

# **Gutachten**

**zu Fragen der Direktvergabe von Verkehrsleistungen nach der  
Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und der Reichweite des Vor-  
rangs eigenwirtschaftlicher Verkehre**

**erstellt für den Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e.V.**

**durch Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Gartenstraße 3, 67361 Freisbach**

Freisbach, xx. November 2017

## Gliederung

- I. Gutachtauftrag
- II. Rechtsgutachterliche Bewertung
  1. Bestehen eines Wahlrechts zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung und Direktvergabe
    - a) Verhältnis der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsleistungen zu anderen Verfahren der Bedarfsdeckung
    - b) Verhältnis zwischen Ausschreibung und Direktvergabe
      - aa) Vergabe als Dienstleistungskonzession
      - bb) Vergabe als Dienstleistungsauftrag
    - c) Ergebnis
  2. Erlass allgemeiner Vorschriften
    - a) Der Stand der Diskussion zum Bestehen einer Pflicht zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift
      - aa) Rechtsprechung
      - bb) Wissenschaftliches Schrifttum
    - b) Stellungnahme
      - aa) Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen
      - bb) Wahl des Instruments „allgemeine Vorschrift“
      - cc) Ergebnis
  3. Untersagung einer Direktvergabe an einen internen Betreiber durch nationales Recht
    - a) Eine Direktvergabe hinderndes Vergaberecht
      - aa) Vergabe als Dienstleistungskonzession
      - bb) Vergabe als Dienstleistungsauftrag nach allgemeinem Vergaberecht
    - b) Haushaltsrechtliche Grenzen der Direktvergabe
  4. KMU-Direktvergabe und nationales Recht
    - a) Untersagung der KMU-Direktvergabe durch nationales Haushaltsrecht
    - b) Determinierung der KMU-Direktvergabe durch nationales Haushaltsrecht

c) Ergebnis

5. Zusammenfassung

## I. Gutachtenauftrag

Zur gutachterlichen Bewertung gestellt worden sind folgende Untersuchungskomplexe:

1. Seitens der Bundesländer und der kommunalen Aufgabenträger wird das Verhältnis zwischen der Bedienung der Verkehrsbedarfe durch eigenwirtschaftliche Verkehre, Ausschreibung oder Direktvergabe in der Weise verstanden, dass die Aufgabenträger ein Wahlrecht haben. Eine Benachteiligung der eigenwirtschaftlichen Verkehre ergibt sich dabei auch daraus, dass seitens der Aufgabenträger sozialpolitisch motivierte Anforderungen an die Tarifgestaltung gestellt werden, für die Art. 3 Absätze 2 und 3 VO 1370/2007 die Möglichkeit vorsieht, in allgemeinen Vorschriften einen Ausgleich bzw. eine Abgeltung vorzusehen. Hieraus ergeben sich als gutachtlich zu beantwortende Fragen:
  - a) Steht es im freien Ermessen der zuständigen Behörden, ob sie derartige allgemeine Vorschriften erlassen, ist dieses Ermessen eingeschränkt oder besteht eine Verpflichtung zum Erlass von allgemeinen Vorschriften?
  - b) Besteht ein freies Wahlrecht der Aufgabenträger zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung oder Direktvergabe?
2. Nach Art. 5 Abs. 4 Satz 2 VO 1370/2007 in der bis zum 23.12.2017 geltenden Fassung, wobei hinsichtlich der hier relevanten Fragen die Neufassung durch die VO 2016/2338 keine wesentlichen Änderungen bringen wird, können öffentliche Dienstleistungsaufträge mit erhöhten Schwellen für Jahresdurchschnittswert oder jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung direkt an kleine und mittlere Unternehmen, die nicht mehr als 23 Fahrzeuge betreiben, vergeben werden.
  - a) Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen KMU-Direktvergabe ist nach Art. 5 Abs. 4 Satz 1 VO 1370/2007, dass die Direktvergabe „nicht nach nationalem Recht untersagt ist“.

Hierzu vertritt die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr die Auffassung, dass die Regelungen des kommunalen Haushaltsrechts, die für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung und die Anwendung der Vergabegrundsätze vorschreiben, als nationales Recht der KMU-Direktvergabe entgegenstehen. Die Richtigkeit dieser Annahme soll gutachtlich überprüft werden.

- b) Da auch eine Direktvergabe an ein kommunales ÖPNV-Unternehmen nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 voraussetzt, dass „dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“, ist des Weiteren zu prüfen, ob Haushaltsrecht und Vergaberecht einer solchen Direktvergabe entgegenstehen.

## II. Rechtsgutachterliche Bewertung

### 1. Bestehen eines Wahlrechts zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung und Direktvergabe

Im Folgenden zu untersuchen ist folgende Fragestellung:

*Seitens der Bundesländer und der kommunalen Aufgabenträger wird das Verhältnis zwischen der Bedienung der Verkehrsbedarfe durch eigenwirtschaftliche Verkehre, Ausschreibung oder Direktvergabe in der Weise verstanden, dass die Aufgabenträger ein Wahlrecht haben. Besteht ein freies Wahlrecht der Aufgabenträger zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung oder Direktvergabe?*

In der Praxis gehen verschiedene Bundesländer und ÖPNV-Aufgabenträger möglicherweise davon aus, dass die Aufgabenträger für die Sicherstellung von Verkehrsleistungen frei zwischen einer Bedarfsdeckung durch eigenwirtschaftliche Verkehre, durch Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder durch Direktvergabe an einen internen Betreiber wählen können.

#### a) Verhältnis der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsleistungen zu anderen Verfahren der Bedarfsdeckung

Wie bereits in einer früheren Untersuchung herausgearbeitet, gilt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht für die sog. kommerziellen Verkehre (Erwägungsgrund 5 zur VO 1370/2007), durch die Verkehrsbedarfe unter Marktbedingungen gedeckt werden.<sup>1</sup> Kann eine zureichende Leistungserbringung in Gestalt eines kommerziellen Verkehrs erfolgen, so ist der Regelungsrahmen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von vornherein nicht anwendbar. Die Frage der Durchführung einer Direktvergabe an einen internen Betreiber nach

---

<sup>1</sup> Jan Ziekow, Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre, NVwZ 2009, S. 865 (866).

Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 oder der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 stellt sich bei Vorhandensein eines kommerziellen Verkehrs nicht, weil dieser den Rückgriff auf die allein den Fall nicht zureichend am Markt erfüllbarer Verkehrsbedarfe erfassende Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sperrt<sup>2</sup>.

Das Verhältnis von eigenwirtschaftlichen Verkehren zu den in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehenen Verfahren der Deckung von Verkehrsbedarfen entspricht der vorstehend skizzierten Systematik. Ausweislich des § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG ist die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nur insoweit für die Herstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung maßgebend wie dies nicht über eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen möglich ist. Das Personenbeförderungsrecht statuiert mithin einen eindeutigen Vorrang von eigenwirtschaftlichen Verkehren vor den in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beschriebenen Verfahren. Dies ist allgemein anerkannt.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Jan Ziekow, Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre, NVwZ 2009, S. 865 (866).

<sup>3</sup> VGH München, Beschl. v. 16. 8. 2012 – 11 CS 12.1607 –, juris Rdnr. 63; VK Münster, Beschl. v. 29. 5. 2013 – Vk 5/13 –, juris Rdnr. 71; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 17. 11. 2014 – VK 1-28/14 –, juris Rdnr. 59; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit von Personenverkehrsdienstleistungen nach § 8 Abs. 4 PBefG, WD 7 - 3000 - 031/17, 2017, S. 5; Ingeborg Diemon-Wies, Die Vergabe von Busdienstleistungen im ÖPNV nach der VO (EG) 1370/2007, dem GWB oder dem PBefG?, VergabeR 2014, S. 305 f.; Matthias Knauff, Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre im ÖPNV auf Grundlage des novellierten Personenbeförderungsgesetzes, GewArch 2013 S. 283 (284 f.); Sebastian Roling, Der Vorrang unternehmerischer Initiative im öffentlichen Personennahverkehr – Das Verhältnis eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehre nach PBefG und VO (EG) Nr. 1370/07, DVBl. 2010, S. 1213 (1218 f.); Olaf Otting/Udo Olgemöller/Wiland Tresselt, § 70. Anwendungsbereich, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 34; Martin Schäfer, „Inhouse“-Verkehrsleistungen: Selbsterbringung durch die zuständige Behörde und Direktvergabe an den internen Betreiber, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 83 (87).

Dementsprechend besteht kein Wahlrecht der Aufgabenträger für die Sicherstellung von Verkehrsleistungen zwischen einer Bedarfsdeckung durch eigenwirtschaftliche Verkehre einerseits und durch Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. durch Direktvergabe an einen internen Betreiber andererseits.

Sofern es am Vorliegen von Anträgen auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs mangelt, entfaltet die Möglichkeit der Erbringung der Verkehrsleistungen im Wege eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs gleichwohl zunächst eine Sperrwirkung gegenüber wettbewerblicher Vergabe und Direktvergabe. Zur Überwindung dieser Sperrwirkung muss die zuständige Behörde ihre Absicht zur wettbewerblichen Vergabe oder zur Direktvergabe gemäß Art 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bekanntmachen. Ausweislich des § 12 Abs. 6 PBefG muss dann ein Antrag auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs spätestens drei Monate nach dieser Vorabbekanntmachung gestellt werden.

### **b) Verhältnis zwischen Ausschreibung und Direktvergabe**

Zur Beantwortung der weiteren Frage, ob ein freies Wahlrecht der Aufgabenträger zwischen Ausschreibung und Direktvergabe besteht, ist zu untersuchen, ob wettbewerbliches Vergabeverfahren und Direktvergabe auf gleicher Ebene alternativ zur Verfügung stehen oder ob zwischen diesen beiden Modi ein Hierarchieverhältnis besteht, durch das eine der beiden Formen Priorität genießt.

Insoweit ist zunächst zu beachten, dass eine wettbewerbliche Vergabe von ÖPNV-Leistungen in zwei verschiedenen Verfahren erfolgen kann: der Vergabe nach den EU-Vergaberichtlinien (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007) und der wettbewerblichen Vergabe nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Eine Möglichkeit zur Auswahl im eigentlichen Sinne zwischen diesen Varianten einer wettbewerblichen Vergabe hat die je-



weilige Behörde nicht. Vielmehr ist das jeweils anzuwendende Verfahren danach zu bestimmen, ob die ÖPNV-Leistungen in Form eines öffentlichen Auftrags als Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB (dann Durchführung eines Vergabeverfahrens nach allgemeinem bzw. Sektorenvergaberecht) oder als Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB beschafft werden sollen (dann gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Hs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 wettbewerbliches Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007).<sup>4</sup> Eine Gestaltungsmöglichkeit besteht lediglich insoweit, wie im konkreten Fall die Zuordnung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu Dienstleistungsauftrag einerseits und Dienstleistungskonzession andererseits verschoben werden kann<sup>5</sup>. Da in Anbetracht der Anwendbarkeit unterschiedlicher Regelungsregime nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass sich das Verhältnis zwischen wettbewerblicher Vergabe und Direktvergabe in den beiden Varianten unterschiedlich bestimmt, werden die beiden Varianten im Folgenden getrennt voneinander betrachtet.

### **aa) Vergabe als Dienstleistungskonzession**

Erfolgt die Beauftragung in Form der Vergabe einer Dienstleistungskonzession, so ist ausweislich Art. 5 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2, Abs. 1 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eine Vergabe nach den Absätzen 2 bis 6 des Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durchzuführen (arg. e contr. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007). Auch wenn nunmehr die Richtlinie

---

<sup>4</sup> Zu dieser Abgrenzung OLG München, Beschl. v. 22. 6. 2011 – Verg 6/11 –, juris Rdnr. 48; OLG Koblenz, Beschl. v. 25. 3. 2015 – 1 Verg 11/14 –, juris Rdnr. 48; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 17. 11. 2014 – VK 1-28/14 –, juris Rdnr. 64; Hans-Joachim Prieß, Die vergaberechtlichen Regelungen im Bereich des ÖPNV, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 9 (11 ff.).

<sup>5</sup> Zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession vgl. Jan Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 105 GWB Rdnr. 4 ff.

2014/23/EU<sup>6</sup> ein wettbewerbliches Vergabeverfahren auch für Dienstleistungskonzessionen<sup>7</sup> vorsieht, sperrt die Spezialregelung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 den Rückgriff auf das allgemeine Konzessionsvergaberecht<sup>8</sup>. Denn nach der Spezialregelung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 greift der Vorrang des allgemeinen Vergaberechts nicht ein, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag die Form einer Dienstleistungskonzession annimmt. Die korrespondierende Regelung des allgemeinen Konzessionsvergaberechts findet sich in Art. 10 Abs. 3 RL 2014/23/EU<sup>9</sup>, wonach diese Richtlinie nicht für die Vergabe von Konzessionen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gilt.

Zur Verfügung stehen u.a. die wettbewerbliche Vergabe nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Zur Frage, ob zwischen diesen beiden Möglichkeiten der Vergabe ein Rangverhältnis besteht, wird teilweise in Erwägung gezogen, dass der Fassung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 möglicherweise ein Vorrang der Direktvergabe entnommen werden könnte<sup>10</sup>. Rekuriert wird damit auf die Formulierung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens davon abhängig macht, dass die Dienste eines internen Betreibers nicht in Anspruch genommen werden. Allerdings würde ein solcher Vorrang der Direktvergabe nicht dem der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zugrunde liegenden Verständnis des Verhältnisses zwischen der Leistungserbringung durch private Unternehmen und

---

<sup>6</sup> RL 2014/23/EU v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94/1.

