

Anlage R zum Anhang:
Rechtsrahmen für die Gewährung von Ausgleichsleistungen im ÖPNV

1 Vorbemerkung

Nach der VO (EG) Nr. 1370/2007, die ab dem 3.12.2009 in Deutschland unmittelbare Wirkung entfaltet, dürfen Ausgleichsleistungen für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nur im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge („öDA“) gewährt werden (Art. 3 Abs. 1). Unter „finanzieller Ausgleichsleistung“ ist dabei nach der Definition des Art. 2 lit. g) der Verordnung jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art zu verstehen, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln gewährt wird. Hierbei ist es unerheblich, ob der Aufgabenträger nur Mittel des Landes nach § 10 Abs. 2 ÖPNVG „weiterleitet“ oder diese Mittel um eigene Mittel ergänzt.

Deshalb muss über alle durch die Aufgabenträger finanzierten Verkehre in Brandenburg ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag abgeschlossen werden. Dieser muss den inhaltlichen Anforderungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 entsprechen (dazu Kapitel 2) und nach den einschlägigen Vorschriften vergeben werden (Kapitel 3). Zudem treffen die Aufgabenträger die Transparenz- und Nachweispflichten der Verordnung (Kapitel 4).

Die Möglichkeit, eine allgemeine Regel nach Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007 aufzustellen, besteht derzeit nicht. Die Anwendbarkeit „allgemeiner Regeln“ setzt eine Schaffung dieser Möglichkeit im deutschen Recht voraus, die bislang nicht erfolgt ist.

Die Finanzierung außerhalb der VO (EG) Nr. 1370/2007 auf Basis genehmigter Beihilfen nach Art. 9 Abs. 2 ist theoretisch möglich, wird aber nicht empfohlen, da sie für die Aufgabenträger erheblichen Aufwand bedeutet, ohne dass damit ein erkennbarer Mehrwert verbunden ist (Kapitel 6).

Die Vorgaben der Verordnung entsprechen prinzipiell dem Weg, den das Land Brandenburg mit der Übertragung der Finanzierungsverantwortung auf die Aufgabenträger bereits eingeschlagen hat.

2 Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Der rechtlich notwendige Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge ergibt sich vorwiegend aus den Artikeln 4 und 6 der VO (EG) Nr. 1370/2007. Im Falle direkt vergebener öDA sind zusätzlich die Regeln des Anhangs der Verordnung zur Überkompensationskontrolle und Ausgleichsberechnung abzubilden.

Übersicht: Notwendiger Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Inhaltliche Vorgaben für öDA

Artt. 4, 6 VO 1370

- Klare Definition gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen
- Festlegung Ausgleichsparameter, Überkompensationsverbot
- Festlegung Ausschließlichkeit
- Erlörisiko und Einnahmenaufteilung
- Befristete Laufzeit
- Mögliche Anordnung der Rechtsfolgen Betriebsübergang
- Qualitätsstandards
- Zulässiger Umfang von Unteraufträgen
- Datenbereitstellung, ausreichend für Erfüllung Transparenzpflichten

Anhang der Verordnung (insbesondere bei Direktvergaben)

- Deckelung Ausgleich auf finanziellen Nettoeffekt
- Lieferung aller für Ermittlung finanzieller Nettoeffekt erforderlichen Daten
- Trennungsrechnungsgebot und verbundene Vorgaben
- Qualitäts- und Effizienzreize

2.1 Notwendiger Inhalt von öDA

Überblick über die zwingenden Inhalte öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Jeder öffentliche Dienstleistungsauftrag (öDA) legt die gegenseitigen Pflichten des Aufgabenträgers und des Verkehrsunternehmens fest. Der öDA muss dabei *alle* „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ definieren. Dabei handelt es sich um diejenigen Leistungen, die der Unternehmer nicht oder nicht so zur Gewinnerzielung von sich aus erbringen würde.

Im Gegenzug legt der öDA den finanziellen Ausgleich für die Übernahme dieser Pflichten als Rechtsanspruch des Unternehmers fest.

- Definition gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

Die Definition gemeinwirtschaftlicher Pflichten ist konstitutiv für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag. Artikel 2 lit. e) der Verordnung definiert eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung wie folgt: „...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 Gegenleistung übernommen hätte“.

Ein Ausgleich darf nur für derartige Pflichten gezahlt werden. Die fehlende Auskömmlichkeit der Anforderung ist damit notwendige Voraussetzung für die Zahlungen; Anforderungen, die sich „rechnen“, stellen keine ausgleichsfähigen Verpflichtungen dar.

Im öffentlichen Dienstleistungsauftrag ist danach eine verbindliche Handlungspflicht eines Betreibers, bestimmte im Allgemeininteresse liegenden Anforderungen zu entsprechen, festzulegen. Unverbindliche Zielvorgaben sind nicht ausreichend. Dies bedeutet, dass die Handlungspflichten auch rechtlich durchsetzbar sein müssen. Dies ist regelmäßig bei Zuwendungsbescheiden nicht der Fall, bei denen zwar ein Rückforderungsanspruch des Zuwendungsgebers bestehen kann, falls das VU der Zweckbindung nicht nachkommt, die Erfüllung einer bestimmten Pflicht aber nicht durchgesetzt werden kann.

Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen können beispielsweise aus Leistungs-, Qualitäts- und Tarifpflichten des Verkehrsunternehmens bestehen.

- Der finanzielle Ausgleich des Aufgabenträgers muss nach klar definierten Regeln errechnet werden: Objektive und transparente Ausgleichsparameter vermeiden jede Überkompensation. Daneben muss ggf. Art und Umfang einer gewährten Ausschließlichkeit festgelegt werden (räumliche und inhaltliche Festlegung).
- Aufteilung der Kosten des Betreibers für die Erbringung der Verkehrsdienstleistung (u. a. Personal-, Energie-, Infrastruktur-, Wartungskosten für Fahrzeuge). Neben der Aufteilung der Kostenpositionen ist hier v.a. von Bedeutung, wer die Risiken aus der Preisentwicklung dieser Kosten trägt (Verkehrsunternehmen, Aufgabenträger oder geteilt).
- Aufteilung der Fahrgeldeinnahmen. Neben der Aufteilung der Einnahmen zu anderen Verkehren, die i.d.R. der VBB wahrnimmt, ist hier v.a. die Aufteilung des Risikos aus der Einnahmenentwicklung zu regeln (Verkehrsunternehmen, Aufgabenträger oder geteilt (Brutto- oder Nettovertrag?))
- Weitere zwingend vorzusehende Regeln:
 - Zulässigkeit des Einsatzes von Subunternehmern (ob und in welchem Umfang)
 - Informationspflichten des VU gegenüber dem Aufgabenträger, die dieser zur Erfüllung seiner Berichtspflichten benötigt (s. dazu Kapitel 4)
 - Laufzeit: bis zu 10 Jahre für Busverkehrsleistungen, unter besonderen Umständen maximal 15

2.2 Fakultativer Inhalt von öDA

Überblick über weitere, fakultativ mögliche Inhalte öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Öffentliche Dienstleistungsaufträge (öDA) können soziale Besitzstände der Arbeitnehmer sichern, indem sie die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs bei Betreiberwechsel anordnen.

Der Aufgabenträger kann in öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zusätzlich Regelungen zur Erhöhung der Sozialverträglichkeit vorsehen. Diese greifen vorrangig bei Wettbewerbsverfahren.

- Der öDA kann hierzu die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs bei Betreiberwechsel anordnen.
- Dieses bedeutet, dass kollektivvertragliche Regelungen zu einem individualvertraglichen Anspruch des Mitarbeiters im neuen Unternehmen werden können; für betriebsbedingte Kündigungen aus Anlass des Betriebsübergangs gilt grundsätzlich eine Ausschlussfrist von einem Jahr. Allerdings gelten diese Rechte nicht absolut. Bei vorhandenen kollektivvertraglichen Regelungen des übernehmenden Verkehrsunternehmens können diese unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen des Altunternehmers verdrängen. Bei Überkapazitäten sind betriebsbedingte Kündigungen u.U. auch vor Ablauf der Jahresfrist möglich.
- Die Vergabestelle muss dann die betreffenden Arbeitnehmer und die für sie gültigen Tarifregelungen auflisten, so dass alle Bieter ihre Angebote kalkulieren können.

