

Mitteilung

Spielräume für öffentliches Wirtschaften im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) zweckdienlich und bürgernah nutzen

Eine Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen (bvöd) Berlin, 3. Mai 2012

Die momentanen Verhandlungen über eine Ausweitung oder Einschränkung der Direktvergabe im ÖPNV im Wege der Anpassung des nationalen Rechtsrahmens an die europäische Rechtslage haben den Wissenschaftlichen Beirat des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen (bvöd) zu folgenden Erwägungen veranlasst:

Teil I: Kurzdarstellung des Problems und dessen Lösung

Der Kern des Konflikts ist die Verschiebung der mit der PBefG-Novelle aus dem Jahr 1996 festgelegten Governance-Balance zwischen den Aufgabenträgern, den Genehmigungsbehörden und den Verkehrsunternehmen. Die Bundesregierung und die Mehrheit der Bundesländer vertreten eine gegensätzliche Ansicht darüber, wie die Handlungsspielräume für die ÖPNV-Akteure, welche die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden „VO 1370“ genannt) europarechtlich bietet, bundeseinheitlich und rechtssicher im PBefG abzusichern sind.

Während einerseits der Regierungsentwurf die den zuständigen Behörden zur Verfügung stehenden Handlungsspielräume der VO 1370 bundeseinheitlich nicht nur nicht deutlich und explizit anerkennen, sondern sogar in Teilen einschränken möchte, will andererseits die Bundesratsmehrheit die Festlegungskompetenz für ÖPNV-Angebote vor Ort (auch im Hinblick auf die daseinsvorsorgepolitisch erwünschten eigenwirtschaftlichen Verkehre) bei den Aufgabenträgern ansiedeln.

Das Bundeskabinett bekräftigte in seiner letzten Sitzung des Jahres 2011 zu der im Koalitionsvertrag 2009 als „unverzüglich“ anstehend definierten Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) seinen Gesetzentwurf vom August 2011 (*BT-Drucksache 17/8233 vom 21. Dezember 2011*). Das Kabinett lehnte hierbei die wesentlichen Änderungsvorschläge des Bundesrates vom September 2011 ausdrücklich ab. Lediglich bei einzelnen, eher technisch-praktischen Detailvorschlägen des Bundesrates zeigte die Bundesregierung in ihrer Gegendarstellung eine Kommissbereitschaft gegenüber den Mehrheitsentscheidungen der Länderkammer.

Die gestaltungspolitischen Diskrepanzen zwischen diesen beiden Positionen sind also groß. Ohne eine Übereinstimmung zu den wesentlichen Inhalten zwischen der Bundesregierung und der Bundestagsmehrheit auf der einen Seite und der Mehrheit der Länder im Bundesrat auf der anderen Seite wird es jedoch eine PBefG-Novelle nicht geben, da es sich hierbei um ein zustimmungsbedürftiges Gesetz handelt. Mit dieser für die optimale Erfüllung der öffentlichen Aufgaben in die-

sem Sektor problematischen Entscheidung der Bundesregierung ist formal immerhin ein wesentlicher erster Schritt im Gesetzgebungsverfahren getan. Nun muss eine Reaktion des Bundestages erfolgen. Stimmt der Bundestag mit der herrschenden Regierungsmehrheit den Kabinettsvorschlägen zu, wird der Bundesrat voraussichtlich wohl ebenso an seiner Gegenposition festhalten. In diesem Fall könnte dann bekanntlich nur noch ein Verfahren im Vermittlungsausschuss eine Einigung bringen.

Die Gefahr wird ansonsten ganz offensichtlich: Die Bundesregierung und die Bundestagsmehrheit neigen dazu, die in der EG-Verordnung festgelegten Spielräume des relativen Vorrangs der in öffentlicher Hand eigenwirtschaftlich, aber in gemeinwirtschaftlicher Absicht (also daseinsvorsorgend) betriebenen Verkehre mit nationalen Spezial- und Sonderregelungen weiter einzuschränken. Diese Politik läuft Gefahr, unter den gegebenen politischen Mehrheitsverhältnissen im Bundestag und im Bundesrat eine problematische Pattsituation zu generieren. Dieses Vakuum würde im Kontext der föderalen Situation dann durch die 16 Länder und die Rechtsprechung gefüllt werden müssen. Absehbarer Verlierer in diesem föderal situierten Streit wäre die Sache selbst: die zugehörige Daseinsvorsorge im Interesse der BürgerInnen.

