

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Personenbeförderungs- und vergaberechtliche Dimensionen der Fragestellung



A. Einleitung

I. Jenseits der Eigenwirtschaftlichkeit

- Ziel: Ausreichende Verkehrsbedienung, § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG
- Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit, § 8 Abs. 4 PBefG
 - kann nur in dem Maße bestehen, wie die Verkehre den Verkehrsbedürfnissen der darauf angewiesenen Allgemeinheit zumindest grundsätzlich entsprechen
 - andernfalls ist eine Einflussnahme des Staates nicht nur möglich, sondern letztlich aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflichten geboten
- VO 1370/07 steht Qualifikation der von ihr erfassten Verkehre als eigenwirtschaftlich entgegen
 - Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufgrund öffentlicher Dienstleistungsaufträge
 - ausschließliche Rechte
- nur ein geringer Teil der Verkehre im ÖPNV kann als eigenwirtschaftlich qualifiziert werden

II. Entwicklung des Rechts der Verkehrsbestellungen

- Bestellung von Busverkehrsleistungen schon herkömmlich vom EU-Vergaberecht erfasst, soweit es sich um öffentliche Dienstleistungsaufträge handelt
 - nur Eisenbahnverkehrsleistungen sowie Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs wurden als „nicht prioritäre Dienstleistungen“ qualifiziert
 - weithin missachtet
- (erst) seit Erlass der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sekundärrechtliche Vorgaben für Vergabe von Konzessionen im ÖPNV
 - unabhängig davon: Geltung der primärrechtlich begründeten Vergabegrundsätze
 - Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU nicht einschlägig

B. Bestimmung des maßgeblichen Vergaberegimes

I. Weichenstellung

- statt Vorrang des spezielleren Verkehrsvergaberechts vor dem allgemeinen Vergaberecht komplexe Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Vergaberegimen
- Art. 5 Abs. 1 Verordnung (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.“

II. Verfahrensrechtliche Konsequenzen

- Anwendbarkeit des allgemeinen Vergaberechts
 - (Verkehrs-)Dienstleistungsaufträge mit Bussen und Straßenbahnen
 - oberhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte
- Anwendbarkeit des Verkehrsvergaberechts
 - (Verkehrs-)Dienstleistungskonzessionen
 - entscheidend: verbleibendes Betriebsrisiko des Unternehmers, vgl. § 105 Abs. 2 GWB
 - nicht gegeben, wenn der Auftragnehmer eine sich aus den Einnahmen (einschließlich Netzeffekte) und einem variablen Zuschuss des Auftraggebers zusammensetzende und von den vereinbarten Fahrkilometern, nicht aber vom Fahrgastaufkommen abhängige Gesamtvergütung erhalten soll, OLG Koblenz, B.v. 25.3.2015 – Verg 11/14, 1 Verg 11/14

- (Verkehrs-)Dienstleistungsaufträge
 - Eisenbahnverkehrsleistungen
 - bei Bus- und Straßenbahnverkehren unterhalb der Schwellenwerte
- Inhouse-Vergabe (OLG Düsseldorf, B.v. 2.3.2011 – VII-Verg 48/10, Verg 48/10; OLG München, B.v. 31.3.2016 – Verg 14/15; Herleitung str.; a.A. OLG Frankfurt, B.v. 30.1.2014 – 11 Verg 15/13)
 - Klarstellung durch § 131 Abs. 2 GWB für Eisenbahnverkehre: für Vergaben an interne Betreiber gilt immer Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007
- Folge: de facto stark eingeschränkter Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. auch OLG Karlsruhe, B.v. 9.10.2012 – 15 Verg 12/11)

C. Verhältnis von allgemeinem und Verkehrsvergaberecht

I. Vergleich der Regelungsziele

Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

„Zweck dieser Verordnung ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.