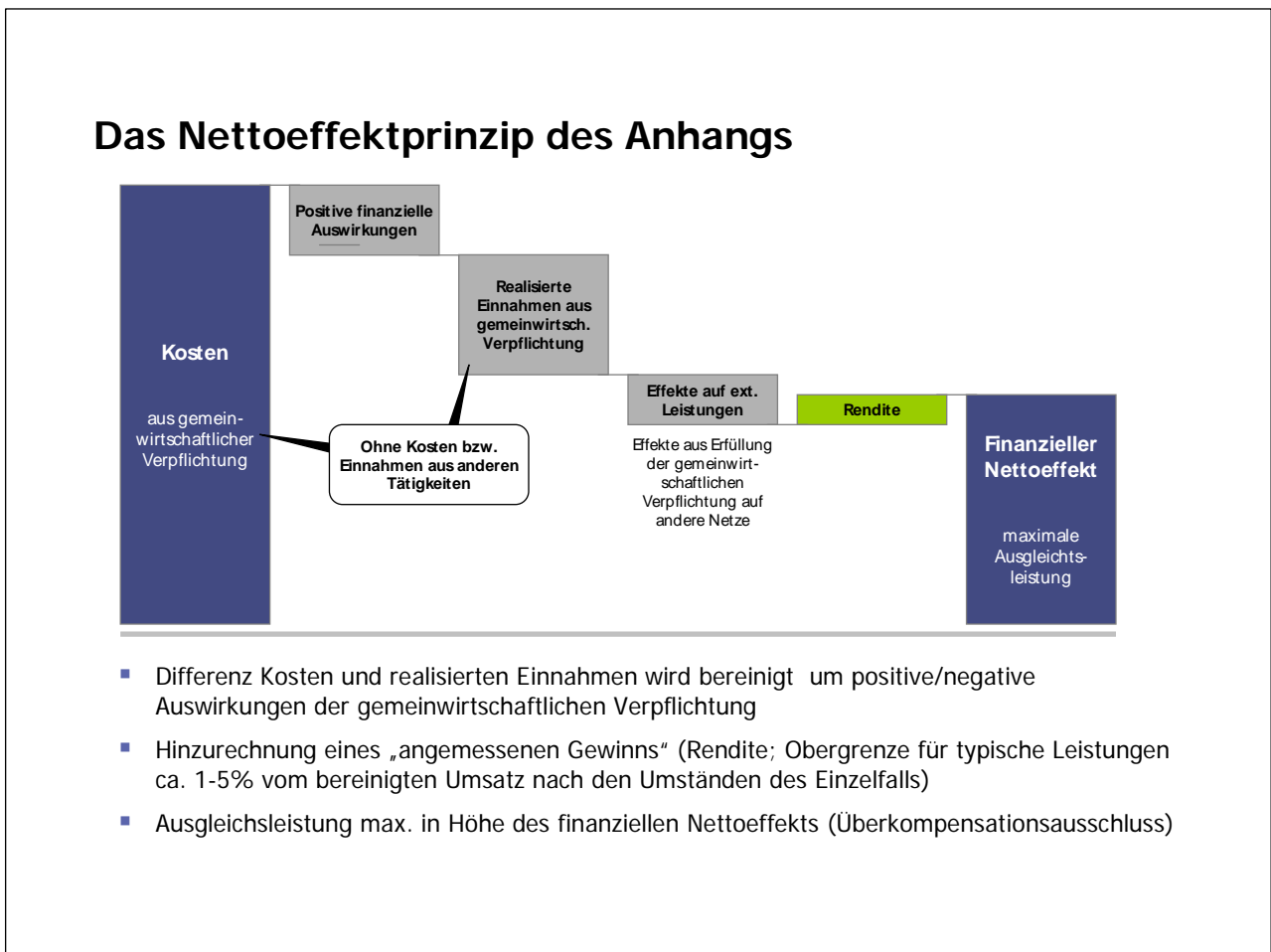
2.3 Zusätzliche Anforderungen an direkt vergebene öDA

Der Inhalt direkt vergebener öffentlicher Dienstleistungsaufträge muss zusätzlichen Anforderungen genügen. Dies gilt sowohl für die nach Art. 5 Abs. 2 und 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 als auch für die nach der Inhouse- Rechtsprechung direkt vergebenen Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 Abs. 1. Die Anforderungen ergeben sich aus Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit dem Anhang der Verordnung und betreffen insbesondere die Berechnung der maximal zulässigen Ausgleichsleistung.

2.3.1 Berechnung des maximal zulässigen Ausgleichs

- Bei Direktvergaben kommt der Anhang der Verordnung zur Anwendung. Danach darf die Ausgleichsleistung den Betrag nicht überschreiten, der dem finanziellen Nettoeffekt der Summe aller Auswirkungen der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des VU entspricht.

Übersicht: Berechnung der maximalen Ausgleichsleistung nach dem Anhang



- Die positiven/negativen Effekte der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen können als pauschaler Abschlag oder Anteil berücksichtigt werden. So kann z.B. die Vorhaltung gemeinsamer Funktionen in einem Stadtwerke-Konzern (Buchhaltung, Recht, Finanzierung) durch sachgerechte Kostenanteilschlüssel berücksichtigt werden. Ein anderes Beispiel ist die Berücksichtigung des Image des ÖPNV-Betreibers als Ver-

marktungshilfe für den Gelegenheitsverkehr dieses Betreibers. In diesem Fall ist ein Vermarktungsbeitrag des ÖPNV an den Gelegenheitsverkehr zu berechnen.

2.3.2 Weitere Anforderungen

- Einhaltung der Trennungsrechnungsvorschriften der Nr. 5 des Anhangs. Hier ist v.a. von Bedeutung, dass alle Sparten auch angemessene Beiträge zu den Fixkosten des Unternehmens leisten. Zu den Anforderungen der Trennungsrechnung ist auch auf die Anforderungen der Transparenz-Richtlinie 2006/111/EG zu verweisen.
- Die Finanzierung muss einen Anreiz geben zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung, die objektiv nachprüfbar ist, und zur Erbringung von Personenverkehrsdiensten ausreichend hoher Qualität. Von daher ist es erforderlich, dass insoweit überprüfbare Vorgaben gemacht werden.
- Zur Durchführung der Überkompensationskontrolle ist erforderlich, dass dem Aufgabenträger Einblick in die Kostenstrukturen des direkt beauftragten Unternehmens gewährt wird. Diese Rechte sollten daher auch im öffentlichen Dienstleistungsauftrag verankert werden.