Untätigkeit und / oder falsche fachpolitische Orientierungen des nationalen Gesetzgebers wirken sich derzeit bereits im Eisenbahnpersonennahverkehr sichtbar aus. Der Bundesgerichtshof legte mit seiner Grundsatzentscheidung vom Beginn des Jahres 2011 das bisherige nationale Recht in einer Weise normativ aus, dass die von der VO 1370 anvisierte Direktvergabeoption in Deutschland de facto nicht mehr ausgeübt werden kann und die Aufgabenträger letztlich auf ein einziges Wettbewerbsinstrument eingeschränkt sind. Das sind politisch völlig falsche, gesellschaftspolitisch problematische Eingrenzungen der Handlungsspielräume in der öffentlichen Daseinsvorsorge. Die Spielräume für eine gelingende Daseinsvorsorge sind zu stabilisieren und zu erweitern, nicht jedoch weiter einzuschränken.

Hinzu kommt europapolitisch ein neuer normativ-rechtlicher Handlungsdruck aus Brüssel, obwohl die jetzige Regulierung in Deutschland innerstaatlich noch gar nicht rechtlich adaptiert ist. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat, zeitgleich zur Positionsdarstellung der Bundesregierung, ein umfangreiches Gesetzgebungspaket zum Vergaberecht und zu Dienstleistungskonzessionen ins Verfahren gegeben, in dem der aktuelle Anwendungsbereich der VO 1370 zwar in seinem Kern einerseits anerkannt wird; manche in der Verordnung wirksame Begriffe werden aber seitens der EU-Kommission andererseits in problematischer Weise restriktiv ausgedeutet. Hieraus resultieren einige Gefahren für den heutigen Anwendungsbereich der VO 1370 und damit für den daseinsvorsorgepolitischen Gestaltungsraum der Mitgliedstaaten außerhalb des sonst für die Daseinsvorsorge in diesem Sektor zu engen Vergaberechts.

Der bundesdeutsche Gesetzgeber muss daher mit Blick auf das PBefG, aber auch in Bezug auf die Eisenbahnen eine daseinsvorsorgepolitische Richtung dergestalt einschlagen, dass die Handlungsspielräume in Deutschland stabilisiert und erweitert, nicht aber eingegrenzt werden.

Teil II: Die Stellungnahme im Detail

Der Wissenschaftliche Beirat des bvöD geht davon aus, dass es aktuelle Herausforderungen im ÖPNV aufgrund der bisher fehlenden Anpassung des nationalen Rechtsrahmens an die VO 1370

gibt. Diese innerstaatlichen Herausforderungen sind nicht nur dringend aufzugreifen, sondern auch im Sinne der maximal möglichen Handlungsspielräume zugunsten des öffentlichen Wirtschaftens mit Blick auf den ÖPNV in Deutschland im Interesse der BürgerInnen zu nutzen. Der Wissenschaftliche Beirat argumentiert damit erneut¹ für mehr nationale Wahlmöglichkeiten in den institutionellen Arrangements und Modalitäten bei der Wahrnehmung und Erledigung öffentlicher Aufgaben im europäischen Binnenmarkt, hier nun vorrangig im Bereich des ÖPNV.

1. Die aktuelle Problematik im Lichte der europäischen Rechtsetzungen

Nach einer Beratungszeit von über sieben Jahren einigten sich der Rat, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (KOM) und das Europäische Parlament (EP) auf einen tragfähigen Kompromiss hinsichtlich einer Nachfolgeverordnung zur Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.² Dieser wurde formell im Mai 2007 zunächst mit großer Mehrheit im EP-Plenum und dann im September 2007 einstimmig vom Rat angenommen. Die neue Verordnung wurde am 3. Dezember 2007 als VO 1370 „über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates“ im Amtsblatt der EU veröffentlicht.³

