

## Die Novelle der EU-VO 1191 steht inhaltlich vor dem Scheitern – Alternative Perspektiven für den ÖPNV in Deutschland

- > Gemeinsamer Standpunkt des Rates aus Dezember 2006 zur Novellierung der EU-VO 1191
- > Auswirkungen einer Verabschiedung einer neuen EU-VO 1191 in 2007 auf den europäischen und deutschen Markt
- > Zu lösende Probleme des eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerbs nach geltendem PBefG

**Rechtsanwalt  
Dr. Hubertus Baumeister**

BBG und Partner  
Contrescarpe 75 A  
28195 Bremen

T +49 (0) 421.335410  
F +49 (0) 421.3354115

[kontakt@bbgundpartner.de](mailto:kontakt@bbgundpartner.de)  
[www.bbgundpartner.de](http://www.bbgundpartner.de)

10 Jahre DADINA – 10 Jahre aktiv für die Fahrgäste  
Darmstadt, den 2. März 2007

## Gemeinsamer Standpunkt des Rates zur Novellierung der EU-VO 1191 aus Dezember 2006

- > Zentrale Inhalte der VO
- > Übergangsfristen

Die neue EU-VO 1191 soll für den Öffentlichen Personenverkehr einen klaren und einheitlichen Rechtsrahmen schaffen (1 von 2)

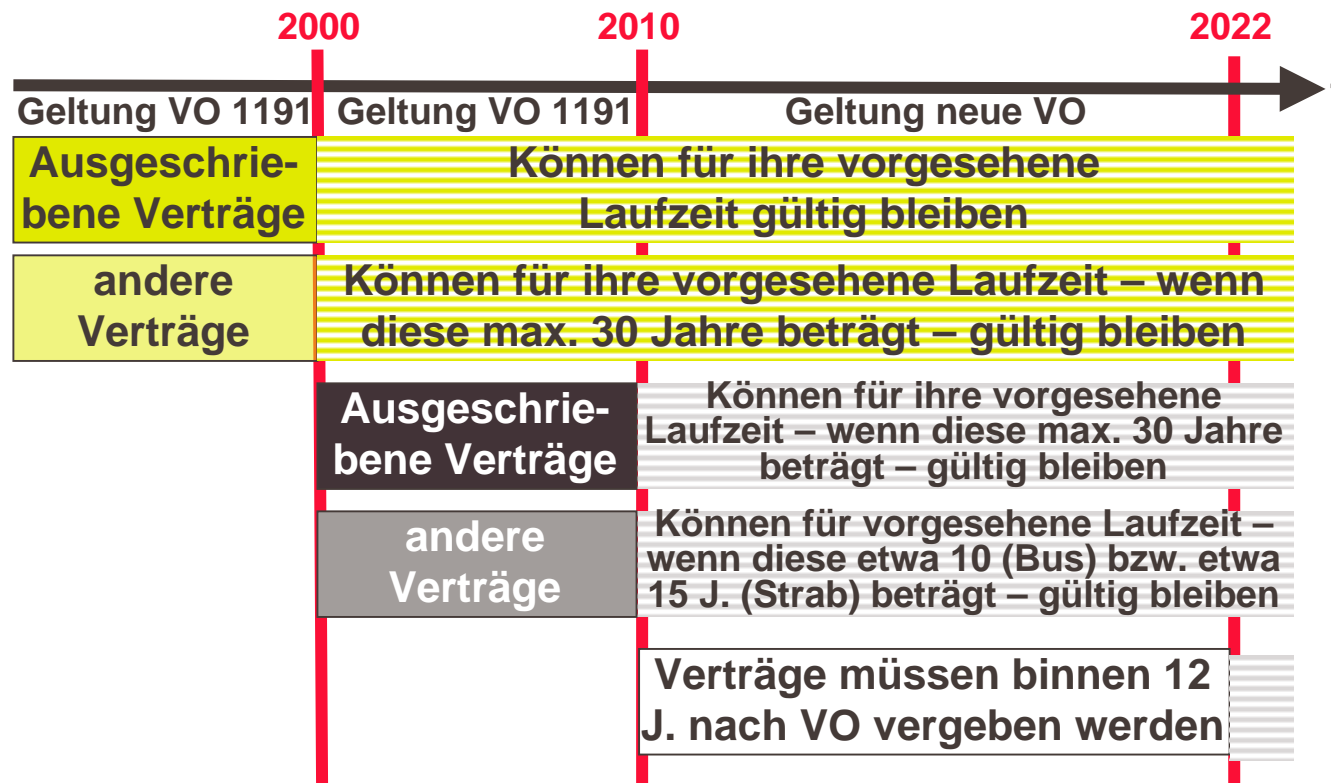
- > VO fordert **grundsätzlich wettbewerbliche Verfahren für die Vergabe eines „Dienstleistungsauftrags“**
  - > Entweder gemäß vorrangig anzuwendendem Vergaberecht (bei öffentlichem Auftrag)
  - > Oder – wenn dieses im Einzelfall nicht anwendbar – nach VO (bei Dienstleistungskonzessionen und ausschließlichen Rechten ohne öffentliche Finanzierung)
  - > Qualitative Vorgaben für Dienstleistungsverträge
  
