wenn sie die vier EuGH-Kriterien erfüllen, die im Hinblick auf das vierte Kriterium (objektiver Kostenmaßstab eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens) strenger sind, als die Vorgaben der Verordnung während der 10-jährigen Übergangsfrist für die Einführung wettbewerblicher Vergabeverfahren gem. Art. 8 Abs. 2.

Es wird daher im Einzelfall zu beurteilen sein, ob Altverträge, die nicht den vier EuGH-Kriterien entsprechen, noch vor Inkrafttreten der Verordnung, also vor dem 03.12.2009, angepasst werden sollten, um dann nach Inkrafttreten Bestandsschutz nach Art. 8 Abs. 3 zu genießen, oder ob es sinnvoller ist, von der Übergangsregelung nach Art. 8 Abs. 2 (bis 03.12.2019) Gebrauch zu machen. Jedenfalls besteht bei solchen Altverträgen Handlungsbedarf.

¹⁷ Siehe oben Ziffer 4.