2.3.3 Berechnungsbeispiel

Das kommunale Verkehrsunternehmen hat Kosten für die Verkehrserstellung von 10 Mio. € p.a. Bei diesen Kosten sind 200.000€ für die Vermarktung im Gelegenheitsverkehr abzuziehen (Kostendeckung Fahrzeuge, Verwaltung, Finanzierung).

Weiterhin hat es 500.000€ Konzernumlage zu tragen. Dieser Betrag deckt die zuzurechnenden anteiligen Kosten nach den Grundsätzen der Kostenverursachung und der Tragfähigkeit. Es sind somit alle positiven externen Effekte auf das Gesamtunternehmen abgebildet.

Bei den Einnahmen fallen 6 Mio. € an, davon sind aber 200.000€ Erlössteigerung gegenüber den letztjährigen, mit der Tarifierhöhung fortgeschriebenen Einnahmen. Nach einer selbst gewählten Anreizregel darf das Verkehrsunternehmen in seiner Rechnung von diesen Einnahmen die Hälfte = 100.000 € behalten und z.B. im Rahmen von Prämien an die Mitarbeiter ausschütten.

Hieraus ergibt sich nach dem Prinzip des finanziellen Nettoeffekts:

Kosten Betrieb gesamt	10.000.000€
Abzgl. Kosten Gelegenheitsverkehr	- 200.000€
Konzernumlage	+ 500.000€
Einnahmen	- 6.000.000€
Abzgl. Einbehalt Erlössteigerung (Anreiz)	+ 100.000€
Zulässiger Ausgleich	4.400.000€

2.4 Einzelne Finanzierungsarten

2.4.1 Zuwendungen

Zuwendungen werden zur Förderung von Leistungen im allgemeinen öffentlichen Interesse ausgereicht. Zuwendungen begründen keinen Anspruch der öffentlichen Hand auf Durchführung der bezuschussten Leistung. Die Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 setzen aber eine durchsetzbare gemeinwirtschaftliche Verpflichtung voraus. Deren Erfüllung muss unter allen Umständen gewährleistet werden. Daher sind Zuwendungsbescheide / Bewilligungsbescheide nicht nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 möglich.

2.4.2 Förderung von Subunternehmen

Die Erbringung von Verkehrsleistungen setzt eine Genehmigung nach PBefG voraus. Daher können Subunternehmen auch nicht Vertragspartner zur Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Pflichten sein. Vielmehr kann diese Vereinbarung nur mit dem Konzessionär geschlossen werden. Der Konzessionär ist wiederum verantwortlich für die auskömmliche Finanzierung des Subunternehmens. Dies muss durch angemessene Vertragsentgelte gewährleistet werden. Hierbei ist auch denkbar, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer bei hinreichender Vertragslaufzeit einmalige Vertragsentgelte zur Unterstützung bei Investitionen leistet.

2.4.3 Investitionsförderung

Finanzielle Leistungen müssen die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten zum Gegenstand haben. Diese Erfüllung muss unmittelbar erfolgen. Eine mittelbare Erfüllung ist nicht ausreichend. Daher können Investitionen nicht isoliert gefördert werden, sondern müssen Gegenstand des öDA sein. In diesem Rahmen erkennt das Land auch bei Ver-

einbarung hinreichender Fahrzeugstandards entsprechende Investitionsquoten an (siehe Anlage FinVO zu § 10 ÖPNVG).

Sollen Investitionen in Betriebsmittel gleichwohl erfolgen, so kann dies nicht zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten und damit nicht nach VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen. Vielmehr muss sich dann die Förderung nach allgemeinen Beihilferecht orientieren. Hierbei besteht eine große Gefahr, dass die Kriterien des EuGH (Altmark Trans) nicht eingehalten werden oder auch die Förderung unzulässig ist, weil sie den Anwendungsvorrang der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Frage stellt. Aus diesem Grund wird zukünftig von einer isolierten Förderung von Betriebsmitteln abgeraten.

2.4.4 öDA aus mehreren Rechtsakten

Die VO 1370 lässt zu, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag (öDA) aus mehreren Rechtsakten bestehen kann. Denkbar ist, dass für verschiedene gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen verschiedene Rechtsakte mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und Ausgleichsregelungen vereinbart werden. Allerdings muss dann für jede festgelegte gemeinwirtschaftliche Pflicht ein angemessener Ausgleich gefunden werden und jede gesonderte vereinbarte Pflicht muss für sich durchsetzbar und kontrollierbar sein. Dies stellt sehr hohe Anforderungen an die Ausgestaltung dieser Rechtsakte. Zudem müsste dann die Einnahmeverteilung bezogen auf jeden einzelnen Rechtsakt erfolgen und die Transparenzpflichten müssten für jeden Rechtsakt getrennt erfüllt werden. Insgesamt muss dazu im Rahmen des öDA eine gesamthafte Überkompensationskontrolle möglich und tatsächlich durchgeführt werden.