Die VO 1370 trat in wesentlichen Teilen am 3. Dezember 2009 in Kraft. Zugleich wurde zu diesem Zeitpunkt die Verordnung 1191/69 in der Fassung 1893/91 für den ÖPNV ebenso wie die Verordnung 1107/70 außer Kraft gesetzt. Nach der Übergangsregelung in Art. 8 Abs. 2 VO 1370 muss die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für den öffentlichen Verkehr auf Schiene und Straße ab 3. Dezember 2019 im Einklang mit Art. 5 erfolgen. Das bedeutet, dass den Mitgliedstaaten nur ein Übergangszeitraum zur Verfügung steht, während dessen sie Maßnahmen treffen müssen, „um Artikel 5 schrittweise anzuwenden“.⁴

In inhaltlicher Hinsicht erkennt die VO 1370 im Kern die in Europa anzutreffende Vielfalt der Organisation und Finanzierung des ÖPNV an. Die Gebietskörperschaften dürfen danach weiterhin selbst entscheiden, ob sie den ÖPNV selbst oder mit eigenen Unternehmen erbringen oder von privaten Unternehmen durchführen lassen. Wenn dabei förmlich ausgeschrieben wird, bleibt es im Wesentlichen bei dem bisherigen vergaberechtlichen Status quo.⁵ Denn der gemeinschaftsrechtlich erreichte Besitzstand des Vergaberechts („acquis communautaire“) sollte mit der neuen VO 1370 nicht sektorspezifisch derogiert werden.⁶ Nur im Hinblick auf Gestaltungen, für die das

1 Vgl. zuletzt Wissenschaftlicher Beirat der GÖW (jetzt bvö): Ausschreibung oder Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungen – Plädoyer für ein Wahlrecht der Gebietskörperschaften. Berlin 2007 (abgedruckt auch in der ZöGU, Jg. 30, H. 2/ 2007, S. 207-229).

2 Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) L 156 vom 28. Juni 1969, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 (ABl. L 169 vom 29. Juni 1991, S. 1).

3 ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1.

4 Vgl. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 VO 1370.

5 Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 VO 1370: „Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6... nicht anwendbar.“ Entsprechendes ist in der Übergangsvorschrift des Art. 8 Abs. 1 Satz 3 VO 1370 für den oben genannten Übergangszeitraum bis 3. Dezember 2019 geregelt.

6 Der im Jahr 2001 vom EP in der 1. Lesung geforderte Vorrang einer abschließenden branchenspezifischen Verordnung („lex specialis“), die eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche der VO 1370 und des allgemeinen EU-Vergaberechts entbehrlich gemacht hätte, wurde im Ergebnis nicht realisiert.

förmliche Vergaberecht im ÖPNV nicht gilt, bringt der gefundene Kompromiss neue und europäeinheitliche Spielregeln.

Das bedeutet für die ÖPNV-Praxis in Deutschland, dass zum einen ausgeschriebene Verkehre denselben Regeln folgen wie bisher. Demgegenüber muss zum anderen für nicht ausgeschriebene Verkehre nach Inkrafttreten der Verordnung am 3. Dezember 2009 der neue Rechtsrahmen beachtet werden. Dabei werden die in Art. 5 VO 1370 enthaltenen Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge schrittweise innerhalb weiterer zehn Jahre anzuwenden sein. Die neue VO 1370 statuiert eine Reihe förmlicher Voraussetzungen. Dazu zählen Berichtspflichten an die Öffentlichkeit und an die Kommission;⁷ zudem werden Mindeststandards an die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung von Rechtsschutz⁸ zugunsten der Verkehrsnutzer vorgegeben. Insbesondere werden darin europäeinheitliche Detailregelungen für die Gewährung von Zuschüssen aus öffentlichen Kassen an den ÖPNV gesetzt.⁹ Diese übernehmen die ersten drei Kriterien des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in der Rechtssache „Altmark Trans“,¹⁰ erleichtern allerdings den strengen objektiven Kostenmaßstab des vierten EuGH-Kriteriums bei direkt vergebenen Verkehren.¹¹

