

Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen als Alternative zur Vergabe im Wettbewerb nach VOL/A

- Rechtsgutachten (Stand: Januar 2001) -

Auftrageber:

Kommunalverband Großraum Hannover (KGH)

Verkehrsgemeinschaft Osnabrück (VOS)

Verkehrsgesellschaft Nord-Ost-Niedersachsen (VNO)

Verkehrsregion Nahverkehr Ems-Jade (VEJ)

Zweckverband Großraum Braunschweig (ZGB)

Zweckverband Verkehrsverbund Bremen/Niedersachsen (ZVBN)

Zweckverband Verkehrsverbund Süd-Niedersachsen (ZVSN)

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Hubertus Baumeister

Rechtsanwaltssozietät Abel-Lorenz Barth Baumeister Griem, Bremen

Felix Berschin

Nahverkehrsberatung Südwest GbR, Heidelberg

Vorwort:

Die seit dem 01.01.1996 geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen für den ÖPNV sowie die Bestrebungen, den ÖPNV weiter für den Wettbewerb zu öffnen, stellen nicht nur die Verkehrsunternehmen sondern insbesondere auch die Aufgabenträger in ihrer Funktion als zuständige Behörde i. S. der VO (EWG) Nr. 1191/ 69 F 91 vor großen Herausforderungen. Hierbei ist davon auszugehen, dass künftig in größerem Umfang als bisher, sog. „gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen“ nach den Regelungen des § 13a PBefG entweder ausgeschrieben oder auferlegt werden.

Im Rahmen der Vorbereitung auf den Wettbewerb im ÖPNV beschäftigen sich alle Auftraggeber dieses Gutachtens in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich auch mit der Möglichkeit der Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen. Dabei stellt sich heraus, dass bei allen Beteiligten im Zusammenhang mit der Auferlegung eine Reihe von grundsätzlichen Frage- und Problemstellungen aufgetaucht sind.

Vor diesem Hintergrund haben sich die beteiligten Organisationen entschlossen, ein gemeinsames Gutachten in Auftrag zu geben, in dem grundlegende Aspekte der Auferlegung erörtert werden. Das Gutachten soll auch dazu dienen, im Zusammenhang mit der Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen Rechtssicherheit zu schaffen.

Nach einer einführenden Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen werden im zweiten Teil des Gutachtens verschiedene Varianten von Auferlegungen dargestellt. Der dritte Teil setzt sich mit der Gewährleistung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit auseinander. Im vierten Teil werden ökonomische Anreizwirkungen im Rahmen eines Brutto(-auferlegungs)vertrages vorgestellt. In der Zusammenfassung (Teil 5) werden die zentralen Ergebnisse des Gutachtens nochmals komprimiert dargestellt.

Gliederung:

1.	Einführung: Rechtliche Situation im ÖSPV.....	6
1.1	Aufgabenträger	6
1.2	Gemeinwirtschaftliche Leistungen	6
1.3	Eigenwirtschaftliche Leistungen.....	7
1.4	Entwicklung des Nahverkehrsmarktes.....	8
1.5	Die Notwendigkeit eines geordneten Übergangs.....	9
1.5.1	Organisation eines Besteller-Ersteller Verhältnisses.....	9
1.5.2	Die Gefahren des „weiter so“	11
1.5.3	Regulierter Wettbewerb schrittweise	13
1.5.4	Weitere Entwicklungen des europäischen Sekundärrechts	13
2.	Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen	15
2.1	Die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen (Zusatz-)Leistungen durch den Aufgabenträger während der Laufzeit einer eigenwirtschaftlichen Genehmigung nach § 13 PBefG.....	15
2.1.1.	Die Auferlegung von Betriebspflichten nach § 21 PBefG	16
2.1.2	Die Auferlegung von Tarifpflichten nach § 39 PBefG	18
2.1.3	Die Auferlegung von Fahrplangestaltungen nach § 40 PBefG.....	20
2.2	Die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen nach Ablauf von Genehmigungen gem. § 13 PBefG durch Auferlegung gemäß § 1 Abs.3 GKV	20
2.2.1	Die Konzeption der Genehmigung nach § 13a PBefG für „gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen“	20
2.2.2	Vereinbarungen als wettbewerbliches Verfahren – Auferlegung als wettbewerbsfreies Verfahren	22
2.2.3	Auferlegung als hoheitliche Beschaffung	25
2.2.4	Keine fortwirkenden Auflagen.....	27
2.2.5	Zwischenergebnis.....	29
2.3	Verhältnis von Rechtfertigung von Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb nach VOL/A und § 1 Abs. 3 GKV	29
2.4	Die einzelnen Rechtfertigungen bei Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb nach VOL/A.....	31
2.4.1	Laufende Ausschließlichkeitsrechte.....	31
2.4.2	Fehlende Wirtschaftlichkeit mangels Anbieter.....	32
2.4.3	Fehlende Wirtschaftlichkeit aufgrund unklarer Einnahmeaufteilung	33
2.4.4	Fehlende Wirtschaftlichkeit aufgrund noch nicht möglicher Linienbündelung	34
2.4.5	Fehlendes know-how der Aufgabenträger.....	36
2.4.6	Mögliche negative Folgen für ein eigenes Unternehmen.....	36
2.4.7	Mögliche Gefährdung öffentlicher Zuschüsse	37
2.4.8	Förmliches Vergabeverfahren zu aufwendig	38
2.4.9	Dringliche Leistungen, vorteilhafte Leistungen und sonstige Gründe.....	38

3.	Gewährleistung der Geringsten Kosten für die Allgemeinheit	39
3.1	Die Notwendigkeit der Geringsten Kosten	39
3.1.1	Regelungszweck der EG-Verordnung	39
3.1.2	Regelungszweck im Rahmen der Genehmigungserteilung nach § 13a PBefG	39
3.1.3	Regulierungsziele des PBefG.....	41
3.2	Die Problematik von Kosten/Erlösregulierungen.....	41
3.3	Die angemessenen Kosten und Preise	42
3.3.1	Zusammenhang zwischen Kosten und Preisen	42
3.3.2	Die Kosten nach EG-VO	43
3.3.3	Geringste Kosten nach GKV.....	44
3.3.4	Der höchstzulässige Preis als konkreter Marktpreis	44
3.3.5	Höchstzulässiger Preis als Marktvergleichspreis	45
3.3.6	Höchstzulässige Preise als Selbstkostenpreise	46
3.3.7	Die zulässigen Kosten im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 39 Abs. 2 PBefG47	
3.4	Berechnung der angemessenen Kosten im ÖSPV als Marktvergleichspreis	47
3.4.1	Marktabgrenzung.....	47
3.4.2	Markterfahrungen und Gutachten.....	48
3.4.3	Vergleichbarkeit über Teilpreise	49
3.4.4	Benchmarking	50
3.4.5	Zu- und Abschläge für marktgängige Leistungen	51
3.4.6	Zu- und Abschläge für nichtmarktgängige Leistungen	51
3.4.7	Kostenmindernde öffentliche Zuschüsse	51
3.5	Berechnung der angemessenen Kosten im ÖSPV als Selbstkostenpreis.....	51
3.6	Berechnung der Erlöse im ÖSPV.....	52
3.6.1	Die Notwendigkeit sachgerechter Zuordnung.....	52
3.6.2	Erlösrisiko und Preisrecht	53
3.6.3	Erlösrisiko und EG-Beihilferecht	53
3.6.4	Erlöse von Dritten	54
3.6.5	Erlöse aus dem Querverbund.....	54
3.7	Finanzierung.....	55
3.8	Rechtssicherheit und Rechtsschutz hinsichtlich der dargestellten Verfahren.....	55
4.	Eine erste Näherung: Möglichkeiten von ökonomischen Anreizwirkungen innerhalb eines Verbundes im Brutto(-auferlegungs)vertrag gem. § 1 Abs. 3 GKV	56
4.1	Vorbemerkung: Problem eines Bruttovertrages im ÖPNV.....	56
4.2	Anreize durch technischen Qualitätsbezug	57
4.3	Anreize durch subjektiven Qualitätsbezug.....	57
4.4	Anreize durch Haftungsregelungen.....	58
4.5	Vertriebsanreize.....	58
4.6	Anreize durch virtuelle Einnahmezuzuordnung.....	59
4.7	Empfehlungen (Schema)	60
5.	Zusammenfassung	61

5.1	Änderungen des Ordnungsrahmens	61
5.2	Auferlegungsmöglichkeiten des Aufgabenträger nach den §§ 21, 39, 40 PBefG für gemeinwirtschaftliche Zusatzleistungen auf eine bestehende Genehmigung nach § 13 PBefG.....	62
5.3	Auferlegungsmöglichkeiten des Aufgabenträgers nach § 1 Abs. 3 GKV nach Auslaufen einer Genehmigung gemäß § 13 PBefG	62
5.3.1	Verhältnis von Auferlegung nach § 1 Abs. 3 GKV und Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren nach VOL/A	62
5.3.2	Subsidiarität wettbewerbsfreier Lösungen.....	63
5.4	Rechtfertigung einer Auferlegung	64
5.5	Ausgleichsberechnung einer Auferlegung	65
5.6	Marktvergleichspreis als Regelfall der Kostenberechnung.....	66
5.7	Ermittlung des Marktvergleichspreises	66
5.8	Erlösberechnung und Einnahmeverteilung	66
5.9	Erlösrisiko im Nettovertrag als Marktvergleichspreis.....	67
5.10	Erlös- und Anreizsysteme.....	67
6.	Literaturverzeichnis:	68
7.	Anlage: Graphik	

1. Einführung: Rechtliche Situation im ÖSPV

Der straßengebundene öffentliche Personennahverkehr (ÖSPV) wird in rechtlicher Hinsicht durch sog. Konzessionen (Linienverkehrsgenehmigungen) reguliert. Linienverkehre bedürfen der verkehrsgewerberechtl. Genehmigung. Voraussetzungen, Verfahren und Wirkungen regelt das Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Eine Konzession verleiht dem Unternehmer ein (relatives) ausschließliches Recht für "seine" Linie. Es wird für einen bestimmten Zeitraum erteilt. Die Geltungsdauer der Konzessionen beträgt im Busbetrieb maximal 8 Jahre, bei Straßen- und U-Bahnen maximal 25 Jahre.

Die zentralen Regelungsprinzipien des PBefG, das aufgrund der aktuellen (zum Teil noch nicht rechtskräftigen) Rechtsprechung sowie aufgrund Gemeinschaftsrechts (EG-Recht, insbesondere Verordnung VO [EWG] Nr. 1191/69 F 91) einer dynamischen Entwicklung unterworfen ist, lassen sich verkürzt¹ wie folgt zusammenfassen:

1.1 Aufgabenträger

Die Landkreise und kreisfreien Städte sind im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge als **kommunaler Aufgabenträger** des straßengebundenen ÖPNV für die **Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung** in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit verantwortlich (§ 1 RegG i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NNVG). Sie konkretisieren die aus Gründen des öffentlichen Interesses für erforderlich erachteten Anforderungen an die ausreichende Verkehrsbedienung in ihrem Nahverkehrsplan (§ 8 Abs. 3 PBefG i.V.m. § 6 NNVG). Soweit die Verkehrsunternehmen die ausreichende Bedienung nicht eigenwirtschaftlich erstellen können, bestellt der Aufgabenträger **gemeinwirtschaftliche Verkehre** (§ 8 Abs. 4 S. 3 PBefG).

1.2 Gemeinwirtschaftliche Leistungen

Wenn der Aufgabenträger gemeinwirtschaftliche Leistungen bestellen will, darf dies nur zu den **geringsten Kosten für die Allgemeinheit** und ohne Ungleichbehandlung von Unternehmen erfolgen

¹ Auf die vielen zum Teil streitigen Auslegungsfragen soll hier aus Platzgründen nicht bzw. nur insoweit eingegangen werden, wie dies für das Thema des Gutachtens erforderlich ist.

(§ 13a PBefG). Gemäß der Verordnung zu § 13a PBefG („Geringste-Kosten-Verordnung“ = GKV) wird davon ausgegangen, dass die „geringsten Kosten“ (sowie Diskriminierungsfreiheit) i.d.R. durch ein wettbewerbliches Verfahren (Ausschreibung nach VOL/A) gewährleistet werden. In dem dadurch eingeführten **Ausschreibungswettbewerb** ist der Zuschlag demjenigen Bieter zu erteilen, der für die geforderte Verkehrsleistung das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, § 25 Nr. 3 VOL/A. Angebote dürfen keine unmittelbaren freiwilligen Zahlungen der öffentlichen Hand (z.B. Infrastrukturförderung nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz) und keine Querverbundsубventionen enthalten (§ 1 Abs. 2 Satz 2 GKV). Wenn - was derzeit noch strittig ist - das europäische Vergaberecht (Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie) und das nationale Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB) unmittelbar auf Verträge über gemeinwirtschaftliche Leistungen anzuwenden ist, wird regelmäßig sogar eine *europaweite Ausschreibung* durchzuführen sein (VOL/A – 2. Abschnitt), weil in aller Regel die Schwellenwerte für die Auftragswerte überschritten werden.

Der Aufgabenträger kann aber auch alternativ Verkehre durch das Instrument der **Auferlegung** bei den Verkehrsunternehmen bestellen, wenn eine Ausschreibung (noch) „nicht sachgerecht“ ist. Zur Gewährleistung der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ findet das Preisrecht gemäß Verordnung PR Nr. 30/53 Anwendung, wobei die Kosten einer „zweckdienlichen Geschäftsführung des Unternehmens und der Lieferung von Verkehrsleistungen einer angemessenen Qualität“ anzusetzen sind (vgl. Art. 12 Abs. 1 VO [EWG] 1191/69 F 91).

1.3 Eigenwirtschaftliche Leistungen

Eigenwirtschaftlichkeit ist nur dann gegeben, wenn ein Unternehmen die ausreichende Bedienung kostendeckend erstellen kann (§ 8 Abs. 4 S. 2 PBefG). Das bedeutet vereinfacht ausgedrückt „ohne Zuschüsse“ der öffentlichen Hand und auch ohne Finanzhilfen des kommunalen Eigentümers, soweit diese als potentiell wettbewerbsverfälschende Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts (Art. 87 EGV) zu qualifizieren sind. Wenn ein Verkehrsunternehmen auf beihilferelevante finanzielle Unterstützung der öffentlichen Hand angewiesen ist, bewegt es sich im Bereich der Gemeinwirtschaftlichkeit, in dem der Aufgabenträger als „zuständige Behörde“ die Verkehrsleistungen bestellen kann. Die Einzelheiten der Abgrenzung von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit sind strittig und sollen jetzt durch den Europäischen Gerichtshof geklärt werden.

Im eigenwirtschaftlichen Bereich des ÖPNV ist der **Genehmigungswettbewerb** (Wettbewerb um Konzessionen) rechtlich gestärkt worden. Bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen für eigen-

wirtschaftliche Verkehre setzt sich im Genehmigungswettbewerb derjenige Unternehmer durch, der - auch unter Berücksichtigung des Nahverkehrsplans - die bessere Verkehrsbedienung anbietet (§ 13 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 2a und Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 PBefG).

1.4 Entwicklung des Nahverkehrsmarktes

Im Ergebnis hat der Bundesgesetzgeber mit der Novelle des Rechtsrahmens den Wettbewerb im eigenwirtschaftlichen ÖPNV wiederbelebt, und er hat für gemeinwirtschaftliche Verkehre des ÖPNV die Instrumente Ausschreibungswettbewerb und Auferlegung eingeführt, um eine rechtskonforme Beihilfefinanzierung des ÖPNV sicherzustellen. Grundlegend ist hierbei das europarechtlich nach der zurzeit geltenden VO (EWG) Nr. 1191/69 vorgegebene **Besteller- und Erstellerprinzip**, also die Trennung der Ebenen der Planung, Organisation, Finanzierung des ÖPNV (durch Aufgabenträger = Besteller) und der Durchführung der ÖPNV-Verkehre (durch Verkehrsunternehmen = Ersteller).

In der Bundesrepublik haben bisher noch relativ wenige Ausschreibungen für gemeinwirtschaftliche Verkehre nach § 13a PBefG stattgefunden, obwohl in letzter Zeit angesichts erster positiver Ausschreibungserfahrungen hinsichtlich gesteigerter Qualität und Effizienz eine deutlich zunehmende Tendenz zu beobachten ist. In vielen Fällen kam es während des Vergabeverfahrens zu Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern (1. Instanz) und teilweise sogar vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte (2. Instanz), weil Verkehrsunternehmen ihre wirtschaftlichen Interessen auf dem Rechtswege durchsetzen wollten. Auch im Genehmigungswettbewerb für eigenwirtschaftliche Verkehre nach § 13 PBefG nutzen zunehmend Verkehrsunternehmen ihre Chance, Marktzutritt auf ehemals abgeschotteten Verkehrsmärkten in Deutschland zu erhalten. Deshalb sind sowohl auf Seiten der Aufgabenträger als auch auf Seiten der Verkehrsunternehmen Vorbereitungen auf den Wettbewerb bereits im Gange. Im Hinblick auf den erwarteten Wettbewerb kam es bereits zum Verkauf kommunaler Verkehrsunternehmen, zum Zusammenschluss von kommunalen mit privaten Unternehmen und zum Einkauf ausländischer Verkehrsunternehmen bei inländischen Verkehrsunternehmen bzw. zu Partnerschaften zwischen in- und ausländischen Unternehmen.

1.5 Die Notwendigkeit eines geordneten Übergangs

1.5.1 Organisation eines Besteller-Ersteller Verhältnisses

Die seit dem 1.1.1996 geänderte Rechtslage im ÖPNV und das zunehmende Bewusstsein, dass Dienstleistungen der Daseinsvorsorge nicht vom Wettbewerb ausgenommen werden können, lassen einen Umbruch in der ÖPNV-Landschaft erwarten. Haben Verkehrsunternehmen, Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde bisher Lösungen im Rahmen eines „rechtlichen Graubereichs“ entwickelt und hierbei vielfach beachtliche Lösungen zu Stande gebracht, ergibt sich zukünftig eine neue Rollen-
teilung.

Der Aufgabenträger hat durch Bestimmung des Marktrahmens – bevorzugt im Nahverkehrsplan – sicherzustellen, dass ein angemessenes, integriertes und kontinuierliches ÖPNV-Angebot entsteht und insoweit das „Herauspicken nicht integrierter Einzelleistungen“ verhindert wird. Soweit der Markt diese angemessenen ÖPNV-Leistungen nicht selbst hervorbringen kann, greift die subsidiäre
Erfüllungsverantwortung der Aufgabenträger. Diese führt dazu, dass der Aufgabenträger neben den
Fahrgästen zum weiteren Nachfrager nach Verkehrsleistungen wird.

Sache der Verkehrsunternehmen ist es, den staatlich vorgeplanten Marktrahmen mit eigenen unter-
nehmerischen Ideen auszufüllen und hierzu Genehmigungsanträge zu stellen sowie sich im Geneh-
migungswettbewerb als bestes Unternehmen durchzusetzen. Soweit der Aufgabenträger hierbei als
direkter Nachfrager auftritt, sind die Ideen der Unternehmen durch das Vergabeverfahren gelenkt,
da der Aufgabenträger hier spezifische Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen („Lasten-
hefte“) stellen kann. Die Genehmigungsbehörden haben schließlich die Neutralität des Marktzu-
gangs sicherzustellen. Sei es durch objektive Auswahl im Rahmen eines Genehmigungswettbewerbs,
sei es durch Kontrolle des Ausschreibungswettbewerbs.

Aus diesen neuen Rollen ergeben sich zahlreiche neue und ungewohnte Anforderungen an Aufga-
benträger, Verkehrsunternehmen und Genehmigungsbehörde, denen nicht von heute auf morgen
entsprochen werden kann.

Die Aufgabenträger müssen sich zumindest derzeit dem Dualismus von zwei unterschiedlichen
Marktzugangssystemen stellen und hierfür die Randbedingungen herbeiführen. Zum einen durch
Planen von Liniennetzen, um gezieltes „Rosinenpicken“ zu verhindern, zum anderen durch Aufstel-
len allgemeiner Marktzugangshürden im Interesse einer angemessenen Bedienung. Schließlich
müssen sich die Aufgabenträger als Kunden neben die Fahrgäste stellen und im Interesse einer

bestmöglichen, wirtschaftlichen und innovativen Verkehrsbedienungen die richtigen Marktanreize setzen. Gerade die letztere Aufgabe erfordert erhebliches verkehrsplanerisches und verkehrsökonomisches Know-how, welches nicht von heute auf morgen aufgebaut werden kann.

Weiterhin fehlt es insbesondere bei kommunalen Unternehmen häufig an der Trennung zwischen unternehmerischen Aufgaben und den hoheitlichen Aufgaben. Die Planung und Entwicklung des Marktrahmens mit allen für die angemessene Verkehrsbedienungen relevanten Facetten obliegt dem zuständigen Aufgabenträger als hoheitliche Aufgabe. Zwar müssen auch die Unternehmen im eigenen unternehmerischen Interesse zukünftige Marktentwicklungen vorausdenken, jedoch kann dies zukünftig nur noch soweit reichen, wie hierdurch ökonomische Interessen eines Verkehrsunternehmens berührt sind.

Die Verkehrsunternehmen müssen sich darauf einstellen, dass zukünftig ein Besitzstandsschutz nur noch die Ausnahme darstellen wird. Soweit es um Ausschreibungswettbewerbe geht, verbietet dieser sich gänzlich. Soweit es um Genehmigungswettbewerb geht, wird dieser nicht mehr der Regelfall sein können. Aufgrund dieser neuen wettbewerblichen Anforderungen und der erheblichen Unterschiede der Produktivität müssen die Unternehmen zum Teil erhebliche Anstrengungen unternehmen, um Wettbewerbsfähigkeit zu erreichen. Hierbei werden insbesondere die Lohnkosten eine entscheidende Rolle spielen.

Endlich sind auch die Verkehrs- und Tarifverbände als Objekt der Veränderungen anzusehen. Ein Großteil der Vereinbarungen berücksichtigt nicht den diskriminierungsfreien Marktein- und -austritt auf der Basis einzelner Linien. Hier gilt es, angemessene Lösungen zu finden, die unter Wahrung der Nichtdiskriminierung und Vorhersehbarkeit ein handhabbares und dauerhaftes Verfahren der Erlösverteilung bereitstellen. Erste Erfahrungen in der Praxis zeigen im übrigen, dass nicht wenige Städte und Landkreise auf ihre Rolle als Aufgabenträger derzeit noch nicht ausreichend vorbereitet sind. Deshalb erscheint die Bildung von gemeinsamen Regie-Organisationen (Zweckverbände, Verkehrsverbände) durch die Aufgabenträger sachgerecht, um Kompetenzen, Finanzen und Organisationskraft zu bündeln. Hierbei ist die Balance zwischen dem kommunalen Selbstverwaltungs(-Entscheidungs)recht für den lokalen ÖPNV und einer zentralisierten Regieebene zu wahren.

Weiterhin ist die Übergangszeit von erheblichen Verunsicherungen über den Stellenwert des ÖSPV geprägt. Aufgrund häufig unklarer Zahlungsströme fehlt dem Aufgabenträger bisweilen die Möglichkeit, über Effizienz des ÖSPV und die damit verbundenen eigenen Möglichkeiten angemessen zu befinden. Auf Unternehmerseite besteht wiederum Verunsicherung über die zukünftigen Marktanforderungen. So können diese vom kleinteiligen Bruttovertrag als „Lohnkutschervertrag“ bis hin

zum großräumigen Nettovertrag mit einem leistungsstarken Dienstleister für Marketing, Planung und Verkehrserstellung bei geringen Ausschreibungsvorgaben des Aufgabenträgers reichen.

1.5.2 Die Gefahren des „weiter so“

Die Übergangszeit im ÖSPV ist mit erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken für alle Beteiligten verbunden. Gleichwohl muss es Ziel sein, rechtlich und wirtschaftlich tragfähige Lösungen zu entwickeln. Dies heißt aber auch, dass Neuland betreten werden muss und es derzeit nicht die rechtlich etablierte und bis ins letzte Detail erprobte Lösung geben kann. Vielmehr muss sie auf der Abwägung aller Risiken unter sorgfältiger Auslegung des europäischen und nationalen Ordnungsrahmen eine für den ÖSPV angemessene Entwicklungsrichtung vorgeben.

Eine besondere Bedeutung kommt hierbei der rechtmäßigen Konzessionsvergabe nach PBefG zu. Wegen des weitgehenden Konkurrentenschutzes einer Linie (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG) führt diese zu einer objektiven Marktzugangsbeschränkung und ist im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit – und im Hinblick auf die Grundfreiheiten des europäischen Rechts rechtfertigungsbedürftig. Daher ist jede Genehmigungserteilung nach § 13 PBefG für Konkurrenten mit der Begründung der Behinderung des Marktzugangs gerichtlich anfechtbar.² Aber auch § 13a PBefG besitzt drittschützende Wirkung, da bereits die Gleichbehandlung aller Unternehmen gemäß § 13 Abs. 2 PBefG unmittelbare Genehmigungsvoraussetzung ist. Insofern kommt es hierbei nicht darauf an, ob und inwieweit das regelmäßig nach § 1 Abs. 2 GKV durchzuführende Vergabeverfahren nach VOL/A vergaberechtlichen Rechtsschutz nach §§ 97 ff. GWB vermittelt. Schließlich ist auch das richtige Marktzugangsverfahren drittschützend³, da es für den Marktzugang von erheblicher Bedeutung ist, ob dieser über das volle Risiko einer Genehmigung nach § 13 PBefG oder durch einen im Rahmen des § 13a PBefG regelmäßig vorgeschalteten Vergabewettbewerb mit Risikoabwälzung⁴ auf den Aufgabenträger als Auftraggeber stattfindet. Zum Teil wird sogar vertreten, dass in der Vergangenheit rechts-

² Huber, Konkurrentenschutz im Verwaltungsrecht, S. 434 ff.; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 244 f.; Baumeister, LKV 1999, S. 12, 13; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 460; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 309.