<sup>7</sup> Zum Verfahren der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Thorsten Siegel, Das neue Konzessionsvergaberecht, NZBau 2016, S. 1672 ff.

<sup>8</sup> Holger Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, Art. 5 VO 1370 Rdnr. 13.

<sup>9</sup> RL 2014/23/EU v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94/1.

<sup>10</sup> Holger Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, Art. 5 VO 1370 Rdnr. 60.

durch dem öffentlichen Sektor zuzuordnende Betreiber entsprechen. Erwägungsgrund 18 zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 weist vielmehr auf die Notwendigkeit hin, dass „zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen ... die Möglichkeit der Eigenerbringung ... streng kontrolliert werden“ muss. Würde der Direktvergabe per se ein Vorrang vor einer wettbewerblichen Vergabe zukommen, wäre eine solche strikte Einhegung nicht erforderlich.

Umgekehrt kann der in Erwägungsgrund 18 formulierten strengen Kontrolle der Möglichkeit der Direktvergabe nicht entnommen werden, dass sie gegenüber der wettbewerblichen Vergabe grundsätzlich nachrangig wäre. Das Erfordernis der strengen Kontrolle wird vielmehr durch die in Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 statuierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Direktvergabe konkretisiert. Eine Direktvergabe tritt daher nur insoweit hinter die Möglichkeit einer wettbewerblichen Vergabe zurück wie ihre Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht vorliegen. Sind hingegen die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erfüllt, so stehen die Möglichkeiten der Direktvergabe und der wettbewerblichen Vergabe nach der Konzeption des Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gleichberechtigt nebeneinander<sup>11</sup>. Die Behörde hat mithin grundsätzlich eine Wahlfreiheit, ob sie eine Beauftragung der Leistungserbringung im Wege der Direktvergabe oder über die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vorzieht<sup>12</sup>.

Nicht abschließend geklärt sind die Grenzen dieser Wahlfreiheit. Das OLG München hat die Auswahlentscheidung der zuständigen Behörde als „primär politisch geprägtes Wahlrecht“ bezeichnet, das der Behörde einen „sehr weitreichenden politischen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum“ gebe<sup>13</sup>. In soweit fehle es beispielsweise an einem Erfordernis, die Auswahlentscheidung

---

<sup>11</sup> Matthias Knauff, Die Beauftragung von Verkehrsleistungen im ÖPNV: Direktvergabe versus wettbewerbliches Vergabeverfahren, DVBl. 2014, S. 692 (697).

<sup>12</sup> Hermann Pünder, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5 Rdnr. 62.

<sup>13</sup> OLG München, Beschl. v. 31. 3. 2016 – Verg 14/15 -, juris Rdnr. 204 f.

am Maßstab eines „ökonomischen Effizienzvergleiches“ zu treffen<sup>14</sup>. Die Frage, ob zumindest dieser weite Spielraum einer Überprüfung auf die Einhaltung von Grenzen zugänglich ist, hat das Gericht offen gelassen<sup>15</sup>.

Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erlegt der zuständigen Behörde auf, jeder interessierten Partei auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung *über* die Direktvergabe zu übermitteln. Dieser Wortlaut lässt die Interpretation, dass die Pflicht zur Begründung auf Antrag sich lediglich auf die Vergabeentscheidung selbst bezieht, jedenfalls offen<sup>16</sup>. Jedoch bestimmt § 8a Abs. 5 PBefG, dass die Behörde auf Antrag auch schon über die Gründe für die *beabsichtigte* Direktvergabe zu informieren hat. Sofern man den durch Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Bezug genommenen Zeitpunkt in dem genannten engeren Sinne versteht, würde § 8a Abs. 5 PBefG insoweit – zulässigerweise – über Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinausgehen, indem die deutsche Vorschrift bereits die Phase der laufenden Vorabkennzeichnung in Bezug nimmt<sup>17</sup>.

Zwar begründet § 8a Abs. 5 PBefG ebensowenig wie Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 selbst materielle Maßstäbe, die nachprüfbar zu begründen wären<sup>18</sup>. Allerdings ist die Angabe von *Gründen für* eine Direktvergabe etwas anderes als die Darlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007<sup>19</sup>, deren Vorliegen ja erst dazu führt, dass überhaupt Gründe für eine Direktvergabe gefunden und erwogen werden können. Daher ist § 8a Abs. 5 PBefG, Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr.

---

<sup>14</sup> OLG München, Beschl. v. 31. 3. 2016 – Verg 14/15 -, juris Rdnr. 205.

<sup>15</sup> OLG München, Beschl. v. 31. 3. 2016 – Verg 14/15 -, Rdnr. 207.

<sup>16</sup> Vgl. Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 58.

<sup>17</sup> Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 58.

<sup>18</sup> Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 67.

<sup>19</sup> Michael Fehling, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 7 Rdnr. 94.

1370/2007 zu entnehmen, dass es zur Wahl einer Direktvergabe über die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinausgehender Gründe bedarf.

Inhaltlich müssen diese Gründe nicht den an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu stellenden Anforderungen genügen. Anders als für das Verhältnis zwischen Direktvergabe und eigenwirtschaftlichen Verkehren<sup>20</sup> ist entweder bereits der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht eröffnet oder ein eventueller Grundrechtseingriff zumindest durch die in § 8a Abs. 3 PBefG explizit vorgesehene Möglichkeit der Direktvergabe gerechtfertigt<sup>21</sup>. Abgesehen von der noch zu behandelnden Frage, inwieweit nationales Haushalts- und Vergaberecht die Entscheidung für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einschränkt (dazu unten II.3), ergeben sich materielle Maßstäbe für die Entscheidung für eine Direktvergabe lediglich aus dem allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>22</sup>. Maßgebend ist, ob es sich um mit Blick auf die Erbringung der betreffenden ÖPNV-Leistungen sachliche Gründe handelt, die auch politischer Natur sein können. Insoweit ausreichend wäre beispielsweise das Ziel, bei Fehlen eigenwirtschaftlicher Anbieter ein kommunales Verkehrsunternehmen dauerhaft zu stärken und zu qualifizieren. Ein Maßstab für eine Wirtschaftlichkeitsprüfung, und sei es nur auf zurückgezogener Linie, ergibt sich

---

<sup>20</sup> Diesbezüglich Jan Ziekow, Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre, NVwZ 2009, S. 865 (868 ff.); dem folgend etwa Matthias Knauff, Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre im ÖPNV auf Grundlage des novellierten Personenbeförderungsgesetzes, GewArch 2013 S. 283 (285). Dass die dort zum Verhältnis zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren und Direktvergabe entwickelten Maßstäbe nicht auf das Verhältnis zwischen Direktvergabe und wettbewerblicher Vergabe übertragen werden können, erkennt zutreffend OLG München, Beschl. v. 31. 3. 2016 – Verg 14/15 -, juris Rdnr. 247.

<sup>21</sup> Matthias Knauff, Die Beauftragung von Verkehrsleistungen im ÖPNV: Direktvergabe versus wettbewerbliches Vergabeverfahren, DVBl. 2014, S. 692 (696).

<sup>22</sup> Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 68.

daraus nicht, sondern könnte allein aus dem Haushaltsrecht begründet werden (dazu unten II.3.b)<sup>23</sup>.

### **bb) Vergabe als Dienstleistungsauftrag**

Erfolgt die Beauftragung der ÖPNV-Leistungen nicht im Wege einer Dienstleistungskonzession, sondern der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB, so ist dieser ausweislich Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nach der Richtlinie 2014/24/EU<sup>24</sup> bzw. im Sektorenbereich der Richtlinie 2014/25/EU<sup>25</sup>, den Nachfolgeregelungen der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zitierten Richtlinien 2004/17/EG<sup>26</sup> und 2004/18/EG<sup>27</sup>, zu vergeben. Für diese Konstellation stellt sich zunächst die Frage, ob eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 überhaupt zulässig ist oder ob eine Beauftragung einer eigenen Stelle nur unter den Voraussetzungen einer allgemeinen Inhouse-Vergabe möglich ist<sup>28</sup>.

Laut Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist Art. 5 Absätze 2 – 6 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bei einer Vergabe nach den Richtlinien

---

<sup>23</sup> A. M. Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 68.

<sup>24</sup> RL 2014/24/EU v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94/65.

<sup>25</sup> RL 2014/25/EU v. 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94/243.

<sup>26</sup> RL 2004/17/EG v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 134/1.

<sup>27</sup> RL 2004/18/EG v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 134/114.

<sup>28</sup> Zu den unterschiedlichen Auffassungen vgl. auch Christofer Lenz/Corina Jürschik, Anwendbarkeit der Verordnung 1370/2007 im Bereich der Busse und Bahnen bei Inhouse-Geschäften, NZBau 2016, S. 544 (545 f.).

2004/17 oder 2004/18 nicht anwendbar. Hieraus war teilweise gefolgert worden, dass bei der Beauftragung von ÖPNV-Leistungen auf andere Weise als im Wege einer Dienstleistungskonzession der Rückgriff auf eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gesperrt sei und eine Beauftragung eigener Stellen ohne Ausschreibung allein den Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe unterliege<sup>29</sup>. Laut der wohl überwiegenden Auffassung lag hingegen bei Erfüllung der Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts gerade kein öffentlicher Auftrag im Sinne Richtlinien 2004/17 und 2004/18 mehr vor, so dass diese Richtlinien auf eine solche Beauftragung nicht anwendbar waren und der Vorrang des allgemeinen Vergaberechts nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entfiel<sup>30</sup>. In der Konsequenz dessen war deshalb bei Vorliegen eines Inhouse-Geschäfts eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 möglich<sup>31</sup>.

Einer Stellungnahme zu diesen unterschiedlichen Auffassungen bedarf es nach der Neufassung der EU-Vergaberichtlinien im Jahre 2016 und deren späterer Umsetzung in deutsches Recht nicht mehr. In Art. 12 RL 2014/24/EU, Art. 28 RL 2014/25/EU, § 108 GWB ist das Inhouse-Geschäft nunmehr ausdrücklich geregelt. Wie die Fassung der genannten Vorschriften über die Inhouse-Vergabe deutlich macht, setzt die Anwendbarkeit dieser Regelungen

---

<sup>29</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 30. 1. 2014 – 11 Verg 15/13 –, juris Rdnr. 42 ff.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 3. 2011 – VII Verg 48/10 –, juris Rdnr. 62; OLG München, Beschl. v. 31. 3. 2016 – Verg 14/15 –, Rdnr. 149; VK Südbayern, Beschl. v. 15. 10. 2015 - Z3-3-3194-1-36-05/15 -, juris Rdnr. 219; VK Saarland, Beschl. v. 18. 7. 2017 – 3 VK 03/2017 –, juris Rdnr. 111 ff.; Marc Opitz/Martin Wittemann, Die Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten mit Bussen nach dem novellierten Personenbeförderungsgesetz, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 135 (146).

<sup>31</sup> VK Südbayern, Beschl. v. 15. 10. 2015 - Z3-3-3194-1-36-05/15 -, juris Rdnr. 218; VK Saarland, Beschl. v. 18. 7. 2017 – 3 VK 03/2017 –, juris Rdnr. 112; Kersten Wagner-Cardenal/Jan-Michael Dierkes, Die Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten, NZBau 2014, S. 738 (740 f.); Marc Opitz/Martin Wittemann, Die Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten mit Bussen nach dem novellierten Personenbeförderungsgesetz, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 135 (146).

zunächst voraus, dass überhaupt ein öffentlicher Auftrag bzw. ein Auftrag vorliegt und damit der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmungen des Vergaberechts ab Erreichen der Schwellenwerte eröffnet ist<sup>32</sup>. Wäre dieser sachliche Anwendungsbereich nicht eröffnet, so könnten Art. 12 RL 2014/24/EU, Art. 28 RL 2014/25/EU, § 108 GWB selbst überhaupt nicht zur Anwendung kommen; dies macht auch ein struktureller Vergleich mit der Regelung des Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU deutlich. Insoweit hat sich die Situation gegenüber der unter den Richtlinien 2004/17 und 2004/18 geltenden Rechtslage geändert, deren sachlicher Anwendungsbereich bei Vorliegen eines Inhouse-Geschäfts von vornherein nicht eröffnet war. Auch ein Inhouse-Geschäft im Sinne der Art. 12 RL 2014/24/EU, Art. 28 RL 2014/25/EU, § 108 GWB stellt nunmehr einen Dienstleistungsauftrag bzw. öffentlichen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 dar, der die Sperrwirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auslöst. Bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts ist daher weder eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 noch die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mehr möglich<sup>33</sup>.

Die in neuester Zeit insbesondere vom OLG Düsseldorf vertretene Gegenauffassung, dass Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eine Privilegierung von Direktvergaben von ÖPNV-Leistungen gegenüber den allgemeinen Anforderungen an Inhouse-Geschäfte bezwecke, unabhängig von der Art der Auftragsvergabe als Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession, weshalb „die abdrängende Zuweisung in Art. 5 Abs. 1 Satz 1<sup>34</sup> VO (EG) Nr.