Denn: Das damit vorgestellte Ergebnis ist aus Sicht der ÖPNV-Praxis in Deutschland erheblich günstiger ausgefallen als das ursprüngliche Konzept, das seitens der Kommission der EU dafür vorgelegt worden war. Deren erster Vorschlag vom Juli 2000 sah im Ergebnis eine ausnahmslose Ausschreibungspflicht von ÖPNV-Leistungen vor – und dies auch gegen den Willen von Gebietskörperschaften, den ÖPNV selbst oder mit einem eigenen Unternehmen zu erbringen. Mit dem gefundenen Kompromiss stehen die Gebietskörperschaften und deren Unternehmen in Deutschland nunmehr europarechtlich auf einem recht soliden Fundament. Insbesondere enthält die VO 1370 praxistaugliche Direktvergabeoptionen; das gilt sowohl für den ÖPNV mit Bussen und Straßenbahnen als auch für die Eisenbahnen. Der Wissenschaftliche Beirat begrüßt die Regelungen im Sinne einer ordnungsgemäßen Gestaltungsfreiheit für das öffentliche Wirtschaften, das im Interesse der BürgerInnen (zumindest sektoral) zu bewahren ist und (sektoral, wenn möglich trans-sektoral) noch fortzuentwickeln gilt.¹²

Der europarechtliche Handlungsspielraum der Aufgabenträger wurde mit der neuen Verordnung insbesondere im Hinblick auf

- die Direktvergabeoption bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr¹³ und
- die Direktvergabeoption an so genannte „interne Betreiber“ bei Bus, Tram und Metro (soweit nicht Eisenbahn)¹⁴

7 Art. 7 VO 1370.

8 Art. 5 Abs. 7 VO 1370.

9 Vgl. Art. 4, Art. 6 Abs. 1 und den ausführlichen Anhang („Regeln für die Gewährung einer Ausgleichsleistung in den in Artikel 6 Absatz 1 genannten Fällen“).

10 Siehe dazu im Einzelnen das Urteil vom 24. Juli 2003, Aktenzeichen C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

11 Ziffer 2 Satz 1 des Anhangs der VO 1370 nennt als Maßstab die Kosten und Einnahmen „des Betreibers“ und stellt damit der Sache nach auf den konkret mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betrauten Unternehmer ab (subjektiver Maßstab).

12 Siehe dazu auch Schaefer, Chr. / Theuvsen, L. (Hrsg.): Renaissance öffentlicher Wirtschaft. Bestandsaufnahme – Kontexte – Perspektiven. Schriftenreihe Öffentliche Dienstleistungen, Bd. 57, Baden-Baden 2012.

13 Art. 5 Abs. 6 VO 1370.

14 Art. 5 Abs. 2 und Art. 2 lit. j VO 1370.

nicht nur aufrechterhalten, sondern in Teilbereichen gegenüber der EuGH-Rechtsprechung sogar erweitert. Die im Detail komplizierten, in der Praxis aber beherrschbaren Voraussetzungen der VO 1370 für Direktvergaben bei Bus-, Tram- und Metroverkehren bringen sektorspezifisch nicht nur zusätzliche Anforderungen,¹⁵ sondern auch Lockerungen gegenüber der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH.

So wurde das im „Teckal“-Urteil des EuGH¹⁶ eng definierte Kontrollierfordernis in der VO 1370 einerseits gelockert. Demnach ist es nicht zwingend erforderlich, dass die zuständige Behörde zu 100 Prozent Eigentümer ist, sofern ein beherrschender Einfluss besteht und aufgrund anderer Kriterien festgestellt werden kann, dass eine Kontrolle ausgeübt wird.¹⁷ Andererseits genügt es im Falle einer Gruppe von Behörden,¹⁸ dass wenigstens eine zuständige Behörde eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht.¹⁹ Außerdem wurde das „Wesentlichkeitskriterium“ der EuGH-Rechtsprechung in der VO 1370 durch ein territoriales Element mit einem Wettbewerbsverbot außerhalb des Zuständigkeitsgebietes ersetzt.²⁰

Beide Elemente sind auf Drängen der Bundesregierung in Berlin und der deutschen EP-Abgeordneten in die VO 1370 eingeflossen, um Direktvergaben weiterhin auch bei gebietsüberschreitenden Verbundverkehren zu ermöglichen und um damit letztlich in Deutschland seit Jahrzehnten erfolgreiche kundenbezogene ÖPNV-Angebote – unter Nutzung des vielerorts bestehenden steuerlichen Querverbundes²¹ – nicht auseinanderzuidividieren.

