

Grenzüberschreitende Vergaben im SPNV in Zentraleuropa – Strategien für die rechtliche Ausgestaltung am Beispiel deutsch-polnischer Vergaben

Gutachten

von

Rechtsanwalt Dr. Thomas Stockmann
SCHUMANN RECHTSANWÄLTE NOTARE, Berlin

Rechtsanwalt Daniel Rusch, LL.M.
SCHUMANN RECHTSANWÄLTE NOTARE, Berlin

Wojciech Bujko, Radca Prawny (In Polen zugelassener Rechtsanwalt)
Bujko & Sztejna, Kancelaria Radców Prawnych – Spółka Partnerska,
Zielona Góra, Polen

Przemysław Sztejna, Radca Prawny (In Polen zugelassener Rechtsanwalt)
Bujko & Sztejna, Kancelaria Radców Prawnych – Spółka Partnerska,
Zielona Góra, Polen

Heike Uhe
Niemiecko-Polska Kooperacja Gospodarcza (npkg) Heike Uhe,
Wrocław, Polen

Berlin, Zielona Góra und Wrocław, 23.12.2011

Inhaltsverzeichnis

I.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	5
II.	Ausgangslage und Fragestellung	7
III.	Derzeitige Vergabepaxis	8
1.	<i>Bestellung bis zur Grenze, zwei nach Aufgabenträgergebieten getrennte Vergaben</i>	8
a)	<i>Vergaben an dasselbe EVU</i>	8
b)	<i>Vergabe an zwei EVU aus verschiedenen Staaten, die die Leistungen nach Umläufen aufteilen</i> 10	
2.	<i>Gemeinsame Vergabe nach einheitlichem Vergabe- und Vertragsrecht</i>	10
3.	<i>Verkehr mit eigenwirtschaftlichen Anteilen</i>	11
IV.	Typische Schwierigkeiten	12
1.	<i>Unterschiede in der Finanzausstattung</i>	12
2.	<i>Fehlende Abstimmung der Nahverkehrspläne</i>	12
3.	<i>Zulassung von Fahrzeugen in beiden Ländern</i>	12
4.	<i>Zulassung von EVU in beiden Ländern</i>	13
5.	<i>Verschiedene nationale Vergaberegime</i>	13
6.	<i>Informationsdefizite zur Infrastruktur, wie sie zur Zeit der Leistung vorhanden sein wird</i>	14
V.	Rechtsgrundlagen	16
1.	<i>Europäische Rechtsgrundlage – VO (EG) Nr. 1370/2007</i>	16
a)	<i>Sonderrechtsregime für SPNV-Leistungen</i>	16
b)	<i>Verfahrensvorschriften für SPNV-Vergaben</i>	17
aa)	<i>Wettbewerbliche Vergabe, Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007</i>	18
(1)	<i>Art. 5 Abs. 3 Satz 1</i>	18
(2)	<i>Art. 5 Abs. 3 Satz 2</i>	19
(3)	<i>Art. 5 Abs. 3 Satz 3</i>	21
bb)	<i>Direktvergabe, Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007</i>	22
(1)	<i>Nationaler Vorbehalt</i>	22
(2)	<i>Dreistufiger Entscheidungsprozess</i>	23
cc)	<i>Abgrenzung Direktvergabe und wettbewerbliches Vergabeverfahren</i>	23
dd)	<i>Veröffentlichungspflichten nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007</i>	24
ee)	<i>Veröffentlichungspflichten nach Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007</i>	26
ff)	<i>Begründungspflicht nach Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007</i>	26
2.	<i>Deutsche Rechtsgrundlagen</i>	27
a)	<i>Aufgabenträgerschaft für den SPNV</i>	27
aa)	<i>Aufgabe: Erstellung Nahverkehrsplan</i>	28
bb)	<i>Aufgabe: Bestellung von Verkehrsleistungen</i>	29
b)	<i>Nationaler Rechtsrahmen für SPNV-Vergaben</i>	29
aa)	<i>GWB</i>	29
bb)	<i>§ 15 Abs. 2 AEG</i>	30
cc)	<i>Direktvergabemöglichkeiten nach VgV und VOL/A</i>	31
(1)	<i>Wettbewerbsfreie Freihändige Vergabe nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV</i>	31
(2)	<i>Anforderungen von § 4 Abs. 3 Nr. 1 VgV</i>	33
(3)	<i>Anforderungen von § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV</i>	33
(4)	<i>§ 3 Abs. 5 lit. d VOL/A</i>	34
(5)	<i>§ 3 Abs. 5 lit. I VOL/A</i>	36
3.	<i>Polnische Rechtsgrundlagen</i>	37
a)	<i>Aufgabenträgerschaft für den SPNV</i>	38
aa)	<i>Rechtsgrundlagen</i>	38
bb)	<i>Kriterien der „Grenzzone“ und der „entsprechenden Verwaltungseinheit“</i>	40
cc)	<i>Kompetenzen der Aufgabenträger</i>	42
(1)	<i>Verkehrsplan</i>	42
(2)	<i>Organisation des öffentlichen Personenverkehrs</i>	44
(3)	<i>Verwaltung des öffentlichen Personenverkehrs</i>	46

b)	Nationaler polnischer Rechtsrahmen für SPNV-Vergaben	47
aa)	Verfahren A – Verfahren nach GöVerG.....	48
(1)	Unbeschränkte Ausschreibung.....	48
(2)	Weitere Verfahren nach dem GöVerG	49
(3)	Allgemeine Anforderungen nach dem GöVerG.....	50
(4)	Einschränkungen für grenzüberschreitende Vergaben aus dem GöVerG?.....	51
bb)	Verfahren B - Konzessionsvergabe.....	52
cc)	Verfahren C - Direktvergabe.....	53
c)	Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der polnischen Gebietskörperschaften – verfassungsrechtliche Aspekte.....	53
VI.	Besonderheiten der bisherigen polnischen Vergabepaxis	57
1.	SPNV-Vergaben in den westlichen Wojewodschaften Polens.....	57
2.	Grenzüberschreitender Eisenbahnverkehr und SPNV.....	58
VII.	Auswirkungen des geänderten polnischen Rechtsrahmens	60
1.	Interessenkonflikt durch Beteiligung der Wojewodschaften an EVU?	60
2.	Auswirkungen des PTZ-Gesetzes auf die Organisation, Planung und Vergabe des grenzüberschreitenden SPNV.....	63
VIII.	Finanzierung grenzüberschreitender Verkehrsleistungen des SPNV	64
1.	Deutsche Finanzierung.....	64
a)	Grundlage RegG, Ausgestaltung der Finanzierung nach Landesrecht.....	64
b)	Finanzierung der Infrastrukturnutzung.....	65
c)	Finanzierung der Infrastruktur	65
2.	Polnische Finanzierung	67
a)	Rechtliche Grundlagen	67
b)	Auswirkungen der Rechtsänderung	69
aa)	Rechtslage vor Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes	69
bb)	Aktuelle Rechtslage - strukturelle Finanzierungslücke.....	70
c)	SPNV-Zuschüsse in den westlichen Wojewodschaften im Zeitraum 2007 – 2010 und Planung 2011	73
d)	Finanzierungspraxis der Grenzverkehre in Niederschlesien.....	75
aa)	Verkehr von und nach Tschechien.....	75
bb)	Verkehr von und nach Deutschland	76
e)	Finanzierung der Infrastrukturnutzung.....	77
f)	Finanzierung von Ergänzungen der Infrastruktur.....	78
aa)	Staatliche Mittel und Programme	78
bb)	Regionale Mittel und Programme	80
IX.	Vergabestrategien	82
1.	Vergabearten	82
a)	Ausschreibung nach deutschem oder polnischem Vergaberecht.....	82
b)	Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 an EVU der Wojewodschaften	83
c)	Freihändige Vergabe	83
aa)	§ 3 Abs. 5 lit. l VOL/A.....	84
bb)	§ 3 Abs. 5 lit. h VOL/A	84
cc)	Interkommunale Zusammenarbeit.....	85
2.	Vergabe ohne hinreichende finanzielle Sicherung des polnischen Verkehrs?	86
3.	Aspekte der Vertragsgestaltung	87
4.	Unterschiedlich hohe Budgets.....	88
5.	Vergabe bis zur Landesgrenze – Kooperation der EVU	89
X.	Anregungen an den polnischen Gesetzgeber	90
1.	Klarere Regelungen zur Aufgabenträgerschaft.....	90
2.	Angleichung der Finanzausstattung an die übertragenen Aufgaben	90
3.	Klarstellung der Regelungen zur Kooperation.....	90
XI.	Entwurf von Vergabeunterlagen für grenzüberschreitende Vergaben im SPNV	91

Abkürzungsverzeichnis

GöVerG – Gesetz vom 29. Januar 2004 über das öffentliche Vergaberecht

UMWD – Marschallamt der Wojewodschaft Niederschlesien

MI – Ministerium für Infrastruktur der Republik Polen

PR – Przewozy Regionalne sp. z o.o.

KD – Koleje Dolnośląskie S.A.

KS – Koleje Śląskie S.A.

KW – Koleje Wielkopolskie S.A.

PLK – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

RPO – Regionales Operationelles Programm

RJ – Fahrplan, z. B. RJ 2011 bezeichnet den Jahresfahrplan 2010/11

POliŚ – Operationelles Programm „Infrastruktur und Umwelt“

PTZ-Gesetz – Gesetz vom 16. Dezember 2010 über den Öffentlichen Verkehr (gilt ab dem 1.03.2011)

TrK-Gesetz – Gesetz vom 28. März 2003 über den Eisenbahnverkehr

I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Grenzüberschreitende Vergaben im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) erfolgten in der Vergangenheit nur selten wettbewerblich. Um die Besonderheiten des grenzüberschreitenden Verkehrs zu bewältigen, wählten die Aufgabenträger in der Regel ein Verfahren, das Verhandlungen ermöglicht, beispielsweise eine Freihändige Vergabe nach § 3 VOL/A oder eine Direktvergabe.
2. Die derzeit verbreitete Praxis von nach Staatsgebieten getrennten Vergaben erschwert eine Öffnung für den Wettbewerb um die Leistungen.
3. Anders als in Deutschland, hat sich die wettbewerbliche Vergabe von SPNV-Leistungen in Polen noch nicht über einen längeren Zeitraum etabliert.
4. Das am 01.03.2011 in Kraft getretene polnische Gesetz über den öffentlichen Personenverkehr (PTZ-Gesetz) hat zu einer Verunsicherung bei den Rechtsanwendern geführt, die sich auch auf grenzüberschreitende Vergaben im SPNV auswirkt.
5. Aufgrund der geringeren Rechtssicherheit suchen die polnischen Akteure weniger rechtlich orientierte als pragmatische Problemlösungen.
6. Die Rechtsänderungen durch das PTZ-Gesetz haben zu einer unklaren Zuständigkeit für grenzüberschreitende SPNV-Vergaben geführt. Die Regelungen sollten klarer gefasst werden. Bis dahin sollten alle möglicherweise zuständigen Stellen einbezogen werden.
7. Die durch das PTZ-Gesetz neu begründeten Aufgabenträgerschaften von polnischen Selbstverwaltungseinheiten, insbesondere von Wojewodschaften, hat häufig keine Entsprechung in der finanziellen Ausstattung dieser Einheiten. Insoweit besteht eine strukturelle Unterfinanzierung, die beseitigt werden sollte.
8. Die Gründung von EVU durch polnische Wojewodschaften sowie deren Beteiligung an EVU kann der Bereitschaft entgegen stehen, eine gemeinsame Vergabe wettbewerblich auszugestalten.
9. Anders als nach dem nationalen deutschen Recht sind nach dem polnischen PTZ-Gesetz Direktvergaben von SPNV-Leistungen ohne weitere Voraussetzungen zulässig.
10. Für die Vergabe von grenzüberschreitenden SPNV-Leistungen ist in der Regel ein wettbewerbliches Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Verbindung mit den nationalen Regelungen eines Staates zur Ausschreibung vorzugswürdig.
11. Eine Direktvergabe von grenzüberschreitenden SPNV-Leistungen setzt voraus, dass sie nach den nationalen Regelungen aller Staaten zulässig ist, aus denen sich Aufgabenträger beteiligen. Die Zulässigkeit kann sich bei Vergabe an ein EVU einer Wojewodschaft aus den vergaberechtlichen Grundsätzen über die kommunale Zusammenarbeit ergeben.

12. Sofern eine gemeinsame Vergabe nicht zulässig ist, kann es sinnvoll sein, die jeweils separat gebundenen EVU vertraglich zur Kooperation zu verpflichten, beispielsweise zur wechselseitigen Überlassung von Fahrzeugen.

II. Ausgangslage und Fragestellung

Aufgabenträger für den SPNV haben in der Vergangenheit oft davon abgesehen, grenzüberschreitende Aufträge wettbewerblich zu vergeben. Eine der Ursachen hierfür war, dass die Verkehrsleistungen grundsätzlich die rechtlichen Anforderungen von allen betroffenen Staaten erfüllen müssen. Dadurch standen die ausschreibenden Aufgabenträger vor der Herausforderung, nicht nur die Leistungen, sondern auch den Rechtsrahmen so zu beschreiben, dass für die Bieter ungewöhnliche Wagnisse vermieden werden. Diese Herausforderung und die damit verbundenen Unsicherheiten umgingen die Aufgabenträger in der Regel durch Direktvergaben oder freihändige Vergaben nach der VOL/A.

Der Zweckverband Verkehrsverbund Oberschlesien Niederlausitz (ZVON) zielt im Rahmen des EU-Projekts „Inter-Regio-Rail Removing barriers to regional rail transport“ darauf ab, Strategien für die rechtssichere wettbewerbliche Ausgestaltung von grenzüberschreitenden Vergabeverfahren des SPNV von deutschen und polnischen Aufgabenträgern zu entwickeln und zu beschreiben. Dazu hat der ZVON die Erstellung dieses Gutachtens beauftragt.

Das Gutachten stellt zunächst die derzeitige Vergaberechtspraxis bei grenzüberschreitenden Vergaben und die dabei typischen Schwierigkeiten dar (III. und IV.). Dann gehen die Autoren auf die Rechtsgrundlagen für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) (V.), Besonderheiten der bisherigen polnischen Vergabepaxis (VI.), Auswirkungen des geänderten polnischen Rechtsrahmens (VII.) sowie auf die SPNV-Finanzierungspraxis in Deutschland und Polen ein (VIII.). Abschließend werden vor dem Hintergrund der Analyse mögliche Vergabestrategien für künftige grenzüberschreitende Vergaben im SPNV dargestellt (IX.) und Anregungen an den polnischen Gesetzgeber formuliert (X.). Die gewonnenen Erkenntnisse setzen die Autoren in einem Entwurf von Vergabeunterlagen für eine grenzüberschreitende Vergabe von SPNV-Leistungen mit deutschen und polnischen Anteilen um (XI.).

III. Derzeitige Vergabepaxis

Grenzüberschreitende Vergaben im SPNV erfolgen derzeit vor allem getrennt nach Aufgabenträgergebieten jeweils bis zur Staatsgrenze (1.), als gemeinsame Vergabe aller beteiligten Aufgabenträger (2.) oder als Vergabe nur eines Aufgabenträgers mit eigenwirtschaftlichen Anteilen auf dem anderen Staatsgebiet (3.).

1. *Bestellung bis zur Grenze, zwei nach Aufgabenträgergebieten getrennte Vergaben*

Eine in der Praxis angewandte Vorgehensweise zur Deckung des Bedarfs an grenzüberschreitenden Verkehrsangeboten besteht darin, dass die beteiligten Aufgabenträger jeweils eine eigene Vergabe durchführen. In diesem Fall beauftragt jeder Aufgabenträger die gewünschte Verkehrsleistung nur bis zur Staatsgrenze. Für die Auswahl des Eisenbahnverkehrsunternehmens (EVU) führen sie nach Maßgabe des einschlägigen europäischen und eigenen nationalen Rechts jeweils ein Vergabeverfahren durch.

Ein Verkehrsangebot ohne Brechung an der Station, die der Staatsgrenze am nächsten liegt, ist bei einem solchen Vorgehen nur möglich, wenn im Ergebnis beider Vergabeverfahren dasselbe EVU den Auftrag erhält oder die erfolgreichen EVU zu einer Kooperation verpflichtet sind, nach der sie die Leistungen nach Umläufen aufteilen.

a) *Vergaben an dasselbe EVU*

Die Vergabe an dasselbe EVU können die Aufgabenträger bei zwei getrennt durchgeführten wettbewerblichen Vergabeverfahren kaum gewährleisten. Denn jedes Vergabeverfahren unterliegt eigenen wirtschaftlichen Randbedingungen, die das Verhalten der Bieter und ihre Kalkulation beeinflussen können. Zudem können auch die jeweils unterschiedlichen nationalen Vorschriften zur Leistungserbringung und zum Vergabeverfahren ein abweichendes Bieterverhalten zur Folge haben. Ein EVU, das sich an einer Ausschreibung der Leistung des Aufgabenträgers in einem Staat mit einem wirtschaftlich attraktiven Angebot beteiligt, kann daher unter Umständen an einem Angebot für den Aufgabenträger des anderen Staates uninteressiert sein. Die Aufgabenträger sind an das von ihnen angewandte Verfahren und den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden, der im deutschen Vergaberecht in § 97 Abs. 2 GWB niedergelegt ist. Daher dürfen sie keines der beiden Vergabeverfahren dahingehend steuern, dass ein bestimmter Bieter den Auftrag erhält.

Die zeitlich getrennte Durchführung von zwei Vergabeverfahren bietet insoweit keine Lösung. Wenn ein Aufgabenträger sein Vergabeverfahren zunächst abschließt und der andere Aufgabenträger vor dem Hintergrund des Ergebnisses dieses ersten Vergabeverfahrens seine Vergabe dahingehend steuert, dass das erfolgreiche EVU auch bei ihm den Zuschlag erhält, ist damit insoweit der Wettbewerb eingeschränkt.

Auch die Gestaltung der Leistungsbeschreibung in dem Sinne, dass sie einem bestimmten EVU aufgrund seiner individuellen Eigenschaften oder aufgrund seines Zugangs zu bestimmten Fahrzeugen Vorteile verschafft, schränkt den Wettbewerb ein. In der Praxis relevant sind solche Gestaltungen beispielsweise bei der Beschreibung der einzusetzenden Fahrzeuge, die nur auf einen bestimmten Fahrzeugtyp passt, für den ein EVU einen Rahmenvertrag hat, der ihm im Vergleich zu Wettbewerbern deutlich bessere Beschaffungsbedingungen sichert. Davon können der Fahrzeugpreis, aber auch die Lieferzeit betroffen sein. Im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts verstoßen derartige Gestaltungen zudem gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB.

Ein Lösungsansatz könnte je nach den Umständen des Einzelfalls darin gesucht werden, in das wettbewerbliche Vergabeverfahren des einen Aufgabenträgers eine Option zugunsten des anderen Aufgabenträgers aufzunehmen. Allerdings ist die dafür erforderliche Koordinierungsaufwand ähnlich hoch wie bei einer gemeinsamen Vergabe. Zudem sollte zur Vermeidung eines ungewöhnlichen Wagnisses bei der ersten Vergabe nur eine begrenzte Menge an Optionsleistungen vergeben werden. Das Verbot der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses gilt nach einer Auffassung durch die Neufassung der VOL/A 2009 in ihrem Anwendungsbereich zwar nicht mehr, weil die VOL/A 2009 keine § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 entsprechende Regelung enthält (Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.) Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 39 ff.). Dennoch bleibt abzuwarten, ob die Entscheidungspraxis die von der Rechtsprechung zum Verbot der Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses entwickelten Grundsätze auch auf der neuen Rechtsgrundlage bestätigt, etwa weil sie auch dem Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung zu entnehmen sind (vgl. Gnittke/Hattig in Müller-Wrede (Hrsg.) VOL/A Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 11 EG Rn. 24; für die Fortgeltung des Verbots ungewöhnlicher Wagnisse auf Basis von § 7 Abs. 1 VOL/A bzw. § 8 EG Abs. 1 VOL/A: VK Bund, Beschluss vom 01.02.2011, VK 3-126/10, VK Bund, Beschlüsse vom 24.05.2011, VK 1 45/11 und 48/11, VK Münster, Beschluss vom 17.06.2011, VK 5/11). Zudem wird vertreten, dass die Auferlegung ungewöhnlicher Wagnisse die Chancengleichheit der Bewerber eklatant beeinträchtigt (Traupel in Müller-Wrede (Hrsg.) VOL/A Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 8 EG Rn. 16). Für Aufgabenträger ist es daher vor einer Klärung durch die Nachprüfungsinstanzen sicherer, den Umfang der Optionsleistungen auf bis zu 20 % der Hauptleistung zu beschränken. Für Vergaben, bei denen die Leistung des anderen Aufgabenträgers über diesen Umfang hinausgeht, eignet sich der Lösungsansatz einer Option zugunsten des anderen Aufgabenträgers daher nicht.

Sofern jeder Aufgabenträger die Verkehrsleistungen auf seinem Gebiet in einem eigenen Vergabeverfahren vergibt, bleibt faktisch daher häufig nur jeweils der Weg einer Direktvergabe oder einer freihändigen Vergabe, um eine Beauftragung desselben Betreibers zu erreichen, womit ein Verkehr ohne Brechung gesichert werden kann. Aber auch in diesem Fall ist zur Erreichung dieses Ergebnisses seitens der Aufgabenträger Verhandlungsgeschick und Kompromissbereitschaft erforderlich. Da jeder von ihnen für sein Gebiet zuständig ist und sie in der Praxis verfahrenstechnisch teilweise kaum bis gar nicht zusammen arbeiten, ist das Zustandekommen eines grenzüberschreitenden, umsteigefreien Verkehrsangebots etwa als „rein zufällig“ bezeichnet worden (Norbert Kuhnle, Nahverkehrsgesellschaft Baden-Württemberg mbH im Interview am 13.07.2006 – zitiert nach Thomas Blankenhagel, Vergabe von Leistungen im grenzüberschreitenden SPNV, 2008, S. 112.).

Um die Kompatibilität der Verkehrsleistungen zu gewährleisten, ist jedenfalls eine Abstimmung unter den beteiligten Aufgabenträgern erforderlich. Vor dem Beginn der jeweiligen Vergaben sollten die Leistungsinhalte der Verkehrsverträge harmonisiert werden. Unabhängig von der Frage ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit können Verwaltungsvereinbarungen zwischen den Aufgabenträgern der verschiedenen Staaten helfen, dem Ergebnis der Abstimmung eine gewisse Verbindlichkeit zu geben.

b) Vergabe an zwei EVU aus verschiedenen Staaten, die die Leistungen nach Umläufen aufteilen

Sofern eine Vergabe an dasselbe EVU nicht gelingt, können die Aufgabenträger bei Vergabe an unterschiedliche EVU eine Verpflichtung in die Verträge aufnehmen, die vertraglich bis zur jeweiligen Staatsgrenze beauftragten Leistungen untereinander in der Weise auszutauschen, dass durchgehende Umläufe möglich werden. Bei dieser Gestaltung erfolgt die Beauftragung und Abrechnung der Verkehrsleistungen also nach Staatsgebieten getrennt. Die EVU verpflichten sich jedoch gegenüber ihrem jeweiligen Aufgabenträger zum realen Austausch von Verkehrsleistung mit dem anderen Verkehrsunternehmen. Die rechtliche Ausgestaltung kann dabei für die ausgetauschten Leistungsteile jeweils im Unterauftragnehmerverhältnis erfolgen. Um die Unternehmen in ihrer eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht zu sehr einzuengen, kann dabei auf genaue rechtliche Vorgaben zum Unterauftragsverhältnis gegenüber den jeweiligen EVU als Hauptauftragnehmer verzichtet werden.

Der verpflichtende Vertragsschluss eines EVU mit einem Unterauftragnehmer, den es sich nicht selbst aussuchen darf, kann für ein EVU jedoch mit einem ungewöhnlichen Wagnis verbunden sein. Unabhängig von der Frage, ob ein solches ungewöhnliches Wagnis rechtlich zulässig wäre (vgl. dazu oben III.1.a)), liegt seine Vermeidung im Interesse der Aufgabenträger. Denn Bieter, die ungewöhnlichen Wagnissen ausgesetzt werden, neigen nach der Erfahrung dazu, diese Risiken in ihre Kalkulation einzubeziehen und ihre Preise mit Risikoaufschlägen zu versehen. Eine Vermeidung oder Verringerung ungewöhnlicher Wagnisse hat insofern in der Regel einen für die Aufgabenträger günstigen Effekt auf die Angebotspreise.

Bei der Verpflichtung des EVU, ein anderes EVU aus einem anderen Staat als Unterauftragnehmer einzusetzen, kann das für das EVU damit verbundene Risiko dadurch verringert werden, dass es die Haftung für die Leistung insoweit auf die Abtretung von Mängelansprüchen aus dem Unterauftragsverhältnis beschränken darf. Im Einzelfall sollte bei der Gestaltung von Vergabeunterlagen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens eine Risikoverteilung gefunden und von den Aufgabenträgern vorgegeben werden, die sowohl die Interessen der Aufgabenträger als auch die Interessen der EVU angemessen berücksichtigt.

2. Gemeinsame Vergabe nach einheitlichem Vergabe- und Vertragsrecht

Eine gemeinsame Vergabe aller beteiligten Aufgabenträger vermeidet von vornherein das Risiko einer Verteilung der Verkehrsleistung auf verschiedene EVU. Sie ist daher im Hinblick auf das Risiko einer Brechung des grenzüberschreitenden Verkehrs an einer grenznahen Station vorzuzugewürdigt. Ebenso

wie bei aufgabenträgerübergreifenden Vergaben im Inland hat es sich als sinnvoll erwiesen, dass einer der Aufgabenträger für das Vergabeverfahren die Federführung übernimmt. Hierzu ist eine Verwaltungsvereinbarung sinnvoll, die auch zwischen Verwaltungseinheiten verschiedener Staaten geschlossen werden kann.

Federführend im Rahmen eines gemeinsamen Vergabeverfahrens ist regelmäßig derjenige Aufgabenträger, auf dessen Gebiet die meisten Zugkilometer erbracht werden sollen. Insbesondere bei grenzüberschreitenden Vergabeverfahren kommt jedoch auch eine andere Handhabung in Betracht, beispielsweise wenn einer der beteiligten Aufgabenträger zwar nicht die Mehrzahl der Zugkilometer bestellt, aber über die meiste Erfahrung mit Vergabeverfahren oder am ehesten über die zur Bewältigung eines Vergabeverfahrens notwendigen persönlichen und finanziellen Ressourcen verfügt.

Zumeist vereinbaren die beteiligten Aufgabenträger, dass für das Vergabeverfahren das für den Federführer geltende Recht zur Anwendung kommt. Entscheidungen der Aufgabenträger während des laufenden Vergabeverfahrens, beispielsweise zur Reaktion auf Rückfragen und Rügen von Bewerbern, sind durch die Aufgabenträger nach den abgeschlossenen Verwaltungsvereinbarungen zumeist im Konsens zu treffen.

Der Verkehrsvertrag, nach dem die Verkehrsleistung zu erbringen ist, richtet sich in der Regel einheitlich nach der Rechtsordnung des federführenden Aufgabenträgers. Schließen die Parteien einen Verkehrsvertrag beispielsweise einheitlich nach deutschem Vertragsrecht ab, hat das zur Folge, dass auch die Verkehrsleistungen auf nichtdeutschem Staatsgebiet nach deutschem Vertragsrecht zu erbringen sind. Bei Leistungsstörungen findet deutsches Vertragsrecht Anwendung.

3. *Verkehr mit eigenwirtschaftlichen Anteilen*

Soweit eine Einigung mit den anderen beteiligten Aufgabenträgern nicht gelingt, kommt für die Deckung des Bedarfs an grenzüberschreitenden Verkehrsangeboten auch eine eigenwirtschaftliche Erbringung der Leistungen auf dem nicht abgedeckten Gebiet in Betracht. Das EVU wird in diesem Fall vertraglich verpflichtet, eine festgelegte Anschlussstrecke im Nachbarstaat eigenwirtschaftlich zu betreiben. Möglich ist auch eine Gestaltung, nach der im Verkehrsvertrag keine Festlegung enthalten ist, sofern die Leistung ohne den eigenwirtschaftlich zu betreibenden Teil nicht oder nicht sinnvoll erbracht werden kann. Unter einem eigenwirtschaftlichen Betrieb wird in diesem Zusammenhang die Erbringung von Verkehrsleistungen ohne Zuschüsse des Aufgabenträgers verstanden.

In der Praxis kommt diese Vorgehensweise mitunter zur Anwendung, wenn der Aufgabenträger im Nachbarstaat keine finanziellen Mittel hat, um innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs Leistungen zu beauftragen. Typischerweise handelt es sich dann beim eigenwirtschaftlichen Anteil des EVU nur um kurze Streckenabschnitte. Für deren Bedienung besteht weder ein Mehrbedarf an Material noch an Personal, so dass das EVU die Leistung zu den Grenzkosten erbringen kann.

IV. Typische Schwierigkeiten

1. *Unterschiede in der Finanzausstattung*

Eine typische Schwierigkeit grenzüberschreitender Vergaben ist die Einigung der beteiligten Aufgabenträger auf eine einheitliche Leistungsbeschreibung bzw. ein einheitliches Lastenheft. Dahinter stehen zumeist finanzielle Gründe. Ist einer der Aufgabenträger finanziell deutlich schlechter gestellt als ein anderer, so kann ersterer an die Qualität der Verkehrsleistung weniger Ansprüche stellen als letztgenannter. Diskrepanzen können insbesondere auftreten hinsichtlich der Bedienhäufigkeit, der Anforderungen an die Ausstattung der Fahrzeuge, der Zulassung von Gebrauchtfahrzeugen sowie der Mindestanforderungen, die sie erfüllen müssen, und der Serviceleistungen. Zudem muss man sich vor Augen führen, dass die Bedienung einer bestimmten Strecke nur dann sinnvoll ist, wenn genügend Personen die Verkehrsdienste nutzen. Um diese Nutzung zu sichern und das Potenzial an Fahrgästen zu erschließen, muss ein qualitativ hochwertiges Verkehrsangebot geschaffen werden. Sind die Erwartungen der Fahrgäste an die Angebotsqualität in den Gebieten der beteiligten Aufgabenträger unterschiedlich hoch, kann dies die Einigung auf eine gemeinsame Leistungsbeschreibung erschweren.

2. *Fehlende Abstimmung der Nahverkehrspläne*

Zudem kann die Einigung auf eine einheitliche Leistungsbeschreibung auch erheblich dadurch erschwert werden, dass die Nahverkehrspläne der Aufgabenträger in den verschiedenen Staaten nicht aufeinander abgestimmt sind oder einer der Aufgabenträger keinen Nahverkehrsplan aufgestellt hat. In solchen Fällen können bei der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens stark unterschiedliche Vorstellungen zu Umfang und Funktion des grenzüberschreitenden Verkehrs aufeinander treffen, die nicht bereits bei der Abstimmung von Nahverkehrsplänen in Grundzügen harmonisiert worden sind. Die zeitlichen Zwänge eines Vergabeverfahrens können insoweit die Lösung von verkehrsplanerischen Konflikten erschweren. Zudem besteht das Risiko, dass verkehrsplanerische Lösungen anlässlich von konkreten Vergabeverfahren sich nicht optimal in die verkehrlichen Gesamtkonzepte der jeweiligen Aufgabenträger einfügen.

3. *Zulassung von Fahrzeugen in beiden Ländern*

Eine weitere Schwierigkeit grenzüberschreitender Verkehrsleistungen besteht darin, dass die eingesetzten Fahrzeuge die Zulassungsvoraussetzungen nach den Rechtssystemen der beteiligten Staaten erfüllen müssen. Typischerweise sind Anforderungen zu erfüllen im Hinblick auf Radsatzlasten und Fahrzeuggewichte, Räder und Radsätze, die Begrenzung der Fahrzeuge oder Bremsen (vgl. für das deutsche Recht §§ 18ff. Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO)).

Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Zulassung werden zwar zum Teil dadurch entschärft, dass Ausnahmegenehmigungen für ausländische Fahrzeuge zulässig sind (vgl. etwa im deutschen Recht § 32 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 EBO). Im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren ist es jedoch zeitlich kaum möglich, vor Ende der Angebotsfrist eine verlässliche Zusage der zuständigen Genehmigungsbehörde zu erlangen. Damit beschränkt sich die für die EVU mögliche Auswahl faktisch auf Fahrzeuge, die in allen beteiligten Ländern für den Verkehr im vorgesehenen Umfang zugelassen sind.