---

<sup>32</sup> A.M. OLG Düsseldorf, Urt. v. 12. 10. 2016 – VI-U (Kart) 2/16 –, juris Rdnr. 64; Benjamin Baron von Engelhardt/Hendrik Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 108 Rnr. 11: Auch nach neuem Recht liegt bei einer Inhouse-Vergabe kein öffentlicher Auftrag vor.

<sup>33</sup> Christofer Lenz/Corina Jürschik, Vorrang der Verordnung 1370/2007 vor den Vergaberichtlinien, NZBau 2017, S. 205 (207 f.).

<sup>34</sup> Gemeint ist offensichtlich nicht Satz 1, sondern Satz 2.



1370/2007 insoweit leer“ laufe<sup>35</sup>, ist rechtssystematisch verfehlt<sup>36</sup>. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 schließt die Anwendung auch des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ausdrücklich aus, wenn die ÖPNV-Leistungen im Wege eines Dienstleistungsauftrags nach allgemeinem Vergaberecht vergeben werden<sup>37</sup>.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 27. 10. 2016 bestätigt diese Bewertung. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof zwar die in deren Art. 5 Abs. 1 Satz 1 festgelegte Vorrangigkeit des Vergaberegimes der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gegenüber den Regelungen des allgemeinen Vergaberechts für Personenverkehrsdienste mit Bussen hervorgehoben, anschließend jedoch darauf hingewiesen, dass dieser Vorrang dort endet, wo der Anwendungsbereich der Ausnahme des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beginnt, und dass innerhalb dieses Anwendungsbereichs ein Rückgriff auf Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eben gerade nicht möglich ist.<sup>38</sup> Abschließende Klarheit in dieser Frage wird allerdings erst die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf die beiden Vorlagebeschlüsse des OLG Düsseldorf vom 3. 5. 2017<sup>39</sup> bringen.

---

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf, Vorlage-Beschl. v. 3. 5. 2017 – VII Verg 17/16 u.a. –, juris Rdnr. 18; ebenso ; Vorlage-Beschl. v. 3. 5. 2017 – VII-Verg 51/16 –, juris Rdnr. 15; Urt. v. 12. 10. 2016 – VI-U (Kart) 2/16 –, juris Rdnr. 64 f. Im Ergebnis ebenso bereits OLG München, Beschl. v. 22. 6. 2011 – Verg 6/11 –, juris Rdnr. 48.

<sup>36</sup> Maria Najdenova, Anmerkung, VergabeR 2016, S. 636 (636 f.).

<sup>37</sup> Für eine Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ausschließlich bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession auch Oliver Wittig/Christoph Donhauser, Möglichkeiten der Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten an interne Betreiber im Spannungsfeld mit dem Vorrang kommerzieller Verkehre, KommP spezial 2/2013, S. 76 (77).

<sup>38</sup> EuGH, Urt. v. 27. 10. 2016 – C-292/15 –, juris Rdnr. 36 ff. Wie hier Christofer Lenz/Corina Jürschik, Vorrang der Verordnung 1370/2007 vor den Vergaberichtlinien, NZBau 2017, S. 205 (207).

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf, Vorlage-Beschl. v. 3. 5. 2017 – VII Verg 17/16 u.a. –, juris; ebenso ; Vorlage-Beschl. v. 3. 5. 2017 – VII-Verg 51/16 –, juris.

Die Regelung des § 108 GWB beruht auf dem Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung<sup>40</sup>. Erwägungsgrund 5 zur Richtlinie 2014/24/EU bringt klar zum Ausdruck, dass europäisches Vergaberecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, „die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge ... organisieren möchten“. Jeder öffentlichen Stelle muss die Möglichkeit verbleiben, ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und anderen Mitteln zu erfüllen und sich hierfür nicht an externe Einrichtungen wenden zu müssen.<sup>41</sup> Inhaltliche Anforderungen an die Entscheidung, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 108 GWB ein Inhouse-Geschäft oder gleichwohl die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu wählen, bestehen nicht. Äußerste Grenzen vermag auch hier lediglich das allgemeine Willkürverbot zu setzen (oben II.1.b.aa).

### **c) Ergebnis**

Zusammenfassend ist die Frage, ob die Aufgabenträger ein freies Wahlrecht zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung oder Direktvergabe haben, dahingehend zu beantworten, dass ein solches Wahlrecht im Verhältnis zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren einerseits und Direktvergabe oder Durchführung eines Vergabeverfahrens andererseits nicht besteht. Die Erbringung von Verkehrsleistungen durch eigenwirtschaftliche Verkehre hat eindeutigen Vorrang vor den in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beschriebenen Verfahren. Im Verhältnis zwischen Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und Durchführung eines wettbewerblichen

---

<sup>40</sup> Jan Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 108 GWB Rdnr. 3.

<sup>41</sup> EuGH NVwZ 2005, S. 187 Rdnr. 48 – Stadt Halle; EuGH NVwZ 2005, S. 1407 Rdnr. 61 – Parking Brixen; EuGH NZBau 2009, S. 54 Rdnr. 48 – Coditel Brabant; EuGH NZBau 2009, S. 527 Rdnr. 45 – Stadtreinigung Hamburg; EuGH EuZW 2011, S. 257 Rdnr. 31 – Oulun kaupunki; EuGH NZBau 2017, S. 109 Rdnr. 30 – Undis Servizi.

Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 besteht ein nur durch die äußersten Grenzen des allgemeinen Willkürverbots begrenztes Wahlrecht der zuständigen Behörde. Entsprechendes gilt für die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB im Verhältnis zur Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB.

## 2. Erlass allgemeiner Vorschriften

Der vorliegende Abschnitt wird sich folgender Problemstellung widmen:

*Eine Benachteiligung der eigenwirtschaftlichen Verkehre ergibt sich auch daraus, dass seitens der Aufgabenträger sozialpolitisch motivierte Anforderungen an die Tarifgestaltung gestellt werden, für die Art. 3 Absätze 2 und 3 VO 1370/2007 die Möglichkeit vorsieht, in allgemeinen Vorschriften einen Ausgleich bzw. eine Abgeltung vorzusehen. Steht es im freien Ermessen der zuständigen Behörden, ob sie derartige allgemeine Vorschriften erlassen, ist dieses Ermessen eingeschränkt oder besteht eine Verpflichtung zum Erlass von allgemeinen Vorschriften?*

Eigenwirtschaftliche Verkehre sind im Ausgangspunkt dadurch gekennzeichnet, dass der dem Verkehrsunternehmen für die Erbringung der Verkehrsleistungen entstehende Aufwand durch die Beförderungserlöse und sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt wird (§ 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG). Zur Feststellung, ob ein eigenwirtschaftlicher Verkehr vorliegt, ist mithin das Verhältnis zwischen Aufwand und erwarteten Erträgen zu bestimmen. Da die eigenwirtschaftlichen Verkehre dadurch gekennzeichnet sind, dass sie unter Marktbedingungen erbracht werden (oben I.1.a), ist es grundsätzlich Sache des Unternehmers, zwischen Aufwand und Ertrag eine Deckung herbeizuführen. Dies kann durch entsprechende Vorkehrungen sowohl auf der Aufwands- als auch auf der Ertragsseite erfolgen. Zur letzteren gehört auch eine Kalkulation der Beförderungserlöse, welche zusammen mit den übrigen Erträgen eine Aufwandsdeckung herbeiführt.

Wird der Gestaltungsspielraum des Unternehmers auf der Aufwands- oder der Ertragsseite eingeschränkt, so erschwert ihm dies die Herbeiführung einer Aufwandsdeckung oder macht es ihm unmöglich, die Verkehrsleistung zu erbringen. Bei solchen Einschränkungen handelt es sich in der Regel um gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne von Art. 2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Der Verkehrsunternehmer wird zum Angebot der Verkehrsleistung ohne Erzielung einer Aufwandsdeckung durch Erträge nur dann bereit sein, wenn er eine anderweitige Kompensation erhält. Diese Kompensation

erfolgt in Form einer Ausgleichsleistung im Sinne von Art. 2 lit. g Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Ihre Gewährung führt ausweislich des Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 dazu, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliegt und eine Erbringung der Verkehrsleistung als eigenwirtschaftlicher Verkehr nicht mehr möglich ist.

Eine Ausnahme sieht Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen vor. Derartige Höchsttarife, die nicht selten nach verschiedenen Fahrgastgruppen (Auszubildende, Rentner u.a.) differenziert sind, sind ein Mittel, um auch Personengruppen, die über geringere finanzielle Mittel verfügen und sonst weniger mobil wären, eine intensive Nutzung des ÖPNV zu ermöglichen. Diese Ausgleichsleistungen müssen – sofern sie überhaupt gewährt werden sollen – nicht zum Inhalt eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gemacht werden, sondern können auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein.

Eine solche „allgemeine Vorschrift“ setzt nach Art. 2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 voraus, dass es sich um eine Maßnahme handelt, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich einer zuständigen Behörde liegt, gilt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so stellt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 keine spezifischen Anforderungen an die Form, die erlassende Stelle oder das Erlassverfahren einer solchen „Vorschrift“. Daher sind sowohl Gesetze im formellen Sinne, Rechtsverordnungen und Satzungen, aber auch Allgemeinverfügungen im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG denkbar<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Tina Bergmann/Bernd Schieferdecker, Wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und Erlass allgemeiner Vorschriften, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 55 (75 ff.); Thomas Lübbig, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 3 Rdnr. 10. Zur Frage der für Verordnung, Satzung und Allgemeinverfügung jeweils erforderlichen Rechtsgrundlage Bernd Schieferdecker, Die Rechtsgrundlage zum Erlass allgemeiner Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, GewArch 2014, S. 6 (9 ff.).

Die allgemeine Vorschrift muss gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 den in den Artikeln 4 und 6 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und den im Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 festgelegten Grundsätzen entsprechend eine Ausgleichsleistung für die — positiven oder negativen — finanziellen Auswirkungen der Tarifverpflichtung auf die Kosten und Einnahmen bestimmen, wobei eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden ist<sup>43</sup>. Wird diesen Anforderungen genügt, so ist die Ausgleichsleistung ausweislich Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von der beihilferechtlichen Notifizierungspflicht befreit. Anderes gilt nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für allgemeine Vorschriften über die finanzielle Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die dazu dienen, Höchsttarife für Schüler, Studenten, Auszubildende und Personen mit eingeschränkter Mobilität festzulegen, sofern sie nach nationalem Recht aus dem Anwendungsbereich Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ausgenommen werden. Beispiel für eine solche Ausnahme aus dem Anwendungsbereich sind ausweislich § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG Ausgleichszahlungen für die Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs nach § 45a PBefG. Diese Leistungen bzw. Zahlungen unterliegen laut Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 der beihilferechtlichen Notifizierungspflicht.

Anders als bei im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gewährten Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist die Gewährung von Ausgleichsleistungen auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 und 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für das Vorliegen von Eigenwirtschaftlichkeit unschädlich. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG werden diese Ausgleichsleistungen hinsichtlich der Deckung der dem Verkehrsunternehmer entstehenden Kosten wie Beförderungserlöse behandelt.

Hieraus ergeben sich drei mögliche Konsequenzen aus der Festsetzung sozialpolitisch motivierter Anforderungen an die Tarifgestaltung:

---

<sup>43</sup> Im Einzelnen Olaf Otting/Udo H. Olgemöller, Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch allgemeine Vorschriften, GewArch 2012, S. 436 (438 ff.).

- Eine Ausgleichsleistung für diese gemeinwirtschaftliche Verpflichtung wird zum Gegenstand einer allgemeinen Vorschrift gemacht. Dies ermöglicht es dem Verkehrsunternehmer, die Verkehrsleistung ungeachtet der Tarifierfordernngen eigenwirtschaftlich zu erbringen.
- Es wird eine Ausgleichsleistung nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gewährt. In Abhängigkeit von der Höhe der Auswirkungen der Tarifierfordernngen auf seine Einnahmen ist es dem Unternehmer in diesem Fall evtl. nicht möglich, die Verkehrsleistungen kostendeckend anzubieten. Ein eigenwirtschaftlicher Verkehr könnte – ja nach Gestaltung – dadurch faktisch ausgeschlossen werden.
- Entsprechendes gilt, wenn überhaupt keine Ausgleichsleistung für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung gewährt wird.

Der Überblick verdeutlicht, dass die Chancen privater Verkehrsunternehmer, Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich zu erbringen, durch das Ob und das Wie einer Ausgleichsleistung für Tarifierfordernngen stark beeinflusst werden können, ohne dass den Unternehmern ihrerseits Reaktionsmöglichkeiten offenstehen. Der in § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG festgeschriebene Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre kann auf diese Weise unterlaufen werden.

