

**Oliver Mietzsch**

## **Der Beschluss des EU-Verkehrsministerrates für eine neue ÖPNV-Verordnung**

*Allgemeines Vergaberecht; Ausgleichszahlung; Beihilfe; Direktvergabe; geänderter Verordnungsentwurf der Kommission; gemeinsamer Standpunkt; interner Betreiber; kommunalwirtschaftlicher Querverbund; ÖPNV; Übergangsbestimmungen*

*Mit der Verabschiedung eines Gemeinsamen Standpunktes des Rates am 11.12.2006 ist ein wesentlicher Schritt zur Verabschiedung einer neuen ÖPNV-Verordnung erfolgt, nachdem die Kommission ihren ursprünglichen Verordnungsvorschlag bereits zweimal geändert und das Europäische Parlament in erster Lesung schon zahlreiche Änderungsanträge beschlossen hatten. Der Gemeinsame Standpunkt enthält aus Sicht der Kommunalwirtschaft wesentliche Verbesserungen gegenüber dem aktuellen Verordnungsvorschlag der Kommission insbesondere im Hinblick auf eine erleichterte Direktvergabe von Nahverkehrsleistungen an öffentliche Verkehrsunternehmen. Gleichwohl besteht weiterhin Nachbesserungsbedarf bezüglich des Verhältnisses der Verordnung zum allgemeinen Vergaberecht.*

### **I. Einleitung**

Am 11. Dezember 2006 hat der Rat mit qualifizierter Mehrheit einen „Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ beschlossen.<sup>1</sup> Dem Gemeinsamen Standpunkt vorausgegangen war ein politischer Grundsatzbeschluss der 25 Verkehrsminister der Europäischen Union vom 9. Juni 2006<sup>2</sup> bezüglich der Novellierung der im wesentlichen noch aus dem Jahre 1969 stammende Nahverkehrsverordnung 1191.<sup>3</sup> Nach rund sechs Jahre intensiver Diskussionen zwischen Kommission, Rat und Parlament, in deren Zuge die Kommission ihren aus dem

- 
- 1 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG-Vertrag zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße v. 12. Dezember 2006 (KOM (2006) 805 endg.).
  - 2 Entwurf der Begründung des Rates betr. Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße sowie Gesetzgebungsakte und andere Rechtsinstrumente betr. Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70 des Rates (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).
  - 3 Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr“ (ABIEWG 1969 Nr. L 156, S. 1 sowie ABIEWG 1991 Nr. L 169, S. 1).

Jahre 2000 stammenden Verordnungsvorschlag<sup>4</sup> bereits zweimal geändert<sup>5</sup> und das Europäische Parlament eine erste Lesung<sup>6</sup> durchgeführt hat, hatte das Europäische Parlament drei Monate Zeit, in zweiter Lesung zu dem Verordnungsvorschlag Stellung zu beziehen. Würde es dann zwischen Rat und Parlament zu keinem Einvernehmen kommen, würde ein Vermittlungsverfahren gemäß Art. 251 Abs. 4-6 EG-Vertrag erforderlich werden, an dessen Ende entweder eine einvernehmlich von Rat und Parlament beschlossene neue ÖPNV-Verordnung steht oder aber keine Verordnung. Letzterer Fall ist allerdings unwahrscheinlich, da sich Parlament, Rat und Kommission in einem informellen so genannten Trilog-Verfahren auf einen Kompromiss verständigt haben, der allerdings noch von Parlament und Rat formell bestätigt werden muss.

## II. Verordnungsentwurf der Kommission

Ziel des aktuellen Kommissionsentwurfs wie auch der Vorläuferversionen ist die Sicherstellung einer beihilfeunschädlichen öffentlichen ÖPNV-Finanzierung durch Einführung von Wettbewerb und Begrenzung des maximal zulässigen öffentlichen Zuschussbetrages. Zu diesem Zweck wurde die Verpflichtung zum Abschluss öffentlicher Dienstleistungsaufträge statuiert. Im Gegensatz zum vergaberechtlich definierten Dienstleistungsauftrag handelt es sich beim öffentlichen Dienstleistungsauftrag um eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Nahverkehr, die ein bestimmtes Verkehrsunternehmen aus Gründen der Daseinsvorsorge im Auftrag der öffentlichen Hand erbringt, und für die es daher unter Wahrung der Bestimmungen des europäischen Beihilferechts öffentliche Ausgleichszahlungen erhält.

