



ÖPNV im Umbruch

Neue EU – Verordnung und beihilfenrechtliche
Rahmenbedingungen

Dr. Carsten Jennert LL.M, Rechtsanwalt
Volker Wolfrum, Rechtsanwalt

24. Januar 2007

Gliederung

Teil I: Neue EU – Verordnung VO 1370/07

1. Bisherige Rechtslage nach VO 1191/69

2. Neue EU - Verordnung

- Regelungsinhalt / In-Kraft-Treten
- Übergangsregelung
- Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe
- Auftragsinhalt und Ausgleichsleistungen
- Schlussfolgerungen

Teil II: EU-Beihilfenrecht

1. Verkehrsverbund Rhein-Ruhr

2. Postbus Lizenz

3. Landkreis Wittenberg

1. Aktuelle Rechtslage: VO 1191/69

- **Genehmigungswettbewerb für eigenwirtschaftlichen Verkehr**
 - Teilbereichsausnahme zu VO 1191/69
 - Rechtlicher Rahmen: §§ 9, 12, 13, 14 ff PBefG

vs.

- **Ausschreibungswettbewerb für gemeinwirtschaftlichen Verkehr**
 - Rechtlicher Rahmen: § 13a PBefG i.V.m. VO 1191/69
- ***BVerwG v. 19.10.2006 - 3 C 33/05* Regelung zur Eigenwirtschaftlichkeit ist wirksame Teilbereichsausnahme**

2. Neue EU – Verordnung

Regelungsinhalt und In-Kraft-Treten

Regelungsinhalt

- **ÖPNV – spezifisches Vergaberecht:**
 - Voraussetzungen der Direktvergabe und
 - Anforderungen an die Vergabe im Wettbewerb
- **ÖPNV – spezifisches Beihilfenrecht:**
 - Art und Umfang der Ausgleichsleistungen für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

In-Kraft-Treten / Reformbedarf

- **Die neue EU-Verordnung tritt zum 03.12.2009 in Kraft**
- **Ankündigung einer zügigen Reformierung des nationalen Rechtsrahmens durch das BMVBS**

2. Neue EU – Verordnung

Übergangsregelung

- **Spätestens ab dem 03. Dezember 2019 müssen alle öffentlichen Aufträge im ÖPNV – Bereich nach den Regelungen der VO-Neu vergeben werden**
- **Differenzierte Übergangsregelung hinsichtlich Art. 5 VO-Neu → übrige Bestimmungen bereits ab 03.12.2009**
- **Laufzeiten von Altverträgen:**
 - Aufträge die vor dem 26. Juli 2000
 - wettbewerbliches Verfahren: volle Laufzeit
 - ohne wettbewerbliches Verfahren: max. 30 Jahre
 - Aufträge zwischen dem 26. Juli 2000 und dem 03. Dezember 2009:
 - wettbewerbliches Verfahren: max. 30 Jahre
 - ohne wettbewerbliches Verfahren: max. Laufzeit nach VO - Neu

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe – Begriffsdefinitionen nach Art. 2 VO - Neu

- **Zuständige Behörde:**

- *„Jede Behörde (Gruppe von Behörden), die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geographischen Gebiet befugt ist“*
- Keine Unterscheidung zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger

- **interner Betreiber:**

- *„rechtlich selbstständige Einheit, über die die zuständige Behörde eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt.“*

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe – öffentlicher Dienstleistungsauftrag

- **Zentraler Begriff der neue EU – Verordnung (VO 1370/2007) ist der Begriff des**

„öffentlichen Dienstleistungsauftrags“:

- Zwingend für die Übertragung ausschließlicher Rechte oder Leistung von Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Art. 3 VO-Neu)
- Weiter Begriff: entgeltliche Verträge, Gesetz, Dienstleistungskonzessionen etc. → erfasst werden auch **Verwaltungsakte**
- Zu vereinbaren zwischen *zuständiger Behörde* und *Betreiber*

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe – öffentlicher Dienstleistungsauftrag

Der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags

Begriff nach VO - neu

Art. 2 lit. I VO - neu

- Rechtsverbindlicher Akt der eine
 - **Übereinkunft** zw. der zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes enthält,
 - diesen mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu **betrauen**,
 - die **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen** unterliegen.