#### **a) Der Stand der Diskussion zum Bestehen einer Pflicht zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift**

Dieser Befund wirft die Frage ab, ob es im freien Ermessen der zuständigen Behörde steht, ob und wie sie eine Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in Form von Tarifierfordernngen gewährt. Nach bisherigem Stand der Diskussion wird eine Pflicht zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift ausnahmslos abgelehnt:

## aa) Rechtsprechung

- Erstmals abgelehnt wurde – soweit ersichtlich – eine Pflicht des Aufgabenträgers zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift zur Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Form von Höchsttarifen durch ein obiter dictum des Verwaltungsgerichts Münster in seinem Urteil vom 24. 10. 2014<sup>44</sup>. Es bestehe ein rechtlich unbeschränktes Wahlrecht des Aufgabenträgers zwischen einem Ausgleich in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder über einen Erlass einer allgemeinen Vorschrift. Dies ergebe sich aus der in Abs. 1 und Abs. 2 zwei Instrumente alternativ zur Verfügung stellenden Fassung des Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Eine Reduzierung des grundsätzlich unbeschränkten Auswahlermessens des Aufgabenträgers komme nur durch besondere Umstände des konkreten Einzelfalls in Betracht<sup>45</sup>.
- Inhaltlich ergänzt wurde diese Bewertung durch zwei Urteile des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 24. 3. 2015. Das Gericht verneinte ebenfalls eine Pflicht zum „Defizitausgleich“ und damit zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift durch den Aufgabenträger<sup>46</sup>. Zur Begründung wies das Gericht darauf hin, die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 regelle „lediglich die „Bedingungen“, unter denen eine marktregulierende Intervention durch die Aufgabenträger (u.a. durch Gewährung von Ausgleichsleistungen) gemeinschaftsrechtlich zulässig ist“.<sup>47</sup> Darüber hinaus habe der Aufgabenträger ein Wahlrecht, ob er den Ausgleich für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder über den Erlass einer allgemeinen Vorschrift herbeiführen wolle; eine Pflicht, zum Ausgleich gerade auf eine

---

<sup>44</sup> VG Münster, Urt. v. 24. 10. 2014 – 10 K 2076/12 –, juris.

<sup>45</sup> VG Münster, Urt. v. 24. 10. 2014 – 10 K 2076/12 –, juris Rdnr. 14.

<sup>46</sup> Ebenso VG Augsburg, Urt. v. 14. 2. 2017 - Au 3 K 16.1507 –, juris Rdnr. 54.

<sup>47</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 13.2063 u.a. –, juris Rdnr. 108.



allgemeine Vorschrift zurückzugreifen, bestehe nicht<sup>48</sup>. Der systematische Zusammenhang zwischen Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 belege, dass es keinen „Vorrang der allgemeinen Vorschrift zu Lasten des öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ gebe<sup>49</sup>. Art. 3 Abs. 2 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 belege ausdrücklich, dass der Aufgabenträger den Ausgleich für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in Form von Höchsttarifen auch in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag regeln könne, obwohl in diesem Fall der Erlass einer allgemeinen Vorschrift möglich sei<sup>50</sup>.

Aus dem deutschen Personenbeförderungsrecht ergebe sich nichts anderes. Für den Fall, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung in der vom Aufgabenträger definierten Weise eigenwirtschaftlich nicht möglich sei, weise § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG auf die Maßgeblichkeit der Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hin, nach denen gerade kein Vorrang des Erlasses einer allgemeinen Vorschrift bestehe. Die Fassung des § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG unterstreiche, dass der Aufgabenträger ein – pflichtgemäß auszuübendes<sup>51</sup> – Ermessen („*kann*“) habe, ob er eine allgemeine Vorschrift erlassen *oder* einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag erteilen wolle<sup>52</sup>. Dies stehe der Ableitung einer Pflicht zum Erlass allgemeiner Vorschriften aus dem Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre entgegen. Darüber hinaus könne eine Ausgleichsleistung mittels allgemeiner Vorschrift nicht erst im konkreten Genehmigungsverfahren festgesetzt werden, da sie gemäß Art. 2 lit. I Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 diskriminierungsfrei wirken und daher

---

<sup>48</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 13.2063 u.a. –, juris Rdnr. 110; Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 15.79 –, juris Rdnr. 32.

<sup>49</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 15.79 –, juris Rdnr. 34.

<sup>50</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 15.79 –, juris Rdnr. 34.

<sup>51</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 15.79 –, juris Rdnr. 40.

<sup>52</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 15.79 –, juris Rdnr. 36.

noch vor dem Genehmigungsverfahren allen Verkehrsunternehmen zugänglich gemacht werden müsse.<sup>53</sup>

- Das Verwaltungsgericht Stade hat seine Verneinung einer Pflicht zum Erlass allgemeiner Vorschriften<sup>54</sup> damit begründet, dass die Ausgleichsregelung über allgemeine Vorschriften einerseits oder in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag durch § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG andererseits gleichberechtigt und ohne Vorrang einer der beiden Möglichkeiten nebeneinander gestellt würden. Ebensovienig ergebe sich eine Verpflichtung zum Erlass allgemeiner Vorschriften aus dem Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre, da sich weder § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG noch Satz 2 derselben Vorschrift eine derartige Verpflichtung zur Herstellung von Eigenwirtschaftlichkeit entnehmen lasse.<sup>55</sup> Hinsichtlich der Ableitbarkeit der genannten Verpflichtung aus Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 schließt sich das Gericht der bereits dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Augsburg an<sup>56</sup>. § 13 Abs. 2a PBefG konkretisiere zwar den Grundsatz der Eigenwirtschaftlichkeit, jedoch lediglich hinsichtlich der Kriterien für die Bescheidung von Genehmigungsanträgen; das Wahlrecht des Aufgabenträgers zwischen öffentlichem Dienstleistungsauftrag und allgemeiner Vorschrift berühre die Vorschrift nicht<sup>57</sup>. Schließlich ließen sich Leistungsansprüche von Verkehrsunternehmen weder aus Art. 12 GG noch aus Art. 14 GG ableiten<sup>58</sup>.
- Das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 25. 8. 2016 das Bestehen einer Pflicht des Aufgabenträgers, zum Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Gestalt von Höchsttarifen allgemeine Vorschriften zu erlassen, ebenfalls abgelehnt.

---

<sup>53</sup> VG Augsburg, Urt. v. 24. 3. 2015 – Au 3 K 15.79 –, juris Rdnr. 37 f.

<sup>54</sup> VG Stade, Urt. v. 30. 6. 2016 – 1 A 1432/14 –, juris Rdnr. 59 ff.

<sup>55</sup> VG Stade, Urt. v. 30. 6. 2016 – 1 A 1432/14 –, juris Rdnr. 61.

<sup>56</sup> VG Stade, Urt. v. 30. 6. 2016 – 1 A 1432/14 –, juris Rdnr. 71 ff.

<sup>57</sup> VG Stade, Urt. v. 30. 6. 2016 – 1 A 1432/14 –, juris Rdnr. 75.

<sup>58</sup> VG Stade, Urt. v. 30. 6. 2016 – 1 A 1432/14 –, juris Rdnr. 77.

Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sehe eine solche Pflicht nicht vor. Sie lasse sich ebenso wenig aus dem deutschen Personenbeförderungsgesetz ableiten, da § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG dem Aufgabenträger ein Wahlrecht zwischen allgemeiner Vorschrift und öffentlichem Dienstleistungsauftrag einräume.<sup>59</sup> § 13 Abs. 2a Sätze 3 ff. PBefG verdeutlichen, dass eine Ausgleichspflicht bestehe, wenn verbundene Beförderungshöchsttarife anzuwenden seien, statuierten aber keine Priorität einer bestimmten Handlungsform zur Erfüllung dieser Pflicht. Vielmehr weise die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 13 Abs. 2a PBefG gerade auf das Bestehen eines Wahlrechts zwischen einem Ausgleich aufgrund allgemeiner Vorschrift und einem solchen in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag hin.<sup>60</sup>

Sofern die Verkehrsunternehmen für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung in Form der Festsetzung von Höchsttarifen einen Ausgleich im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erhielten, fehle es an einem enteignungsgleichen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG. Auch aus Art. 12 Abs. 1 GG lasse sich keine Pflicht zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift ableiten, da es bei Gewährung einer Ausgleichsleistung in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag an einem unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Verkehrsunternehmen fehle.<sup>61</sup>

- Mit Urteil vom 22. 11. 2016 hat das Verwaltungsgericht Schleswig es abgelehnt, aus dem Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit die Folgerung einer Pflicht zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift zum Ausgleich von Höchsttarifen zu ziehen<sup>62</sup>. Wie das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht meint auch das Verwaltungsgericht Schleswig, aus § 13 Abs. 2a Satz 5 PBefG lediglich den Schluss auf das Bestehen einer

---

<sup>59</sup> OVG Münster, Urt. v. 25. 8. 2016 - 13 A 788/15 -, juris Rdnr. 74 f.

<sup>60</sup> OVG Münster, Urt. v. 25. 8. 2016 - 13 A 788/15 -, juris Rdnr. 77 f.

<sup>61</sup> OVG Münster, Urt. v. 25. 8. 2016 - 13 A 788/15 -, juris Rdnr. 81.

<sup>62</sup> VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 39 ff.

Ausgleichspflicht als solcher im Fall des Verlangens nach Anwendung verbundener Beförderungshöchsttarife ziehen und aus der Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2a Satz 5 PBefG auf das Bestehen eines Wahlrechts zwischen allgemeiner Vorschrift und öffentlichem Dienstleistungsauftrag schließen zu können<sup>63</sup>. Bestätigt werde dieses Wahlrecht zwischen zwei gleichrangigen Instrumenten durch die Fassung des § 8a Abs. 1 PBefG, wohingegen § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG lediglich eine Definition der Eigenwirtschaftlichkeit enthalte<sup>64</sup>. Weit hierüber hinausgehend beschränkt das Gericht den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nur auf Fälle einer „echten Eigenwirtschaftlichkeit“:

„Im Ergebnis verdeutlicht die Regelung des § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG mit dem Wort "soweit", dass der nach § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG bestehende Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit grundsätzlich nur zum Tragen kommen kann, wenn das vom zuständigen Aufgabenträger festgelegte Verkehrskonzept eigenwirtschaftlich realisierbar ist. Die Vorschrift kann dabei nur dahingehend verstanden werden, dass sie auf die Unmöglichkeit eigenwirtschaftlicher Erbringung von Leistungen abstellen will, die nach einer bestimmten Art einem bestimmten Umfang und nach bestimmten Leistungsbedingungen, insbesondere zu einem bestimmten Fahrpreis als erforderlich angesehen werden, allein nach Angebot und Nachfrage jedoch nicht zu Stande kämen. Der im PBefG verankerte Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG kommt infolgedessen erst dann zum Tragen, wenn sich ein Unternehmer findet, der bereit ist, die vom Aufgabenträger definierten Anforderungen etwa in Form einer Tarifvorgabe ohne jedwede staatliche Ausgleichszahlung in Form allgemeiner Vorschriften oder eines öffentlichrechtlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne einer „echten Eigenwirtschaftlichkeit“ zu erbringen. Insofern

---

<sup>63</sup> VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 40 ff.

<sup>64</sup> VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 44 ff.

konsequent stellt § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG - deklaratorisch - klar, dass die VO (EG) Nr. 1370/2007 erst dann Anwendung findet, wenn nicht lediglich eine beihilfe- und damit europarechtlich irrelevante Betätigung im Sinne einer „echten Eigenwirtschaftlichkeit“ gegeben ist.“<sup>65</sup>

Auch die Systematik des Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bestätigt ebenso wie die explizite Regelung in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 das Wahlrecht des Aufgabenträgers<sup>66</sup>. Schließlich liege im Nichterlass einer allgemeinen Vorschrift kein Eingriff in die Grundrechte der Verkehrsunternehmen aus Art. 12 GG und Art. 14 GG, wenn ein angemessener Defizitausgleich über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfolge<sup>67</sup>.

## **bb) Wissenschaftliches Schrifttum**

So einig sich das wissenschaftliche Schrifttum in der Ablehnung einer Pflicht zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift ist<sup>68</sup>, so selten wird diese Position eingehender begründet. Hingewiesen wird darauf, dass den zuständigen nationalen Stellen durch Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ein Wahlrecht eingeräumt werde, ob die Ausgleichsleistung in einer allgemeinen Vorschrift oder in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag festgelegt werde<sup>69</sup>. Die Einbeziehung der in einer allgemeinen Vorschrift festgelegten

---

<sup>65</sup> VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 62.

<sup>66</sup> VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 58 f.

<sup>67</sup> VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 65.

<sup>68</sup> Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250 f.); Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 19; Matthias Knauff, Defizitausgleich und öffentliche Verkehrsinteressen im ÖPNV, GewArch 2014, S. 157 (158); Holger Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, Art. 3 VO 1370 Rdnr. 7.

<sup>69</sup> Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 19; Matthias Knauff, Defizitausgleich und öffentliche Verkehrsinteressen im ÖPNV, GewArch 2014, S. 157 (158).

Ausgleichsleistungen in die für das Vorliegen von Eigenwirtschaftlichkeit unerschädlichen Erträge durch § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG regele lediglich eine Rechtsfolge einer bestimmten Form der Ausgleichsleistung, nicht jedoch, ob diese Ausgleichsleistung den Verkehrsunternehmen gewährt werden *müsse*<sup>70</sup>.

Des Weiteren wäre es widersprüchlich, durch den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre die unternehmerische Freiheit privater Verkehrsunternehmen schützen zu wollen, anschließend aber aus dieser unternehmerischen Freiheit eine Pflicht zur Finanzierung aus öffentlichen Finanzmitteln abzuleiten<sup>71</sup>. Darüber hinaus könne über eine allgemeine Vorschrift, die allein dem Ausgleich den Verkehrsunternehmen durch Höchsttarife entstehender Belastungen diene, ohnehin keine „allgemeine Finanzausstattung von ÖPNV-Unternehmen mit dem Ziel der Absicherung von deren Eigenwirtschaftlichkeit“ leisten<sup>72</sup>. Im Übrigen könne in der bundesrechtlichen Normierung durch das PBefG mangels einschlägiger Gesetzgebungskompetenz des Bundes keine auf die Finanzierung des ÖPNV bezogene Regelung getroffen werden. Um eine solche würde es sich jedoch bei einer bundesrechtlichen Beschränkung des Ermessens zur Gewährung von Ausgleichsleistungen handeln<sup>73</sup>.