³ Die Begründung der Klagebefugnis mittels fehlender Leistungsfähigkeit im Urteil OVG Magdeburg, ZUR 1998, S. 210 ff. = TranspR 1999, S. 27 ff. ist hingegen vom BVerwG mit Urteil vom 06.04.2000 (3 C 6.99), S. 12 ff. verworfen worden.

⁴ Selbst wenn der Aufgabenträger einen Vertrag mit hohen unternehmerischen Risiken ausschreibt, wird das Unternehmen gleichwohl diese Risiken im Form von höheren Wagniszuschlägen wieder an den Auftraggeber zurückgeben. Eine Risikobegrenzung existiert allerdings auch im eigenwirtschaftlichen Bereich, indem jenseits der Zumutbarkeit grundsätzlich der Verkehr reduziert werden kann (§ 21 Abs. 4 PBefG).

widrig gewährte Genehmigungen zurückzunehmen sind.⁵ Dies hätte ebenfalls unübersehbare Konsequenzen für die Funktionsfähigkeit des ÖSPV.

Weitere Risiken bestehen in einer etwaigen Rückzahlungspflicht unzulässiger Beihilfen gemäß Art. 14 Abs. 1 VO [EG] 659/99. Die Geltung des europäischen Beihilferechts einschließlich aller Notifizierungspflichten auch im ÖSPV ist wohl derzeit überwiegende juristische Auffassung, höchststrichterlich allerdings noch ungeklärt (anhängiges Vorlage-Verfahren beim EuGH).⁶ Eine Einstufung bisheriger wettbewerbsverfälschender, da marktkonservierender Mitteltransfers an Verkehrsunternehmer als bestehende Beihilfe im Sinne von Art. 88 Abs. 1 und 2 EGV und Art. 1 lit. b) v) VO [EG] 659/99 dürfte nicht in Betracht kommen, da die Beihilfezahlungen bzw. deren Programme nicht bereits vor Gründung der EG bestanden und der ÖSPV nicht Gegenstand einer gemeinschaftlichen Marktöffnung war. Vielmehr war und ist ein ungehinderter Marktzugang von EG-Ausländern auf der Basis der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs immer möglich. Das spricht dafür, dass auch bisher bereits Beihilfen jenseits der Freistellung nach Art. 73 EGV den Genehmigungswettbewerb und damit den potentiellen gemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt haben. Deshalb kann das Risiko einer Beihilferückzahlungspflicht nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden.

⁵ Meyer, DVBl. 1999, S. 1409, 1411 ff.

⁶ In einem Revisionsverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht am 06.04.2000 (3 C 7.99) beschlossen, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) einzuholen. Die Vorlagefragen des Vorlagebeschlusses lauten (S. 14 f.):

2.1 Unterliegen Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr überhaupt dem Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG oder fehlt ihnen wegen ihrer regionalen Bedeutung von vornherein die Eignung, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen? Kommt es insoweit möglicherweise auf die konkrete Lage und Bedeutung des jeweiligen Nahverkehrsgebietes an?

2.2 Eröffnet Art. 73 EG dem nationalen Gesetzgeber generell die Möglichkeit, öffentliche Zuschüsse zum Ausgleich von Defiziten im öffentlichen Personennahverkehr ohne Rücksicht auf die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 zuzulassen?

2.3 Eröffnet die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, den Betrieb einer Linie im öffentlichen Personennahverkehr, der zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesen ist, ohne Beachtung der Abschnitte II, III und IV der genannten Verordnung zuzulassen und die Anwendung dieser Regelungen nur vorzuschreiben, wenn andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist? Ergibt sich diese Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers insbesondere daraus, dass er nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 VO (EWG) Nr. 1191/69 das Recht hat, Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs gänzlich vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen?

Mit einer Entscheidung des EuGH ist erfahrungsgemäß in ein bis zwei Jahren zu rechnen (d.h. Mitte 2001 bis Mitte 2002), das Bundesverwaltungsgericht hat dann noch ein Endurteil zu fällen.

Diese Rechtsunsicherheiten führen dazu, dass dem weiteren Ausbau des ÖSPV-Systems retardierende Kräfte entgegen wirken, die sich gegenseitig hemmen und zu einer schleichenden Abwärtsspirale des ÖSPV führen können.

1.5.3 Regulierter Wettbewerb schrittweise

Der Wettbewerb erfordert die Ertüchtigung beider Marktseiten, der Anbieter und Nachfrager. In einem geschützten Bereich müssen daher zunächst die bisher vertrauten Partner den Markt und dessen Prinzipien simulieren können, um sich dann schrittweise dem Ernstfall auszusetzen.

Hierzu bedarf es einer gemeinsamen Strategie von allen Beteiligten, die ohne Vorbehalte in einen verbindlichen Fahrplan mit einem eindeutigen Endziel mündet. Daher ist eine offene Ziel- und Mitteldiskussion notwendig. Das vorliegende Gutachten will hierbei über ein Auferlegungskonzept rechtlich bestmöglich abgesicherte und praktisch evaluierte Lösungen aufzeigen, diesen Übergang konstruktiv zu gestalten.

1.5.4 Weitere Entwicklungen des europäischen Sekundärrechts

Die EU-Kommission hat am 26.07.2000 einen Vorschlag für eine Nachfolgeverordnung zur VO (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung von 1991 (F 91) vorgelegt.⁷ Der VO-Vorschlag verfolgt einen umfassenden Ansatz zur Marktöffnung. Das Instrument des „kontrollierten Wettbewerbs“ ist das grundlegende Regelungsprinzip, das gleichzeitig den Anforderungen des Binnenmarktes und den Anforderungen der Daseinsvorsorge Rechnung tragen soll. Anders als die VO (EWG) Nr. 1191/69 F 91 bezieht der VO-Vorschlag auch sog. ausschließliche Rechte mit ein.⁸ Es spricht einiges dafür, dass Linienkonzessionen nach dem PBefG ausschließliche Rechte i.S.d. VO sind. Das hätte zur Folge, dass für alle Bus-, Straßenbahn-, U- und Hochbahn-Linien allein schon für die Gewährung eines ausschließlichen Rechtes ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag wettbewerblich vergeben werden müsste, unabhängig davon, ob der Verkehr öffentlich finanziert wird oder nach bisheriger Diktion („echt“) eigenwirtschaftlich ist.⁹ Damit unterläge grundsätzlich der gesamte straßengebundene ÖPNV dem Ausschreibungswettbewerb. Die jetzige Unterscheidung von eigen- und gemeinwirt-

⁷ KOM(2000) 7 endgültig, 2000/0212 (COD), Vorschlag vom 26.07.2000 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 Binnenschiffahrtswegen.

⁸ Definition in Art. 3 c) VO-Vorschlag: *Ausschließliches Recht ist ein Recht, das einen Betreiber berechtigt, eine bestimmte Art von Personenverkehrsdiensten auf einer bestimmten Strecke oder einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss anderer möglicher Betreiber durchzuführen.*

⁹ Vgl. Art. 5 Satz 2: Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag ist ferner zu vergeben für die Gewährung sämtlicher ausschließlicher Rechte.

schaftlichen Verkehren würde damit an Bedeutung verlieren. Außerdem soll **jegliche öffentliche Finanzierung** zu der Notwendigkeit führen, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag für den betroffenen Verkehr im Wettbewerb zu vergeben. Nur unter bestimmten engen Voraussetzungen gemäss den Ausnahmen nach Art. 7 und 8 VO-Vorschlag soll eine **Direktvergabe** möglich sein. Außerhalb von Verträgen wäre eine Finanzierung nur bei der Festlegung von **Mindestkriterien für ÖPNV** nach Art. 10 VO-Vorschlag zulässig.

Gemäß Art. 10 VO-Vorschlag darf ein finanzieller Ausgleich für allgemeine Tarifvorgaben außerhalb von – grundsätzlich im Wettbewerb zu vergebenden – Dienstleistungsaufträgen aber nicht erfolgen. Der Ausgleich sog. verbundbedingter Lasten würde danach zur grundsätzlichen Ausschreibungspflicht führen. Außerdem darf ein finanzieller Ausgleich außerhalb von Verträgen nur max. 20% des Werts des Verkehrs betragen. Da wohl der Ausgleich nach § 45a PBefG und nach SchwbG hierunter fällt, würde immer dann, wenn die 20%-Grenze überschritten werden soll, die grundsätzliche Ausschreibungspflicht greifen.

Die VO regelt ein eigenes Ausschreibungsverfahren in Art. 6 VO-Vorschlag und Ausnahmen in den Art. 7 und 8 VO-Vorschlag, wann nicht ausgeschrieben werden muss (unter anderem für sogenannte integrierte Dienste). Diese Bestimmungen gelten aber immer nur dann, wenn der jeweilige Vertrag nicht dem allgemeinen Vergaberecht unterliegt¹⁰. Im Bus- und Straßenbahnbereich dürften die Verträge grundsätzlich nach allgemeinem Vergaberecht auszuschreiben sein (es sei denn, sie ließen sich als Dienstleistungskonzession gestalten), so dass die Ausnahmen nach dem VO-Vorschlag nicht zur Anwendung kommen können.

Wenn der VO-Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren nicht noch grundlegend revidiert wird, ist daher ein Szenario nicht unwahrscheinlich, in dem der gesamte ÖPNV künftig dem Ausschreibungswettbewerb unterliegt. Wenn der VO-Vorschlag in den nächsten ein bis zwei Jahren verabschiedet wird und die Übergangsfrist von i.d.R. drei Jahren abgelaufen ist, könnte dieses Szenario 2005 Realität sein.

Soweit bei den Ausnahmetatbeständen der Direktvergabe (Art. 7 und Art. 8 VO-Vorschlag) und der Festlegung von Mindestkriterien (Art. 10 VO-Vorschlag) Raum bleibt für eine öffentliche Finanzierung des ÖPNV außerhalb des Ausschreibungswettbewerbs, schreibt Art. 16 VO-Vorschlag vor, dass die zuständigen Behörden keinen höheren Ausgleich gewähren und keine weniger strenge Verfahren anwenden, als in Anlage I vorgesehen. Danach darf der Ausgleich nicht den **finanziellen Nettoeffekt** der Erfüllung der **Anforderung des öffentlichen Dienstes (AöD)** übersteigen. Ein finanzieller Ausgleich wird nur gewährt, wenn der Betreiber die AöD aus eigenem kommerziellen Interesse ohne Ausgleich nicht bzw. nicht so erfüllen würde. Hierbei soll ein Referenzfall entweder

- anhand von Angaben über die Situation, bevor der Betreiber die AöD erfüllte oder
- durch Vergleich mit Angaben über vergleichbare Dienste auf kommerzieller Grundlage oder
- durch Abschätzung der Kosten der Dienste und der Nachfrage

ermittelt werden. Bei der Ermittlung der durch die Erfüllung der AöD entstehenden Kosten ist von einem **effizienten Management** und einer **angemessenen Qualität** auszugehen. Hierbei sind Änderungen der Tarife, Fahrgastzahlen sowie Quantität und Qualität der erbrachten Leistungen zu berücksichtigen.

Die Berechnung des sog. finanziellen Nettoeffektes im Anhang I der Kommissionsvorschläge entspricht in seiner Methodik den Abschnitten II bis IV der zurzeit geltenden VO (EWG) Nr. 1191/69, die die Ausgleichsberechnung im Falle einer Auferlegung behandeln. Somit würde das Instrument der Auferlegung – wenn auch mit anderer Terminologie - in einer novellierten VO (EWG) Nr. 1191/69 für die Ausnahmetatbestände der Art. 7, 8 und 10 fortbestehen, falls der vorliegende Kommissionsvorschlag Rechtskraft erlangen würde. In diesem Fall hätten die in diesem Gutachten gemachten Ausführungen zur Auferlegung grundsätzlich weiterhin Gültigkeit.

2. Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen

2.1 Die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen (Zusatz-)Leistungen durch den Aufgabenträger während der Laufzeit einer eigenwirtschaftlichen Genehmigung nach § 13 PBefG

Nach Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr nach § 13 PBefG steht es im pflichtgemäßen Ermessen der Genehmigungsbehörde, ob sie ohne finanzielle Kompensation in Betrieb, Tarif und Fahrplangestaltung eines genehmigten eigenwirtschaftlichen Linienverkehrs eingreift, um gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG die Ziele der ausreichenden Verkehrsbedienungs, der wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung und der Integration der Nahverkehrsbedienungs zu verwirklichen. Sie hat hierbei mit dem Aufgabenträger zusammenzuwirken, der insbesondere mit seinem Nahverkehrsplan das zu berücksichtigende öffentliche Verkehrsinteresse mit definiert.

Erst wenn die aus Gründen des öffentlichen Verkehrsinteresses geplanten Maßnahmen der Genehmigungsbehörde für den Unternehmer „wirtschaftlich unzumutbar“ sind, können die Aufgabenträger mit dem Instrument der Auferlegung der VO [EWG] Nr. 1191/69 F 91 gegen finanzielle Kompen-

¹⁰ Vgl. Art. 2 VO-Vorschlag.

sation hoheitlich Betriebs- und Tarifpflichten sowie Fahrplangestaltungen anordnen, die nicht im wirtschaftlichen Interesse des Unternehmers liegen. Die Möglichkeiten des Aufgabenträgers mit der Auferlegung für gemeinwirtschaftliche (Zusatz-) Leistungen sind somit erst möglich, wenn die Eingriffsbefugnisse der Genehmigungsbehörden für eigenwirtschaftliche Verkehre nicht mehr greifen, weil die Grenze des wirtschaftlich Zumutbaren überschritten wird. Im Folgenden wird deshalb das Ineinandergreifen der Zuständigkeiten von staatlichen Behörden und kommunalen Aufgabenträgern während der Laufzeit von Konzessionen erläutert.

2.1.1. Die Auferlegung von Betriebspflichten nach § 21 PBefG

Im Rahmen der Betriebspflicht des Unternehmers kann die Genehmigungsbehörde nach § 21 Abs. 3 Satz 1 PBefG die Erweiterung oder Änderung der Verkehre verlangen („auferlegen“), wenn dies die öffentlichen Verkehrsinteressen erfordern und es gleichzeitig dem Unternehmer wirtschaftlich zugemutet werden kann. Diese Eingriffsbefugnis ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch gerechtfertigt, weil dem Unternehmer durch die Genehmigung nach § 13 PBefG eine Rechtsposition eingeräumt wird, die über die Gewährleistung des Art. 12 GG (Berufsfreiheit) hinaus geht. Umgekehrt gebietet aber die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit, die Eingriffsbefugnis der Behörde hinsichtlich der Anordnung der Erweiterung oder Änderung von genehmigten Verkehren in ihrer Reichweite auf das Ausgestaltungsrecht des Unternehmers gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c) PBefG zu begrenzen. Das Recht des Unternehmers zur **Ausgestaltung** von Verkehren (zur Abwehr von Konkurrenten) umfasst beispielsweise die räumliche Ausdehnung einer Verkehrslinie über den bisher genehmigten Anfangs- und Endpunkt hinaus sowie die Ausweitung des Fahrplanangebotes auf der genehmigten oder erweiterten Strecke. Der Ausgestaltungsvorrang des Unternehmers umfasst jedoch nicht die **Umgestaltung** der Verkehre.¹¹ Eine Umgestaltung könnte beispielsweise ein neu eingerichteter Wochenendverkehr sein, wenn bislang auf den genehmigten Linien des Altunternehmers am Wochenende noch keine Verkehre stattgefunden haben.

Wie bereits oben ausgeführt wurde, darf die zuständige Behörde nur soweit in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Verkehrsunternehmers eingreifen, wie der Unternehmer durch die Liniengenehmigung gegen Konkurrenten geschützt wird. Deshalb darf die Genehmigungsbehörde nur in den Fällen der Ausgestaltung (nicht der Umgestaltung) eine Erweiterung oder Änderung der Verkehre anordnen.

¹¹ Allgemein gültige Kriterien für die Ausgestaltung von Verkehren in Abgrenzung zur Umgestaltung gibt es bislang nicht, so dass in der Praxis nicht selten Probleme auftreten.

Wirtschaftlich zumutbar ist eine Auferlegung der Genehmigungsbehörde dann, wenn die Eigenwirtschaftlichkeit des Unternehmers gewahrt bleibt, d.h. die Beförderungsentgelte weiterhin kostendeckend sind und darüber hinaus weiterhin eine angemessene Gewinnspanne des Unternehmers erwartet werden kann.¹² Das Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstrasse hat im Rahmen eines Entbindungsantrages eines Unternehmens nach § 21 Abs. 4 PBefG auf die hohe Gewinnsituation des Unternehmens abgestellt und deshalb die Entbindung von der Betriebspflicht zweier defizitärer Linien abgewiesen.¹³

Man könnte gegen diese Entscheidung einwenden, dass im PBefG das Prinzip der Einzelliniengenehmigung gilt, so dass die Betrachtung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit linienbezogen zu erfolgen habe. Hierfür spricht, dass § 21 Abs. 1 PBefG vom „genehmigten Betrieb“ spricht, der in der Regel gemäß den §§ 2, 3, 9 Abs. 1 PBefG eine einzelne Linie betrifft. Insofern ist der Begründungsansatz des o.g. Verwaltungsgerichts - trotz des Wortlautes nach § 21 Abs. 3 PBefG - zumindest verfassungsrechtlich problematisch. Denn ansonsten müsste sich ein Unternehmer auch seine Gewinne aus z.B. Gelegenheitsverkehren oder aus anderen Regionen für die wirtschaftliche Zumutbarkeit in § 21 Abs. 3 und 4 PBefG mit anrechnen lassen.

Hingegen dürfte die Versagung von der Entbindung der Betriebspflicht nach § 21 Abs. 4 PBefG bzw. die Auferlegung zusätzlicher Betriebspflichten nach § 21 Abs. 3 PBefG durch die Genehmigungsbehörde unproblematisch sein, wenn eine Genehmigung eines (eigenwirtschaftlichen) Linienbündels nach § 9 Abs. 2 PBefG vorliegt. In dieser Konstellation ist die Betrachtung der wirtschaftlichen Gesamtertragssituation des Linienbündels zulässig, weil das Linienbündel im Hinblick auf § 8 PBefG erteilt wurde. Solange also z.B. die Auferlegung zusätzlicher Betriebspflichten (ohne finanzielle Kompensation) immer noch zu kostendeckenden Beförderungsentgelten sowie zu einem angemessenen Gewinn innerhalb dieses Linienbündels führt, ist eine solche Auferlegung nach § 21 Abs. 3 PBefG (oder der Weiterbetrieb einzelner defizitärer Linien) durch die Genehmigungsbehörde zumutbar. Wenn aber keine gebündelte eigenwirtschaftliche Genehmigung vorliegt, jedoch die Voraussetzungen für ein Linienbündel gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. 8 PBefG vorliegen (wirtschaftliche Verkehrsbedienung/Integration der Nahverkehrsbedienung), spricht der Wortlaut des § 21 Abs. 3 PBefG (wirtschaftliche Situation des Unternehmers) dafür, dass die Genehmigungsbehörde in gleicher Weise wie eben beschrieben verfährt.

Anders als beim gemeinwirtschaftlichen Ausschreibungswettbewerb kann allerdings die Genehmigungsbehörde in den Fällen einer Auferlegung zusätzlicher Betriebspflichten nicht vorgeben, in welcher Qualität diese zusätzlichen Betriebsleistungen erbracht werden müssen.

¹² Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 21, Rn. 7 m.w.N.

¹³ VG Neustadt an der Weinstraße, Urteil v. 30.01.1998 (7 K 3477/96.NW).

Soweit dem Verkehrsunternehmen die Auferlegung zusätzlicher Betriebspflichten nach § 21 Abs. 3 PBefG bzw. die Fortführung der bestehenden Betriebspflicht nach § 21 Abs. 4 PBefG wirtschaftlich nicht mehr zugemutet werden kann¹⁴, ist in diesen Fällen eine gemeinwirtschaftliche Auferlegung durch den Aufgabenträger zulässig.

Die Ermächtigungsgrundlage des - allein zuständigen - Aufgabenträgers für die **Auferlegung zusätzlicher gemeinwirtschaftlicher Betriebspflichten** findet sich mittelbar in § 4 Satz 1 RegG i.V.m. § 8 Abs. 4 PBefG und VO (EWG) Nr. 1191/69 F 91 sowie für die **Auferlegung zur Beibehaltung bestehender Betriebspflichten** unmittelbar in § 21 Abs. 4 Satz 2 PBefG (mit Verweis auf § 8 Abs. 4 PBefG und der genannten EG-VO).

Im Gesetz ist jedoch nicht geregelt, wie in diesen Fällen der Aufgabenträger mit der Genehmigungsbehörde zusammenwirkt.

Folgende Varianten sind denkbar:

Für den Fall einer Auferlegung zusätzlicher gemeinwirtschaftlicher Betriebspflichten genehmigt die Genehmigungsbehörde auf Antrag des Unternehmers diese Auferlegung im Wege der Zusatzgenehmigung nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 PBefG oder - im Falle der Weigerung des Unternehmers - die Genehmigungsbehörde trifft die Anordnung zusätzlicher Betriebspflichten im Wege einer Auflage gemäß § 21 Abs. 3 PBefG analog mit dem Inhalt, dass die Auflage zur Voraussetzung hat, dass der Aufgabenträger die Finanzierung übernimmt.

Wenn hingegen der Unternehmer aus Gründen der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit die Entbindung von der Betriebspflicht nach § 21 Abs. 4 Satz 1 PBefG beantragt und der Aufgabenträger aus Gründen des öffentlichen Interesses einer ausreichenden Verkehrsbedienung eine Auferlegung zur Beibehaltung der Betriebspflichten vornimmt, kann die Genehmigungsbehörde - wenn der Verkehrsunternehmer weiterhin seinen Entbindungsantrag aufrecht erhalten sollte - unmittelbar gemäß § 21 Abs. 4 Satz 1 PBefG die Entbindung von der Betriebspflicht verweigern, weil aufgrund der Auferlegung keine wirtschaftliche Unzumutbarkeit mehr vorliegt.

2.1.2 Die Auferlegung von Tarifpflichten nach § 39 PBefG

Nach § 39 Abs. 1 PBefG bedürfen Beförderungsentgelte und deren Änderung der Zustimmung der Genehmigungsbehörde. Erst mit dieser Zustimmung werden die Beförderungsentgelte allgemeinverbindlich.

¹⁴ Im Fall des § 21 Abs. 4 PBefG findet sich auch die Variante, dass dem Unternehmer die Erfüllung seiner Betriebspflicht nicht mehr möglich ist.

Nach Absatz 2 dieser Vorschrift hat die Genehmigungsbehörde bei der Erteilung der Zustimmung zu den von dem Unternehmen im Rahmen seiner Tarifgestaltungsfreiheit¹⁵ gebildeten Beförderungsentgelten einen Prüfauftrag (vgl. zur Problematik dieser Kostenkontrolle 3.3.7). Hierbei ist u.a. unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmers die **Angemessenheit der Beförderungsentgelte** zu prüfen. Allerdings hat das Unternehmen einen Rechtsanspruch darauf, dass die genehmigten Tarife zur Eigenwirtschaftlichkeit führen, d.h. kostendeckende Erlöse und eine angemessene Gewinnspanne erzielt werden.¹⁶

Soweit aus **Gründen des öffentlichen Verkehrsinteresses oder des Gemeinwohls** den beantragten Beförderungsentgelten nicht zugestimmt wird, gilt § 8 Abs. 4 PBefG entsprechend (vgl. § 39 Abs. 2 Satz 2 PBefG). Adressat dieser Vorschrift ist durch diesen Verweis allein der zuständige Aufgabenträger zur Gewährleistung der ausreichenden Verkehrsbedienung. Nur der Aufgabenträger ist aus Gründen des öffentlichen Verkehrsinteresses oder des Gemeinwohls befugt, dem Verkehrsunternehmen nach Art. 1 Abs. 5 Satz 1 der VO (EWG) Nr. 1191/91 F 91 Beförderungsentgelte aufzuerlegen, die niedriger als beantragt sind.¹⁷

Auch in diesem Fall ist das Zusammenwirken zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger nicht präzisiert. Um aber die gesetzliche Intention der Vorschrift des § 39 Abs. 2 Satz PBefG verwirklichen zu können, hat sich zunächst die Genehmigungsbehörde bei der Beantragung bzw. Änderung von Beförderungstarifen mit dem zuständigen Aufgabenträger ins Benehmen zu setzen. Soweit der Aufgabenträger mit Bescheid eine vollziehbare Auferlegung für gemeinwirtschaftliche Beförderungsbedingungen erlassen hat, erfolgt die Zustimmung der Genehmigungsbehörde zu diesen Tarifen. Erst mit dieser Zustimmung werden die Beförderungsbedingungen gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 PBefG allgemeinverbindlich.

¹⁵ Vgl. hierzu Bidinger, Personenbeförderungsrecht, § 39, Rn. 86.

¹⁶ Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 39, Rn. 2.