- Sehr weiter Begriff, der die vergaberechtliche Definition des öffentlichen Dienstleistungsauftrag mit einschließt.
- grs. jede Form rechtsverbindlichen Handelns

Begriff nach EU - Vergaberecht

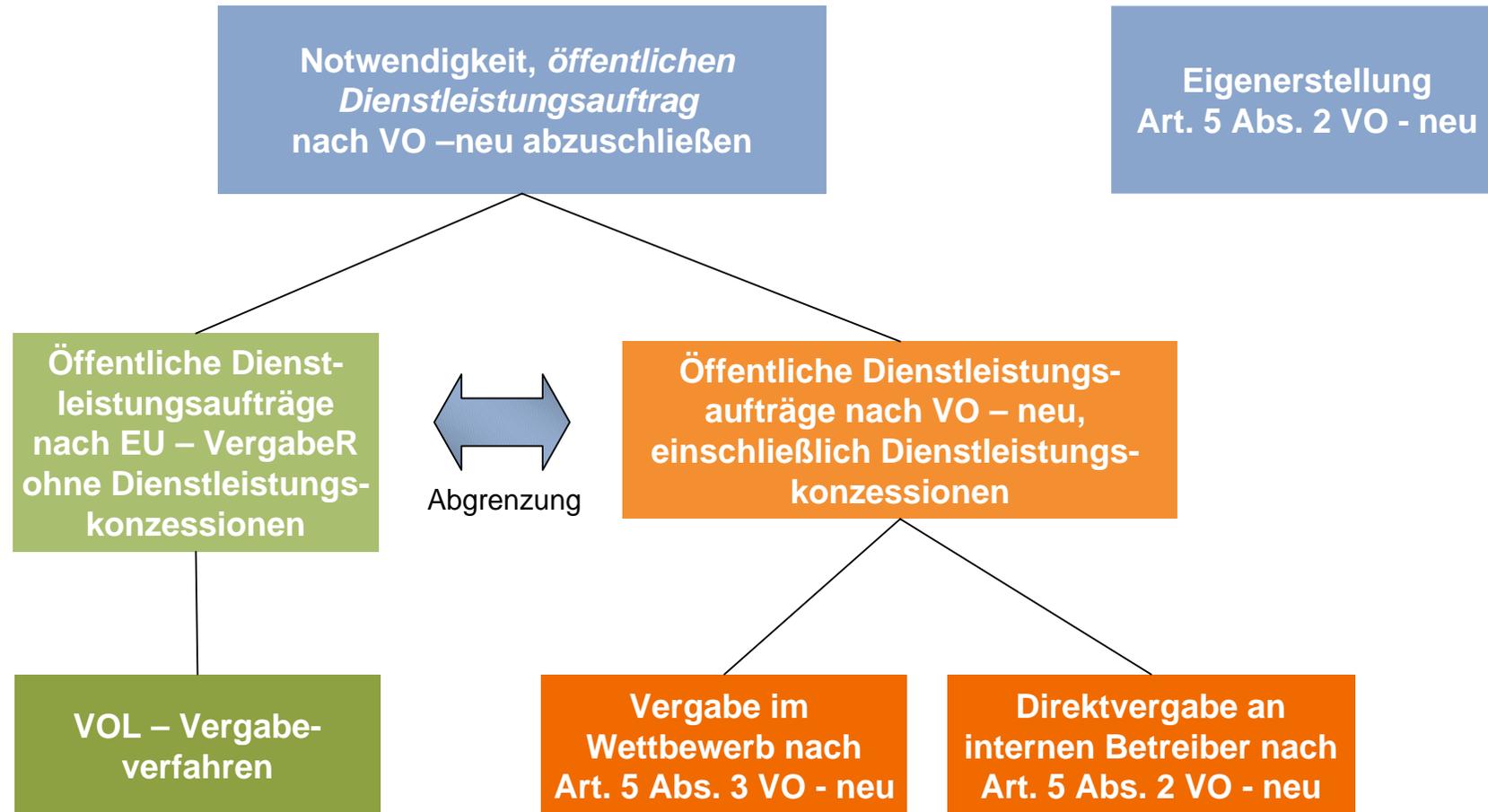
§ 99 Abs. 4 GWB

- Dienstleistungsaufträge sind
 - **entgeltliche** Verträge
 - über ein **Dienstleistungen**.
 - Dienstleistungen sind Leistungen, die weder Bau- noch Lieferleistungen iSd VergR sind.