- > **Aber nach VO** (nicht nach VergR) bestehen Ausnahmen, *soweit nationales Recht dies erlaubt*, für **Direktvergabemöglichkeiten**, z.B.
  - > an „interne Betreiber“, d.h. kommunal beherrschte Unternehmen (auch bei PPP) mit Beschränkung der Tätigkeit auf Verbundraum
  - > bei Unterschreiten Jahresschwellenwerte 1 bzw. 1,7 Mio. € p.a. (bis 3 Mio. € p.a. nach Vorschlag Meijer, Berichterstatter des Europäischen Parlaments)
  - > SPNV

## Die neue EU-Verordnung für den Öffentlichen Personenverkehr\* soll einen *klaren und einheitlichen Rechtsrahmen* schaffen (2 von 2)

- > Nach der VO entfällt bei Direktvergabe das 4. EuGH-Kriterium gem. „Altmark Trans“ (d.h. keine Analyse „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ für den Kostenausgleich durch die öffentliche Hand)
- > Maßgeblich für Direktvergabemöglichkeit nach VO ist
  - > Erstens: Keine Anwendbarkeit des Vergaberechts im Einzelfall
  - > Zweitens: Erfüllen eines Ausnahmetatbestands der VO
- > Verabschiedung der VO ist in verschiedenen Einzelpunkten noch in der Diskussion, wird aber bislang allgemein erwartet, ggf. schon nach der 2. Lesung im Europäischen Parlament vom 23. bis 26. April 2007 (Meijer: *„Mit diesen Ergänzungen (...) soll der im Rat erzielte Kompromiss nicht gestört, sondern verstärkt werden.“*)

# Die VO beinhaltet Übergangsvorschriften für vor ihrem Inkrafttreten geschaffene Regelungen (Finanzierung und Konzessionen)

- > VO tritt erst 3 Jahre nach Verabschiedung in Kraft (z.B. 2010) und gibt den Mitgliedstaaten 12 weitere Jahre zur Rechtsangleichung
- > Die Übergangsregelungen differenzieren nach dem Zeitpunkt und der Art der Vergabe des Vertrags (= auch Konzession - str.):



> **Eigenwirtschaftliche Konzessionen sind bis 2022 möglich**

## Auswirkungen der Verabschiedung einer neuen EU-VO 1191 in 2007 auf den europäischen und deutschen Marktrahmen

- Analyse des Vorschlages des Ministerrates zur Novellierung der EU-VO 1191
- Wer schafft verlässliche Rahmenbedingungen für den ÖPNV in Deutschland?

# Analyse des Vorschlages des Ministerrates zur Novellierung der EU-VO 1191 (1 von 4)

- > Die vorgeschlagene EU-VO 1191 würde ein Scheitern der Regulierung des ÖPNV in Europa und einen Rückschritt gegenüber der geltenden EU-VO 1191 bedeuten:
  1. Erst im Jahre 2022 wären die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Rechtsordnungen an die EU-VO angeglichen zu haben. Für weitere 15 Jahre gäbe es damit keinen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen
  2. Den Schutz der „Direktvergabe an einen internen Betreiber“ würde es damit für kommunale VUs in Europa vielfach nicht geben (damit kein europaweites „Wahlrecht“ der Kommunen)
  3. Die Bundesregierung hat in verschiedenen Stellungnahmen zur neuen EU-VO bereits angedeutet, das bestehende PBefG bis 2022 nicht zu verändern (vermutlich auch wg. steuerlicher Querverbandsproblematik)