Die Form des öffentlichen Dienstleistungsauftrages wurde bewusst offen formuliert als „ein oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber bekunden, einen Betreiber mit Dienstleistungen zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen“.<sup>7</sup> Damit kommen gesetzliche Regelungen ebenso als Grundlage für den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen in Frage wie Verwaltungsregelungen, die die Bedingungen enthalten, unter denen die zuständige Behörde diese Dienstleistungen selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut.

4 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen, KOM (2000) 7 eng. 26. Juli 2000 (ABIEG 2000 Nr. C 365 E, S. 169).

5 Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen, KOM (2002) 107 endg. v. 21. Februar 2002 (ABIEG 2002 Nr. C 151, S. 146) sowie Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005 (ABIEG Nr. C 195, S. 20).

6 Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Straße, der Schiene und auf Binnenschiffahrtswegen (ABIEG 2001 Nr. C 140 E, S. 164).

7 Art. 2 i (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

Um den beihilferechtlichen Anforderungen des EG-Vertrages zu genügen, müssen die mit einem bestimmten Verkehrsunternehmen vereinbarten Gemeinwohlverpflichtungen sowie die für alle Unternehmen geltenden generellen Regelungen (gilt für allgemeinen Tarifregelungen zugunsten bestimmter Personengruppen wie z. B. Schüler und Auszubildende) im Voraus festgelegt und die Parameter für den Ausgleich der den Verkehrsunternehmen daraus entstehenden Kosten, einschließlich eines angemessenen Gewinnaufschlags, objektiv und transparent festgelegt werden.<sup>8</sup> Durch diese Vorgaben soll eine Überkompensation der Verkehrsunternehmen verhindert werden. Die Kommission orientierte sich dabei an den ersten drei Kriterien, die der EuGH in seiner Altmark Trans-Entscheidung<sup>9</sup> als Voraussetzung für die beihilfeunschädliche öffentliche ÖPNV-Finanzierung definiert hatte.

Die Laufzeit der Verkehrsverträge wurde von der Kommission auf 8 Jahre für Busverkehre und 15 Jahre für Schienenverkehre beschränkt; unter Berücksichtigung der Amortisationsdauer der getätigten Investitionen kann diese höchstens um die Hälfte verlängert werden, wenn der Betreiber einen wesentlichen Anteil der für die Erbringung der betreffenden Verkehrsdienste insgesamt erforderlichen und ausschließlich für die betreffenden Verkehrsdienste bestimmten Wirtschaftsgüter bereitstellt. Außerdem kann der Aufgabenträger den gewählten Betreiber verpflichten, die Bestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie anzuwenden; d. h. im Falle des Betreiberwechsels gelten die bisherigen arbeitsvertraglichen Rechte fort.<sup>10</sup>

Während die Kommission in ihren früheren Verordnungsentwürfen die Ausschreibung als Regelvergabeinstrument vorsah und Direktvergaben nur in Ausnahmefällen erlaubt sein sollten, enthält der aktuelle Entwurf ein Wahlrecht für die Aufgabenträger – in Deutschland sind dies i. d. R. die Kreise und kreisfreien Städte für den straßengebundenen ÖPNV mit Bussen und Bahnen und die Länder für den Schienennahverkehr – zwischen der Ausschreibung von Nahverkehrsleistungen im Wettbewerb und der Eigenbringung bzw. Direktvergabe an ein eigenes Unternehmen (= interner Betreiber). Allerdings setzt die Direktvergabe an einen internen Betreiber eine vollständige Eigentümerkontrolle, wie bezüglich einer eigenen Dienststelle sowie die Beschränkung der Tätigkeit auf das Territorium des öffentlichen Eigentümers voraus und untersagt diesem Betreiber oder seinen Tochterunternehmen – unabhängig vom Beteiligungsverhältnis – die Teilnahme an außerhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs stattfindenden Ausschreibungsverfahren.<sup>11</sup> Die Kommission hat sich bei diesen Bestimmungen an der einschlägigen Jurisprudenz des EuGH zum Thema Inhouse orientiert.<sup>12</sup> Darin wurden Aussagen getroffen sowohl zum Umfang der öffentlichen Kontrolle im Falle der Direktver-

<sup>8</sup> Art. 4 II (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 „Altmark Trans“.