- Teilmenge des Begriffs aus VO-Neu

2. Neue EU – Verordnung

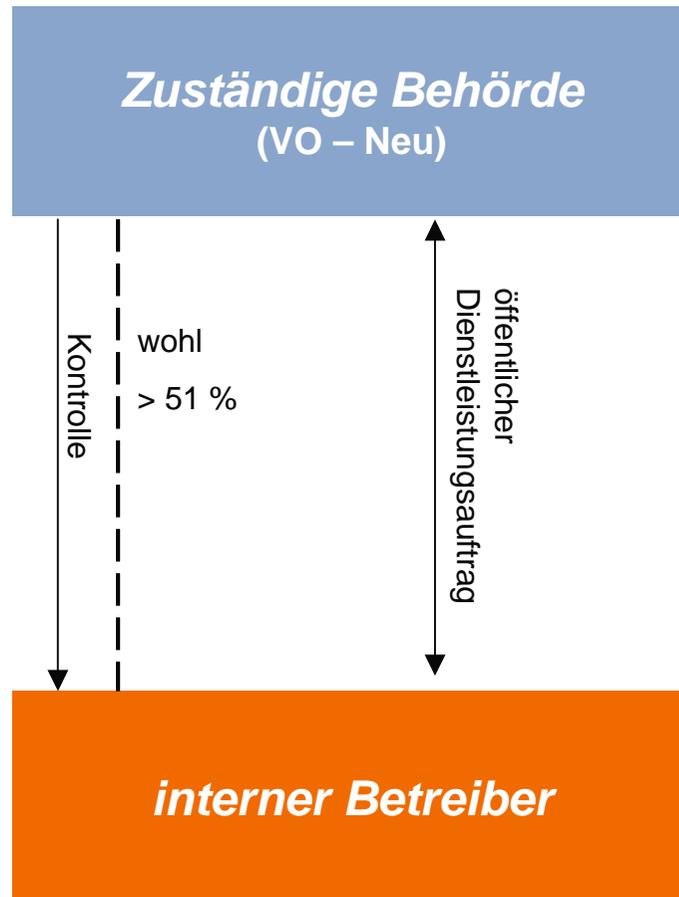
Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe – Anwendungsbereich