# Analyse des Vorschlages des Ministerrates zur Novellierung der EU-VO 1191 (2 von 4)

4. So genannte nicht „fair vergebene Verträge“ (außerhalb des primär- und sekundärrechtlichen Vergaberichts) können ab 2010 bis etwa 2020 (Bus) bzw. 2025 (Bus/Schiene) weiterlaufen. Diese vergaberichtswidrigen Verträge erhalten somit durch die EU-VO eine rechtliche Legitimation und dürften nicht mehr vor dem EuGH wegen Verstoßes gegen das europäische Vergaberecht angreifbar sein
5. U.U. gilt Bestandsschutz für „nicht fair vergebene Verträge“ auch für Verstöße gegen das europäische Beihilfenrecht (z.B. Nichteinhaltung des 4. EuGH-Kriterium)
6. Die neue EU-VO nimmt im Falle ihres Inkrafttretens im Jahre 2010 etwa 80% der Nahverkehrsleistungen in Europa aus dem Wettbewerb als rechtliche Option dauerhaft aus (zunächst durch Übergangsregelungen in Art. 8 und dann durch die Möglichkeit der Direktvergabe in Art. 5)

# Analyse des Vorschlages des Ministerrates zur Novellierung der EU-VO 1191 (3 von 4)

7. Die geplante neue EU-VO beinhaltet viele unklare Rechtsbegriffe, die in der Praxis zu vielfältigen Rechtsstreitigkeiten führen würden (z.B. die uferlose Definition des „öffentlichen Dienstleistungsauftrages“)
8. Die Abgrenzung zwischen dem europäischen Vergaberecht und der neuen EU-VO 1191 ist nur mangelhaft geregelt worden und würde eine Quelle vielfältiger Rechtsstreitigkeiten werden
9. Die Transparenzstrategie der Kommission für wettbewerbsfrei vergebene Verträge in ihrem Novellenvorschlag aus 2005 wäre „entkernt“ und damit wirkungslos geworden
10. In Kombination mit dem Verzicht auf das 4. EuGH-Kriterium des Urteils „Altmark Trans“ (Kostenausgleich nur nach Marktniveau) würde eine wirkungsvolle ökonomische Kontrolle der Eigentümer über ihre eigenen Unternehmen verspielt und damit ihr demokratisches „Wahlrecht“ zwischen Direktvergabe und Ausschreibung ad absurdum geführt werden

# Analyse des Vorschlages des Ministerrates zur Novellierung der EU-VO 1191 (4 von 4)

10. Die Möglichkeit der wettbewerbsfreien Direktvergabe an private mittelständische VUs bei Unterschreiten von gewissen Auftragswerten (max. 10 bis 17 Mio. € Auftragsvolumen) dürfte in Deutschland auf Grund Art. 3 I GG (Gleichbehandlungsgebot) und Art. 12 I GG (Berufsfreiheit) in einer Konkurrenzsituation mit einem Mitbewerber verfassungswidrig und damit erfolgreich vor nationalen Gerichten angreifbar sein
11. Der Vorschlag im Gemeinsamen Standpunkt des Rates aus Dezember 2006 würde insgesamt den konsistenten Novellenvorschlag der Kommission vom 4.7.2005 für einen einheitlichen und klaren Rechtsrahmen des ÖPNV in Europa zerstören
12. Eine Reihe von Regelungen des Rates sind erheblichen primärrechtlichen Bedenken ausgesetzt, die u.U. durch den EuGH wieder korrigiert werden würden

# Wer schafft verlässliche Rahmenbedingungen für den ÖPNV in Deutschland? (1 von 2)

- > Das auslegungsfähige **BVerwG-Urteil vom 19.10.2006 bringt nicht die erhoffte endgültige Klarheit und keinen verlässlichen Rechtsrahmen für den ÖPNV (weitere Rechtsstreitigkeiten sind zu erwarten); vgl. Folie 16**
- > Genehmigungspraxis leidet seit Jahren unter fehlenden Verfahrensregelungen (vgl. Vorschlag der Bund-Länder-AG, aktuell hessischer Erlass „Güttler III“) und unter unklaren materiellen Vorgaben, vgl. Folien 20, 21
- > Unterschiedliche Vorgaben in den Ländern („Wittenberger Modell“ in Sachsen-Anhalt, „Hessischer Weg“) – Wettbewerb der Systeme; Länderklausel zu § 45a PBefG ermöglicht bessere Weichenstellung der Wettbewerbsform
- > Der eigenwirtschaftliche Genehmigungswettbewerb gem. PBefG und die Finanzreformen in den Ländern (Bündelung der Mittel auf AT und damit auch bessere Möglichkeit des Ausschreibungswettbewerbs nach VOL/A) werden gleichwohl schrittweise den ÖPNV in Deutschland mit seinem Marktvolumen von ca. 14 Mrd. € p.a. weiter liberalisieren