2. Adaptionen im nationalen Recht sind erforderlich – und sollten im Interesse der Spielräume öffentlichen Wirtschaftens aufgegriffen werden

Auch wenn eine EU-Verordnung unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gilt, also ohne eine weitere konkretisierende Rechtsetzung in den Mitgliedstaaten anzuwenden ist, so bleiben dennoch Anpassungen des nationalen Rechtsrahmens erforderlich. Das liegt insbesondere daran, dass mit dem Inkrafttreten der neuen Verordnung im Dezember 2009 die Verordnung (EWG) 1191/69 für den Öffentlichen Personennahverkehr aufgehoben wurde.

Ein Änderungsbedarf besteht zunächst für das Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Dieses Gesetz wurde mit seiner Anfang 1996 wirksam gewordenen Novelle an die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 angepasst. Sie wurde lediglich in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Linienverkehre ab 1996 in Deutschland anwendbar gemacht, während die europäische Verordnung für (unbezuschusste und bezuschusste) eigenwirtschaftliche Linienverkehre nicht gelten sollte (so genannte Teilbereichsausnahme).²² Schlüsselbegriffe der Verordnung 1191/69 – wie beispielgebend das Ziel „geringste Kosten für die Allgemeinheit“ oder

15 Das betrifft beispielsweise den Fall der Unterauftragsvergaben, vgl. Art. 4 Abs. 7 und Art. 5 Abs. 2 lit e VO 1370.

16 EuGH, Urteil vom 18. November 1999, C-107/98; vgl. auch das EuGH-Urteil in der Rechtssache „Stadt Halle“ vom 11. Januar 2005, C-26/03.

17 Art. 5 Abs. 2 lit. a Satz 2 VO 1370.

18 Art. 2 lit. B VO 1370.

19 Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 1370.

20 Art. 5 Abs. 2 lit. b und Art. 2 lit. m VO 1370.

21 Siehe dazu auch Bräunig, D. / Gottschalk, W. (Hrsg.): Stadtwerke. Grundlagen, Rahmenbedingungen, Führung und Betrieb. Schriftenreihe Öffentliche Dienstleistungen, Bd. 56. Baden-Baden 2012.

22 Vgl. EuGH, Urteil vom 23. Juli 2003, C-280/00, und BVerwG, Urteil vom 19. Oktober 2006, 3 C 33.05, Rz. 28.

die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Verordnung über die weite Definition der „Eigenwirtschaftlichkeit“ – wurden seinerzeit zum Bestandteil des Genehmigungsrechts im PBefG. In der VO 1370 dagegen gibt es, anders als in der Verordnung 1191/69, keine Befugnis der Mitgliedstaaten mehr zu Ausnahmen von der Anwendung im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr. Darüber hinaus fordert die VO 1370 nicht die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“, sondern verlangt im Hinblick auf die Höhe möglicher Zuschüsse aus öffentlichen Kassen das Einhalten des Anhangs.

So darf also das Genehmigungsverfahren im PBefG wegen des Vorrangs des EU-Rechts vor dem nationalen Recht zum einen den (den Nichtanwendungsbereich der Verordnung 1191 determinierenden) Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ nicht unverändert aufrechterhalten. Zudem sind zum anderen diejenigen Vorschriften, welche den Begriff „geringste Kosten für die Allgemeinheit“ des am 3. Dezember 2009 außer Kraft getretenen Verordnungstextes konkretisieren, an die veränderte Rechtslage anzupassen. Das betrifft den § 13 a PBefG und die hierzu erlassene Verordnung des Bundesverkehrsministeriums (so genannte „Geringste-Kosten-Verordnung“).²³ Mit der europarechtlich notwendigen Aufhebung dieser Vorschriften würde zugleich eine klare und rechtssichere Trennung zwischen Genehmigungsrecht und Beihilferecht erreicht.