Es wird daher dringend empfohlen, für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in nur einem einzigen Rechtsakt zusammenfassend zu regeln. Dies gilt insbesondere auch für den Ausgleich für die Schülerbeförderung: Hier dürften sonst nur die Effekte aus der Anwendung des Ausbildungstarifs ausgeglichen werden. Dies kann in der Regel nicht mit vertretbarem Aufwand ermittelt werden, so dass ein separater Rechtsakt nicht empfohlen werden kann.

In der Praxis ist ein Nebeneinander verschiedener öDA von verschiedenen Behörden kaum umsetzbar. Zwingend ist dabei neben der klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten (keine Doppelzuständigkeit), dass eine Behörde für die Bewertung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und des finanziellen Ausgleichs aus allen Quellen gesamthaft verantwortlich ist, einschließlich Überkompensationskontrolle.

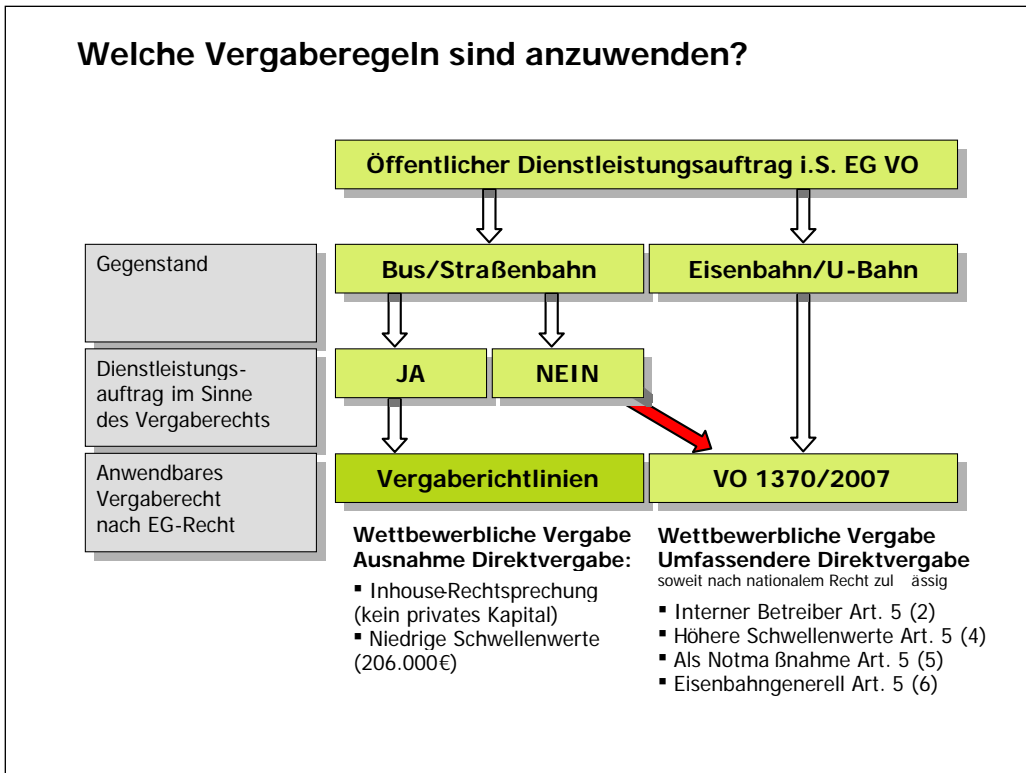
Sofern für verschiedene Leistungen im gleichen Verkehrsraum, z.B. Stadtbusverkehr und Regionalbusverkehr, verschiedene öDA notwendig sind, so sollten diese räumlich/nach Linien abgegrenzt werden. Dies sichert, dass die Leistung und die Gegenleistung in einem einzigen öDA vereinbart und kontrolliert werden kann. Dieses Vorgehen sollte auch bei Aufgabenträger-überschreitenden Linien gewählt werden. Auch hier sollte nach Abgrenzung der Linien nur ein öDA vereinbart werden und die beteiligten Aufgabenträger sich im Binnenverhältnis über die Vorgehensweise (gemeinsamer öDA, ein öDA durch einen zuständigen Aufgabenträger bzw. ein öDA durch einen federführenden Aufgabenträger) verständigen.