Die Systematik des Art. 3 Absätze 1 bis 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mache deutlich, dass die allgemeine Vorschrift auf gleicher Ebene neben anderen Finanzierungsinstrumenten stehe und keinen Vorrang genieße. Die Einräumung von Ermessen zur Auswahl unter den verschiedenen Instrumenten ergebe sich aus der Verwendung des Wortes „kann“ in Art. 3 Abs. 2 Satz 1

---

<sup>70</sup> Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250).

<sup>71</sup> Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250).

<sup>72</sup> Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250).

<sup>73</sup> Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250).

Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und an verschiedenen anderen Stellen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.<sup>74</sup>

## **b) Stellungnahme**

Zur Beantwortung der Frage, ob es im Ermessen der zuständigen Behörden steht, im Falle sozialpolitisch motivierter Anforderungen an die Tarifgestaltung allgemeine Vorschriften zu erlassen, oder ob eine Verpflichtung zum Erlass derartiger Vorschriften besteht, ist eine Annäherung in zwei Schritten zu unternehmen:

- Auf einer ersten Ebene ist zu untersuchen, ob überhaupt eine Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Gewährung von Ausgleichsleistungen bei Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bestehen kann oder ob diese Gewährung im behördlichen Ermessen steht.
- In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Behörde ein Wahlrecht zwischen der Gewährung einer Ausgleichsleistung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder über den Erlass einer allgemeinen Vorschrift nach ihrem Ermessen hat oder ob dieses Ermessen reduziert ist. Diese Frage stellt sich auch dann, wenn auf der ersten Ebene festgestellt worden sein sollte, dass keine Verpflichtung zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen bestehen sollte.

### **aa) Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen**

Die Formulierung sozialpolitisch motivierter Anforderungen an die Tarifgestaltung stellt in der Regel eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung dar, da ein Betreiber des betreffenden Personenverkehrsdienstes unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses regelmäßig nicht bereit wäre, diesen Dienst zu diesen Höchstarifen ohne Gegenleistung zu übernehmen (Art.

---

<sup>74</sup> Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250).

2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007). Definitionsgemäß führt die Betrauung mit der Erbringung eines solchen, einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung unterliegenden Personenverkehrsdienstes zum Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne von Art. 2 lit. i Verordnung (EG) Nr. 1370/2007<sup>75</sup>.

Dass EU-rechtlich keine ausnahmslose Pflicht der zuständigen Behörde besteht, jene gemeinwirtschaftliche Verpflichtung durch die Gewährung von Ausgleichsleistungen zu kompensieren, macht Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 deutlich. Danach kann für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entweder ein ausschließliches Recht und/oder eine Ausgleichsleistung gewährt werden. Die Konfiguration dieser Instrumente wird durch die Zielsetzung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die Erbringung von im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Personenverkehrsdiensten sicherzustellen (Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007), determiniert. Sie führt im Regelfall dazu, dass sich zumindest bei monetär berechenbaren Kompensationserfordernissen, wie sie bei der Festsetzung von Höchsttarifen entstehen, „Ausgleichsleistungen ... als erforderlich erweisen, damit die mit öffentlichen Dienstleistungen betrauten Unternehmen gemäß festgelegten Grundsätzen und unter Bedingungen tätig sein können, die ihnen die Erfüllung ihrer Aufgaben ermöglichen“ (Erwägungsgrund 34 zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007) – wären sie doch ohne die Ausgleichsleistung entsprechend der Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zur Erbringung des Personenverkehrsdienstes mit diesem Höchsttarif gerade nicht bereit. Diese „Ausgleichsleistungen ... müssen ... gewährt werden, um die Erbringung von Diensten sicherzustellen, die Dienste von allgemeinem Interesse im Sinne des Vertrags sind“ (Erwägungsgrund 34 zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007).

Hieraus wird man zumindest für den Fall, dass die Festlegung von Höchsttarifen, auch solchen, die sozialpolitisch motiviert sind, dazu führt, dass eine wirtschaftliche Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste gefährdet

---

<sup>75</sup> Marcel Kaufmann, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 2 Rdnr. 40.



ist, von einer Pflicht zur Gewährung einer Ausgleichsleistung ausgehen müssen<sup>76</sup>.

### **bb) Wahl des Instruments „allgemeine Vorschrift“**

Die gesetzgeberische Begründung zu § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG bezeichnet die Norm als Klarstellung der „Handlungsmöglichkeiten“ der zuständigen Behörde<sup>77</sup>. Der Begriff der „Handlungsmöglichkeit“ ist mit Blick auf das Bestehen eines Vorrangverhältnisses zwischen den Instrumenten der allgemeinen Vorschrift und des öffentlichen Dienstleistungsauftrags neutral und lässt keinen Schluss auf ein Wahlrecht nach Ermessen der zuständigen Behörde noch darauf zu, in welchen Fällen welches Instrument zu wählen ist. Vielmehr handelt es sich um eine rein deklaratorische Feststellung des Vorhandenseins verschiedener Möglichkeiten.

Der Wortlaut der Vorschriften des PBefG enthält keine Hinweise darauf, dass für die Gewährung einer Ausgleichsleistung gerade das Instrument der allgemeinen Vorschrift zu wählen ist. Vielmehr stellt § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG Ausgleichsleistungen über allgemeine Vorschriften oder über die Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gleichrangig nebeneinander, wobei die Verwendung des Modalverbs „kann“ auf das Bestehen eines Auswahlermessens des Aufgabenträgers hinweist. Auch § 13 Abs. 2a Satz 5 BPefG enthält keine gesetzgeberische Entscheidung für eine Priorität eines der beiden Instrumente.

Der systematische Zusammenhang von Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 deutet ebenfalls darauf hin, dass bei der Kompensation von Höchsttarifen der Erlass einer allgemeinen Vorschrift keinen Vorrang vor der

---

<sup>76</sup> Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 18.

<sup>77</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, BT-Drucks. 17/10857 S. 20.

Gewährung im Rahmen eines allgemeinen Dienstleistungsauftrags hat. Ausweislich des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen „auch“ Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein. Dieses „auch“ bedeutet, dass ebenso der öffentliche Dienstleistungsauftrag für die Gewährung einer Ausgleichsleistung in Betracht kommt. Dass beide Instrumente zur Kompensation bei der Festsetzung von Höchsttarifen in Betracht kommen, unterstreicht Art. 3 Abs. 2 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, wonach die Festlegung in einer allgemeinen Vorschrift ungeachtet des Rechts der zuständigen Behörden gilt, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen in öffentliche Dienstleistungsaufträge aufzunehmen.

In teleologischer Betrachtung beruht die Besonderheit des Instruments der allgemeinen Vorschrift gegenüber der Gewährung einer Ausgleichsleistung in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag darauf, dass eine allgemeine Vorschrift nur für die Festlegung der Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Form von Höchsttarifen zulässig ist (Art. 3 Abs. 2 und 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007). Im Unterschied zu anderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen berührt die Festsetzung von Höchsttarifen allein die Einnahmeseite, nicht aber die von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedliche Kostensituation der Verkehrsunternehmen<sup>78</sup>. Dies macht es möglich, die Kriterien für die Berechnung der Ausgleichsleistung in einer Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genügenden Weise für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet (Art. 2 lit. I Verordnung (EG) Nr. 1370/2007) festzulegen, ohne die spezifische Kostensituation der einzelnen Unternehmen in Rechnung stellen zu müssen. Im Vergleich zur Gewährung von Ausgleichsleistungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags kommt einer allgemeinen Vorschrift mithin eine Entlastungsfunktion zu. Die Entlastung wird allerdings in erster Linie der zu-

---

<sup>78</sup> Thomas Lübbig, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 3 Rdnr. 12; Michael Winnes, Die Allgemeine Vorschrift als Steuerungs- und Finanzierungsinstrument im ÖPNV, KommP spezial 2/2013, S. 96 (99 f.).

ständigen Behörde, nicht den Verkehrsunternehmen zuteil. Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass es beim Aufgabenträger liegt, diese Entlastungsfunktion in Anspruch zu nehmen und eine allgemeine Vorschrift zu erlassen oder die Ausgleichsleistung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags festzusetzen.

In die teleologische Betrachtung einzubeziehen ist allerdings auch die grundsätzliche Entscheidung des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG für den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre. Dass sich aus dieser Bestimmung keine Verpflichtung des Aufgabenträgers ergibt, die Eigenwirtschaftlichkeit seinerseits herzustellen<sup>79</sup>, ist zutreffend. Denn dies würde dem Sinn der Eigenwirtschaftlichkeit, eine unter Marktbedingungen erfolgende Befriedigung von Verkehrsbedarfen durch in ihrer unternehmerischen Freiheit grundrechtlich geschützte Unternehmen anzustreben, nachgerade zuwiderlaufen. Um eine solche Konstellation handelt es sich jedoch bei der Frage des Erlasses allgemeiner Vorschriften zum Belastungsausgleich bei festgesetzten Höchsttarifen nicht. Ausgehend davon, dass die Festsetzung von Höchsttarifen eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung darstellt, führt diese Festsetzung ausweislich des Art. 2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eben gerade dazu, dass das Verkehrsunternehmen aufgrund dieser Festsetzung nicht mehr zur Erbringung von Verkehrsleistungen bereit ist, die es eigenwirtschaftlich unter Marktbedingungen erbracht hätte. Die Festsetzung der Höchsttarife beschränkt mithin die unternehmerische Dispositionsfreiheit. Völlig zu Recht wird deshalb die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff bewertet<sup>80</sup>.

Keineswegs bemisst sich daher das Vorliegen von Eigenwirtschaftlichkeit an der kostendeckenden Erfüllbarkeit der vom Aufgabenträger festgesetzten Anforderungen durch das Verkehrsunternehmen<sup>81</sup>. Der Genehmigungsantrag

---

<sup>79</sup> So Markus Faber, Zwingt das PBefG zu einer allgemeinen Vorschrift?, IR 2014, S. 249 (250).

<sup>80</sup> Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 12.

<sup>81</sup> So aber VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 62.

muss sich zwar auf die vom Aufgabenträger definierten Anforderungen beziehen, ohne dass diese Anforderungen ihrerseits die Verkehrsleistung definieren, die eigenwirtschaftlich zu erbringen ist. Sonst stünde es dem Aufgabenträger frei, bereits durch die Festlegung der Leistung die auch der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 systematisch zugrundeliegende Differenzierung (oben II.1) zwischen eigenwirtschaftlichen (bzw. kommerziellen) und gemeinwirtschaftlichen Verkehren aufzuheben. Es gibt keine „echte“ und „unechte“ Eigenwirtschaftlichkeit. Wie in der Rechtsprechung anerkannt führt die Gewährung einer Ausgleichsleistung für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung in grundrechtlicher Perspektive dazu, dass durch diese Gewährung der notwendige Verhältnismäßigkeitsausgleich für den grundrechtlichen Eingriff hergestellt wird<sup>82</sup>. Der Umstand allein, dass die Auferlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung Gemeinwohlzielen dient, ist nach allgemeiner Grundrechtsdogmatik Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs, führt aber allein nicht zu dessen Rechtfertigung<sup>83</sup>.

Von diesem zutreffenden Ausgangspunkt aus ist es in grundrechtlicher Perspektive inkonsequent, wenn die Rechtsprechung die Gewährung einer Ausgleichsleistung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags und über eine allgemeine Vorschrift in Hinsicht auf den Verhältnismäßigkeitsausgleich gleichwertig ansieht. Sofern ein Verkehrsunternehmen zu den von ihm als kostendeckend kalkulierten Tarifen, d. h. unter Marktbedingungen, eine Verkehrsleistung anbieten will, kann es dies eigeninitiativ durch Stellung eines Genehmigungsantrags vorantreiben. Durch die die grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit verkürzende Festsetzung von Höchsttarifen wird es einem Unternehmen häufig unmöglich, die Verkehrsleistung zu dem von ihm als kostendeckend kalkulierten Tarif, d. h. zu Marktbedingungen, anzubieten. Die Gewährung einer Ausgleichsleistung vermag diesen Nachteil zwar wieder

---

<sup>82</sup> OVG Münster, Urt. v. 25. 8. 2016 - 13 A 788/15 -, juris Rdnr. 81; VG Schleswig, Urt. v. 22. 11. 2016 - 3 A 351/15 -, juris Rdnr. 65.

<sup>83</sup> Vgl. für alle nur Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2016, § 24 Rdnr. 34 ff.

auszugleichen, zwingt den Unternehmer jedoch in die seine Eigeninitiative einschränkenden Verfahrensvorgaben des Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, soweit der Ausgleich im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gewährt wird. Die Stellung eines Genehmigungsantrags ist ihm nun nicht mehr möglich. Sein grundrechtlicher status quo ante wird in diesem Fall daher nicht wiederhergestellt.

Für den Ausgleich bei der Festsetzung von Höchsttarifen ist durch Rückgriff auf das Instrument der allgemeinen Vorschrift hingegen eine solche Wiederherstellung der unternehmerischen Freiheit möglich. Da die Ausgleichsgewährung über eine allgemeine Vorschrift das Vorliegen von Eigenwirtschaftlichkeit nicht schmälert (§ 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG), schont sie die grundrechtliche Position der Verkehrsunternehmen im Vergleich zur Ausgleichsgewährung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags weitergehend.