4. Zulassung von EVU in beiden Ländern

Auch die Zulassung des EVU in den beteiligten Rechtssystemen kann eine Schwierigkeit grenzüberschreitender Verkehrsleistungen darstellen. Das zumindest, sofern es widerstreitende Voraussetzungen für die Zulassung in den betroffenen Ländern gibt oder aber ein EVU aus einem Land mit niedrigeren Zulassungsanforderungen Dienste in einem Land mit höheren Zulassungsanforderungen erbringen soll.

Das Problem wird jedoch zum Teil durch § 6 Abs. 8 Satz 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) entschärft. Denn nach dieser Vorschrift bedarf einer Genehmigung nach § 6 Abs. 1 AEG als EVU nicht, wer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaften oder eines Mitgliedstaates des Abkommens vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen zugelassen ist.

5. Verschiedene nationale Vergaberegime

Vergeben die Aufgabenträger das grenzüberschreitende Verkehrsangebot mittels einer gemeinsamen Ausschreibung, kommt typischerweise das nationale Vergaberegime des federführenden Aufgabenträgers zur Anwendung (vgl. oben III.2.). Dadurch wird die Beteiligung von EVU aus anderen Ländern erschwert. Die Benachteiligung ergibt sich zum einen aus den Sprachunterschieden. Zum anderen sind unterschiedliche nationale verfahrensrechtliche Vorgaben dafür Ausschlag gebend. Sofern es sich bei den betroffenen EVU nicht um solche handelt, die mit Konzernunternehmen auch im Land des federführenden Aufgabenträgers aktiv sind, ist eine Beteiligung an der Ausschreibung für sie weniger attraktiv. Der überwiegende Anteil des federführenden Auftraggebers an der Vergabe ist ein sachlicher Grund dafür, dass dessen Sprache und dessen nationales Verfahrensrecht zur Anwendung gelangt, zumal die mehrsprachige Führung eines Vergabeverfahrens mit rechtlichen Risiken behaftet wäre, sofern mehr als eine Sprache rechtsverbindlich sein soll.

Neben den Schwierigkeiten mit der Zulassung des EVU und des Einsatzes der vorgesehenen Fahrzeuge in beiden Staaten (vgl. hierzu IV.3. und IV.4.) kann vor allem die Gestaltung des Vergabeverfahrens nach dem Vergaberecht eines Staates als Grund dafür gelten, dass sich EVU aus anderen Staaten nicht am Verfahren beteiligen. Dies gilt trotz der einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an SPNV-Vergaben durch die VO (EG) Nr. 1370/2007 und der nationalen Umsetzungen der allgemeinen vergaberechtlichen Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Denn die Umsetzungen dieser Regelwerke weichen in

den einzelnen Mitgliedsstaaten voneinander ab. Zudem besteht zur Auslegung dieser Umsetzungen jeweils eine eigene Spruchpraxis der Vergabenachprüfungsinstanzen. Die damit einhergehende Unsicherheit kann dazu führen, dass sich nur EVU des Mitgliedsstaates am Vergabeverfahren beteiligen, nach dessen nationalem Vergaberegime das Verfahren durchgeführt wird.

6. Informationsdefizite zur Infrastruktur, wie sie zur Zeit der Leistung vorhanden sein wird

Ähnlich wie bei nationalen Vergaben besteht eine typische Schwierigkeit grenzüberschreitender Vergaben darin, dass während des Vergabeverfahrens nicht im Detail klar ist, wie die Infrastruktur zur Zeit der Ausführung der Leistung beschaffen sein wird. Anders als bei nationalen Vergaben kommt bei grenzüberschreitenden Vergaben erschwerend hinzu, dass es sich um zwei nationale Schienenwege handelt mit unterschiedlichen Betreibern und damit unterschiedlichen Zugangsverfahren und oftmals unterschiedlichen technischen Ausstattungen und Anforderungen.

Der mögliche Umfang und die Qualität von SPNV-Leistungen sind sehr von der vorhandenen Infrastruktur abhängig. Die Beschaffenheit der Schienenwege hat etwa Einfluss auf die mögliche Reisegeschwindigkeit und die einsetzbaren Fahrzeuge. Welche Art von Fahrzeugen eingesetzt werden kann, hängt zudem davon ab, ob die Strecken elektrifiziert sind. Höhe und Länge der Bahnsteige haben maßgeblichen Einfluss auf die Länge der Züge und die gesetzlich einzuhaltenden Mindestanforderungen an Bauart und Ausstattung ihres Eingangsbereichs. Die Umgebung der Schienennetze (Bäume, Felsen, Brücken etc.) kann ferner entscheidenden Einfluss auf die zulassungsfähigen Außenmaße der Querschnitte der Fahrzeuge haben.

SPNV-Vergabeverfahren werden in der Regel mehrere Jahre vor der Ausführung der SPNV-Leistungen durchgeführt. Den Vergabeverfahren wird dabei regelmäßig der aktuelle Stand der Infrastruktur unter Einbeziehung der geplanten Änderungen und Erneuerungen daran zugrunde gelegt. Da die Eisenbahn-Infrastrukturunternehmen in den meisten Fällen Vertragspartner der EVU werden, enthalten die Vergabeunterlagen häufig den Hinweis, dass aktuelle Informationen bei den Eisenbahn-Infrastrukturunternehmen einzuholen sind. Bisweilen bestimmen die Aufgabenträger sogar, dass allein die Eisenbahn-Infrastrukturunternehmen verbindliche Informationen zur Eisenbahn-Infrastruktur bereitstellen.

In vielen Fällen legen sich die Infrastrukturunternehmen jedoch nicht verbindlich fest, welcher Zustand zu einem künftigen Zeitpunkt herrschen wird. SPNV-Vergaben müssen daher stets mit einer gewissen Ungewissheit über den tatsächlichen Zustand der Infrastruktur zum Zeitpunkt der Leistung umgehen. Bei grenzüberschreitenden Vergaben kommt die Schwierigkeit hinzu, für die Angebotsbearbeitung eine Prognose zum Zustand einer Infrastruktur zu treffen, die in einem anderen Mitgliedsstaat liegt. Mitunter sind für die EVU und auch die Aufgabenträger die Entscheidungswege und die wirtschaftlichen Hintergründe hierzu nicht ersichtlich, was die Unsicherheit erhöht.

EVU beziehen solche Unsicherheiten in ihre Kalkulationen ein und versehen sie mit Zuschlägen. Sofern die Aufgabenträger solche Risikozuschläge der EVU vermeiden möchten, können sie einen infrastrukturellen Mindeststandard definieren und das erfolgreiche EVU von den Auswirkungen von

Unterschreitungen dieses Mindeststandards frei stellen. Möglich sind auch Gestaltungen, nach denen die Aufgabenträger infrastrukturelle Risiken ab der Unterschreitung des Mindeststandards zum Teil tragen.

V. Rechtsgrundlagen

1. Europäische Rechtsgrundlage – VO (EG) Nr. 1370/2007

a) Sonderrechtsregime für SPNV-Leistungen

Für Vergaben von SPNV-Leistungen, bei denen dem Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt werden, ist ausschließlich das Sonderregime der Personenverkehrsverordnung VO (EG) Nr. 1370/2007 anzuwenden, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2010, Verg 19/10; vgl. auch Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5 Rn. 15). Dieses – teilweise ausfüllungsfähige, teilweise ausfüllungsbedürftige – Sonderrechtsregime ist vorrangig gegenüber entgegen stehendem nationalem Recht.

Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Der Begriff des „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ ist in Art. 2 lit. i Teilsatz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 definiert als einer oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Es handelt sich um einen weiten Begriff, der Dienstleistungskonzessionen umfasst (vgl. Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5 Rn. 26). Zudem bestimmt Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007, dass die Gewährung von ausschließlichen Rechten und/oder Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfolgt. Das trifft auf SPNV-Aufträge zu. Sie sind fast ausschließlich zuschussbedürftig, wobei die zuständigen Behörden bzw. Auftraggeber dem jeweiligen Betreiber bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen.

SPNV-Aufträge fallen schließlich nicht unter die Ausnahmebestimmung in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007. Danach ist im Bereich der Personenverkehrsdienste ausnahmsweise das allgemeine Vergabeverfahrensrecht anzuwenden, wenn Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für Busse und Straßenbahnen vergeben werden, sofern diese nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der genannten Richtlinien annehmen. Schienenpersonenverkehr im hier gebrauchten Sinne betrifft Personenverkehrsleistungen mit der Eisenbahn und damit weder Busse noch Straßenbahnen (zur Unterscheidung zwischen Eisenbahn und Straßenbahn vgl. Art. 5 Abs. 6 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007).

Die Verordnung ist unmittelbar in jedem Mitgliedstaat anzuwenden, Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV. Sie geht als europäisches Recht entgegen stehendem nationalem Recht vor (sogenannter Anwendungsvorrang – siehe Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 249 Rn. 22). Daraus folgt, dass die Vergabe von SPNV-Leistungen regelmäßig auf Basis der Bestimmungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgenommen werden muss. Nur dort, wo die Verordnung ausfüllungsfähig oder

ausfüllungsbedürftig ist, können bzw. müssen die Mitgliedstaaten ausfüllende Regelungen treffen. Diese Regelungen haben den von der VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgegebenen Rahmen zu wahren. Andernfalls sind sie nicht anzuwenden.

Eine Umsetzungspflicht besteht etwa in Bezug auf den vorzusehenden Rechtsschutz. Nach Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass die gemäß den Absätzen 2 bis 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können. Aus Erwägungsgrund 21 der VO (EG) Nr. 1370/2007 geht ferner hervor, dass ein wirksames Nachprüfungsverfahren erforderlich ist, das mit den entsprechenden Verfahren der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vergleichbar sein sollte. Bei der VO (EG) Nr. 1370/2007 handelt es sich auf Grund dieser Ausfüllungsbedürftigkeit um eine sogenannte „hinkende Verordnung“ (zum Begriff vgl. Ruffert in Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, § 249 Rn. 43). Ausfüllungsfähig im vorgenannten Sinne ist etwa Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007, der lediglich Grundsätze enthält, aber kein genaues Verfahren vorschreibt.

b) Verfahrensvorschriften für SPNV-Vergaben

Die praktisch relevanten Vorschriften für das Verfahren von SPNV-Vergaben enthalten Art. 5 Abs. 3 und Abs. 6 sowie Art. 7 der VO (EG) Nr. 1370/2007.

Die genannten Bestimmungen des Artikels 5 enthalten Anforderungen an die wettbewerbliche Vergabe einerseits und die Direktvergabe im Eisenbahnpersonenverkehr andererseits. Daneben gibt es die für die SPNV-Praxis weniger in Betracht kommenden Möglichkeiten zur Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 (In-House-Vergabe), Abs. 4 (Bagatellauftragsvergabe) und Abs. 5 (Notfallvergabe) VO (EG) Nr. 1370/2007, auf die hier nicht weiter eingegangen wird.

Art. 7 enthält Veröffentlichungspflichten der zuständigen Behörde. Sie hat gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 die Pflicht zur Vorabveröffentlichung bestimmter Informationen hinsichtlich jedes geplanten wettbewerblichen Vergabeverfahrens und jeder geplanten Direktvergabe (Ex-ante-Transparenz). Bei Direktvergaben besteht zudem die Pflicht zur nachträglichen Veröffentlichung bestimmter Informationen nach Art. 7 Abs. 3 lit. a-f VO (EG) Nr. 1370/2007 (Ex-post-Transparenz). Zusätzlich unterliegt die zuständige Behörde, die einen Auftrag direkt vergeben hat, der antragsabhängigen Begründungspflicht aus Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007. Unabhängig von den auf eine bestimmte Vergabe bezogenen Informations- und Begründungspflichten muss die zuständige Behörde jährlich einen Gesamtbericht veröffentlichen, Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007, auf den hier nicht näher eingegangen wird.

aa) Wettbewerbliche Vergabe, Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007

Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 enthält Bestimmungen zur wettbewerblichen Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Die Vorschrift sieht vor:

„Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen, so müssen die zuständigen Behörden die öffentlichen Dienstleistungsaufträge außer in den in den Absätzen 4, 5 und 6 vorgesehenen Fällen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben. Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.“

(1) Art. 5 Abs. 3 Satz 1

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 bestimmt, dass im Anwendungsbereich der Verordnung verfahrensrechtlich im Regelfall eine wettbewerbliche Vergabe vorzusehen ist (Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 149). Ob auch im Bereich des SPNV ein derartiges Regel-Ausnahme-Verhältnis gilt, ist unklar. Denn hier ist nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 eine Direktvergabe ohne nähere Voraussetzungen zulässig, sofern sie nicht nach nationalem Recht untersagt ist (siehe sogleich unter bb)).

Daraus wird zum Teil gefolgert, dass im Bereich des SPNV der Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe von vornherein nicht gilt, sondern eine Zweigleisigkeit und Wahlfreiheit der zuständigen Behörde, die direkt mit einem EVU Verträge verhandeln und abschließen oder nach Vergaberecht ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchführen und auf dessen Grundlage einen Vertrag über die Erbringung von Beförderungsleistungen im Eisenbahnverkehr abschließen können (Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 222).

Allerdings stützt sich diese Auffassung maßgeblich auf § 15 Abs. 2 AEG als Grundlage von Direktvergaben nach nationalem Recht. Nach der inzwischen ergangenen Rechtsprechung ist eine Direktvergabe nach nationalem Recht untersagt und insbesondere § 15 Abs. 2 AEG keine geeignete Rechtsgrundlage für eine solche Direktvergabe (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 (X ZB 4/10)).

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, jedenfalls soweit das nationale Recht Direktvergaben untersagt, auf den für alle Vergaben im Anwendungsbereich der Verordnung einschlägigen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 abzustellen. Die vom Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehene Ausnahme für den Bereich des SPNV nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 läuft aufgrund der gegenwärtigen deutschen Rechtslage leer, weil nationales Recht entgegen steht.

(2) *Art. 5 Abs. 3 Satz 2*

Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 regelt die Grundzüge wettbewerblicher Vergabeverfahren. Bei den in dieser Vorschrift enthaltenen Anforderungen handelt es sich um Grundsätze des allgemeinen Vergaberechts, die für das allgemeine Vergaberecht bereits aus dem Primärrecht folgen (vgl. Erwägungsgrund 20 der VO (EG) Nr. 1370/2007; ebenso Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 153). Diese bei wettbewerblichen Vergabeverfahren im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 einzuhaltenden Grundsätze sind einer Ausfüllung durch die Mitgliedstaaten zugänglich (so auch Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 27). Die Mitgliedstaaten könnten also etwa vorsehen, dass ihre zuständigen Behörden in den Fällen von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 ein Verfahren durchzuführen haben, das den in der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehenen offenen Verfahren, nichtoffenen Verfahren oder dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb entspricht (ähnlich Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 27). Die etwaig eingeführten Regelungen müssten die in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 niedergelegten Grundsätze einhalten. Ist dies nicht der Fall, gehen die jeweiligen Grundsätze der Verordnung dem nationalen Recht vor.

Der deutsche Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 bisher nicht ausgestaltet. Nach hier vertretener Ansicht ist auch das GWB-Vergaberecht keine Ausgestaltung des Verfahrens zur Vergabe von SPNV-Leistungen nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007.

Die in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 enthaltene Anforderung, dass das Verfahren allen Betreibern offen stehen muss, ist eine verfahrensrechtliche Basisanforderung an wettbewerbliche Vergabeverfahren (Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 161). Für das allgemeine Vergaberecht hat der EuGH auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2004/18/EG entschieden, dass der Auftraggeber kraft der Verpflichtung zur Transparenz zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet (EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 62 – Telaustria). Ähnlich äußerte sich Generalanwalt Fenelly dahin gehend, dass Transparenz für ihn die Wahrung der grundlegenden Fairness und Offenheit des Vergabeverfahrens, insbesondere gegenüber potentiellen Bietern, die nicht im Mitgliedstaat des Auftraggebers niedergelassen sind, bedeutet (Schlussanträge des GA Fenelly vom 18.05.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 43 – Telaustria). Potentielle Bieter müssen also die Chance auf Teilnahme am Vergabeverfahren haben. Der Auftraggeber soll den Teilnehmerkreis nicht bereits im Vorhinein auf bestimmte Teilnehmer einschränken. Sofern nicht alle Teilnehmer bzw. Interessenten die Möglichkeit erhalten, ein Angebot abzugeben, ist das insoweit unerheblich. Denn auch das nicht-offene Verfahren im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG erfüllt die Basisanforderung der „Offenheit“.

Die Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007, ein faires Verfahren anzuwenden, ist eine im Vergaberecht als solche unbekannte Anforderung. Sie ergibt sich weder aus den EU-Vergaberichtlinien, noch aus dem deutschen GWB-Vergaberecht (Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 162). Daher dürfte sie lediglich eine Ausprägung des Grundsatzes der Transparenz bzw. des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung sein, über diese Grundsätze hinaus aber keine eigenständige Bedeutung haben. In diesem Sinne hat

Generalanwalt Fenelly ausgeführt, dass die Befolgung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Wesentlichen ein Mindestmaß an Öffentlichkeit und Transparenz erfordert und Transparenz in diesem Zusammenhang Wahrung der grundlegenden Fairness und Offenheit der Vergabeverfahren heißt (Schlussanträge des GA Fenelley vom 18.05.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 43 – Telaustria). In der Literatur wird unter Rückgriff auf die allgemeine Bedeutung des Begriffes „fair“ gefolgert, dass der Auftraggeber zur Neutralität verpflichtet ist, die Bieter ihre legitimen Interessen geltend machen können müssen, für die Bieter die reale Möglichkeit einer erfolgreichen Teilnahme am Verfahren bestehen muss und der Auftraggeber zur angemessenen Begründung und Dokumentation seiner Entscheidungen verpflichtet ist. Da die meisten dieser Pflichten bereits aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung herrühren und im Übrigen aus anderen Vorschriften der VO (EG) Nr. 1370/2007 folgen, ist die Anforderung an Fairness bei Beachtung dieser Regelungen jedenfalls erfüllt. Dogmatisch kann die Fairness als Ausfluss der genannten grundlegenden Verfahrensprinzipien verstanden werden.

Da Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 keine eigene Definition der Transparenz enthält, ist insoweit die allgemeine vergaberechtliche Auslegung zugrunde zu legen. Der Grundsatz der Transparenz verpflichtet den Auftraggeber dazu, die (potentiellen) Teilnehmer umfangreich zu informieren und das Verfahren nach außen offen zu gestalten und abzuwickeln, so dass es für die Teilnehmer vorhersehbar ist (vgl. Müller-Wrede in Müller-Wrede, *GWB-Vergaberecht*, 2009, § 97 Rn. 17 und 18; vgl. auch Brauer in Kulartz/Kus/Portz, *GWB-Vergaberecht*, 2. Auflage 2009, § 97 Rn. 19ff). Er verlangt etwa, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind. Alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sollen bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können (EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-496/99 P, Slg. 2004, I-3801, Rn. 111 – Kommission/CAS Succhi di Frutta). Die öffentliche Bekanntgabe des Vergabeverfahrens muss die notwendigen Informationen enthalten, die potentielle Interessenten benötigen, um zu entscheiden, ob sie sich am Verfahren beteiligen möchten (z. B. Auswahl- und Zuschlagskriterien) (Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000, C 121/2, S. 7, Nr. 3.1.2). Der Grundsatz der Transparenz verpflichtet ferner dazu, mittels entsprechender Dokumentation die Entscheidungen des Auftraggebers für Teilnehmer und Nachprüfungsinstanzen nachvollziehbar zu machen.

Durch die Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit des Verfahrens wird die Erkennbarkeit und damit rechtliche Ahndung von Verstößen gegen den Gleichheitsgrundsatz erleichtert. In dieser Hinsicht steht der Grundsatz der Transparenz in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Nach der Rechtsprechung des EuGH schließt der Grundsatz der Gleichbehandlung eine Verpflichtung zur Transparenz ein, um seine Einhaltung überprüfen zu können (EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-496/99 P, Slg. 2004, I-3801, Rn. 109 – Kommission/CAS Succhi di Frutta). In Übereinstimmung mit den Informationspflichten in Art. 2a Abs. 2 UAbs. 4 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG und den Unterrichtungspflichten nach allgemeinem Vergaberecht – vgl. Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG – dürfte aus Transparenzgründen eine Verpflichtung bestehen, die Bieter über den Namen des geplanten Zuschlagsempfängers, die Gründe ihrer geplanten Nichtberücksichtigung und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu informieren. Sofern diese Pflicht nicht aus dem Transparenzgebot folgt, ist sie zumindest aus Art. 5 Abs. 7 i.V.m. Erwägungsgrund 21 VO (EG) Nr. 1370/2007 abzuleiten.

Der in Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 genannte Grundsatz der Nichtdiskriminierung entspricht im Rahmen der VO (EG) Nr. 1370/2007 inhaltlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz (ebenso, unter Hinweis auf Erwägungsgrund 20 der VO (EG) Nr. 1370/2007 Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 169). Diskriminierendes Verhalten ist also nicht nur in Bezug auf die Staatsangehörigkeit verboten, sondern ganz allgemein. Dieses Verständnis des Begriffs „Nichtdiskriminierung“ stimmt mit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH überein: „Im Übrigen verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. das Diskriminierungsverbot nach ständiger Rechtsprechung, dass gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.“ (EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-152/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 66 – Grootes). Eine objektive Rechtfertigung im vorgenannten Sinn liegt dann vor, wenn ein sachlicher Grund für die unterschiedliche bzw. nicht unterschiedliche Behandlung gegeben ist. Das Diskriminierungsverbot gilt während des ganzen Vergabeverfahrens und ist in jeder Phase von praktischer Relevanz. Beispielsweise bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes, insbesondere hinsichtlich der Vorgabe bestimmter Verfahren oder Marken, der Eignungsanforderungen, die nicht unnötig streng sein dürfen, oder bei der Festlegung im Gesetz nicht vorgesehener Eignungsanforderungen, hinsichtlich der Behandlung von vorbefassten Teilnehmern, hinsichtlich der Information der Bieter, etwa bei Rückfragen an die Vergabestelle und den zugehörigen Antworten, oder bei der Begrenzung der Teilnehmer nach einem Teilnahmewettbewerb.

Praktische Bedeutung erhält der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Rahmen von SPNV-Vergaben beispielsweise bei der Formulierung der Eignungsanforderungen und bei der produktneutralen Beschreibung der einzusetzenden Fahrzeuge.

(3) Art. 5 Abs. 3 Satz 3

Nach Art. 5 Abs. 3 Satz 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 können bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Verhandlungen während des wettbewerblichen Vergabeverfahrens geführt werden. Damit hat sich der Gesetzgeber gegen eine generelle Möglichkeit zur Verhandlung entschieden. Verhandlungen sind ausnahmsweise zulässig, wenn die Festlegung der zu beschaffenden Verkehrsleistungen durch den Aufgabenträger auf Grund deren Besonderheiten oder Komplexität am besten durch Verhandlungen mit den Betreibern erreicht werden kann. Da SPNV-Vergaben in der Regel eine hohe Komplexität aufweisen, liegen die Voraussetzungen für Verhandlungen regelmäßig vor.

Verhandlungen sind bereits zulässig, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist. Daher genügt es als Voraussetzung, dass sich durch die Verhandlungen optimale Ergebnisse, sei es unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Deckung verkehrlicher Bedürfnisse oder unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, erzielen lassen (ebenso: Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 176).

bb) Direktvergabe, Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007

(1) Nationaler Vorbehalt

Für den SPNV-Bereich gibt es neben der wettbewerblichen Vergabe grundsätzlich die Möglichkeit, den Auftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt zu vergeben. Dies gilt jedoch nur, sofern die Direktvergabe nicht nach nationalem Recht untersagt ist. Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 lautet:

„Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr — mit Ausnahme anderer schienengestützter Verkehrsträger wie Underground- oder Straßenbahnen — direkt zu vergeben. Abweichend von Artikel 4 Absatz 3 haben diese Aufträge eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, soweit nicht Artikel 4 Absatz 4 anzuwenden ist.“

Ist also eine Direktvergabe – im Sinne der Legaldefinition in Art. 2 lit. h VO (EG) Nr. 1370/2007 – nach nationalem Recht nicht zulässig, darf die zuständige Behörde SPNV-Leistungen grundsätzlich nur im Wege einer wettbewerblichen Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 vergeben.

Ob der nationale Vorbehalt abstrakt oder konkret zu prüfen ist, geht aus der Vorschrift nicht klar hervor. Die Verwendung des Mehrzahlbegriffs „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ und „zuständigen Behörden“ deutet zunächst darauf hin, dass es nicht um den konkreten Einzelfall geht, sondern darum, ob die direkte Vergabe im Grundsatz untersagt ist.

Allerdings spricht der Sinn und Zweck der Vorschrift gegen eine abstrakte und für eine konkrete Sicht.

Mit Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 hat der europäische Gesetzgeber auf die in den Mitgliedstaaten unterschiedlich starke Öffnung der SPNV-Märkte für den Wettbewerb reagiert. Die Mitgliedstaaten sollen SPNV-Leistungen auch nach Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt vergeben können, wenn das ihrer bisherigen Praxis entspricht. Nur sofern national die Öffnung der Märkte bereits erfolgt ist, also wettbewerbliche Vergaben durchzuführen sind, sollen die zuständigen Behörden nicht durch die Verordnung ermächtigt werden, direkt vergeben zu können. Das ist der Hintergrund zum nationalen Vorbehalt, der sich u. a. aus Erwägungsgrund 25 und auch 26 ergibt (zu den unterschiedlichen Liberalisierungsgraden in den Mitgliedstaaten vgl. KOM(2005) 319 endgültig, S. 10; vgl. auch Prieß in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 244). Nach Erwägungsgrund 25 soll mit der Verordnung ein Rechtsrahmen für die Gewährung einer Ausgleichsleistung und/oder ausschließlicher Rechte für öffentliche Dienstleistungsaufträge geschaffen werden; eine weitere Öffnung des Marktes für Schienenverkehrsdienste ist danach nicht beabsichtigt. Daraus folgt, dass kein Mitgliedstaat den vergaberechtlichen Status quo zu Gunsten einer stärkeren Marktliberalisierung ändern muss. Zudem ist es nach Erwägungsgrund 26 angesichts der unterschiedlichen territorialen Organisation der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Betreiber Auswahl gerechtfertigt, den zuständigen Behörden zu gestatten, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt zu vergeben. Damit spricht der Gesetzgeber die unterschiedlichen Liberalisierungsgrade in den Mitgliedstaaten an.

Diesem Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 würde widersprochen werden, falls der nationale Vorbehalt abstrakt zu prüfen wäre. Denn für den Fall, dass national die Direktvergabe zwar grundsätzlich ausgeschlossen, jedoch unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig wäre, dürfte bei Vorliegen der zuletzt genannten Voraussetzungen nicht direkt nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werden. Die Direktvergabe wäre national nur im konkreten Fall zulässig. Auf Grund des abstrakt zu prüfenden nationalen Vorbehalts würde dieser jedoch der Direktvergabe auf Grundlage von Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 entgegen stehen. Im Ergebnis würde damit die Verordnung einem vergleichsweise schon weit liberalisierten Mitgliedstaat verbieten, im konkreten Fall direkt zu vergeben, obwohl dies national erlaubt wäre. Das könnte Mitgliedstaaten davon abhalten, im Grundsatz die Durchführung wettbewerblicher Vergabeverfahren vorzusehen. Diesem sinnwidrigen Ergebnis kann nur begegnet werden, wenn der nationale Vorbehalt am konkreten Einzelfall geprüft wird. Dann, wenn national eine SPNV-Direktvergabe zulässig ist, muss dies auch im Rahmen der Verordnung gelten.

(2) Dreistufiger Entscheidungsprozess

Verfahrensvorschriften für die Direktvergabe enthält Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht. Das ist konsequent, weil entsprechend der Definition in Art. 2 lit. h VO (EG) Nr. 1370/2007 ein vorheriges wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht durchgeführt wird. Daher beschränkt sich die eigentliche Direktvergabe auf den Vertragsschluss mit einem Betreiber nach vorherigen Verhandlungen mit diesem in Bezug auf den Leistungsgegenstand, -umfang und die Leistungskonditionen. Da sich der Aufgabenträger zunächst für die Direktvergabe und im Anschluss daran (oder gleichzeitig) für einen Betreiber entscheiden muss, geht die Literatur zum Teil von einem dreistufigen Entscheidungsprozess aus (entwickelt von Priëß in Kaufmann/Lübbig/Priëß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 5 Rn. 256). In der ersten Stufe erfolgt die Festlegung zugunsten der Direktvergabe, in der zweiten die Festlegung auf einen bestimmten Betreiber, mit dem verhandelt wird, und in der dritten Phase erfolgt der Vertragsschluss. Dabei sind die einzelnen Entscheidungsstufen nicht notwendigerweise streng voneinander getrennt. Sie können ineinander übergehen.

cc) Abgrenzung Direktvergabe und wettbewerbliches Vergabeverfahren

Die Direktvergabe und das wettbewerbliche Vergabeverfahren sind sich einander ausschließende Verfahrensarten. Das folgt aus der Definition der Direktvergabe in Art. 2 lit. h der VO (EG) Nr. 1370/2007. Danach bezeichnet der Ausdruck „Direktvergabe“ die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Die Verwendung der Wörter „ohne“ und „vorherigen“ zeigt, dass die Direktvergabe in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht gegensätzlich zum wettbewerblichen Vergabeverfahren ist. Wird direkt vergeben, findet vor der Erteilung des Auftrags an einen Betreiber kein Verfahren mit Wettbewerb statt. Folge dessen ist, dass bei Direktvergaben die für die wettbewerbliche Vergabe geltenden Grundsätze nicht anzuwenden sind. Dafür bestehen strenge beihilfenrechtliche Vorgaben hinsichtlich der zulässigen Höhe der gewährten Ausgleichsleistungen, wobei die Parameter der Berechnung der Ausgleichsleistung im öffentlichen Dienstleistungsauftrag anzugeben sind, vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b i.V.m. dem Anhang VO

(EG) Nr. 1370/2007. Diese Vorgaben sichern die beihilfenrechtliche Zulässigkeit der Ausgleichsleistung, aber auch die Transparenz und die Gleichbehandlung konkurrierender Betreiber hinsichtlich gewährter Ausgleichsleistungen, was aus Erwägungsgrund 9 VO (EG) Nr. 1370/2007 hervorgeht.

dd) Veröffentlichungspflichten nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007

Nach Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 ergreift jede zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe bestimmte Mindestinformationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden. Es müssen für jede einzelne Vergabe der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde, der Hinweis auf die geplante Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. auf die geplante Direktvergabe und die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete veröffentlicht werden. Mehr als die genannten Informationen muss die zuständige Behörde nicht veröffentlichen. Sie darf dies aber tun.

Die Pflicht zur Veröffentlichung der „möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“ in Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 beschränkt sich nach einer Auffassung in der Literatur auf die Angabe, ob Bus-, Eisenbahn- oder Straßenbahndienste vergeben werden sollen, sowie auf die Angabe der betroffenen Strecken oder Netze (Fehling in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, § 7 Rn. 42). Legt man die Pflicht in Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 nach dem Sinn und Zweck der Transparenz gegenüber potentiell interessierten Unternehmen weit aus, ist die zuständige Behörde zu weiteren Angaben verpflichtet. So etwa dazu, den Zeitrahmen (Ausführungszeitraum) und den geschätzten Umfang (in Zugkilometern) der zu vergebenden Dienstleistungen zu veröffentlichen. Da die „möglicherweise betroffenen Dienste“ nur durch diese weiteren Angaben für potenziell interessierte Unternehmen dahingehend zu bewerten sind, ob sie ein Interesse an dem Auftrag haben, sind nach hier vertretener Auffassung auch diese Angaben in die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 aufzunehmen.

In dem kaum auftretenden Fall, dass die zuständige Behörde SPNV-Leistungen im Umfang von weniger als 50.000 Km jährlich vergeben möchte, kann sie ausnahmsweise beschließen, die Informationen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht zu veröffentlichen, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.

Sollten sich die vorab im Amtsblatt veröffentlichten Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007. Sofern eine Berichtigung in diesem Sinne vorliegt, wird dadurch der Beginn bzw. das Ende der Jahresfrist im Sinne des Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht beeinflusst, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007. Die Aufgabenträger müssten in diesem Fall den in Übereinstimmung mit der Jahresfrist festgelegten Beginn des wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. den anvisierten Zeitpunkt der Direktvergabe nicht verschieben.

Aus den vorgenannten Feststellungen zu Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 ergeben sich die Fragen, ob jede (geringfügige) Veränderung eine Berichtigungspflicht auslöst und in welchem Umfang die veröffentlichten Informationen nachträglich geändert werden dürfen, ohne dass eine neue Veröffentlichung erforderlich wird.