3 Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

3.1 Welche Vergabevorschriften sind anwendbar?

Der öffentliche Dienstleistungsauftrag ist zudem rechtskonform zu vergeben. Die Vergaberegeln der VO (EG) Nr. 1370/2007 finden jedoch nicht auf jeden öffentlichen Dienstleistungsauftrag Anwendung. Hier ist vielmehr zu unterscheiden:¹

Übersicht zum anwendbaren Vergaberegime



Normalfall ist die Anwendung des allgemeinen Vergaberechts. Die Vergaberichtlinien sind in Deutschland im 4. Abschnitt des GWB, der VgV und den VOL/A umgesetzt. Im Bereich von Bussen und Straßenbahnen sind die Vergabevorschriften der VO (EG) Nr. 1370/2007 nur dann anwendbar, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag nicht zugleich einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Vergaberichtlinien, sondern eine Dienstleistungskonzession darstellt.

¹ Vgl. dazu den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr.1370/2007: „Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.“ (Unterstreichungen hinzugefügt).

Charakteristisch für Dienstleistungskonzessionen ist, dass der Konzessionär als Gegenleistung für die Erbringung der Dienste primär das recht der kommerziellen Nutzung und Verwertung der konzessionierten Leistung erhält (ohne oder zuzüglich eines Entgelts vom Konzessionsgeber) und das ganze oder überwiegende wirtschaftliche Nutzungs- und Verwertungsrisiko trägt. Typisch ist ein ausschließliches Recht.

Im Regionalverkehr stammt normalerweise nur ca. ein Drittel der Erlöse aus frei verkauften Fahrscheinen. Der Rest entfällt auf Schülerzeitkarten, auf deren Umsatz der Unternehmer nur sehr begrenzten Einfluss hat, sowie auf die Kofinanzierung der öffentlichen Hand.

Insbesondere im regionalen ÖPNV sind Dienstleistungskonzessionen daher untypisch. Denkbar sind sie für Leistungen, die (nahezu) vollständig durch Fahrgelderlöse finanziert sind, für die der Unternehmer das wirtschaftliche Risiko trägt (Nettovertrag) und die entsprechenden Gestaltungsfreiheiten (Angebot, Marktkommunikation, Tarif?) hat. Im Zweifel ist von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen.² Hierfür ist das Vergaberecht (GWB, VgV, VOL/A) einschlägig. Für die Zulässigkeit von Direktvergaben ist dann nicht Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (Vergabe an einen internen Betreiber), sondern sind die vom EuGH entwickelten Anforderungen an die Inhouse-Vergabe maßgebend. Bei insgesamt großer Ähnlichkeit unterscheiden sich diese im Detail.

² OLG München, Beschluss vom 21.05.2008, Az.: Verg 05/08.

3.2 Vorgaben für Direktvergaben

Im Folgenden werden die Voraussetzungen und Besonderheiten von Direktvergaben im Überblick dargestellt:

3.2.1 Direktvergaben nach der Inhouse-Rechtsprechung des allgemeinen Vergaberechts

Inhouse-Vergaben

Inhouse-Vergaben sind ein Ausnahmereich vom Vergaberecht, der vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in dessen Rechtsprechung entwickelt wurde. Aufgabenträger können Finanzierungen dann „inhouse“ vergeben, wenn ein 100%iges Tochterunternehmen des Aufgabenträgers beauftragt wird, das von ihm wie eine eigene Dienststelle der Verwaltung beherrscht wird und das zu über 90% für den Aufgabenträger tätig ist.

- Zur Nutzung dieser Ausnahme vom Vergaberecht müssen die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) entwickelten Inhouse-Voraussetzungen erfüllt sein:
 - Beherrschung des Unternehmens durch den Aufgabenträger wie eine eigene Dienststelle der Verwaltung; das Unternehmen darf keine Entscheidungsautonomie gegenüber der Verwaltung haben. Der Aufgabenträger muss maßgeblichen Einfluss auf strategische und einzelne Management-Entscheidungen haben. Der EuGH hat in einzelnen Rechtsstreiten Zweifel angemeldet, ob eine Beherrschung von Aktiengesellschaften oder auf Tochterunternehmen in Konzernen möglich ist. Nicht ausgeschlossen ist dagegen, dass ein Verkehrsunternehmen von mehreren Aufgabenträgern gemeinsam beherrscht wird.
 - Das Verkehrsunternehmen muss weit überwiegend für den Auftraggeber tätig sein (über 90% des Umsatzes).
 - Eine Beteiligung privater Dritter an der Gesellschaft des Verkehrsunternehmens ist ausgeschlossen.
- Das direkt beauftragte Unternehmen muss im Fall von Unteraufträgen zusätzlich einen „bedeutenden Teil“ der Leistung selbst erbringen (Art. 4 (7) der VO).

- Bezüglich des Inhalts des öDA müssen die Vorschriften der VO 1370 sowie des Anhangs der Verordnung erfüllt werden, insbesondere hat eine Überkompensationskontrolle stattzufinden.