<sup>10</sup> Art. 4 V-VII (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

<sup>11</sup> Art. 5 II (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 18. November 1999, Rs. C-107/98 „Teckal“ sowie Urt. v. 11. Januar 2005, Rs. C-26/0 „Stadt Halle“.

gabe an ein eigenes Unternehmen als auch zu dessen Tätigkeitsgebiet. In seinen späteren Entscheidungen hat der EuGH diese Kriterien weiter verschärft bzw. präzisiert.<sup>13</sup>

Ohne diese Einschränkungen sollen nach dem Willen der Kommission Direktvergaben nur möglich sein bei Verkehrsverträgen, deren geschätzter Jahreswert bei höchstens 1 Mio. EUR liegt bzw. einen Leistungsumfang von 300.000 km nicht überschreitet. Darüber hinaus sollen die Aufgabenträger in Notsituationen Verkehrsleistungen maximal bis zur Dauer eines Jahres direkt vergeben sowie generell für Dienste im Eisenbahnregional- und -fernverkehr eine Direktvergabe ohne Bindung an den internen Betreiber vorsehen dürfen.<sup>14</sup>

Die Übergangsfristen bis zum endgültigen Inkrafttreten der Bestimmungen der Verordnung wurden im aktuellen Kommissionsentwurf im Busbereich für 8 Jahre und bei Schienenverkehren für 10 Jahre festgeschrieben. Jeweils nach der Hälfte dieser Zeiträume soll wenigstens die Hälfte der jeweiligen Verkehrsleistungen nach den Bestimmungen der Verordnung vergeben worden sein. Bei gemischten Verkehren (z. B. Stadtbahnbetrieb mit U-Bahn und Straßenbahn) muss der Schienenanteil mehr als 50% betragen, um in den Genuss der Übergangsfrist für Schienenverkehre zu gelangen. Dienstleistungsaufträge, die vor dem Inkrafttreten der Verordnung nach einem fairen Wettbewerbsverfahren vergeben wurden, sollen bis zum Ende ihrer regulären Laufzeit bestandskräftig bleiben, sofern diese begrenzt ist und mit den Vertragslaufzeiten der Verordnung vergleichbar sind. In der zweiten Hälfte des Übergangszeitraums sollten solche Unternehmen vom Wettbewerbsverfahren ausgeschlossen werden können, die zu weniger als 50% nach Maßgabe der novellierten Verordnung finanziert werden.<sup>15</sup>

Die Regeln für die Gewährung von Ausgleichszahlungen bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sehen vor, dass der Ausgleichsbetrag durch einen Vergleich zu ermitteln ist zwischen der Situation bei Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und der Situation, die vorläge, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht erfüllt worden wäre und stattdessen die der Verpflichtung unterliegenden Verkehrsleistungen zu Marktbedingungen erbracht worden wären.<sup>16</sup>

### III. Ratsbeschluss

In dem mit qualifizierter Mehrheit angenommenen Gemeinsamen Standpunkt hat der Rat nicht zuletzt auf Druck des deutschen Verkehrsministers – der sich seinerseits im Vorfeld der entscheidenden Ratstagung intensiv mit den Verbänden des öffentlichen Verkehrsgewerbes einschließlich der kommunalen Spitzenverbände und der Gewerkschaften abgestimmt hat – einige aus Sicht der Kommunalwirtschaft begrüßenswerte Verbesserungen an dem aktuellen Kommissionsvorschlag vorgenommen. Der Rat hat dabei einige der

13 EuGH, Urt. v. 13. Oktober 2005, Rs. C-458/0 „Parking Brixen“, Urt. v. 10. November 2005, Rs. C-29 „Mödling“ sowie Urt. v. 6. April 2006, Rs. 410/04 „ANAV“.