Das dem Aufgabenträger eingeräumte Ermessen zur Gewährung eines Ausgleichs für die Festsetzung von Höchsttarifen entweder im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder über den Erlass einer allgemeinen Vorschrift wird daher durch das grundrechtliche Gebot weitestmöglicher Schonung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt.

Ob sich aus dieser Beschränkung des Ermessens des Aufgabenträgers eine Ermessensreduzierung auf Null ergibt<sup>84</sup>, ist eine Frage des Einzelfalls. So ist es nicht auszuschließen, dass trotz Festsetzung von Höchsttarifen eine kostendeckende und damit eigenwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistungen möglich ist. In diesem Fall wäre eine Ausgleichsgewährung ohne Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auch im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags möglich. Allerdings ist es Sache des Aufgabenträgers, die eigenwirtschaftliche Erbringbarkeit trotz Festsetzung von Höchsttarifen detailliert zu belegen und zu begründen. Liegt umgekehrt die

---

<sup>84</sup> So das Schreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Ferlemann vom 11. 9. 2014 - LA 25/7382.1/1-008, sowie Winrich Ipsen, Gutachterliche Stellungnahme vom 27. 7. 2013 sub 3.4.

Konstellation vor, dass eine eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung nicht angeboten wird, so besteht das Wahlrecht des Aufgabenträgers zwischen der Ausgleichsgewährung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags und über den Erlass einer allgemeinen Vorschrift uneingeschränkt<sup>85</sup>.

Die Rechtsfolgen eines ermessensfehlerhaften Rückgriffs auf die Gewährung einer Ausgleichsleistung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags statt über den Erlass einer allgemeinen Vorschrift sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob, gegen wen und wann ein Verkehrsunternehmen einen Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift geltend machen könnte. Entsprechendes gilt für eine Inanspruchnahme von Sekundärrechtsschutz.

### **cc) Ergebnis**

Im Falle sozialpolitisch motivierter Anforderungen an die Tarifgestaltung steht es nicht im freien Ermessen der zuständigen Behörden, eine Ausgleichsleistung über allgemeine Vorschriften oder im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu gewähren. Erstens ist bei monetär berechenbaren Kompensationserfordernissen, wie sie bei der Festsetzung von Höchsttarifen entstehen, die dazu führen, dass eine wirtschaftliche Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste gefährdet ist, von einer Pflicht zur Gewährung einer Ausgleichsleistung auszugehen. Zweitens ist das Ermessen der Behörde zur Wahl des Instruments, mit dem diese Ausgleichsleistung gewährt wird, durch das grundrechtliche Gebot weitestmöglicher Schonung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Da die Ausgleichsgewährung über eine allgemeine Vorschrift das Vorliegen von Eigenwirtschaftlichkeit nicht schmälert (§ 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG), stellt sie den ohne Festsetzung des Höchsttarifs bestehenden grundrechtlichen status quo ante des Verkehrsunternehmens – anders als die Gewährung im Rahmen eines öffentlichen

---

<sup>85</sup> Schreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Ferlemann vom 11. 9. 2014 - LA 25/7382.1/1-008.

Dienstleistungsauftrags – wieder her. Ob sich aus dieser Beschränkung des Ermessens des Aufgabenträgers eine Ermessensreduzierung auf Null ergibt, ist eine Frage des Einzelfalls. So ist es nicht auszuschließen, dass trotz Festsetzung von Höchsttarifen eine kostendeckende und damit eigenwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistungen möglich ist.

### **3. Untersagung einer Direktvergabe an einen internen Betreiber durch nationales Recht**

Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 statuiert tatbestandlich bestimmte Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Direktvergabe an einen internen Betreiber. Im Folgenden wird untersucht, ob noch weitere Grenzen der Direktvergabe bestehen:

*Da eine Direktvergabe an ein kommunales ÖPNV-Unternehmen nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 voraussetzt, dass „dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“, ist zu prüfen, ob Haushaltsrecht und Vergaberecht einer solchen Direktvergabe entgegenstehen.*

Ausweislich des Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in der ab dem 24. 12. 2017 geltenden Fassung kann eine nach nationalem Recht zuständige örtliche Behörde u. a. entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtliche getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige örtliche Behörde eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Voraussetzung ist, dass dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist.

#### **a) Eine Direktvergabe hinderndes Vergaberecht**

Zur Beantwortung der Frage, ob Vergaberecht einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegensteht, sind vier Konstellationen zu unterscheiden:

- Der öffentliche Dienstleistungsauftrag wird in der Form einer Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergeben; sein Wert erreicht zumindest die Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB.
- Es liegt eine Dienstleistungskonzession unterhalb der Schwellenwerte vor.
- Es handelt sich um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, dessen Wert die Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB zumindest erreicht, der als Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB vergeben wird
- Es handelt sich um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB, der als Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 1 VOL/A bzw. § § 1 Abs. 1 UVgO vergeben wird.

### **aa) Vergabe als Dienstleistungskonzession**

Wird der öffentliche Dienstleistungsauftrag in der Form einer Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergeben, so gilt Folgendes: Wenngleich die §§ 151 ff. GWB, §§ 12 ff. KonzVgV ab Erreichen der Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB als nationales Recht für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Durchführung eines Vergabeverfahrens vorschreiben, handelt es sich nicht um einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegenstehendes nationales Recht<sup>86</sup>. Denn auf Konzessionen, die die Personenbeförderung im Sinne von § 1 PBefG betreffen, ist das allgemeine Konzessionsvergaberecht nicht anzuwenden (§ 149 Nr. 12 GWB).

---

<sup>86</sup> So auch – für den insoweit nicht anders zu behandelnden – Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Olaf Otting/Udo Olgemöller/Wiland Tresselt, § 72. Direktvergaben öffentlicher Dienstleistungsaufträge, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 28.



Auch unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB fehlen nationale vergaberechtliche Vorschriften, die eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 untersagen würden<sup>87</sup>. Für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterhalb der genannten Schwellenwerte enthalten weder die VOL/A noch die Unterschwellenvergabeordnung Vergaberegungen.<sup>88</sup>

Nichts anderes gilt schließlich für die in verschiedenen Ländern erlassenen Landesvergabegesetze. Lediglich das Saarländische Tariftreuegesetz enthält in seinem § 1 Abs. 2 eine Erstreckung seines Anwendungsbereichs auch auf Dienstleistungskonzessionen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene. § 1 Abs. 2 Satz 2 SaarITTG nennt insoweit explizit auch Direktvergaben an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Allerdings schreibt auch das Saarländische Tariftreuegesetz nicht die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Bereich des ÖPNV vor. Gefordert ist lediglich die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz (§ 2 Abs. 3 Saarländisches Tariftreuegesetz). Die Verbindlichkeit dieser Grundsätze ergibt sich bereits ohnehin aus der in Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit<sup>89</sup>.

## **bb) Vergabe als Dienstleistungsauftrag nach allgemeinem Vergaberecht**

---

<sup>87</sup> So auch – für den insoweit nicht anders zu behandelnden – Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Olaf Otting/Udo Olgemöller/Wiland Tresselt, § 72. Direktvergaben öffentlicher Dienstleistungsaufträge, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 28.

<sup>88</sup> Thorsten Siegel, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 148 GWB Rdnr. 22 f.

<sup>89</sup> EuGH NZBau 2002, S. 101 Rdnr. 38; EuGH NZBau 2002, S. 458 Rdnr. 45 – Hospital Ingenieure; EuGH VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 48; EuGH VergabeR 2010, 203 Rdnr. 37; EuGH NZBau 2012, S. 376 Rdnr. 25 – NDS; EuGH NZBau 2014, S. 53 Rdnr. 28 – Belgacom; EuGH NZBau 2015, S. 306 Rdnr. 33 – eVigilo; EuGH NZBau 2016, S. 373 Rdnr. 61 – Partner Apelski Dariusz; EuGH NZBau 2016, S. 441 Rdnr. 36 – Dr. Falk; EuGH NZBau 2016, S. 445 Rdnr. 36 – Pizzo; EuGH NZBau 2016, S. 506 Rdnr. 38 – MT Høgaard.

Dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag über ÖPNV-Leistungen als Dienstleistungsauftrag unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB vergeben wird, dürfte eine theoretische Konstellation sein. Für die Vergabe von Busverkehren als Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB ab Erreichen der genannten Schwellenwerte ist auf die hier vertretene Auffassung hinzuweisen, dass das Vorliegen eines solchen Dienstleistungsauftrags die Sperrwirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auslöst, so dass eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht möglich ist<sup>90</sup> (dazu, zur Gegenauffassung und zu dem beim EuGH zur Klärung dieser Frage anhängigen Verfahren oben II.1.b).

### **b) Haushaltsrechtliche Grenzen der Direktvergabe**

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob Regelungen des nationalen Haushaltsrechts eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 untersagen. So könnten die Regelungen des kommunalen Haushaltsrechts, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen soll, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen (vgl. nur § 31 Abs. 1 Gemeindehaushaltsverordnung Baden-Württemberg; § 22 Abs. 1 Gemeindehaushaltsverordnung Rheinland-Pfalz; § 31 Abs. 1 Sächsische Gemeindehaushaltsverordnung) eine Direktvergabe hindern. Zwar verbieten diese Vorschriften nicht explizit Direktvergaben von ÖPNV-Leistungen. Doch setzt ein „Untersagen“ im Sinne der Eingangsformulierung des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 kein ausdrückliches Verbot einer Direktvergabe voraus<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> So auch – für den insoweit nicht anders zu behandelnden – Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Olaf Otting/Udo Olgemöller/Wiland Tresselt, § 72. Direktvergaben öffentlicher Dienstleistungsaufträge, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 28.

<sup>91</sup> Maria Najdenova, Anmerkung, VergabeR 2016, S. 636 (638).

Ob und ggf. inwieweit die genannten haushaltsrechtlichen Bestimmungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegenstehen, wird von einer, von einem Teil der Nachprüfungsinstanzen und der wohl überwiegenden Zahl der Stimmen in der Literatur vertretenen Auffassung offengelassen. Nach dieser Position soll die Frage, ob nationale Vorschriften einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegenstehen, durch § 8a Abs. 3 PBefG abschließend beantwortet sein. Gemäß § 8a Abs. 3 PBefG ist die zuständige Behörde unter den in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genannten Voraussetzungen u. a. befugt, Verkehrsleistungen im Nahverkehr nach Art. 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 direkt zu vergeben. Die genannte Auffassung versteht diese Vorschrift als generelle Zulassung der Direktvergabe: „Eindeutiger als in § 8a Abs. 3 PBefG kann eine nationale Erlaubnis von Direktvergaben nicht formuliert sein.“<sup>92</sup>

Zur Stützung dieser These wird überwiegend auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Verkehrsausschusses des Deutschen Bundestages vom 29. 9. 2012 rekurriert. Dort wird zu § 8a Abs. 3 PBefG ausgeführt:

„Die Befugnis zur Selbsterbringung oder Direktvergabe nach Artikel 5 Absatz 2 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/ 2007 stehen unter dem Vorbehalt des nationalen Rechts („Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, ...“). In § 8a Absatz 3 wird klargestellt, dass die zuständige

---

<sup>92</sup> VK Südbayern, Beschl. v. 15. 10. 2015 - Z3-3-3194-1-36-05/15 -, juris Rdnr. 225. Im Ergebnis ebenso OLG München, Beschl. v. 31. 3. 2016 – Verg 14/15 -, Rdnr. 237; Michael Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 8a Rdnr. 46; Andreas Saxinger, Bagatellvergaben, KMU-Vergaben und Notvergaben nach Art. 5 Abs. 4 und Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 93 (104); Martin Schäfer, „Inhouse“-Verkehrsleistungen: Selbsterbringung durch die zuständige Behörde und Direktvergabe an den internen Betreiber, in: von Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 83 (86); Oliver Wittig/Christoph Donhauser, Möglichkeiten der Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten an interne Betreiber im Spannungsfeld mit dem Vorrang kommerzieller Verkehre, KommP spezial 2/2013, S. 76 (78).

Behörde (Aufgabenträger) berechtigt ist, diese Befugnisse wahrzunehmen, wenn die in der Verordnung genannten Voraussetzungen vorliegen. Abweichende Regelungen im Landesrecht sind nicht zulässig.<sup>93</sup>

Nach ihrem Regelungskontext bezieht sich diese Aussage der Unzulässigkeit abweichender landesrechtlicher Regelungen ausschließlich auf eine Regelung unmittelbar der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Direktvergabe von ÖPNV-Leistungen. Hingegen fehlt es dem Bundesgesetzgeber schon verfassungsrechtlich an einer Möglichkeit des Zugriffs auf verschiedene Regelungsgegenstände, die in der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder liegen und die als allgemein geltende Regelungen Wirkungen auch für den Bereich der Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen entfalten. So darf es als Selbstverständlichkeit bezeichnet werden, dass die örtlichen Behörden bei der Prüfung einer Direktvergabe an die, durch die landesrechtlichen Regelungen des Haushaltsrechts statuierten Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden sind<sup>94</sup>. Entsprechendes gilt für die Bindung an die Bestimmungen des kommunalen Wirtschaftsrechts über die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen<sup>95</sup>.