3.2.2 Direktvergaben an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370

Direktvergabe an internen Betreiber

Außerhalb des Geltungsbereiches des Vergaberechts eröffnet die VO (EG) Nr. 1370/2007 die Option einer Direktvergabe an einen internen Betreiber. Voraussetzung hierfür sind zum einen Beherrschungsvoraussetzungen ähnlich der Inhouse-Rechtsprechung. Zum anderen muss der Vertrag bei Bus und Straßenbahn als Dienstleistungskonzession gestaltet sein; dieses ist vor allem im Regionalverkehr nicht einfach möglich.

- Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 müssen erfüllt sein:
 - Beherrschung/Kontrolle des Betreibers, Art. 5 (2) a)
 - Örtlichkeitsprinzip: das VU und seine Beteiligungen dürfen nur innerhalb des Zuständigkeitsgebiets des Aufgabenträgers Verkehrsdienste erbringen, Art. 5 (2) b). Als Ausnahme zugelassen sind ausbrechende Linien.
 - Wettbewerbsverbot: das VU darf nicht außerhalb des Zuständigkeitsgebiets des Aufgabenträgers an Wettbewerbsverfahren teilnehmen.
- Unterauftragsquote: Der interne Betreiber ist verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst durchzuführen, Art. 5 (2) e).
- Bezüglich des Inhalts des öDA müssen die Vorschriften der VO 1370 sowie des Anhangs der Verordnung erfüllt werden, insbesondere hat eine Überkompensationskontrolle stattzufinden.
- Rechtlich umstritten ist derzeit, ob ohne Tätigkeit des deutschen Gesetzgebers von den Vergabeoptionen des Art. 5 der VO Gebrauch gemacht werden kann.

3.2.3 „Direktvergaben“ an KMU nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370

Möglichkeit von „Direktvergaben“ für kleine Aufträge an kleine Unternehmen

Außerhalb des Geltungsbereiches des Vergaberechts eröffnet die VO (EG) Nr. 1370/2007 die Option einer „Direktvergabe“ für relativ kleine öDA. Voraussetzung ist die Gestaltung als Dienstleistungskonzession. Die Bezeichnung „Direktvergabe“ ist hier zudem irreführend. Es ist zwar eine Verhandlung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit nur einem Unternehmen möglich. Die Auswahl des Verhandlungspartners erfolgt dagegen bei mehr als einem Bewerber im Wettbewerb.

Voraussetzungen einer Direktvergabe für kleine Aufträge/ an kleine und mittlere Unternehmen sind nach der VO (EG) Nr. 1370/2007:

- Der öDA muss im Bereich Bus/ Straßenbahn als Dienstleistungskonzession ausgestaltet sein, Art. 5 (1). Zu beachten ist, dass gerade kleinere Unternehmen häufig Schwierigkeiten haben, derartige Risiken zu übernehmen.
- Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 müssen erfüllt sein:
 - Maximaler Wert/ Umfang des öDA: < 1.000.000 € p.a. oder Verkehrsleistung < 300.000 Fahrplankm p.a.
 - Bei Vergabe an KMU mit max. 23 Fahrzeugen: Verdoppelung der Schwellenwerte
- Achtung: „Direktvergabe“ bedeutet zwar auch hier Verhandlung mit nur einem Betreiber (Art. 2 lit h VO 1370), aber die Auswahl dieses Betreibers muss transparent und nichtdiskriminierend erfolgen (Erwägungsgrund 20), d.h. die Auswahl des Verhandlungspartners muss zwingend über einen Aufruf zum Wettbewerb erfolgen. Zweifelhaft ist zusätzlich, ob der Anwendung von Art. 5 Abs. 4 der VO nicht insgesamt „nationales Recht entgegensteht“ (Gleichbehandlungsgebot der Verfassung, Neutralitätsgebot der Verwaltung; Abschnitt 1 VOL/A).
- Bezüglich des Inhalts des öDA müssen die Vorschriften der VO 1370 sowie des Anhangs der Verordnung erfüllt werden, insbesondere hat eine Überkompensationskontrolle stattzufinden.
- Rechtlich umstritten ist derzeit, ob ohne Tätigkeit des deutschen Gesetzgebers von den Vergabeoptionen des Art. 5 der VO Gebrauch gemacht werden kann.

4 **Transparenzpflichten und Nachweis der Mittelverwendung im jährlichen ÖPNV-Bericht**

Die Aufgabenträger sind „zuständige Behörde“ im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007. Damit obliegt ihnen auch die Einhaltung der Transparenz- und Berichtspflichten der Verordnung. Diese machen die Erstellung eines jährlichen ÖPNV-Berichts erforderlich. Dazu kommen weitere Veröffentlichungspflichten und die Vorhaltung von Informationen.