Nachträgliche Veränderungen hinsichtlich des Namens und der Anschrift der Behörde sowie hinsichtlich der Art des geplanten Vergabeverfahrens sind stets wesentlich und bedürfen daher einer Berichtigung. Ob das auch auf die von der Vergabe betroffenen Dienste und Gebiete zutrifft, ist unklar, weil die Vorgaben der Vorschrift durch die Verwendung des Wortes „möglicherweise“ bereits relativiert sind (vgl. Fehling in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 7 Rn. 55). Hier könnte daher eine Geringfügigkeitsschwelle gelten, bis zu der keine Pflicht zur Berichtigung gilt. Sinnvoll wäre dies etwa bei einer Verringerung oder Erweiterung der möglicherweise betroffenen Gebiete im Umfang von wenigen Prozent. Auf Grund der bestehenden rechtlichen Unsicherheit darüber, wann eine Pflicht zur Berichtigung besteht, ist anzuraten, im Zweifel vorsorglich eine solche Berichtigung vorzunehmen.

Der zulässige Umfang berichtigungspflichtiger Änderungen von vorab veröffentlichten Informationen kann nicht unbegrenzt sein. Das ergibt sich zwar noch nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift, der lediglich von „ändern“ spricht und insofern keine Einschränkungen vorsieht. Jedoch widerspräche eine unbegrenzte Änderungsmöglichkeit dem mit der Vorschrift verfolgten Zweck, mehr Transparenz zu schaffen, und sie würde zudem die Jahresfrist aus Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 entwerten. Daher müssen Änderungen in einem Zusammenhang mit dem konkret bekannt gemachten Vergabeverfahren stehen. Sie dürfen im Ergebnis nicht zu einem inhaltlich und umfänglich wesentlich unterschiedlichen als dem vorab veröffentlichten Vergabeverfahren führen.

Das Ziel, mehr Transparenz zu schaffen, und die Jahresfrist sprechen dafür, dass Verringerungen des Umfangs der betroffenen Dienste und Gebiete unproblematisch sind, weil dadurch die Jahresfrist nicht verletzt werden kann. Nachträgliche Erweiterungen oder Modifikationen gefährden hingegen grundsätzlich die Transparenz. Erst ab Veröffentlichung der neuen Angaben haben potentielle Interessenten die Möglichkeit der Kenntnisnahmen. Zu diesem Zeitpunkt kann weniger als ein Jahr Zeit sein bis zum Beginn des Vergabeverfahrens bzw. der Direktvergabe. Wann eine Erweiterung oder Modifikation der betroffenen Dienste oder Gebiete zu einem inhaltlich und/oder umfänglich unterschiedlichen als dem vorab bekannt gemachten Vergabeverfahren führt, ist noch nicht geklärt. Legt man hier einen ähnlich strengen Maßstab wie der EuGH im allgemeinen Vergaberecht für Vertragsänderungen als Auftragsvergaben (siehe EuGH, Urteil vom Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, Slg. 2008, I-4401 – Preetext Nachrichtenagentur), so ist zu prüfen, ob sich weitere Marktteilnehmer von Anfang an potenziell für den Auftrag in Gestalt der nachträglichen Änderung interessiert hätten. Das wird im Einzelfall etwa davon abhängig zu machen sein, ob zusätzliche Leistungen mit einem nicht unerheblichen Umfang vergeben werden sollen, die ohne weiteres von den bisher anvisierten Leistungen getrennt vergeben werden könnten (vgl. Ausführungen von Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2009, § 99 Rn. 104, zu Auftragsweiterungen).

Für SPNV-Vergaben spricht daher viel dafür, dass bei Erweiterungen oder substanziellen Modifikationen der Leistung, die einen größeren oder veränderten Bieterkreis erwarten lassen, eine

Berichtigung nach Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht ausreicht, sondern eine erneute Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 erforderlich ist.

ee) Veröffentlichungspflichten nach Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007

Hat die zuständige Behörde SPNV-Leistungen direkt nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 vergeben, ist sie gemäß Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach der Auftragsvergabe folgende Informationen öffentlich zugänglich zu machen: Den Namen des Auftraggebers, seine Eigentümer sowie gegebenenfalls den/die Namen der Partei oder Parteien, die eine rechtliche Kontrolle ausübt/ausüben, die Dauer des öffentlichen Dienstleistungsauftrags, eine Beschreibung der zu erbringenden Personenverkehrsdienste, eine Beschreibung der Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung, Qualitätsziele wie beispielsweise in Bezug auf Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit und anwendbare Prämien und Sanktionen, Bedingungen in Bezug auf die wichtigsten Wirtschaftsgüter.

In welcher konkreten Weise die aufgeführten Informationen „öffentlich zugänglich“ zu machen sind, besagt die Vorschrift nicht. Zur Erreichung des Zwecks der Transparenz muss jedoch eine einfache Zugriffsmöglichkeit auf die Daten bestehen. Aus diesem Grund und aus Kostengründen bietet sich deren Einstellung im Internet an, z.B. auf der Seite des Aufgabenträgers.

ff) Begründungspflicht nach Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007

Die zuständige Behörde hat nach Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 jeder interessierten Partei auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu übermitteln. Diese Pflicht besteht nur, wenn die zuständige Behörde SPNV-Leistungen direkt – z.B. auf Grundlage von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 – vergeben hat.

Was mit den Gründen „für die Entscheidung über die Direktvergabe“ gemeint ist, macht die Vorschrift nicht hinreichend deutlich. Nach einer Auffassung in der Literatur sind damit allein die Beweggründe für die Wahl der Direktvergabe erfasst, nicht jedoch für die Auswahl eines Betreibers (vgl. Fehling in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 7 Rn. 94-96). Aus dem Ausdruck „Entscheidung über die Direktvergabe“ folge, dass die Wahl des Betreibers, mit dem verhandelt wird, nicht begründungsbedürftig sei. Hätte sich die Begründungspflicht auch auf diese Auswahlentscheidung beziehen sollen, hätte es „die Direktvergabe“ statt „die Entscheidung über die Direktvergabe“ heißen müssen.

Die vorgenannte Auffassung in der Literatur wird bekräftigt durch den Sinn und Zweck der Direktvergabe. Dieser besteht darin, dass sich die Behörde anders als bei der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens frei für einen bestimmten Betreiber entscheiden kann, was einer Begründungspflicht entgegen steht. Die klare Trennung zwischen Direktvergabe und wettbewerblichem Vergabeverfahren und die damit verbundenen Freiheiten bei der Direktvergabe folgen bereits aus der Legaldefinition der Direktvergabe in Art. 2 lit. h VO (EG) Nr. 1370/2007. Danach

bezeichnet der Ausdruck „Direktvergabe“ die „Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens“. Die an das wettbewerbliche Vergabeverfahren gestellten Anforderungen können demnach nicht bei der Direktvergabe gelten. Die freie Betreiberwahl ergibt sich zudem aus Erwägungsgrund 9 der VO (EG) Nr. 1370/2007, wonach die zuständigen Behörden die Möglichkeit haben müssen, die Betreiber eines öffentlichen Dienstes gemäß den Bedingungen dieser Verordnung frei auszuwählen.

Allerdings gibt es auch Aspekte, die dafür sprechen, dass die Betreiberauswahl begründet werden muss. So wäre Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 unter Einbeziehung der Legaldefinition der Direktvergabe wie folgt zu lesen: „Die zuständige Behörde übermittelt jeder interessierten Partei auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens.“ Die Konkretisierung „an einen bestimmten Betreiber“ könnte so zu verstehen sein, dass auch die Gründe für die Betreiberauswahl anzugeben sind.

Der Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 spricht ebenfalls dafür, dass die Gründe für die Betreiberauswahl anzugeben sind. Dieser besteht in der Verbesserung der Transparenz im Sektor der öffentlichen Personenverkehrsdienste. Diese Verbesserung der Transparenz dient insbesondere als Ausgleich zur Ausweitung der Möglichkeit der Direktvergabe auf alle Eisenbahnverkehrsdienste (Ausgleichsfunktion). Dem Auftraggeber soll im Eisenbahnpersonenverkehr zwar die Möglichkeit gegeben werden, Aufträge voraussetzungsfrei und gerichtlich nicht oder kaum überprüfbar ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Die Ausübung dieser weiten Befugnisse soll dafür aber zumindest einer politischen Kontrolle – vermittelt über die interessierten Parteien – unterstehen. Für eine politische Kontrolle sind insbesondere auch die Gründe für die Wahl des Betreibers interessant.

2. Deutsche Rechtsgrundlagen

a) Aufgabenträgerschaft für den SPNV

In Deutschland bestimmt sich die Aufgabenträgerschaft für den öffentlichen Personennahverkehr und damit für den SPNV durch Landesrecht. Dies ergibt sich verfassungsrechtlich aus einer Zusammenschau der Art. 87e, 106a und 143 Abs. 3 GG (vgl. Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 59. Ergänzungslieferung 2010, Art. 87e Rn. 5, 15 und 136).

Nach Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet der Bund, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird. Die Bereichsausnahme zeigt bereits, dass der hier geregelte Gewährleistungsauftrag des Bundes nicht den SPNV umfasst. Der vollständige Übergang der Finanzierungs- und Aufgabenverantwortung dieses Bereichs auf die Länder wird aber erst durch die nach Art. 106a GG den Ländern ab 1. Januar 1996 für den ÖPNV

Bearbeiter: Stockmann/Rusch

zugewiesenen Mittel und die zeitlichen Vorgaben in Art. 143a Abs. 3 GG, wonach der Bund bis 31.12.1995 die Aufgabe des SPNV erfüllt, deutlich.

Eine Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Regelungen erfolgt durch das Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (RegG) (vgl. Positionspapier der BAGSPNV vom 17.06.2010, Die Finanzierung des SPNV sichern – nachhaltige Mobilität ermöglichen, Nr. 1.2). Nach § 1 Abs. 2 RegG werden die Stellen, die die Aufgabe des öffentlichen Personennahverkehrs wahrnehmen, durch Landesrecht bestimmt. Öffentlicher Personennahverkehr meint die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt, § 2 RegG.

Zudem bestimmt § 4 Satz 2 RegG, dass die zuständigen Stellen für den Abschluss von Verträgen oder die Erteilung von Auflagen im Hinblick auf gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen durch das Landesrecht festgelegt werden. Im Einklang hiermit ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 AEG, dass für die Auferlegung oder Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Schienenpersonennahverkehr nach Maßgabe des Landesrechts Behörden der Länder oder die Kreise, Gemeinden oder Gemeindeverbände zuständig sind.

In Sachsen beispielsweise bestimmt das Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr im Freistaat Sachsen (SächsÖPNVG), wer Aufgabenträger des SPNV ist. Aus § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 4 SächsÖPNVG ergibt sich, dass bestimmten Zusammenschlüssen (Zweckverbänden) die Aufgabe des SPNV übertragen ist.

Bei der (landesrechtlichen) Aufgabenzuweisung für den SPNV ist im Grundsatz zwischen der Zuständigkeit für die Planung (Nahverkehrsplan) und der Zuständigkeit für die Bestellung zu unterscheiden. Die Aufgabe der Planung betrifft die Ermittlung und Festlegung des Bedarfs von Verkehrsleistungen. Mit der Aufgabe der Bestellung ist die Deckung des festgestellten Bedarfs durch Beschaffung der konkreten Verkehrsleistungen gemeint. Im Einzelnen:

aa) Aufgabe: Erstellung Nahverkehrsplan

Der Nahverkehrsplan ist Grundlage für die künftige Gestaltung des ÖPNV eines jeden Aufgabenträgers, vgl. beispielhaft § 5 Abs. 2 Satz 1 SächsÖPNVG. Er soll ein koordiniertes Vorgehen hinsichtlich der Bedienung verkehrlicher Bedürfnisse gewährleisten. Die jeweiligen Aufgabenträger sind durch Landesrecht zumeist zur Aufstellung eines Nahverkehrsplans verpflichtet, vgl. beispielhaft § 5 Abs. 1 SächsÖPNVG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit über die Aufstellung von Nahverkehrsplänen für den öffentlichen Personennahverkehr (NahverkehrsplanVO). Sie haben darin regelmäßig Angaben zu machen zum Bestand und der beabsichtigten Entwicklung des ÖPNV inklusive des angemessenen Leistungsangebots und der Anforderungen an Fahrzeuge und Infrastruktur, zum Bestand und der prognostizierten Verkehrsnachfrage, zur Finanzierung von Infrastruktur und des Verkehrsangebots sowie zur Investitionsplanung und zu Tarifen, vgl. beispielhaft § 5 Abs. 2 Nr. 1.-7. SächsÖPNVG

Bearbeiter: Stockmann/Rusch

i.V.m. § 3 NahverkehrsplanVO. Der Nahverkehrsplan wird in geeigneten Zeiträumen fortgeschrieben, oftmals zumindest alle 5 Jahre, vgl. beispielhaft § 4 Abs. 5 Satz 3 NahverkehrsplanVO.

bb) Aufgabe: Bestellung von Verkehrsleistungen

Von der Aufgabe der Planung des ÖPNV logisch und hinsichtlich der Zuständigkeit trennbar ist die Aufgabe der Bestellung von ÖPNV-Leistungen. Die letztgenannte Aufgabe beinhaltet die tatsächliche Beschaffung des in Folge der Planung festgelegten Bedarfs an ÖPNV-Leistungen. Das ist letztlich gleichbedeutend mit der Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe der zu beschaffenden Verkehrsleistungen. Ausgehend von den Vorgaben an den Bedarf hat der zuständige Aufgabenträger eine Aufgaben- bzw. Leistungsbeschreibung und die zugehörigen Vergabeunterlagen zu verfassen, sich für eine Vergabeverfahrensart zu entscheiden, diese nach den gesetzlichen Anforderungen bekannt zu machen, das Verfahren durchzuführen und den Zuschlag an ein EVU zu erteilen. Im Anschluss daran ist die Ausführung des Vertrages zu überwachen (Controlling).

b) Nationaler Rechtsrahmen für SPNV-Vergaben

aa) GWB

Ist der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97ff. GWB) einschlägig, trifft die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen einzuhaltende Verfahren (vgl. § 97 Abs. 6 GWB). Sie verweist für SPNV-Vergaben auf bestimmte Verfahrensvorschriften der VOL/A, vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV i.V.m. Kategorie 18 Anhang I Teil B der VOL/A. Das System von Verweisen vom GWB auf die VgV und von der VgV auf die VOL/A wird als Kaskadensystem bezeichnet.

SPNV-Vergaben unterfielen vor Geltung der VO (EG) Nr. 1370/2007 regelmäßig dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97ff. GWB). Anderes galt nur bei Nicht-Erreichen der Schwellenwerte oder bei Dienstleistungskonzessionen. Die Anwendbarkeit des GWB bestand unabhängig von der früheren Rechtsprechung, nach der die Aufgabenträger ein Wahlrecht hatten, ob sie Vergaben von SPNV-Leistungen auf der Grundlage des GWB oder von § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) durchführen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.09.2003, Verg W 3/03). Der vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung geführte Meinungsstreit betraf den Vorrang von § 15 Abs. 2 AEG, nicht aber die Frage, ob das GWB überhaupt auf die Vergabe von SPNV-Leistungen anwendbar ist.

Für die gegenwärtige Rechtslage seit Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1370/2007 ist der Geltungsbereich des GWB noch nicht abschließend geklärt. Wie oben unter V.1.b)aa) ausgeführt, bildet Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 einen ausfüllungsfähigen Rahmen für wettbewerbliche Vergaben insbesondere von SPNV-Leistungen.

Nach hier vertretener Ansicht füllt das GWB diesen Rahmen nicht aus. Dafür spricht, dass nach Art. 5 Abs. 3 Satz 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl unter Einhaltung der Verfahrensgrundsätze Verhandlungen geführt werden können, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist. Eine solche Möglichkeit ist nach dem GWB, der VgV und der VOL/A nicht vorhanden. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV i.V.m. § 15 Satz 2 VOL/A gilt vielmehr das Verbot von Nachverhandlungen.

Zudem sieht Art. 5 Abs. 7 der VO (EG) Nr. 1370/2007 die Schaffung einer Überprüfungsmöglichkeit für Entscheidungen nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 vor. Diese Regelung wäre nicht erforderlich, wenn die jeweiligen nationalen Umsetzungen der für das allgemeine Vergaberecht geltenden und in allen Mitgliedsstaaten umgesetzten Rechtsmittelrichtlinien 2007/66/EG, 89/665/EWG und 92/13/EWG Anwendung finden sollten.

Gleichwohl neigt der Bundesgerichtshof offenbar der Auffassung zu, dass bei SPNV-Vergaben das GWB den Rechtsrahmen von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 ausfüllt (BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10). Der BGH hält in dem genannten Beschluss nämlich eine Neuvergabe in Form einer Ausschreibung für erforderlich. Diese Rechtsfolge ergibt sich nicht aus Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007, sondern allein aus dem Vergaberecht des GWB.

In die gleiche Richtung könnte das OLG Düsseldorf interpretiert werden. Nach dessen Auffassung ergibt sich die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen für unter die VO (EG) Nr. 1370/2007 fallende Konzessionsaufträge aus einer analogen Anwendung des § 102 GWB (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011, Verg 48/10). Nach der letztgenannten Vorschrift unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Für sonstige öffentliche Dienstleistungsaufträge im Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 1370/2007, die unter den Begriff des „öffentlichen Auftrags“ fallen, geht das OLG Düsseldorf damit wohl implizit von einer direkten Anwendbarkeit des § 102 GWB aus. Dadurch spricht das Gericht jedoch zunächst nur aus, dass für Aufträge im Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 1370/2007 der Rechtsschutz des GWB gilt.

bb) § 15 Abs. 2 AEG

Nach § 15 Abs. 2 AEG können die zuständigen Behörden, die beabsichtigen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vereinbaren, diese Leistungen ausschreiben.

Das Verhältnis zwischen § 15 Abs. 2 AEG und dem allgemeinen Vergaberecht (GWB, VgV, VOL/A) war bis zur Entscheidung des BGH vom 08.02.2011 (X ZB 4/10) heftig umstritten. Im Kern ging es darum, ob § 15 Abs. 2 AEG als Spezialgesetz dem allgemeinen Vergaberecht vorgeht oder umgekehrt das jüngere allgemeine Vergaberecht Vorrang genießt. Folge der ersten Auffassung ist, dass dem Auftraggeber ein Ermessen zusteht, den jeweiligen Auftrag auszuschreiben oder ihn freihändig zu vergeben. Demgegenüber folgt aus der zweiten Auffassung die grundsätzliche Pflicht zur Ausschreibung, vorbehaltlich der in § 4 Abs. 3 VgV vorgesehenen Ausnahmen.

Der BGH hat entschieden, dass auf nationaler Ebene das allgemeine Vergaberecht Vorrang genießt. Eine freihändige Vergabe bzw. Direktvergabe ist daher nach deutschem nationalem Recht grundsätzlich nicht zulässig. Dadurch greift der nationale Vorbehalt in Art. 5 Abs. 6 Satz 1 Hs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 in der Regel ein, so dass eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 regelmäßig ausscheidet. Nur falls ausnahmsweise der konkrete Auftrag nach nationalem Recht direkt vergeben werden darf, kommt auch eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Betracht (konkrete Sicht – vgl. oben unter V.1.b)bb)).

Ist eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht zulässig, können SPNV-Leistungen nur auf Grundlage einer anderen Ermächtigungsnorm der VO (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werden. Regelmäßig kommt dafür die Vergabe im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Betracht.

cc) *Direktvergabemöglichkeiten nach VgV und VOL/A*

Nach dem GWB-Vergaberecht kommen als Rechtsgrundlage für Freihändige Vergaben im Sinne wettbewerbsfreier Direktvergaben die Regelungen in § 4 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 VgV in Betracht. Zudem enthält § 3 Abs. 5 VOL/A einige Ausnahmetatbestände, in denen eine wettbewerbsfreie Freihändige Vergabe zulässig ist.

(1) *Wettbewerbsfreie Freihändige Vergabe nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV*

Nach zutreffender, aber umstrittener Auffassung ist auf Basis von § 4 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 VgV eine wettbewerbsfreie Direktvergabe zulässig ist, d.h. ein SPNV-Auftrag darf bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen ohne Beteiligung Dritter an ein Unternehmen vergeben werden.

Nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV gilt bei Aufträgen, deren Gegenstand Personennahverkehrsleistungen der Kategorie Eisenbahnen sind, § 4 Abs. 2 VgV mit der Maßgabe, dass bei Vorliegen näher bezeichneter Anforderungen „eine freihändige Vergabe ohne sonstige Voraussetzungen“ zulässig ist. § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV schreibt für öffentliche Auftraggeber bei Aufträgen, die Dienstleistungen nach Anlage 1 Teil B – also z.B. SPVN-Leistungen – zum Gegenstand haben, die Anwendung der Bestimmungen des § 8 EG VOL/A, § 15 EG Absatz 10 VOL/A und § 23 EG VOL/A sowie die Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOL/A mit Ausnahme von § 7 VOL/A vor. Der vom Umfang der Verweisung erfasste § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VOL/A sieht Folgendes vor:

„Freihändige Vergaben sind Verfahren, bei denen sich die Auftraggeber mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählt Unternehmen wenden, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben sollen mehrere – grundsätzlich mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.“

Diese Regelungen ähneln der zur Zeit des Inkrafttretens des § 4 Abs. 3 VgV geltenden Bestimmung in § 7 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A 2002, wonach bei Freihändiger Vergabe möglichst Angebote im Wettbewerb

eingeholt werden sollten. Das Verständnis des Begriffs „Freihändige Vergabe“ hat sich also zumindest nicht wesentlich geändert.

Nach einer in der Literatur und Rechtsprechungspraxis vertretenen Auffassung ist der Ausdruck „ohne sonstige Voraussetzungen“ in § 4 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV so zu verstehen, dass der betroffene Auftrag lediglich ohne Vorliegen einer der Ausnahmetatbestände des § 3 Abs. 5 VOL/A freihändig vergeben werden darf. Allerdings sei § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VOL/A zu beachten (Siehe VK Münster, Beschluss vom 18.03.2011, VK 1/10, noch zur VOL/A 2006 und deren § 7 Nr. 2 Abs. 3, der § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VOL/A 2009 ähnelt; Otting DVBl 2003, 1023, 1025; Thieme/Schlüter NVwZ 2004, 162, 167), so dass mehrere Unternehmen beteiligt werden sollten. Das folge aus dem Einleitungssatz des § 4 Abs. 3 VgV, wonach § 4 Abs. 2 VgV gelte, weswegen die VOL/A zur Anwendung gelange.

Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Auffassung ist der Ausdruck „ohne sonstige Voraussetzungen“ in § 4 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV so zu verstehen, dass die Anforderungen der VOL/A und insbesondere der Grundsatz der Beteiligung mehrerer ausgewählter Unternehmen nicht gelten (Stickler/Diehr in Reidt/Stickler/Glas, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 4 Rn. 10, unter Bezugnahme auf Prieb/Pukall, VergabeR 2003, 11, 16, sowie auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2010, VII Verg 19/10, das sich dazu aber zumindest ausdrücklich nicht äußert; Polster NZBau 2010, 209, 211). Daraus folgte, dass eine wettbewerbsfreie freihändige Vergabe auf Basis von § 4 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 VgV und damit eine Direktvergabe im Sinne von Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 zulässig wäre.

Für die erstgenannte Auffassung spricht der Einleitungssatz des § 4 Abs. 3 VgV, der die Geltung der VOL/A und damit vermeintlich auch des § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VOL/A vorschreibt. Dagegen spricht aber der hinter dem Begriff „Freihändige Vergabe“ stehende, diesen ergänzende Ausdruck „ohne sonstige Voraussetzungen“. Bereits der Vergleich mit dem Wortlaut des § 3 Abs. 5 VOL/A deutet darauf hin, dass die Ergänzung „ohne sonstige Voraussetzungen“ eine eigenständige Bedeutung hat. Wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, hätte der Ordnungsgeber sie einfach weglassen und § 4 Abs. 3 VgV an den Wortlaut des § 3 Abs. 5 VOL/A angleichen können. Der Ausdruck „ohne sonstige Voraussetzungen“ kann daher nur bedeuten, dass entgegen den Vorgaben des § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VOL/A (bzw. früher § 7 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A 2002) eine Freihändige Vergabe ohne Wettbewerb zulässig ist. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 4 Abs. 3 VgV und der zu Grunde liegenden Entstehungsgeschichte. Der Ordnungsgeber hat § 4 Abs. 3 VgV vor dem Hintergrund eingeführt, dass der ehemalige deutsche Monopolist von SPNV-Verkehrsleistungen umfangreiche Investitionen in das Schienennetz getätigt hatte und deshalb ein sofortiger Übergang zum Wettbewerb unangemessen gewesen wäre (vgl. zum Hintergrund der Norm Kühnen in Byok/Jaeger, Kommtenar zum Vergaberecht, 2. Auflage 2005, § 4 Rn. 1520). Der ehemalige Monopolist sollte also nicht zwangsweise einem Wettbewerb ausgesetzt sein. Gleiches folgt aus der Begründung des Ordnungsgebers (siehe BR-Drucks. 727/02, B. Zu § 4 Abs. 3) zur Einführung des § 4 Abs. 3 VgV. Daraus geht hervor, dass die Vorschrift den schrittweisen Übergang zum Wettbewerb gewährleisten soll, was nur Sinn macht, wenn die von ihr zugelassene Freihändige Vergabe selbst wettbewerbsfrei erfolgen darf.

(2) Anforderungen von § 4 Abs. 3 Nr. 1 VgV

§ 4 Abs. 3 Nr. 1 VgV bestimmt, dass bei Verträgen über einzelne Linien mit einer Laufzeit von bis zu drei Jahren einmalig auch eine Freihändige Vergabe ohne sonstige Voraussetzungen zulässig ist.

Auf Basis von § 4 Abs. 3 Nr. 1 VgV darf also ein Vertrag nur freihändig vergeben werden, wenn dieser eine einzelne Linie betrifft. Sollen Linienbündel in einem Vertrag vergeben werden oder die Laufzeit des Vertrages über 3 Jahren liegen, kann der Aufgabenträger allenfalls auf § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV zurück greifen (vgl. Kühnen in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage 2005, § 4 VgV Rn. 1527; vgl. auch BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10).

Hat ein Aufgabenträger eine einzelne Linie auf Basis von § 4 Abs. 3 Nr. 1 VgV freihändig vergeben, so kann er danach dieselbe Linie nicht erneut auf Grundlage der Vorschrift freihändig vergeben. Sie ist dann „verbraucht“. Gleiches trifft zu, sofern die Linie Teil eines Linienbündels war, das der Aufgabenträger zuvor auf Basis von § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV freihändig vergeben hatte. Der Verbrauch einer der Nummern des § 4 Abs. 3 VgV zieht also den Verbrauch der anderen Nummer für die betroffenen Linien mit sich. Das folgt aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen, Personenverkehrsverträge dem Wettbewerb schrittweise zuzuführen.

(3) Anforderungen von § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV

Nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VgV ist bei längerfristigen Verträgen eine Freihändige Vergabe ohne sonstige Voraussetzungen im Rahmen des § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) zulässig, wenn ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird. Die Laufzeit des Vertrages soll gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 VgV zwölf Jahre nicht überschreiten. Der Umfang und die vorgesehenen Modalitäten des Auslaufens des Vertrages sind nach Abschluss des Vertrages in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu geben, § 4 Abs. 3 Nr. 2 Satz 3 VgV

Ähnlich wie im Rahmen des § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV können Leistungen, die einmal zum Gegenstand einer Freihändigen Vergabe nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV gemacht worden sind, nicht abermals durch eine entsprechende Vereinbarung in dieser Weise vergeben werden (vgl. BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10). Die erste Freihändige Vergabe „verbraucht“ also § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV als Rechtsgrundlage für spätere Freihändige Vergaben derselben Leistungen bzw. Teilen davon. Neben dem bereits erwähnten Sinn und Zweck von § 4 Abs. 3 VgV spricht dafür, dass § 4 Abs. 3 VgV nur vom 01.12.2002 bis 31.12.2014 in Kraft ist. Zwei Vergaben auf Grundlage von dessen Nummer 2 könnten bei nahezu vollständiger Ausnutzung der möglichen Vertragsdauer also weit über den Geltungszeitraum der Vorschrift hinaus Wettbewerb vermindern.

Eine weitere Anforderung des § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV ist, dass ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird. Der freihändig vergebene Vertrag muss daher vorsehen, dass ein wesentlicher Teil der in ihm geregelten Leistungen noch vor Vertragsende dem Wettbewerb zugeführt wird (Kühnen in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage 2005, § 4 VgV Rn. 1528). Bei der Festlegung

des „wesentlichen Teils“ hat sich der Aufgabenträger am Gesamtvolumen des Vertrages und der Entscheidung über verkehrlich und wirtschaftlich sinnvolle Teilnetze zu orientieren (siehe Gesetzesbegründung in BR-Drucks. 727/02, B. Zu § 4 Abs. 3). Es ist anerkannt, dass ein Anteil von 50% der Leistungen des Vertrages stets einen wesentlichen Teil darstellt (vgl. etwa Stickler/Diehr in Reidt/Stickler/Glas, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 4 Rn. 14). Jedoch sind in der Literatur auch bereits Anteile von 35%, 25% und 20% als ausreichend angesehen worden (mit weiteren Nachweisen Kühnen in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage 2005, § 4 VgV Rn. 1529). Da die Vorschrift nicht die wettbewerbliche Vergabe eines „überwiegenden“ Teils, sondern nur von einem wesentlichen Teil verlangt, ist auch ein deutlich unter 50% liegender Anteil zulässig. Was ein wesentlicher Anteil ist, muss in Anlehnung an die Gesetzesbegründung im Einzelfall danach bestimmt werden, welches Teilnetz sinnvoll abgespalten werden kann.

Schließlich soll die Laufzeit des freihändig vergebenen Vertrages zwölf Jahre nicht überschreiten. Welche Laufzeit im konkreten Einzelfall maximal zulässig ist, bestimmt sich seit der Geltung der vorrangigen VO (EG) Nr. 1370/2007 maßgeblich nach deren Vorgaben. Nach Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 haben direkt vergebene öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, soweit nicht Art. 4 Abs. 4 anzuwenden ist. Letzterer bestimmt, dass die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen um höchstens 50% verlängert werden darf. Dieser Wortlaut deutet darauf hin, dass es sich bei der Verlängerung um eine echte Vertragsänderung handelt, die im Vergaberecht als Neuvergabe gilt. Unter dieser Annahme wäre eine Verlängerung im Rahmen des § 4 Abs. 3 VgV ausgeschlossen, weil die Vorschrift – wie beschrieben – nur eine einmalige Vergabe zulässt. Um rechtlich sicher vorzugehen, ist daher bei einer künftigen Freihändigen Vergabe auf Basis von § 4 Abs. 3 VgV eine Höchstlaufzeit von 10 Jahren anzuraten.

(4) § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A

Von den in § 3 Abs. 5 VOL/A aufgeführten Einzelregelungen, die alle eine Freihändige Vergabe zulassen, kommen für eine wettbewerbsfreie Freihändige Vergabe in der Praxis zunächst lit. d in Betracht.

Nach § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn bei geringfügigen Nachbestellungen im Anschluss an einen bestehenden Vertrag kein höherer Preis als für die ursprüngliche Leistung erwartet wird und die Nachbestellungen insgesamt 20 vom Hundert des Wertes der ursprünglichen Leistung nicht überschreiten.

Nachbestellungen im Sinne der Vorschrift sind teilweise Wiederholungen der mit dem ursprünglichen Vertrag erbrachten Leistungen (Kaelble in Müller-Wrede, VOL/A, 3. Auflage 2010, § 3 Nr. 39). Daraus folgt, dass für eine Freihändige Vergabe auf Basis des § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A nur ein Unternehmen in Betracht kommt, nämlich das mit dem ein Vertrag über die ursprüngliche Leistung besteht.

Ob die Anforderung, dass „kein höherer Preis als für die ursprüngliche Leistung erwartet wird“ wortwörtlich zu verstehen ist, ist unklar. Das steht zumindest mit dem letzten Teilsatz der Vorschrift wenig im Einklang, wonach die 20%-Grenze nicht überschritten werden darf. Diese Anforderung ist

objektiv zu verstehen, so dass es auf den konkreten Wert der Nachbestellung und nicht nur eine Schätzung ankommt.