Die Anwendung dieser und ähnlich wirkender landesrechtlicher Regelungen kann und soll durch § 8a Abs. 3 PBefG keineswegs eingeschränkt werden. Es handelt sich vielmehr um Bestimmungen, deren Anwendung zwar nicht generell, jedoch im Einzelfall zur Unzulässigkeit einer Direktvergabe führen kann. Hierzu gehört auch der Gesichtspunkt der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeit<sup>96</sup>. Hieraus ergibt sich, dass § 8a Abs. 3 PBefG die Prüfung der Wirkungen kommunalen Haushaltsrechts für die Zulässigkeit einer Direktvergabe nach

---

<sup>93</sup> BT-Drucks. 17/10857 S. 20.

<sup>94</sup> Maria Najdenova, Anmerkung, VergabeR 2016, S. 636 (638); Klaus-Albrecht Sellmann/Holger Zuck, in, Fromm/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl. 2013, § 8a PBefG Rdnr. 9a; Holger Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, Art. 5 VO 1370 Rdnr. 57.

<sup>95</sup> Offengelassen von OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 3. 2011 – VII Verg 48/10 –, juris Rdnr. 143.

<sup>96</sup> Maria Najdenova, Anmerkung, VergabeR 2016, S. 636 (638)

Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht von vornherein überflüssig macht<sup>97</sup>.

Im Ergebnis wird man allerdings davon ausgehen müssen, dass die Vorschriften des kommunalen Haushaltsrechts, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen soll, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen, einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht entgegenstehen. Diese Möglichkeit zur Direktvergabe beruht wie § 108 GWB auf dem Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung (dazu oben II.1.b.bb) und damit einer allgemeinen Grenze für Regelungen des EU-Vergaberechts<sup>98</sup>. Die besondere Ausformung dieses Grundsatzes in Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sollte einerseits – auf Initiative des Europäischen Parlaments – die besondere Bedeutung öffentlicher Verkehrsunternehmen hervorheben<sup>99</sup>. Andererseits soll die Regelung laut Erwägungsgrund 18 zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 „zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen“ sicherstellen, dass „die Möglichkeit der Eigenerbringung ... streng kontrolliert“ wird. Die Grundsätze dieses Modells rechtlich eng begrenzter Ausschreibungsfreiheit von In-house-Geschäften hatte der Europäische Gerichtshof bereits lange vor deren Kodifizierung im Vergabe-Sekundärrecht unmittelbar aus der Anwendung der Grundfreiheiten des AEUV abgeleitet. Es liegt mithin in der Natur derartiger Beauftragungen von Stellen, die durch den Auftraggeber kontrolliert werden, dass der Vergabe solcher Aufträge gerade keine öffentliche Ausschreibung vorausgeht.

---

<sup>97</sup> Maria Najdenova, Anmerkung, VergabeR 2016, S. 636 (638)

<sup>98</sup> Jan Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 108 GWB Rdnr. 3.

<sup>99</sup> Alexander Fandrey, Direktvergabe von Verkehrsleistungen. Beauftragung ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens im Bereich straßengebundener Beförderung nach den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, 2010, S. 197.

Im Ergebnis stehen daher Regelungen des nationalen Haushaltsrechts einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht grundsätzlich entgegen. Allerdings ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Direktvergabe nicht die unwirtschaftlichere Variante darstellt.

#### **4. KMU-Direktvergabe und nationales Recht**

Unklarheiten sind über die Anwendbarkeit der EU-rechtlichen Möglichkeit einer privilegierten Direktvergabe an kleine und mittlere Unternehmen mit Blick auf Regelungen des nationalen Rechts aufgetreten. Diesbezüglich wird folgendes Untersuchungsprogramm verfolgt:

*Voraussetzung für die Zulässigkeit einer KMU-Direktvergabe ist nach Art. 5 Abs. 4 S. 1 VO 1370/2007, dass die Direktvergabe „nicht nach nationalem Recht untersagt ist“. Hierzu vertritt die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr die Auffassung, dass die Regelungen des kommunalen Haushaltsrechts, die für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung und die Anwendung der Vergabegrundsätze vorschreiben, als nationales Recht der KMU-Direktvergabe entgegenstehen. Die Richtigkeit dieser Annahme soll gutachtlich überprüft werden.*

Nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in der ab dem 24. 12. 2017 geltenden Fassung kann die zuständige Behörde öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt vergeben, wenn der Jahresdurchschnittswert dieser Aufträge auf weniger als 1 Millionen Euro (bei öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste beinhaltenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen weniger als 7,5 Millionen Euro) geschätzt wird oder wenn die Dienstleistungsaufträge eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300 Tausend Kilometern (bei öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste beinhaltenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen weniger als 500 Tausend Kilometern)

aufweisen (Satz 1). Soll die Direktvergabe an kleine oder mittlere Unternehmen, die nicht mehr als 23 Straßenfahrzeuge betreiben, erfolgen, so können diese Schwellen auf einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 2 Millionen Euro oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 600 Tausend Kilometern angehoben werden (Satz 2).

Damit die Möglichkeit einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genutzt werden kann, darf dies nicht nach nationalem Recht untersagt sein. Hierzu hat die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr im Feb. 2017<sup>100</sup> folgende Auffassung vertreten:

„Einer direkten Vergabe unterhalb des Schwellenwertes gemäß Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 wird jedoch durch nationales Recht untersagt. Die Landkreise und (kreisfreien) Gemeinden müssen auch bei der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienstleistungen auf der Straße die Vorschriften des bayerischen Haushaltsrechts beachten. Nach § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik bzw. § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik muss der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

Gemäß § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik müssen ferner bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen die Vergabegrundsätze angewendet werden.“

Der Bayerische Staatsminister des Innern hat zu diesem Fragenkreis in einem Schreiben vom 23. 5. 2017 folgende Position eingenommen:

„Die haushaltsrechtlichen Anforderungen führen im Bereich der Direktvergabe nach Artikel 5 Absatz 4 VO (EG)1370/2007 nicht zwingend dazu, dass ein europaweites Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden

---

<sup>100</sup> Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Schreiben vom 16. 2. 2017 – IIE2-3621.4-1-1.

muss. Soweit die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 für die Vergabe einer Dienstleistungskommission<sup>101</sup> vorliegen und keine europaweite oder nationale Ausschreibung durchgeführt werden soll, sind die kommunalen Aufgabenträger aber gleichwohl gut beraten, auch bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 3170/2007 mehrere Angebote einzuholen, zu vergleichen, das Ergebnis des Vergleichs schriftlich festzuhalten und der bei der Kommune zur Entscheidung zuständigen Stelle zur Kenntnis zu geben.“<sup>102</sup>

Unabhängig von der Frage, ob mit der Formulierung „nicht zwingend ... durchgeführt werden muss“ ein vollständiges Abrücken von der Position der Obersten Baubehörde verbunden ist, ist die von dieser Behörde aufgeworfene Problemstellung – soweit ersichtlich – in Literatur und Rechtsprechung nicht geklärt.

Zunächst abzustecken ist die Reichweite der genannten Problemstellung. Ausweislich Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von vornherein unanwendbar, wenn die Personenverkehrsdienstleistungen in Form eines Dienstleistungsauftrags nach allgemeinem Vergaberecht beauftragt werden. Auch Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 setzt mithin das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession voraus (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 1370/2007)<sup>103</sup>.

Zum Verhältnis der Möglichkeit der Direktvergabe zu den Regelungen des nationalen Vergaberechts kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verwiesen werden (oben II.3.a). Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass der von der bayerischen Obersten Baubehörde unternommene Rekurs auf die Vergabegrundsätze ins Leere geht,

---

<sup>101</sup> Gemeint: Dienstleistungskonzession.

<sup>102</sup> LBO-Express Nr. 22/2017.

<sup>103</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 10. 11. 2015 – 11 Verg 8/15 –, VergabeR 2016, S. 239 (243); Andreas Saxinger, Bagatellvergaben, KMU-Vergaben und Notvergaben nach Art. 5 Abs. 4 und Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: von Wiersheim, Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 93 (102).



weil diese Vergabegrundsätze die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eben gerade nicht regeln und daher auch einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht entgegenstehen können.

#### **a) Untersagung der KMU-Direktvergabe durch nationales Haushaltsrecht**

Die weitere von der bayerischen Obersten Baubehörde in Bezug genommene Regelung des kommunalen Haushaltsrechts, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen soll, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen, findet sich in den Gemeindehaushaltsverordnungen nahezu sämtlicher Bundesländer (oben II.3). Der Begriff des „Auftrags“ ist dabei nicht in einem vergaberechtlichen, sondern in einem haushaltsrechtlichen Sinne zu verstehen. Entscheidend ist, ob für die Erbringung von Leistungen Mittel der öffentlichen Haushalte eingesetzt werden und damit die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind<sup>104</sup>. Dies ist für die vorliegend zu behandelnde Frage der Direktvergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 der Fall. Denn ohne den Zufluss öffentlicher Haushaltsmittel an das leistungserbringende Unternehmen würde es sich um eigenwirtschaftliche Verkehre handeln, auf die die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von vornherein nicht anwendbar ist.

Dass derartige Dienstleistungskonzessionen „Aufträge“ im Sinne der genannten Vorschriften des kommunalen Haushaltsrechts sind, ist eindeutig<sup>105</sup>. Sie müssen daher öffentlich ausgeschrieben werden, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Ob die in der Literatur vertretene Auffassung, dass solche Ausnahmen gerade

---

<sup>104</sup> Thorsten Siegel, Das Haushaltsvergaberecht, VerwArch 2016, S. 1 (14).

<sup>105</sup> Eckhard Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 55 BHO Rdnr. 114; Thorsten Siegel, Das Haushaltsvergaberecht, VerwArch 2016, S. 1 (14).

bei Konzessionen gerechtfertigt sind<sup>106</sup>, etwa weil diese häufig spezifische auf die Leistungsfähigkeit des Angebots bezogene Anforderungen stellen<sup>107</sup>, zutrifft, kann vorliegend dahinstehen. Denn bei den von Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erfassten Fallkonstellationen rechtfertigen besondere Umstände eine freihändige Vergabe.

Ausweislich Erwägungsgrund 23 zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bezweckt die Möglichkeit zur Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Vermeidung des mit der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens für Aufträge betreffend geringe Summen oder Entfernungen verbundenen Aufwands sowie die Berücksichtigung der besonderen Interessen von kleineren und mittleren Unternehmen.

Bagatellgrenzen sind in dem im Wesentlichen haushaltsrechtlich abgeleiteten Vergaberecht unterhalb der EU-rechtlichen Schwellenwerte allgemein üblich. Unterhalb dieser Bagatellgrenzen, die durch Erlasse der jeweils zuständigen Ministerien festgelegt werden, ist eine freihändige Vergabe (§ 3 Abs. 5 lit. j VOL/A) bzw. Verhandlungsvergabe (§ 8 Abs. 4 Nr. 17 UVgO) von Dienstleistungen zulässig. Die Ziehung der Bagatellgrenzen dient dazu, ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Wert der beschafften Leistung und dem für die Durchführung eines Vergabeverfahrens einzusetzenden Aufwand sicherzustellen<sup>108</sup> und damit dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit Genüge zu tun. Darüber hinaus soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Interesse von Unternehmen, auf Aufträge mit einem geringen Volumen im Verfahren einer öffentlichen Ausschreibung ein Angebot abzugeben, in Anbetracht des Aufwandes für die Erstellung eines förmlichen Angebots abnimmt<sup>109</sup>. In derartigen Fällen handelt es sich um eine nachgerade

---

<sup>106</sup> Eckhard Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 55 BHO Rdnr. 114.

<sup>107</sup> So Thorsten Siegel, Das Haushaltsvergaberecht, VerwArch 2016, S. 1 (14).

<sup>108</sup> Eckhard Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 55 BHO Rdnr. 108.

<sup>109</sup> Eckhard Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 55 BHO Rdnr. 108.

typische Ausnahme von der haushaltsrechtlichen Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung.

Die besondere Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Unternehmen in Vergabeverfahren hat in Deutschland eine lange Tradition und war schon im Vergaberecht verankert, als dieses noch rein haushaltsrechtlicher Natur war<sup>110</sup>. Diese Tradition besteht bis heute fort und prägt das Vergaberecht unterhalb der EU-rechtlichen Schwellenwerte, das nach wie vor im Wesentlichen haushaltsrechtlich abgeleitet ist, weiterhin (vgl. § 2 Abs. 4 UVgO). Wie § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB deutlich macht, ist eine Losaufteilung nur *eine* Möglichkeit zur Berücksichtigung der spezifischen Situation kleiner und mittlerer Unternehmen<sup>111</sup>. Einen anderen Weg zeichnet Art. 5 Abs. 4 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Form der möglichen Erhöhung der Bagatellwerte nach Art. 5 Abs. 4 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Fall der Direktvergabe an kleine und mittlere Unternehmen. Auch eine solche zu Zwecken der besonderen Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Unternehmen erfolgende Anhebung der Bagatellgrenzen für die Direktvergabe von Aufträgen ist ein besonderer Umstand, der eine Ausnahme im Sinne der genannten Vorschriften des Haushaltsrechts rechtfertigt.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass weder die genannten haushaltsrechtlichen Vorschriften noch andere Normen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs.

---

<sup>110</sup> Vgl. die Richtlinien der Bundesregierung zur angemessenen Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen in Handwerk, Handel und Industrie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL), vom 1. 6. 1976; ähnliche Regelungen gab es in den Ländern.