Des Weiteren besteht ein Anpassungsbedarf im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG). Diese Korrekturnotwendigkeit ergibt sich allerdings nicht aus dem überaus klar und verständlich formulierten Wortlaut des Art. 5 Abs. 6 der VO 1370, der aus Sicht des Wissenschaftlichen Beirates zu begrüßen ist. Der Änderungsbedarf resultiert vielmehr aus einem Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 8. Februar 2011.²⁴ Danach ist die bisher in Deutschland bei Direktvergaben im Eisenbahnpersonennahverkehr (SPNV) praktizierte Anwendung des § 15 Abs. 2 AEG als obsolet anzusehen. Öffentliche Dienstleistungsaufträge, die nicht die Gestalt einer – ausschreibungsfrei vergebaren – Dienstleistungskonzession haben, müssen grundsätzlich ausgeschrieben werden, sofern nicht die vergaberechtlichen Spezialvorschriften der Vergabeverordnung (VgV) ausnahmsweise eine freihändige Vergabe erlauben. Aus diesem Grund ist die Bundesratsinitiative des Landes NRW aus dem Jahr 2010²⁵ zu einer Klarstellung im nationalen Recht ausdrücklich zu begrüßen. Bei dieser Initiative geht es nicht darum, Märkte abzuschotten, sondern den Behörden die Möglichkeiten zu geben, die Marktöffnung im SPNV unter Anwendung von Art. 5 Abs. 6 der VO 1370 beihilferechtskonform und maßgeschneidert im Interesse der steuerzahlenden BürgerInnen vor Ort vorzunehmen. Dass eine solche Regelung – wie das von der Landesregierung in Nordrhein-Westfalen vorgeschlagen wird – wirksam möglich ist, führt der BGH in seinem Beschluss selbst aus.²⁶ Es geht also darum, legitime und wohlfahrtstheoretisch begrüßenswerte Wahlfreiheiten im EU-Binnenmarkt zu bewahren und zu fördern.

Der Gewährleistungsstaat muss im EU-Binnenmarkt auch jenseits eines obligatorischen Ausschreibungswettbewerbs institutionelle Möglichkeiten haben, öffentliche Aufgaben von infrastrukturpolitischer Bedeutung effizient und effektiv vorzuhalten. Dabei können auch nationale, geschichtlich gewachsene Traditionen im Rahmen von Wahlfreiheiten bewahrt werden, was si-

23 Verordnung zur Anwendung von § 13 a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes vom 15. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1705).

24 BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10.

25 BR-Drs. 779/10 vom 25. November 2010.

26 BGH, (siehe FN 24), Rdnr. 17.

cherlich auch die Akzeptanz der EU-Integration und des Binnenmarktes als funktionalen Kern dieses Geschehens fördern würde. Wahlfreiheiten legen nicht fest, sondern ermöglichen Optionen. Mehr Optionen erhöhen die kollektive Wohlfahrt. Zudem können verschiedene Wege auch unter Berücksichtigung der relativen Transaktionskosten der unterschiedlichen Modalitäten bei der Wahrnehmung und Erledigung öffentlicher Aufgaben eine angemessene Beachtung finden. Ist öffentliche Transparenz (als Rechtsprinzip des EU-Binnenmarktes) gegeben, so muss zwischen einer Gleichbehandlung (als Rechtsprinzip der auf Grundfreiheiten und Grundfreizügigkeiten abstellenden Anti-Diskriminierungslogik des Binnenmarktes), die in einer rigiden Ausschreibungs-Obligation mündet, einerseits und einer nationalen Freiheit der Wahl zwischen verschiedenen Formen einer EU-Rechts-kompatibler Wahrnehmung und Erledigung öffentlicher Aufgaben andererseits abgewogen werden.

Außerdem resultiert, intra-national betrachtet, Handlungsbedarf, da die Rechtsetzung auf Bundesebene zur Herstellung von Rechtssicherheit und –einheitlichkeit im Bundesgebiet erforderlich ist. Denn das bundesgesetzgeberische Vakuum wird durch divergierende Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung gefüllt, was die ÖPNV-Branche stark verunsichert. Beispielsweise

- wendet die KOM in einem Beschluss vom 23. Februar 2011 die VO 1370 auch auf Sachverhalte vor dem Inkrafttreten der VO 1370 zur Rechtfertigung von Ausgleichszahlungen an.²⁷
- ist der aktuellen Rechtsprechung von Vergabekammern und Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten (OLG) eine restriktive Haltung bei geplanten oder durchgeführten Direktvergaben gegenüber der bestehenden europarechtlichen und nationalen Rechtslage zu entnehmen. So hält sich etwa das OLG Düsseldorf schon jetzt unter Berufung auf Vorschriften, für die in der VO 1370 eine Übergangsfrist bis zum Jahr 2019 vorgesehen ist, für zuständig, sogar zu verwaltungsrechtlichen Fragen Stellung zu nehmen.²⁸ Die Vergabekammer Südbayern legt in einem Beschluss vom 25. März 2011 die in der VO 1370 enthaltenen Vorschriften zum Einsatz von Subunternehmern anders aus als das OLG Düsseldorf.²⁹

3. Fazit: Die Forderungen des Wissenschaftlichen Beirats

Bund und Länder müssen die Anwendbarkeit aller Vergabeoptionen der VO 1370 im nationalen Recht durch entsprechende Anpassungsmaßnahmen in den zugehörigen Regelwerken sicherstellen.