# Wer schafft verlässliche Rahmenbedingungen für den ÖPNV in Deutschland?

(2 von 2)

- > Die Anpassung des PBefG an eine neue EU-VO 1191 gemäß dem Vorschlag des Ministerrates würde hingegen die weitere Marktöffnung in Deutschland nicht nur behindern, sondern ggf. sogar bislang erzielte Liberalisierungserfolge vielfach zunichte machen.
- > Zumindest bis zum Ende der Übergangsfrist bis 2022 kann sich der deutsche ÖPNV-Markt weiter reformieren, wenn der nach dem heute geltenden PBefG mögliche Wettbewerb nicht durch nationales Recht eingeschränkt wird. Auch nach 2022 kann der nationale Gesetzgeber mehr Wettbewerb vorgeben, als eine neue VO fordert
- > Das PBefG muss jedoch dringend hinsichtlich der materiellen Auswahlkriterien und Verfahrensregelungen beim eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerb novelliert werden
- > Die Modelle des Zusammenwirkens der Genehmigungsbehörden mit den AT beim Genehmigungswettbewerb sind – insbesondere bei einer öffentlichen Kofinanzierung - zu verfeinern; vgl. Folie 15

## Zu lösende Probleme des eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerbs nach geltendem PBefG

- > Einführung
- > Ablauf des Genehmigungsverfahrens
- > Materielle und verfahrensrechtliche Probleme

## Probleme des gemeinwirtschaftlichen Ausschreibungswettbewerbs gemäß VOL/A bis zum Inkrafttreten der EU-VO in Deutschland

- > Gemeinwirtschaftlicher Ausschreibungswettbewerb nach VOL/A mit nachfolgender Genehmigung nach § 13 a PBefG für den Ausschreibungsgewinner ist schon heute für den Aufgabenträger jederzeit möglich, soweit keine „ausreichende Verkehrsbedienung“ durch eine eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung erfolgt
- > Gemeinwirtschaftliche Ausschreibungen nach VOL/A für Busverkehrsleistungen sind aber – mit Ausnahme von Hessen – bislang aus u.a. folgenden Gründen eher selten:
  - > Schutz des eigenen kommunalen Unternehmens (Erbringung von ca. 80% des deutschen ÖPNV)
  - > Politischer Wunsch, den Mittelstand zu schützen
  - > Zersplitterung der öffentlichen Finanzierung (die zu einem wesentlichen Teil die VUs am Aufgabenträger vorbei erhalten)
  - > Einbindung von Newcomern in bestehende Unternehmenskooperationen z.B. zur Einnahmenaufteilung
  - > Rechtssichere Abgrenzung von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit auch durch Urteil des BVerwG vom 19.10.2006 bis heute nicht gelungen (weitere Rechtsstreitigkeiten zu erwarten)

# Probleme des eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerbs gemäß PBefG bis zum Inkrafttreten der EU-VO in Deutschland (2 von 2)

- > Der in der neuen EU-Verordnung angelegte Ausschreibungswettbewerb von ausschließlichen Rechten (z.B. Genehmigung nach § 13 PBefG) durch die Behörden steht im Widerspruch zum unternehmensinitiierten Genehmigungswettbewerb des heutigen PBefG
- > Bis zur Umsetzung der neuen EU-Verordnung in ein novelliertes PBefG (2022?) etabliert sich aktuell der eigenwirtschaftliche Genehmigungswettbewerb zu einer Alternative zum gemeinwirtschaftlichen Ausschreibungswettbewerb nach VOL/A
- > Von Aufgabenträgern initiierte eigenwirtschaftliche Genehmigungswettbewerbe:
  - > Aufruf zum Genehmigungswettbewerb ohne öffentliche Kofinanzierung
  - > „Wittenberger Modell“: Fördertatbestände im kom. Satzung
  - > Ggf. damit gekoppelte Vergabe Dienstleistungsauftrag/-konzession