2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe -

Voraussetzungen der ausschreibungsfreien Direktvergabe

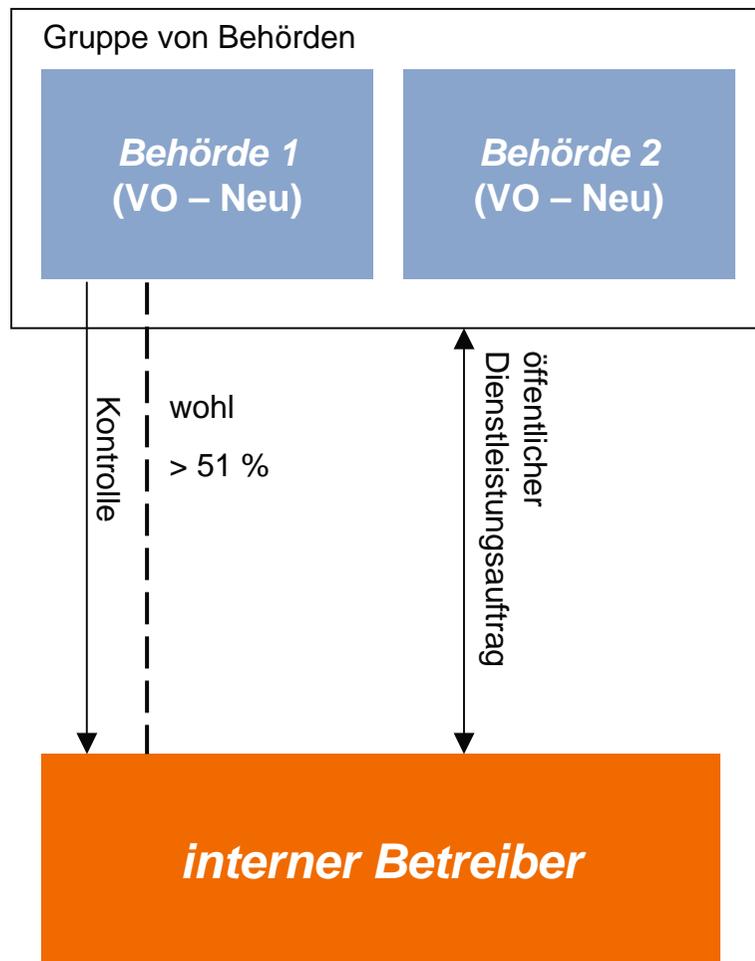


- Der interne Betreiber wird durch die zuständige Behörde „wie eine eigene Dienststelle“ kontrolliert („**Kontrollkriterium**“)
- Tätigkeit des Betreibers innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der zuständigen Behörde („**Gebietsbezogenheit**“)
- Der interne Betreiber beteiligt sich **nicht** an wettbewerblichen Vergabeverfahren außerhalb „seines Gebietes“ („**Exklusivität**“)

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe -

Voraussetzungen der ausschreibungsfreien Direktvergabe



- Direktvergabe auch durch „Gruppe von Behörden“ möglich
- Zur Erfüllung des **Kontrollkriteriums** ist es ausreichend, dass eine Behörde aus der Gruppe eine entsprechende Kontrolle über den internen Betreiber ausübt.
- Erfüllung der übrigen Kriterien:
Gebietsbezogenheit, Exklusivität

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe - Voraussetzungen der Direktvergabe

Kontrollkriterium*

- Das Kontrollkriterium ist erfüllt, wenn der interne Betreiber durch die zuständige Behörde, wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird.
- **Indizien:** Umfang der Vertretung in Verwaltungs- oder Kontrollgremien, Eigentumsrechte, tatsächlicher Einfluss auf strategische Entscheidungen
- Nicht zwingend erforderlich: 100%ige Eigentümerstellung

Gebietsbezogenheit

- Ausschließliche Tätigkeit des internen Betreibers oder seiner Tochtergesellschaften innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der zuständigen Behörde

Exklusivität

- Keine Beteiligung an wettbewerblichen Vergabeverfahren

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe - Weitere Möglichkeiten der Direktvergabe

Schwellenwerte

- **Wettbewerbsfreie Vergabe von Aufträgen mit**
 - geschätztem Jahresdurchschnittswert* von < 1 Mio. EUR oder
 - jährliche Personenverkehrsleistung von < als 300.000 km
- **Bei KMU (Unternehmen mit weniger als 23 Fahrzeugen):**
 - Jahresdurchschnittswert < 2 Mio. EUR
 - jährliche Personenverkehrsleistung < 600.000 km

Eisenbahnverkehr

- Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO - neu

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe - Anforderungen an die Vergabe im Wettbewerb

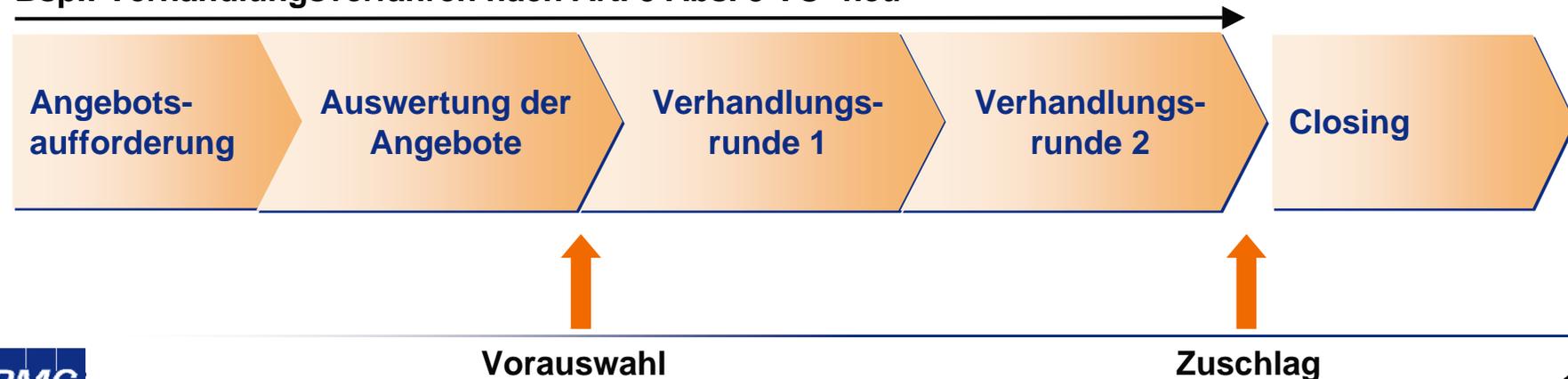
- **Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO-Neu:**
 - *„Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen (...) so müssen die öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Wege eines **wettbewerblichen Vergabeverfahrens** vergeben [werden]“*
 - *„[Dieses] (...) Verfahren muss allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen“*
 - *„Nach Abgabe der Angebote (...) können in diesem Verfahren Verhandlungen geführt werden (...)“*