Für den Eisenbahnpersonennahverkehr bedarf es einer baldigen Novellierung des AEG. Hierzu bietet sich die Weiterverfolgung der Bundesratsinitiative des Landes Nordrhein-Westfalen an.³⁰

Für den straßengebundenen ÖPNV muss die Regierungskoalition nunmehr ihrer Ankündigung im Koalitionsvertrag entsprechend, das PBefG unverzüglich an die VO 1370 anpassen zu wollen, konstruktive Taten folgen lassen.

27 KOM-Beschluss vom 23. Februar 2011 über die staatliche Beihilfe C 58/06 (ex NN 98/05) Deutschlands für Bahnen der Stadt Monheim (BSM) und Rheinische Bahngesellschaft (RBG) im Verkehrsverbund Rhein-Ruhr, ABl. L 210 vom 17. August 2011, S. 1.

28 BGH, Beschluss vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10, Rz. 41 – 49.

29 Vergabekammer Südbayern (München), Beschluss vom 25. März 2011, Az. Z3-3-3194-1-63-11/10.

30 BR-Drs. 779/10 vom 25. November 2010.

Der Wissenschaftliche Beirat betrachtet mit Sorge, dass sich Bundesregierung und Bundesratsmehrheit bei wesentlichen Inhalten der für die ÖPNV-Branche wichtigen Adaptionen noch nicht einigen konnten und sich mit gegenläufigen Gesetzentwürfen gegenseitig zu blockieren drohen.³¹ Deshalb sollte sich die Bundesgesetzgebung bei den oben dargelegten Adaptionen nun auf das Wesentliche konzentrieren, nämlich auf die vollinhaltliche Geltung dessen, was insbesondere die deutsche Bundesregierung in den Text der VO 1370 hineinverhandelt hat:

- Erstens geht es um die Sicherstellung der Direktvergabeoptionen der VO 1370. Hierzu gehört insbesondere eine ausdrückliche bundeseinheitliche Ermächtigungsgrundlage im PBefG für Direktvergaben, zur Gewährung ausschließlicher Rechte und zur Absicherung mehrpoliger Betrauungsakte aus Liniengenehmigung und Finanzierungsakten unter Gewährleistung des kommunalen (steuerlichen) Querverbundes. Nicht hierzu gehören nationale Stolpersteine wie das im Regierungsentwurf vorgesehene rechtsschutzbewehrte Interessenbekundungsverfahren.
- Zweitens darf der Spielraum der VO 1370, der das Liniengenehmigungserteilungsverfahren nach dem PBefG als wettbewerbliches Vergabeverfahren für interpretierbar hält (vgl. Art. 2 lit. i und 5 Abs. 3 VO 1370), im nationalen Recht nicht konterkariert werden.
- Die Kompetenz für den Rechtsschutz sollte drittens folglich definitiv bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit verbleiben. Der Rechtsschutz für Sachverhalte, die heute der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen, darf nicht auf die Vergabekammern und Vergabesenate der OLG übertragen werden.³²

31 BT-Drs. 17/8233 vom 21. Dezember 2011.

32 Nach Ansicht des Wissenschaftlichen Beirats sind die Vergabekammern / Senate ausschließlich für Sachverhalte des öffentlichen Auftragsrechtes zuständig. Es wäre demnach sehr ungewöhnlich, auch andere Sachverhalte auf diese Gerichtskörper zu übertragen.