¹⁷ Vgl. hierzu Verwaltungsgericht Dessau, Beschluss v. 20.12.1999 (2 B 1368/99 DE); im Rahmen einer summarischen Prüfung in einem Eilverfahren hat das Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Beschluss v. 11.01.2000 1 M 38/00) der Wahrung eines einheitlichen Tarifsystems den Vorrang vor einer möglichen eigenwirtschaftlichen Verkehrsbedienung eines einzelnen Verkehrsunternehmens gegeben, die durch geringfügige Erhöhung seiner Beförderungsentgelte in den übrigen Tarifzonen herzustellen wäre:
Mit der Einführung eines einheitlichen Tarifsystems werden für Teilnehmer am öffentlichen Personennahverkehr im Raum W. die gleichen Zugangsvoraussetzungen und damit eine im öffentlichen Verkehrsinteresse liegende örtliche und überörtliche Verkehrsbedienung geschaffen, indem der problemlose Übergang zwischen den einzelnen Verkehrsmitteln und Verkehrsunternehmen ermöglicht und damit die gleichmäßige Nutzung aller Fahrscheine gewährleistet wird. Dieses Tarifkonzept würde durch eine unterschiedliche Tarifgestaltung seitens der Antragstellerin durchbrochen, was nicht nur zu einer nicht hinnehmbaren Ungleichbehandlung der Fahrgäste führen würde, sondern vor allem einen Akzeptanzverlust für den öffentlichen Personennahverkehr zur Folge hätte, von dem wiederum alle Verkehrsbetriebe in und um W. betroffen wären (vgl. Seite 6 des Beschlusses).

2.1.3 Die Auferlegung von Fahrplangestaltungen nach § 40 PBefG

Nach § 40 Abs. 1 PBefG muss ein Fahrplan die Führung der Linie, ihren Ausgangs- und Endpunkt sowie die Haltestellen und Fahrzeiten enthalten.

Nach Abs. 2 dieser Vorschrift bedürfen auch Fahrpläne und deren Änderung der Zustimmung der Genehmigungsbehörde. Angesichts der neueren Rechtsprechung hat die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung hinsichtlich verkehrspolitischer Erwägungen einen Beurteilungsspielraum. Allerdings dürfen Änderungsverlangen der Genehmigungsbehörde nach § 40 Abs. 3 PBefG nur soweit zulässig sein, wie die Eigenwirtschaftlichkeit des Unternehmens nicht gefährdet wird.¹⁸ Bei Änderungsverlangen des Fahrplans, die nicht mehr die Eigenwirtschaftlichkeit gewährleisten, gilt nach § 40 Abs. 3 Satz 2 PBefG die Vorschrift des § 8 Abs. 4 PBefG entsprechend.

Wie im Fall der gemeinwirtschaftlichen Beförderungsbedingungen ist durch diesen Verweis der Aufgabenträger allein berechtigt, zur ausreichenden Verkehrsbedienung der Bevölkerung dem Verkehrsunternehmen nach Art. 1 Abs. 5 Satz 1 VO (EWG) Nr. 1191/69 F 91 Fahrplanänderungen aufzulegen, die dieser im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht vornehmen würde.

Hinsichtlich des erforderlichen Zusammenwirkens der Genehmigungsbehörde mit dem Aufgabenträger gilt das unter 2.1.2 Ausgeführte.

2.2 Die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen nach Ablauf von Genehmigungen gem. § 13 PBefG durch Auferlegung gemäß § 1 Abs.3 GKV

2.2.1 Die Konzeption der Genehmigung nach § 13a PBefG für „gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen“

§ 13a PBefG ist eine eigenständige Marktzugangsregel und steht neben der Genehmigung nach § 13 PBefG.¹⁹ Dies ergibt sich aus dem Verweis in § 13a Abs. 1 Satz 2 PBefG auf den entsprechend anzuwendenden § 13 Abs. 1 und 2 Nr. 1 PBefG. Voraussetzung der Genehmigung ist ein Tätigwerden der zuständigen Behörde und die Einhaltung der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“. Das Tätigwerden einer zuständigen Behörde ergibt sich aus dem Verweis auf die VO [EWG] 1191/69 F. 91. Nach dieser VO (Art. 1 Abs. 4 und 5) sind Auferlegungen und Vereinbarungen der zuständige Behörde vorbehalten. Diese wird gemäß § 4 Satz 2 RegG durch den Landesgesetzgeber bestimmt und ist regelmäßig mit dem Aufgabenträger identisch.²⁰ Voraussetzung des Tätigwerdens ist die subsidiäre Aufgabenwahrnehmung zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung, welche eine

¹⁸ Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 40, Rn. 3 m.w.N. auf die Rechtsprechung.

¹⁹ Bund-Länder Fachausschuss Straßenpersonenverkehr, DER NAHVERKEHR 6/1997, S. 8, 9.

²⁰ Hierzu und zu den Abweichungen: Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 198 f.

angemessene Verkehrsbedienung meint.²¹ Der Aufgabenträger hat hierbei als zuständige Behörde nach einem Urteil des EuGH ein weites Ermessen bei der Beurteilung, ob die Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung die Aufrechterhaltung bzw. die Auferlegung oder Vereinbarung einer Verpflichtung des öffentlichen Dienstes verlangt.²² Das maßgebende Europarecht nennt hier v.a. angemessene Verkehrsbedienung, soziale Belange, Umweltschutz und Verkehrsentlastung, sowie raumordnerische Faktoren einschließlich der Infrastruktur.²³

Die angemessene (ausreichende) Verkehrsbedienung markiert hierbei die Obergrenze des zulässigen behördlichen Einschreitens der Aufgabenträger.²⁴ Daher wären „Luxusverkehre“²⁵ für die es mangels Nachfrage überhaupt kein öffentliches Interesse gäbe, nicht nur eine Geldvergeudung, sondern bereits europarechtlich ein unzulässiger Eingriff in den Markt des ÖSPV und eine unzulässige, da nicht von der VO [EWG] 1191/69 F 91 gedeckte Beihilfe.²⁶ Allerdings wird zunächst im Nahverkehrsplan die angemessene (ausreichende) Verkehrsbedienung festgelegt. Einem darüber hinaus gehenden Verkehr, der dann oftmals vorschnell als „Luxusverkehr“ diskreditiert wird, würde es nicht automatisch an Nachfrage mangeln, für den es kein öffentliches Interesse gibt. Die Beurteilung wäre abhängig vom Angebotsumfang, den der Aufgabenträger neu festlegen und im Nahverkehrsplan fortzuschreiben kann. Die Änderung des Nahverkehrsplans ist auch während seiner Laufzeit möglich, wenn die entsprechenden Verfahren eingehalten werden. Es wird hierbei natürlich viele Unterschiede in den Einschätzungen der Aufgabenträger zur Angebots- und Nachfrageorientierung im ÖPNV geben, weil z.B. andere planerische Vorgehensweisen gewählt werden oder unterschiedliche finanzielle Möglichkeiten zur Verfügung stehen.

Die geringsten Kosten für die Allgemeinheit (§ 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PBefG) ist gemäß § 1 Abs. 1 GKV die Haushaltsbelastung des Aufgabenträgers. Diese ist möglichst niedrig zu halten. Regelmäßig geschieht dies durch Vergabe der Verkehrsleistung zu festgelegten Standards „im Wettbewerb“, § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV. Nur ausnahmsweise, wenn Vergabeverfahren nach § 1, Abs. 2 GKV „... nicht sachgerecht“ ist, „... zu keinem Ergebnis geführt hat“ bzw. eine vertragliche Vereinbarung „...“

²¹ Werner, ZUR 1997, S. 12, 13; Knüttel, DER NAHVERKEHR, 12/1995, S. 8; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 158 f. m.w.N.

²² EuGH 17.9.1998, Rs. C-412/96 – Kainuun Liikennet Oy – Tz. 32 f., TranspR 1999, S. 16, 19.

²³ Ausführlich Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 159 ff.; Werner, ZUR 1997, S. 12, 13 f.

²⁴ Berschin, ZUR 1997, S. 4, 11; Werner, Nach der Regionalisierung, S. 56; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 140 f.

²⁵ Diese sollen über die ausreichende Bedienung hinausgehen. Bund-Länder Fachausschuß Straßenpersonenverkehr, DER NAHVERKEHR 6/1997, S. 8, 9; Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S: 40 f.; Fey, NZV 1996, S: 132, 135; Zeiselmair, DER NAHVERKEHR 11/1995, S. 8, 11; Zuck, DÖV 1994, S. 941, 947; Maaß, Örtliches Personenbeförderungswesen, S: 192 f.; Muthesius, DER NAHVERKEHR 9/1997, S. 6, 7.

²⁶ Werner, Nach der Regionalisierung, S. 169 ff.; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 166 f., 255 f.

aus anderen Gründen nicht zustande kam“ ist gemäß § 1 Abs. 3 GKV die Auferlegung als nicht wettbewerbliches Verfahren zulässig. Sie ist daher grundsätzlich subsidiär (2.1). Diese Subsidiarität entspricht auch dem europarechtlich gewollten Vorrang marktkonformer Finanzierungen im ÖSPV mittels Vertrag nach Art. 14 VO [EWG] 1191/69 F. 91.^{27 28} Im Folgenden sind die Anwendungsbereiche der „Vereinbarung“ und der „Anfertigung“ gemeinwirtschaftlicher Linienverkehre, die nach § 13a PBefG genehmigt werden sollen, genauer von einander abzugrenzen und es ist herauszuarbeiten, wie nach der GKV jeweils die geringsten Kosten für die Allgemeinheit dargelegt werden können.

2.2.2 Vereinbarungen als wettbewerbliches Verfahren – Auferlegung als wettbewerbsfreies Verfahren

Der Verweis in § 1 Abs. 2 GKV erhellt, dass nicht jedes Verfahren nach VOL/A²⁹ als wettbewerblich anzusehen ist. Das Vergaberecht ist darauf gerichtet, durch Bereitstellen von formalisierten Wettbewerbsverfahren Beschränkungen des Wettbewerbs soweit wie möglich zu vermeiden. Das deutsche Vergaberecht hat hierzu drei Vergabearten mit unterschiedlich strengen formalen Vorgaben bereitgestellt, wobei im Rahmen einer „Wettbewerbstreppe“ grundsätzlich das formstrenkere, weil mißbrauchsunanfälligere Verfahren anzuwenden ist, um eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe zu gewährleisten. Dies ist zunächst die **öffentliche Ausschreibung**, es folgt die **beschränkte Ausschreibung** und am wenigsten reglementiert ist die **freihändige Vergabe (mit und ohne Teilnehmerwettbewerb)**. Die VOL/A beschreibt abschließend die zulässigen Gründe, wann auf der Wettbewerbstreppe jeweils auf ein formal erleichtertes Verfahren ausgewichen werden darf. Soweit die europäischen Schwellenwerte für die Auftragswerte von Dienstleistungsaufträgen überschritten werden, korrespondieren die Vergabearten wie folgt (Aufzählung in abnehmender Wettbewerbsintensität und geringerer förmlicher Strenge des Vergabeverfahrens):

²⁷ Hierzu Berschin, ZUR 1997, S. 4, 7; Fromm, Internationales Verkehrswesen 1994, S. 97, 98; Maaß, Örtliches Personenbeförderungswesen, S. 159; Schmuck, TranspR 1992, S. 41, 51; Werner, Nach der Regionalisierung, S. 55; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 141.

²⁸ Dagegen besteht ein Widerspruch von § 1 Abs. 2, 3 GKV zum Europarecht nicht. Diesen sehen aber Batzill/Zuck, Personenbeförderungswesen im Spannungsfeld, S. 72.

²⁹ Wenn die Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen dem allgemeinen Vergaberecht unterliegt (§§ 97 ff. GWB), dann ist der Verweis europarechtskonform als Verweis auf den 2. Abschnitt auszulegen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der GKV, war der Dienstleistungsbereich noch nicht in den maßgebenden 2. Abschnitt der VOL/A eingearbeitet. Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auch Werner, VergabeR 3/1998, S. 32, 33; ders., Nach der Regionalisierung, S. 199 ff.; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 147 f.;

Nationales Vergaberecht

1. Öffentliche Ausschreibung
2. Beschränkte Ausschreibung
3. Freihändige Vergabe
(mit Teilnehmerwettbewerb)
4. Freihändige Vergabe
(ohne Teilnehmerwettbewerb)

Europäisches Vergaberecht

- Offenes Verfahren
- Nichtoffenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren
(mit Teilnehmerwettbewerb)
- Verhandlungsverfahren
(ohne Teilnehmerwettbewerb)

Soweit die Schwellenwerte überschritten werden, müssen neben den Basisparagrafen zusätzlich die a-Paragrafen der VOL/A Abschnitt 2 angewendet werden, wenn es sich um eine dem allgemeinen Vergaberecht (§§97 ff. GWB) unterliegende Ausschreibung eines öffentlichen Auftraggebers handelt.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass bei Überschreitung der Schwellenwerte und Anwendbarkeit des allgemeinen Vergaberechts nicht nur in § 3 Nr. 2 VOL/A der Vorrang des offenen Verfahrens festgeschrieben ist, sondern auch in § 101 Abs. 1 GWB. Auch das Nichtoffene Verfahren gemäß Europarecht ist rechtfertigungsbedürftig. Das Verhandlungsverfahren als weitgehend formloses Verfahren ist nur in besonderen Einzelfällen zulässig. Die Ausnahmegründe des § 3 Nr. 4 VOL/A verdeutlichen, dass ein Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren nur in Frage kommt, wenn der Markt aufgrund von Anbieterbeschränkungen oder der Unmöglichkeit einer zureichenden Leistungsbeschreibung soweit gestört ist, dass von einer Beschaffung am Markt keine Rede mehr sein kann.

Fraglich ist nun, wie der Verweis des § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV auf die wettbewerblichen Verfahren gemäss VOL/A zu verstehen ist, d.h. welche Vergabearten hierunter fallen. Die Auslegung des Begriffes Wettbewerb im Wortsinne ergibt, dass in irgendeiner Form ein Konkurrenzverhältnis hinsichtlich eines öffentlichen Auftrages vorliegen muss. Dies ist dann nicht der Fall, wenn ein öffentlicher Auftrag im Wege der freihändigen Vergabe bzw. des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnehmerwettbewerb an ein bestimmtes Unternehmen „exklusiv“ vergeben wird. Diese Auslegung wird auch durch Vorschrift des § 5 („Wettbewerbspreise“) der preisrechtlichen Verordnung über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen untermauert (VO PR Nr. 1/72). Danach kommen Wettbewerbspreise bei Ausschreibungen (öffentlich oder beschränkt) oder freihändigen Vergaben mit Teilnehmerwettbewerb zustande. Im Umkehrschluss bedeutet dies,

dass bei freihändigen Vergaben bzw. Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb keine Wettbewerbspreise ermittelt werden können.

Dieses Ergebnis wird ferner durch § 1 Abs. 3 GKV bestätigt. Würde nämlich sogar eine freihändige Vergabe (bzw. ein Verhandlungsverfahren) ohne Teilnehmerwettbewerb nach VOL/A bereits § 1 Abs. 2 GKV als „wettbewerbliches Verfahren“ angesehen werden, so wäre § 1 Abs. 3 GKV ohne Anwendungsbereich und daher bedeutungslos. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass der Verordnungsgeber bedeutungslose Sachverhalte regeln würde. Vielmehr ist anhand Abs. 3 erkennbar, dass der Verordnungsgeber die Notwendigkeit sah, außerhalb wettbewerblicher Lösungen, d.h. außerhalb organisierter Märkte, die Kompensationszahlungen an die Verkehrsunternehmen durch einen Verweis auf das öffentliche Preisrecht zu begrenzen.

Zweifel könnten sich aber aus der Formulierung in § 1 Abs. 3 („eine vertragliche Vereinbarung über die gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung aus anderen Gründen nicht zustande kam“) erblicken. Man könnte die Formulierung so verstehen, dass auch andere Vereinbarungen auf nicht wettbewerblicher Grundlage denkbar sind und nur wenn diese aus anderen Gründen als Sachgerechtigkeit oder Aufhebung einer Ausschreibung nicht zustande kommen, wäre eine Auferlegung im Sinne von Abs. 3 zulässig, also eine Art nicht-wettbewerbliche Zwischenzone. Jedoch widerspricht eine derartige Auslegung dem klaren Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV. Nur *wettbewerbliche* Verfahren nach VOL/A sind Gegenstand einer zulässigen preiskonsensualen Lösung am Markt. Alle anderen Preisfindungen führen automatisch zur Anwendung des Abs. 3 und müssen sich hiernach rechtfertigen.

Daher ist festzuhalten, dass eine freihändige Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ohne Teilnehmerwettbewerb (bzw. im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnehmerwettbewerb) an ein bestimmtes Verkehrsunternehmen das Kriterium der Wettbewerbsfähigkeit nach § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV nicht erfüllt.

Daher darf auch die entsprechende Passage der Verordnungsbegründung nicht missverstanden werden: „Der Nachweis nach Abs. 2 gilt in der Regel als erbracht, wenn die betroffene Verkehrsleistung nach VOL/A 1. Abschnitt für den Wettbewerb ausgeschrieben wird und nach den dort genannten Kriterien ausgewählt worden ist. Wird die Leistung freihändig vergeben, ist in geeigneter Weise nachzuweisen, dass die Bedingung von Abs. 1 erfüllt ist“.³⁰ Dieser Nachweis kann nur gelingen, wenn eine freihändige Vergabe mit Teilnehmerwettbewerb erfolgt und mit mehreren Bietern verhandelt worden ist, denn nur dann kann diese wettbewerbliche Preisbildung zu den geringsten Kosten führen. Bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb kann hingegen genau dieser Nach-

weis der geringsten Haushaltsbelastung nicht nach § 1 Abs. 2 GKV gelingen, da eine wettbewerbliche Preiskontrolle am Markt – unabhängig vom Verhandlungsgeschick des Aufgabenträgers – hier nicht stattfindet und umgekehrt eine Preiskontrolle als präventives Mittel nicht vorgesehen ist, wie sich aus dem Vergleich von Abs. 2 und 3 ergibt.

Soweit der Ordnungsgeber darauf verweist³¹, dass auch Aufträge nach Abs. 2 der Preiskontrolle nach VO PR 30/53 unterliegen, so wiederholt er hier nur Selbstverständliches, da alle öffentlichen Aufträge dem Preisrecht für öffentliche Aufträge unterliegen. Soweit diese im funktionierenden Markt vergeben werden, erstreckt sich die Prüfung des angemessenen Preises auf die Prüfung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Der Marktpreis ist dann erreicht, wenn ein wettbewerbliches Verfahren nach VOL/A stattfand (öffentliche oder beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe mit Teilnehmerwettbewerb bzw. die korrespondierenden europarechtlichen Vergabearten) und die Anbieterseite keinen Wettbewerbsbeschränkungen unterlag.³² Kann hingegen ein preisrechtlicher Marktpreis nicht festgestellt werden, so ist aus dem Verhältnis der Lösungen nach § 1 Abs. 2 und 3 zueinander zu folgern, dass in diesem Falle die geringsten Kosten nur durch das Vorgehen nach Abs. 3 „Auferlegung“ mit einer präventiven Preiskontrolle nach VO PR 30/53 möglich ist.

2.2.3 Auferlegung als hoheitliche Beschaffung

Wie unter 2.1 dargestellt wurde, ist die Idee einer Auferlegung die Heranziehung eines Unternehmers zu ausgleichspflichtigen Sonderdiensten im Rahmen eines ihm verliehenen ausschließlichen Rechts. Diese hoheitliche Leistungsverpflichtung ist notwendig, um den zeitweiligen Linienmonopolisten zu angemessenen Leistungen zu verpflichten. Das Europarecht stellt hierbei sicher, dass derartige Leistungen nicht ohne Ausgleich erbracht werden müssen, indem es den Unternehmen einen Aufhebungsanspruch gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen bzw. ersatzweise einen Anspruch auf Abgeltung einräumt, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 und 2 VO [EWG] 1191/69 F 91.

Soweit Tarifpflichten bestimmte Sondertarife vorsehen, können sie ohne besondere Anknüpfung an ein ausschließliches Recht jedem vorhandenen und auch zukünftigen Unternehmer auferlegt wer-

³⁰ BR-Drs. 684/95, zu § 1 Abs. 2.

³¹ BR-Drs. 684/95, zu § 1 Abs. 2.

³² Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 41 f.; Nr. 18 der Richtlinie für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der VO PR 30/53 vom 1.7.1955. Soweit hier auch freihändige Vergaben als wettbewerblich anerkannt werden, so wird immer darauf verwiesen, dass in diesem Falle ein funktionierender Preiswettbewerb effektiv stattfinden kann. Soweit hingegen Preisbeschränkungen, z.B. aufgrund der fehlenden Beschreibbarkeit (§ 3 Nr. 3 lit. g VOL/A) wirken, kann ein Marktpreis nicht festgestellt werden. § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR 1/72 (Baupreise) stellt klar, dass bei freihändiger Vergabe Marktpreise nur dann festgestellt werden können, wenn mit mehreren Bietern verhandelt wurde.

den. Entscheidend ist hierbei die Begünstigung „bestimmter Gruppen von Reisenden“, Art. 2 Abs. 5 UA 1 VO [EWG] 1191/69 F 91. Die wirtschaftlichen Nachteile werden hierbei durch die Differenz der Einnahmen unter Beachtung der Elastizitäten und der spezifischen Kosten ermittelt, Art. 11 Abs. 1 VO [EWG] 1191/69 F 91. Reicht aber das Tarifniveau insgesamt nicht aus, die gesamten Betriebskosten zu decken (strukturell defizitärer ÖPNV); so ist - wie sich aus Art. 11 Abs. 2 VO [EWG] 1191/69 F 91 ergibt - der Ausgleich nach Art. 10 VO [EWG] 1191/69 F 91 = Ausgleich für Betriebspflicht vorrangig und auch ausreichend.^{33 34} Soweit hingegen ein Unternehmer sich durch allgemeine preispolitische Maßnahmen in seiner Tariffestsetzungsfreiheit beschnitten fühlt, sind dies keine aufhebungsfähigen und damit auch keine ausgleichspflichtigen gemeinwirtschaftlichen Leistungen, wie Art. 2 Abs. 5 UA 2 VO [EWG] 1191/69 F 91.³⁵

Anders hingegen die Betriebspflicht. Als Inbegriff gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistung verlangt sie zu treffende Maßnahmen für eine kontinuierliche, regelmäßig und kapazitiv bestimmte Verkehrsbedienung „für Strecken, deren Betrieb ihnen durch Konzession oder gleichwertiger Genehmigung übertragen ist“. Daher scheint die VO [EWG] 1191/69 F 91 nur Auferlegungen zu bestehenden Genehmigungen (Erweiterungen) beihilferechtlich zu legitimieren und bei neuen Genehmigungen auf das Verfahren nach Art. 1 Abs. 4 und Art. 14 VO [EWG] 1191/69 F 91 zu verweisen.³⁶ Dies wäre insoweit auch konsequent, als die Verordnung in Art. 1 Abs. 3 die Aufhebung derartiger gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen vorsieht. Insofern würde § 1 Abs. 3 GKVO weitgehend leerlaufen, da eine Auferlegung bei neu zu vergebenden Genehmigungen nur im Falle spezifischer Tarifaufgaben in Frage käme. Diese würden aber die öffentlichen Interessen gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen völlig unzureichend abdecken, da den öffentlichen Interessen an Sozialtarifen bereits weitgehend durch gesetzliche Auflagen (§ 45a PBefG, § 59 ff. SchwbG) Rechnung getragen wird.

Allerdings wird mit dieser Auslegung die VO [EWG] 1191/69 F 91 überstrapaziert. Insbesondere mit der Änderung der VO [EWG] 1893/91 war nicht mehr vordringliches Ziel die Aufhebung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, sondern deren Anerkennung (Erwägungsgrund 1) und die Stärkung der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Verkehrsunternehmen durch vertragliche Lösungen (Erwägungsgrund 2). Art. 2 Abs. 3 Satz 1 VO [EWG] 1191/69 F 91 ist daher so zu verstehen, dass aus-

³³ Zwar ist dieser nur anzurechnen. Jedoch ist dieser identisch mit Art. 10 Abs. 2, da auch dieser die Differenz zwischen Betriebskosten und tatsächlichen Erträgen meint. Daher ist dieser Ausgleich bereits immer ausreichend.

³⁴ Berschin, ZUR 1997, S. 4, 6.

³⁵ Hierzu EuGH 27.11.1973, - Slg. 1299, 1311 Tz.12; Schmuck, TranspR 1991, S. 42, 50; Heinze, Der Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen, S. 24 f.; ders., DÖV 1996, S. 977, 981; Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 21.

³⁶ Im Ergebnis Werner, Nach der Regionalisierung, S. 158 und Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 142.

gleichspflichtige und ausgleichsfähige Betriebspflichten im Sinne der Verordnung nur dann bestehen, wenn aufgrund öffentlicher Genehmigungsvorbehalte der Unternehmer über Faktoren der Betriebsleistung wie Fahrplan, Anpassung, Kapazität etc. nicht mehr frei bestimmen kann. Dies wird auch anhand Satz 2 deutlich, der ausdrücklich von einer *Verpflichtung* des Unternehmers spricht. Daher ist die Bedeutung des Abs. 2 nicht im Wort übertragenen Sinne einer zeitlichen Abfolge zu sehen, sondern im Zusammenhang zwischen der Vorhaltung angemessener Angebotsparameter einschließlich etwaiger Reserven im Verhältnis zu einer spezifischen Regulierung des Unternehmers. § 13a PBefG macht zwar diese Regulierungsvorbehalte von einem Antrag eines Verkehrsunternehmers abhängig, jedoch ist zu bedenken, dass der Marktzugang, genauer Marktverbleib im Rahmen von § 1 Abs. 3 GKV („Auferlegungen“) nur in Frage kommt, wenn die Betriebspflichten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 VO [EWG] 1191/69 bereits in dem zu übertragenden Recht enthalten ist.