2. Neue EU – Verordnung

Vergabe im Wettbewerb / Direktvergabe - Anforderungen an die Vergabe im Wettbewerb

- **Schlussfolgerungen aus Art. 5 Abs. 3 VO-Neu:**
 - Verhandlungsverfahren im Anwendungsbereich der neuen VO stets zulässig
 - Verfahrensvorgaben ? → Orientierungspunkte Verhandlungsverfahren nach EU-VergabeR und Rspr. des EuGH zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

Bsp.: Verhandlungsverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO -neu



2. Neue EU – Verordnung

Auftragsinhalt

Obligatorischer Inhalt (allgemein)

- ✓ Definition der **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung** und des geographischen **Geltungsbereichs**
- ✓ Objektive und transparente Darstellung der **Parameter** anhand derer sich die **Ausgleichsleistung** bemisst
- ✓ Art und Umfang der ggf. gewährten **Ausschließlichkeit**
- ✓ Festsetzung von **Durchführungsvorschriften** zur Berechnung der ersatzfähigen Kosten
- ✓ Festsetzung der **Aufteilung der Einnahmen** aus dem Fahrscheinverkauf

Laufzeit

- 10 Jahre für Busverkehrsdienste
- 15 Jahre für schienengestützte Verkehre
- 15 Jahre bei Mischaufträgen (mehrere Verkehrsträger), wenn mind. 50 % schienengestützt

Prinzip der überwiegenden Eigenleistung

- Ein bedeutender Teil der Personenverkehrsdienste ist durch den Betreiber selbst zu erbringen (Art. 5 Abs. 2 lit. e V –Neu)

Arbeitnehmerrechte

- „fiktiver Betriebsübergang“: AN des Betreibers erhalten die Rechtsstellung, die sie bei einem Betriebsübergang hätten, wenn sie durch Betreiber für die Erbringung der Dienste eingestellt wurden.

Ausgleichsleistung

- siehe nächste Folie

2. Neue EU – Verordnung

Ausgleichsleistungen nach Art. 4 Abs. 1 b) und Art. 6 Abs. 1 VO-Neu

Grundsatz

- ✓ Die Ausgleichsleistung darf den Betrag nicht überschreiten, der dem finanziellen Nettoeffekt der Summe aller (positiven oder negativen) Auswirkungen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes entspricht.

Berechnung des finanziellen Nettoeffektes

Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung

- positive finanzielle Auswirkungen

- Einnahmen aus Tarifentgelten

- sonstige Einnahmen

= Finanzieller Nettoeffekt

2. Neue EU – Verordnung

Schlussfolgerungen



Fazit

- **Rechtslage VO-Neu:**
 - *VO direkt anwendbar*
 - *keine Teilbereichsausnahme*
 - *Raum für nationale Regelung, Reformbedarf*
 - *Grundsatz: Vergabe im Wettbewerb*
 - *Ausnahme: Direktvergaben häufig möglich*
→ *Kosten / strategische Optionen*
 - *Für jede Ausgleichszahlung bedarf es eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags*
 - *Problematische Abgrenzung zum „allgemeinen“ Vergaberecht*