Hierzu wird in dieser Verordnung festgelegt, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben.“

Art. 1 Richtlinie 2014/24/EU

„(1) Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt. (2) Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.“

II. Bedeutung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts

- EuGH, Urteil v. 27.10.2016, C-292/15 – Hörmann Reisen GmbH gegen Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg
 - „38 Ferner sieht Art. 5 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 1370/2007 für einen solchen Fall der Vergabe des Auftrags für einen öffentlichen Personenverkehrsdienst mit Bussen vor, dass „die Absätze 2 bis 6 [dieses] Artikels nicht anwendbar“ sind.
 - 39 Somit ist festzustellen, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 eine Ausnahme von der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 dieser Verordnung aufgestellten Grundregel enthält und dass die genaue Tragweite dieser Ausnahme sodann in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung festgelegt wird, wonach die Abs. 2 bis 6 von Art. 5 nicht anwendbar sind.
 - 40 In keiner anderen Bestimmung von Art. 5 oder der Verordnung Nr. 1370/2007 wird die Tragweite der Ausnahme weiter ausgedehnt.
 - 41 **Hieraus ergibt sich, dass bei der Vergabe eines Auftrags für den öffentlichen Personenverkehrsdienst mit Bussen wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nur die Bestimmungen von Art. 5 Abs. 2 bis 6 der Verordnung Nr. 1370/2007 nicht anwendbar sind, während die übrigen Vorschriften dieser Verordnung anwendbar bleiben.**
 - 42 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass Art. 4 Abs. 7 der Verordnung Nr. 1370/2007 auf den Fall der Vergabe eines unter Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung fallenden Auftrags für den öffentlichen Personenverkehrsdienst mit Bussen anwendbar ist.

- 43 Diese Schlussfolgerung wird durch den Zweck der Verordnung Nr. 1370/2007 bestätigt.
- 44 Der Zweck der Verordnung besteht nämlich nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 darin, „festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des [Unionsrechts] im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte“.
- 45 Dass die Verordnung Nr. 1370/2007 ihrem Wesen nach Modalitäten für das Tätigwerden bei allgemeinen Systemen zur Vergabe öffentlicher Aufträge vorsehen soll, impliziert, dass sie im Verhältnis zu Letzteren Sonderregeln enthält.
- 46 Hierzu ist festzustellen, dass die geänderte Richtlinie 2004/18 allgemein anwendbar ist, während die Verordnung Nr. 1370/2007 nur öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße erfasst.
- 47 Da sowohl Art. 4 Abs. 7 der Verordnung Nr. 1370/2007 als auch Art. 25 der geänderten Richtlinie 2004/18 Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen enthalten, ist davon auszugehen, dass die erstgenannte Vorschrift eine Sonderregel im Verhältnis zu den in der letztgenannten Vorschrift enthaltenen Regeln darstellt und diesen als *lex specialis* vorgeht.
- 48 Unter diesen Umständen ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 dahin auszulegen ist, dass bei der Vergabe eines Auftrags für den öffentlichen Personenverkehrsdienst mit Bussen Art. 4 Abs. 7 der Verordnung auf den Auftrag anwendbar bleibt.“
- Konsequenzen
 - (partieller) Vorrang des allgemeinen Vergaberechts vor der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beschränkt sich auf deren spezifisch vergaberechtlichen Gehalt
 - im Übrigen uneingeschränkte Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bei Verkehrsbestellungen

III. Bedeutung des allgemeinen Vergaberechts im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

- Art. 5 Abs. 3 S. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007
 - „Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen.“
 - teilweise, wenn auch unzureichende Konkretisierung durch §§ 8a, 8b PBefG
 - darüber hinaus Geltung des Primärvergaberechts
- Lückenschließung durch Parallelwertungen, z.B.
 - Zulassung von Nebenangeboten (vgl. Art. 45 Richtlinie 2014/24/EU)
 - Vertragsanpassung (vgl. Art. 72 Richtlinie 2014/24/EU)
 - Kündigung (vgl. Art. 73 Richtlinie 2014/24/EU)

D. Fazit

- Frage nach der Bestellung von Verkehrsleistungen stellt sich nur, wenn diese nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden können
- zutreffende Bestimmung des einschlägigen Vergaberegimes von wesentlicher Bedeutung für rechtmäßiges Handeln
- Abgrenzung der Anwendungsbereiche des allgemeinen und des Verkehrsvergaberechts erfordert im ÖPNV insbesondere bewusste Entscheidung über Vergabe eines Dienstleistungsauftrags oder einer Dienstleistungskonzession
- bei wettbewerblichem Vergabeverfahren ist Orientierung am allgemeinen Vergaberecht jedenfalls nicht fehlerhaft

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht

Forschungsstelle für Verkehrsmarktrecht

Carl-Zeiß-Straße 3

D-07743 Jena

Tel.: +49 3641 / 942220

Fax: +49 3641 / 942222

E-Mail: matthias.knauff@uni-jena.de