Es ist daher nicht anzunehmen, dass die VO [EWG] 1191/69, die vornehmlich die zulässigen Beihilfen auf Grundlage des Art. 73 EGV im öffentlichen Verkehr regelt und im gewissen Maße durch Transparenz der öffentlichen Finanztransfers den Wettbewerb beleben will³⁷, so auszulegen ist, dass neue Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes bei Betriebspflichten nicht mehr möglich wären und damit § 1 Abs. 3 GKV leer laufen würde. „Auferlegungen“ im Sinne von § 1 Abs. 3 GKV sind daher nicht wettbewerbliche, damit unförmliche Vergabeverfahren, die nach Erteilung der Genehmigung zu einer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung im Sinne von § 8 Abs. 4 PBefG und VO [EWG] 1191/69 führen. Allerdings sind diese Auferlegungen nach § 1 Abs. 3 GKV nicht dem förmlichen Vergaberecht nach VOL/A zuordnen, auch wenn eine Reihe von Ähnlichkeiten zur Freihändigen Vergabe nach § 3 Nr. 4 VOL/A bzw. zum Verhandlungsverfahren nach § 3a Nr. 2 VOL/A – Abschnitt bestehen. Hierauf wird im folgenden noch eingegangen werden.

2.2.4 Keine fortwirkenden Auflagen

Es wird vereinzelt vertreten, dass gemeinwirtschaftliche Auferlegungen (vgl. 2.1) den „eigenwirtschaftlichen Kern“ einer Genehmigung unberührt lassen. Deswegen müsse die Grundgenehmigung im Verfahren nach § 13 PBefG und die Zusatzgenehmigung für die auferlegten Verkehrsleistungen im Verfahren nach § 13a PBefG vergeben werden, wobei aufgrund der Abhängigkeit dieser Zusatzleistung von der Grundleistung eine wettbewerbliche Vergabe nach § 1 Abs. 2 GKV ausgeschlossen sei. Vielmehr sei die Zusatzleistung zusätzlich zu genehmigen oder gleich von Beginn an als Fahrplan-

³⁷ Zu den Verordnungszwecken Schmuck, TranspR 1992, S. 41, 43; Berschin, ZUR 1997, S. 4 ff.; Baumeister/Barth/Berschin, Wettbewerb im straßenengebundenen ÖPNV, S. 35 ff.; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 120 ff.

und/oder Tarifaufgabe vorzusehen.³⁸ Abgesehen davon, dass jede Verkehrsleistung einen eigenwirtschaftlichen Kern beinhaltet und durch dieses Verfahren § 13a PBefG, § 1 Abs. 2 GKV leer laufen würde, widerspricht dieser Ansatz allen Grundlagen der Regulierung im Personenbeförderungsrecht und der Konzeption des europäischen Beihilfe- und Wettbewerbsrecht.³⁹ Personenbeförderungsrechtlich spricht bereits die Diskontinuität der Liniengenehmigungen gegen „ewige Auflagen“. Da mit Ablauf der Genehmigung auch alle Auflagen wegen ihrer Akzessorietät enden⁴⁰, besteht für eine logische Sekunde keine Kontinuität. Weiterhin würde eine fortwirkende Auflage den Genehmigungswettbewerb verfälschen, da diese gar nicht diskriminierungsfrei ausgestaltet werden kann. D.h. der Altunternehmer hätte hier einen nicht zu kompensierenden Wettbewerbsvorteil, was der Berufsfreiheit der Mitbewerber und deren verfassungsrechtlichen Chancengleichheit zuwiderläuft. Schließlich erlaubt dieser Ansatz ein „Rosinenpicken“ immer auf den Umfang der gerade betriebswirtschaftlich rentablen Leistungen und würde alles andere der öffentlichen Hand überantworten. Gerade diese Vorgehensweise widerspricht der Regulierungsordnung im Personenbeförderungsrecht, die durch Ausgleich guter und schlechter Risiken ein kontinuierliches, abgestimmtes und integriertes Verkehrsangebot (§ 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG) hervorbringen möchte. Die Linienbedienung aus „einer Hand“⁴¹ ist hierbei wie sich aus § 13 Abs. 2 Nr. 2, v.a. lit. c) PBefG („Ausgestaltungsrecht“) ergibt, ein vorrangiges Regulierungsziel.

Auch europarechtlich würde dies der Regelung der VO [EWG] 1191/69 F 91 widersprechen. Zum einen würde der Vorrang marktlicher vertraglicher Lösungen geschmälert, da über zusammenhängende Verkehrsdienste keine Vereinbarungen mehr möglich wären, zum anderen würden aber auch die Abgeltungsregeln verletzt. Eine Abgeltung zusätzlicher Verkehrsleistungen ist nämlich nur dann möglich, wenn diese sich im Rahmen einer Grenzkosten-/erlösberechnung individuell identifizieren lassen, Art. 10 UA 1 und Art. 11 Abs. 1 VO [EWG] 1191/69 F 91, in allen anderen Fällen ist der Gesamtkostenausgleich der Sparte (Teilnetz) oder Linien heranzuziehen. Unterstrichen wird dies aus Art. 5 Abs. 1 UA 5 VO [EWG] 1191/69 F 91, der bei Feststellung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung die Beachtung der Rückwirkung auf das Gesamtunternehmen fordert. Können daher positive Rückeffekte von Auflagen (z.B. höhere Kundenbindung durch höheres Fahrtenangebot oder niedrigere Tarife) nicht eindeutig identifiziert und berechnet werden, so wird im Zweifelsfall eine Auferlegung über die Gesamtleistung notwendig.

³⁸ Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 31, 69 f.

³⁹ Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 254; Werner, Nach der Regionalisierung, S. 172 f.

⁴⁰ Bidinger, Personenbeförderungsrecht, § 2 PBefG Anm. 10.

⁴¹ Lange, Verkehr und öffentliches Recht, S. 192; Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 13 PBefG Rn. 9; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 253.

2.2.5 Zwischenergebnis

Im Gegensatz zur marktfreien gemeinwirtschaftlichen Auferlegungen bei laufenden Genehmigungen (vgl. 2.1), ist die „Auferlegung“ nach § 1 Abs. 3 GKV im Anwendungsbereich des § 13a PBefG eine Vergabe von Verkehrsleistungen auf vertraglicher Grundlage an ein Verkehrsunternehmen, welches nicht wettbewerblich ausgewählt wird (vergleichbar einer Freihändigen Vergabe ohne Teilnehmerwettbewerb gem. VOL/A). Wäre eine wettbewerbliche Auswahl möglich, so ist § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV einschlägig⁴², der auf das Vergaberecht verweist. So lange allerdings aus bestimmten Gründen ein Absehen vom formalisierten Wettbewerb gerechtfertigt ist, wird die Preisfindungsfreiheit der Vertragspartner gleich zweifach eingeschränkt. Zum einen findet das Preisrecht der öffentlichen Aufträge Anwendung, (hierzu unten 3.3), zum anderen wirken die Zahlungen wettbewerbsverfälschend, da sie den Genehmigungswettbewerb ausschalten, da im Rahmen von § 13a PBefG i.V.m. § 1 Abs. 3 GKV der Bestandsunternehmer wieder zum Zuge kommt, ohne sich der nach § 13 und § 13a PBefG vorgesehenen wettbewerblichen Auswahlverfahren zu unterziehen.

Eine Auferlegung durch Verwaltungsakt nach Auslaufen einer alten Genehmigung ist bei einer nachfolgenden Genehmigungserteilung nach §13a PBefG rechtlich unzulässig und tatsächlich auch unmöglich.⁴³ Die Unzulässigkeit ergibt sich aus der im Vergleich zu §§ 21 Abs. 4, 39 Abs. 2, 40 Abs. 3 PBefG fehlenden Eingriffsgrundlage. Die alte Genehmigung bietet keine Eingriffsgrundlage mehr, da sie nicht über ihr Enddatum hinauswirkt.⁴⁴ Tatsächlich scheitert die Auferlegung durch Verwaltungsakt auch an dem notwendig durch den Unternehmer zu stellenden Genehmigungsantrag.⁴⁵

2.3 Verhältnis von Rechtfertigung von Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb nach VOL/A und § 1 Abs. 3 GKV

Nachdem klargestellt wurde, dass mangels einer Eingriffsgrundlage eine Genehmigung nach § 13a PBefG auf Grundlage einer in § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV so bezeichneten Auferlegung keine behördliche Leistungsverpflichtung eines Unternehmens darstellt, sondern eine „freihändige Vergabe ohne Wettbewerb“ an den vorhandenen Unternehmer, ist nun das Verhältnis der Rechtfertigungsgründe für freihändige Vergaben bzw. Verhandlungsverfahren nach VOL/A einerseits und den Rechtfertigungsgründen nach § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV andererseits zu untersuchen.

⁴² Es geht daher an der Sache vorbei, wenn Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 71 behaupten, der Aufgabenträger habe eine Wahlfreiheit, welchem Verkehrsunternehmer er die Leistungen auferlege.

⁴³ A.A. ohne nähere Begründung: Fey, NZV 1996, S. 132, 137. Auch die Verordnungsbegründung BR-Drs. 684/95, zu § 1 Abs. 3 spricht davon, dass die Auferlegung durch Verwaltungsakt erfolge.

Bereits sprachlich fällt eine gewisse Ähnlichkeit auf. So spricht die GKV davon, dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht sachgerecht ist, es zu keinem Ergebnis geführt hat oder eine vertragliche Vereinbarung aus anderen Gründen nicht zustande kam. § 3 Nr. 2 VOL/A und § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A bestimmen die öffentliche Ausschreibung zum Regelfall und lassen andere Verfahren nur zu, soweit die Natur des Geschäfts eine Ausnahme rechtfertigt. Genauso bestimmt § 101 Abs. 5 Satz 1 GWB die öffentliche Ausschreibung zu Regel.

Es erhellet, dass die nicht wettbewerbliche Vergabe die Ausnahme darstellt und durch die besondere Situation im Einzelfall gerechtfertigt werden muss. Soweit ein wettbewerbliches Verfahren erfolglos war, rechtfertigt dies eine freihändige Vergabe, § 3 Nr. 4 lit. n) VOL/A und § 3a Nr. 2 lit. a) VOL/A. Insofern nennt hier die zweite Alternative von § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV bereits einen Spezialfall der VOL/A.

Es ist hier nochmals klarzustellen, dass die dritte Alternative („vertragliche Vereinbarung aus anderen Gründen nicht zustande kam“) nicht auf eine nicht konsensuale Veranlassung hinweist. Es wurde bereits dargelegt (vgl. 2.2.5), dass es keine Möglichkeit für eine nicht freiwillig übernommene Auferlegung im Rahmen einer Genehmigung nach § 13a PBefG gibt. Insofern meint auch der dritte Rechtfertigungsgrund nicht eine nicht-vertragliche Vereinbarung, sondern den Fall, dass aus anderen Gründen eine vertragliche Lösung im Sinne eines Wettbewerbs nach § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV nicht zustande kommen kann. In dieser Auslegung deckt sich die dritte Alternative weitgehend mit der ersten. Gleichwohl werden zwei unterschiedliche Zielrichtungen deutlich. Während ein nicht sachgerechtes Verfahren v.a. auf zu hohen Aufwand für ein förmliches Vergabeverfahren oder auf die erwartete Unwirtschaftlichkeit aufgrund mangelnden Wettbewerbs hindeutet, liegen die anderen Gründe des Nicht-Zustandekommens einer wettbewerblichen Vereinbarung eher in der Marktbeschränkung durch die Anbieterseite begründet. Alle diese Fälle sind in den entsprechenden Ausnahmebestimmungen der VOL/A enthalten, so dass diese als Auslegung für § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV dienen können.

⁴⁴ Auch Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 13a PBefG Rn. 4; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 250. Auch Heinze, DÖV 1996, S. 977, 982 fordert eine entsprechende Eingriffsgrundlage.

⁴⁵ Dies sehen auch Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 69.

2.4 Die einzelnen Rechtfertigungen bei Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb nach VOL/A

2.4.1 Laufende Ausschließlichkeitsrechte

Ein Ausschließlichkeitsrecht auf das Erbringen einer bestimmten Leistung macht eine wettbewerbliche Vergabe sinnlos. Daher ist hier die freihändige Vergabe an einen Unternehmer ohne Wettbewerb zugelassen, § 3 Nr. 4 lit. a) VOL/A bzw. § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A. Soweit eine Liniengenehmigung besteht, können zusätzliche Verkehrsleistungen von einem Dritten auf dieser Linie nur insoweit erbracht werden, wie diese nicht mehr von der ursprünglichen Liniengenehmigung mit umfasst sind, der Altunternehmer kann sich diesen wesentlichen Verbesserungen zur Schließung einer Lücke nicht im Wege der Ausgestaltung erwehren (oben 2.1.1). Soweit hingegen nur die Bedingungen des Produktionsprogramms geändert werden (Fahrplan, Tarif, Qualität), kann bereits die Leistung als solche nicht geteilt werden, so dass auch hier die Leistung nur durch den vorhandenen Unternehmer erbracht werden kann. Aus diesen Gründen kommt eine wettbewerblich vertragliche Vereinbarung während der Laufzeit einer Genehmigung einschließlich der von ihr mit umfassten Ausgestaltungsoptionen nicht in Betracht. Hier verbleibt es bei den hoheitlichen Mitteln der Leistungsanpassung mittels eigen- bzw. gemeinwirtschaftlicher Auferlegungen (vgl. 2.1).

Soweit hingegen eine Genehmigung abgelaufen ist, fehlt es an jeder Exklusivität für die Bedienung dieser Linie, da diese Linie nun nach den geringsten Kosten für die Allgemeinheit gemäß § 13a Abs. 2 PBefG zu vergeben ist. Ein Besitzstandsschutz wie § 13 Abs. 3 PBefG ist ausdrücklich keine Genehmigungsvoraussetzung.⁴⁶ Daher gibt es keine Vorzugstellung oder gar Schutzrecht eines Unternehmers auf Bedienung der in Frage stehenden Linie. Dies gilt auch nicht, soweit sich die Linie partiell mit anderen Linien überlagert (Stammstrecke, Mischverkehr). Aus dem Grundsatz der Liniengenehmigung des Personenbeförderungsrechts – Umkehrschluss aus § 9 Abs. 2 PBefG – ergibt sich, dass jede Linie für sich isoliert „angreifbar“ sein muss, so lange sie nicht Bestandteil eines Linienbündels nach § 9 Abs. 2 PBefG ist. Dies wird auch nicht dann anders, wenn die verschiedenen Linien bisher von einem Unternehmer bedient wurden und dadurch im Ergebnis keine Konkurrenz bestand. Gleichwohl war und ist jede einzelne Linie in einem derartigen faktischen Bündel mit der partiellen Konkurrenzierung durch eine andere Linie belastet. Dies muss im öffentlichen Verkehrsinteresse hingenommen werden, weil andernfalls durch Umsteigeerfordernisse und durch Abnahme der Bedienung auf der Stammstrecke eine Lücke im Verkehrsangebot auftreten würde, welche gemäß § 13

⁴⁶ So auch Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 13a PBefG Rn. 1. A.A. wohl Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 30 f., 69 f.

Abs. 2 Nr. 2 lit. a) und b) PBefG grundsätzlich keinen Konkurrentenschutz vermittelt. Ein Konkurrentenschutz wird nur dann in Frage kommen, wenn diese in Frage stehende Linie im Verhältnis zu anderen Linien durch Ausgestaltung mit zu übernehmen wäre (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c) PBefG). Die Genehmigung zweier verschiedener Linien – auch wenn sie bisher von demselben Unternehmer gehalten wurde – spricht prima facie gegen ein Ausgestaltungsrecht und eher für eine unzulässige Umgestaltung.

Aus dem Grundsatz des chancengleichen Berufszugangs zu Märkten mit objektiven Berufszugangsschranken (Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG) muss der „Gebietsschutz“⁴⁷ des Personenbeförderungsrechts sehr restriktiv gehandhabt werden.⁴⁸

Eine rechtliche Ausschließlichkeit kann daher nur dann in Frage kommen, wenn eine frei werdende Liniengenehmigung durch Ausgestaltung nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c) PBefG von einem vorhandenen Unternehmer übernommen werden muss, um die Wirtschaftlichkeit dieser Linie zu sichern, da andernfalls deren Funktionsfähigkeit durch nicht abfangbare Fahrgastverlagerungen unmittelbar gefährdet wäre.⁴⁹ Soweit die Linie aber bereits bisher vorhanden war und sich die Konkurrenzsituation auch nicht wesentlich verändert, spricht bereits tatsächlich vieles gegen eine derartige Gefährdung.

Da bisher viele Verkehrsunternehmen auf der Grundlage von Einzelgenehmigungen ganze Netze betreiben, werden sie vielfach das Herauslösen einer Genehmigung als Existenzgefährdung für den übrigen Verkehr herausstellen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine linienbezogene Einnahmezurordnung nicht stattfindet. Gleichwohl können diese praktischen Schwierigkeiten, die aus der überlieferten wettbewerbsfreien Verkehrsmarktordnung herrühren, nicht eine rechtliche Exklusivität auf Gebietsmonopole begründen.

2.4.2 Fehlende Wirtschaftlichkeit mangels Anbieter

Eng verwandt mit der Fragestellung nach einer rechtlichen Exklusivität ist die faktische Exklusivität. Dies kann insbesondere auf unzureichende Anbieterstrukturen zurückzuführen sein. Lässt eine wettbewerbliche Vergabe aufgrund der Beschränkung des Anbieterwettbewerbs keinen Wettbewerbspreis erwarten, so wäre die Vergabe unnützlich und daher die freihändige Vergabe nach § 3 Nr. 4 lit. a) und

⁴⁷ So unzutreffenderweise Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 43, 56.

⁴⁸ Hierzu im einzelnen instruktiv OVG Koblenz, Urteil vom 10.11.98 (7 A 12844/97) und die Nichtannahmeentscheidung des BVerwG, Beschluß vom 03. 05. 1999, Az. 3 B 20.98, S. 3; zum Teil wiedergegeben in Baumeister/Berschlin, Der Landkreis 1999, S. 629, 630.

⁴⁹ Siehe auch Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 252 f. Insoweit ungenau Bund/Länder-Fachausschuß Straßenpersonenverkehr, DER NAHVERKEHR 6/1997, S. 8, wenn und soweit er allgemein „zusätzliche Verkehrsleistungen“ für nicht ausschreibbar hält.

lit. k) VOL/A analog bzw. § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A analog⁵⁰ möglich. Allerdings wird aus § 3 Nr. 4 lit. c) VOL/A bzw. § 3a Nr. 2 lit. a) VOL/A deutlich, dass regelmäßig die Beschränkung des Anbieterwettbewerbs erst durch die Unwirtschaftlichkeit des Ergebnisses eines wettbewerblichen Verfahrens ermittelt werden kann und daher eine Aufhebung des Verfahrens regelmäßig notwendig ist. Allerdings wird man nicht annehmen können, dass der Aufgabenträger „sehenden Auges“ ausschreiben muss, wenn bereits die Unwirtschaftlichkeit des Ergebnisses feststeht.

So ist in der Praxis denkbar, dass nur ein Anbieter anbieten wird, weil andere Bieter aufgrund der Unerreichbarkeit wesentlicher Wettbewerbseinrichtungen wie Betriebshöfe, nicht in der Lage sind, in den Markt einzutreten. Allerdings ist zu beachten, dass § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB einen Zugangsanspruch zu derartigen Einrichtungen vermittelt. Daher dürften nennenswerte Marktzugangsschranken für neue Anbieter nicht bestehen. Auch bestätigen die bisher durchgeführten wettbewerblichen Vergaben – sei es für Subunternehmerleistungen, sei es für Genehmigungen nach § 13a PBefG –, dass ausreichend Anbieter vorhanden sind. Regelmäßig kommt es hierbei sogar zu Ablösung des Bestandsunternehmers, was für eine Lebhaftigkeit des Anbieterwettbewerbs spricht.

In der Praxis dürfte daher die objektive Beschränkung des Anbieterwettbewerbs auf letztlich nur ein Unternehmen nicht nachweisbar sein und rechtfertigt daher keine „freihändige Vergabe“ in Form einer Auferlegung nach § 1 Abs. 3 GKV. Rechtssicher ist daher eine solche Auferlegung nur bei vorheriger erfolgloser Ausschreibung möglich.

2.4.3 Fehlende Wirtschaftlichkeit aufgrund unklarer Einnahmearteilung

Ebenfalls ließe sich erwägen, dass eine wirtschaftliche wettbewerbliche Vergabe deswegen ausgeschlossen ist, weil ein neuer Unternehmer aufgrund unklarer Einnahmearteilungsregelung seinen Zuschussbedarf nicht kalkulieren kann und daher die Finanzbelastung für die öffentlichen Auftraggeber risikobehaftet bleibt. Allerdings ergibt sich bereits aus § 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. b) VOL/A deutlich, dass die Gefahr, aufgrund nicht sicher abgrenzbarer Risiken einen Gesamtpreis vorab festzulegen nicht zur Verhandlung mit einem Unternehmer ermächtigt, sondern vielmehr die Bewerber aufgrund ihrer Qualifikation in einem Teilnehmerwettbewerb zu erkunden sind und mit i.d.R. mindestens drei Anbietern zu verhandeln ist.

Auch entbindet diese praktische Schwierigkeit die Vergabestelle nicht von der Pflicht, einen diskriminierungsfreien Marktzugang für alle Bieter zu ermöglichen.⁵¹ Regelmäßig fördert der Aufgabenträger den Tarifverbund mit öffentlichen Mitteln. Bereits hieraus muss er dafür sorgen,

⁵⁰ Z.T. wird die Vorschrift aufgrund ihres Ausnahmecharakters für nicht analogiefähig gehalten: Boesen, Vergaberecht, § 101 Rn. 98.

⁵¹ Vgl. Beschluss der Vergabekammer Düsseldorf vom 03.03.00 (VK – 1/2000 – L), S. 13 f.

dass die Verbände nicht zur Verhinderung des Marktzugangs dienen und daher die öffentlichen Fördergelder nur den Bestandsunternehmen zu Gute kommen. Andernfalls würde es sich nämlich um unzulässige Beihilfen handeln.⁵²

Schließlich muss auch die Genehmigungsbehörde als zuständige kartellrechtliche Anmeldebehörde (§ 8 Abs. 3 Satz 6 PBefG) darauf achten, dass die Vereinbarung von Tarifverbänden nicht zur Aushebelung des Marktzugangs nach §§ 13, 13a PBefG für Linienverkehrsunternehmen führt. Eine Förderung der Ziele des § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG ist nämlich nur dann zu erwarten, wenn die Unternehmen auf der Basis erteilter Ausschließlichkeitsrechte zusammenarbeiten, nicht aber wenn die Unternehmen den Markt dauerhaft dadurch schließen, dass sie für Newcomer das Erfüllen eines wichtigen öffentlichen Verkehrsinteresses – nämlich integrierter Tarife verunmöglichen.

Schwierigkeiten der Einnahmeaufteilung können daher regelmäßig keine freihändige Vergabe an den Bestandsunternehmer rechtfertigen.

2.4.4 Fehlende Wirtschaftlichkeit aufgrund noch nicht möglicher Linienbündelung⁵³

Die Vergabe von Einzellinien kann aber dann zur Unwirtschaftlichkeit führen, wenn diese aufgrund noch laufender Ausschließlichkeitsrechte nicht in einer wettbewerblich sinnvollen Größe wettbewerblich vergeben werden können. Zwar wird auch in der wettbewerblichen Vergabe der Einzellinie ein Marktpreis erreicht, jedoch spiegelt dieser nicht das Optimum des vom Besteller unter betriebs- und verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvollen Netzes dar. Grundsätzlich würde bei Einzelvergaben der Aufgabenträger Gefahr laufen, aufgrund falschen Zuschnitts der Leistungen nicht die geringste Haushaltsbelastung aufzuwenden. Diese Gefahr kann sich insbesondere aus folgenden beiden Konstellationen ergeben:

a) Neben den vom Aufgabenträger mitzufinanzierenden gemeinwirtschaftlichen Linien bestehen im Zusammenhang renditeträchtige eigenwirtschaftliche Genehmigungen. Zwar können dort die „Übergewinne“ durch entsprechende Preis- und Angebotsregulierung beseitigt werden, jedoch hätte der Aufgabenträger keine Möglichkeit diese zur Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung heranzuziehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn diese durch Erbringen von Zu-

⁵² Hierzu Werner, Nach der Regionalisierung, S. 163; Baumeister/Barth/Berschin, Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV, S. 90 ff.

⁵³ Zu Notwendigkeit, Umfang und Vorgehensweise bei Linienbündelung siehe grundlegend Barth, Bündelung von Linien im öffentlichen Personennahverkehr (Rechtsgutachten), dieselb., Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 275 ff.

bringereffekten erst rentabel wird.⁵⁴ Eine sachgerechte Einnahmezuordnung⁵⁵ kann zwar Zubringerverte honorieren, wird aber nicht immer in der Lage sein, diesen Querausgleich zu übernehmen.

b) Zum anderen kann es durch eine fehlende Linienbündelung zu einer zu starken Zersplitterung der Anbieter kommen, was insbesondere deren Möglichkeiten, wirksames Marketing zu betreiben, beschränkt. So zeigt die Praxis, dass für eine wirksame Ansprache potentieller Kunden die Zuständigkeit für einen ganzen Stadtteil oder eine ganze Achse von Vororten notwendig ist. Haben die Unternehmen hingegen diese Möglichkeiten nicht, so können Marktpotentiale brachliegen, was letztlich zu einer höheren Kostenbelastung für den öffentlichen Aufgabenträger führt.