Nach hier vertretener Auffassung ist deshalb die Regelung in § 3 Abs. 5 lit. d Halbsatz 1 VOL/A 2009 nach wie vor im Sinne der Altfassung zu verstehen (ebenso zumindest bzgl. des zweiten Merkmals Kulartz in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2011, § 3 Rn. 65, ohne auf die Wortlautänderung einzugehen; wohl a.A. Kaelble in Müller-Wrede, VOL/A, 3. Auflage 2010, § 3 Nr. 38, der, ohne auf die Wortänderung einzugehen, teilweise den alten Wortlaut verwendet; a.A. Polster NZBau 2010, 209, 213). Danach durfte kein höherer Preis als für die ursprüngliche Leistung gefordert werden und von einer Ausschreibung kein wirtschaftlicheres Ergebnis zu erwarten sein.

Für ein solches Verständnis spricht auch der Ausnahmecharakter der Norm, der eine enge Auslegung erfordert. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass mit der Wortlautänderung eine Erleichterung der Freihändigen Vergabe bezweckt war. Entscheidend ist daher nach wie vor die Erwartung eines insgesamt nicht wirtschaftlicheren Ergebnisses bei Durchführung einer Ausschreibung. Ein anderes Verständnis würde auch nicht zur Einengung der Freihändigen Vergabe in § 3 Abs. 5 lit. d Halbsatz 2 VOL/A 2009 passen. Während danach die Nachbestellungen 20% des Wertes der ursprünglichen Leistung „nicht überschreiten“, forderte § 3 Nr. 4 lit. d VOL/A 2006 lediglich, dass die Nachbestellungen diese Grenze nicht überschreiten „sollen“. Gegen eine Erweiterung der Möglichkeiten einer Freihändigen Vergabe durch § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A 2009 spricht schließlich, dass die Erläuterungen zur VOL/A (Anhang IV zur VOL/A) keine inhaltliche Änderung des § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A erwähnen.

Bei der Prüfung, ob von einer Ausschreibung kein wirtschaftlicheres Ergebnis zu erwarten ist, ist die Summe aus prognostiziertem Marktpreis für die Nachbestellungen und den Kosten einer Ausschreibung für die Nachbestellungen mit dem vom ursprünglichen Auftragnehmer verlangten Preis für die Nachbestellungen zu vergleichen (Kaelble in Müller-Wrede, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 3 Rn. 76).

Es ist wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A in mehreren Fällen erfüllt werden. Das gilt insbesondere dann, wenn ein langjähriger, umfangreicher Vertrag ausläuft und das Unternehmen die Fahrzeuge erworben, aber noch nicht vollständig abgeschrieben hat. Denn die 20%-Grenze bezieht sich stets auf den Gesamtwert der ursprünglichen Leistung. Je kleiner der Anteil der nachbestellten Leistung gemessen am Gesamtumfang des ursprünglichen Auftrags ist, desto länger kann er freihändig vergeben werden. Sind zudem die Fahrzeuge des Verkehrsunternehmens noch nicht abgeschrieben, kann es für den Weiterbetrieb bestimmter Linien einen Preis anbieten, der nicht höher als der ursprüngliche Preis ist oder sogar deutlich darunter liegt. In einem solchen Fall wird auch von einer Ausschreibung kein wirtschaftlicheres Ergebnis zu erwarten sein, zumal die Kosten des Ausschreibungsverfahrens zu berücksichtigen sind.

(5) § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A

Von den in § 3 Abs. 5 VOL/A aufgeführten Einzelregelungen, die alle eine Freihändige Vergabe zulassen, kommen für eine wettbewerbsfreie Freihändige Vergabe in der Praxis zudem lit. I in Betracht.

Nach § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt. Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, dass die darauf aufbauende Freihändige Vergabe ohne Wettbewerb durchgeführt wird.

In Deutschland sind im Bereich des SPNV nur wenige Fälle denkbar, die dazu führen, dass die nachgefragte Leistung zwingend nur von einem Unternehmen erbracht werden kann. Dazu zählt die Konstellation, dass auf Grund der zu bedienenden Strecken die Verkehrsleistung mit Fahrzeugen erbracht werden muss, die ganz besondere technische Eigenschaften aufweisen und nur einem Unternehmen zur Verfügung stehen, auf dem Markt also nicht zu beschaffen sind.

Demgegenüber wird der besonders große Umfang einer nachgefragten Personenverkehrsleistung in Deutschland nicht dazu führen, dass nur ein Unternehmen im Sinne des § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A für die Leistungserbringung in Frage kommt. Denn § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Satz 1 VOL/A gebieten zu Gunsten mittelständischer Interessen, Leistungen in der Menge aufgeteilt zu vergeben, so dass es kaum zu besonders großen Aufträgen kommen wird. Zudem können sich kleinere Unternehmen zu Bietergemeinschaften zusammenschließen, um auch um größere Aufträge konkurrieren zu können.

3. *Polnische Rechtsgrundlagen*

Die nationalen Regelungen des öffentlichen Verkehrs in einzelnen EU-Ländern müssen die europarechtlichen Rechtsnormen berücksichtigen, welche die Fragen des öffentlichen Verkehrs regeln. Das Europarecht wird vom Grundsatz der Autonomie gegenüber dem Nationalrecht gekennzeichnet. Das Europarecht stellt also eine getrennte Rechtsordnung dar, die sowohl von dem nationalen Recht als auch von dem Völkerrecht zu unterscheiden ist. Es gilt zudem der Anwendungsvorrang des Europarechts, der die EU-Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, europarechtliche Normen im Kollisionsfall vorrangig gegenüber dem Nationalrecht anzuwenden. Neben dem Grundsatz der Autonomie und dem Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Europarechts werden als dessen fundamentale Grundsätze auch der Grundsatz der unmittelbaren Geltung und der Grundsatz der unmittelbaren Wirkung genannt. Während nach dem erstgenannten Grundsatz das Europarecht auch ohne Umsetzungsakt Teil der nationalen Rechtsordnung ist, können Normen des Europarechts nach dem zweiten Grundsatz unmittelbar wirken und sind in diesem Fall unmittelbar durch die Organe der Mitgliedstaaten anzuwenden. Die europarechtlichen Vorgaben, die für die SPNV-Vergaben von Bedeutung sind, wurden bereits unter V.1. dargestellt.

Vor diesem europarechtlichen Hintergrund gelten die polnischen nationalen Rechtsnormen, welche die Fragen des öffentlichen Verkehrs im Bereich des Eisenbahnverkehrs, insbesondere die Aufgabenträgerschaft und die Auftragsvergaben im Bereich des SPNV regeln.

Am 16.12.2010 wurde das Gesetz über den öffentlichen Personenverkehr (Amtsblatt der Republik Polen Nr. 5 im Jahre 2011 Pos. 13), im Folgenden als PTZ-Gesetz bezeichnet, verabschiedet. Das PTZ-Gesetz ist am 01.03.2011 in Kraft getreten und bestimmt neue Grundsätze der Organisation und des Funktionierens der regelmäßigen Personenbeförderung im öffentlichen Personenverkehr auf dem Gebiet der Republik Polen sowie in der Grenzzone in verschiedenen Verkehrsarten, darunter im Eisenbahnverkehr, insbesondere im SPNV. Das PTZ-Gesetz bestimmt auch die Grundsätze der Verwaltung der Verkehrsdienste auf diesem Markt, also auf dem Gebiet der Republik Polen sowie in der Grenzzone, sowie die Grundsätze der Finanzierung der regelmäßigen Personenbeförderung im öffentlichen Personenverkehr auf dem Gebiet Polens für Beförderungen, die den Charakter von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse haben.

Das PTZ-Gesetz bestimmt unter anderem die Aufgabenträger, die für die Organisation und das Funktionieren des öffentlichen Personenverkehrs (darunter auch des SPNV) auf ihren Zuständigkeitsgebieten verantwortlich sind. Solche Aufgabenträger werden im PTZ-Gesetz als „Organisator des öffentlichen Personenverkehrs“ bezeichnet (Art. 4 Abs. 1 Punkt 9 PTZ-Gesetz), im Folgenden „Organisator“ genannt. Das PTZ-Gesetz sieht keine besondere Aufgabenträgerschaft für den SPNV vor. Diese ergibt sich aus der allgemeinen Aufgabenträgerschaft für die Organisation und das Funktionieren des öffentlichen Personenverkehrs.

In seinem Anwendungsbereich regelt das PTZ-Gesetz verschiedene Arten des Verkehrs. So findet das PTZ-Gesetz Anwendung auf den Eisenbahnverkehr und insbesondere auf den SPNV. Unter „Eisenbahnverkehr“ versteht man nach der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 20 PTZ-Gesetz die Personenbeförderung mit einem Transportmittel, das sich auf Eisenbahngleisen bewegt. Im PTZ-Gesetz wurden verschiedene Arten des Verkehrs grundsätzlich einheitlich geregelt. Das PTZ-Gesetz

unterscheidet auch nicht zwischen Nahverkehr, insbesondere SPNV, und sonstigem Verkehr. Es bedient sich weder des Begriffes „Nahverkehr“ noch des Begriffes „Schienenpersonennahverkehr“. Der SPNV unterliegt somit einer Regelung, die auch für den übrigen Eisenbahnverkehr gilt. Für den grenzüberschreitenden öffentlichen Personenverkehr ist dagegen die Unterscheidung zwischen internationalen Personenbeförderungen und Beförderungen, die in der Grenzzone stattfinden, von Bedeutung (näher dazu unter V.3.a)ee).

a) *Aufgabenträgerschaft für den SPNV*

aa) *Rechtsgrundlagen*

Die Aufgabenträger im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs, darunter auch des Eisenbahnverkehrs, insbesondere des SPNV, werden im PTZ-Gesetz als „Organisator des öffentlichen Personenverkehrs“ bezeichnet. Nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 9 PTZ-Gesetz ist unter einem „Organisator des öffentlichen Personenverkehrs“ eine zuständige Territorialselbstverwaltungseinheit oder der für den Verkehr zuständige Minister (nachfolgend vereinfacht als Verkehrsminister bezeichnet), welcher für die Organisation und das Funktionieren des öffentlichen Personenverkehrs auf gegebenem Gebiet verantwortlich ist, zu verstehen.

Nach Art. 7 PTZ-Gesetz sind folgende Behörden zuständige Aufgabenträger für die Organisation und das Funktionieren des öffentlichen Personenverkehrs darunter auch des SPNV:

Gemeinde

Die Gemeinde ist der zuständige Aufgabenträger für die Organisation und das Funktionieren von Gemeindepersonenbeförderungen auf der Verkehrslinie oder im Verkehrsnetz auf dem Gebiet von

- dieser Gemeinde¹ oder
- mehreren Gemeinden, die eine Vereinbarung abgeschlossen haben, aufgrund welcher dieser Gemeinde die Organisation des öffentlichen Personenverkehrs auf dem Gebiet der die Vereinbarung abschließenden Gemeinden anvertraut wurde.

Gemeindeverband

Der Gemeindeverband ist der zuständige Aufgabenträger für die Organisation von Gemeindepersonenbeförderungen auf der Verkehrslinie oder im Verkehrsnetz auf dem Gebiet von Gemeinden, die sich in dem Gemeindeverband zusammengeschlossen haben.

¹ Gemeinde ist die kleinste Gebietseinheit und zugleich eine territoriale Selbstverwaltungseinheit. Mehrere Gemeinden bilden einen Kreis (höhere Gebietseinheit und zugleich eine territoriale Selbstverwaltungseinheit), mehrere Kreise bilden eine Wojewodschaft. Das ganze Gebiet Polens ist in 16 Wojewodschaften unterteilt.

Gemeindepersonenbeförderungen sind dabei nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 3 PTZ-Gesetz Beförderungen von Personen im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs auf dem Gebiet einer Gemeinde oder benachbarter Gemeinden, die eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen haben oder sich in einem Gemeindeverband zusammengeschlossen haben, mit Ausnahme der Beförderungen, die Kreispersonenbeförderungen, Wojewodschaftspersonenbeförderungen oder Zwischenwojewodschaftspersonenbeförderungen darstellen.

Kreis

Der Kreis ist der zuständige Aufgabenträger für die Organisation von Kreispersonenbeförderungen auf der Verkehrslinie oder im Verkehrsnetz auf dem Gebiet von

- diesem Kreis oder
- den Kreisen, die mit diesem Kreis eine Vereinbarung abgeschlossen haben, nach der sie ihm die Organisations des öffentlichen Personenverkehrs auf deren Gebiet anvertrauen.

Kreisverband

Der Kreisverband ist der zuständige Aufgabenträger für die Organisation von Kreispersonenbeförderungen auf der Verkehrslinie oder im Verkehrsnetz auf dem Gebiet der Kreise, die sich in diesem Kreisverband zusammengeschlossen haben.

Dabei sind gemäß Art. 4 Abs. 1 Punkt 10 PTZ-Gesetz unter Kreispersonenbeförderungen die Beförderungen von Personen im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs zu verstehen, die auf dem Gebiet von wenigstens zwei Gemeinden und innerhalb der Grenzen von einem Kreis oder auf dem Gebiet von benachbarten Kreisen, die eine entsprechende Vereinbarung geschlossen haben oder die sich in einem Kreisverband zusammengeschlossen haben, ausgeübt werden, mit Ausnahme der Beförderungen, welche Gemeindepersonenbeförderungen, Wojewodschaftspersonenbeförderungen oder Zwischenwojewodschaftspersonenbeförderungen darstellen.

Wojewodschaft

Die Wojewodschaft ist der zuständige Aufgabenträger für die Organisation von Wojewodschaftspersonenbeförderungen

- auf der Verkehrslinie oder im Verkehrsnetz auf dem Gebiet dieser Wojewodschaft,
- wenn ihr die Aufgabe der Organisation des öffentlichen Personenverkehrs in einer Vereinbarung zwischen mehreren im Hinblick auf den geplanten Verlauf der

Bearbeiter: Bujko/Sztejna

Verkehrslinie oder des Verkehrsnetzes zuständigen Wojewodschaften anvertraut wurde, auf der betreffenden Verkehrslinie oder dem betreffenden Verkehrsnetz.

Unter Wojewodschaftspersonenbeförderungen sind nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 25 PTZ-Gesetz die Beförderungen von Personen im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs auf dem Gebiet von wenigstens zwei Kreisen und innerhalb der Grenzen von einer Wojewodschaft zu verstehen (wobei im Bereich des Eisenbahnverkehrs unter Wojewodschaftspersonenbeförderungen auch die Beförderungen bis zur nächsten Station in der benachbarten Wojewodschaft, die das Umsteigen zur Fortsetzung der Reise oder das technische Wechseln der Fahrtrichtung des Zuges ermöglichen, sowie die Rückbeförderung zu verstehen sind), die keine Gemeindepersonenbeförderungen, Kreispersonenbeförderungen oder Zwischenwojewodschaftspersonenbeförderungen darstellen.

Der Verkehrsminister

Der Verkehrsminister ist der zuständige Aufgabenträger für die Organisation und das Funktionieren von Zwischenwojewodschaftspersonenbeförderungen im Eisenbahnverkehr sowie bei internationalen Personenbeförderungen.

Unter Zwischenwojewodschaftspersonenbeförderungen versteht man nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 7 PTZ-Gesetz die Personenbeförderungen im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs, bei denen die Grenze der Wojewodschaft überschritten wird und die zugleich keine Gemeinde-, Kreis- und Wojewodschaftspersonenbeförderungen darstellen.

Internationale Personenbeförderungen sind nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 6 PTZ-Gesetz die Personenbeförderungen im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs, die die Staatsgrenze überschreiten, mit Ausnahme von den Beförderungen, die in der Grenzzone stattfinden.

bb) Kriterien der „Grenzzone“ und der „entsprechenden Verwaltungseinheit“

Das Gesetz über den öffentlichen Personenverkehr benennt den Organisator der Personenbeförderungen, darunter auch der Eisenbahnpersonenbeförderungen und des SPNV, welche die Staatsgrenze überschreiten, aber nicht als internationale Personeneisenbahnbeförderungen im Sinne des PTZ-Gesetzes in den Aufgabenbereich des Verkehrsministers fallen. Zu diesem Zweck bedient sich das PTZ-Gesetz des Begriffs der Grenzzone.

Die Grenzzone ist nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 17 PTZ-Gesetz ein Gebiet, das wenigstens eine Gemeinde, einen Kreis oder eine Wojewodschaft umfasst, in dem der Betreiber des öffentlichen Personenverkehrs die Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs leistet, und das direkt an der Grenze der Republik Polen gelegen ist, samt dem Gebiet einer entsprechenden territorialen Einheit (Gebietseinheit; nach dem Wortlaut des Gesetzes: Verwaltungseinheit), die jenseits der Grenze der Republik Polen auf dem Gebiet des Nachbarstaates gelegen ist. Der Verkehr in der Grenzzone ist somit ein grenzüberschreitender Verkehr. Nach Art. 7 Abs. 3 PTZ-Gesetz sind die Organisatoren, die in Art. 7 Abs. 1 Punkt 1 bis 5 PTZ-Gesetz genannt werden (vgl. hierzu oben aa)) auch die Organisatoren des öffentlichen Personenverkehrs in der Grenzzone.

Bearbeiter: Bujko/Sztejna

Der Begriff der Grenzzone dient nach dem PTZ-Gesetz in erster Linie dazu, den Zuständigkeitsbereich des Verkehrsministers von den Zuständigkeitsbereichen der übrigen Organisatoren im grenzüberschreitenden Personeneisenbahnverkehr abzugrenzen. Demgemäß ist nach dem PTZ-Gesetz beim grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr zwischen den internationalen Personeneisenbahnbeförderungen (es sind dabei die internationalen Personeneisenbahnbeförderungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Punkt 6 PTZ-Gesetz gemeint; zu der Definition – siehe oben 3.a)aa)(6)) und den Personeneisenbahnbeförderungen, welche in der Grenzzone stattfinden, zu unterscheiden. Für die internationalen Personeneisenbahnbeförderungen ist der Verkehrsminister der zuständige Organisator. Für alle anderen grenzüberschreitenden Personeneisenbahnbeförderungen sind die übrigen Organisatoren zuständig.

Die internationalen Personeneisenbahnbeförderungen wurden negativ definiert. Demgemäß sind nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 6 PTZ-Gesetz unter internationalen Personeneisenbahnbeförderungen nur solche grenzüberschreitenden Personeneisenbahnbeförderungen zu verstehen, die nicht als der in der Grenzzone stattfindende Verkehr zu qualifizieren sind. Aus Art. 4 Abs. 1 Punkt 17 PTZ-Gesetz in Verbindung mit der Zuständigkeitsvorschrift des Art. 7 Abs. 3 PTZ-Gesetz ergibt sich, dass es mehrere parallel geltende Definitionen der Grenzzone gibt. Die jeweilige Grenzzone erfasst das Zuständigkeitsgebiet des gegebenen Organistors auf dem Gebiet der Republik Polen und ein Gebiet „einer entsprechenden Verwaltungseinheit“ auf dem Territorium des Nachbarstaates. Jeder Organisator ist Aufgabenträger für seine Grenzzone. Jeder Organisator ist also für den grenzüberschreitenden Verkehr zuständig, bei dem eine Verkehrslinie oder ein Verkehrsnetz einerseits auf seinem Gebiet und andererseits auf dem Gebiet der „entsprechenden Verwaltungseinheit“ im Nachbarland verlaufen soll.

Soll die Beförderung auf dem Gebiet Polens als Gemeindepersonenbeförderung (zu dem Begriff siehe V.3.a)aa)) realisiert werden und über das Gebiet einer „entsprechenden Verwaltungseinheit“ im Nachbarstaat im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Punkt 17 PTZ-Gesetz nicht hinausgehen, ist eine Gemeinde (gegebenenfalls ein Gemeindeverband) der zuständige Organisator.

Soll die Beförderung auf dem Gebiet Polens als Kreispersonenbeförderung (zu dem Begriff siehe V.3.a)aa)) realisiert werden und über das Gebiet einer „entsprechenden Verwaltungseinheit“ im Nachbarstaat im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Punkt 17 PTZ-Gesetz nicht hinausgehen, ist der Kreis (gegebenenfalls Kreisverband) der zuständige Organisator.

Soll die Beförderung auf dem Gebiet Polens als Wojewodschaftspersonenbeförderung (zu dem Begriff siehe V.3.a)aa)) realisiert werden und über das Gebiet einer „entsprechenden Verwaltungseinheit“ im Nachbarstaat im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Punkt 17 PTZ-Gesetz nicht hinausgehen, ist die Wojewodschaft der zuständige Organisator.

Bei Anwendung dieser Kriterien ist also beispielsweise die Wojewodschaft Dolnośląskie Aufgabenträger für die Linie Wrocław – Dresden und der Verkehrsminister Aufgabenträger für die Linie Szczecin – Berlin, obwohl die Wojewodschaft Zachodniopomorskie bislang davon ausgeht, Aufgabenträger für die letztgenannte Linie zu sein.

Da sich die Praktiker in den zuständigen Behörden derzeit noch mit den Auswirkungen der neuen Rechtslage auseinandersetzen, hat sich noch keine feste Auslegung der Regelungen des PTZ-Gesetzes zur Aufgabenträgerschaft etabliert.

cc) Kompetenzen der Aufgabenträger

Nach Art. 8 PTZ-Gesetz gehören zu den Aufgaben des Organisations des öffentlichen Verkehrs drei Aufgabenbereiche: Die Planung der Entwicklung des Verkehrs, die Organisation des öffentlichen Personenverkehrs sowie die Verwaltung des öffentlichen Personenverkehrs.

(1) Verkehrsplan

Die Planung der Entwicklung des Verkehrs erfolgt, indem der Organisator des öffentlichen Verkehrs auf jeder Ebene, einen Plan der nachhaltigen Entwicklung des öffentlichen Verkehrs (im Folgenden als „Verkehrsplan“ bezeichnet) aufstellt. Der Verkehrsplan ist die Grundlage der Organisation des öffentlichen Personenverkehrs in seinem Zuständigkeitsbereich. Nach Art. 24 Abs. 2 des PTZ-Gesetzes darf ein zur Aufstellung eines Verkehrsplans verpflichteter Organisator nur solche Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen des öffentlichen Personenverkehrs abschließen, die eine Verkehrslinie, mehr als eine Verkehrslinie oder ein Verkehrsnetz betreffen und im Verkehrsplan enthalten sind.

Davon sieht Art. 24 Abs. 3 PTZ-Gesetz eine Ausnahme für Verträge vor, die auf der Grundlage von Art. 22 Abs. 1 Punkt 4 PTZ-Gesetz abgeschlossen werden. Nach dieser Regelung darf der Organisator den Verkehrsvertrag dann direkt abschließen, wenn die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gestört ist oder die direkte Gefahr der Entstehung einer solchen Situation besteht. Dabei ist unerheblich, ob die Gründe dafür vom Betreiber verschuldet sind. Zusätzliche Voraussetzung ist, dass die Fristen, die für andere Verfahren des Abschlusses eines Vertrages über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs bestimmt sind, nicht eingehalten werden können. Bei solchen Notmaßnahmen besteht also keine Bindung an einen Verkehrsplan.

Die Planung des öffentlichen Verkehrs durch Aufstellung von Verkehrsplänen ist eine Neuheit in der polnischen Rechtsordnung, die mit dem Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes ins polnische Recht eingeführt wurde. Sie gehört zu den wichtigsten Änderungen der Rechtslage auf dem Gebiet des öffentlichen Personenverkehrs.

Zur Aufstellung des Verkehrsplans sind die Organisatoren in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich verpflichtet. Ausnahmen gelten für

- Gemeinden mit einer Bevölkerungszahl von unter 50.000 Einwohnern, bei einer Betrauung mit einer Einwohnerzahl in den teilnehmenden Gemeinden insgesamt unter 80.000,

- Gemeindeverbände mit weniger als 80.000 Einwohnern im Verbandsgebiet,
- Kreise mit unter 80.000 Einwohnern, bei einer Betrauung mit unter 120.000 Einwohnern im Gebiet der teilnehmenden Kreise,
- der Kreisverbände mit unter 120.000 Einwohnern im Verbandsgebiet.

Den Grundinhalt des Verkehrsplans bestimmt Art. 12 PTZ-Gesetz. Danach beinhaltet der Verkehrsplan insbesondere:

- a) das Kommunikationsnetz, auf dem die Beförderungen erbracht werden sollen, die den Charakter von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse haben,
- b) eine Bewertung und Prognosen der Verkehrsnachfrage,
- c) die prognostizierte Finanzierung der Verkehrsleistungen,
- d) Präferenzen für die Wahl der Art der Verkehrsmittel,
- e) die Grundsätze der Organisation des Marktes der Beförderungsleistungen,
- f) den gewünschten Standard von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personenverkehr,
- g) die vorausgesetzten Eigenschaften eines Informationssystems für die Fahrgäste.

Den Organisatoren steht es frei, auch andere Fragen im Verkehrsplan zu regeln. Art. 12 PTZ-Gesetz ist insoweit nicht abschließend.

Die Einzelheiten zu den Anforderungen an den Verkehrsplan bestimmt die Verordnung des Verkehrsministers, die auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 5 PTZ-Gesetz erlassen worden ist. Danach soll der Verkehrsplan aus einem Textteil und einem grafischen Teil bestehen. Die Verordnung enthält zudem weitere Einzelheiten zu den Anforderungen von Art. 12 PTZ-Gesetz.

Bei der Aufstellung des Eisenbahnverkehrsplans ist der Organisator verpflichtet, den Bestand der Eisenbahninfrastruktur zu berücksichtigen. Obwohl der Wortlaut von Art. 12 PTZ-Gesetz geplante Änderungen der Infrastruktur nicht ausdrücklich erwähnt, sind auch sie in den Verkehrsplan einzubeziehen. Nach seinem Sinn und Zweck soll der Verkehrsplan die Grundlage für die Entwicklung des öffentlichen Verkehrs bilden. Ohne die Berücksichtigung von geplanten Änderungen der Infrastruktur kann er diese Funktion nur eingeschränkt erfüllen, jedenfalls wenn solche Änderungen im erheblichen Umfang geplant sind. Zur Aufstellung des Verkehrsplans verpflichtet das PTZ-Gesetz die Organisatoren, bei dem Verwalter der Eisenbahninfrastruktur die insoweit notwendigen Informationen einzuholen. Dem entspricht die Pflicht des Verwalters der Eisenbahninfrastruktur, diese Informationen zu erteilen. Da das PTZ-Gesetz diese Auskunftspflicht nicht auf den zur Zeit der Aufstellung des

Verkehrsplans gegebenen Zustand begrenzt, werden mit ihr auch die künftig geplanten Entwicklungen erfasst.

Die Verkehrspläne, die auf den niedrigeren Ebenen aufgestellt werden, müssen den Verkehrsplan auf der jeweils nächst höheren Ebene berücksichtigen. Die Verkehrspläne der Gemeinden oder Gemeindeverbände müssen somit die Bestimmungen des Verkehrsplans des zuständigen Kreises oder Kreisverbandes, die Verkehrspläne der Kreise oder Kreisverbände, die Bestimmungen des Verkehrsplans der zuständigen Wojewodschaft und die Verkehrspläne der Wojewodschaften die Bestimmungen des Verkehrsplans des Verkehrsministers berücksichtigen.

Nach ihrer Aufstellung können die Verkehrspläne je nach Bedarf aktualisiert werden. Die Aktualisierung der Verkehrspläne steht im freien Ermessen der Aufgabenträger, weil das PTZ-Gesetz keine zwingende Aktualisierung in vorgegebenen Zeitabständen vorsieht.

(2) Organisation des öffentlichen Personenverkehrs

Zu den Hauptaufgaben des Organisators im Bereich der Organisation des ÖPV gehören unter anderem die Untersuchung und Analyse der Verkehrsnachfrage unter Berücksichtigung behinderter und mobilitätseingeschränkter Personen, die Umsetzung des bestehenden Verkehrsplans und seine Aktualisierung, die Vorbereitung und Durchführung der Vergabeverfahren zum Abschluss der Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs sowie der Abschluss dieser Verträge. Die wichtigsten dieser Aufgaben der Organisatoren des öffentlichen Verkehrs sind die Vergabe der Aufträge über die Verkehrsleistungen und die damit verbundenen Vertragsabschlüsse (Art. 15 Abs. 1 Punkt 8 und 9 des PTZ-Gesetzes).

Die Verfahren, in welchen nach polnischem Recht die Vergabe von Verkehrsleistungen, insbesondere von SPNV-Leistungen, erfolgen darf, werden näher unter V.3.b beschrieben. In Folge der in einem näher unter V.3.b beschrieben Verfahren erfolgten Auswahl des EVU schließt der zuständige Aufgabenträger mit dem ausgewählten EVU den Verkehrsvertrag. Der Verkehrsvertrag kann eine Kommunikationslinie, mehr als eine Kommunikationslinie oder ein Kommunikationsnetz betreffen, die/das das ganze Zuständigkeitsgebiet des Organisators des öffentlichen Personenverkehrs oder einen Teil dieses Gebietes (Art. 24 PTZ-Gesetz) umfassen darf. Daraus ergibt sich, dass damit auch der Schienenpersonennahverkehr im Sinne der deutschen Rechtsordnung erfasst wird.

Nach Abschluss des Vertrages über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs mit einem Organisator wird das EVU nach dem PTZ-Gesetz zu einem „Betreiber des öffentlichen Personenverkehrs“. Nach Art. 4 Abs. 1 Punkt 8 PTZ-Gesetz ist unter einem „Betreiber des öffentlichen Personenverkehrs“ (nachfolgend „Betreiber“ genannt) der Budgetbetrieb der Selbstverwaltung, der von einer territorialen Selbstverwaltungseinheit betrieben wird, sowie ein zur Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Bereich der Personenbeförderung berechtigter Unternehmer, welcher einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf der im Vertrag bestimmten Kommunikationslinie mit dem Organisator des öffentlichen Personenverkehrs abgeschlossen hat, zu verstehen.

Das PTZ-Gesetz unterscheidet zwei Arten von Verkehrsdienstleistungen im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs:

- Verkehrsdienstleistungen von allgemeinem Interesse, das heißt öffentlich zugängliche Verkehrsdienstleistungen eines öffentlichen Betreibers zur laufenden und ununterbrochenen Deckung des Beförderungsbedarfs der Gesellschaft auf bestimmtem Gebiet (Art. 4 Abs. 1 Punkt 12 des PTZ-Gesetzes), die aufgrund eines mit dem Organisator des öffentlichen Personenverkehrs abgeschlossenen Vertrages über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs geleistet werden (Art. 4 Abs. 1 Punkt 24 des PTZ-Gesetzes in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Punkt 8 PTZ-Gesetz),
- Verkehrsdienstleistungen, die mit der Befriedigung der Bedürfnisse der Gesellschaft nicht verbunden sind und welche von einem Beförderer (insbesondere einem EVU) nicht im Auftrag eines Organisators des öffentlichen Personenverkehrs erbracht werden.

Die Unterscheidung zwischen den Verkehrsdienstleistungen von allgemeinem Interesse und kommerziellen Verkehrsdienstleistungen erfolgt somit nach der Art des Verkehrs und danach, ob ein Vertrag mit dem Organisator des öffentlichen Personenverkehrs begründet wird.

Die in der VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehenen Laufzeiten von Verträgen über Dienstleistungen des öffentlichen Eisenbahnpersonenverkehrs, darunter auch des SPNV, (mit Ausnahme der Verträge, die im Rahmen des Verfahrens C, das nachstehend beschrieben wird, abgeschlossen werden), sind in Art. 25 Abs. 2 Punkt 2 PTZ-Gesetz verankert. Die Verträge können danach jedoch unter den in Art. 4 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 bestimmten Voraussetzungen vom Organisator für einen längeren Zeitraum abgeschlossen oder verlängert werden.