# Ob eine exklusive Finanzierung durch AT zulässig ist, hängt von der Auslegung des BVerwG-Urteils vom 19.10.2006 ab

Die Beihilfenkonformität von Zuschüssen ist bei Genehmigungsentscheidungen nach § 13 PBefG nicht zu prüfen



## Weites Verständnis

- Finanzierung für § -13-Konzessionen generell irrelevant
- Wirtschaftliche Machbarkeit des beantragten Verkehrs (Kostendeckung) nicht zu prüfen
- Exklusive Finanzierung eines VU seitens AT bei § 13 PBefG zulässig

**Nach der weiten Auslegung des Urteils ist Finanzierung unschädlich**

## Enges Verständnis

- Nur beihilfenrechtliche Qualität nicht zu prüfen
- Kostendeckung zu prüfen\*, weil sonst kein fairer Genehmigungswettbewerb\*\* und keine Gewähr für dauerhaft ausreichende Bedienung
- Exklusiv-Finanzierung verletzt Berufsfreiheit\*\*\*
- Diskriminierungsfreie Vergabe von öffentlichen Geldern im Genehmigungswettbewerb?

**Marktabstottung durch exklusive Finanzierung derzeit eine Option, wenn auch Wettbewerber für den Verkehr auf kommunale Finanzierung angewiesen**

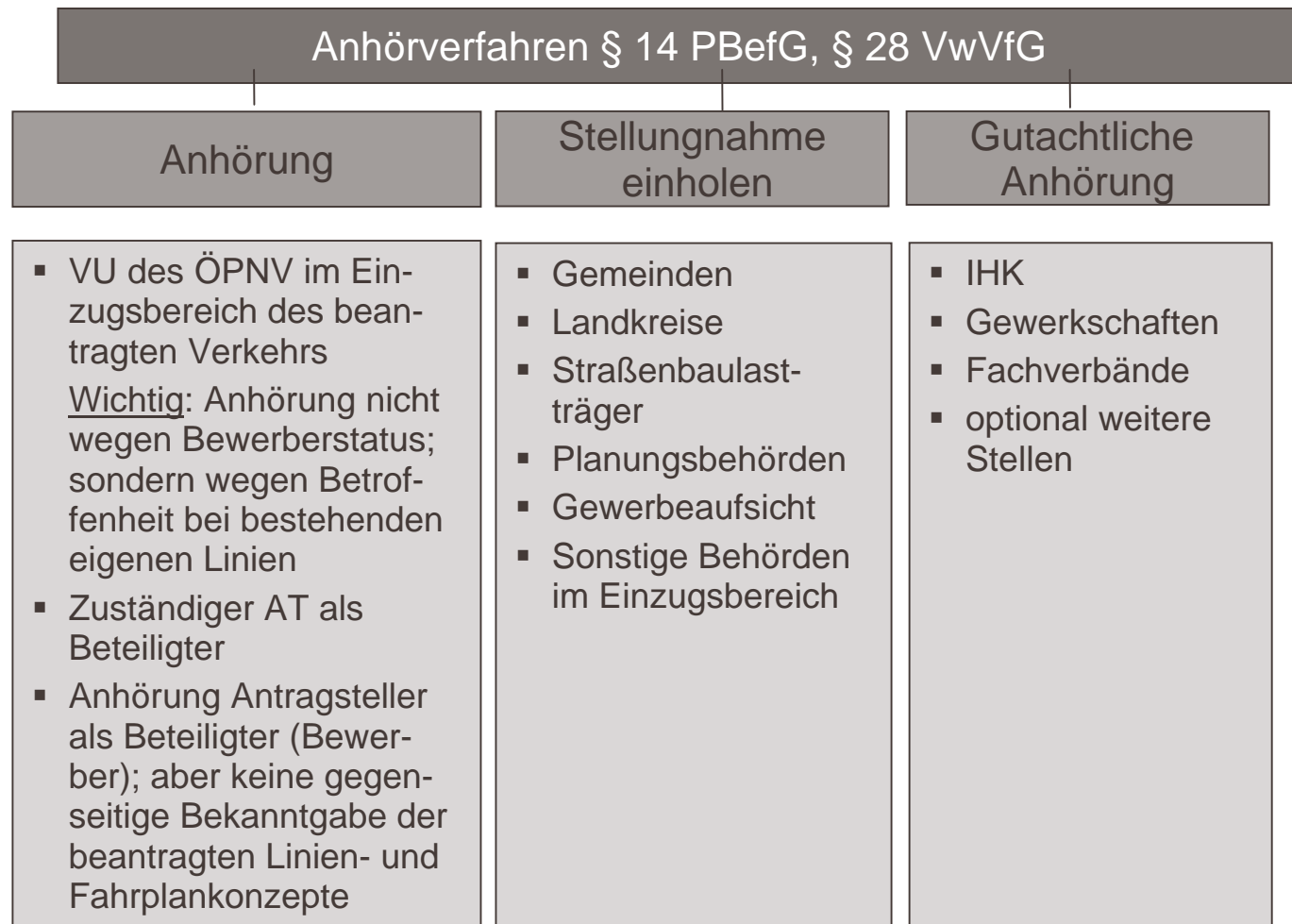
**→ Abhängig von Angebots-, Kosten- und Erlösniveau**