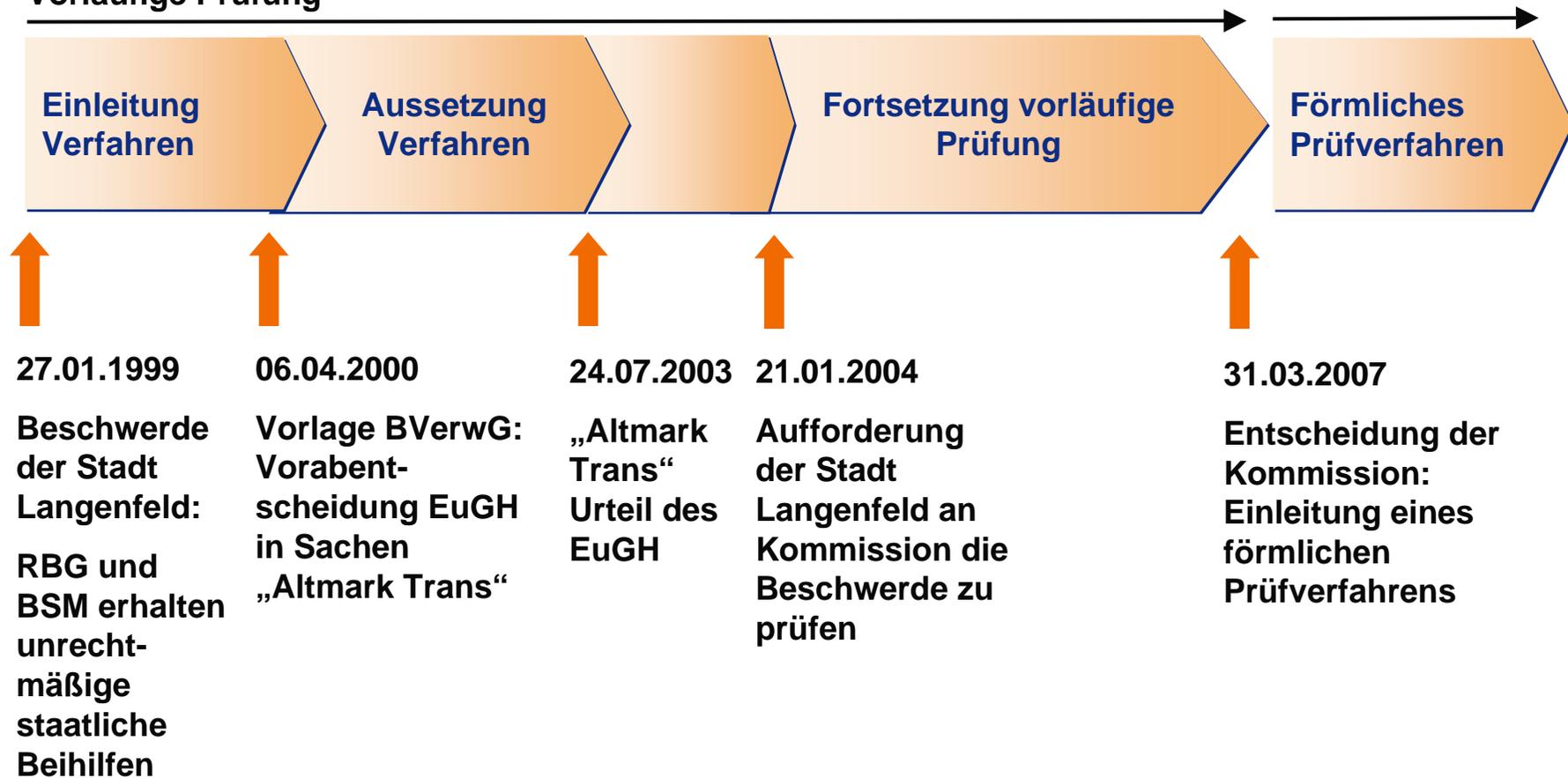
Teil II: EU-Beihilfenrecht

Aktuelle Entscheidungspraxis der Kommission

1. Verkehrsverbund Rhein – Ruhr

Verfahrensablauf

Vorläufige Prüfung



1. Verkehrsverbund Rhein - Ruhr

Sachverhalt

- **Verfahrenseinleitung durch Kommune**
 - Stadt Langenfeld erhebt Beschwerde bei EU-Kommission, dass die Rheinische Bahngesellschaft (RBG) und Bahnen der Stadt Mohnheim (BSM) ungerechtfertigte staatliche Beihilfen erhalten.
 - Mittelbar steht damit die Finanzierung des Verkehrsverbunds Rhein – Ruhr (VRR) auf dem Prüfstand
 - Ebenso ist das vom VRR entwickelte Betrauungssystem Gegenstand der Überprüfung durch die Kommission
- **Eröffnung des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens**