Die Inhalte, die zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Beförderung in den Vertrag über Dienstleistungen des öffentlichen Personenverkehrs aufgenommen werden sollen, sind in Art. 25 Abs. 3 PTZ-Gesetz genannt:

- 1) die Beschreibung der sich aus dem Auftrag ergebenden Dienstleistungen,
- 2) die Kommunikationslinie (Verkehrslinie), die Kommunikationslinien (Verkehrslinien) oder ein Kommunikationsnetz (Verkehrsnetz), die im Vertrag erfasst werden,
- 3) die Laufzeit des Vertrages,
- 4) Bedingungen betreffend Qualitätsnormen sowie Qualitätserhöhung der im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs zu erbringenden Dienstleistungen,
- 5) Anforderungen hinsichtlich der Transportmittel, insbesondere zur Einführung von modernen technischen Lösungen und zur Anpassung an die Bedürfnisse von Behinderten und Personen mit eingeschränkter Mobilität,
- 6) Bedingungen der Änderung von Beförderungsgebühren sowie anderen Gebühren, von welchen im Gesetz vom 15. November 1984 über das Beförderungsrecht die Rede ist, hinsichtlich der zu erbringenden Verkehrsleistung, wenn diese Einnahmen dem Betreiber zustehen,

- 7) Bedingungen für den Subunternehmereinsatz,
- 8) Anforderungen an die Bearbeitung von Beschwerden und Beanstandungen, die von Fahrgästen eingereicht werden, sowie an die Anerkennung von eventuellen Entschädigungen, die sich aus der Ausführung der im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs zu erbringenden Dienstleistungen ergeben,
- 9) Häufigkeit der Abgabe der Berichte über die Ausführung der im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs zu erbringenden Dienstleistungen, darunter der Informationen betreffend Anzahl der Fahrgäste auf der gegebenen Kommunikationslinie,
- 10) Abrechnungsprinzipien, insbesondere Prinzipien der Kostenteilung für die Ausführung der im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs zu erbringenden Dienstleistungen, mit der Berücksichtigung der Anwendung durch den Betreiber der gesetzlichen Ermäßigungen sowie der Ermäßigungen, die auf dem Zuständigkeitsgebiet des gegebenen Organisations beschlossene wurden,
- 11) Abrechnungsprinzipien im Fall von Umständen, die die Dienstleistung aus vom Betreiber unverschuldeten Gründen unmöglich machen,
- 12) Vertragspartei, der die Tarifeinnahmen im Sinne von Punkt 6 zustehen,
- 13) Vertragspartei, die nach Art. 46 Abs. 1 Punkt 3, 6 und 9 PTZ-Gesetz verpflichtet ist,
- 14) Anforderungen an den Fahrkartenvertrieb,
- 15) Art und Weise der Berechnung der Entschädigung,
- 16) Vertragspartei, die verpflichtet ist, die Prinzipien der Benutzung von Haltestellen und Bahnhöfen mit ihren Eigentümern oder Verwaltern zu vereinbaren,
- 17) Bedingungen für die Nutzung der Transportmittel des Organisations, falls sie dem Betreiber bereitgestellt werden,
- 18) Bedingungen der Nutzung der Transportmittel abhängig von der Intensität des Fahrgastverkehrs,
- 19) Prinzipien der Zusammenarbeit bei der Erstellung und Aktualisierung von Fahrplänen zur Verbesserung der bestehenden Beförderungen,
- 20) Umfang der Nutzung der Infrastruktur, insbesondere Umfang der Durchlassfähigkeit der Strecke sowie Qualitätsstandard des Zugangs auf den vertragsgegenständlichen Strecken (nur für den Eisenbahnverkehr),
- 21) Vertragsstrafen,
- 22) Bedingungen für die Änderung sowie für die Auflösung des Vertrages.

(3) Verwaltung des öffentlichen Personenverkehrs

Mit Verwaltung des öffentlichen Personenverkehrs ist insbesondere die Sicherung der ordnungsgemäßen Durchführung der Verkehrsverträge gemeint. Nach Art. 43 PTZ-Gesetz gehört im Rahmen der Verwaltung des öffentlichen Personenverkehrs zu den Aufgaben des Organisations unter anderem die Verhandlung von Vertragsänderungen, die Bewertung und Kontrolle, wie die Verkehrsunternehmen die Verkehrsdienstleistungen erfüllen und ob die Verkehrsdurchführung gemäß dem Verkehrsvertrag erfolgt, die Kontrolle, ob Betreiber und Beförderer die Grundsätze der Durchführung des öffentlichen Personenverkehrs einhalten, die Mitwirkung an Fahrplanänderungen,

die Änderungen der Verläufe bestehender Verkehrslinien sowie die Wahrnehmung der Aufgaben, die sich aus Art. 7 Abs. 1 und 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 ergeben.

b) Nationaler polnischer Rechtsrahmen für SPNV-Vergaben

Gemäß dem ins PTZ-Gesetz übernommenen Grundsatz findet der öffentliche Personenverkehr im regulierten Wettbewerb statt, wie er in der VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehen ist. Allerdings ist ins PTZ-Gesetz die Möglichkeit der Gewährung der ausschließlichen Rechte für einen Betreiber nicht übernommen worden. Art. 20 PTZ-Gesetz schließt diese Möglichkeit ausdrücklich aus. Der polnische Gesetzgeber hat es verboten, dem Betreiber ausschließliche Rechte im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 zu gewähren wegen der damit verbundenen Begrenzung des Zuganges zur Dienstleistungserbringung.

Der von dem PTZ-Gesetz übernommene Grundsatz des regulierten Wettbewerbs sichert dagegen dem Verkehrsunternehmer, der mit dem Organisator den Vertrag über die Erbringung von öffentlichen Leistungen schließt, die Dienstleistungserbringung und Stabilität für die Dauer des Vertrages. Eine derartige Stabilität garantierte die Rechtsordnung in bisheriger Gestalt nicht. Darüber hinaus ist zu erwarten, dass der regulierte Wettbewerb zu Gunsten aller Verkehrsunternehmen zu transparenten und vergleichbaren Bedingungen der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen führen wird.

Das PTZ-Gesetz zählt in seinem Art. 19 die zulässigen Verfahrensarten für die Vergabe abschließend wie folgt auf:

A. Verfahren nach dem Gesetz vom 29. Januar 2004 über das öffentliche Vergaberecht (GöVerG, Amtsblatt der Republik Polen aus dem Jahr 2007, Nr. 223, Pos. 1655 mit nachträglichen Änderungen), nachfolgend „Verfahren A“ genannt

B. Verfahren nach dem Gesetz über Konzessionen für Bauarbeiten oder Dienstleistungen vom 9. Januar 2009 (Amtsblatt der Republik Polen aus dem Jahr 2009 Nr. 19, Pos. 101 mit nachträglichen Änderungen), nachfolgend „Verfahren B“ genannt

C. Verfahren nach Art. 22 Abs. 1 PTZ-Gesetz (Direktvergabe), nachfolgend „Verfahren C“ genannt

Die Verfahren A und B setzen Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 um (zur Ausfüllungsfähigkeit des Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 siehe oben unter V.1.a) und V.1.b)aa)(2)).

Das gilt hinsichtlich des Verfahrens A jedoch nicht für die freihändige Vergabe und die Preisanfrage. Diese Verfahrensarten erfüllen die Anforderung von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht, weil sie nicht allen Betreibern offen stehen (vgl. M. Szydło in dem im Auftrag des Analysenbüros des Sejm im Rahmen der Gesetzgebung gefertigten Gutachten über den Entwurf des PTZ-Gesetzes, S. 13).

Das im Gesetz über Konzessionen für Bauarbeiten oder Dienstleistungen vom 9. Januar 2009 vorgesehene Verfahren, das zur Erteilung einer Dienstleistungskonzession führt, entspricht in vollem Umfang den Anforderungen von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. M. Szydło in dem im Auftrag des Analysenbüros des Sejm im Rahmen der Gesetzgebung gefertigten Gutachten über den Entwurf des PTZ-Gesetzes, S. 9 und 10). Es hält alle in der oben genannten Vorschrift benannten Vergabeprinzipien ein.

Ähnlich wie nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 hat der Organisator nach Art. 23 PTZ-Gesetz ein Jahr vor Beginn des Vergabeverfahrens oder vor dem direkten Vertragsabschluss das Vergabevorhaben im polnischen Bulletin für Öffentliche Informationen anzuzeigen. Der Inhalt der Anzeige entspricht dem Pflichtinhalt nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 (s. o. V.1.b)dd)), wobei zusätzlich noch das Datum anzugeben ist, an dem der Aufgabenträger das wettbewerbliche Vergabeverfahren beginnt bzw. der Vertrag schließt. Außerdem ist der Organisator verpflichtet, die Anzeige an einer allgemein zugänglichen Stelle in seinem Sitz anzubringen sowie auf seine Internetseite zu stellen. Die Anzeige ist für die Verfahren A, B und C obligatorisch.

aa) Verfahren A – Verfahren nach GöVerG

Art. 19 PTZ-Gesetz bezeichnet alle Vergabeverfahren nach dem GöVerG als Verfahren A. Das Verfahren A kann also sehr unterschiedliche Ausgestaltungen erfahren. Das GöVerG sieht folgende Verfahren der Auswahl des Erbringers von Dienstleistungen vor:

- a) unbeschränkte Ausschreibung,
- b) beschränkte Ausschreibung,
- c) Verhandlungen mit Bekanntmachung,
- d) wettbewerblicher Dialog,
- e) Verhandlungen ohne Bekanntmachung,
- f) freihändige Vergabe,
- g) Preisanfrage,
- h) elektronische Versteigerung.

(1) Unbeschränkte Ausschreibung

Zur Wahrung des Wettbewerbs ist die unbeschränkte Ausschreibung am besten geeignet. Gemäß Art. 39 GöVerG können dabei alle interessierten Auftragnehmer nach einer öffentlichen Bekanntmachung

ihre Angebote abgeben. Die einzigen Einschränkungen für die Bewerber sind die Bedingungen, die vom Organisator des öffentlichen Personenverkehrs bestimmt werden.

(2) *Weitere Verfahren nach dem GöVerG*

Neben der unbeschränkten Ausschreibung bestehen nach dem nationalen polnischen Vergaberecht noch weitere Möglichkeiten der Vergabe, die nachfolgend kurz dargestellt werden.

Um auf Besonderheiten von Verkehrsleistungen, insbesondere im SPNV einzugehen, sind die Verfahren der freihändigen Vergabe und der Verhandlungen ohne Bekanntmachung für die Organisatoren attraktiv. Sie sind nach Art. 5 Abs. 1 und 1a in Verbindung mit Art. 2a des GöVerG für die Vergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen zulässig, zu denen Eisenbahnverkehrsleistungen gehören.

Zudem kann der Auftraggeber Leistungen auch abweichend von Art. 62 Abs. 1 oder Art. 67 Abs. 1 GöVerG durch Verhandlungen ohne Bekanntmachung oder durch eine freihändige Vergabe vergeben, wenn sonst mindestens einer der nachstehenden Umstände droht:

- die Verletzung der Prinzipien der zweckgebundenen, sparsamen und effektiven Vornahme von Ausgaben,
- die Verletzung der Prinzipien der Vornahme von Ausgaben in der Höhe und in Terminen, die sich aus vorher eingegangenen Verbindlichkeiten ergeben,
- Verlust von öffentlichem Vermögen,
- die Behinderung termingerechter Ausführung von Aufgaben.

Gemäß Art. 66 Abs. 1 GöVerG folgt bei der freihändigen Vergabe die Auftragsvergabe auf Verhandlungen mit mehreren Bewerbern oder nur einem Bewerber. Der Organisator ist bei der Verhandlung mit nur einem Bewerber nicht verpflichtet, einen Wettbewerb zu eröffnen.

Bei den Verhandlungen ohne Bekanntmachung gemäß Art. 61 des GöVerG handelt es sich um ein Verfahren der Auftragsvergabe, in dem der Auftraggeber über die Vertragsbedingungen mit den ausgewählten Bewerbern verhandelt und sie anschließend zur Abgabe von Angeboten auffordert. Der Auftraggeber führt die Verhandlungen mit einer Anzahl an Teilnehmern, die einen Wettbewerb gewährleistet, jedoch nicht geringer als 5, es sei denn, dass die Anzahl der Teilnehmer, die imstande sind, den Auftrag auszuführen, wegen des spezialisierten Charakters des Auftrages geringer ist, allerdings nicht geringer als 2.

Sowohl das Verfahren der freihändigen Vergabe als auch die Verhandlungen ohne Bekanntmachung vereinfachen einerseits das Auswahlverfahren, allerdings beschränken sie andererseits den Wettbewerb. Indem der Organisator die frei ausgewählten Unternehmen einlädt, an Verhandlungen teilzunehmen oder ein Angebot zu unterbreiten, gewährleistet er in der Regel keinen gleichen Zutritt

zur Auftragsvergabe. Anderen Interessierten ist es so nicht möglich, ein im Wettbewerb stehendes Angebot abzugeben.

Da nach Art. 19 PTZ-Gesetz mit dem Verfahren C für SPNV-Leistungen stets eine Direktvergabe im Sinne von Art. 22 Abs. 1 PTZ-Gesetz zulässig ist, geht diese Darstellung nicht näher auf die Voraussetzungen für nicht wettbewerbliche Verfahren nach dem GöVerG ein.

(3) Allgemeine Anforderungen nach dem GöVerG

Das grundlegende Dokument, das die Bedingungen bestimmt, welche der Betreiber erfüllen muss, der Interesse an der Abgabe des Angebotes hat, ist die Beschreibung des Auftrages, das Lastenheft (Spezifikation Wesentlicher Auftragsbedingungen) genannt wird. Nach Art. 21 PTZ-Gesetz darf das Lastenheft insbesondere enthalten:

- die Anzahl und die Art der zur Erbringung von Dienstleistungen erforderlichen Beförderungsmittel inklusive des entsprechenden Personals sowie der technischen Basis, die ihre Wartung gewährleistet (darunter u.a. die Verfügung über das Personal, welches über entsprechende Qualifikationen verfügt, entsprechende Transportbasis, welche das Abstellen von Fahrzeugen, ihre Reparatur oder die Erhaltung des Fuhrparks in entsprechender Sauberkeit ermöglicht), worüber der Unternehmer im Moment der Abgabe des Angebotes verfügt oder worüber er spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Erbringung von Dienstleistungen verfügen wird
- technische Lösungen, die in den Beförderungsmitteln verwendet werden, insbesondere solche, die auf die Gewährleistung des Umweltschutzes sowie auf die bequeme Beförderung der Fahrgäste ausgerichtet sind, darunter die Beförderung von Behinderten und Personen mit eingeschränkter Mobilität
- Ausstattungsstandard der Beförderungsmittel

Die Ausgestaltung dieser Anforderungen erfolgt durch den Organisator. Er bestimmt nach eigenem Ermessen die konkreten Anforderungen an die Eignung und die Leistung. Dabei gelten die allgemeinen Grundsätze des GöVerG, insbesondere die Verpflichtung, den Auftragsgenstand eindeutig und anhand genauer und verständlicher Bezeichnungen zu beschreiben. Der Auftraggeber muss dabei alle Umstände berücksichtigen, die Einfluss auf die Bearbeitung des Angebotes haben könnten. Insbesondere ist es unzulässig, den Auftragsgenstand nicht unternehmens- und produktneutral zu beschreiben.

Zudem darf der Auftraggeber nach dem GöVerG keine Mindestanforderungen bestimmen, die nicht durch den Gegenstand der Beschaffung sachlich gerechtfertigt sind. Dadurch würden der Wettbewerbs- und der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 22 Abs. 1 GöVerG verletzt.

Mit dem Lastenheft übergibt der Organisator den Bewerbern die Vertragsbedingungen. Nur so werden sie in die Lage versetzt, ihre Angebote zu kalkulieren.

(4) *Einschränkungen für grenzüberschreitende Vergaben aus dem GöVerG?*

Es stellt sich die Frage, ob – unabhängig von den europarechtlichen Vorgaben – ein Vergabeverfahren nach dem GöVerG gemeinsam mit einem ausländischen Aufgabenträger durchgeführt werden darf. Eine gemeinsame Durchführung eines Vergabeverfahrens und die gemeinsame Erteilung eines Auftrags durch die Auftraggeber im Sinne von GöVerG sieht Art. 16 Abs. 1 GöVerG ausdrücklich vor. Dort heißt es:

„Die Auftraggeber dürfen gemeinsam ein Vergabeverfahren durchführen und einen Auftrag gemeinsam erteilen, indem sie einen von ihnen auswählen und ihn berechtigen, im Namen und auf Rechnung aller ein Vergabeverfahren durchzuführen und einen Auftrag zu erteilen.“

Der federführende Auftraggeber handelt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens und bei der Erteilung eines Auftrags nach der oben zitierten Vorschrift „im Namen und auf Rechnung“ also als Bevollmächtigter aller anderen Auftraggeber (P. Granecki, Kommentar zum GöVerG, C.H. Beck 2009, Art. 16 Rn. 5).

Die Voraussetzung der Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch, dass es sich um Auftraggeber im Sinne des GöVerG handelt. Der Begriff des Auftraggebers im Sinne des GöVerG ist in Art. 2 Punkt 12 GöVerG definiert. Danach ist unter einem Auftraggeber jedes Rechtssubjekt zu verstehen, das verpflichtet ist, das GöVerG anzuwenden. Die Pflicht zur Anwendung des GöVerG ist jedoch bei ausländischen Aufgabenträgern zu verneinen. Dies spricht zunächst dagegen, dass eine gemeinsame Durchführung eines Vergabeverfahrens und eine gemeinsame Erteilung eines Auftrags mit einem ausländischen Aufgabenträger auf der Grundlage des GöVerG erfolgen kann. Allerdings schließt das GöVerG eine Beteiligung ausländischer Auftraggeber, die nicht dem polnischen Recht unterworfen sind, auch nicht ausdrücklich aus.

Unabhängig davon sind bei der Durchführung eines gemeinsamen Vergabeverfahrens und einer gemeinsamen Erteilung des Auftrags die Vorschriften des GöVerG auch im Übrigen zu beachten. Zusätzlich wäre ein beteiligter deutscher Aufgabenträger verpflichtet, die für ihn maßgeblichen Vorschriften des deutschen Rechts zu beachten. In einem auf dieser Grundlage durchgeführten gemeinsamen Verfahren müssten somit die Erfordernisse aller Rechtsordnungen der beteiligten Aufgabenträger erfüllt werden.

Es ist zulässig, einem ausländischen Aufgabenträger die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens anzuvertrauen. Nach Art. 15 Abs. 2 GöVerG darf der Auftraggeber (im Sinne von GöVerG) die Vorbereitung oder die Durchführung eines Vergabeverfahrens oder beides seiner eigenen Organisationseinheit oder einem Dritten anvertrauen. Der Dritte handelt insoweit als Bevollmächtigter. Die entsprechende Vollmacht muss ihm schriftlich erteilt werden (vgl. P. Granecki, Kommentar zum GöVerG, C.H. Beck 2009, Art. 15 Rn. 4). Falls die Anvertrauung entgeltlich erfolgt,

muss sie unter Einhaltung der Grundsätze über die Vergaben öffentlicher Aufträge erfolgen (vgl. P. Granecki, Kommentar zum GöVerG, C.H. Beck 2009, Art. 15 Rn. 3). Wird für die Vorbereitung und/oder die Durchführung eines Vergabeverfahrens kein Entgelt gefordert, darf die Anvertraung ohne die Einhaltung der o. g. Grundsätze (z.B. im Wege einer zwischen den Aufgabenträgern abgeschlossenen Verwaltungsvereinbarung) geschehen. Der Wortlaut des Art. 15 Abs. 2 GöVerG schließt die ausländischen Stellen, insbesondere ausländische Aufgabenträger, von der Möglichkeit der Anvertraung nicht aus.

bb) Verfahren B - Konzessionsvergabe

Der Vertrag über die Erbringung von Beförderungsdienstleistungen kann zwischen einem Organisator des öffentlichen Personenverkehrs und einem Betreiber als Konzessionsvertrag nach dem Gesetz über Konzessionen für Bauarbeiten oder Dienstleistungen vom 9. Januar 2009 (Amtsblatt der Republik Polen Nr. 19, Pos. 101), im nachfolgenden KBDG genannt, abgeschlossen werden. Nach Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 KBDG ist die Erbringung von Beförderungsdienstleistungen auf der Grundlage eines Konzessionsvertrages möglich.

Eine Dienstleistungskonzession liegt nach Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 KBDG vor, wenn der Konzessionsnehmer sich gegenüber dem Konzessionsgeber verpflichtet, bestimmte Leistungen auszuführen, und er statt einer Vergütung, das ausschließliche Recht zur Erbringung der Dienstleistungen, oder dieses Recht und eine zusätzliche Zahlung des Konzessionsgebers erhält. Der Konzessionsnehmer finanziert die Leistung dabei vollständig oder überwiegend durch Zahlungen der Nutzer der Leistung.

Die Definition deckt sich mit Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG. Danach sind Dienstleistungskonzession Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Die Konzessionsvergabe an Träger außerhalb des öffentlichen Sektors bietet die Möglichkeit, eine öffentliche Aufgabe aus der Verwaltung oder Selbstverwaltung auszugliedern. Ziel ist es dabei, die Strukturen der öffentlichen Verwaltung und den öffentlichen Haushalt zu entlasten, u. a. indem das wirtschaftlichen Risiko zum größten Teil auf den Konzessionsnehmer übertragen wird. Nach Art. 1 Abs. 3 S. 1 KBDG darf die Zahlung des Konzessionsgebers zugunsten des Konzessionsnehmers nicht dazu führen, dass dem Konzessionsnehmer alle im Zusammenhang mit der Ausübung der Konzession anfallenden Kosten erstattet werden. Nach Art. 1 Abs. 3 S. 2 KBDG trägt der Konzessionsnehmer einen wesentlichen Teil des wirtschaftlichen Risikos der Ausübung der Konzession.

Die Möglichkeit, Beförderungsdienstleistungen als eine Dienstleistungskonzession nach dem KBDG zu vergeben, ist in Art. 19 Abs. 1 Nr. 2 PTZ-Gesetz ausdrücklich vorgesehen. Weder im PTZ-Gesetz noch im TrK-Gesetz sind davon Ausnahmen für den Eisenbahnverkehr, insbesondere den SPNV, vorgesehen.

Darüber hinaus ergibt sich aus den Vorschriften des Abschnitts 6 des PTZ-Gesetzes über die Finanzierung des öffentlichen Personenverkehrs im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, insbesondere aus Art. 50 Abs. 3, Art. 52 Abs. 3 Nr. 1 lit. b PTZ-Gesetz, dass der Verkehrsvertrag als Konzessionsvertrag auch im Wege einer Direktvergabe abgeschlossen werden darf.

Nach Art. 6 KBDG sind für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Prinzipien der Gleichbehandlung der interessierten Träger (Nichtdiskriminierung), der Transparenz und des Wettbewerbs zu beachten. Damit decken sich die Grundsätze mit denen des Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007.

cc) Verfahren C - Direktvergabe

Das PTZ-Gesetz führt die Möglichkeit ein, den Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs direkt abzuschließen, ohne die im GöVerG oder im KBDG bestimmten Verfahren einzuhalten. Die Fälle, in denen die Direktvergabe möglich ist, ergeben sich aus Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der VO (EG) Nr. 1370/2007 in Verbindung mit Art. 22 PTZ-Gesetz.

Nach Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 PTZ-Gesetz kann der Organisator den Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im Eisenbahnverkehr direkt abschließen.

In Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 haben die Verträge eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, soweit nicht der Art. 4 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 Anwendung findet (Art. 22 Abs. 7 PTZ-Gesetz i.V.m. Art. 5 Abs. 6 Satz 2 in fine VO (EG) Nr. 1370/2007).

Direkt vergebene Verkehrsverträge können wiederum im Wege der Direktvergabe verlängert werden.

c) Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der polnischen Gebietskörperschaften – verfassungsrechtliche Aspekte

Gemäß Art. 172 Abs. 2 der Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997 sind die territorialen Selbstverwaltungseinheiten (Gemeinde, Kreis, Wojewodschaft) berechtigt, internationalen Vereinigungen von lokalen und regionalen Gemeinschaften beizutreten sowie mit lokalen und regionalen Gemeinschaften anderer Länder zusammenzuarbeiten. Gemäß Art. 172 Abs. 3 der Verfassung der Republik Polen werden die Prinzipien, unter denen die territorialen Selbstverwaltungseinheiten die oben genannten Rechte wahrnehmen können, durch das Gesetz bestimmt. Die Vorschrift des Art. 172 der Verfassung entspricht dem Inhalt des Art. 10 Abs. 2 und 3 der von der Republik Polen ratifizierten Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung wie auch dem Europäischen Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Gebietskörperschaften (Gemeinschaften und territorialen Regierungsorganen) vom 21. Mai 1980, das in Madrid getroffen wurde.

Die Prinzipien, unter denen die territorialen Selbstverwaltungseinheiten die Berechtigung zum Beitritt zu den internationalen Vereinigungen von lokalen und regionalen Gemeinschaften in Anspruch nehmen können, regelt das Gesetz vom 15. September 2000 über die Beitrittsprinzipien der territorialen Selbstverwaltungseinheiten zu internationalen Vereinigungen von lokalen und regionalen Gemeinschaften (Amtsblatt Nr. 91, Pos. 1009 mit Änderung). Kraft des vorgenannten Gesetzes können die territorialen Selbstverwaltungseinheiten im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zu Organisationen, Zusammenschlüssen und Vereinigungen beitreten, die von lokalen Gemeinschaften aus mindestens zwei Staaten gegründet werden. Die Fragen des Beitritts zu internationalen Vereinigungen von lokalen und regionalen Gemeinschaften werden im Nachfolgenden nicht näher behandelt, weil sie über den Gegenstand des Gutachtens hinausgehen.

Bezüglich der Prinzipien der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, die auf andere Art und Weise als infolge des Beitritts zu den internationalen lokalen und regionalen Gemeinschaften stattfindet, wurde kein separates Gesetz erlassen. Maßgebend in diesen Fragen sind also die Gesetze zur Bestimmung der Verfassung und der Handlungsgrundsätze der territorialen Selbstverwaltungseinheiten in Polen, und zwar:

- das Gesetz vom 8. März 1990 über die Selbstverwaltung der Gemeinde (im nachfolgenden USG-Gesetz genannt)
- das Gesetz vom 5. Juni 1998 über die Selbstverwaltung des Kreises (im nachfolgenden USP-Gesetz genannt)
- das Gesetz vom 5. Juni 1998 über die Selbstverwaltung der Wojewodschaft (im nachfolgenden USW-Gesetz genannt)

Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit kann von allen territorialen Selbstverwaltungseinheiten betrieben werden, also auch von Gemeinden und Kreisen. Zwar enthalten die einschlägigen Rechtsgrundlagen des USG- und des USP-Gesetzes keine Regelungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit außerhalb von internationalen Gemeinschaften. Diese Gesetze bestätigen lediglich allgemein die Berechtigung dieser Einheiten zum Beitritt zu internationalen Vereinigungen von lokalen und regionalen Gemeinschaften und verweisen diesbezüglich auf die Vorschriften des Gesetzes vom 15. September 2000 über die Beitrittsprinzipien der territorialen Selbstverwaltungseinheiten zu internationalen Vereinigungen von lokalen und regionalen Gemeinschaften (Art. 84a USG-Gesetz und Art. 75a USP-Gesetz).

Trotz Art. 172 Abs. 3 der Verfassung weisen die vorstehend genannten Gesetze keine Regelungen für die Zusammenarbeit außerhalb von internationalen Vereinigungen auf. Das Recht zu einer solchen Zusammenarbeit ergibt sich aber für alle territorialen Selbstverwaltungseinheiten aus Art. 172 der Verfassung.

Regelungen zur Zusammenarbeit der Wojewodschaften mit lokalen und regionalen Gemeinschaften anderer Länder außerhalb von internationalen Vereinigungen enthalten Art. 75-77 USW-Gesetz unter dem Titel „Auslandszusammenarbeit“. Nach Art. 77 Abs. 1 USW-Gesetz bedürfen allerdings „Prioritäten der Wojewodschaft in der Auslandszusammenarbeit“ und auslandsbezogene Initiativen

der Wojewodschaft, insbesondere Entwürfe von Verträgen über die regionale Zusammenarbeit der Genehmigung des Außenministers. Eine auslandsbezogene Initiative der Wojewodschaft liegt dabei in jeder Handlung, die auf die Aufnahme von Beziehungen mit ausländischen Trägern gerichtet ist. (Szewc Andrzej, Kommentar zu Art. 75, Art. 76, Art. 77 USW-Gesetzes) (in) A. Szewc, Ustawa o samorządzie województwa, Komentarz (Gesetz über die Selbstverwaltung der Wojewodschaft, Kommentar), ABC 2008 mit dem Verweis auf K. Jóskowiak, Współpraca transgraniczna i międzyregionalna Polski u progu członkostwa Unii Europejskiej, Sam. Teryt. 2003, Nr 5 (Grenzüberschreitende und zwischenregionale Zusammenarbeit Polens am Vortag der Mitgliedschaft in der Europäischen Union, Terr. Selbstverw. 2003, Nr. 5), auch Kommentar zum Art. 77 Abs. 1 des Gesetzes über die Selbstverwaltung der Wojewodschaft, Herausgeber Paweł Chmielnicki, LexisNexis).

Daraus folgt, dass eine internationale Initiative der Wojewodschaft im öffentlichen grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr der Genehmigung des Außenministers bedarf. Eine internationale Initiative ist nicht bereits die bloße Planung und Organisation des grenzüberschreitenden Verkehrs, sondern erst die Aufnahme der Zusammenarbeit mit dem ausländischen Träger.

Die Aufnahme und Führung der Auslandszusammenarbeit erfolgt im Rahmen der „Prioritäten der Wojewodschaft in der Auslandszusammenarbeit“, einem Beschluss, der vom Sejmik der Wojewodschaft (beschließendes Organ) mit absoluter Mehrheit der Stimmen der gesetzlichen Anzahl seiner Mitglieder mit Genehmigung des Außenministers verabschiedet wird (Art. 77 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 75 USW-Gesetz). Gemäß Art. 75 USW-Gesetz bestimmen „die Prioritäten der Auslandszusammenarbeit der Wojewodschaft“ Folgendes:

- 1) grundlegende Ziele der Auslandszusammenarbeit,
- 2) geographische Prioritäten der zukünftigen Zusammenarbeit,
- 3) Vorhaben hinsichtlich des Beitritts zu internationalen Regionen-Vereinigungen.

Nach Art. 76 des USW-Gesetzes beachtet die Wojewodschaft bei der Zusammenarbeit mit regionalen Gemeinschaften anderer Länder zusätzlich das nationale polnische Recht, die polnische Auslandspolitik sowie die internationalen Verpflichtungen Polens und überschreitet dabei nicht den eigenen Kompetenzbereich. In der Literatur wird hervorgehoben, dass auch die sonstige Auslandszusammenarbeit der Wojewodschaft trotz des auf die Zusammenarbeit mit regionalen Gemeinschaften beschränkten Wortlauts vom Art. 76 USW-Gesetz mit diesen Kriterien übereinstimmen soll. Nach Art. 18 Punkt 14 USW-Gesetz beschließt das Sejmik der Wojewodschaft über die Beteiligung an internationalen Regionen-Vereinigungen und an anderen Formen der regionalen Zusammenarbeit. Jede Form der Auslandszusammenarbeit auf regionaler Ebene bedarf also eines vorherigen Beschlusses durch das Sejmik der Wojewodschaft. Die Umsetzung der Zusammenarbeit mit Strukturen der regionalen Selbstverwaltung in anderen Ländern liegt dagegen im Kompetenzbereich des vollziehenden Organ der Selbstverwaltung der Wojewodschaft, also des Vorstandes, Art. 41 Abs. 1 Punkt 5 USW-Gesetz.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Genehmigung des Ministers keinen Anerkennungscharakter hat. Der Außenminister ist verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen, wenn

die von der Wojewodschaft geplante Zusammenarbeit den in Art. 76 des USW-Gesetzes bestimmten Bedingungen entspricht, d.h. wenn sie sich in den Grenzen der Aufgaben und Kompetenzen der Wojewodschaft hält und sowohl mit dem nationalen Recht als auch mit der Außenpolitik und mit internationalen Verpflichtungen des Staates in Übereinstimmung steht (S. Czarnow, Współpraca zagraniczna województw (Auslandszusammenarbeit der Wojewodschaften), Państwo i Prawo, Heft Nr. 11 von 2000, S. 63; Kommentar zum Art. 77 Abs. 1 des Gesetzes über die Selbstverwaltung der Wojewodschaft, Herausgeber Paweł Chmielnicki, LexisNexis).

Rechtsprechung liegt zu dieser Frage noch nicht vor.

VI. Besonderheiten der bisherigen polnischen Vergabepaxis

1. SPNV-Vergaben in den westlichen Wojewodschaften Polens

Die Frage, wie der SPNV in Polen zu organisieren ist, wird durch das TrK-Gesetz reguliert. Die Gesetzesvorschriften verpflichten die Selbstverwaltung der Wojewodschaft sowie das EVU, das zur Ausführung der öffentlichen Dienstleistungen bestimmt wurde, zum Abschluss eines Rahmenvertrages für mindestens drei Jahre. Das Gesetz sieht ebenfalls vor, dass die endgültige Finanzmittelhöhe durch einen jeweiligen Haushaltsbeschluss festgelegt wird. In diesem Zusammenhang hat der Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien im September 2007 die maximalen Beträge, die für das oben benannte Ziel in den Jahren 2008-2010 bestimmt werden können², festgelegt. Auf dieser Grundlage wurden in den Haushalten der Folgejahre der Wojewodschaft Niederschlesien entsprechende Finanzmittel für die SPNV-Finanzierung (weitere Einzelheiten dazu enthält der Punkt VIII.2.a)bb)) festgeschrieben. Die festgeschriebenen Mittel waren jedoch in der Regel zur Abdeckung des vom EVU vorgestellten Defizits des geplanten Beförderungsangebotes nicht ausreichend. Deshalb kam es immer wieder zu Nachverhandlungen, die mehrere Monate andauerten und infolge derer nur Jahresverträge abgeschlossen wurden. Die Anforderung des TrK-Gesetzes, nach der Jahresverträge nicht später als einen Monat vor dem Inkrafttreten des Fahrplanes (d.h. um den 10. November des Vorjahres) abzuschließen sind, ist dabei kein einziges Mal erfüllt worden. Beiläufig sei erwähnt, dass dies eine in ganz Polen anzutreffende Situation darstellt.