Linienbündelung sind daher ein angemessenes Mittel für den Aufgabenträger, wirtschaftlich angemessene Pakete im Sinne einer integrierten und wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung zu bilden und hierdurch den Marktzugang für neue Unternehmen zu erleichtern und umgekehrt seine finanzielle Belastung zu begrenzen.⁵⁶ Bevorzugtes Mittel zur Bewältigung dieser auf Planung gerichteten Tätigkeit des Aufgabenträgers ist hierbei der Nahverkehrsplan.⁵⁷

Da im Rahmen des Linienbündels der Aufgabenträger letztlich eine andere Leistung „einkaufen“ möchte, als gerade durch die freiwerdende Liniengenehmigung möglich ist, ist er rechtlich daran gehindert, zumindest einen Teil dieser Leistung „zu beschaffen“ (vgl. § 3 Nr. 4 lit. a) VOL/A bzw. 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A). Da die noch nicht freiwerdende Liniengenehmigung die Bildung des Linienbündels nach § 9 Abs. 2 PBefG noch nicht zulässt, ist der Aufgabenträger aus rechtlichen Gründen gehindert, die für erforderlich gehaltene Gesamtleistung im Wettbewerb zu vergeben. Er darf daher in diesem Falle das „freihändige Verfahren“ einer Auferlegung anwenden, bis er das notwendige Bündel herstellen kann.⁵⁸ Diese Auferlegung an den Bestandsunternehmer darf aber nur soweit zur Anwendung kommen, wie dies unbedingt erforderlich ist. Das bedeutet, dass die Laufzeit des Auftrags in der Regel auf die Laufzeit des längst laufenden Ausschließlichkeitsrechts im Bündel begrenzt ist. Allerdings ist den Aufgabenträgern zuzubilligen, dass sie ggf. eine gewisse Zeit zur Planung dieser Linienbündel benötigen, beispielsweise wenn es um komplexe Linienbündel in Großstädten geht.

⁵⁴ Werner, Nach der Regionalisierung, S. 182; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 275.

⁵⁵ Z.B. honorieren hohe Grundpreise das Vorhandensein eines Zubringerverkehrs. Ggf. ist auch eine Differenzierung nach Verkehrsmitteln möglich, z.B. höhere Anteile für einen Quartierbus im Vergleich zu einer Schnellbahn. Hingegen „bestrafen“ rein entfernungsbezogene Ansätze wie Personenkilometer derartige Zubringervorteile.

⁵⁶ Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 276. A.A. Zeiselmaier, DER NAHVERKEHR 11/1995, S. 8, der eine Bündelung nur von bisher einem Unternehmen gehaltenen Genehmigungen für möglich erachtet. Dies würde hingegen den Marktzugang weiter schwächen.

⁵⁷ Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 277 und Werner, Nach der Regionalisierung, S. 183 f.

2.4.5 Fehlendes know-how der Aufgabenträger

Die fehlende Erfahrung der Aufgabenträger bei der wettbewerblichen Vergabe von Leistungen birgt die Gefahr unwirtschaftlicher Ergebnisse und damit das Verfehlen der geringst möglichen Haushaltsbelastung nach § 1 Abs. 2 GKV. Allerdings akzeptiert das förmliche Vergaberecht nach VOL/A derartige Marktungleichgewichte nicht. Vielmehr geht es davon aus, dass ein Auftraggeber – notfalls unter Zuhilfenahme von Sachverständigen, § 6 VOL/A – in der Lage ist, eine angemessene Leistungsbeschreibung zu erstellen (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOL/A, § 16 Nr. 1 VOL/A), die Risiken für die Bieter zu begrenzen (§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A) und die Angebote sachgerecht zu prüfen und zu werten (§ 23 und § 25 VOL/A). Der Aufgabenträger muss alles Zumutbare unternehmen, um sachgerecht ausschreiben zu können.⁵⁹

Fehlende Erfahrung und fehlendes know-how des Aufgabenträgers rechtfertigen daher regelmäßig keine „freihändige“ Auferlegung an den Bestandsunternehmer.

2.4.6 Mögliche negative Folgen für ein eigenes Unternehmen

Ein wirtschaftliches Ergebnis der wettbewerblichen Vergabe könnte dadurch ausgeschlossen sein, dass ein eigenes (Kommunal)Unternehmen durch Anpassungskosten belastet wird und damit auch der Aufgabenträger möglicherweise an anderer Stelle belastet wird. Das Vergaberecht kennt derartige Wechselbezüge nicht. Eine solche Regelung würde auch grundsätzlich den chancengleichen Wettbewerb öffentlicher und privater Unternehmer berühren.

Aber auch nach GKV ist eine Betrachtung derartiger Effekte im Rahmen der Auferlegung unzulässig. Denn § 1 Abs. 1 GKV sieht nur die Kosten als zulässige Betrachtung an, die sich aufgrund der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung unmittelbar für den Haushalt für den Aufgabenträger ergeben. Damit diese Kosten unmittelbar auf den Haushalt des Aufgabenträgers durchschlagen, bestimmen § 1 Abs. 2 Sätze 2 und 3 sowie Abs. 3 Satz 2 GKV ein entsprechendes Transferverbot aus anderen Unternehmensbereichen oder von Gesellschaftereinlagen. Auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 GKV hat sich der Ordnungsgeber ausdrücklich dafür entschieden, dass andere Effekte als die Kosten der spezifischen Verkehrsleistung außer Betracht bleiben.⁶⁰

⁵⁸ So auch Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 277 und Werner, Nach der Regionalisierung, S. 184.

⁵⁹ Müller, in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 3 Rn. 30.

⁶⁰ BR-Drs. 684/95, zu § 1 Abs. 1. Andere Vorstellungen bestanden im Vorfeld der Verordnung: Vgl. BR-Drs. 131/93, S. 85; Zuck, DÖV 1994, S. 941, 948.

Es ist daher unzulässig, wirtschaftliche Nachteile für ein eigenes (kommunales) Unternehmen als Rechtfertigung für die freihändige Vergabe an dieses heranzuziehen.

2.4.7 Mögliche Gefährdung öffentlicher Zuschüsse

Ähnlich wie die negativen Auswirkungen auf eigene Unternehmen könnte auch die Zweckbindung bisher gewährter öffentlicher Zuschüsse, v.a. für Investitionsförderungen nach GVFG (Busförderung, Betriebshofförderung) eine „freihändige“ Auferlegung an den Bestandsunternehmer rechtfertigen. Denn würde diese nicht mehr zum Zuge kommen, könnte die zweckentsprechende Verwendung der geförderten Einrichtungen ggf. nicht mehr gewährleistet werden.

Gleichwohl ist auch die o.g. Überlegung zu verwerfen. Die öffentliche Förderung von Betriebshöfen, Bussen und anderen Voraussetzung unternehmerischer Tätigkeit darf nicht dazu führen, dass der Genehmigungs- und Ausschreibungswettbewerb verfälscht wird. Andernfalls würde es sich um unzulässige Beihilfen⁶¹ und eine nicht gerechtfertigte Verkürzung der Chancengleichheit im Rahmen der Berufsfreiheit handeln. Die Wettbewerbsgleichheit ist dadurch herzustellen, dass Zuwendungen gleichmäßig, d.h. auf gesetzlicher Grundlage wie z.B. § 59 ff. SchwbG ohne Diskriminierungen gewährt werden. Soweit eine Harmonisierung von Zweckbindung und verliehenen ausschließlichem Recht nicht möglich ist, muss der Zuwendungsgeber dafür Sorge tragen, dass es im Rahmen von Genehmigungs- und Ausschreibungswettbewerben nicht zur Verfälschungen durch die Zuwendungen kommt. Daher sind Vorteile hieraus herauszurechnen. Dies bestimmt im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbs auch § 1 Abs. 2 Satz 2 GKV, wenn er festlegt, dass unmittelbar freiwillige Zahlungen der öffentlichen Hand nicht den Angebotspreis mindern dürfen. Bei Vergabe des ausschließlichen Rechts an einen Neuunternehmer ist sicherzustellen, dass die gewährte Zuwendung keine weiteren Wettbewerbsvorteile bewirkt. Daher ist sie entsprechend ihrem Zeitwert zurückzufordern. Ähnlich wie im europäischen Beihilferecht muss die Rückforderung ohne Rücksicht auf den Bestand des Unternehmens erfolgen.

Eine freihändige Vergabe an den Bestandsunternehmer mit der Begründung der Weitererfüllung von Zweckbindungen öffentlicher Zuwendungen für z.B. Busse und Betriebshöfe kommt somit nicht in Betracht.

⁶¹ Hierzu Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 135; Werner, Nach der Regionalisierung, S. 239 f.

2.4.8 Förmliches Vergabeverfahren zu aufwendig

Schließlich könnte fehlende Sachgerechtigkeit sich aus dem unvertretbar hohen Aufwand eines förmlichen Vergabeverfahrens ergeben. Allerdings erlaubt bereits das nationale Vergaberecht für solche Fälle nur den Verzicht auf eine Öffentliche Ausschreibung und die Wahl der Beschränkten Ausschreibung, § 3 Nr. 3 lit. b) VOL/A. Ein grundsätzlicher Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren wegen Aufwendigkeit ist nicht vorgesehen. Auch bei dem über dem Schwellenwert grundsätzlich anzuwendenden europäischen Vergaberecht (VOL/A 2. Abschnitt) ist eine Bagatellklausel nicht vorgesehen. Vielmehr wird bei binnenmarktsrelevanten Vergabeverfahren, d.h. Erreichen des Schwellenwerts, äußerster Wert auf die Einhaltung der förmlichen Vergabevorschriften zu legen sein. Ein formelles Verfahren bietet hierbei Gewähr für Gleichbehandlung, Transparenz und Objektivität.

Ein Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren wegen Geringfügigkeit kann daher regelmäßig nicht in Betracht kommen.

2.4.9 Dringliche Leistungen, vorteilhafte Leistungen und sonstige Gründe

Dringliche und unvorhergesehene Leistungen können freihändig ohne Wettbewerb vergeben werden, § 3 Nr. 4 lit. f) VOL/A bzw. § 3a Nr. 2 lit. d) VOL/A. Die Dringlichkeit muss aber auf einem unvorhersehbaren Ereignis beruhen. Das Auslaufen einer Liniengenehmigung ist hingegen ausnahmslos vorhersehbar, so dass ein dringender und kurzfristiger Bedarf nicht in Betracht kommt. Eine Verzögerung im Rahmen des Vergabeverfahrens z.B. durch Verhandlungen etc. fällt damit grundsätzlich der Verantwortung der Vergabestelle zu.

Auch der Aspekt besonders vorteilhafter Gelegenheiten (§ 3 Nr. 4 lit. m) VOL/A) wird durchweg nicht zur Anwendung kommen, weil diese Vorteilhaftigkeit sich aufgrund einer ganz besonderen Marktsituation ergeben muss. Bei dem allgemein bekannten Ablaufen von Liniengenehmigungen ist es regelmäßig ausgeschlossen, dass sich gerade hier eine besonders vorteilhafte Situation ergeben soll.

3. Gewährleistung der Geringsten Kosten für die Allgemeinheit

3.1 Die Notwendigkeit der Geringsten Kosten

3.1.1 Regelungszweck der EG-Verordnung

Art. 3 Abs. 1 VO [EWG] 1191/69 F 91 gibt den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten auf, unter verschiedenen gleichartigen Lösungen, die die ausreichende Verkehrsbedienung sicherstellen, diejenige auszuwählen, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Damit wird einmal mehr die besondere Bedeutung der Aufhebung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und deren Begrenzung auf das unumgängliche Maß unterstrichen. Art. 3 Abs. 1 VO [EWG] 1191/69 F 91 ist weiterhin unmittelbar geltendes Recht und nicht etwa nur ein historisches Relikt der Staatsbahnzeit.⁶² Dies wird durch seine Stellung im Abschnitt II „Gemeinsame Grundsätze für die Aufhebung bzw. Aufrechterhaltung“ dokumentiert. Darüber hinaus dürfte er aber auch für die Neuauflage gemeinwirtschaftlicher Dienste gelten, da er bis zur Änderung des Abschnitts V durch Neueinfügen von Art. 14 (Verkehrsverträge) dort für entsprechend anwendbar erklärt wurde.

Regelungszweck der VO [EWG] 1191/69 F 91 ist weiterhin die Verhinderung der Überkompensation von nicht wettbewerblich zustande gekommenen Ausgleichsleistungen. Dies belegen die ausführlichen Ausgleichsbestimmungen und das Transferverbot in Art. 1 Abs. 5 UA 2 VO [EWG] 1191/69 F 91. Schließlich verlangt auch der zu Grunde liegende Art. 73 EGV eine Begrenzung der öffentlichen Beihilfen auf das zur Abgeltung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten erforderliche Maß.

Umgekehrt vermittelt die VO [EWG] 1191/69 F 91 den Unternehmen durch Einräumung eines Abgeltungsanspruchs und die Vorhersehbarkeit seines Umfangs ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit und stärkt hierdurch die unternehmerische Selbstständigkeit.

Schließlich gewähren die transparent zu gewährenden Beihilfen (s. Art. 15 VO [EWG] 1191/69 F 91) einen neuen Marktüberblick und befördern daher das Instrumentarium der wettbewerblichen Vergabe im Verkehrsvertrag.⁶³

3.1.2 Regelungszweck im Rahmen der Genehmigungserteilung nach § 13a PBefG

Eine schillernde Funktion hat die Überprüfung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit durch die Genehmigungsbehörden im Rahmen der Konzessionserteilung nach § 13a Abs. 2 PBefG. Im Kern

⁶² So aber Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 70.

bewirkt dies eine Wirtschaftlichkeitsprüfung des Aufgabenträgers durch die Genehmigungsbehörde. Im Hinblick darauf, dass die Aufgabenträgerschaft ausnahmslos im Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltung ausgeführt wird⁶⁴, begegnet diese Überprüfung Bedenken, da die Wirtschaftlichkeitsüberprüfung kommunaler Ebenen grundsätzlich der Selbstverwaltung obliegt (Rechnungsprüfungsamt, Gemeindeprüfungsanstalt). Die Bedeutung der nachzuweisenden geringsten Kosten für die Allgemeinheit erschließt sich aus dem historischen Kontext. So war ursprünglich mit der Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen die Vorstellung verbunden, dass gerade auch die Wechselwirkungen der Verkehrsunternehmen zu ihrem Umfeld wie Arbeitsplatzergänzung, Umweltschutz etc. zu berücksichtigen wäre.⁶⁵ Dies hätte ein Einfallstor für diskriminierende Vergabepraktiken geboten, so dass sich der Verordnungsgeber angehalten sah, nicht nur die Gleichbehandlung zu betonen (§ 13a Abs. 2 PBefG, § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV), sondern auch die Darlegung der geringsten Kosten auf der Grundlage eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. hilfsweise einer nicht wettbewerblichen verhandelten Vergabe an den Bestandsunternehmer („Auferlegung“) dem Aufgabenträger zur Pflicht zu machen. Weiterhin lassen sich die restriktiven Bestimmungen auch durch die im Jahre 1995 noch fehlende Umsetzung effektiven Rechtsschutzes im Vergaberecht – jetzt §§ 97 ff. GWB – erklären. Aus diesen Gründen war die besondere „Schiedsrichterfunktion“ der Genehmigungsbehörde angebracht.⁶⁶

Unter Geltung des Vergaberechtsschutzes nach GWB ist der Nachweis für die Einhaltung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit durch den Aufgabenträger durch das Abhalten eines wettbewerblichen Verfahrens zu führen. Soweit dieses oberhalb des Schwellenwertes (§ 100 GWB) liegt, kann das ordnungsgemäße Durchführen regelmäßig dadurch nachgewiesen werden, dass eine Beanstandung durch einen Bieter nicht erfolgte. Der höchstzulässige Preis nach VO PR 30/53 wird dadurch eingehalten, dass ein Markt organisiert wurde (Ausschreibung) und sich in diesem Markt Marktpreise bilden konnte, sprich Wettbewerbsbeschränkungen wie z.B. Preisabsprachen nicht wirkten.

Hingegen wird bei einer Vergabe nach § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV die Genehmigungsbehörde wegen der Gefahr der unzulässigen Bevorzugung des Bestandsunternehmers zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe vorlagen und ob die vereinbarte Vergütung den preisrechtlich höchstzulässigen Preis einhält.

⁶³ Berschin, ZUR 1997, S. 4, 5; Batziil, DER NAHVERKEHR 1-2/1995, S. 81.

⁶⁴ Hierzu Barth/Baumeister, ZUR 1997, S. 17, 18.

⁶⁵ Vgl. BR-Drs. 131/93, S. 85; Zuck, DÖV 1994, S. 941, 948.

⁶⁶ Vgl. nochmals zu den Befürchtungen im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbs Fromm/Fey, Personenbeförderungsrecht, § 13a PBefG Rn. 3 und Zuck, DÖV 1994, S. 941, 948.

3.1.3 Regulierungsziele des PBefG

Auch die Regulierungsordnung des PBefG lässt erkennen, dass das maßgebliche öffentliche Verkehrsinteresse auch für wirtschaftliche Fragestellungen offen ist. So führt der grundsätzlich offenzuhaltende Marktzugang im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs dazu, dass der Verkehrsunternehmer mit der besten Marktausschöpfung („bestes Angebot“) den Zugang erhält. Die Preis- und Angebotsregulierung während der Laufzeit der Genehmigungen stellt sicher, dass es nicht zu Monopolmißbräuchen kommt (vgl. auch 2.1). Sie bewahrt z.B. auch den Aufgabenträger davor, dass er für eine im öffentlichen Verkehrsinteresse notwendige Änderung von Tarifen oder Fahrplänen übermäßige Ausgleichsbeträge leisten müsste.

Diese Aspekte werden durch die Bezugnahme auf die Wirtschaftlichkeit der Verkehrsbedienung in § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG noch verstärkt. Eine arbeitsteilige, aber gleichwohl integrierte Verkehrsbedienung soll im öffentlichen Verkehrsinteresse erreicht werden. Hierzu ist die Genehmigungsbehörde im Rahmen ihrer Genehmigungsentscheidungen berufen, während der Aufgabenträger diese Frage durch die Konkretisierung der ausreichenden Verkehrsbedienung im Nahverkehrsplan zu planen hat.⁶⁷ Im Falle der vom Aufgabenträger zu initiiierenden gemeinwirtschaftlichen Verkehre wird dem Wirtschaftlichkeitspostulat durch § 13a Abs. 2 PBefG besonders Rechnung getragen, indem hier auf den spezifischen Wettbewerb im Rahmen einer wettbewerblichen Vergabe (§ 1 Abs. 2 Satz 1 GKV) Bezug genommen wird.

3.2 Die Problematik von Kosten/Erlösregulierungen

Oben unter 2.1 wurde bereits deutlich, dass zwar aus Rechtsgründen eine Preis- und Mengenregulierung notwendig ist und auch aus Rechtsgründen ggf. hieraus resultierende wirtschaftliche Nachteile auszugleichen sind, gleichwohl diese wirtschaftlichen Regulierungen ihre Probleme haben. Preise lassen sich nur beurteilen, solange für diese funktionierende Märkte, notfalls noch Vergleichsmärkte bestehen. Lassen sich hingegen keine Anhaltspunkte für einen Marktpreis finden, wird regelmäßig bei monopolistischen Wirtschaftsbereichen eine Kosten/Mengenregulierung vorgenommen. Dies kommt auch in § 39 Abs. 2 Satz 1 PBefG zum Ausdruck.

Ökonomen kritisieren zu Recht, dass diese Kostenregulierung letztlich wirkungslos ist, da im Ergebnis die Behörde statt dem Unternehmer über die Angemessenheit bestimmter Kosten entscheiden müsste. Die Behörde muss sich hierbei erst mühsam in betriebliche Daten und deren Hintergründe einarbeiten. Hierbei wird oft die Gefahr gesehen, dass Regulierer und Regulierter aufgrund einer

⁶⁷ Zu dieser Arbeitsteilung ausführlich Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 258 ff.

„Schicksalsgemeinschaft“ im Sinne des Wohlergehens der Branche in falsch verstandener Weise interessenkonform zusammenarbeiten, und damit der Regulierer Gefangener der Regulierten wird („Capture Theorie“)⁶⁸.

Soweit hingegen nur auf die Regulierung übermäßiger Gewinne abgestellt wird, ist auch diese in praxi untauglich, da Gewinne vielfach durch Aufbau stiller Reserven umgelenkt und durch Ausschüttung übermäßiger Betriebsausgaben („Repräsentation“) an Mitarbeiter, Unternehmenseigner und Geschäftsfreunde gemildert und auch durch eine Verbundproduktion mit anderen Bereichen – z.B. Gelegenheitsverkehr – verschoben werden können. Auch die Kontrolle über vergleichbare marktbezogene Güter scheitert oft daran, dass diese Märkte aufgrund der Regulierung gar nicht oder nur mit sehr großen Unterschieden existieren.

Im Rahmen des § 19 GWB besteht Einigkeit, dass die Verhinderung marktmissbräuchlicher Ausbeutungspreise und unzureichender Leistungen letztlich nur durch die Behebung der Funktionsmängel im Wettbewerb möglich ist, während Preis- und Konditionenregulierung nur als „Notnagel“ dienen. Aus diesem Grund war es auch oberstes Anliegen des Preisrechts öffentlicher Aufträge, den Marktpreis regelmäßig als Höchstpreis vorzuschreiben und nur noch in Ausnahmefällen nicht wettbewerbliche Preise wie ein Selbstkostenpreis zuzulassen.

3.3 Die angemessenen Kosten und Preise

3.3.1 Zusammenhang zwischen Kosten und Preisen

Maßstab von § 13a Abs. 2 PBefG sind die geringsten Kosten für die Allgemeinheit gemäß § 1 Abs. 1 GKV im Sinne der Haushaltsbelastung des Aufgabenträgers für die spezifische Verkehrsleistung. Diese Kosten sind nicht mit den Betriebskosten des Verkehrsunternehmers gleichzusetzen, auch wenn § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV dies nahe legt. Vielmehr ergibt sich die Haushaltsbelastung des Aufgabenträgers aus der Differenz zwischen Kosten und Erlösen (Defizit). Soweit hierbei ein Bruttovertrag vereinbart wird, trägt das Verkehrsunternehmen kein Absatz(Erlös)risiko, so dass letztlich für den

⁶⁸ Die Capture Theorie (Stichwort Chicago-School; vgl. u.a. zur Regulierungsökonomie Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen) besagt, dass Regulierer und Regulierter kaum noch unterscheidbar werden. Die Regulierten ziehen das Personal der Regulierer ab. Regulierer achten darauf, dass die Branche möglichst viele spezifische Besonderheiten erhält, um ihre (vermeintliche) Regulierungsmacht und damit ihr Ansehen zu erhalten. Letztlich wird aus der Nähe eine Art Schicksalsgemeinschaft mit Ritualen, die nur die Regulierung und das Reguliert-werden rechtfertigen sollen, während keiner der beiden Seiten ein Interesse hat, die Branche in normale ökonomische Verhältnisse zurückzubringen. In Deutschland wird dies v.a. für die Energiepreisaufsicht und sonstigen Regulierungen (z.B. Investitionskontrollen) und in den USA v.a. für die ehemalige Strom, Gas und Telefon-Regulierung angenommen.

Aufgabenträger doch nur die Produktionskosten von Bedeutung sind. Soweit hingegen das Verkehrsunternehmen auch ein bestimmtes Absatzrisiko übernimmt, löst sich der Kostenbegriff nach § 1 Abs. 1 GKV von den Produktionskosten und deutet auf Preise, die sich als Differenz zwischen den vom Unternehmer kalkulierten Kosten und Erlösen ergeben.

Gänzlich verlassen wird der Kostenbegriff, soweit vollständige Preise im Sinne von Marktpreisen vereinbart werden. Sowohl § 1 Abs. 2 Satz 1 GKV, als auch Art. 14 VO [EWG] 1191/69 F 91 akzeptieren diesen wettbewerblich zustande gekommenen Preis als nicht weiter durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht zu hinterfragende Kosten.

3.3.2 Die Kosten nach EG-VO

Die zulässigen Kosten spielen im Rahmen der Ausgleichspflicht nach den Abschnitten II bis IV der VO [EWG] 1191/69 F 91 eine entscheidende Rolle. Die VO [EWG] 1191/69 F 91 scheint zunächst vollständig auf den Kostenbegriff des Unternehmers Bezug zu nehmen. So sind für die Feststellung einer ausgleichspflichtigen Betriebspflicht die hierdurch nicht mögliche Verringerung von Belastungen maßgeblich, Art. 5 Abs. 1 UA 1. Soweit eine spezifische Zuordnung der Kosten nicht mehr möglich ist, erfolgt eine Zurechnung auf den Betriebsteil bzw. den bedeutenden Teil der Linien eines Verkehrsnetzes, Art. 5 Abs. 1 UA 3 und 4. Auch bei der Tarifpflicht wird auf die Kosten Bezug genommen, soweit durch sie, z.B. in Form höherer Nachfrage, Kosten verursacht werden, Art. 5 Abs. 2. Auch die Berechnung des konkreten Ausgleichsbetrages wiederholt dieses Schema. Die konkreten Belastungen werden in Art. 10 UA 1 und Art. 11 Abs. 1 lit. b) genannt. Die Zurechnung von Gesamtkosten findet sich in Art. 10 UA 2 in Form der „anzulastenden Kosten“.