14 Art. 5 IV-VI (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

15 Art. 8 II-VI (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

16 Anhang, Nr. 2 (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

Änderungsvorschläge des Europäischen Parlament aus dessen erster Lesung vom 14.11.2001 zumindest sinngemäß aufgegriffen.<sup>17</sup> So hat der Rat die grundsätzliche maximale Laufzeit von Aufträgen im Straßenverkehr von acht auf zehn Jahre angehoben und die Möglichkeiten für Aufträge längerer Laufzeit erweitert.<sup>18</sup>

Weiterhin haben die Ratsmitglieder Präzisierungen der Bedingungen vorgenommen, unter denen die zuständigen Behörden öffentliche Verkehrsdienste selbst oder über einen internen Betreiber erbringen dürfen: Der Begriff der zuständigen örtlichen Behörde<sup>19</sup> wurde angepasst, um Gruppierungen von Behörden und Situationen einzubeziehen, in denen es keine unmittelbar zuständige örtliche Behörde für den Verkehr gibt.<sup>20</sup> Dies ist insofern bedeutsam, als das Recht auf Direktvergabe – entsprechend dem nationalem Recht – nach dem Wortlaut des Gemeinsamen Standpunktes von der Vorraussetzung einer zuständigen örtlichen Behörde ausgeht, „unabhängig davon, ob es sich dabei um eine einzelne Behörde oder eine Gruppe von Behörden handelt, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet“.<sup>21</sup> Dadurch ist zwar sichergestellt, dass es z. B. im Rahmen von Verbünden ausreicht, wenn eine der beteiligten Kommunen über das vom Verbund direkt beauftragte Verkehrsunternehmen eine Kontrolle ausübt, wie über eine eigene Dienststelle, gleichwohl gibt es insbesondere in kleineren EU-Mitgliedstaaten wie beispielsweise Malta, Luxemburg oder Irland Konstellationen, wo der Nationalstaat direkt für die Vergabe von Nahverkehrsleistungen verantwortlich zeichnet.

Außerdem wurde der Begriff der Kontrolle geändert, indem das Kriterium der Eigentumsrechte der zuständigen Behörde am Kapital gelockert wurde. Infolgedessen könnten bestimmte gemischte Kapitalgesellschaften (oder institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften) als interne Betreiber betrachtet werden und somit in den Genuss der Möglichkeit einer direkten Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für Verkehrsdienste kommen.<sup>22</sup> Der Rat hat jedoch die Kommissionsvorgabe beibehalten, dass die Tätigkeiten des internen Betreibers in jedem Fall geografisch klar eingegrenzt sein müssen. Gleichwohl wurde der Grundsatz der geografischen Eingrenzung des internen Betreibers gelockert, damit dieser bestimmte aus dem Gebiet herausführende Strecken betreiben darf.<sup>23</sup> Diese Regelung ist besonders bei integrierten Verkehrsangeboten wichtig, die wie z. B. im Rahmen von Verkehrsverbünden über das Bedienungsgebiet der Eigentümerkommune des direkt beauftragten öffentlichen Verkehrsunternehmens hinausgehen. Weiterhin hat der Rat eine Regelung eingeführt, die es internen Betreibern gestattet, an Ausschreibungen teilzunehmen, kurz bevor sie sich auf ihrem heimischen Markt endgültig dem Wettbewerb stellen müssen.<sup>24</sup> Auch dies ist aus kommunaler Sicht zu be-

17 Vgl. Mietzsch (2002), S. 59-71.

18 Art 4 III-VI (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

19 Der Ausdruck „zuständige örtliche Behörde“ bezeichnet jede zuständige Behörde, deren geographischer Zuständigkeitsbereich sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt; Art. 2 c (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

20 Art. 5 II d (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

21 Art. 5 II (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

22 Art. 5 II a (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

23 Art. 5 II b (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

24 Art. 5 II c (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

grüßen, da sich hierdurch die öffentlichen Verkehrsunternehmen besser auf den Wettbewerb – so er denn eingeführt werden soll – vorbereiten können.