Dieser Sachverhalt hat regelmäßig dazu geführt, dass zu Beginn eines jeden Jahres das EVU die Leistungen ohne eine vertragliche Grundlage erbracht hat. Auch ist eine wörtliche Anwendung des TrK-Gesetzes nicht möglich: Wenn sich nämlich ein EVU entschlossen hätte, bis zur Vertragsunterzeichnung keine Leistungen zu erbringen, wäre es wahrscheinlich zu starken gesellschaftlichen Spannungen oder sogar Unruhen gekommen. Dies wäre allerdings für beide Seiten schädlich gewesen, also sowohl für das EVU als auch für den Aufgabenträger (d.h. die Selbstverwaltung der Wojewodschaft).

In der polnischen Praxis kam es durchaus vor, dass beide Seiten zunächst eine vorläufige Vereinbarung (für einige Monate) unterzeichnet haben. In diesen Vereinbarungen wurden im Wesentlichen zwei wichtige Aspekte geregelt: die Notwendigkeit der Kontinuität der Beförderungsleistungen (öffentliche Dienstleistungen) und die Durchführung von Verhandlungen durch beide Seiten zum Abschluss eines Jahresvertrag. Diese „Provisorien“ erlaubten einerseits, den Verkehr aufrecht zu erhalten, worauf der Aufgabenträger großen Wert legte, und andererseits konnte

² *Der Beschluss des Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien Nr. XV/174/07 vom 27. September 2007 zur Bevollmächtigung des Vorstandes der Woj. Niederschlesien zur Aufnahme einer Verpflichtungsermächtigung, die aus der Durchführung der Pflichtaufgabe zur Organisation und Bezuschussung des SPNV in den Jahren 2008-2010 besteht.* Der Beschluss hat einen Betrag von 50 Mio. PLN für das Jahr 2008 und für die Jahre 2009-2010 jeweils einen Betrag in Höhe von 42 Mio. PLN vorgesehen.

das EVU eine Abschlagszahlung für seine erbrachten Leistungen erhalten, was wiederum für das EVU im Hinblick auf seine Liquidität wichtig war.

Obwohl die beschriebenen Probleme zu einem eher desorganisierten Verkehrsmarkt führen, ist festzustellen, dass das Jahr 2011 hinsichtlich der Termine zur Unterzeichnung von Jahresverträgen schon bedeutend besser als das Vorjahr gewesen ist. In Niederschlesien wurde mit „Przewozy Regionalne sp. z o.o.“ am 28.02.2011 ein Jahresvertrag geschlossen; andere Wojewodschaften haben das noch früher geschafft.

Gleichwohl das Marschallamt Niederschlesien im Mai 2011 öffentlich angekündigt hatte, künftig die SPNV-Leistungen auszuschreiben, ist eine Ausschreibung bisher (Stand Mitte November 2011) noch nicht veröffentlicht worden. Einzelheiten zum Verfahren bzw. der Vergabe sind somit erst nach der Veröffentlichung der SPNV-Ausschreibung in Erfahrung zu bringen.

2. *Grenzüberschreitender Eisenbahnverkehr und SPNV*

Vor dem Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes war das MI Aufgabenträger für den grenzüberschreitenden Eisenbahnpersonenverkehr. Bis zum Jahr 2009 wurden die internationalen Verbindungen der höchsten Kategorie (d. h. in den Kategorien EuroCity und EuroNight) von der PKP IC und die internationalen sowie Schnellverbindungen von der PKP PR betrieben (ganz unabhängig von der Streckenlänge). Nach der sogenannten Regionalisierung der PKP PR/Przewozy Regionalne hat sich die Situation geändert und alle internationalen Fernverbindungen (sowohl EC, EN als auch Schnellverbindungen) wurden der PKP IC übertragen. Der PR wurden lediglich die „kurzen“ regionalen Verbindungen mit den Nachbarländern belassen. Allerdings gab es auch dabei einige Ausnahmen: z. B. wird der Zug Dresden – Wrocław bereits seit der Inbetriebnahme im März 2009 von PR betrieben. Hervorzuheben bleibt, dass die beschriebenen Umwandlungen von Ausschreibungsverfahren nicht betroffen waren – das MI hat nach eigenem Ermessen diese Verschiebungen durchgeführt und die Unterzeichnung der Verträge erfolgte aufgrund einer Verwaltungsentscheidung.

Aufgrund geringer Finanzmittel hat der Staatshaushalt grundsätzlich die Bezuschussung von neuen Verbindungen im Fahrplan 2011 abgelehnt und es blieb bei den Verbindungen, die bereits im Fahrplan 2010 enthalten waren. Selbst dann, wenn die Selbstverwaltung neue bzw. längere Verbindungen betreiben wollte, wurden zwei separate Bestellungen durchgeführt: eine für den Regionalzug, der von der Wojewodschaft bezuschusst wurde, und eine zweite Bestellung für den Grenzzug. Diese Situation wird an folgendem konkreten Beispiel erläutert:

Im Fahrplan 2010 gab es einen Zug auf der Relation Międzyzylesie (Polen) – Lichkov (Tschechien) (bezuschusst vom MI). Im Fahrplan 2011 plante die Selbstverwaltung der Wojewodschaft, einen durchgehenden Zug in der Relation Kłodzko (Polen) – Lichkov (Tschechien) in Betrieb zu nehmen. Im Zusammenhang damit wurden bei dem Infrastrukturverwalter (PKP PLK) zwei gesonderte Bestellungen eingereicht. Die erste Bestellung betraf den Streckenabschnitt Kłodzko – Międzyzylesie (Regionalzug), die zweite den Streckenabschnitt Międzyzylesie – Lichkov (grenzüberschreitender Zug).

Der Zug, der eigentlich eine durchgehende Verbindung darstellt, wird mit zwei gesonderten Nummern betrieben (eine andere Zugnummernzuordnung erfolgt am Grenzbahnhof in Międzylesie).

Im Fahrplan 2011 betrifft die o. g. Praxis alle Züge, die von Polen in die Tschechische Republik und umgekehrt fahren. Für die Züge in der Relation Jelenia Góra (Polen) – Kořenov (Tschechien) wird die Nummer in Szklarska Poręba Górna (Polen) geändert, für die Verbindungen Wrocław/Jelenia Góra (Polen) – Trutnov (Tschechien) erfolgt die Zugnummernänderung in Sędziszów (Polen), und für die Züge von Kłodzko (Polen) in Richtung Lichkov und Ústí nad Orlicí (Tschechien) – in Międzylesie (Polen). Es ist dabei anzumerken, dass die beschriebene Praxis nur einen technischen Charakter und keinerlei Einfluss auf die Abfertigung der Fahrgäste hat.

Anders verhält es sich bei der Wrocław-Dresden-Verbindung. Dieser Zug wurde bei Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes noch in der Gesamtheit vom MI finanziert, er wird also aufgrund einer einheitlichen Bestellung betrieben (keine Zugnummernänderung).

Aus den gegenwärtig veröffentlichten Informationen geht hervor, dass das MI ab dem Fahrplan RJ 2012 grundsätzlich keine grenzüberschreitenden Verbindungen mehr bezuschussen wird. Somit dürften dann solche Fälle einer Zugteilung durch zwei gesonderte Bestellungen bei der PKP PLK nicht mehr vorkommen.

VII. Auswirkungen des geänderten polnischen Rechtsrahmens

1. *Interessenkonflikt durch Beteiligung der Wojewodschaften an EVU?*

Gemäß den geltenden Vorschriften sind die Selbstverwaltungen der Wojewodschaften die Organisatoren/Aufgabenträger des SPNV im oben unter V.3.a) beschriebenen Rahmen des grenzüberschreitenden Eisenbahnpersonenverkehrs. Zugleich sind sie jedoch auch Eigentümer von Eisenbahnverkehrsunternehmen. Alle 16 Selbstverwaltungen der Wojewodschaften haben Geschäftsanteile am größten polnischen EVU, der „Przewozy Regionalne sp. z o.o.“. Darüber hinaus gibt es in einigen Wojewodschaften kleinere EVU, deren Alleineigentümer (100% der Anteile) die Selbstverwaltung der jeweiligen Wojewodschaft ist. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Selbstverwaltung der Wojewodschaft besitzt Anteile an der Gesellschaft „Przewozy Regionalne“ und hat ein eigenes EVU gegründet – das betrifft die Wojewodschaften Niederschlesien, Großpolen und Schlesien (hier führen die EVU bereits SPNV-Verkehre durch, aber ebenfalls die „Przewozy Regionalne“);
2. die Selbstverwaltung der Wojewodschaft hat ein eigenes EVU gegründet, besitzt Anteile an der Gesellschaft „Przewozy Regionalne“, hat allerdings keinen Verkehrsvertrag mit der „Przewozy Regionalne“ – das betrifft die Wojewodschaft Mazowieckie (das eigene EVU führt ausschließlich die Beförderung durch);
3. die Selbstverwaltung der Wojewodschaft besitzt Anteile an der Gesellschaft „Przewozy Regionalne“ und hat kein EVU gegründet – dies betrifft die übrigen zwölf Wojewodschaften.

Wie aus einschlägigen Pressemitteilungen hervorgeht, haben die Selbstverwaltungen, die eigene EVU gegründet haben, dies aus einer gewissen Unzufriedenheit gegenüber der PR getan. Dies hatte verschiedene Gründe. Der wichtigste Aspekt scheint dabei die schwierige finanzielle Lage der PR zu sein, die recht häufig zu Situationen führte, die eine PR-Betriebsunterbrechung befürchten ließen (z. B. im Jahre 2010: Anträge der Gerichtsvollzieher zur Pfändung der PR-Bankkonten sowie Regierungspläne zur Schaffung von rechtlichen Möglichkeiten einer Insolvenzeröffnung gegenüber den EVU³). Die Gründung eines eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmens wäre dann zur Gewährung einer Kontinuität der Beförderung erforderlich, falls gegenüber der PR ein Insolvenzverfahren eröffnet und ihr die Lizenz zur Personenbeförderung entzogen werden würde.

³ Im Oktober 2010 hat die Regierung den Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes über die Kommerzialisierung, Restrukturierung und Privatisierung des Staatsbetriebes „Polskie Koleje Państwowe“, des Insolvenzgesetzes sowie des Gesetzes über den Eisenbahnverkehr gebilligt. Der Gesetzentwurf setzte die Einbeziehung der Eisenbahngesellschaften (PKP Cargo, PKP Intercity, Przewozy Regionalne) in die Vorschriften des Insolvenzrechtes voraus, d. h. es wäre möglich, gegen diese Gesellschaften ein Insolvenzverfahren zu eröffnen (gegenwärtig ist das praktisch unmöglich). Diese Änderung wurde jedoch nicht bewilligt und befindet sich gegenwärtig noch in den Sejm-Unterkommissionen.

Darüber hinaus waren die Selbstverwaltungen durchaus überzeugt, dass ein wojewodschaftseigenes Eisenbahnverkehrsunternehmen im Stande sei, die Beförderungsleistung billiger und mit höherer Qualität zu gewährleisten, als dies bei der PR der Fall ist. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang ebenfalls, dass die Aufsicht der Wojewodschaft bei einer ihr gehörenden Gesellschaft sehr hoch ist (100%), die es gestattet, beliebig auf die Geschäftspolitik des EVU Einfluss zu nehmen. Dagegen gestatten lediglich einige Anteilseignerprozente an der PR⁴ keine selbständigen Entscheidungen. Bedeutsam erscheint ebenfalls, dass das eigene EVU mit der Beförderung im Wege der In-House-Vergabe beauftragt werden kann und kein Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden muss.

Gegenwärtig wird eine vollständige Beförderungstätigkeit nur von vier wojewodschaftseigenen Gesellschaften ausgeübt: der Koleje Mazowieckie (KM), Koleje Dolnośląskie (KD), Koleje Wielkopolskie (KW) und Koleje Śląskie (KS). Letztgenanntes EVU hat die Beförderungstätigkeit erst zum 01.10.2011 aufgenommen. Angesichts der Spezifik der Wojewodschaft Mazowieckie, wo der gesamte SPNV der Wojewodschaft von der Gesellschaft KM übernommen wurde, wird dieser Fall hier nicht eingehender erörtert. Bei KS werden Beförderungsleistungen auf elektrifizierten Trassen im Ballungsraum Katowice (Gliwice – Katowice – Częstochowa, Tychy – Katowice – Sosnowiec, ausserdem Gliwice – Bytom) erbracht. In den beiden übrigen Wojewodschaften (Niederschlesien und Großpolen) dagegen lassen sowohl die tatsächliche Situation als auch Aussagen der Selbstverwaltungen den Schluss zu, dass die eigene EVU-Gesellschaft zunächst vor allem die nicht elektrifizierten Strecken betreiben wird. Dies resultiert daraus, dass die Wojewodschaften zunehmend eigene dieselbetriebene Triebfahrzeuge angeschafft haben. Dieses Eigentum möchten sie demzufolge auch dem eigenen EVU zum Betrieb überlassen, was durchaus nachvollziehbar erscheint. Beide EVU, also KD und KW, planen – wobei über den Zeitpunkt bisher noch keine Angaben gemacht wurden – ebenfalls auf elektrifizierten Strecken den Betrieb künftig durchzuführen.

Formell betrachtet ist die gegenwärtige Situation für die Entwicklung des Wettbewerbs im SPNV und im grenzüberschreitenden Eisenbahnpersonenverkehr nicht förderlich. Die Wojewodschaft ist Organisator/Aufgabenträger und – durch das wojewodschaftseigene EVU – zugleich auch Erbringer von Personenbeförderungsleistungen. Es besteht also durchaus die Gefahr, dass die Vergaben von SPNV-Leistungen im Ergebnis einer Entscheidung und nicht eines Ausschreibungsverfahrens erfolgen werden und es somit zu einer nichteffizienten Ausgabe von öffentlichen Mitteln kommt. Dennoch bestätigt die bisherige Praxis ein solches „schwarzes“ Szenario nicht unbedingt: In der Wojewodschaft Kujawsko-Pomorskie wurde Ende 2010 eine Ausschreibung für nichtelektrifizierte Strecken durchgeführt, in dessen Ergebnis eine unabhängige Gesellschaft (Abschluss eines 10-Jahresvertrages mit Arriva) gewonnen hat. Die Wojewodschaft Niederschlesien wiederum hat Anfang 2011 die Durchführung von Ausschreibungen angekündigt, die auch ausländischen EVU und kleineren, inländischen EVU die Teilnahme ermöglichen werden. Dies wird durch eine Aufteilung der Beförderungsleistungen in kleinere Pakete möglich sein.

⁴ Gemäß der Verordnung des Ministerrates vom 27. November 2008 wurden folgende Anteile den jeweiligen Wojewodschaften übertragen: Niederschlesien 7,3%, Kujawien-Pommern 5,8%, Lubelskie 5,5%, Lebuser Land 3,6%, Łódzkie 5,7%, Kleinpolen 6,4%, Mazowieckie 13,5%, Opolskie 3,4%, Podkarpackie 4,9%, Podlaskie 3,8%, Pommern 7,1%, Schlesien 9,2%, Świętokrzyskie 3,0%, Masuren-Ermland 5,3%, Großpolen 9,7%, Westpommern 5,8%.

Der am 14. September 2011 vom Infrastrukturminister einberufene „Eisenbahngipfel“ in Warschau, an dem Vertreter der Zentralregierung, der Wojewodschaften, der Eisenbahnverkehrs- und Infrastrukturunternehmen sowie der Gewerkschaften teilgenommen hatten, hat sich ebenfalls mit der Frage der künftigen Gestaltung des Eisenbahnpersonenverkehrs in Polen (u. a. Zukunft der PR bzw. der selbstverwaltungseigenen EVU) befasst. Es wurde die Bildung von zwei Arbeitsgruppen beschlossen, deren Ergebnisse im November 2011 vorliegen sollten.

Die Probleme der Verwaltung der Gesellschaft „Przewozy Regionalne“ mit ihren 16 Eigentümern und der offensichtliche Interessenskonflikt zwischen der „Przewozy Regionalne“ und den kleineren EVU, die in direkter Konkurrenz zur „Przewozy Regionalne“ ihre SPNV-Leistungen erbringen, waren u. a. Gegenstand der Erörterung während des Ende Oktober 2011 in Olsztyn stattgefundenen „Konvents der Marschälle“. Die Marschälle stimmten während des Konvents grundsätzlich dahingehend überein, die Gesellschaft „Przewozy Regionalne“ aufzuteilen: es wurde daher von den Marschällen eine Sonderarbeitsgruppe berufen, die bis Anfang 2013 eine Konzeption zur Umgestaltung bzw. Neugliederung der „Przewozy Regionalne“ erarbeiten soll.

Einer aktuellen niederschlesischen Pressemitteilung von Anfang November 2011 wiederum war zu entnehmen, dass sich der Vizemarschall Niederschlesiens für die Variante „Übernahme der Anteile des Niederschlesischen Betriebes der „Przewozy Regionalne“ durch die Wojewodschaft Niederschlesien“ ausgesprochen hat. Ob diese Variante letztendlich auch tatsächlich zum Tragen kommt, ist noch völlig offen.

2. Auswirkungen des PTZ-Gesetzes auf die Organisation, Planung und Vergabe des grenzüberschreitenden SPNV

Das PTZ-Gesetz hat die Rechtslage für die Organisation und Planung des grenzüberschreitenden SPNV verändert. Wie oben unter V.3.a) dargestellt, ist die Zuständigkeit für den Eisenbahnverkehr zum Teil auf untere Verwaltungsebenen verschoben worden. Der bislang einzige Aufgabenträger die Polnische Republik, vertreten durch den Verkehrsminister, hat insoweit sein Monopol verloren.

Zu den Auswirkungen dieser Zuständigkeitsverlagerung und der unter V.3.b) dargestellten erweiterten Möglichkeiten der Vergabe liegen noch keine Erfahrungen vor.

VIII. Finanzierung grenzüberschreitender Verkehrsleistungen des SPNV

1. Deutsche Finanzierung

a) Grundlage RegG, Ausgestaltung der Finanzierung nach Landesrecht

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Finanzierung des ÖPNV (vgl. insbesondere Art. 87e Abs. 4 und 106a GG, siehe oben unter V.2.a)) konkretisiert das Regionalisierungsgesetz (RegG). Im Gleichklang mit der Aufgabenzuweisung für den ÖPNV sind die Bundesländer danach grundsätzlich auch für die Finanzierung des ÖPNV verantwortlich, vgl. § 3 RegG. Allerdings stehen ihnen dafür Gelder aus dem Mineralölsteueraufkommen des Bundes zu, § 5 Abs. 1 RegG. Jedem Bundesland ist ein bestimmter Betrag zugewiesen, der ab 2009 jährlich um 1,5% steigt, § 5 Abs. 2 und 3 RegG. Diese Beträge sind insbesondere für die Finanzierung des SPNV zu verwenden, § 6 Abs. 1 RegG. Sie bilden zusammen mit den Fahrgasteinnahmen die wesentlichen Säulen der SPNV-Finanzierung (Positionspapier der BAGSPNV vom 17.06.2010, Die Finanzierung des SPNV sichern – nachhaltige Mobilität ermöglichen, Nr. 1.2).

Neben diese bundesrechtlichen Vorgaben treten die landesrechtlichen Bestimmungen der jeweiligen Bundesländer zur Finanzierung des ÖPNV. Beispielhaft wird im Folgenden die Rechtslage in Sachsen dargestellt: Nach § 7 Abs. 1 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr im Freistaat Sachsen (SächsÖPNVG) soll der öffentliche Personennahverkehr seine Aufwendungen soweit wie möglich selbst erwirtschaften. Im Übrigen sichern die Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs seine finanziellen Grundlagen unter Berücksichtigung der Finanzierungsleistungen des Bundes und des Freistaates ab. Nähere Angaben zur finanziellen Förderung des ÖPNV durch Bundes- und Landesmittel ergeben sich aus § 7 Abs. 2 SächsÖPNVG sowie der diese Bestimmung konkretisierenden Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs (SächsÖPNVFinVO). Nach § 1 Abs. 1 SächsÖPNVFinVO erhalten die für den SPNV zuständigen Zweckverbände, vgl. § 4 SächsÖPNVG, einen bestimmten Betrag der Bundesmittel im Sinne von § 5 RegG. Diese finanziellen Mittel sind nach § 1 Abs. 5 SächsÖPNVFinVO zu verwenden zur Finanzierung von Verkehrsleistungen insbesondere des SPNV, zur Abdeckung verbundbedingter Aufwendungen bei Verkehrskooperationen, zur Fortschreibung von Nahverkehrsplänen gemäß § 5 SächsÖPNVG und für Beteiligungen an Investitionen im ÖPNV. Hinsichtlich des Verwendungszwecks ist zu berücksichtigen, dass die Aufgabenträger bei der Planung, Organisation und Ausgestaltung des ÖPNV zusammen arbeiten, sich miteinander abstimmen und dabei auch für den die Staatsgrenze überschreitenden ÖPNV auf einen Interessenausgleich hinzuwirken haben, § 2 Abs. 2 SächsÖPNVG. Die zweckentsprechende Verwendung der finanziellen Mittel ist nachzuweisen, § 3 Abs. 1 SächsÖPNVFinVO. Wird der Nachweis nicht erbracht, sind die Mittel zurück zu erstatten, § 3 Abs. 2 Satz 1 SächsÖPNVFinVO.

Neben den genannten Vorschriften können auf Grundlage der Richtlinie des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit über die Gewährung von Fördermitteln im öffentlichen Personennahverkehr (RL-ÖPNV) Fördermittel gewährt werden insbesondere für den Bau oder Ausbau der eisenbahntechnisch und -technologisch erforderlichen Infrastruktur sowie den grundhaften

Ausbau von SPNV-Strecken (Oberbau, Unterbau, Ingenieurbauwerke, Betriebsstellen, Sicherungstechnik), den Bau oder Ausbau von Verkehrsstationen und Bahnhöfen, den Bau oder Ausbau von Betriebshöfen und Werkstätten für Fahrzeuge des SPNV, die Beschaffung von Fahrzeugen für den SPNV, Nr. 2.3 RL-ÖPNV.

b) Finanzierung der Infrastrukturnutzung

Die Finanzierung der Infrastrukturnutzung im SPNV erfolgt in Deutschland im Ergebnis regelmäßig durch die Aufgabenträger. Sie übernehmen bei einer solchen Ausgestaltung die aus dem Vertrag des EVU mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) resultierenden Kosten des EVU nach Maßgabe ihres jeweiligen Verkehrsvertrages mit dem EVU.

Verpflichtet zur Zahlung eines Entgeltes für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur gegenüber dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind die EVU selbst, da sie die Vertragspartner und Zugangsberechtigten gegenüber dem Infrastrukturunternehmen sind. Nach § 14 Abs. 6 AEG sind Einzelheiten des Zugangs, insbesondere hinsichtlich des Zeitpunktes und der Dauer der Nutzung, sowie das zu entrichtende Entgelt und die sonstigen Nutzungsbedingungen einschließlich die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen zwischen den Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Maßgabe der in Absatz 1 genannten Rechtsverordnung zu vereinbaren. Auf Grund dieser Vorschrift gilt das Prinzip des – durch materielle Maßstäbe und behördliche Eingriffsbefugnisse allerdings stark eingeschränkten – verhandelten Netzzugangs und damit das Primat des Vertrages (Gerstner in Beck'scher AEG Kommentar, 2006, § 14 Rn. 220). Die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts ergibt sich aus dem jeweiligen Infrastrukturnutzungsvertrag und trifft den Vertragspartner des Infrastrukturnutzungsunternehmens, also das EVU.

Die Verkehrsverträge zwischen Auftraggeber und EVU sehen typischerweise vor, dass die Infrastrukturkosten vollständig in den vom Auftraggeber zu zahlenden Zuschuss aufgenommen werden. Zudem wird das EVU verpflichtet, die Anmeldung der gewünschten Trassen und sonstiger Infrastruktur selbst vorzunehmen. Für den Fall, dass die Infrastruktur nicht wie bestellt zur Verfügung gestellt wird, lassen sich die Aufgabenträger etwa das Recht zur Teilnahme an den durchzuführenden Verhandlungen zwischen EVU und EIU einräumen. Im Übrigen bestimmen die Verträge typischerweise, dass bei der Auswahl verschiedener Preissysteme das EVU den für sich jeweils günstigsten Tarif wählt. Preisnachlässe und Kostenteilungen jeglicher Art sind im Rahmen des Möglichen zu nutzen.

c) Finanzierung der Infrastruktur

Die Finanzierung der Infrastruktur des Schienennetzes in Deutschland ist grundsätzlich eine Aufgabe des Bundes. Daneben können die Länder in die Infrastruktur nach Maßgabe ihres Landesrechts investieren (dazu unter VI.1.a; laut dem Positionspapier der BAGSPNV vom 17.06.2010, Die Finanzierung des SPNV sichern – nachhaltige Mobilität ermöglichen, Nr. 2.1.1, investieren die Aufgabenträger etwa 470 Mio. Euro p.a. in die Infrastruktur).

Nach Art. 87e Abs. 4 GG gewährleistet der Bund, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird. Zudem stehen die Eisenbahnen des Bundes in dessen Eigentum, soweit dies den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst, vgl. Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG. Aus diesen Bestimmungen folgt eine Netzverantwortung des Bundes auch für das Nahverkehrsnetz. Der Bund hat also die grundsätzliche Pflicht zur Vorhaltung eines funktionstüchtigen (Nah- und Fernverkehrs-)Netzes (Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 59. Ergänzungslieferung 2010, Art. 87e Rn. 137 und 142, m.w.N.), was dessen Finanzierung einschließt.

Seiner Netzverantwortung nachkommend finanziert der Bund auf Grundlage des Gesetzes über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (BSWAG) Nahverkehrsprojekte. So sollen in den Bedarfsplan insbesondere Schienenverkehrsstrecken des Fern- und Nahverkehrs aufgenommen werden, die dem kombinierten Verkehr Schiene/Straße/Wasserstraße sowie der direkten Verknüpfung von Fernverkehrsstrecken mit internationalen Verkehrsflughäfen dienen, vgl. § 3 BSWAG. Nach § 8 Abs. 2 BSWAG sind von den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln des Bundes 20% in Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes, die dem Schienenpersonennahverkehr dienen, zu verwenden.

Zudem steht den Ländern ab dem 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2013 jährlich ein Betrag von 1.335.500.000 Euro aus dem Haushalt des Bundes zu, § 3 des Gesetzes zur Entflechtung von Gemeinschaftsaufgaben und Finanzhilfen (EntflechtG). Dieser Betrag wird nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 EntflechtG auf die einzelnen Bundesländer verteilt. Die Bundesländer haben die Mittel einzusetzen für Investitionen, die zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse in den Gemeinden erforderlich sind, § 5 Abs. 3 EntflechtG.

Von abnehmender Bedeutung ist die Finanzierung von Eisenbahn-Infrastruktur nach dem Gesetz über Finanzhilfen des Bundes zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse der Gemeinden (GVFG), nach dem der Bau oder Ausbau von nichtbundeseigenen Bahnen gefördert werden kann.

2. *Polnische Finanzierung*

a) *Rechtliche Grundlagen*

Nach Art. 50 Abs. 1 PTZ-Gesetz können Verkehrsunternehmen die Kosten gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen einschließlich eines angemessenen Gewinns decken durch:

- Erhebung von Gebühren durch den Betreiber oder Organisator im Zusammenhang mit der Durchführung der Verkehrsleistung. Zu diesen Gebühren gehören u. a. die Einnahmen aus dem Verkauf von Fahrkarten oder andere Zusatzgebühren, die von Fahrgästen in Fällen erhoben werden, die im Gesetz vom 15. November 1984 – Beförderungsrecht genannt werden (Amtsblatt der Republik Polen vom Jahre 2000, Nr. 50, Pos. 601). Diese Gebühren darf der Betreiber nur erheben, soweit der Verkehrsvertrag es vorsieht.

- Zahlungen öffentlicher Stellen an den Betreiber:

- a) als Bestellerentgelt für gemeinwirtschaftliche Verkehre (Entschädigung nach Art. 50 Abs. 1 Punkt 2 lit. c PTZ-Gesetz). Im Rahmen dieser Entschädigung steht den Betreibern auch ein angemessener Gewinn im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 zu. Dies gilt nicht für Konzessionsverträge nach dem KBDG sowie für direkt vergebene Dienstleistungskonzessionen, bei denen jeweils eine volle Kostendeckung nicht zulässig ist. und/oder

- b) Entschädigung für Einnahmeausfälle durch Beförderung zu gesetzlich bestimmten vergünstigten Tarifen. sowie zu vergünstigten Tarifen, die anders als gesetzlich auf dem Gebiet des Organistors festgelegt wurden.

- Bereitstellung der Transportmittel zur Ausführung der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen durch den Organisator

Die Grundsätze für die Berechnung des angemessenen Gewinns werden vom für die Angelegenheiten der öffentlichen Finanzen zuständigen Minister nach der Absprache mit dem Verkehrsminister im Wege einer Verordnung bestimmt, Art. 52 Abs. 4 PTZ-Gesetz. Bisher ist eine solche Verordnung nicht erlassen worden.

Nach Art. 51 PTZ-Gesetz sind Finanzierungsquellen des gemeinwirtschaftlichen öffentlichen Personenverkehrs:

- eigene Mittel der Gebietskörperschaft, die Organisator ist

- Mittel aus der Staatskasse

- Einnahmen aus dem Verkauf der Fahrkarten, sowie Einnahmen aus Zusatzgebühren, die von Fahrgästen erhoben werden nach dem Gesetz vom 15. November 1984 – Beförderungsrecht

Bei eigenen Mitteln der Gebietskörperschaft handelt es sich nach der Verfassung um alle ihre Einnahmen außer allgemeine Subventionen und zweckgebundene Zuwendungen (Quelle: Gesetz vom 13. November 2003 über die Einnahmen der Selbstverwaltungseinheiten Amtsblatt von 2003, Nr. 203, Pos. 1966). Bei den Mitteln aus der Staatskasse, die direkt an die Betreiber ausgezahlt werden, handelt es sich um:

- Bestellerentgelte für gemeinwirtschaftliche Verkehre (Art. 55 Abs. 1 des PTZ-Gesetzes)
- Bestellerentgelte für internationale Eisenbahnverkehre (Art. 55 Abs. 2 des PTZ-Gesetzes)
- Entschädigung für Einnahmeausfälle durch Beförderung zu gesetzlich bestimmten vergünstigten Tarifen. Für Fahrten im Stadtverkehr werden solche Ausfälle aus der Staatskasse nicht gedeckt (Art. 56 des PTZ-Gesetzes)

b) Auswirkungen der Rechtsänderung

Das Jahr 2011 stellt für die Organisation des SPNV ein besonderes Jahr dar, da am 01.03.2011 das PTZ-Gesetz in Kraft getreten ist. Die heutige Rechtslage lässt sich am besten vor dem Hintergrund der bisherigen Regelungen verstehen. Deshalb erfolgt die Darstellung in zwei Teilen: Der erste Teil stellt die Situation bis zum 28.02.2011 (also bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des PTZ-Gesetzes) dar und der zweite Teil die Situation ab dem 01.03.2011.

aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes

Vor dem Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes erfolgte die Organisation und Bezuschussung der Eisenbahnpersonenverkehre anhand der Vorschriften des TrK-Gesetzes. Gemäß Art. 40 TrK-Gesetz „gehört die Organisation und Bezuschussung des SPNV, der aufgrund von Verträgen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen [...] durchgeführt wird, zu den Eigenaufgaben der Selbstverwaltung der Wojewodschaft“. Der Artikel 40a TrK-Gesetz bestimmte dagegen, dass „die Eisenbahnpersonenverkehre der wojewodschaftsübergreifenden Verbindungen mit Zügen ohne Platzreservierung als öffentliche Dienstleistungen aus dem Staatshaushalt bezuschusst werden“. Darüber hinaus können „aus dem Staatshaushalt als öffentliche Dienstleistungen auch Eisenbahnpersonenverkehre der internationalen Verbindungen auf dem Gebiet der Republik Polen bezuschusst werden“. Dies bedeutete, dass außer den Zügen der Kategorie Ex, IC, EIC (der Gesellschaft „PKP Intercity S.A.“) im Binnenverkehr alle Verkehre im Rahmen eines Vertrages zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen abgedeckt wurden.