<sup>111</sup> Dazu Jan Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 97 GWB Rdnr. 75. Zur Relevanzschwelle und der Berücksichtigung von KMU-Interessen im EU-Recht Alexander Fandrey, Direktvergabe von Verkehrsleistungen. Beauftragung ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens im Bereich straßengebundener Beförderung nach den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, 2010, S. 247 ff.

4 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegenstehen<sup>112</sup>. Allerdings ist damit noch nicht entschieden, ob das deutsche Haushaltsrecht nicht eine bestimmte Ausgestaltung der Direktvergabe fordert.

### **b) Determinierung der KMU-Direktvergabe durch nationales Haushaltsrecht**

Art. 2 lit. h Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 definiert den Begriff der Direktvergabe dahingehend, dass es sich um eine Vergabe „ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ handelt. Der Begriff des „wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ wiederum wird durch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht legal definiert. Vielmehr bezeichnet Art. 5 Abs. 3 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 lediglich bestimmte Mindestanforderungen, denen das angewandte Verfahren genügen muss, damit es als wettbewerbliches Vergabeverfahren im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 angesehen werden kann. Danach muss das angewandte Verfahren allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Sofern sich das angewandte Verfahren im Rahmen dieser Vorgaben hält, ist die zuständige Behörde in der Gestaltung des Vergabeverfahrens frei<sup>113</sup>. Auf die nationalen Rechtsvorschriften des § 8b PBefG zur Durchführung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an, da es hier zunächst um die Konturierung des unionsrechtlichen Begriffs des wettbewerblichen Vergabeverfahrens als abgrenzendes Element zum gleichfalls unionsrechtlichen Begriff der Direktvergabe geht. Es besteht weitgehende Einigkeit darin, dass von einem allen Betreibern offen stehenden Verfahren jedenfalls nur

---

<sup>112</sup> Holger Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, Art. 7 VO 1370 Rdnr. 86.

<sup>113</sup> VK Münster, Beschl. v. 25. 2. 2015 - VK 23/14 -, juris Rdnr. 164.

dann gesprochen werden kann, wenn die Absicht der Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags europaweit bekannt gemacht worden ist und alle Betreiber die Möglichkeit hatten, ihr Interesse an dem Auftrag zu bekunden<sup>114</sup>. Kennzeichen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens ist es danach, dass mehrere Unternehmen in das Vergabeverfahren einbezogen werden, das dabei auch als Verhandlungsverfahren ausgestaltet werden kann<sup>115</sup>. Hiervon unterscheidet sich die Direktvergabe dadurch, dass gerade nicht mehrere Unternehmen einbezogen sein müssen<sup>116</sup>.

Dass dieser Begriff der Direktvergabe durch den in den genannten nationalen haushaltsrechtlichen Vorschriften verwendeten Begriff der „freihändigen Vergabe“ dahingehend modifiziert wird, dass entsprechend der Auffassung des bayerischen Staatsministers des Innern auch bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 immer mehrere Angebote einzuholen und zu vergleichen sind, dürfte nicht zutreffen. Dem haushaltsrechtlichen Begriff der „freihändigen Vergabe“ ist dies nicht zu entnehmen. Auch ein in Tradition erwachsenes Begriffsverständnis ist nicht zu erkennen. Die Neufassung des § 30 HGrG verwendet den Begriff der freihändigen Vergabe nicht. Auch für Vergaben unterhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte kommt der Begriff nicht mehr vor; stattdessen spricht § 12 UVgO von der „Verhandlungsvergabe“. In Anbetracht dieses fehlenden Begriffskerns kann die haushaltsrechtliche Inbezugnahme der „freihändigen Vergabe“ nicht als den Begriff der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 modifizierendes nationales Recht verstanden werden.

---

<sup>114</sup> Matthias Knauff, Das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Art. 5 III Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 i. V. mit § 8 b PBefG-E, NZBau 2011, S. 655 (657); Rebecca Schäffer, Die Vergabe von ÖPNV-Dienstleistungen in Deutschland und Europa, 2014, S. 167.

<sup>115</sup> Matthias Knauff, Das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Art. 5 III Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 i. V. mit § 8 b PBefG-E, NZBau 2011, S. 655 (657).

<sup>116</sup> Matthias Knauff, Das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Art. 5 III Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 i. V. mit § 8 b PBefG-E, NZBau 2011, S. 655 (657); Hans-Joachim Prieß, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5 Rdnr. 194.

Auch ist es systematisch verfehlt, die durch in Ablösung befindliches nationales Recht (§ 3 Abs. 1 Satz 4 VOL/A) an das Verfahren der freihändigen Vergabe formulierte Anforderung, dass mehrere – grundsätzlich mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen, als die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 modifizierendes nationales Recht anzusehen. Denn wie dargelegt (oben II.3) unterscheiden die einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften gerade zwischen der spezifischen Anordnung der Anwendung der im Vergaberecht niedergelegten Vergabegrundsätze (vgl. nur § 31 Abs. 2 BayKommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 BayKommHV-Doppik; „vergaberechtliche Ausschreibung“) und der allgemeinen Vorgabe einer öffentlichen Ausschreibung (§ 31 Abs. 1 BayKommHV-Kameralistik bzw. § 30 Abs. 1 BayKommHV-Doppik; „haushaltsrechtliche Ausschreibung“). Diese Systematik würde konterkariert, wenn die unterhalb der Schwellenwerte auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbare vergaberechtliche Ausschreibungspflicht über den Umweg des unklaren Begriffs der freihändigen Vergabe als haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht doch wieder eingeführt würde.

### **c) Ergebnis**

Einer privilegierten Direktvergabe an kleine und mittlere Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 stehen keine Regelungen des nationalen Rechts entgegen. Dies gilt sowohl für die Regelungen des Vergaberechts als auch für solche des Haushaltsrechts, insbesondere des kommunalen Haushaltsrechts. Zwar müssen nach diesen Vorschriften Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Jedoch sind Bagatellgrenzen in dem im Wesentlichen haushaltsrechtlich abgeleiteten Vergaberecht unterhalb der EU-rechtlichen Schwellenwerte üblich und hat die besondere Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Unternehmen in Vergabeverfahren ebenfalls eine lange Tradition. Die zu Zwecken der beson-

deren Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Unternehmen erfolgende Anhebung der Bagatellgrenzen nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für die Direktvergabe von Aufträgen ist daher ein besonderer Umstand, der eine Ausnahme im Sinne der genannten Vorschriften des Haushaltsrechts rechtfertigt.

Auch wird der EU-rechtliche Begriff der Direktvergabe durch den in den genannten nationalen haushaltsrechtlichen Vorschriften verwendeten Begriff der „freihändigen Vergabe“ nicht dahingehend modifiziert, dass auch bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 immer mehrere Angebote einzuholen und zu vergleichen sind. Dem haushaltsrechtlichen Begriff der „freihändigen Vergabe“ wäre eine solche Auslegung nicht zu entnehmen. Auch ein in Tradition erwachsenes Begriffsverständnis ist nicht zu erkennen.

## **5. Zusammenfassung**

### **a) Bestehen eines Wahlrechts zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung und Direktvergabe**

Die Frage, ob die Aufgabenträger ein freies Wahlrecht zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren, Ausschreibung oder Direktvergabe haben, dahingehend zu beantworten, dass ein solches Wahlrecht im Verhältnis zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren einerseits und Direktvergabe oder Durchführung eines Vergabeverfahrens andererseits nicht besteht. Die Erbringung von Verkehrsleistungen durch eigenwirtschaftliche Verkehre hat eindeutigen Vorrang vor den in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beschriebenen Verfahren. Im Verhältnis zwischen Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 besteht ein nur durch die äußersten Grenzen des allgemeinen Willkürverbots begrenztes Wahlrecht der zuständigen Behörde. Entsprechendes gilt für die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB im Verhältnis zur Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB.

### **b) Erlass allgemeiner Vorschriften**

. Danach kann für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entweder ein ausschließliches Recht und/oder eine Ausgleichsleistung gewährt werden. Die Konfiguration dieser Instrumente wird durch die Zielsetzung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die Erbringung von im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Personenverkehrsdiensten sicherzustellen. Hieraus wird man zumindest für den Fall, dass die Festlegung von Höchsttarifen, auch



solchen, die sozialpolitisch motiviert sind, dazu führt, dass eine wirtschaftliche Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste gefährdet ist, von einer Pflicht zur Gewährung einer Ausgleichsleistung ausgehen müssen

In die teleologische Betrachtung einzubeziehen ist allerdings auch die grundsätzliche Entscheidung des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG für den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre. Dass sich aus dieser Bestimmung keine Verpflichtung des Aufgabenträgers ergibt, die Eigenwirtschaftlichkeit seinerseits herzustellen, ist zutreffend. Um eine solche Konstellation handelt es sich jedoch bei der Frage des Erlasses allgemeiner Vorschriften zum Belastungsausgleich bei festgesetzten Höchsttarifen nicht. Ausgehend davon, dass die Festsetzung von Höchsttarifen eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung darstellt, führt diese Festsetzung ausweislich des Art. 2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eben gerade dazu, dass das Verkehrsunternehmen aufgrund dieser Festsetzung nicht mehr zur Erbringung von Verkehrsleistungen bereit ist, die es eigenwirtschaftlich unter Marktbedingungen erbracht hätte. Die Festsetzung der Höchsttarife beschränkt mithin die unternehmerische Dispositionsfreiheit. Völlig zu Recht wird deshalb die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff bewertet. Wie in der Rechtsprechung anerkannt führt die Gewährung einer Ausgleichsleistung für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung in grundrechtlicher Perspektive dazu, dass durch diese Gewährung der notwendige Verhältnismäßigkeitsausgleich für den grundrechtlichen Eingriff hergestellt wird. Der Umstand allein, dass die Auferlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung Gemeinwohlzielen dient, ist nach allgemeiner Grundrechtsdogmatik Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs, führt aber allein nicht zu dessen Rechtfertigung. Im Falle sozialpolitisch motivierter Anforderungen an die Tarifgestaltung steht es nicht im freien Ermessen der zuständigen Behörden, eine Ausgleichsleistung über allgemeine Vorschriften oder im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu gewähren. Erstens ist bei monetär berechenbaren Kompensationserfordernissen, wie sie bei der Festsetzung von Höchsttarifen entstehen, die dazu führen, dass eine wirtschaftliche Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste gefährdet ist, von einer Pflicht zur

Gewährung einer Ausgleichsleistung auszugehen. Zweitens ist das Ermessen der Behörde zur Wahl des Instruments, mit dem diese Ausgleichsleistung gewährt wird, durch das grundrechtliche Gebot weitestmöglicher Schonung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Da die Ausgleichsgewährung über eine allgemeine Vorschrift das Vorliegen von Eigenwirtschaftlichkeit nicht schmälert (§ 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG), stellt sie den ohne Festsetzung des Höchsttarifs bestehenden grundrechtlichen status quo ante des Verkehrsunternehmens – anders als die Gewährung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags – wieder her. Ob sich aus dieser Beschränkung des Ermessens des Aufgabenträgers eine Ermessensreduzierung auf Null ergibt, ist eine Frage des Einzelfalls. So ist es nicht auszuschließen, dass trotz Festsetzung von Höchsttarifen eine kostendeckende und damit eigenwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistungen möglich ist.

### **c) Untersagung einer Direktvergabe an einen internen Betreiber durch nationales Recht**

Wird der öffentliche Dienstleistungsauftrag in der Form einer Dienstleistungskonzession vergeben, so steht weder oberhalb noch unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte nationales Vergaberecht einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegen. Entsprechendes gilt für die Vergabe von Busverkehren als Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB bzw. der entsprechenden Vorschriften für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.

Die Vorschriften des kommunalen Haushaltsrechts, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen soll, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen, untersagen keine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Da es dem Bundesgesetzgeber verfassungsrechtlich an einer Möglichkeit des Zugriffs auf

verschiedene Regelungsgegenstände, die in der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder liegen und die wie die Vorschriften des kommunalen Haushaltsrechts als allgemein geltende Regelungen Wirkungen auch für den Bereich der Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen entfalten, kann die Anwendung dieser Regelungen durch § 8a Abs. 3 PBefG nicht eingeschränkt werden. Es handelt sich vielmehr um Bestimmungen, deren Anwendung zwar nicht generell, jedoch im Einzelfall zur Unzulässigkeit einer Direktvergabe führen kann, wenn diese die unwirtschaftlichere Variante darstellt.

#### **d) KMU-Direktvergabe und nationales Recht**

Einer privilegierten Direktvergabe an kleine und mittlere Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 stehen keine Regelungen des nationalen Rechts entgegen. Dies gilt sowohl für die Regelungen des Vergaberechts als auch für solche des Haushaltsrechts, insbesondere des kommunalen Haushaltsrechts. Zwar müssen nach diesen Vorschriften Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Jedoch sind Bagatellgrenzen in dem im Wesentlichen haushaltsrechtlich abgeleiteten Vergaberecht unterhalb der EU-rechtlichen Schwellenwerte üblich und hat die besondere Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Unternehmen in Vergabeverfahren ebenfalls eine lange Tradition. Die zu Zwecken der besonderen Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Unternehmen erfolgende Anhebung der Bagatellgrenzen nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für die Direktvergabe von Aufträgen ist daher ein besonderer Umstand, der eine Ausnahme im Sinne der genannten Vorschriften des Haushaltsrechts rechtfertigt.