Die nachfolgend genannten Mitglieder des Wissenschaftlichen Beirats haben diesen Text im April 2012 beschlossen:

Prof. Dr. Gerold Ambrosius, Siegen
Prof. Dr. Thorsten Beckers, Berlin
Prof. Dr. Dietmar Bräunig, Gießen
Prof. Dr. Günther E. Braun, München
Prof. Dr. Dr. Giacomo Corneo, Berlin
Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer, Frankfurt/Oder
Prof. Dr. Dietrich Dickertmann, Trier
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Friedrich, Tartu
Prof. Dr. Wolf Gottschalk, Göttingen
Prof. Dr. Dorothea Greiling, Linz
Prof. Dr. Robert Holländer, Leipzig
Dr. Ulrich Kirchhoff, Frankfurt/Main
Prof. Dr. Markus Krajewski, Erlangen
Prof. Dr. Thomas Lenk, Leipzig
Prof. Dr. Holger Mühlenkamp, Speyer
Prof. Dr. Georg Müller-Fürstenberger, Trier
Prof. Dr. Werner Noll, Würzburg
Prof. Dr. jur. Johann-Christian Pielow, Bochum
Prof. Dr. Dr. h.c. Günter Püttner, Speyer
Prof. Dr. Christoph Reichard, Potsdam
Prof. Dr. Christina Schaefer, Hamburg
Prof. Dr. Frank Schulz-Nieswandt, Köln
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin
Prof. Dr. Ludwig Theuvsen, Göttingen
Prof. Dr. Dieter Tscheulin, Freiburg im Breisgau

IGT | ICCS

XVII. Internationale
Genossenschaftswissenschaftliche
Tagung

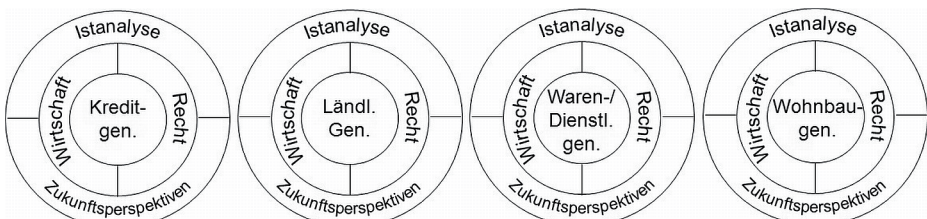
XVII. International
Conference on Cooperative Studies
WIEN/VIENNA 2012

Einladung zur Teilnahme – IGT 2012 in Wien

Die Internationale Genossenschaftswissenschaftliche Tagung 2012 der Arbeitsgemeinschaft Genossenschaftswissenschaftlicher Institute findet vom 18. bis 20. September 2012 unter dem Gesamthema „*Genossenschaften im Fokus einer neuen Wirtschaftspolitik*“ an der Universität Wien im Internationalen Jahr der Genossenschaften statt.

Die Wirtschafts- und Finanzkrise wird auch für die Genossenschaften weltweit neue wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen hervorrufen. Die soziale Dimension wird im Wirtschaftsleben wieder deutlich an Gewicht gewinnen und den Personenverbund und das genossenschaftliche Management vor neue wirtschaftliche und rechtliche Herausforderungen stellen. Auch für Genossenschaften sind neue Konzepte und Perspektiven gefragt. Zu dieser Thematik werden aus Wissenschaft und Praxis **namhafte Vortragende** sprechen wie u. a. Theresia Theurl (Münster), Volker Beuthien (Marburg), Rafael Chaves (València), Ernst Fehr (Zürich), Stephan Götzl (München), Waldemar Jud (Graz), Herbert Ludl (Wien), Jerker Nilsson (Uppsala) und Stephan Schulmeister (Wien). Den Festvortrag wird der frühere EU-Kommissar Franz Fischler halten. Auch ein Vertreter der UNO zum Internationalen Jahr wird erwartet.

Im Rahmen des offenen Programms werden Wissenschaftler aus den wirtschafts-, sozial- und rechtswissenschaftlichen Disziplinen sowie Praktiker sich inhaltlich beteiligen. Ihre Beiträge und Vorträge werden sich mit einer Ist-Analyse und/oder einer Zukunftsperspektive den Genossenschaften der einzelnen Sparten, neuen Genossenschaften oder z. B. dem Internationalen Jahr widmen.



Wir laden Sie ein, an der Tagung teilzunehmen. Besuchen Sie bitte für aktuelle Informationen und Ihre Anmeldung (Frühbucherrabatt bis 30. Juni 2012) die Seiten im Internet:

<http://igt2012.univie.ac.at>. Wir würden uns über Ihr Interesse und Ihre Teilnahme sehr freuen.