Im Laufe der Jahre hatte sich in der Praxis durchgesetzt, dass das MI die wojewodschaftsübergreifenden Schnellzüge im Binnenverkehr (später als TLK bezeichnet) sowie die internationalen Züge (aller Kategorien) organisiert und bezuschusst. Die Selbstverwaltungen der Wojewodschaften hatten hingegen die Regionalzüge im Binnenverkehr und die Regionalzüge in der Kategorie „wojewodschaftübergreifend“ (d.h. Verbindungen, die über drei Wojewodschaften verlaufen, z. B. Leszno – Głogów, Wrocław – Gliwice) finanziert.

Die Finanzmittel für die Bezuschussung der Züge der Selbstverwaltungen stammen ausschließlich aus dem Haushalt der Wojewodschaften. Den Selbstverwaltungen wurden jedoch aus dem Staatshaushalt gewisse Finanzmittel übermittelt, die sozusagen „angewiesen“ wurden, d.h. nur für Ausgaben im Rahmen des Eisenbahnverkehrs im weiteren Sinne genutzt werden dürfen (zweckgebundene Mittel). Grundlage hierfür ist das Gesetz über den Eisenbahnfonds, das im Jahr 2009 um einige Zusätze ergänzt wurde, die den Selbstverwaltungen Mittel zum Erwerb, zur Modernisierung und für Reparaturen der SPNV-Fahrzeuge sicherten. Im Jahr 2009 erhielt jede Wojewodschaft Mittel in Höhe von 12,5 Mio. PLN. Für die Jahre 2010 bis 2015 wurde ein Betrag von 6,25 Mio. PLN jährlich vorgesehen.

bb) Aktuelle Rechtslage - strukturelle Finanzierungslücke

Das Inkrafttreten des PTZ-Gesetzes hat die Situation der Verantwortlichkeit bzw. Zuständigkeit der Zentralregierung und der Selbstverwaltungen für die Organisation der Eisenbahnverkehre wesentlich verändert (s. o. unter V.3.a)). Gegenwärtig ist die Selbstverwaltung der Wojewodschaft der Organisator/Aufgabenträger der Eisenbahnverkehre auf dem Gebiet der Wojewodschaft, die vom Gesetz wie folgt definiert werden:

„Personenbeförderung [...], die in den Verwaltungsgrenzen von mindestens zwei Landkreisen durchgeführt wird und die die Grenze einer Wojewodschaft nicht überschreitet, sowie Beförderung bis zur nächsten Station in der Nachbarwojewodschaft, die das Umsteigen zur Weiterreise oder ein technisches Wenden des Zuges ermöglicht, sowie eine Rückbeförderung“.

Wichtig ist hier die Festlegung des Mindestgebietes (zwei Landkreise), da die Beförderung innerhalb eines Landkreises schon den Personenverkehr des Landkreises darstellt, dessen Aufgabenträger der Landkreis ist (s. o. unter V.3.a). Analog sieht die Situation im Falle einer Gemeinde aus. Eine solche Rechtskonstruktion ist ein absolutes Novum im Eisenbahnverkehr – früher waren weder die Landkreise noch die Gemeinden Aufgabenträger des Eisenbahnverkehrs.

Jedoch ist die o. g. Wahrnehmung der Aufgaben durch die Aufgabenträger (Gemeinde, Landkreis, Wojewodschaft) nicht starr. Die Selbstverwaltungen können, soweit sie sich untereinander verständigen, einander mit der Wahrnehmung von Aufgaben betrauen und so für einen größeren Bereich tätig werden (s. o. unter V.3.c)). Wenn z. B. mehrere Landkreise eine Vereinbarung abschließen, dann unterliegt die Organisation der Eisenbahnverkehre in dem in der Vereinbarung festgelegten Gebiet den Landräten und nicht dem Marschall der Wojewodschaft. Ähnlich können auch die Wojewodschaftsselbstverwaltungen eine Vereinbarung bzgl. der wojewodschaftsübergreifenden Verkehre abschließen und zum Organisator/Aufgabenträger der wojewodschaftsübergreifenden Verkehre werden. Auf einer solchen Grundlage werden die Regionalzüge Wrocław – Gliwice und Wrocław – Poznań weiterhin von den Selbstverwaltungen der Wojewodschaften organisiert und finanziert.

Ähnlich flexibel gestaltet sich das auch in der Gegenrichtung, d. h. eine Selbstverwaltung der höheren Ebene kann die Organisation der Beförderung der Selbstverwaltung einer niedrigeren Ebene übernehmen, z. B. die Selbstverwaltung der Wojewodschaft Niederschlesien wird weiterhin die Verkehre auf der Strecke Węglińiec – Zgorzelec organisieren können, die eigentlich dem Landkreis obliegen. Dies wird durch eine Willenserklärung möglich, die im Verkehrsplan entsprechend festzuschreiben sein wird. Die Verpflichtung zur Erstellung eines solchen Verkehrsplanes ist im PTZ-Gesetz geregelt. Wenn also der von der Wojewodschaft erstellte Verkehrsplan die Züge der Relation Węglińiec – Zgorzelec enthalten wird, so ist anzunehmen, dass der zuständige Organisator/Aufgabenträger für diese Züge der Marschall der Wojewodschaft ist, der diese dann auch finanziert. Bedeutsam ist im PTZ-Gesetz ebenfalls die Verpflichtung, dass die übergeordneten Verkehrspläne zu berücksichtigen sind (s. o. unter V.3.a)cc(1)). D. h., die Wojewodschaft muss in ihrem Verkehrsplan den Verkehrsplan des Infrastrukturministeriums, der Landkreis den der Wojewodschaft, die Gemeinde den des Landkreises berücksichtigen. Die Fristen zur Verabschiedung

des ersten Verkehrsplanes regelt das PTZ-Gesetz: Das MI hat den Verkehrsplan bis zum 01.03.2012 (achtzehn Monate ab dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes), die Selbstverwaltungen der niedrigen Ebene bis zum 01.03.2014 (drei Jahre ab dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes) zu verabschieden.

Das PTZ-Gesetz überträgt auch die Organisation von internationalen Verkehren im sog. Grenzbereich auf die Selbstverwaltungen (s. o. unter V.3.a)bb). Der Grenzbereich wird als ein

„Gebiet von mindestens einer Gemeinde, eines Landkreises oder einer Wojewodschaft, [...] das direkt an der Grenze der Republik Polen gelegen ist, und das Gebiet der entsprechenden Verwaltungseinheit außerhalb der Grenzen der Republik Polen im Territorium des Nachbarstaates“

bezeichnet. Dies bedeutet, dass ab dem 01.03.2011 der Aufgabenträger z. B. der Verbindung Wrocław – Dresden die Selbstverwaltung der Wojewodschaft sein wird und für die Relation Szklarska Poręba Górna – Harrachov die Gemeinde Szklarska Poręba die Aufgabenträgerschaft innehat.

Im Verhältnis zum vorherigen Rechtssystem hat sich die Rolle des MI bei der Organisation der Eisenbahnverkehre verringert. Das MI bleibt zwar weiterhin Organisator/Aufgabenträger für die wojewodschaftsübergreifenden Verbindungen, jedoch im internationalen Verkehr verbleibt bei dem MI lediglich der internationale Fernverkehr (z. B. Warszawa – Prag oder Poznań – Berlin). Im Übrigen berücksichtigt das neue Gesetz das Kriterium einer Platzreservierung nicht mehr. Es kann daher auch ein Zugverkehr mit Platzreservierung gemeinwirtschaftlicher SPNV sein.

Vor dem Hintergrund des ab 01.03.2011 in Kraft getretenen PTZ-Gesetzes, welches den Abschluss von langfristigen Verkehrsverträgen erst nach dem Vorliegen eines Verkehrsplanes ermöglicht, erscheint der Fakt interessant, dass der Infrastrukturminister noch am 25.02.2011 einen 10-Jahresrahmenvertrag mit PKP IC zur Bedienung bzw. Bezuschussung der wojewodschaftsübergreifenden Verkehre abgeschlossen hatte (der Zuschuss in 2011 betrug dabei 240 Mio. PLN). Dieser Umstand wird insbesondere von PR kritisiert, da PR bis zur Verabschiedung von Verkehrsplänen nur mit Verkehrsverträgen mit einer Laufzeit von maximal 3 Jahren rechnen kann.

Die Einführung der neuen Gesetzesvorschriften im laufenden Haushalts- und Fahrplanjahr hat eine gewisse Unsicherheit bzgl. einiger Verbindungen zur Folge. Das MI hat zwar erklärt, dass es bis Ende des Fahrplanes (d. h. bis zum 10.12.2011) die Mehrzahl der Züge im Grenzbereich finanzieren wird, dennoch hat das MI die jeweiligen Grenzwojewodschaften aufgefordert, bereits ab dem 01.06.2011 die Finanzierung einiger Grenzverbindungen zu übernehmen. Aus den vorliegenden Informationen geht hervor, dass die Anzahl der Züge, die das MI den Selbstverwaltungen übergeben möchte, gering ist. Dennoch fehlt dazu mehrheitlich die Zustimmung der Wojewodschaften, diese im laufenden Haushaltsjahr 2011 zusätzlich aus den (bereits verplanten) Haushaltsbudgets 2011 der Wojewodschaften zu finanzieren. In diesem Zusammenhang wurde ein Teil der SPNV-Grenzverbindungen eingestellt (u. a. ein Zugpaar im Abschnitt Żary – Forst). Die Einschränkungen betreffen allerdings nicht die Wojewodschaft Niederschlesien, in der alle bis zum 01.06.2011 betriebenen Grenzverkehre auch weiterhin aufrecht erhalten werden.

Weitgehend entschieden scheint dagegen, dass das MI im nächsten Fahrplanjahr keine Verbindungen im Grenzbereich mehr finanzieren wird. Sollen diese weiterhin betrieben werden, wird deren Defizitfinanzierung aus dem Haushalt der jeweiligen Wojewodschaftsselbstverwaltungen erforderlich sein. Allerdings wurde – aufgrund von z. T. erheblichen Protesten seitens der Grenzwojewodschaften, die eine Aufgabenübertragung ohne entsprechende Mittelübertragung als nicht verfassungskonform erachten – ein gewisses Entgegenkommen vom MI zu möglichen Übergangslösungen bei der Finanzierung von SPNV-Grenzverkehren signalisiert. Es bleiben somit die weiteren Entwicklungen bzw. Verhandlungen zwischen den Grenzwojewodschaften und dem MI in diesem Bereich abzuwarten.

c) SPNV-Zuschüsse in den westlichen Wojewodschaften im Zeitraum 2007 – 2010 und Planung 2011

Die Höhe der SPNV-Mittel im Zeitraum 2007-2011 verdeutlicht folgende Tabelle:

Jahr	Niederschlesien				Westpommern		Lebuser Land	
	PR	KD	Summe	Daten- quelle	Summe	Daten- quelle	Summe	Daten- quelle
2015	k. A.	k. A.	k. A.	-	k. A.	-	37,81	[7]
2014	k. A.	k. A.	k. A.	-	k. A.	-	37,81	[7]
2013	k. A.	k. A.	k. A.	-	k. A.	-	37,81	[7]
2012	k. A.	k. A.	k. A.	-	55,78	[6]	37,81	[7]
2011	102,6	28	130,6	[5]	53,12	[6]	29,6	[7]
2010	83,65	17,9	101,55	[4]	50,71	[6]	31	[7]
2009	57,66	7	64,66	[2] [3]	k. A.	-	k. A.	-
2008	50	k. A.*	50	[1]	k. A.	-	k. A.	-
2007	42	n/d	42	-	k. A.	-	k. A.	-

Angaben in Mio. PLN; k. A. – keine Daten, n/d – nicht zutreffend.

*)Die Betriebsaufnahme der „Koleje Dolnośląskie S.A.“ erfolgte am 14.12.2008.

[1] Der Beschluss Nummer XV/174/07 des Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien Nr. XV/174/07 vom 27. September 2007 zur Bevollmächtigung des Vorstandes der Woj. Niederschlesien zur Aufnahme einer Verpflichtungsermächtigung, die aus der Durchführung der Pflichtaufgabe zur Organisation und Bezuschussung des SPNV in den Jahren 2008-2010 besteht.

[2] Der Beschluss Nummer XXXVI/599/09 des Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien vom 29. Januar 2009 zur Änderung des Beschlusses Nummer XV/174/07 des Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien vom 27. September 2008 [...].

[3] Für KD: Jahresbericht zur Gesellschaftstätigkeit für das Jahr 2009, veröffentlicht auf der Internetseite www.kolejedolnoslaskie.eu (www.kolejedolnoslaskie.4bip.pl/index.php?idg=6&id=57&x=2, Zugriff am 23.03.2011)

[4] Der Beschluss Nummer XLVIII/823/09 des Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien vom 30. Dezember 2009 über den Haushalt der Wojewodschaft Niederschlesien für das Jahr 2010.

[5] Informationen über die mit den EVU abgeschlossenen Verträge (www.koleje.dolnyslask.pl/aktualnosc/podpisano-umowe-z-przewozami-regionalnymi-481/) sowie der Beschluss Nummer IV/50/11 des Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien vom 19. Januar 2011 über den Haushalt der Wojewodschaft Niederschlesien für das Jahr 2011.

[6] Der Beschluss Nummer XXXII/378/09 des Sejmik der Wojewodschaft Westpommern vom 15. September 2009 zur Stellungnahme bzgl. der Festlegung der geplanten Gesamtmittel der Wojewodschaft Westpommern für die Durchführung der Pflichtaufgabe zur Organisation und Bezuschussung des SPNV.

Bearbeiter: Uhe

[7] Der Beschluss Nummer XLIII/407/2009 des Sejmik der Wojewodschaft Lebusier Land vom 28. Oktober 2009 zur Ermächtigung des Vorstandes der Woj. Lubuskie zum Abschluss eines langjährigen Vertrages zur Erbringung von öffentlichen Leistungen im Bereich des SPNV in der Wojewodschaft Lubuskie.

Erläuterung zur Situation in Niederschlesien: Die Finanzmittel, die für den SPNV im Zeitraum 2008-2010 in Niederschlesien vorgesehen waren, wurden per Beschluss festgelegt [1], der gemäß dem TrK-Gesetz vom Aufgabenträger erfüllt werden muss (siehe auch Punkt V.3.b)cc)). Im Januar 2009 wurde durch eine Neufassung des Beschlusses [2] der Inhalt des Beschlusses [1] geändert. Diese Änderung führte zu einer Erhöhung des Finanzmittellimits für die Jahre 2009 und 2010. Am 17. Dezember 2009 hat der Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien jedoch den gesamten Beschluss [1] aufgehoben. Gegenwärtig gilt kein Rahmenvertrag, die SPNV-Ausgaben für 2011 wurden im Haushalt der Wojewodschaft festgelegt und auf deren Grundlage wurde ein Jahresvertrag mit den beiden niederschlesischen EVU geschlossen.

d) *Finanzierungspraxis der Grenzverkehre in Niederschlesien*

Gegenwärtig haben alle internationalen Verkehre in der Wojewodschaft Niederschlesien (sowohl die im Grenzgebiet als auch die Fernverkehre) den Status einer öffentlichen Dienstleistung, d. h. alle sind vertraglich erfasst worden und werden von den zuständigen Organisatoren/Aufgabenträgern finanziert (Einzelheiten s. o. unter VIII.2.a). Darüber hinaus erkennen alle EVU den gesetzlichen Ermäßigungstarif an, die entsprechenden Abrechnungen erfolgen direkt mit dem Staatshaushalt. Die Selbstverwaltungen der Wojewodschaften nehmen an diesem Abrechnungsprozess nicht teil.

Die Wojewodschaft Niederschlesien grenzt an zwei Länder: Tschechien und Deutschland. Mit beiden Ländern bestehen Eisenbahnverbindungen.

aa) *Verkehr von und nach Tschechien*

Eisenbahnverkehr erfolgt an drei Grenzübergängen:

- Międzyzlesie – Lichkov (Strecke Wrocław – Kłodzko – Letohrad)
- Szklarska Poręba Górna – Harrachov (Strecke Jelenia Góra – Liberec)
- Lubawka – Královec (Strecke Sędziszów – Trutnov)

Am Grenzübergang Międzyzlesie – Lichkov verkehren täglich 4 Zugpaare. Sie verlaufen auf längeren Relationen, die somit ein umsteigefreies Reisen tief ins jeweilige Landesinnere ermöglichen. Alle Züge fahren auf der Relation Kłodzko Gł. - Ústí nad Orlicí, einige Zugpaare wurden verlängert. Auf der polnischen Seite fährt ein Zugpaar ab Wrocław Główny. Auf der tschechischen Seite fahren zwei Zugpaare weiter nach Pardubice und ein Zugpaar bis zum Eisenbahnknotenpunkt in Česká Třebová. Dank dieser verlängerten Relationen wurden umsteigefreie Verbindungen ins Landesinnere der beiden Länder geschaffen.

Alle Züge auf diesem Grenzübergang werden von PR und České dráhy a.s. betrieben. Die Züge fahren fast täglich (mit Ausnahme einiger Tage, z. B. Ostern). Diese Verkehre werden (noch) aus zwei Quellen finanziert – auf dem Streckenabschnitt Wrocław/Kłodzko – Międzyzlesie sind diese Züge als Regionalzüge qualifiziert, für die das UMWD zahlt, der Streckenabschnitt Międzyzlesie – Staatsgrenze wird dagegen vom MI (internationale Grenzzüge) finanziert.

Über den Grenzübergang Szklarska Poręba Górna – Harrachov fahren erst seit August 2010 wieder Züge. Dank der Revitalisierung der seit Jahrzehnten stillgelegten Eisenbahnstrecke ist der Betrieb wieder möglich. Die Mittel für die Revitalisierung stammen aus dem Programm der Europäischen Territorialen Zusammenarbeit Polen–Tschechien 2007-2013. Gegenwärtig sind nach dem Fahrplan sechs Zugpaare vorgesehen – vier Zugpaare täglich und zwei Zugpaare in der Saison (nur an Ferienwochenenden). Drei der täglich fahrenden Zugpaare wurden bis nach Jelenia Góra verlängert. Auf der tschechischen Seite fahren fast alle Züge bis zum Bahnhof in Kořenov. Alle Verbindungen werden von PR und dem tschechischen EVU, Viamont Regio a.s., betrieben.

Bearbeiter: Uhe

Die Finanzierung verläuft analog zum vorigen Fall: Auf der Strecke Jelenia Góra – Szklarska Poręba Górna wird der Zug als ein Regionalzug behandelt und aus dem Haushalt der Wojewodschaft Niederschlesien finanziert, auf dem Streckenabschnitt Szklarska Poręba Górna – Szklarska Poręba Jakuszyce – Staatsgrenze ist der Zug ein internationaler Grenzzug und wird vom MI finanziert.

Anders verhält sich die Situation am Grenzübergang Lubawka – Královec, wo die Züge nur in der Sommerzeit, d. h. ab Mai bis Ende August, verkehren. Der Grund dafür ist der touristische Charakter dieser Verbindungen. Im Fahrplan 2011 wurden drei Zugpaare eingeplant. Zwei Zugpaare fahren ab Jelenia Góra nach Trutnov. Ein Zugpaar verbindet Trutnov mit Wrocław. Ähnlich wie bei der oben beschriebenen Verbindung, werden diese Züge von PR und Viamont Regio a.s. betrieben. Die Finanzierung dieser Verbindungen gewährleisten das UMWD und MI – das UMWD auf dem Streckenabschnitt Wrocław/Jelenia Góra – Sędziszów (Regionalzug), das MI auf dem Streckenabschnitt Sędziszów – Lubawka – Staatsgrenze (internationaler Grenzzug).

Bis zum 01.03.2011 hat es einen zusätzlichen internationalen Zug nach Tschechien gegeben und zwar den Zug „Orlice“ auf der Relation Wrocław Gł. – Pardubice hl.n., der jedoch infolge der staatlichen Finanzmittelkürzung eingestellt wurde. Das war der einzige Zug auf polnischer Seite, der von der Gesellschaft „PKP Intercity S.A.“ betrieben wurde.

bb) Verkehr von und nach Deutschland

Der Verkehr mit Deutschland wird in der Wojewodschaft Niederschlesien über den Eisenbahngrenzübergang Zgorzelec – Görlitz geführt. Täglich fahren über diesen Grenzübergang drei Zugpaare der Kategorie RegioExpress von Wrocław nach Dresden. Betreiber auf der polnischen Seite ist PR, auf der deutschen Seite DB Regio AG. Das MI finanzierte bis zum 31.05.2011 den Verkehr dieser Züge (d. h. alle drei Zugpaare) auf dem gesamten polnischen Gebiet. Ab dem 01.06.2011 hat das Marschallamt Niederschlesien die Finanzierung eines Zugpaares übernommen.

An dieser Stelle sind auch die Züge in der Relation Legnica – Forst zu erwähnen, die über das Gebiet der Wojewodschaft Lebus Land fahren (der Übergang erfolgt über den Eisenbahngrenzübergang Zasięki – Forst). Es verkehrten hier bis zum 31.05.2011 täglich zwei Zugpaare, die von PR betrieben wurden. Ab dem 01.06.2011 verkehrt jedoch nur noch ein von PR betriebenes Zugpaar. Das MI finanziert diesen Zug auf dem Streckenabschnitt Żagań – Zasięki – Staatsgrenze. Der restliche Teil der Strecke wird von den Selbstverwaltungen der Wojewodschaften Niederschlesien und Lebus Land finanziert (entsprechend der jeweiligen Reichweite).

Über das Gebiet der Wojewodschaft Niederschlesien fährt auch der EuroCity „Wawel“ auf der Relation Kraków – Berlin/Lüneburg/Hamburg (über Wrocław, Węglińiec, Żagań, Forst), der die Staatsgrenze in der Wojewodschaft Lebus Land überschreitet. Diese Verbindung wird auf der polnischen Seite von PKP Intercity S.A. betrieben. Auch dieser Zug wird gegenwärtig vom MI finanziert.

e) Finanzierung der Infrastrukturnutzung

Die Finanzierung der Infrastrukturnutzung im Eisenbahnverkehr darunter im SPNV erfolgt in Polen durch die EVU. Der Nutzung der Eisenbahninfrastruktur liegt nach Art. 29 Abs. 1c TrK-Gesetz ein zwischen dem EVU und dem Verwalter der Eisenbahninfrastruktur abzuschließender Vertrag über die Bereitstellung der Eisenbahninfrastruktur zugrunde.

Nach Art. 4 Punkt 7 TrK-Gesetz ist ein Verwalter der Eisenbahninfrastruktur ein Subjekt, das die Eisenbahninfrastruktur verwaltet. Gemäß Art. 29 Abs. 1 TrK-Gesetz besteht die Bereitstellung der Eisenbahninfrastruktur in der Zuweisung einer Zugstrecke auf den Eisenbahnlinien an den Eisenbahnbeförderer und in der Einräumung ihrer Nutzung. Voraussetzung für den Vertragsschluss ist ein Verkehrsvertrag des EVU mit dem Aufgabenträger.

Nach Art. 29 Abs. 4 TrK-Gesetz erhebt der Verwalter der Eisenbahninfrastruktur von den EVU Nutzungsgebühren. Die Gebühren werden in Art. 33 und 34 TrK-Gesetz sowie in der auf der Grundlage von Art. 35 TrK-Gesetz erlassenen Verordnung des Verkehrsministers geregelt⁵.

Nach Art. 29a TrK-Gesetz erhalten Eisenbahnbeförderer, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union haben und zur Ausübung der gewerblichen Tätigkeit im Bereich der Eisenbahnbeförderung nach den Vorschriften seines Herkunftslandes berechtigt sind, Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, um internationale Eisenbahnbeförderung durchzuführen. Internationale Beförderung im Sinne von PTZ-Gesetz ist die grenzüberschreitende öffentliche Personenbeförderung, nicht jedoch die in der Grenzzone durchgeführte Beförderung.

⁵ gegenwärtig gilt die Verordnung des Infrastrukturministers vom 27.02.2009 über die Bedingungen des Zugangs und der Nutzung der Eisenbahninfrastruktur (Amtsblatt der Republik Polen aus dem Jahr 2009, Nr. 35, Pos. 274)

f) Finanzierung von Ergänzungen der Infrastruktur

aa) Staatliche Mittel und Programme

Der Zustand der Eisenbahninfrastruktur in Polen unterliegt seit über fünfzehn Jahren einer ständigen Verschlechterung. Die Ursache dafür sind vor allem fehlende Mittel für Reparatur- bzw. Instandhaltungsmaßnahmen. Diese langjährigen Vernachlässigungen sind in kurzer Zeit nicht aufzuholen. Eine große Chance, diesen Negativtrend zu stoppen war der Beitritt Polens zur Europäischen Union, was sehr hohe Zuflüsse von Finanzmitteln der EU nach sich zog. Mit diesen Mitteln konnten viele wichtige Investitionen zur Verbesserung der Eisenbahninfrastruktur, insbesondere bei den Hauptstrecken, begonnen werden.

Die Finanzierungsquellen kann man generell wie folgt aufteilen:

- Operationelles Programm Infrastruktur und Umwelt für die Jahre 2007-2013
- Kohäsionsfonds (Kontinuität des ISPA-Programmes - Strukturpolitische Instrument zur Vorbereitung auf den Beitritt für Kandidatenländer)
- andere Mittel aus dem Staatshaushalt

Das Operationelle Programm Infrastruktur und Umwelt für die Jahre 2007-2013 ist die wichtigste Finanzierungsquelle zur Verbesserung des Zustandes der Eisenbahninfrastruktur. Im Rahmen dieses Programms wird eine Reihe von übergreifenden Modernisierungen durchgeführt, die u. a. den Austausch des Gleisbettes, die Einführung moderner Technologien in der Steuerung des Eisenbahnverkehrs (LCS – lokale Steuerungszentren) sowie den Neubau von Eisenbahnstrecken umfassen. Die Projekte werden dabei in zwei Gruppen aufgeteilt: Hauptliste und Reserveliste. In Niederschlesien werden Investitionsarbeiten durchgeführt, die mit folgenden Aufgaben verbunden sind⁶:

Hauptliste

- Modernisierung der Eisenbahnlinie E-59 auf dem Streckenabschnitt Wrocław – Poznań, 2. Etappe: Streckenabschnitt Wrocław – Grenze der Wojewodschaft Niederschlesien (geplanter Abschluss der Arbeiten: 2014);
- Modernisierung der Eisenbahnlinie E-30, 2. Etappe – Streckenabschnitt Bielawa Dolna – Horka: Brückenbau über die Lausitzer Neiße und Elektrifizierung (bis 2014);
- Modernisierung der Eisenbahnlinie E-30, 2. Etappe – Einführung des Telekommunikationssystems ERTMS/ETCS und ERTMS/GSM-R (bis 2015);
- Vorbereitung zum Bau der Hochgeschwindigkeitsstrecken – Planungs- und Vorbereitungsarbeiten zum Neubau einer Hochgeschwindigkeitsstrecke, die eine

⁶ Angaben des Ministerium für Regionalentwicklung – Projektliste gem. Aktualisierung vom 28.02.2011, www.mrr.gov.pl/Documents/20110228_ListaprojektowindywidualnychdlaPOIiS.pdf (Zugriff am 23.03.2011)

Verbindung zwischen den Städten Wrocław mit Łódź sowie mit Warschau schaffen soll;

- Sanierung des historischen Gebäudekomplexes des Bahnhofs Wrocław Główny samt Umbau der technischen Eisenbahninfrastruktur: das umfasst die Modernisierung der Infrastruktur und der Anlagen zur direkten Bedienung des Zugverkehrs sowie die Anpassung des Gebäudekomplexes an die Erfordernisse von modernen öffentlichen Gebäuden (Durchführung bis 2012);
- Beschaffung/Erwerb von Fuhrpark zur Bedienung der interregionalen Verbindungen, im Gebiet von mindestens zwei Wojewodschaften (mit einer max. Geschwindigkeit bis 160 km/h): das Projekt wird bis 2014 durchgeführt, Fördermittelempfänger ist die Gesellschaft Przewozy Regionalne sp. z o.o.

Reserveliste

- Modernisierung der Eisenbahnlinie CE 59 Wrocław – Zielona Góra – Kostrzyn – Szczecin, 1. Etappe: Streckenabschnitt Wrocław – Głogów (Das Projekt ist für den Zeitraum 2013-2015 vorgesehen.)

Der Kohäsionsfonds ist die Fortführung des ISPA-Programmes, das für die EU-Beitrittskandidaten bestimmt war. Aus den Mittel des Kohäsionsfonds/ISPA-Programmes wurde die Modernisierung der Eisenbahnlinie E-30 auf dem Streckenabschnitt Legnica – Zgorzelec und Węgliniec – Bielawa Dolna finanziert (Beginn der Arbeiten in 2001). Darüber hinaus stammen aus dem Kohäsionsfonds auch Mittel zur Erstellung der Projektdokumentation zur Modernisierung der Strecke E-59 auf dem Abschnitt Wrocław – Poznań (1. Projektetappe). Ein weiteres Projekt in Niederschlesien ist die 1. Etappe der „Modernisierung der Eisenbahnlinie CE 59 Międzylesie – Wrocław – Kostrzyn – Szczecin“, welches die Erstellung der Entwurfsprojektdokumentation (1. Projektetappe) beinhaltet.

Ein gesondertes Großprojekt, das aus den Mitteln des Kohäsionsfonds/ISPA-Programmes finanziert wurde, war die „Verbesserung des Zustandes der Eisenbahninfrastruktur in Polen“, das die Wiederherstellung der technischen Funktionalität von verschlissenen Infrastrukturelementen auf ausgewählten Eisenbahnstrecken zum Ziel hatte. Das Projekt wurde im Zeitraum 2004-2009 durchgeführt und umfasste Streckenabschnitte in ganz Polen. In Niederschlesien betraf dieses Projekt die Strecke Nummer 271 (Wrocław – Poznań) und Strecke Nummer 273 (Wrocław – Głogów – Szczecin), u. a. die Sanierung der Rampenbrücke über die Grabiszyńska-Strasse in Wrocław (über diese Brücke verlaufen die Gleise der beiden o. g. Strecken) sowie die Hauptsanierung der Gleise zwischen Ścinawa und Rudna Gwizdanów.

Andere Mittel aus dem Staatshaushalt (abgesehen von Mitteln für laufende Wartungsarbeiten, über deren Einsatz die PKP PLK intern entscheidet) werden in Abhängigkeit vom jeweiligen Bedarf zuerkannt. Gelegentlich werden zusätzliche offizielle Unterlagen erstellt (sie werden z. B. als Reparaturpläne bezeichnet), jedoch ist der Durchführungszeitplan der Maßnahmen immer von der Verfügbarkeit von Finanzmitteln im Staatshaushalt abhängig. Daher kann der Umfang der Ausbesserungsarbeiten für den jeweiligen Abschnitt erst nach einer tatsächlich erfolgten Mittelzuweisung eingeschätzt werden.

Bearbeiter: Uhe

bb) Regionale Mittel und Programme

Die von der Selbstverwaltung der Wojewodschaft Niederschlesien zu vergebenden Mittel zur Verbesserung der Infrastruktur kann man in folgende Kategorien zusammenfassen:

- Regionales Operationelles Programm für die Jahre 2007-2013
- andere EU-Programme (z. B. Ziel III-Förderprogramm)
- Haushalt der Wojewodschaft Niederschlesien

Das Regionale Operationelle Programm der Wojewodschaft Niederschlesien für die Jahre 2007-2013 (RPO WD) wurde von der Europäischen Kommission formell am 04.09.2007 bestätigt und vom Vorstand der Wojewodschaft Niederschlesiens am 25.09.2007 beschlossen. Dieses Dokument hat keinen abschließenden Charakter, sondern im Laufe der Programmumsetzung unterlag es – aufgrund von laufenden Anpassungserfordernissen – weiteren Modifizierungen (die letzte Aktualisierung erfolgte am 30.11.2010). Die PLK hat zwei Fördermittelanträge zum Verkehrsbereich des RPO WD gestellt. Diese betreffen die Revitalisierung der Linie 309 Kłodzko – Kudowa Zdrój (für das Teilstück Duszniki Zdrój – Kudowa Zdrój) sowie die Linie 311 Jelenia Góra – Staatsgrenze (für das Teilstück Piechowice – Szklarska Poręba Górna). Auf beiden Teilabschnitten soll das Gleisbett zusammen mit den dazu gehörenden Ingenieurbauwerken vollständig erneuert werden. Gegenwärtig (Stand Herbst 2011) wird die Machbarkeitsstudie erstellt und es laufen vorbereitende Planungen (Vorentwurf). Der Beginn der Sanierungsarbeiten für die Linie 309 ist gegenwärtig noch nicht bekannt. Es wird davon ausgegangen, dass dies voraussichtlich in 2012 erfolgen wird. Als geplanter Beginn der Sanierungsarbeiten für die Linie 311 wurde dagegen der 01.03.2012 benannt; die Arbeiten sollen bis Ende November 2012 abgeschlossen werden. Der geschätzte Gesamtwert beider Projekte beträgt etwa 105 Mio. zł, davon beläuft sich der EU-Anteil auf geschätzt etwa 62 Mio. zł.