Gleichwohl sieht die Verordnung die Gefahr, dass es hier zur Abwälzung überhöhter Kosten kommt. Daher sind die „Kosten einer zweckdienlichen Geschäftsführung“ und die „Bereitstellung von Verkehrsleistungen zu einer angemessenen Qualität“ heranzuziehen. Auf dieser Grundlage verpflichtet daher die VO [EWG] 1191/69 F 91 die zuständigen Behörden nur den Ausgleich zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen zu gewähren, dessen Kosten unter Beachtung der Qualität angemessen sind. Damit eröffnet sie – ungeachtet der praktischen Schwierigkeiten – eine Angemessenheitskontrolle der unternehmerischen Kosten.

Die Beurteilung der „angemessenen Kosten“ ist hierbei nicht notwendigerweise auf das Nachvollziehen des betrieblichen Kostenwesens beschränkt. Vielmehr bietet sich auch im Rahmen dieser auferlegten Leistungen an, diese Leistungen aufgrund der Erfahrungen vergleichbarer Leistungen, die marktgängig sind, zu bewerten. Gerade ein Marktbezug, der im konkreten Einzelfall aufgrund der

Rechtfertigung einer Auferlegung nicht herstellbar ist, bietet Gewähr, dass eine zweckentsprechende Geschäftsführung besteht und die Qualität den Erfordernissen des durchschnittlichen Marktes entspricht.

3.3.3 Geringste Kosten nach GKV

Die höchstzulässigen Kosten im Sinne der geringsten Kosten der Verkehrsleistung verweisen auf das Preisrecht öffentlicher Aufträge. Soweit die Leistung wettbewerblich im förmlichen Vergabeverfahren vergeben wurde (§ 1 Abs. 2 Satz 1 GKV) ist eine besondere preisrechtliche Prüfung regelmäßig nicht notwendig und nach GKV auch nicht vorgesehen. Hier reicht der Nachweis der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens sowie das Fehlen von Anhaltspunkten für die Beschränkung des Wettbewerbs.

Soweit hingegen die Leistung nicht in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zustande kam, sondern durch „freihändige“ Auferlegung an den Bestandsunternehmer vergeben wurde, muss der Aufgabenträger bereits im Vorfeld sicherstellen, dass der höchstzulässige Preis nach dem Preisrecht für öffentliche Auftraggeber eingehalten wurde. Hierfür besteht aufgrund des Fehlens eines organisierten Marktes und des Fehlens eines abstrakten Marktes im ÖSPV (Stichwort Listenpreis) auch Bedarf. Hiermit ist allerdings noch nicht das Ergebnis verbunden, dass die geringsten Kosten für die Allgemeinheit zwingend durch die Selbstkostenpreise nach § 6 ff. VO PR 30/53 bestimmt werden. Dies ist vielmehr eine Frage des Preisrechts.

3.3.4 Der höchstzulässige Preis als konkreter Marktpreis

Die VO PR 30/53 ordnet den Vorrang des Marktpreises vor den sog. Selbstkostenpreisen an. Dies wird besonders aus § 1 Abs. 1 VO PR 30/53 deutlich.⁶⁹ Soweit Leistungen nicht soweit marktgängig sind, dass sie durch die Vielzahl der Transaktionen auf Listenpreis eingekauft werden können – sogenanntes Kleingeschäft oder Listenpreis⁷⁰ – kommt es statt des abstrakten oder originären Marktpreises zur Bildung eines konkreten oder konstitutiven Marktpreises.⁷¹ Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass dessen Zustandekommen durch einen konkret veranstaltenden Wettbewerb in einem erst durch die Vergabe geschaffenen Markt evaluiert wird. Aufgrund der besonderen Implikationen des öffentlichen Vergaberechts bedeutet dies das Durchführen eines förmlichen Vergabeverfahrens, bei dem es zu echten Wettbewerb kommt und Unternehmen im Wettbewerb gegeneinander verbindliche

⁶⁹ Hierzu Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 1 VO PR 30/53 Rn. 22 ff.; Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 23 f.

⁷⁰ Hierbei müssen auf dieser Basis nachhaltig Umsätze erzielt werden: Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 4 VO PR 30/53 Rn. 60 ff.

⁷¹ Zu diesem Zusammenhang deutlich Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 29 ff.

Preise kalkulieren können. Die Nichtbeschränkung des Wettbewerbs muss sich hierbei in konkurrierenden Angeboten niederschlagen⁷² und in einer fehlenden Wettbewerbsbeschränkung der Anbieter sich erweisen. Maßgeblich ist also ein funktionsfähiger Wettbewerb.⁷³

Dieses formelle Vorgehen sichert ab, dass die nachgefragte Leistung marktgängig ist und der verkehrsübliche Preis nicht überschritten wurde. Würde hingegen freihändig an einen Unternehmen vergeben, so ist bereits die Marktgängigkeit der Leistung sehr zweifelhaft, jedenfalls kann hier kein verkehrsüblicher Preis mehr festgestellt werden.

3.3.5 Höchstzulässiger Preis als Marktvergleichspreis

Soweit nicht durch wettbewerbliche Vergabe die Marktgängigkeit der Leistung mit einem verkehrsüblichen Preis nach § 4 Abs. 1 VO PR 30/53 nachgewiesen werden kann, kann dennoch vielfach der höchstzulässige Preis als Marktvergleichspreis ermittelt werden; Voraussetzung ist, dass die konkrete Leistung im wesentlichen mit marktgängigen Leistungen vergleichbar ist, § 5 Abs. 2 VO PR 30/53. Diese Vergleichbarkeit nimmt Bezug auf vergleichbare Märkte und kann mit dem im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB bekannten Vergleichsmarktkonzept umschrieben werden.

Entscheidend für die wesentliche Vergleichbarkeit wird gehalten, ob es möglich ist, unter Ermittlung der Unterschiede das Ergebnis des Vergleichsmarktes noch auf die spezifische Leistung zu übertragen.⁷⁴ Hierbei ist zu beachten, dass bereits geringfügige Unterschiede wie andere Zeit, anderer Ort, andere Haftungsregelungen, andere Zahlungsweisen etc. bereits zu anderen Preisen führen können. Andererseits muss nur eine Übereinstimmung in den wesentlichen Bestandteilen der Leistung bestehen. Nicht überzeugen kann die Auffassung, dass als Vergleichspreis nur originäre (abstrakte) Marktpreise in Frage kommen⁷⁵, denn auch ein konkreter Marktpreis kann Vergleichsgrundlage bieten. § 4 Abs. 2 VO PR 30/53 stellt auf die wesentliche Vergleichbarkeit zu einem vollständigen Marktpreis im Sinne von Abs. 1 ab. Zu diesen gehört aber auch der konkrete Marktpreis. Auch muss es sich nicht um den Marktpreis desselben Anbieters handeln⁷⁶, sondern vielmehr ist entscheidend, dass vergleichbare Marktpreise als im Verkehr übliche Preise identifiziert werden können.

⁷² Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 44 ff. Siehe auch § 5 Abs. 1 VO PR 1/72.

⁷³ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 4 VO PR 30/53 Rn. 4, 8.

⁷⁴ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 4 VO PR 30/53 Rn. 102.

⁷⁵ So Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 55; offen gelassen hingegen Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 4 VO PR 30/53 Rn. 103.

⁷⁶ So aber Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 4 VO PR 30/53 Rn. 106 ohne nähere Begründung.

Die Umrechnung des Marktvergleichspreises erfolgt über Zu- und Abschläge. Nach Möglichkeit sollten diese ebenfalls im Markt evaluiert sein, können aber auch im begrenzten Umfang auf Kostengesichtspunkte Bezug nehmen.⁷⁷

3.3.6 Höchstzulässige Preise als Selbstkostenpreise

Soweit hingegen keine Markt- auch keine Marktvergleichspreise feststellbar sind, ist der höchstzulässige Preis ein Preis auf der Basis der Selbstkosten des Unternehmers. Gemäß Art. 13 Abs. 1 der VO [EWG] Nr. 1191/69 F 91 hat im Falle der Auferlegung eine Kalkulation mindestens ein Jahr im Voraus zu erfolgen. Deshalb kann auf der Grundlage der betrieblichen Daten nur ein **Selbstkostenfestpreis** bei Vertragsschluss vereinbart werden, § 6 Abs. 1 VO PR 30/53. Dieser Preis gilt dann als Höchstpreis. Soweit seine Kalkulation unzulässige hohe Selbstkosten beinhaltet, wird der Preis auf das preisrechtlich zulässige Maß reduziert; es ist hier allerdings aufgrund des Prognosecharakters ein Beurteilungsspielraum einzuräumen.⁷⁸

Ein **Selbstkostenrichtpreis** (§ 6 Abs. 3 VP PR 30/53) und ein **Selbstkostenerstattungspreis** (§ 7 Abs. 1 VO PR 30/53) können bei der preisrechtlichen Prüfung gemäß der GKV i.V.m. der VO [EWG] Nr. 1191/69 F 91 bei der Auferlegung nicht zur Anwendung kommen, weil hier keine Vorkalkulation erfolgt.

Regelmäßig wird die preisrechtlich zu prüfende Leistung nicht die gesamte Produktion des Unternehmens umfassen. Daher ist auch die Kalkulation auf der Basis von Selbstkosten oder deren Erstattung auf die Angemessenheit der einzelnen Positionen und der sachgerechten Kostenzuordnung hin zu überprüfen. So bestimmt § 5 Abs. 1 VO PR 30/53, dass auf die angemessenen Kosten des Auftragnehmers abzustellen ist. Soweit mehrere vergleichbare Unternehmen anbieten, soll auf die Kosten „eines guten Betriebes“ abgestellt werden, § 5 Abs. 4 Satz 4 VO PR 30/53. Die Angemessenheit der Kosten wird maßgeblich durch die **Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP)**⁷⁹ bestimmt.

Prinzipien der LSP sind hierbei die Vorhaltung eines geordneten Rechnungswesens, verursachungsgerechte Kostenzuordnung zu den Leistungen und wirtschaftliche Betriebsführung. Das Rechnungswesen muss einer Prüfung durch die Preisbehörde zugänglich sein (Nr. 2 LSP). Die verursachungsgerechte Kostenzuordnung nach Nr. 4 Abs. 3 LSP soll sicherstellen, dass nur die der Leistung zuzu-

⁷⁷ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 4 VO PR 30/53 Rn. 114 ff.; Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 57 f.

⁷⁸ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, § 6 VO PR 30/53 Rn. 20 f.

⁷⁹ Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953.

rechnenden Kosten in Ansatz gebracht werden. Gleichwohl ist bereits anerkannt, dass hier letztlich nicht lösbare Kostenzuordnungsprobleme von Grenz- und Vollkosten bzw. von Gemein- und Spezialkosten bestehen.⁸⁰ Auch das Wirtschaftlichkeitspostulat (Nr. 4 Abs. 2 LSP) bleibt letztlich im Dunkeln, da keine zureichenden Kriterien bestehen, Unwirtschaftlichkeit festzustellen.⁸¹ Die subjektive Wirtschaftlichkeit des Erstellers taugt nicht als Maßstab, da diese an objektive Kriterien rückgebunden werden müsste. Letztlich handelt es sich hier um nicht lösbare Wertungsfragen und im Zweifel um eine Anmaßung betriebswirtschaftlicher Unternehmensführung von hierzu nicht befähigten und auch nicht berufenen Stellen.

3.3.7 Die zulässigen Kosten im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 39 Abs. 2 PBefG

Eng verwandt mit der Kostenkontrolle von Selbstkostenpreise ist die Prüfung der Angemessenheit der Tarife nach § 39 Abs. 2 Satz 1 PBefG durch die Genehmigungsbehörde. Nach einer Verwaltungsrichtlinie⁸² erfolgt die Berechnung der ansatzfähigen Kosten in Anlehnung an LSP. Zur Ergiebigkeit einer derartigen Kostenaufstellung insbesondere im Hinblick auf die sachgerechte Kostenzuordnung, die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung und Notwendigkeit einzelner kalkulatorischer Kosten (Wagnisse, betriebsnotwendiges Kapital, Rückstellungen etc.) gelten die unter 3.3.6 gemachten Ausführungen.

Aus diesem Grunde ist die Kostenkontrolle nach § 39 Abs. 2 PBefG weitgehend wirkungslos.⁸³

3.4 Berechnung der angemessenen Kosten im ÖSPV als Marktvergleichspreis

3.4.1 Marktabgrenzung

Für den Rückgriff auf den Marktvergleichspreis ist die Marktabgrenzung im ÖSPV von zentraler Bedeutung. Kennzeichnend für die Leistungen sind zunächst die eingesetzten Verkehrsmitteln (Omni-bus, PKW, Straßenbahn etc.). Neben diesen technischen Eigenschaften sind aber auch die betrieblichen Randbedingungen entscheidend, so dürften erhebliche Unterschiede in der Betriebsführung typusprägend sein. So erfordert ein kontinuierlicher Taktverkehr wesentlich andere betriebliche

⁸⁰ Vgl. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 95 f.

⁸¹ Vgl. Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, Nr. 4 LSP Rn. 10 ff., 20; Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, S. 100 ff.

⁸² Abgedruckt in Bidinger, Personenbeförderungsrecht unter der Ziffer K 650.

⁸³ Fielitz/Meier/Montigel/Müller, PBefG, § 39 Rn. 7; Grafberger, Der öffentliche Personennahverkehr, S. 181. Zur Unzulänglichkeit jedweder kostenbezogenen Tarifregulierung aus ökonomischer Sicht Müller/Vogelsang, Staatliche Regulierung, S. 59 f., 72 f., 185, 195; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 221 f., 228 f. A.A. hingegen wohl jetzt Bidinger, Personenbeförderungsrecht, § 39 PBefG Rn. 110.

Dispositionen als ein nur sporadischer Verkehr (z.B. Spitzenverkehr im Berufs- und Schülerverkehr). Weitere Unterschiede sind in den Qualitätsstufen des Dienstleistungsniveaus wie Fahrerausbildung und –schulung, Zusatzleistungen, Komfort der Fahrzeuge und deren Unterhaltung auszumachen.

Sachlich wird der Markt weiterhin durch die Verantwortungsstufe des Verkehrsunternehmers bestimmt. So ist z.B. für Subunternehmerverkehrsleistungen bei Bussen und auch PKW (Mietwagen) ein sehr lebhafter Wettbewerb festzustellen. Diese Leistungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie im wesentlichen nur Fahrleistungen umfassen, während weitere Leistungen wie Betriebseinsatzplanungen, Betreuung von Betriebssystemen, Fahrgastinformationen etc. beim Auftraggeber bleiben. Hingegen ist ein Markt für die im Sinne von § 13a PBefG avisierten unternehmerischen Verkehre mit voller Verantwortlichkeit für alle Merkmale der Verkehrsbedienung bisher in Deutschland noch kaum entwickelt.

Hingegen lassen sich bestimmte abgrenzbare Zusatzleistungen wie z.B. das Betreuen der Infrastruktur, das Vorhalten von Vertriebssystemen gesondert betrachten, auch wenn für diese Leistungen kein Markt besteht. Umgekehrt hingegen besteht wiederum ein Markt für besondere Leistungen wie Planungsleistungen für den Aufgabenträger oder über das Unternehmensinteresse hinausgehende allgemeine Imagewerbung.

Räumlich sollten regionale Märkte zur Anwendung kommen, da weniger in den allgemeinen Lohnbestandteilen, aber in den betrieblichen Zusatzleistungen in Deutschland ein gewisses Nord-Süd bzw. Ost-West Gefälle herrscht. Ausländische Märkte können durchaus auch zur Vergleichbarkeit herangezogen werden, wenngleich hier im Hinblick auf Lohn- und Sozialkosten bestimmte Unterschiede festzustellen sind. Hingegen eignen sich ausländische Erfahrungen insbesondere zur Ermittlung der marktlichen Auswirkungen bestimmter vertraglicher Risikoformen (Nettovertrag, Bruttovertrag, Anreizvertrag).

Zeitlich ist zu beachten, dass Marktpreise aus früheren Jahren um die aktuelle Preisentwicklung fortzuschreiben sind. Bei der gegenwärtigen Preisstabilität dürfte dies allerdings nicht so bedeutungsvoll sein.

3.4.2 Markterfahrungen und Gutachten

Von entscheidender Bedeutung für die Ermittlung des Marktvergleichspreises ist die Markterfahrung des Aufgabenträgers und des Verkehrsunternehmers. Letzterer wird zumindest für Teilleistungen

über Marktpreiserfahrungen verfügen (z.B. Subunternehmereinsatz)⁸⁴. Gleichwohl ist aus Gründen des strategischen Verhaltens damit zu rechnen, dass diese nicht ohne weiteres dem Aufgabenträger zur Verfügung gestellt werden. Daher obliegt der Nachweis eines preisrechtlich höchstzulässigen Preises faktisch dem Aufgabenträger. Bei Marktvergleichspreisen kann er zunächst auf seine eigene Erfahrung und Erfahrung anderer Aufgabenträger zurückgreifen.

Eine weitere sehr wichtige Quelle kann die Nachfragetätigkeit der Schulträger oder sonstiger öffentlicher Stellen zur Organisation der Schülerbeförderung sein. Diese fragen regelmäßig Verkehrsleistungen nach, die der Qualität der im ÖSPV geläufigen Subunternehmerleistungen entsprechen. Weitere Quellen können Markterfahrungen kommunaler Unternehmen als Nachfrager von Verkehrsleistungen (Subunternehmer) sein, sofern der Aufgabenträger an diese ohne Verfälschung gelangen kann.

Sofern der Aufgabenträger hingegen keine Markterfahrungen hat und auch diese nicht beschaffen kann, wird er hingegen den Marktüberblick durch fachkundige Gutachter ermitteln lassen müssen. Diese können aufgrund eigener Erfahrungen als Berater von Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen, aber auch durch Auswertung von Marktprozessen (Marktinformationssystemen) Auskunft über vergleichbare Märkte geben.

3.4.3 Vergleichbarkeit über Teilpreise

Regelmäßig ist eine Übertragbarkeit eines anderen Marktpreises allein schon wegen der unterschiedlichen Mengen nicht möglich. Allerdings ist zu beachten, dass im Markt der Verkehrsleistungen keineswegs nur Pauschalpreise für eine Gesamtleistung bestehen. Vielmehr besteht in der Praxis der Bedarf, auf Leistungsveränderungen mit vereinbarten Preisen zu kalkulieren. Als erste Näherung hat sich in der Praxis der km-Bezug (DM/km) herausgebildet. Diese ist insbesondere bei Subunternehmerleistungen im Regionalbusverkehr sehr verbreitet. Allerdings wird dieser nur in bestimmten Grenzen angewandt. Unterschreitet die Tagesleistung einen bestimmten Wert (z.B. 150 km), werden oft stattdessen Tagespauschalen gewährt, da andernfalls die Fixkosten des Fahrzeugs nicht mehr zu verdienen sind. Umgekehrt können hohe Fahrzeugproduktivitäten zu besonders niedrigen Pauschalen führen.

⁸⁴ Bagdahn, Allgemeine Kalkulationshilfen für den Auftragslinienverkehr (AKUT), 1997, Forschungs- und Beratungsgesellschaft Personenverkehr mbH (f+b), Böblingen.

Soweit Aufgabenträger bisher Verkehrsleistungen ausgeschrieben haben oder auch große Auftraggeber langfristige Auftragnehmerbeziehungen pflegen, scheint sich in der Praxis eine Dreiteilung der Preise durchgesetzt zu haben:

1. Fixkosten pro Jahr und Fahrzeug, ggf. differenziert nach zeitlicher Bindung (nur ÖPNV-Fahrzeug, auch im Gelegenheitsverkehr)
2. Variable Kosten je Nutz/km
3. Variable Kosten je Umlaufstunde

Die Fixkosten des Fahrzeugs variieren je nach dessen Ausstattung und können regelmäßig von einem Standardtyp aus abgeleitet werden. Die variablen Kosten je km unterscheiden ebenfalls nach Fahrzeuggröße, während die zeitabhängigen Kosten (Fahrerkosten) nicht zu differenzieren sind. Hier stellt sich in der Praxis eher das Problem der exakten Risikozuordnung der Fahrerproduktivität. Da diese über die Fahrplangestaltung sehr vom Aufgabenträger abhängt, hat sich hier die Bewertung nach Umlaufstunden bewährt. Allerdings kann dies nur die aus dem Fahrplan sich ergebenden geschlossenen Umlaufstücke betreffen, nicht abgewälzt werden können hier die Risiken der gesamten betrieblichen Personaleinsatzplanung auf den Besteller.

Oft bestehen die Vergütungen nur aus einem Grundpreis und den nach o.g. Kriterien aufgestellten Zu-/Abbestellpreisen. Soweit diese jedoch symmetrisch sind und durch eine angemessene Spanne auch sicherstellen, dass in ihnen prinzipiell alle Gemeinkosten des Unternehmens mitabgedeckt sind, spricht nichts dagegen, diese Preisteile als wettbewerbliche Vergleichspreise anzunehmen. Sind sie dagegen nur Preise auf Basis von spitzen Grenzkosten, so ist ihre Vergleichbarkeit eher gering.

3.4.4 Benchmarking

Marktpreise lassen sich auch durch ein betriebliches Benchmarkingsystem für Preise ermitteln. Regelmäßig werden diese Systeme jedoch zunächst für Aspekte betrieblicher Kostenrechnungen unternommen. Soweit aber hiermit ein umfassender Ansatz gewählt wird und letztlich alle Kostenelemente einen bestimmten Output (z.B. Fahrzeugkosten pro Jahr, Fahrerstunde, Buskilometer) umgesetzt werden können, kommen diese Kosten Marktpreisen zumindest sehr nahe, da sich Marktpreise in der Nähe dieser Benchmarks bilden werden.

Allerdings wäre auch zu belegen, dass diese Benchmarks sich bereits zumindest im Ansatz in marktüblichen Preisen realisiert haben. Eine isolierte Übertragung von betrieblichen Kosten unmittelbar

auf Marktpreise ohne das Bestehen eines Marktes bietet noch keinen Anhaltspunkt für einen Marktvergleichspreis.

3.4.5 Zu- und Abschläge für marktgängige Leistungen

Soweit die Wettbewerbspreise als Teilpreise vorliegen, kann hieraus jeder gewünschter Umfang errechnet werden. Insofern bedarf es keiner Zu-/Abschläge. Andere marktgängige Faktoren können und müssen ebenfalls über Marktpreise hinzugerechnet oder abgesetzt werden. Soweit nur Marktvergleichspreise für diese abtrennbaren Leistungen bestehen sind auch diese noch vor eine Kostenbetrachtung heranzuziehen.

3.4.6 Zu- und Abschläge für nichtmarktgängige Leistungen

Nur bei nicht marktgängigen Leistungen kommen Zu- und Abschläge entsprechend eines Rückschlusses aus den hierfür aufzuwendenden Kosten in Betracht. Hierdurch können insbesondere Qualitätsdifferenzierungen angemessen berücksichtigt werden. Auch sonstige nicht isolierbare Produktionsfaktoren, die für den Aufgabenträger von Bedeutung sind, wie z.B. Vertriebssystem, Kundeninformation, Unternehmenspräsenz u.s.w. bieten sich für eine Bewertung über derartige Faktoren an.

3.4.7 Kostenmindernde öffentliche Zuschüsse

Mit Abschlägen können schließlich kostenmindernde Zuschüsse wie Bus- und Betriebshofförderung nach GVFG berücksichtigt werden. Allerdings haben auch Marktpreise diese Zuschüsse bereits vielfach als Voraussetzung. Da für diese Zuschüsse kein Markt bestehen kann, müssen die Vorteile hieraus als Kostenminderung berechnet und abgesetzt werden.

3.5 Berechnung der angemessenen Kosten im ÖSPV als Selbstkostenpreis

Wie oben (3.3.5 und 3.3.6) dargelegt wurde, ist eine Abrechnung nach einem individuellen Selbstkostenpreis nur ausnahmsweise möglich. Der Aufgabenträger hat zu prüfen, ob nicht die Leistung zum Marktvergleichspreis (oben 3.4) beurteilt werden kann. Nur soweit sich keine vergleichbaren Leistungen finden lassen oder die Vergleichbarkeit aufgrund nicht sicher zu ermittelnder Zu- und Abschläge hergestellt werden kann, kommen die Selbstkostenpreise zur Anwendung.

Die konkrete Abwicklung auf der Basis von §§ 6 f. VO PR 30/53 und der LSP wirft erhebliche praktische Probleme auf. Gleichwohl bietet das Verfahren grundsätzlich keine Gewähr, dass die spezifi-

schen Kosten im Hinblick auf ihre sachgerechte Zuordnung, des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes und der Beurteilung unternehmerischer Risiken angemessen überprüft werden können. Daher sollte auch aus diesem Grund nur im Ausnahmefall zu den Selbstkostenpreisen gegriffen werden und auch in diesem Fall der Übergang zu Marktvergleichspreisen ermöglicht werden.

3.6 Berechnung der Erlöse im ÖSPV

3.6.1 Die Notwendigkeit sachgerechter Zuordnung

Wie ausgeführt bestimmen sich die geringsten Kosten für die Allgemeinheit nach der Haushaltsbelastung des Aufgabenträgers, also nach dem Defizit der bestellten Verkehrsleistung. Daher sind auch die Erlöse Gegenstand des Preisrechts, wenngleich sich dieses bei den Selbstkosten mit der Feststellung des Ist-Eingangs von Erlösen begnügt. Anders hingegen bei Marktvergleichspreisen. Hier sind auch die Erlöse – besser die Risikozuordnung der einzelnen Vertragstypen – Gegenstand des Angebotspreises eines Unternehmers. Daher hat hier das Erlösrisiko erhebliche Auswirkungen auf den Marktpreis.