Darüber hinaus hat der Rat die Möglichkeit der voraussetzungslosen Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Schienenverkehr, d. h. ohne die sonst vorgeschriebene Bindung der Direktvergabe an einen internen Betreiber, auf sämtliche Schienenverkehrsdienste mit Ausnahme von U-Bahn- und Straßenbahndiensten ausgeweitet, jedoch gleichzeitig eine grundsätzliche Laufzeitbegrenzung dieser Verträge auf zehn Jahre eingeführt.<sup>25</sup> Die Kommission hatte demgegenüber die Direktvergabe im Schienenbereich auf Eisenbahnregional – oder Fernverkehr beschränkt und diesen als jeden Verkehrsdienst definiert, „der nicht zur Erfüllung der Verkehrsbedürfnisse eines Stadtgebiets oder eines Ballungsgebietes oder zur Verbindung eines Ballungsgebietes mit seinem Einzugsbereich bestimmt ist.“<sup>26</sup>

Wie vom Europäische Parlament gefordert, hat der Rat der besonderen Situation von kleinen und mittleren Unternehmen Rechnung getragen und die Höhe der Schwellenwerte nur für die KMU erhöht, was eine Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge mit einem jährlichen Wert von bis zu 1,7 Mio. EUR oder einer jährlichen Kilometerleistung von bis zu 500.000 km an Unternehmen mit bis zu 20 Fahrzeugen erlaubt.<sup>27</sup>

Schließlich hat der Rat beschlossen, die Transparenz bei direkt vergebenen Aufträgen zu stärken.<sup>28</sup> Darüber hinaus haben die Minister die Einführung eines vom Europäischen Parlament gewünschten Gegenseitigkeitsgrundsatzes bestätigt, der jedoch – wie von der Kommission vorgeschlagen und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgend – zeitlich befristet bleibt und in einen Prozess der schrittweisen Liberalisierung eingebettet ist. Konkret wird danach unterschieden, ob die öffentlichen Dienstleistungsaufträge vor oder nach dem 26. Juli 2000 – dem Datum der erstmaligen Unterbreitung eines Kommissionsvorschlages für eine ÖPNV-Nachfolgeverordnung – nach einem fairen Wettbewerbs- oder einen anderem Verfahren vergeben wurden. Öffentliche Dienstleistungsaufträge, die vor dem 26. Juli 2000 nach einem fairen wettbewerblichen Verfahren vergeben wurden, bleiben bis zum Ende ihrer vorgesehenen Laufzeit gültig. Bei Vergaben vor dem 26. Juli 2000 nach einem anderen Verfahren bzw. ab dem 26. Juli 2000 nach einem fairen Wettbewerbsverfahren bleibt es ebenfalls bei der vorgesehenen Laufzeit, allerdings beschränkt auf maximal 30 Jahre. Für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die nach dem Stichtag nach einem anderen Verfahren vergeben wurden, wird der Bestandschutz dahingehend beschränkt, dass die Laufzeiten mit dem Fristen gemäß Artikel 4 übereinstimmen müssen.<sup>29</sup> Schließlich hat sich der Rat über die Notwendigkeit verständigt, ausschließlich für die Anwendung der Vergabebedingungen einen längeren Übergangszeitraum vorzusehen. Der Übergangszeitraum in diesem Punkt beträgt zwölf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung, welche wiederum drei Jahre nach Veröffentlichung im Amtsblatt erfolgt.

25 Art. 5 VI (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

26 Art. 2 m (KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005).

27 Art. 5 IV 2 (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

28 Art. 7 (Interinstitutionelles Dossier vom 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

29 Art. 8 III (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

Hilfreich ist auch die Klarstellung, die die Kommission in ihrer Mitteilung über den Ratsbeschluss bezüglich der Berechnungsmethode zur Ermittlung des Ausgleichsbedarfs vorgenommen hat. Darin heißt es wörtlich: „Das in Ziffer 5 des Anhangs vorgesehene Verbot derartiger Einnahmeübertragungen bezieht sich nämlich nur auf Einnahmen, die auf nicht liberalisierten Märkten erzielt worden sind.“<sup>30</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies nämlich, dass die z. B. im Rahmen von steuerlichen Organschaften praktizierten Ergebnis-Abführungsverträge europarechtlich weiterhin zulässig sind. Demgegenüber ließ die Wortwahl im Anhang des Gemeinsamen Standpunktes Zweifel aufkommen hinsichtlich der Absicherung des kommunalwirtschaftlichen Querverbunds. Isoliert betrachtet könnte die dortige Formulierung „Alle variablen Kosten, ein angemessener Beitrag zu den Fixkosten und ein angemessener Gewinn im Zusammenhang mit allen anderen Tätigkeiten des Betreibers eines öffentlichen Dienstes dürfen auf keinen Fall der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zugerechnet werden“<sup>31</sup> so verstanden werden, dass Finanzmittel aus im Wettbewerb stehenden Bereichen des Betreibers (z. B. Energieversorgung) nicht mehr in die dem Wettbewerb durch die Direktvergabe entzogenen Bereiche (Verkehrsunternehmen) transferiert werden dürften. Dies liefe auf ein Verrechnungsverbot hinaus und würde im Ergebnis eine Gefährdung des steuerlichen Querverbundes zur Folge haben.