\* VGH Mannheim Beschl. v. 01.02.2006 – 3 S 2407/05; \*\* BVerwG Ur. v. 02.07.2003 – 3 C 46.02 – Auskunft

\*\*\* OVG Koblenz Beschl. v. 04.11.2005 – 7 B 11329/05.OVG

# Das Genehmigungsverfahren gliedert sich in mehrere Schritte

**(1 von 3)**

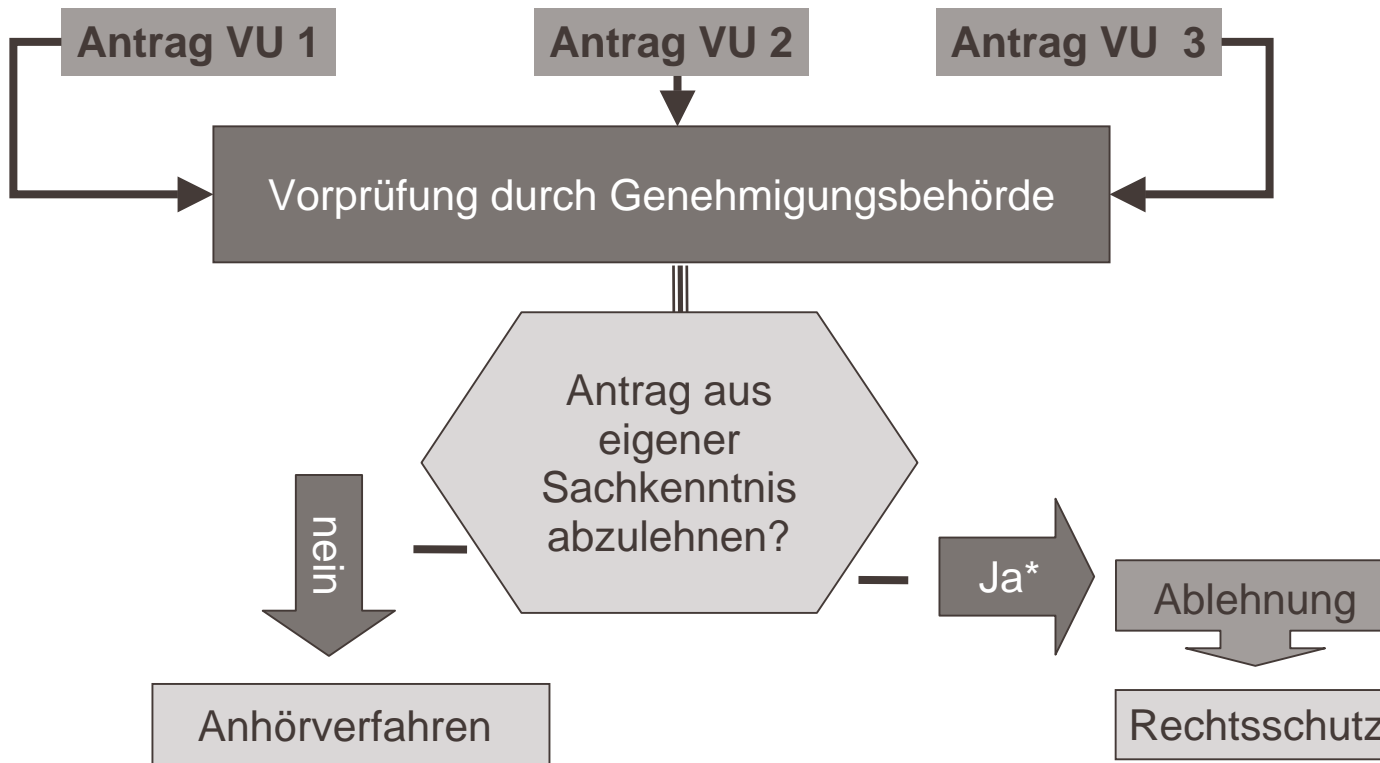


Fortsetzung siehe nächste Folie...

# Das Genehmigungsverfahren gliedert sich in mehrere Schritte

(2 von 3)

**Ggf. Aufruf zum Genehmigungswettbewerb durch AT**



Fortsetzung siehe nächste Folie...

\* z.B. Antrag unvollständig; subjektive Genehmigungsvoraussetzungen liegen nicht vor; Antrag „zu früh“ (allerdings keine gesetzliche Frist geregelt)

# Das Genehmigungsverfahren gliedert sich in mehrere Schritte

**(3 von 3)**

Stellungnahmen innerhalb von 2 Wochen sind stets zu berücksichtigen – aber keine Ausschlussfrist!



Auswahlentscheidung der Genehmigungsbehörde

(-)

Antrag VU1

Rechtsschutz

(+)

Antrag VU2

Konzess. VU 2

(-)

Antrag VU3

Rechtsschutz

# Die materiellen Auswahlkriterien bei konkurrierenden Anträgen sind im PBefG derzeit nur unvollkommen geregelt

## Mögliche Kriterien sind:

- Vereinbarkeit mit NVP  
§ 13 Abs. 2a PBefG
- „Bessere Bedienung“  
§ 13 Abs. 2 Nr. 2  
PBefG, ständige Rsprg.
- Linienbündelung (?)  
§ 9 Abs. 2, § 8 Abs. 3  
PBefG
- Altunternehmerprivileg  
§ 13 Abs. 3 PBefG
- Kostendeckungsprüfung?  
§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG  
(Rsprg. s. S. 16)
- Vertrag mit AT?

## Mögliche Bedeutung:

- NVP konkretisiert öff. Verkehrsinteresse und ausreichende Bedienung; nur Anträge, die dem entsprechen, können genehmigt werden