Soweit der Unternehmer kein Erlösrisiko trägt (Bruttovertrag) und auch sonst die gesamten Leistungen im Rahmen einer „freihändigen“ Auferlegung nach § 1 Abs. 3 GKV vergeben werden, mag eine Einnahmearteilung nach Linien bzw. Linienbündel als überflüssiger Aufwand erscheinen. Gleichwohl wird auch hier dauerhaft eine sachgerechte Einnahmearteilung notwendig. Zum einen muss spätestens nach Ablauf der Übergangszeit jedes einzelne Linienbündel im Wettbewerb zu vergeben sein bzw. im Rahmen eines eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerbs konkurrenziert werden können. Weiterhin empfiehlt sich es nicht auf Dauer, die Unternehmen losgelöst vom Erlösrisiko einzusetzen, da dies zu Lohnkutschermentalität und damit zu einem reduzierten Kostendeckungsgrad im ÖSPV führt. Schließlich hat die Einnahmearteilung oft große Bedeutung für die Aufteilung der Finanzierungsbeiträge auf verschiedene Aufgabenträger.

Soweit ein Tarifverbund über mehrere Verkehrsunternehmen hinweg oder auch über eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Linien besteht, die nicht miteinander im Bündel verbunden werden, muss bereits jetzt aus Gründen des diskriminierungsfreien Marktzugangs eines jeden Verkehrsunternehmens eine sachgerechte Einnahmearteilung nach einzelnen Linien erfolgen. Hierbei müssen grundsätzlich leistungsbezogene Kriterien zur Anwendung kommen, die eine Aufteilung der Fahrgelderlöse und der hierauf gewährten öffentlichen Zuschüssen nach objektiven Kriterien erwarten lassen und insoweit für jeden Wettbewerber vorhersehbar sind.

Pauschale Einnahmeaufteilungssysteme wie z.B. Alteinnahmensicherung können daher nur bei freihändiger Vergabe an alle einbezogenen Verkehrsunternehmen bei Vereinbarung eines Bruttovertrags vorübergehend weitergeführt werden. Sie sollten aber aufgrund ihrer marktkonservierenden Wirkung allerdings alsbald umgestellt werden.

Eine sachgerechte, d.h. nicht-diskriminierende und leistungsgerechte Einnahmezuordnung kann nur bei „Auferlegung“ über alle Verbundverkehre und nur für eine begrenzte Zeit unterbleiben.

3.6.2 Erlörisiko und Preisrecht

Der Marktvergleichspreis lässt grundsätzlich das Tragen des Erlörisikos durch den Auftragnehmer (Nettovertrag) zu, soweit hierzu vergleichbare Marktpreise (Einschluss des Wagnis Übernahme Erlörisikos) ermittelt werden können. Der Begriff Selbstkostenpreise scheint zunächst einer Übernahme des Erlörisikos des Bieters entgegen zu stehen. Allerdings beinhaltet auch der Selbstkostenpreis im Form des Selbstkostenfestpreises (§ 6 Abs. 1 VO PR 30/53) die Abwälzung des Kalkulationsrisikos auf den Bieter. Zwar darf er hier insoweit seine einzelnen Kostenbestandteile, die nicht alle marktlich evaluiert sein müssen, zur Kalkulation heranziehen, jedoch obliegt es den Unternehmen im Rahmen der Kalkulation die Umsetzung einzelner Kostengruppen zu den geschätzten Aufwand, so dass der Auftraggeber von einer Nachkalkulation „verschont“ werden kann.

Dieser Zusammenhang erhellt, dass der Bieter auch kostenmindernde Einnahmen (Erlöse) als Festpreis kalkulieren kann und daher die Übernahme des Erlörisikos zum Vertragsgegenstand machen kann.

Nur beim Selbstkostenrichtpreis und beim Selbstkostenerstattungspreis entfällt diese Möglichkeit durch Steuerung der Kosten bzw. kostenmindernden Einnahmen entsprechend der produzierten Menge.

3.6.3 Erlörisiko und EG-Beihilferecht

Dogmatische Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung eines Erlörisikos zu den zulässigen Abgeltungsbeihilfen nach Abschnitt II bis IV der VO [EWG] 1191/69 F 91. Da eine freihändige Vergabe an ein vorhandenes Unternehmen auf der Grundlage von § 1 Abs. 3 GKV grundsätzlich eine unzulässige, da wettbewerbsverfälschende Beihilfe darstellt, muss sich die Zulässigkeit der Zahlung auch den Abgeltungsvorschriften der Verordnung messen lassen.

Die Feststellung des Nachteils aus der Veränderung der Fahrgastzahl nach § 11 Abs. 1 lit. a) VO [EWG] 1191/69 F 91, sowie die Korrektur des Ausgleichs aufgrund des Jahresabschlusses des Unternehmens nach Art. 13 Abs. 2 VO [EWG] 1191/69 F 91 lassen vermuten, dass die Fahrgelderlöse nach den Ist-Zahlen abzurechnen sind. Allerdings lässt sich aus Art. 13 Abs. 1 und Art. 12 Satz 1 VO [EWG] 1191/69 F 91 auch das Gegenteil herauslesen. Denn eine Korrektur aufgrund des Jahresabschlusses ist nur nach vorbehaltenen Kriterien möglich, ansonsten ist die Vorkalkulation mindestens für ein Jahr verbindlich. Weiterhin gebietet der Grundsatz zweckdienlicher Geschäftsführung, dass auch im Absatzbereich unternehmerische Momente genutzt werden. Gerade hiernach hat sich die Mitübernahme von Erlösrissen im Sinne entsprechender unternehmerischer Anreize und hierdurch niedriger Defizite für die Aufgabenträger bewährt.

Es spricht daher sowohl preis- als auch EG-rechtlich nichts dagegen, dass Verkehrsunternehmen Erlösrissen ganz oder teilweise übernehmen und diese in ihrer Vorkalkulation bzw. über Marktvergleichspreise berücksichtigt werden.

3.6.4 Erlöse von Dritten

Soweit Erlöse von Dritten (z.B. Firmen, aber auch interessierten Gemeinden⁸⁵) aber auch auf Grundlage gesetzlicher Ausgleichsansprüche erzielt werden, so mindern diese ebenfalls grundsätzlich die vom Auftraggeber zu tragenden Kosten und sind daher diesen in der vereinnahmten Höhe anzurechnen. Aber auch hier ist es grundsätzlich möglich, dass ein Verkehrsunternehmer das Risiko derartiger Erlöse übernimmt und hierfür etwaige Wagnisse einkalkuliert bzw. dies aus den Marktvergleichspreisen mithinübergenommen wird.

3.6.5 Erlöse aus dem Querverbund

Schließlich können Erlöse aus dem Querverbund kommunaler Versorgungsunternehmen zur Kostendeckung herangezogen werden, soweit diese offen ausgewiesen werden. Denn sowohl Art. 1 Abs. 5 UA 2 VO [EWG] 1191/69 F 91 als auch § 1 Abs. 3 Satz 2 GKV zielen darauf ab, dass der Erstattungsanspruch des Verkehrsunternehmens nicht durch interne Transfers verkürzt und andererseits die Erstattungshöhe durch nur teilweise ausgewiesene Zahlungen verdunkelt wird. Keineswegs verbieten sie dagegen ein offen ausgewiesenes Anrechnen von Querverbundsgewinnen auf das durch den

⁸⁵ Eine Mischfinanzierung durch Aufgabenträger und andere öffentliche Stellen sollte jedoch aus Kompetenzgründen unterbleiben.

Aufgabenträger zu finanzierende Defizit im Sinne eines steuerrechtlich anerkannten abgekürzten Zahlungsweges.⁸⁶

3.7 Finanzierung

Die Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen obliegt ausschließlich dem Aufgabenträger. Dies ergibt sich schon daraus, dass mit ihm der Vertrag gemäß § 1 Abs. 3 GKV zu vereinbaren ist. Aber auch kompetenzrechtlich ist nur der Aufgabenträger befugt, in das freie Spiel des eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerbs durch das Bestellen gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen mit nachfolgender Genehmigung nach § 13a PBefG einzugreifen.⁸⁷ Unbenommen ist allerdings eine Refinanzierung des Aufgabenträgers, z.B. durch Gemeinden.

3.8 Rechtssicherheit und Rechtsschutz hinsichtlich der dargestellten Verfahren

Hinsichtlich der hier dargestellten Verfahren zur Auferlegung gibt es noch keinerlei Erfahrungen in der Rechtsprechung. Zum einen kann ein Verkehrsunternehmer verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, dem während der Laufzeit einer eigenwirtschaftlichen Genehmigung nach § 13 PBefG eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung durch den Aufgabenträger im Wege eines Verwaltungsaktes auferlegt wird (siehe hierzu oben Punkt 2.1).⁸⁸ Da aber der Aufgabenträger aufgrund eines Urteils des EuGH ein weites Ermessen bei der Beurteilung der Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung hat⁸⁹, dürfte im Regelfall eine solche Auferlegung per Verwaltungsakt rechtssicher möglich sein.

Denkbar ist ferner, dass eine verwaltungsrechtliche Anfechtung durch einen Konkurrenten gegen die Genehmigung nach § 13a PBefG erfolgt, die ein Betreiber im Wege der Auferlegung erhalten hat. Auch in diesem Fall könnte darüber gestritten werden, ob überhaupt die Voraussetzungen einer Auferlegung zur ausreichenden Verkehrsbedienung vorlagen und deshalb der Genehmigungswettbewerb um eigenwirtschaftliche Genehmigungen nach § 13 PBefG unterlaufen wurde. Aber auch in diesem Falle steht gemäß der Vorgaben des o.g. EuGH-Urteils ein weites Ermessen zu, so dass die Erfolgsaussichten einer solchen Klage grundsätzlich als eher gering zu bewerten sein dürften.

Problematischer dürfte der Fall sein, wenn ein Konkurrent rechtlich gegen eine Auferlegung mit dem Argument vorgeht, dass die Voraussetzungen zum Verzicht einer Ausschreibung gemäss der Verordnung zu § 13 a PBefG nicht vorgelegen habe (hier behandelt oben unter Punkt 2.4), d.h. ein Verga-

⁸⁶ Berschin, ZUR 1997, S. 4, 10.

⁸⁷ So auch Batziil/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld, S. 21 f., 78.

⁸⁸ Vgl. hierzu umfassend Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 249 f.

beverfahren entgegen § 1 Abs. 3 Satz GKV sehr wohl sachgerecht gewesen wäre. Für die Rechtssicherheit einer Auferlegung ist deshalb entscheidend, inwieweit die Gründe für das Absehen einer Ausschreibung im Hinblick auf die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ (niedrigste Haushaltsbelastung des Aufgabenträgers) und die diskriminierungsfreie Auswahl des Verkehrsunternehmens nach § 13a abs. 2 PBefG überzeugend sind. Welchen Rechtsweg der Konkurrent im Falle einer „unterlassenen Ausschreibung“ beschreiten müsste, ist bislang ungeklärt. Möglich wäre beispielsweise bis zum Zeitpunkt einer Auferlegung, dass durch einen Konkurrenten ein **Nachprüfungsverfahren** gemäß den §§ 102 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angestrengt wird.

4. Eine erste Näherung: Möglichkeiten von ökonomischen Anreizwirkungen innerhalb eines Verbundes im Brutto(-auferlegungs)vertrag gem. § 1 Abs. 3 GKV

4.1 Vorbemerkung: Problem eines Bruttovertrages im ÖPNV

Bruttoverträge nehmen dem Bieter jegliches kaufmännische Absatz-Risiko, denn der Unternehmer muss im Prinzip nur noch das Kostenrisiko kalkulieren. Damit können die Aufgabenträger zunächst sehr günstige Angebote (Kostenwettbewerb) und eine hohe Angebotsvergleichbarkeit (Preis) erreichen. Aufgrund des Einkaufs einer klar abgegrenzten Leistung und damit geringerer Abhängigkeiten der Verkehrsunternehmens von z.B. Vertrieb, Anschlüssen etc. werden auch die Marktzugangshürden deutlich herabgesetzt.

Ein Nachteil ist allerdings in der weitgehenden Abkopplung der Unternehmen vom Fahrgastmarkt zu sehen. Im Zweifel wird daher die Qualität auf das Niveau herabgefahren, das unter Beachtung der vertraglichen Sanktionen und Kontrolldichte gerade noch wirtschaftlich ist. Auch fallen jegliche Anreize weg, durch weiche Angebotsmerkmale (Freundlichkeit, Zuvorkommenheit, Ideenreichtum, Werbung etc.) die Fahrgastzahlen zu steigern. Es droht die typische Subunternehmermentalität: „Hoffentlich kommt niemand und macht mir den Bus dreckig“. Eine derartige Einstellung von Verkehrsunternehmen stellt damit den gesamten Zweck eines ÖSPV-Systems, nämlich Fahrgastbeförderung und Entlastung der Straße durch Zugewinn von Fahrgästen in Frage.

⁸⁹ EuGH 17.9.1998, Rs. C-412/96 – Kainuun Liikennet Oy – Tz.35., TranspR 1999, S. 16, 19.

4.2 Anreize durch technischen Qualitätsbezug

Oft wird versucht, die fehlenden kaufmännischen Anreize durch messbare Qualitätsabhängigkeiten wieder zu kompensieren (Modell London, Bonusmodell VRR etc.). Dieses Modell begegnet aber vielfältigen praktischen Nachteilen:

- a) Die meisten Qualitätsziele sind trotz vielfältiger Bemühungen nicht objektiv messbar. Die Messung wird Objekt zahlreicher Streitereien und opportunistischen Verhaltens des Vertragspartners. Eine sinnvolle Messung und Kontrolle erfordert erheblichen Überwachungsaufwand und liefert (unnötigen) Stoff für den Vorwurf „Bestellerbürokratie“.
- b) Die Bedeutungen der Qualitäten ändern sich im Zeitverlauf (Sauberkeit, Pünktlichkeit u.s.w.; vgl. Schaukelmodell Kopenhagen)
- c) Die Wertigkeit der Qualität ist nicht linear. Kleine Abweichungen werden oft hingenommen, große Abweichungen oder Einzelfälle fallen hingegen besonders auf. Es müsste daher für jedes Kriterium eine eigenständige Bewertungskurve aufgebaut werden.
- d) Die Qualität ist kein Selbstzweck, sondern soll Kundennutzen stiften. Daher setzt die Ermittlung in der Produktion am falschen Punkt an.

4.3 Anreize durch subjektiven Qualitätsbezug

Statt objektiver Qualitätsmessung in der Produktion versucht man hier, die Qualität als wahrgenommene Qualität zu messen (Kundenzufriedenheit). Die Entwicklung derartiger Modelle steht noch am Anfang. Große Probleme bereitet hierbei noch die Skalierung der Kundenzufriedenheit. Bisher erfolgt diese nur global (vgl. Kundenbarometer). Ein großes Problem scheint zu sein, diejenigen „Zufriedenheitskriterien“ herauszufinden, die in einem Verkehrs-, d.h. Produktions- und Vertriebsverbund individuell dem einzelnen Leistungsersteller zuzuordnen sind. Z.B. wen trifft das Thema „Schlechte telefonische Erreichbarkeit der Fahrplanauskunft“ oder „Fehlende Ansage über Anschlussverbindungen“.

Ohne Erprobung mittels „trial and error“ läuft ein derartiges System darauf hinaus, dass ein Verkehrsunternehmen die Kundenzufriedenheit dort anheizt, wo dies für ihn mit geringsten Mitteln und dem maximalen Ertrag möglich ist, ohne dass sichergestellt ist, dass diese Maximierung volkswirtschaftlich richtig liegt, z.B. besonderer Kundenservice vor einer Befragung, Abstellen der besonders gravierend genannten Mängel.

Schließlich ist auch die Messungsseite mit einem systematischen Mangel behaftet. Da ein Kunde die Wertigkeit von einzelnen Merkmalen nach Wunschzettel und nicht mit einer konkreten Zahlungsbereitschaft bemisst, ist nicht sichergestellt, dass die zufriedenen Kunden sich auch direkt in Mehrverkehre niederschlagen. Aus diesem Grunde müssten auch Nichtkunden befragt werden, die allerdings wiederum nichts über die wahrgenommene, sondern höchstens über die vorgestellte Qualität aussagen könnten.

4.4 Anreize durch Haftungsregelungen

Für bestimmte Qualitätsstandards, die die Hauptleistung des ÖPNV, nämlich die Beförderung von A nach B zu einer bestimmten Zeit bestimmen, haben sich Haftungsregelungen bewährt (vgl. Mobilitätsgarantie Oslo). Die Drohung mit der Haftung vermittelt für alle Mitarbeiter eines Verkehrsunternehmens das originäre Kundenbedürfnis und lässt diese sozusagen die „Seite wechseln“ (Kundensicht). Ein wirksames Haftungsregiment setzt allerdings voraus, dass die Kunden ihre Rechte kennen und diese einfach wahrnehmen können. Notwendig ist eine Kundeninformation durch den Aufgabenträger (Ermunterung), da ein Verkehrsunternehmen nicht von sich aus dieses Instrument offensiv einsetzen wird. Weiterhin muss ein einfaches und dennoch beweissicheres Verfahren zur Verfügung stehen (z.B. der Busfahrzeiten über Betriebsleitsystem).

Eine Haftung kann demnach für folgende Qualitätsstandards in Frage kommen:

- Fahrtausfall und Fahrtverspätung ohne angemessene Ersatzbeförderung (Reisekette)
- Verschuldetes Nicht-Einhalten der Transportketten (Nichtabwarten, Vor-Plan-Fahren, unzureichende/falsche Information)
- Falsche Information der Reisenden über Fahrplan und Tarif
- Fehlende Betriebsbereitschaft der Verkaufseinrichtungen

4.5 Vertriebsanreize

Das Qualitätsmerkmal Verkauf ist für den öffentlichen Verkehr von großer Bedeutung, da neben der Dienstleistung Fahrscheinverkauf vielfältige Beratungsaufgaben hiermit verbunden sind (Fahrplanauskünfte, Tarifauskünfte, „Bedienung des Systems ÖPNV“). Gerade im Verbundgebiet müssen attraktive Anreize bestehen, die Vertriebswege wie personalbesetzte Vorverkaufstellen, aber auch neue Systeme wie Internetvertrieb zu nutzen. Beispielsweise ist die Regelung mit einer Verkaufsprovision von 10% als Vorabmasse der Einnahmeaufteilung hierzu ein guter Ansatz. Es spricht nichts dagegen,

auch im Rahmen eines Brutto-Vertrags diese Regelung anzuwenden. Als wirtschaftlicher Teilnehmer der Einnahmeverteilung wird der Besteller keine Probleme haben, diese Regelung auch für das neue Verkehrsunternehmen durchzusetzen, da diese Regelung zwischen allen Verkehrsunternehmen im Verbundgebiet gilt.

Das Verkehrsunternehmen hat die Provisionsregel in seinen Angeboten dadurch zu berücksichtigen, dass es die vsl. Einnahmen und deren Entwicklung auf der Basis des Verbundtarifs kalkuliert. 10% von der Kalkulation hat das Verkehrsunternehmen am Markt durch Verkauf Fahrgelderlöse zu erzielen. Das Erreichen bzw. Übertreffen der Prognosen unterliegt damit ausschließlich dem unternehmerischen Risiko. Aus diesem Grunde können Verkaufsstandards relativ sparsam festgesetzt werden.

Da nur 10% der Erlösentwicklung zu kalkulieren sind, erscheint es hinnehmbar zu sein, dass das Verkehrsunternehmen keinen Einfluss auf den Tarif hat und auch bezüglich der Ist-Erlöse im Nachteil gegenüber den anderen Verbundunternehmen ist. Ggf. kann ermöglicht werden, dass die Starterlöse nochmals über Zahlungen ermittelt werden und nur die Erlösstaffel bereits fix angeboten wird.

4.6 Anreize durch virtuelle Einnahmeverteilung

Das Ziel das Erlös- und damit das Absatzrisiko beim Betreiber zu bündeln, kann auch durch eine virtuelle Einnahmeverteilung erfolgen, indem gegenüber dem Besteller nach einer speziellen vertraglich vereinbarten Einnahmeverteilung abgerechnet wird, diese gleichwohl unabhängig vom tatsächlichen, vom Verkehrsunternehmen auch nicht zu beeinflussenden, Verbundtarif und Einnahmeverteilung. Neben der Kalkulationssicherheit für das Verkehrsunternehmen und damit der gegebenen Objektivität, v.a. auch gegenüber den Mitbewerbern, bietet dieses Verfahren den Vorteil, dass hierdurch der Verbund in stärkerem Maße seine Tarifergiebigeits- und Einnahmeverteilungsvorstellungen durchsetzen können. Soweit nämlich die vertraglichen Abmachungen mit dem Verkehrsunternehmen auch verbundtauglich sind, wird der Aufgabenträger alles daran setzen, dass seine virtuellen Erlösvereinbarungen Gegenstand der tatsächlichen Verbundpraxis wird. Auf diese Weise lässt sich das Erlösrealisierungsrisiko des Bestellers (Ergiebigeits, Aufteilung) minimieren.

Im einzelnen könnte ein Modell wie folgt aussehen:

- Der Verbund gibt bestimmte Erlössätze je Pkm und Fahrtzweck und/oder Gattung vor. Diese sollte der gegenwärtigen oder gewünschten Tarifstruktur im Verbund entsprechen.

- Die Werte sollten sich an der Beförderungsleistung (Pkm) orientieren, da diese einfach festzustellen ist. Hierdurch entfällt zwar der anteilige Grundbetrag je Gesamtfahrt, dies dürfte aber bei den längeren Reiseweiten der Eisenbahn ohne große Bedeutung sein.
- Die Erlössätze sollten mit der Kostendynamisierung fortgeschrieben werden.
- Die Unternehmen sollten die Erlösentwicklung auf der Basis der virtuellen Erlöswerte im Zeitablauf kalkulieren und diese garantieren (Fahrgastmehrung). Ggf. kann zum Start nochmals eine Eichungszählung greifen (Ausschalten des Marktvorteils der bisherigen Verbundunternehmen). Auf Grundlage der garantierten Erlöse wird der Zuschußbedarf festgelegt, d.h. das Erreichen der garantierten Erlösentwicklung obliegt dem vollen Risiko des Verkehrsunternehmens (Marktrisiko). Die Differenz zwischen der tatsächlich im Verbund durchgeführten Einnahmeverteilung und der Kalkulation des Verkehrsunternehmens wird nur insoweit ausgeglichen/abgeführt, wie das der Kalkulation des Verkehrsunternehmens entspricht, nicht etwa nach dem Ist-Ergebnis des Verkehrsunternehmens.

4.7 Empfehlungen (Schema)

Virtuelles Erlösrisiko (6.)	(+)
Haftung gegenüber den Kunden (4.)	(+)
Vertriebsanreiz (5.)	(+)
Subjektive Qualität (3.)	nur soweit Image des Verkehrsunternehmens betroffen. V.a. Befragung von Nichtkunden im Bedienungsgebiet. Auswirkungen max. 5% Verbesserung (keine Abzüge, wegen Problem Startwert)
Objektive Qualität (2.)	nur bei einfach messbaren Kriterien (Fahrtausfall, Pünktlichkeit, Anschlusssicherung, Platzangebot, Fahrgeldsicherung, regelmäßige Reinigung (nur Bemühen, nicht Erfolg))

5. Zusammenfassung

5.1 Änderungen des Ordnungsrahmens

Der Ordnungsrahmen im straßengebundenen öffentlichen Personennahverkehr (ÖSPV) wird derzeit von der Zweiteilung zwischen eigenwirtschaftlichen (marktinitiierten) und gemeinwirtschaftlichen (behördeninitiierten) Verkehren bestimmt. Der zuständige Aufgabenträger ist dazu berufen - soweit die eigenwirtschaftliche Marktinitiative von Verkehrsunternehmen nicht zu einem ausreichenden Angebot führt – die angemessene (ausreichende) Verkehrsbedienung durch die Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen sicherzustellen. Hierzu bietet § 13a PBefG i.V.m. der GKV die Vereinbarung nach wettbewerblicher Vergabe (Ausschreibung nach VOL/A) bzw. die Auferlegung an. Bei noch laufenden Genehmigungen nach § 13 PBefG hat der Aufgabenträger zusätzlich die Möglichkeit, gemeinwirtschaftliche Zusatzleistungen gemäß §§ 21, 39, 40 PBefG aufzuerlegen.

Die Abgrenzung der beiden Marktzugangsformen (eigen-/gemeinwirtschaftliche Verkehre) ist derzeit strittig und wird demnächst möglicherweise vom EuGH verbindlich entschieden werden (2001/2002). Weiterhin ist damit zu rechnen, dass aufgrund des Vorschlags der EG-Kommission (v. 26.7.2000 KOM[2000]7 endg.) für Nahverkehrsleistungen bei der Vergabe von ausschließlichen Rechten und/oder staatlicher Kofinanzierung von mehr als 20% der Ausschreibungswettbewerb in wenigen Jahren der Regelfall sein wird.