#### IV. Nachbesserungsbedarf

Trotz der begrüßenswerten Klarstellungen und Präzisierungen im Gemeinsamen Standpunkt besteht aus kommunaler Sicht noch Nachbesserungsbedarf. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung des Geltungsbereichs der Verordnung von den Bestimmungen des allgemeinen Vergaberechts. Zwar soll für die Auftragsvergabe von Verkehrsdienstleistungen in den Bereichen U-Bahn-, S-Bahn-, Schienenregional- und Schienenfernverkehr grundsätzlich der Vorrang der Verordnung als *lex specialis* gelten, auf Bus- und Straßenbahnverkehre finden allerdings die Bestimmungen der allgemeinen Vergaberichtlinien Anwendung. Einzige Ausnahme sind Dienstleistungskonzessionen im Bus- und Straßenbahnbereich, für die ausschließlich die Verordnung gilt. Im Ergebnis entstünde eine zweigeteiltes Direktvergaberegime: Während z. B. für U-Bahnverkehre auch bei Überschreitung des unmittelbaren Bedienungsgebietes der Eigentümerkommune und unter Einschaltung privater (Minderheits-)beteiligungen direkt an den internen Betreiber vergeben werden könnten, wäre für Direktvergaben von Bus- und Straßenbahnverkehren – mit Ausnahme von Dienstleistungskonzessionen – weiterhin auf die strengere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Inhouse-Vergabe abzustellen. Auch wären die Schwellenwerte, unterhalb denen eine europaweite Ausschreibung nicht erforderlich ist, unterschiedlich. Bei Vergaben im Bus- und Straßenbahnsektor würde daher verstärkt der Weg der Dienstleistungskonzession beschritten werden müs-

30 Mitteilung der Kommission v. 12. Dezember 2006 (KOM (2006) 805 endg, S. 8).

31 Anhang Nr. 5 (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD)).

sen, um die aus der Anwendung der klassischen Vergaberichtlinien resultierenden Schwierigkeiten zu vermeiden.

Gleichwohl findet sich im Gemeinsamen Standpunkt – im Gegensatz zu dem Dokument, auf das sich der Rat am 09.06.2006 politisch geeinigt hatte – insofern in den Artikeln 5.1 und 8.1 eine Klarstellung, als jetzt deutlich zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Verordnung und Dienstleistungsaufträgen oder öffentlichen Dienstleistungsaufträgen gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG (allgemeines Vergaberecht) unterschieden wurde. Damit ist klargestellt, dass Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen nur dann den Richtlinien des allgemeinen Vergaberechts unterworfen sind und insofern europaweit ausgeschrieben werden müssen – es sei denn, es handelt sich um Dienstleistungskonzessionen, dann käme wieder die Verordnung zur Anwendung –, wenn es sich dabei um öffentliche Dienstleistungsaufträge handelt, die nicht im Sinne der Verordnung zustande gekommen sind.

Mit anderen Worten: Öffentliche Dienstleistungskonzessionen auch für Busse und Straßenbahnen, die z. B. auf der Grundlage einer Betrauungsvereinbarung zwischen einer Kommune und ihrem Verkehrsunternehmen zustande kommen, würden auf alle Fälle auf der Grundlage der Verordnung (auch direkt) vergeben werden können, und nicht dem allgemeinen Vergaberecht mit seinen sehr eingeschränkten Direktvergabemöglichkeiten unterworfen werden müssen. Auch sonst wird in dem Gemeinsamen Standpunkt durchgehend dem im politischen Ratsbeschluss noch verwendeten Begriff „Ausschreibung“ nunmehr der Terminus „Wettbewerbliches Vergabeverfahren“ gegenübergestellt. Auch hierdurch kommt eine größere Offenheit des Rates im Hinblick auf die konkrete Vergabereform zum Ausdruck, solange dabei die Grundsätze der Offenheit, Transparenz und Nichtdiskriminierung berücksichtigt werden.