1. **Jährlicher ÖPNV-Bericht („Gesamtbericht der zuständigen Behörde“), Art. 7 Abs. 1**

- Veröffentlichung, z.B. im Internet
- **Wann:** Einmal jährlich, unterschieden nach Sparten (Bus, Straßenbahn, ...)
- **Inhalt:** gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen („was“), die ausgewählten Betreiber („an wen“) und die diesen zur Abgeltung gewährten Ausgleichsleistungen/ ausschließlichen Rechte („wieviel“)
- Der Gesamtbericht muss die Kontrolle und Beurteilung der Leistungen, Qualität und Finanzierung ermöglichen

2. **Vorab-Veröffentlichungspflicht**

- Veröffentlichung der Vergabeabsicht im EU-Amtsblatt; gilt für alle Vergaben
- **Wann:** Spätestens ein Jahr vor Einleitung der wettbewerblichen oder direkten Vergabe
- **Inhalt:** zuständige Behörde („wer“), Art der Vergabe („wie“) und betroffene Dienste und Gebiete („was und wo“)
- Ausnahmen: Verkehrsleistung unter 50.000 km pro Jahr, Notmaßnahmen

3. **Begründungspflicht für jegliche Direktvergaben gegenüber interessierten Verkehrsunternehmen auf Anfrage**

- **Wann:** Auf Anforderung
- **Achtung:** Die Begründung könnte Grundlage von Rechtsmitteln der Unternehmer werden.

4. Dokumentation, Informationspflicht ggü. der Europäischen Kommission, Art. 6 Abs. 2: „Schublade“

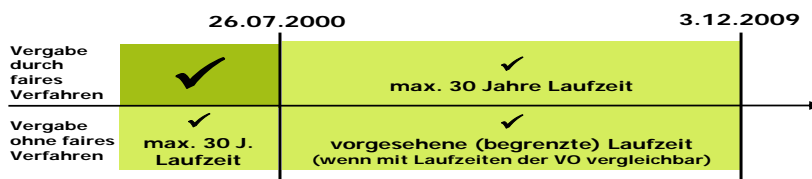
- Die Europäische Kommission kann verlangen, dass ihr alle erforderlichen Informationen übermittelt werden, um feststellen zu können, ob eine gewährte Ausgleichsleistung mit der Verordnung vereinbar ist. Die Dokumentation muss erstellt und beim Aufgabenträger für den Fall bereit gehalten werden, dass diese Informationen angefordert werden. Dies erfordert, dass der Aufgabenträger Einblick in die Kosten- und Einnahmedaten des Verkehrsunternehmens erhält.
- **Wann:** Innerhalb von drei Monaten
- **Inhalt:** alle erforderlichen Daten für die Feststellung, ob die Ausgleichsleistungen mit der Verordnung vereinbar sind

5 Fortgeltung bestehender Regelungen

Für bestehende öDA sieht die VO (EG) Nr. 1370/2007 Übergangsregelungen in Art. 8 vor. Sie differenziert hierbei nach dem Zeitpunkt der Betrauung (vor dem 3.12.2009 bzw. vor dem 26. Juli 2000) sowie danach, ob ein faires wettbewerbliches Verfahren durchgeführt wurde oder nicht:

Abbildung: Weitergeltung bestehender Verträge

Umgang mit bestehenden Betrauungen



Diese Regelungen gelten für den nach Laufzeit und Inhalt in sich konsistenten öDA. Wesentliche Änderungen bzgl. Laufzeit und Inhalt dürften einer „Neuvergabe“ gleichzusetzen sein, so dass dann die Anforderungen der Verordnung gelten.

Offen ist auch, ob sich die Bestandskraft bestehender Verträge nach den Übergangsvorschriften der Verordnung nur auf die Art der Vergabe oder darüber hinaus auch auf deren Inhalt bezieht. Dies betrifft die Frage, ob ab dem 3.12.09 auch bestehende Verträge die inhaltlichen Voraussetzungen der Verordnung, insbesondere des Anhangs, erfüllen müssen. Festzuhalten ist dessen ungeachtet, dass die Anforderungen nach derzeitigem Recht (Altmark Trans- Kriterien, allgemeine beihilferechtliche Grundsätze) denen der Verordnung weitestgehend entsprechen und diese deshalb auch auf vor dem 3.12.09 abzuschließende Vereinbarungen Anwendung finden.

6 Förderung außerhalb VO (EG) Nr. 1370/2007

Theoretisch denkbar ist eine Finanzierung außerhalb der VO (EG) Nr. 1370/2007 auf Basis genehmigter Beihilfen nach Art. 9 Abs. 2. Derartige Finanzierungen außerhalb der von der Verordnung erfassten Beihilfen unterfallen nicht der Notifizierungsfreistellung nach Art. 9 Abs. 1, so dass sie bei der Europäischen Kommission anzumelden sind. Die Durchführung des Notifizierungsverfahrens bedeutet jedoch einen erheblichen - auch zeitlichen - Aufwand für den Aufgabenträger, ohne dass damit ein erkennbarer Mehrwert verbunden ist. Insbesondere besteht das Risiko einer Negativentscheidung der Kommission.³

³ Dies betrifft insbesondere das sog. „Wittenberger Modell“, bei dem die Europäische Kommission beihilferechtliche Bedenken angemeldet und dieses nur im Einzelfall genehmigt hat.