- Von mehreren NVP-konformen Anträgen ist der mit der „besseren“ Bedienung zu genehmigen (str.: was ist „besser“, welche Kriterien zählen)
- Laufzeiten nur gemäß Harmonisierungszeitpunkten der Bündel; keine Einzelgenehmigungen/Rosinenpickerei (auch vor Freiwerden des Bündels?)
- Relativer Vorrang des Alt-VU vor Newcomer
- Antragsteller muss nachweisen, dass Kosten des beantragten Verkehrs (egal durch welche Erlöse ) gedeckt sind (str.) (Beihilfenprüfung nicht durch Behörde, aber außerhalb Konzessionsverfahren)
- Als ausreichende Bedienung gilt nur ein Antrag, der Abschluss eines Vertrags mit AT zur Qualitätsfixierung beinhaltet (Hessen, str.)

# Das Verfahren bei konkurrierenden Anträgen ist im PBefG ebenfalls derzeit nur unzureichend geregelt

## Fragestellungen u.a.:

- Bewerbungsfristen
- Nachbesserung
- Antragsinhalte
- Bewertungskriterien
- Qualitätsaspekte über Betriebs-, Fahrplan- und Tarifpflicht hinaus
- Spätere (Teil-)Entbindungsanträge

## Rechtliche Unsicherheiten:

- Per Bekanntmachung zulässig?
- Im Verfahren (auch im Widerspruchsverfahren) möglich? Letztmaliges Nachbesserungsrecht des Altunternehmers?
- Geschäftsgeheimnis im Anhörverfahren?
- Diskriminierungsfrei Vorab-Bekanntgabe (in welcher Form)?
- Verbindliche Absicherung in den Genehmigungen und/oder durch Vertrag?
- Überprüfung durch Genehmigungsbehörde hinsichtlich „Zumutbarkeit“ in Hinblick auf das im obsiegenden Antrag versprochene Betriebsprogramm?