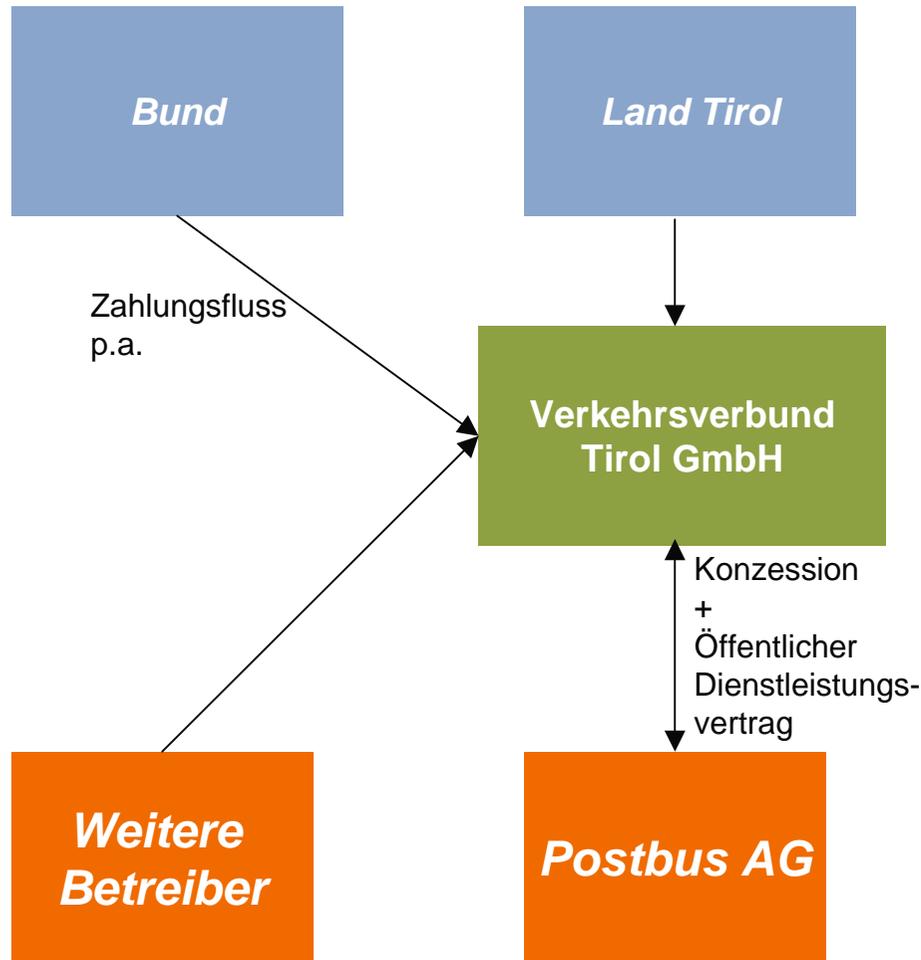
1. Verkehrsverbund Rhein - Ruhr

Entscheidung der Kommission vom 31.03.2007

- **Nach vorläufiger Ansicht der Kommission werden die Altmark Trans Kriterien nicht erfüllt:**
 - **Betrauerung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen: Infrastrukturvorhaltung problematisch, da**
 - jedes Verkehrsunternehmen im eigenen Interesse über eine Verkehrsinfrastruktur sowie das notwendige Personal verfügen muss und
 - die Verpflichtung zur Infrastrukturvorhaltung nicht klar definiert ist (Definition im Detail welche Infrastruktur vorgehalten werden muss)
 - **Fraglich ob Kosten für Infrastrukturvorhaltung durch die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen begründet**

2. Postbus Lienz

Sachverhalt



- Keine Ausschreibung des DL - Vertrages, da dies nach österreichischem Recht für eigenwirtschaftliche Verkehre nicht notwendig ist
- Interesse an Linienbedienung durch Konkurrenzunternehmen
- fixe Vergütung für verbindlich festgelegte „Bestelleistungen“
- Vergütung für „Bestandsleistungen“