## V. Schluss

Seit Vorlage des ersten Kommissionsvorschlages für eine Nachfolgeregelung der Verordnung 1191 bietet sich mit dem Ratsbeschluss zum ersten Mal eine realistische Chance für einen neuen europäischen Rechtsrahmen für den ÖPNV. Dass dieser längst überfällig ist, belegen nicht nur die zahlreichen Urteile des EuGH, die die kommunalen Spielräume für Direktvergaben immer stärker einschränken. Auch die nationale Rechtsprechung legt zunehmend strengere Maßstäbe an vergabefreie Inhouse-Geschäfte. So hat das OLG Naumburg mit seinem Beschluss zur interkommunalen Zusammenarbeit vom 3.11.2005 für Recht erkannt, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber einen – dem Vergaberecht unterliegenden – öffentlichen Auftrag darstellt.<sup>32</sup> Diesem Beschluss lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Landkreis einen benachbarten Landkreis verpflichtete, für diesen als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger die Abfallentsorgung zu übernehmen, wobei im Zuge einer Gebietsreform die beiden Landkreise im Jahr 2007 ohnehin vereint worden wären. Das OLG begründet seinen

<sup>32</sup> OLG Naumburg, Beschluss v. 3.11.2005, Az: 1 Verg 9 / 05.



Entschluss u. a. damit, dass die vorliegende Aufgabenübertragung einen Beschaffungsvorgang und somit einen vergaberechtspflichtigen Dienstleistungsauftrag darstelle, der nicht durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen ignoriert werden dürfe.

Am 4.11.2005 hatte das OVG Rheinland-Pfalz in Koblenz einer Kommune untersagt, ihrem Verkehrsunternehmen eigenwirtschaftliche Linieverkehrsgenehmigungen für einen im Querverbund finanzierten Stadtbus-Verkehr zu erteilen.<sup>33</sup> Das OVG Koblenz leitete dies aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und aus der Berufsfreiheit (Art. 3 und Art. 12 GG) ab. Der Anspruch der Wettbewerber auf gleiche Wettbewerbsbedingungen im Genehmigungsverfahren werde verletzt, wenn der eigenwirtschaftliche Antrag eines im Querverbund finanzierten Unternehmens mit dem eines Wettbewerbers, der von der Stadt keine solche Finanzierungen erhalte, verglichen und dann die Auswahlentscheidung nach dem „besseren“ Angebot getroffen werde. Ergänzend führte das OVG aus, dass es in Deutschland außerdem keine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der Verordnung 1191/69 gebe. D. h., von der in der Verordnung 1191/69 vorgesehenen Möglichkeit, Unternehmen des Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrs vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen, sei mit der Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren (§§ 13, 13a PBefG) nicht rechtssicher Gebrauch gemacht worden. Somit sei die Interpretation der Unternehmenserträge in § 8 Abs. 4 PBefG als „Sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne“, die die Eigenwirtschaftlichkeit nicht berühren, nicht rechtssicher anzuwenden bzw. die Bereichsausnahme überschritten. Das OVG machte sich damit die Zweifel zu eigen, die der EuGH in seinem Altmark Trans-Urteil zwar geäußert, aber nicht beantwortet hatte und die damals auch noch nicht vom Bundesverwaltungsgericht höchstrichterlich geklärt worden waren.

Eine solche Entscheidung ist allerdings zwischenzeitlich im Revisionsverfahren zum Urteil des OVG Lüneburg vom 16.09.2004<sup>34</sup> durch das Bundesverwaltungsgericht ergangen. Darin hat das höchste deutsche Verwaltungsgericht die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren gemäß § 8 Abs. 4 als rechtswirksame Ausnahme von der Anwendung der Verordnung 1991 bestätigt und darüber hinaus die vom Bund-Länder-Fachausschuss Personenverkehr vertretene Auffassung bejaht<sup>35</sup>, dass im Genehmigungsverfahren nach dem Personenbeförderungsgesetz gemäß § 13 kein Raum für die Prüfung bleibt, ob etwaige öffentliche Zuschüsse mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar sind.