Die Vorbereitungen auf diesen Ausschreibungswettbewerb erfordern bei allen beteiligten Aufgabenträgern, Verkehrsunternehmen, Verkehrs- und Tarifverbänden und staatlichen Genehmigungsbehörden angemessene Zeiträume des Übergangs. Ein mögliches Übergangsszenario kann die „freihändige“ Auferlegung von Verkehrsleistungen nach § 13a PBefG i.V.m. § 1 Abs. 3 GKV darstellen. Insbesondere könnten sich in diesem Übergangszeitraum alle Beteiligten auf die notwendigen Veränderungen vorbereiten, da mit dieser Auferlegung Rechtssicherheit geschaffen werden kann, die derzeit nicht besteht.

5.2 **Auferlegungsmöglichkeiten des Aufgabenträger nach den §§ 21, 39, 40 PBefG für gemeinwirtschaftliche Zusatzleistungen auf eine bestehende Genehmigung nach § 13 PBefG**

Um die ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen, kann der Aufgabenträger einem Verkehrsunternehmen auf dessen nach § 13 PBefG genehmigten Verkehre per Verwaltungsakt folgende gemeinwirtschaftliche Zusatzleistungen auferlegen:

- **Betriebspflichten nach § 21 PBefG** (Anordnung der Erweiterung oder Änderung der Verkehre bis zur Grenze der eigenen Ausgestaltungsrechte des Verkehrsunternehmens nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c) PBefG)
- **Tarifpflichten nach § 39 PBefG** (Anordnung von niedrigeren Beförderungsentgelten um beispielsweise einen einheitlichen Verbundtarif sicherzustellen)
- **Fahrplangestaltungen nach § 40 PBefG** (Anordnung von Haltestellen, Fahrzeiten, Linienführung)

Hierzu ist ein Zusammenwirken des Aufgabenträgers mit der Genehmigungsbehörde erforderlich, weil nur die zuständige Behörde die genehmigungsrechtlichen Änderungen herbeiführen kann. Es empfiehlt sich, die Auferlegung durch den Aufgabenträger mit der Anordnung des Sofortvollzuges zu versehen, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Dem Verkehrsunternehmen ist sein entstehendes Defizit nach den Auferlegungsregeln der VO (EWG) Nr. 1191/69 F 91 und dem Preisrecht durch den Aufgabenträger zu erstatten. Soweit jedoch diese zusätzlichen Auferlegungen dem Verkehrsunternehmen (eigen-)wirtschaftlich zugemutet werden können, ist (allein) die Genehmigungsbehörde befugt, diese Auferlegungen ohne finanzielle Kompensation vorzunehmen.

5.3 **Auferlegungsmöglichkeiten des Aufgabenträgers nach § 1 Abs. 3 GKV nach Auslaufen einer Genehmigung gemäß § 13 PBefG**

5.3.1 **Verhältnis von Auferlegung nach § 1 Abs. 3 GKV und Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren nach VOL/A**

Das Verhältnis von Auferlegung nach § 1 Abs. 3 GKV und Freihändiger Vergabe bzw. Verhandlungsverfahren nach VOL/A ist klärungsbedürftig. Die „Auferlegung“ ist Synonym für die Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Pflichten eines Verkehrsunternehmens aufgrund hoheitlicher Verpflichtung zum Erbringen bestimmter Dienste. Da auf der Basis der Gewerbe- und Berufsfreiheit niemand zu einer Dienstleistung – auch gegen Geldersatz – gezwungen werden kann, passt der Begriff Auferle-

gung nur bei der Ausgestaltung während laufender Ausschließlichkeitsrechte (Genehmigungen nach § 13 PBefG). Denn hier kann der Rechteinhaber verpflichtet werden, bestimmte Leistungen im öffentlichen Interesse gegen Ersatz entweder aus Übergewinnen oder aus einem spezifischen Ausgleich zu übernehmen. Hingegen fehlt bei Ablaufen solcher Rechte ein Anknüpfungspunkt. § 13a Abs. 1 Satz 1 PBefG sieht aber die Erteilung eines neuen ausschließlichen Rechtes (Genehmigung) vor, soweit dies nach einer Auferlegung i.S.d. EG-VO (EWG) Nr. 1191/69 erfolgt. Daher muss auch eine „Auferlegung“ für neue Linien entgegen dem zunächst naheliegenden Wortsinn möglich sein.

Als Regelfall der Vergabe eines ausschließlichen Rechts bei gemeinwirtschaftlichen Linien sieht § 13a PBefG i.V.m. GKV die wettbewerbliche Vergabe eines Verkehrsdienstvertrages nach VOL/A 1. Abschnitt vor. Die „Auferlegung“ steht hierzu komplementär. Es handelt sich bei dieser „Auferlegung“ letztlich um eine „freihändige Vergabe“, da der Auftrag ohne Einhaltung eines wettbewerblichen Verfahrens für einen neuen Verkehrsdienstvertrag - für eine hoheitliche Leistungsverpflichtung fehlt ein Anknüpfungspunkt – freihändig an ein (ausgewähltes) Verkehrsunternehmen ergeht. Allerdings entspricht die Auferlegung nach § 1 Abs. 3 GKV vergaberechtlich nicht der Freihändigen Vergabe bzw. dem Verhandlungsverfahren nach VOL/A, sie ist hierzu ein „aliud“.

Der enge rechtliche Zusammenhang zwischen „freihändiger“ Auferlegung und Freihändiger Vergabe/Verhandlungsverfahren bei Abschluss eines Verkehrsdienstleistungsvertrages spiegelt auch die beihilferechtlichen Anforderungen aus Art. 73 EG und VO (EWG) Nr. 1191/69 F. 91 wieder. Während nämlich ein Verkehrsdienstvertrag nach Art. 14 dieser VO eine wettbewerbliche Vergabe und damit einen echten Marktpreis voraussetzt, geht die Abgeltung für eine Auferlegung nach den Abschnitten II, III und IV dieser VO von einer Beihilfe aus, welche aber aufgrund von Art. 73 EG als gemeinschaftsrechtskonform gilt. Hieraus wird deutlich, dass die Auferlegung nach Europarecht auch die Abgeltung neuer Verkehrsdienste mit umfasst. Dies ist auch schlüssig, da sich das Europarecht um die wettbewerbliche Wirkung von Abgeltungszahlungen und um die Befreiung der Unternehmen von nicht ausgeglichen Lasten und damit die Erhöhung unternehmerischer Freiheiten bemüht. Nicht vermag hingegen das Europarecht die Freiheiten der Mitgliedstaaten zu beschränken, etwa indem sie nur „Auferlegungen“ bei laufenden Ausschließlichkeitsrechten vornehmen dürften.

5.3.2 Subsidiarität wettbewerbsfreier Lösungen

Wettbewerbsfreie Lösungen sind nach der Konzeption des europäischen Rechts und auch des nationalen Rechts subsidiär gegenüber wettbewerblichen Lösungen. Letztere stellen die Beschaffung im öffentlichen Interesse erforderlicher Dienstleistungen zu einem Marktpreis sicher. Sie enthalten ge-

genüber nicht zum Zuge gekommenen Unternehmen keine Merkmale einer verbotenen Beihilfe, da sie den Wettbewerb nicht verfälschen. Aus den Erwägungsgründen und Zusammenhängen der europäischen Verordnungen ergibt sich, dass die wettbewerbliche Bildung von Preisen in Verkehrs-dienstverträgen der Regelfall sein soll.

Auch das nationale Recht geht vom Vorrang (formeller) Wettbewerbsverfahren aus. So sieht § 1 Abs. 2 GKV die wettbewerbliche Vergabe nach dem Vergaberecht als Regelfall und § 1 Abs. 3 die „Auferlegung“ als Ausnahmefall vor. Die Ausnahmegründe nach § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV ähneln hierbei den Gründen, die vergaberechtlich eine freihändige Vergabe legitimieren. Im Kern muss es sich um zwingende sachliche Gründe handeln, die ausnahmsweise ein formelles Wettbewerbsverfahren als un-zweckmäßig erscheinen lassen.

Das wettbewerbliche Verfahren muss einen effektiven Wettbewerb sicherstellen. Nur wenn dieser stattgefunden hat, sind die geringsten Kosten für die Allgemeinheit bereits durch das Abhalten eines förmlichen Verfahrens nachgewiesen (§ 1 Abs. 2 GKV). Dieser „Beweis durch Verfahren“ ähnelt den Vorschriften des Preisrechts für öffentliche Aufträge, welche dann einen preisrechtlich zulässigen Marktpreis annimmt, wenn Wettbewerb bestand und der Preis durch diesen Wettbewerb zustande gekommen war.

5.4 Rechtfertigung einer Auferlegung

Die Rechtfertigung einer „freihändigen“ Auferlegung von Verkehrsdienstleistungsverträgen bei (Wieder)Erteilung einer Genehmigung nach § 13a PBefG i.V.m. § 1 Abs. 3 GKV und einer Auferlegung auf eine noch laufende Genehmigung nach § 13 PBefG ist im Ergebnis gleichlautend mit den Ausnahmegründen einer freihändigen Vergabe bzw. Wahl des Verhandlungsverfahrens nach § 3 und § 3a VOL/A. Es kommen in Betracht:

- Laufendes Ausschließlichkeitsrecht: Aufgrund des Ausgestaltungsrechts nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c PBefG kommt die Erteilung einer zusätzlich ausgestaltenden Genehmigung nicht in Betracht. § 13a PBefG ist daher nicht einschlägig. Vergaberechtlich wäre die „Bezuschussung“ des vorhandenen Verkehrs nach § 3 Nr. 4 lit. a) VOL/A bzw. § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A gerechtfertigt.
- Die wettbewerbliche Vergabe lässt eine Unwirtschaftlichkeit erwarten, da aufgrund noch laufender Ausschließlichkeitsrechte noch nicht die optimalen Linienbündel gebildet werden können (vgl. Punkt 2.4.4). Vergaberechtlich ist dies nach § 3 Nr. 4 lit. a) VOL/A bzw. § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A zulässig, da die Vergabestelle rechtlich - laufende Schutzrechte der noch nicht

in das Bündel einbeziehbarer Linien– gehindert ist. Die Vergabestelle könnte nur die freiwerdenden Linien ausschreiben, jedoch nicht das gesamte Linienbündel. Hierzu ist erforderlich, dass für einen Übergangszeitraum die Leistungen durch eine „freihändige“ Auferlegung vergeben werden.

Abgeraten wird dagegen von einer nicht wettbewerblichen Vergabe wegen vermeintlicher Beschränkung des Anbieterwettbewerbs. In der Regel wird ohne wettbewerbliches Verfahren der Aufgabenträger nicht nachweisen können, dass überhaupt nur ein Unternehmen in der Lage ist, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben oder eine unklare Einnahmeverteilung den Marktzugang zu sehr behindert. Oft resultieren bestimmte Wettbewerbsverzerrungen aus der nicht gelebten Wettbewerbspraxis im ÖSPV.

Weiterhin sind Argumente wie mangelndes Know-How der Vergabestelle oder Schutz von eigenen kommunalen Unternehmen letztlich nicht tragfähig um ein wettbewerbsfreies Verfahren zu begründen. Schließlich kann auch die mögliche Rückzahlung von Zuschüssen bei nicht mehr zweckentsprechend verwendbaren Fördergegenständen (z.B. Bus oder Betriebshöfe) nicht eine freihändige Vergabe legitimieren.

5.5 Ausgleichsberechnung einer Auferlegung

Die Auferlegung bei laufenden und wiederzuteilenden Liniengenehmigungen erfordert sowohl das Einhalten des preisrechtlich höchstzulässigen Preises nach Preisrecht für öffentliche Auftraggeber und § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV, sowie die Einhaltung des maximal zulässigen Ausgleichsbetrags nach VO (EWG) Nr. 1191/69 F. 91. Letztere stellt im Kern auf die angemessenen Kosten einer zweckdienlichen Geschäftsführung ab. Der in der EG-VO vorgesehene spezifische Ausgleich aufgrund eines Vergleichs zwischen der Situation am freien Markt und der Situation nach einer Auferlegung wird vielfach nicht anwendbar sein, da der Referenzfall „freier Markt ohne Subventionen“ nicht konstruierbar ist. In diesem Falle sind nach EG-Recht die Gesamtkosten abzüglich der erzielten Einnahmen ausgleichsfähig. Voraussetzung ist allerdings, dass die Gesamtkosten als angemessen anzusehen sind.

Spezifischer wird der zulässige Ausgleich durch das Preisrecht festgelegt. Das Preisrecht gilt unmittelbar für öffentliche Auftraggeber und verlangt von diesen vorrangig die Einhaltung wettbewerblicher Verfahren und damit die Bildung von Marktvergleichspreisen. Zusätzlich gilt aber das Preisrecht bei Auferlegungen über § 1 Abs. 3 Satz 1 GKV, da der Ordnungsgeber davon ausgeht, dass im Rahmen von Auferlegungen nicht die geringsten Kosten für die Allgemeinheit, z.B. durch Überkompensation eingehalten werden könnten.

5.6 Marktvergleichspreis als Regelfall der Kostenberechnung

Der höchstzulässige Ausgleich nach dem Preisrecht führt im Ergebnis dazu, dass im ÖSPV regelmäßig die Kosten nach dem Marktvergleichspreis (§ 5 Abs. 2 VO PR 30/53) festzustellen sind. Denn soweit es sich um allgemein marktgängige Leistungen handelt, für die nur im konkreten Falle kein Markt zu Stande kam, ist es preisrechtlich unzulässig auf den Selbstkostenpreis zurückzugreifen. Vielmehr muss der Preis aufgrund von Vergleichen mit marktgängigen Preisen – z.B. im Rahmen von Ausschreibungen, Vergaben von Subunternehmerleistungen, Preise in verwandten Tätigkeiten wie Reisebusverkehr – gefunden werden. Die Übertragung auf den konkreten Sachverhalt soll durch Zu- und Abschläge erfolgen. Keineswegs darf aufgrund von Abweichungen im Detail unmittelbar auf den prinzipiell preistreibenden Selbstkostenpreis zurückgegriffen werden.

5.7 Ermittlung des Marktvergleichspreises

Der Marktvergleichspreis muss v.a. durch Auffinden vergleichbarer Markttransaktionen gefunden werden. Hierbei bietet sich eine Unterscheidung in städtische und ländliche Busverkehre an, um Marktvergleichspreise sinnvoll zu differenzieren. Weiterhin ist es hilfreich, wenn für Teilleistungen (z.B. Fahrzeugstandard, Fahrerstunde, Wagenkilometer) Einzelpreise bestehen, da sich eine ÖSPV - Leistung im Einzelfall immer unterschiedlich aus den Hauptkostenkomponenten Fahrzeugtyp, Fahrerstunde und Wagenkilometer zusammensetzt.

Die Marktvergleichspreise können in der Praxis durch Erfahrungen des Aufgabenträgers, auch in anderen Funktionen z.B. als Schulwegekostenträger oder Einkäufer von Anmietverkehren, aber auch durch Erfahrungen anderer Aufgabenträger oder auch im Ausland, sowie durch Erfahrungswissen von Gutachtern festgestellt werden. Kosten nach Benchmarking lassen sich hingegen nur dann zum Marktvergleich heranziehen, wenn beweisbar wird, dass diese Kosten letztlich zu belastbaren Preisen führen und nicht nur Ausfluss eines betrieblichen Kostenrechnungswesens sind.

5.8 Erlösberechnung und Einnahmeaufteilung

Während die Kosten weitgehend über den Marktvergleichspreis erfasst werden können, ist bei den gegenzurechnenden Erlösen eine spezifische Betrachtung erforderlich. Die Erlöse sind in Höhe ihres tatsächlichen Anfalls kostenmindernd einzusetzen, was im Ergebnis auf einen Bruttovertrag hinausläuft.

Soweit eine Einnahmeaufteilung besteht, muss diese leistungsgerecht erfolgen, um eine Querfinanzierung zwischen eigenwirtschaftlichen und auferlegten Linien zu vermeiden. Auch soweit verschiedene Aufgaben- und damit Kostenträger tangiert sind, wird sich eine leistungsorientierte Einnahmeaufteilung anbieten. Nur soweit alle Verkehre auferlegt sind und im wesentlichen nur einen Aufgabenträger berühren, können pauschale Einnahmeaufteilungssysteme noch vorübergehend weitergeführt werden, sollten aber auch dort zu Gunsten eines Leistungsanreize bietenden Systems umgestellt werden.

5.9 Erlörisiko im Nettovertrag als Marktvergleichspreis

Die Übernahme des Erlörisikos durch den Ersteller (Nettovertrag) ist aber im Rahmen des Marktvergleichspreises möglich. Denn soweit vergleichbare Preise für eine Saldierung von Kosten und Erlösen von Fahrgästen bestehen, kann auf dies als vergleichbarer Preis für eine Leistung - nämlich Aufrechterhaltung eines bestimmten Angebotes - zurückgegriffen werden. Neben der Beachtung vergleichbarer Kosten erfordert dieses Vorgehen ein genaues Vergleichen von Kosten und vom Bieter übernommener Erlörisiken.

5.10 Erlös- und Anreizsysteme

Die wirksame Umsetzung von Markt- und Kundenorientierung bei Auferlegungen setzt ein Mix aus Erlös- und sonstigen Anreizen voraus. Der objektiven Messung der geschuldeten Qualität werden vielfach keine wirksamen Steuerungsfunktionen zugetraut. Besser schneiden Systeme der Bewertung der Kundenzufriedenheit auf der Basis einzeln zuordenbarer Bewertungskriterien, der Anreiz über Vertriebsprovisionen und schließlich auch die Sicherung des vollen Erlörisikos für einen Betreiber auch bei Nichtdurchführbarkeit von leistungsgerechten Einnahmeaufteilungssystemen – Stichwort „virtueller Einnahmeaufteilung“ ab.

6. Literaturverzeichnis:

Bagdahn: Allgemeine Kalkulationshilfen für den Auftragslinienverkehr (AKUT), 1997, Forschungs- und Beratungsgesellschaft Personenverkehr mbH (f+b), Böblingen (Selbstverlag).

Barth, Sibylle: Nahverkehr in kommunaler Verantwortung – Der öffentliche Personennahverkehr nach der Regionalisierung. Berlin u. a., 2000.

Barth, Sibylle: Bündelung von Linien im öffentlichen Personennahverkehr, 1999, Rechtsgutachten im Auftrag der Kommunalen Verkehrsgesellschaft Lippe mbH, Detmold, des Kreises Gütersloh, der Minden-Herforder-Verkehrsgesellschaft, der Stadt Bielefeld und des Zweckverbandes Nahverkehrsverbund Paderborn-Höxter, Paderborn (bislang unveröffentlicht).

Barth, Sibylle / Baumeister, Hubertus: Umweltwirksame Gestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs durch die Kommunalen Aufgabenträger. In: ZUR 1997, S. 17 – 26.

Batzill, Roland: Unausweichlicher Wettbewerb. In: DER NAHVERKEHR 1-2/1995, S. 81.

Batzill, Roland / Zuck, Holger: Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld von Bahnstrukturreform, PBefG-Novelle, ÖPNV-Recht der Länder und EG-Recht. Zu den durch die Bahnstrukturreform und das Inkrafttreten EG-rechtlicher Bestimmungen aufgeworfenen Fragen der Anwendung des PBefG. Baden-Baden 1997.

Baumeister, Hubertus: Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen – Anmerkung zu OVG-LSA, Urt. v. 07. 04. 1998 – A 1/4 S 221/97 – LKV 1999, 31ff. In: LKV 1999, S. 12 – 14.

Baumeister, Hubertus / Barth, Sibylle / Berschin, Felix: Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV aufgrund nationaler und EG-rechtlicher Vorgaben. Rechtsgutachten für die Landkreise im MVV. Dezember 1998.

Baumeister, Hubertus / Berschin, Felix: Gewährleistung eines attraktiven öffentlichen Personennahverkehrs unter Wettbewerbsbedingungen. In: Der Landkreis 1999, S. 629 – 632.

Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie: Ausschreibungsempfehlungen – Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Sinn von § 13a PBefG, vom 10. 11. 1997 (Nr. 7421 – VII/B 1d – 50194).

Berschin, Felix: Europäisches Recht der Finanzierung im ÖPNV bringt Wettbewerb um die Subvention. Die Deutsche Praxis der ÖPNV-Finanzierung auf dem Prüfstand des EG-Rechts. In: ZUR 1997, S. 4 – 12.

Berschin, Felix / Baumeister, Hubertus: Vergaberecht im SPNV. In: DER NAHVERKEHR 5/1998, S. 88 – 89.

Bidinger, Helmuth (Begr.): Personenbeförderungsrecht – Kommentar zum Personenbeförderungsgesetz nebst sonstigen einschlägigen Vorschriften. Berlin, Losebl. Stand Erg.Lfg. 2/1998.

Boesen, Arnold: Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB. 1. Auflage Köln 2000.

Bund-Länder Fachausschuß Straßenpersonenverkehr: Genehmigungsverfahren für Linienverkehre des ÖPNV. In: DER NAHVERKEHR 6/1997, S. 8 - 12.

Burgbacher, Hans-Gerwin: Vergaberegeln und Nahverkehr. In: TranspR 1999, S. 1 – 6.

Daub, Walter (Begr.) / *Eberstein, Hermann*: Kommentar zur VOL/A. Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen. 4. Auflage, Düsseldorf 1998. Zitiert: Bearbeiter, in Daub/Eberstein, VOL/A.

Ebisch, Hellmuth (Begr.) / *Gottschalk, Joachim* / *Knauss, Werner* / *Schmidt, Johann K.*: Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen einschließlich Bauaufträge: Kommentar. 6. Auflage München 1994. Zitiert: Bearbeiter, in Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen.

Fey, Michael: Zur Verordnung „Geringste Kosten“ als Abschluss des Gesetzeswerkes zur Regionalisierung des ÖPNV-Marktes sowie zu anderen Fragen des novellierten PBefG. In: NZV 1996, S. 132 – 138.

Fielitz, Karl Heinrich / *Meier, Hans* / *Montigel, Eberhard* / *Müller, Lea*: Personenbeförderungsgesetz Kommentar. Neuwied u. a., Losebl. Stand 35. Erg.Lfg., Dezember 1996.

Fritsch, Michael / *Wein, Thomas* / *Ewers, Hans-Jürgen*: Marktversagen und Wirtschaftspolitik. 3. Auflage München 1999.

Fromm, Günter: Juristische Probleme der Reform der Eisenbahnen. In: Internationales Verkehrsweisen 1994, S. 97 – 103.

Fromm, Günter / *Fey, Michael*: Personenbeförderungsrecht. 2. Auflage München 1995.

Grafberger, Walter: Der öffentliche Personennahverkehr – Aufgabe, Organisation und verkehrsgewerberechtlicher Rahmen, Hallstadt 1992.

Heinze, Christian: Der Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen und Aspekte künftiger Regulierung des ÖPNV – unter Berücksichtigung der EG-Verordnung 1893/91. Bielefeld 1993.

Ders.: Zur Rechtsstellung der Unternehmen in dem seit 1. Januar 1996 geltenden Personenbeförderungsrecht. In: DÖV 1996, S. 977-984.

Huber, Peter-Michael: Konkurrentenschutz im Verwaltungsrecht – Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung. Tübingen 1991.

Knüttel, Helmut: Vertragliche Regelungen für gemeinschaftliche Verkehre. In: DER NAHVERKEHR, 12/1995, S. 8 ff.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Auftraggeber): Examination of community law relating to the public service obligations and contracts in the field of inland passenger transport – final report (D9810052/23915) von NEA - Transport research and training. Rijswijk 1998 (Selbstverlag).

Lange, Klaus: Verkehr und öffentliches Recht. Göttingen 1994.

Maaß, Roland: Der Wettbewerb im örtlichen Personenbeförderungswesen. Möglichkeiten und Notwendigkeiten im Bereich straßengebundener Beförderung. Berlin 1998.

Müller, Rainer: Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen. Preisbildung, Preisprüfung, vertragliche Preisvereinbarungen. 3. Auflage München 1993.

Müller, Jürgen / Vogelsang, Ingo: Staatliche Regulierung. Baden-Baden 1979.

Muthesius, Thomas: Genehmigungsverfahren für Linienverkehre des ÖPNV. In: DER NAHVERKEHR 9/1997, S. 6 - 9.

Meyer, Susanne: Die Ausschreibungspflicht im gemeinwirtschaftlichen Linienverkehr und ihre Auswirkungen auf den Bestand der Genehmigung. In: DVBI. 1999, S. 1409 - 1413.

Schmidt, Reiner (Hrsg.): Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil. Berlin, Heidelberg, New York etc. 1990. Zitiert: Verfasser, in Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT.

Schmuck, Herbert: Die Eisenbahnen in der Gemeinsamen Verkehrspolitik der EG. In: TranspR 1992, S. 41 – 53.

Schoch, Friedrich / Schmidt-Abmann, Eberhard / Pietzner, Rainer: Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar. München, Losebl., Stand: Februar 1998. Zitiert: Bearbeiter, in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO.

Werner, Jan: Die Verantwortung der öffentlichen Hand für das Verkehrsleistungsangebot im ÖPNV. In: ZUR 1997, S. 12 – 17.

Ders.: Nach der Regionalisierung – Der Nahverkehr im Wettbewerb. Rechtlicher Rahmen, Verantwortlichkeiten, Gestaltungsoptionen. Dortmund 2. Auflage 1998.

Ders.: Die Auftragsvergabe im Verkehrsbereich nach der Neufassung von VOL/A und VgV (II). In: VergabeR 3/1998, S. 32 – 36.

Zeiselmaier, Josef: Die Novelle zum PBefG – Auswirkungen auf die bayerische Genehmigungspraxis. In: DER NAHVERKEHR 11/1995, S. 8 – 15.

Zuck, Holger: Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit – Rechtsfragen der Neuordnung des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) durch die PBefG-Novelle `96. In: DÖV 1994, S. 941 – 949.