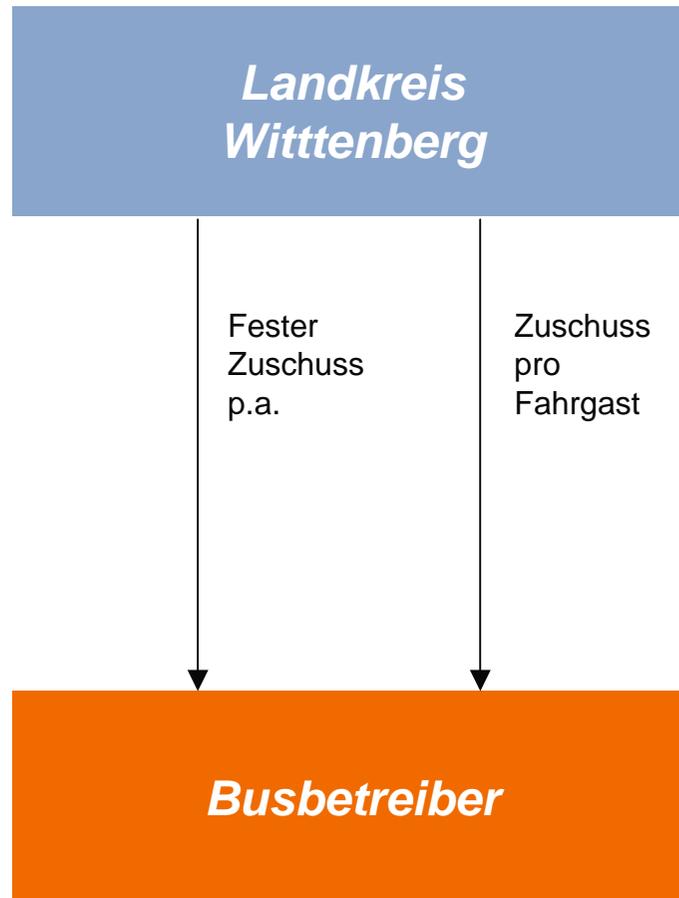
2. Postbus Lizenz

Entscheidung der Kommission

- **Nach Ansicht der Kommission werden die Altmark Trans Kriterien nicht erfüllt:**
 - Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen: Schaffung eines ausgewogenen Beförderungsnetzes aufgrund ländlichem Charakter des Bedienungsgebiets
 - Aber: Parameter zur Berechnung des Ausgleichs nicht vorab objektiv und transparent aufgestellt
 - Bestelleistungen (-), da Berechnungsparameter nicht ersichtlich
 - Bestandsleistungen (-), da die Gesamtvergütung Vergütungsbestandteile enthält, deren Höhe bei Vertragsabschluss nicht bekannt war (Bundeszuschüsse etc.)
- **Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe aufgrund VO 1191/69/EG nicht abgeschlossen**

3. Landkreis Witttenberg

Sachverhalt



- europaweite Ausschreibung im Rahmen eines Genehmigungswettbewerbes
- Ausgewählt wurde das Angebot, dass zu dem vorher vom Landkreis festgelegten „Preis“ die beste Qualität liefert
- „Bonusregelung“: Koppelung der Ausgleichszahlungen teilweise an Auslastung, nicht an Kosten
- Gewährung eines Pauschalbetrages für die Beförderung von Schülern
- Gewährung eines fixen Zuschusses pro befördertem Fahrgast

3. Landkreis Witteberg

Entscheidung der Kommission

- **Nach Ansicht der Kommission wurden die Altmark Trans – Kriterien nicht erfüllt:**
 - zwar wurden objektive und transparente Kriterien aufgestellt, anhand derer sich der Ausgleich für tatsächlich übernommene klar definierten gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen bemisst,
 - allerdings findet durch die gewählten Ausgleichsparameter eine Überkompensation statt:
 - Keine zwingende „Verbindung“ zwischen tatsächlichen Kosten und Höhe der Ausgleichszahlung
 - Steigerung des Zuschusses mit Erhöhung der Fahrgastzahlen über die Kosten hinaus
 - Überkompensation trotz Genehmigungswettbewerb?
- **Im Ergebnis ist die Beihilfe jedoch nach Art. 87 Abs. 3 lit. c EG mit dem gemeinsamen Markt vereinbar.**
- **Entscheidung systematisch fragwürdig: Bei Ausschreibung ist Vergütung Marktpreis und nach Altmark keine Beihilfe**



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH

Dr. Carsten Jennert LL.M.
Rechtsanwalt

Ganghoferstraße 29
D-80339 München

Tel.: 089 5997606-1361
Fax: 089 5997606-1911
Mobil: 0173 576 46 14
Mail: cjennert@kpmg-law.com

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH

Volker Wolfrum
Rechtsanwalt

Maxtorgraben 13
D-90409 Nürnberg

Tel.: 0911 8009299-38
Fax: 0911 8009299-15
Mobil: 0174 307-0978
Mail: vwolfrum@kpmg-law.com

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte auf Grund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation.

© 2007 KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH, Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.