Insofern würde mit der baldigen Verabschiedung einer neuen ÖPNV-Verordnung der seit vielen Jahren andauernde Gesetzgebungsprozess zu einem aus Sicht der Kommunen und ihrer Unternehmen alles in allem guten Ende gebracht, ohne dass es hierfür immer erst langwieriger und kostspieliger Rechtsstreitigkeiten bedarf. Dies setzt allerdings voraus, dass die vom Verkehrsausschuss des Europäischen Parlaments Ende März 2007 entgegen

33 Beschluss OVG Koblenz v. 4.11.2005, 7 B 11329/05.

34 Urt. OVG Lüneburg v. 16. September 2004, Az 7 LB 3545/01.

35 Vgl. Bund-Länder-Fachausschuss (BLFA): „Bericht zu den Konsequenzen der „Altmark“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für die Finanzierungs- und Ausschreibungspraxis im ÖPNV/SPNV in Deutschland“, 18. Februar 2004, Seite 17 ff.

aller Erwartungen beschlossenen grundsätzlichen Änderungen<sup>36</sup> am Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 11. Dezember 2006 in dem anstehenden Trilog-Verfahren zu einem für alle Beteiligten akzeptablen Kompromiss weiterentwickeln werden.

## Literaturverzeichnis

- Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Straße, der Schiene und auf Binnenschiffahrtswegen (ABIEG 2001 Nr. C 140 E, S. 164)
- Beschluss OVG Koblenz v. 4. November 2005, 7 B 11329/05
- Bund-Länder-Fachausschuss (BLFA): „Bericht zu den Konsequenzen der „Altmark“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für die Finanzierungs- und Ausschreibungspraxis im ÖPNV/SPNV in Deutschland“, 18. Februar 2004, Seite 17ff.
- Bundesverwaltungsgericht Leipzig, Pressemitteilung Nr. 58/2006, BVerwG 3 C 33.05 19. Oktober 2006
- Entwurf der Begründung des Rates betr. Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße sowie Gesetzgebungsakte und andere Rechtsinstrumente betr. Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70 des Rates (Interinstitutionelles Dossier v. 30. November 2006, 2000/0212 (COD))
- EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 „Altmark Trans“
- EuGH, Urt. v. 18. November 1999, Rs. C-107/98 „Teckal“
- EuGH, Urt. v. 11. Januar 2005, Rs. C-26/0 „Stadt Halle“
- EuGH, Urt. v. 13. Oktober 2005, Rs. C-458/0 „Parking Brixen“
- EuGH, Urt. v. 10. November 2005, Rs. C-29 „Mödling“
- EuGH, Urt. v. 6. April 2006, Rs. 410/04 „ANAV“
- European Parliament (2007), Recommendation for second reading on the Council common position for adopting a regulation of the European Parliament and of the Council on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70 (13736/1/2006 - C6-0042/2007 - 2000/0212 (COD), Committee on Transport and Tourism, Rapporteur: Erik Meijer, PE 384.259v02-00, Final A6-0000/2007.
- Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen, KOM (2002) 107 endg. v. 21. Februar 2002 (ABIEG 2002 Nr. C 151, S. 146) sowie Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, KOM (2005) 319 endg. v. 20. Juli 2005 (ABIEG Nr. C 195, S. 20)
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG-Vertrag zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße v. 12. Dezember 2006 (KOM (2006) 805 endg.)
- OLG Naumburg, Beschluss v. 3.11.2005, Az: 1 Verg 9 / 05
- Oliver Mietzsch (2002), Marktöffnung im ÖPNV: Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission und die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments aus kommunaler Sicht, in: Zeitschrift für Gesetzgebung, 17. Jg., Nr. 1, S. 59-71
- Urt. OVG Lüneburg v. 16. September 2004, Az 7 LB 3545/01
- Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs“ (ABIEWG 1969 Nr. L 156, S. 1 sowie ABIEWG 1991 Nr. L 169, S. 1)

---

36 European Parliament (2007), Recommendation for second reading on the Council common position for adopting a regulation of the European Parliament and of the Council on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70 (13736/1/2006 - C6-0042/2007 - 2000/0212 (COD), Committee on Transport and Tourism, Rapporteur: Erik Meijer, PE 384.259v02-00, Final A6-0000/2007.

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen, KOM (2000) 7 eng. 26. Juli 2000 (ABIEG 2000 Nr. C 365 E, S. 169)