Ein weiteres EU-Programm, welches einen wesentlichen Anteil an der Verbesserung der Eisenbahninfrastruktur in Niederschlesien hat, ist das „Operationelle Programm der grenzüberschreitenden europäischen Zusammenarbeit 2007-2013 zwischen der Tschechischen Republik und der Republik Polen“ (Ziel III). Im Rahmen des Ziel III-Programms wurde das stillgelegte Eisenbahnteilstück von Szklarska Poręba bis Harrachov revitalisiert. Dank der unterzeichneten Verträge ist es gelungen, EU-Zuschüsse in Höhe von 4,3 Mio. EUR zu erlangen, was immerhin 85% der förderfähigen Kosten darstellt, die zur Revitalisierung dieser Eisenbahnstrecke eingesetzt wurden. Davon entfielen 3,6 Mio. EUR auf die Wojewodschaft Niederschlesien, und den übrigen Betrag erhielt die tschechische Seite. Das Projekt wurde im letzten Jahr abgeschlossen und seit August 2010 verkehren dort wieder regelmäßig Züge.

Eine weitere wichtige Finanzierungsquelle zur Verbesserung der Eisenbahninfrastruktur stellen die Eigenmittel der Wojewodschaft dar. Aus dem Haushalt der Wojewodschaft Niederschlesien wurde im Jahr 2009 die Sanierung der Linie 326 Wrocław Zakrzów – Trzebnica finanziert (diese Trasse hatte die Wojewodschaft von der PKP übernommen), was die Wiederaufnahme des

Bearbeiter: Uhe

Eisenbahnpersonenverkehres im August 2009 ermöglichte. Gegenwärtig fahren hier 13 Zugpaare (es kommen hier Schienenbusse zum Einsatz, die Eigentum der Selbstverwaltung der Wojewodschaft Niederschlesien sind), und mit der Betriebsführung wurde das wojewodschaftseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen „Koleje Dolnośląskie“ beauftragt. Man kann somit sagen, dass dieses Vorhaben ein 100%iges Selbstverwaltungsvorhaben ist.

Ein ähnliches Vorgehen ist bei dem Abschnitt Wrocław – Świdnica geplant, wo bereits seit vielen Jahren kein Eisenbahnpersonenverkehr mehr stattfindet. Gegenwärtig bemüht sich die Selbstverwaltung der Wojewodschaft Niederschlesien, dieses Teilstück von der PKP zu übernehmen. Später sollen dann die Revitalisierungsleistungen ausgeschrieben werden. Um die dafür erforderlichen Finanzmittel zu sichern, hat der Sejmik der Wojewodschaft Niederschlesien beschlossen, dieses Projekt in das langfristige Investitionsprogramm Niederschlesiens für 2007-2013 aufzunehmen. Das Investitionsvolumen beträgt etwa 90 Mio. zł.

IX. Vergabestrategien

Die beteiligten Aufgabenträger stehen bei grenzüberschreitenden Vergaben im SPNV vor der Herausforderung, eine geeignete Vergabestrategie zu entwickeln. Dabei sind im Einzelfall die verkehrlichen und infrastrukturellen sowie die rechtlichen und finanziellen Randbedingungen zu beachten, die in den vorangegangenen Kapiteln V. bis VIII. dargestellt sind.

Vor dem Hintergrund der unklaren Zuständigkeitsverteilung zwischen der Wojewodschaft und dem Verkehrsminister kann es sinnvoll, beide Stellen in die Abstimmung eines gemeinsamen Vergabevorhabens einzubinden.

Sofern die Frage der Aufgabenträgerschaft geklärt werden kann (s. o. unter V.3.a)bb)) und die Finanzierung hinreichend gesichert ist, kann die Vergabe nach einem ausgewählten nationalen Vergaberecht erfolgen (hierzu nachfolgend 1.). Soweit die Finanzierung auf polnischer Seite nicht hinreichend gesichert ist (vgl. hierzu oben unter VIII.2.), ist eine gemeinsame Vergabe mit Risiken verbunden, die auch nicht durch besondere vertragliche Regelungen vermieden werden können (hierzu nachfolgend 2.).

1. Vergabearten

Bei der Vergabe von grenzüberschreitenden SPNV-Leistungen können die Aufgabenträger in Umsetzung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 das Vergaberecht eines der beteiligten Aufgabenträger anwenden. Eine gemeinsame Direktvergabe an einen internen Betreiber der Wojewodschaften erfordert insbesondere, dass auch die deutschen Aufgabenträger über den internen Betreiber die in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgeschriebene Kontrolle ausüben. Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 sind nur zulässig, sofern sie nicht nach nationalem Recht untersagt sind (s. o. unter V.1.b)bb)(1)).

a) *Ausschreibung nach deutschem oder polnischem Vergaberecht*

Da sowohl die Ausschreibung nach dem ersten Abschnitt der VOL/A (s. o. unter V.2.b)aa)) nach deutschem Recht als auch die Ausschreibung nach dem Verfahren A des GöVerG nach polnischem Recht (s. o. unter V.3.b)aa)(1)) wettbewerbliche Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 sind, können beide Verfahren gewählt werden. Beide Verfahren erfüllen die Anforderungen an eine wettbewerbliche Vergabe, weil sie die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG umsetzen und das im Wesentlichen deckungsgleich. Bei einem Verfahren nach der Rechtsordnung nur eines der beteiligten Staaten genügt es daher nach hier vertretener Ansicht auch bezogen auf das jeweilige nationale Vergaberecht nur diese Regelungen einzuhalten und nicht zusätzlich auch die Regelungen des anderen Staates.

Die Bekanntmachung und die Vergabeunterlagen legen die Anwendbarkeit nur des einen gewählten nationalen Rechts fest. Ob Bewerber sich darauf berufen können, dass auch die andere nationale Rechtsordnung angewendet werden muss, ist noch nicht geklärt. Die in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG)

Nr. 1370/2007 niedergelegten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bedingen jedoch die Festlegung auf eine nationale Vergaberechtsordnung. Anderenfalls würde in den Bereichen, in denen die nationalen Vergaberechtsordnungen voneinander abweichen, eine Unklarheit über das vorrangig anwendbare Recht und damit eine Intransparenz entstehen. Bewerber könnten den gleichen Sachverhalt in verschiedenen Staaten nach verschiedenen nationalen Vergaberechtsregimen überprüfen lassen, was zu divergierenden Ergebnissen führen könnte. Solch ein divergierender Rechtsschutz würde dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen. Daher beschränkt sich auch der Rechtsschutz auf den von den beteiligten Aufgabenträgern eröffneten Rechtsrahmen des einen gewählten nationalen Vergaberechts, beispielsweise des deutschen GWB.

Dieses Ergebnis wird auch dadurch gestützt, dass Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 ausdrücklich die Geltung der Verordnung für den grenzüberschreitenden Personenverkehr bestimmt.

b) Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 an EVU der Wojewodschaften

Eine Freihändige Vergabe an einen internen Betreiber im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 der Wojewodschaften ist nur bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen zulässig. Das von den polnischen Wojewodschaften betriebene Verkehrsunternehmen (s. o. unter VII.1) müsste dafür auch im Verhältnis zu deutschen Aufgabenträgern ein interner Betreiber im Sinne der genannten Regelung sein. Das erfordert insbesondere, dass auch die deutschen Aufgabenträger eine Kontrolle über das Verkehrsunternehmen der Wojewodschaften ausüben, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Selbst wenn es genügen dürfte, dass die deutschen Aufgabenträger für die Dauer der zu vergebenden Verkehrsleistungen über diese Kontrollmöglichkeit verfügen und die Kontrollrechte auf die zu vergebenden Verkehrsleistungen beschränkt werden könnten, müssten die Wojewodschaften die Beteiligung der deutschen Aufgabenträger zulassen. Das ist jedoch schon nicht zu erwarten.

c) Freihändige Vergabe

Es erscheint rechtlich sicherer, Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Form der Freihändigen Vergabe nur dann durchzuführen, wenn die Voraussetzungen dafür nach beiden nationalen Rechtsordnungen vorliegen.

Denn anders als bei einer Ausschreibung nach deutschem oder polnischem Recht (s. o. unter IX.1.a)) bestehen unterschiedliche Voraussetzungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Direktvergaben nach den nationalen Rechtsordnungen. Nach Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 PTZ-Gesetz ist eine Direktvergabe nach polnischem Recht generell zulässig (s. o. V.3.b)aa)(3)), was eine Freihändige Vergabe ermöglicht. Nach deutschem Recht ist die Direktvergabe hingegen nur ausnahmsweise zulässig (s. o. unter V.2.b)cc)). Vor diesem Hintergrund – insbesondere der aktuellen Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10) – könnte die Gestaltung eines grenzüberschreitenden Vergabeverfahrens als Direktvergabe auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007

i.V.m. Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 PTZ-Gesetz von der deutschen Rechtsprechung als unzulässig angesehen werden.

Zu den Möglichkeiten einer Freihändigen Vergabe nach deutschem nationalen Vergaberecht wird zunächst auf die Ausführungen oben unter V.2.cc) verwiesen.

aa) § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A

Praktisch relevant wird Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 für deutsch-polnische Vergaben vor allem dann, wenn die deutschen Aufgabenträger die jeweilige Verkehrsleistung auf der Grundlage von § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A freihändig vergeben dürfen. Nach § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt.

Solche besonderen Gründe können beispielsweise darin liegen, dass nur ein Unternehmen über Fahrzeuge verfügt, die für den Verkehr auf den zu bedienenden Strecken in beiden Staaten zugelassen sind. Hinzukommen muss allerdings die fehlende Möglichkeit anderer Bewerber, sich geeignete Fahrzeuge zu beschaffen. Ob eine solche Möglichkeit besteht, ist objektiv festzustellen und vor Beginn der Freihändigen Vergabe zu dokumentieren.

Die Voraussetzungen von § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A können auch erfüllt sein, wenn angesichts der teilweise sehr kurzen Vertragslaufzeiten von nur einem Jahr bei polnischen SPNV-Vergaben (s. o. unter VI.1.) nur ein Unternehmen in dieser Zeit die Betriebsaufnahme vorbereiten kann und/oder für andere Unternehmen die Fahrzeugbeschaffung sowie die Vorbereitung und Aufnahme des Betriebs für diesen kurzen Zeitraum nachweislich nicht in Betracht kommt. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes sind wiederum objektiv festzustellen und vor Beginn der Freihändigen Vergabe zu dokumentieren. Die Wahl einer ungewöhnlich kurzen Vertragslaufzeit muss objektiv gerechtfertigt sein, beispielsweise durch eine akute finanzielle Notlage des Aufgabenträgers und darf nicht dem Schutz eines Bestandsunternehmens vor Wettbewerb dienen.

Zu den Einzelheiten von § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A wird auf die Ausführungen oben unter V.2.b)cc)(5) verwiesen.

bb) § 3 Abs. 5 lit. h VOL/A

In der bisherigen Praxis wird eine Freihändige Vergabe von grenzüberschreitenden Verkehrsleistungen zum Teil mit § 3 Abs. 5 lit. h VOL/A begründet. Nach dieser Regelung ist die Freihändige Vergabe zulässig, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können.

Grundsätzlich hat der Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 VOL/A die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können. Der Auftraggeber

gibt nicht nur die Aufgabe vor, sondern er legt auch die von ihm gewünschte Lösung in wesentlichen Punkten fest (Kulartz in Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 74). Hat der Auftragnehmer jedoch bei der Ausführung der Leistung beträchtliche Bewertungs- und Gestaltungsspielräume, die sich etwa auf das Erkennen von Problemstellungen, die Entwicklung von Lösungswegen und die Beratungsergebnisse erstrecken, so ist der Auftragsinhalt nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.04.2010, VII-Verg 55/09).

Leistungen des SPNV sind auch im grenzüberschreitenden Verkehr hinreichend beschreibbar. Etwaige Ungewissheiten über die infrastrukturellen oder rechtlichen Rahmenbedingungen beziehen sich nicht auf die Leistung und beeinträchtigen auch nicht ihre Beschreibbarkeit. Sofern aufgrund solcher Umstände keine hinreichend vergleichbaren Angebote erwartet werden können, ist dadurch nicht die Möglichkeit einer Freihändigen Vergabe nach § 3 Abs. 5 lit. h VOL/A eröffnet.

cc) *Interkommunale Zusammenarbeit*

Eine Freihändige Vergabe von Verkehrsleistungen kommt ferner in Betracht, wenn auf Grund vertraglicher Regelungen zur Erbringung der grenzüberschreitenden Verkehrsleistungen zwischen den deutschen und den polnischen Aufgabenträgern eine interkommunale Zusammenarbeit im Sinne der neueren EuGH-Rechtsprechung (EuGH, Urteil vom 09.06.2009, C-480/06, Slg. 2009, I-4747, Kommission/Bundesrepublik Deutschland („Stadtwerke Hamburg“)) vorläge. Das käme hier insofern in Betracht, als dass sich die Wojewodschaften vertraglich zur Erbringung der grenzüberschreitenden Verkehrsleistungen verpflichten und diese beispielsweise durch ihre internen Betreiber – auf Basis von Art. 5 Abs. 6, nicht jedoch Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 – ausführen lassen könnten. Läge in der vertraglichen Verpflichtung eine interkommunale Zusammenarbeit, so wäre nach deutschem Recht eine wettbewerbsfreie Freihändige Vergabe zulässig. Denn ähnlich wie bei den sogenannten In-House-Geschäften läge kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB vor, weil die deutschen Aufgabenträger nicht auf dem Markt tätig würden (vgl. Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 99 Rn. 50 in Verbindung mit Rn. 47; vgl. auch Struve, EuZW 2009, 805, 808). Daher käme Vergaberecht nicht zur Anwendung.

Es herrscht – soweit ersichtlich – bisher keine gefestigte Rechtsprechung oder herrschende Literaturlauffassung dazu, unter welchen einzelnen Voraussetzungen eine interkommunale Zusammenarbeit im Sinne der genannten EuGH-Rechtsprechung vergaberechtsfrei ist. Dies liegt wohl maßgeblich daran, dass die genannte Entscheidung des EuGH unter sehr engem Bezug zum Entscheidungssachverhalt erging, was deren Verallgemeinerung erschwert (ähnlich Jennert, NZBau 2010, 150, 155). Zumindest wird folgende Aussage des EuGH (EuGH, Urteil vom 09.06.2009, C-480/06, Slg. 2009, I-4747, Rn. 47 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland („Stadtwerke Hamburg“)) von der Literatur (so etwa von Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 99 Rn. 47, und von Jennert, NZBau 2010, 150, 154) als hervorhebenswert erachtet:

„Jedoch ist festzustellen, dass zum einen das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt. Zum anderen kann eine solche Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche

Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnrn. 50 und 51).“ (Unterstreichung hinzugefügt)

Daraus folgt nach hier vertretener Auffassung in Übereinstimmung mit einer Auffassung in der Literatur (Jennert, NZBau 2010, 150, 152-155), dass das Fehlen von Wettbewerbsverzerrungen die entscheidende Voraussetzung für eine interkommunale Zusammenarbeit ist. Das bedeutet, die interkommunale Zusammenarbeit muss sich ausschließlich in der staatlichen Sphäre abspielen. Sie darf keine Auswirkungen auf den Markt haben und keine Teilnahme daran sein. Marktteilnehmer dürfen keine Wettbewerbsnachteile erleiden.

Diese Anforderungen könnten dann erfüllt sein, wenn das Verkehrsunternehmen der Wojewodschaften (bisher) interner Betreiber im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 war, also ausschließlich für die Wojewodschaften tätig geworden ist (vgl. hierzu Pünder in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5 Rn. 114) und dies auch künftig so bleibt. Dann nämlich würde eine vertragliche Vereinbarung mit den Wojewodschaften, dass diese die grenzüberschreitenden Verkehrsleistungen erbringen, wozu sie auf ihren internen Betreiber zurück greifen, nie dazu führen, dass der interne Betreiber mit anderen Marktteilnehmern in Wettbewerb um eine Verkehrsleistung tritt.

Auch die anderen in der Literatur teilweise genannten Anforderungen an die interkommunale Zusammenarbeit (siehe Struve, EuZW 2009, 805, 807), nämlich

- die Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen,
- durch ausschließlich öffentliche Stellen ohne die Beteiligung Privater,
- auf vertraglicher Grundlage oder in einer institutionalisierten Rechtsform

wären bei der beschriebenen Vorgehensweise eingehalten. Denn der SPNV ist eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge, und es wären an der vertraglichen Vereinbarung nur öffentliche Stellen beteiligt.

2. Vergabe ohne hinreichende finanzielle Sicherung des polnischen Verkehrs?

Voraussetzung einer gemeinsamen Vergabe von SPNV-Leistungen ist die hinreichende finanzielle Sicherung aller zu vergebenden Verkehre.

Ein Vergabeverfahren ohne eine gesicherte Finanzierung verstößt gegen § 2 Abs. 3 VOL/A. Nach dieser Regelung ist die Durchführung von Vergabeverfahren lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke von Ertragsberechnungen unzulässig. Leitet der Auftraggeber ein Vergabeverfahren ein, obwohl er weiß, dass die Finanzierung ungesichert ist, verstößt er gegen die Grundvoraussetzungen des Wettbewerbs und der Transparenz (Portz in Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.) Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 17 Rn. 28).

Da Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 die Geltung ausdrücklich auch für den grenzüberschreitenden Personenverkehr bestimmt, folgen für wettbewerbliche Vergaben solcher Leistungen die Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz unmittelbar aus Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007. Ein Vergabeverfahren über einen mehrjährigen Zeitraum, bei dem für den polnischen Teil die Finanzierung nur für ein Jahr gesichert ist, würde gegen diese Grundsätze verstoßen. Eine gemeinsame Vergabe ist daher in diesem Fall nicht möglich.

Ein solcher Verstoß gegen die Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz kann auch nicht durch vertragliche Regelungen beseitigt werden, etwa durch eine feste Vergabe des ersten Vertragsjahrs und Optionen für die Folgejahre der ursprünglich intendierten Vertragslaufzeit von beispielsweise zehn Jahren. Denn solche vertraglichen Regelungen ändern nichts an dem oben beschriebenen Verstoß gegen die Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz. Unabhängig davon ist bei einer derartigen Gestaltung auch kein wirtschaftliches Ergebnis der Vergabe zu erwarten, weil die Bewerber keine hinreichende Kalkulationssicherheit haben.

3. Aspekte der Vertragsgestaltung

Wie bei aufgabenträgerübergreifenden SPNV-Verträgen innerhalb Deutschlands empfiehlt sich zur Verringerung von Risiken für die einzelnen Aufgabenträger auch für grenzüberschreitende Vergaben eine vertragliche Gestaltung mit folgenden Merkmalen:

- Einheitlicher Verkehrsvertrag (nicht mehrere Verkehrsverträge)
- Leistungspflichten nur zwischen dem EVU und dem jeweils territorial betroffenen Aufgabenträger
- Vergütungspflicht der Aufgabenträger nur jeweils für die in seinem Zuständigkeitsbereich erbrachten Verkehrsleistungen, Ausschluss einer gesamtschuldnerischen Haftung

Zur Verringerung des Währungsrisikos für die Aufgabenträger kann es sinnvoll sein, die Vergütung getrennt nach Aufgabenträgern in deren jeweiliger Landeswährung zu vereinbaren. Auf diese Weise ist die Haushaltsplanung des Aufgabenträgers, der sonst die Leistungen in einer für ihn fremden Währung vergüten müsste, vom Risiko der Entwertung seiner Währung befreit. Für das EVU ergibt sich daraus nach hier vertretener Ansicht kein ungewöhnliches Wagnis. Denn die Leistung, auf die sich die jeweilige Vergütung bezieht, wird in dem Staat erbracht, in dem die Währung gilt. Damit kann

das EVU seine Vorleistungen jedenfalls überwiegend insoweit in dieser Währung vergüten, beispielsweise Löhne und Gehälter der Personale sowie Instandhaltungsleistungen.

4. Unterschiedlich hohe Budgets

Die unterschiedliche Ausstattung mit Finanzmitteln ist eine bedeutende Hürde für grenzüberschreitende Vergaben von SPNV-Leistungen (s.o. IV.1.). Gelingt eine Einigung der beteiligten Aufgabenträger auf eine einheitliche Leistungsbeschreibung, dann ergibt die Kalkulation der Bewerber nach den Erstellerkosten in den verschiedenen Aufgabenträgergebieten differenzierte Zugkilometerpreise, die die jeweiligen finanziellen Randbedingungen einbeziehen.

Eine Gestaltung mit einem einheitlichen Leistungsverzeichnis, bei dem die Bewerber den Preis nicht nach Aufgabenträgern differenzieren können, ist zwar möglich, aber in der Regel nicht vorzugswürdig. Denn dabei können Besonderheiten der jeweiligen Randbedingungen nicht berücksichtigt werden. Der zwangsweise gleiche Zugkilometerpreis für beide Aufgabenträger ermöglicht keine Lösung des Problems unterschiedlicher Budgets.

Ist das Budget eines Aufgabenträgers deutlich geringer als das des anderen Aufgabenträgers, kann es das gemeinsame Ziel beider Aufgabenträger sein zu verhindern, dass die Vergabe aufgrund der Überschreitung des Budgets des finanzschwächeren Aufgabenträgers aufgehoben werden muss. Zwar ist für die Zulässigkeit der Aufhebung nach § 17 Abs. 1 lit. c VOL/A entscheidend, ob die Vergabe kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat, was nach objektiven Kriterien und nicht nach dem vorhandenen Budget zu bemessen ist. Der betreffende Aufgabenträger ist in diesem Fall jedoch haushaltsrechtlich an einer Vergabe gehindert und hat daher einen Anreiz, eine Verpflichtung zu vermeiden.

Vertretbar erscheinen insoweit Gestaltungen, nach denen der Verkehr auf dem Gebiet des finanziell schwächeren Aufgabenträgers nach den Grenzkosten zu kalkulieren ist. Das bedeutet, dass die Leistung zunächst mit allen Kosten isoliert für das Gebiet des finanzstärkeren Aufgabenträgers zu kalkulieren ist. Die Kalkulation für das Gebiet des finanzschwächeren Aufgabenträgers umfasst dann nur noch die darüber hinausgehenden Mehrkosten der Gesamtleistung.

Kalkulationsvorgaben der Aufgabenträger sind grundsätzlich zulässig (vgl. Dicks in Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 78). Die Bieter sind in diesem Fall gehalten, solche Vorgaben zu befolgen, wenn sie einen Ausschluss ihrer Angebote vermeiden wollen (Dicks in Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 78).

Aus haushaltsrechtlichen Gründen ist eine Finanzierung von Verkehr auf fremdem Staatsgebiet zwar unzulässig. Die Beschränkung der Kalkulation für das Gebiet des finanzschwächeren Aufgabenträgers auf die Grenzkosten führt jedoch nicht zu einer solchen unzulässigen Querfinanzierung. Denn würde der finanzstärkere Aufgabenträger die Leistung auf dem eigenen Staatsgebiet ohne Beteiligung des anderen Aufgabenträger vergeben, müssten die Bieter auf der gleichen Grundlage kalkulieren.

5. Vergabe bis zur Landesgrenze – Kooperation der EVU

Sofern keine gemeinsame Vergabe gelingt, bleibt für beide Aufgabenträger die Möglichkeit, die jeweils eigenen Leistungen bis zur Landesgrenze zu vergeben (s. o. III.1.). Dabei kann in den jeweiligen Vergabeunterlagen die Verpflichtung aufgenommen werden, mit dem Unternehmen zu kooperieren, das von dem anderen Aufgabenträger mit der Erbringung des Verkehrs beauftragt wird. Die Kooperationsverpflichtung kann sich auf die wechselseitige Erbringung von Verkehrsleistungen auf dem Bediengebiet des jeweils anderen EVU beziehen. Sie kann sich auch auf die wechselseitige Überlassung von Fahrzeugen beschränken.

X. Anregungen an den polnischen Gesetzgeber

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Unklarheit über die Aufgabenträgerschaft für den grenzüberschreitenden Verkehr und über die Sicherung der Finanzierung über die gesamte Laufzeit gemeinsame grenzüberschreitende Vergaben von deutschen und polnischen Aufgabenträgern faktisch ausschließt. Es sind daher folgende gesetzgeberische Maßnahmen zu empfehlen:

1. Klarere Regelungen zur Aufgabenträgerschaft

Das PTZ-Gesetz sollte die Aufgabenträgerschaft einfacher regeln und mit Abgrenzungskriterien versehen, die weniger Wertungsspielraum enthalten. Die derzeit geltenden Kriterien der Grenzzone und der entsprechenden Verwaltungseinheit (s. o. V.3.a)bb)) machen die Abgrenzung teilweise von Zufälligkeiten der Strukturen im benachbarten Staat abhängig.

2. Angleichung der Finanzausstattung an die übertragenen Aufgaben

Zudem sollte die Finanzausstattung der Wojewodschaften den übertragenen Aufgaben angepasst werden.

Soweit die Finanzierung derzeit jeweils nur für kurze Zeiträume von einem Jahr bis zu drei Jahren gesichert werden kann (s. o. VIII.2.b)bb)) ist dadurch eine gemeinsame Vergabe von SPNV-Leistungen mit deutschen Aufgabenträgern faktisch ausgeschlossen (s. o. IX.2.).

3. Klarstellung der Regelungen zur Kooperation

Es sollte eine Klarstellung erfolgen, dass das GöVerG Kooperationen von polnischen und ausländischen Aufgabenträgern sowie gemeinsamen Vergaben mit ihnen nicht entgegen steht.

XI. Entwurf von Vergabeunterlagen für grenzüberschreitende Vergaben im SPNV

Der anliegende Entwurf von Vergabeunterlagen für grenzüberschreitende Vergaben im SPNV bietet ein Beispiel für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Verbindung mit dem deutschen nationalen Vergaberecht. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV finden § 8 EG VOL/A, § 15 EG Absatz 10 VOL/A und § 23 EG VOL/A sowie die Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOL/A mit Ausnahme von § 7 VOL/A Anwendung.

Die Vergabeunterlagen bestehen aus folgenden Einzeldokumenten

- Anschreiben
- Bewerbungsbedingungen (BB)
- Leistungsverzeichnis (LV)
- Besondere Vertragsbedingungen (BVB)

Hinweis:

Das Muster ist sorgfältig erstellt und in ähnlicher Form für eine grenzüberschreitende Vergabe im SPNV verwendet worden. Es handelt sich dennoch lediglich um die prinzipielle Darstellung einer Ausgestaltung. Sie ersetzt keine individuelle rechtliche Beratung für konkrete Vergabeverfahren. Die Autoren schließen daher jede Haftung für das Muster aus.

Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes

Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes

Ausschreibung nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 i. V. m. § 3 Abs. 2 Satz 1 VOL/A (Xy-Netz)

Vergabe Nr.:/20...

Ende der Angebotsfrist: xx.xx.20xx, 12.00 Uhr

Ende der Bindefrist: xx.xx.20xx

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für Ihr Interesse und senden Ihnen anliegend die gewünschten Vergabeunterlagen zu. Im Folgenden informieren wir Sie über die Rahmenbedingungen und die Formalitäten des weiteren Verfahrens.

Mit der deutschen Bahnreform wurde die Aufgabenträgerschaft einschließlich der finanziellen Verantwortung für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) auf die deutschen Bundesländer übertragen. (Gegebenenfalls weitere Erläuterungen zur Aufgabenträgerschaft).

Die Wojewodschaft ... trägt Aufgabenträger die Verantwortung für die Planung, Gestaltung und Finanzierung des SPNV in ihrem Zuständigkeitsbereich.

Namens und in Vollmacht der genannten Aufgabenträger bitten wir Sie, ein Angebot für das Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen im SPNV auf den Linien

...

abzugeben.

Nach Maßgabe der Besonderen Vertragsbedingungen können während der Vertragslaufzeit weitere Verkehrsleistungen beauftragt werden.

Die Einzelheiten ergeben sich aus den folgenden Ausführungen sowie den beigefügten Anlagen, die auch den Umfang der Leistung beschreiben.

1. Die Aufgabenträger beabsichtigen, die in den Verdingungsunterlagen beschriebenen Leistungen für den Zeitraum vom xx.xx.20xx bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 20xx zu vergeben. Die Abgabe eines Angebotes für Teilleistungen ist nicht zulässig. Eine losweise Vergabe ist nicht vorgesehen.
2. Die Leistungen werden gemäß Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV in Verbindung mit 1a Nr. 2. Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Satz 1 der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung vergeben.
3. Folgende Stellen sind für die Vergabe der Leistungen (einschließlich Zuschlagserteilung) zuständig:

(Name Aufgabenträger 1)

(Anschrift)

(Name Aufgabenträger 2)

(Anschrift)

4. Während des Vergabeverfahrens sind alle Rückfragen schriftlich in deutscher Sprache zu richten an:

(Name Aufgabenträger 1)

Vergabebüro

Herrn/Frau xx

(Anschrift)

Tel.: (xxxxx) xx xx xx

Fax: (xxxxx) xx xx xx

Eventuelle Rückfragen sind unverzüglich zu stellen, ihre vorgezogene Zusendung per Telefax ist zulässig. Mündliche Rückfragen werden nicht beantwortet.

Der letzte Tag für Rückfragen ist der xx.xx.xxxx (14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist).

Sowohl Fragen als auch Antworten werden, soweit sie wichtige Aufklärungen über die geforderte Leistung oder die Grundlagen der Preisermittlung enthalten, gleichzeitig allen Bietern, die die Vergabeunterlagen angefordert haben, in anonymisierter Form mitgeteilt. Hierfür bitten wir Sie, uns Änderungen oder Ergänzungen Ihrer Adresse bzw. Telefon- und Faxnummern unter Angabe eines Ansprechpartners mitzuteilen.

5. Der Bieter benennt bei der Angebotsabgabe im Angebotsschreiben außerdem einen kompetenten und verantwortlichen Ansprechpartner, mit dem während der Auswertungsphase in allen Angelegenheiten, die das Angebot betreffen, verhandelt werden kann.

6. Ansprechpartner bei den Eisenbahninfrastrukturunternehmen:

Deutsche Eisenbahninfrastruktur:

DB Netz AG

(Adresse, Ansprechpartner, Telefonnummer und Faxnummer)

DB Station & Service AG

(Adresse, Ansprechpartner, Telefonnummer und Faxnummer)

Polnische Eisenbahninfrastruktur:

PKP Polskie Linie Kolejowe S. A.

(Adresse, Ansprechpartner, Telefonnummer und Faxnummer)

7. Produkte und Leistungen müssen den europäischen Normen und den technischen Spezifikationen der UIC entsprechen, soweit diese vorhanden und anwendbar sind. Die geltenden Gesetze, Verordnungen, technischen Spezifikationen und Regeln für den Eisenbahnbetrieb in Deutschland und Polen sind einzuhalten. Dies sind insbesondere folgende Bestimmungen:

Gesetze:

- a) Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)
- b) Gesetz vom 16. Dezember 2010 über den Öffentlichen Verkehr (PTZ-Gesetz)
- c) Gesetz vom 28. März 2003 über den Eisenbahnverkehr (TrK-Gesetz)

(Raum für Hinweis auf weitere Vorschriften, die für das Vergabeverfahren von besonderer Bedeutung sind)

Verordnungen:

- a) Eisenbahnunternehmer-Berufszugangsverordnung (EBZugV)
- b) Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO)
- c) Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO)
- d) Eisenbahn-Signalordnung (ESO)
- e) Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)

(Raum für Hinweis auf weitere Vorschriften, die für das Vergabeverfahren von besonderer Bedeutung sind)

Sonstige Rechtsvorschriften

(Raum für Hinweis auf Vorschriften, die für das Vergabeverfahren von besonderer Bedeutung sind)

Recht der Europäischen Gemeinschaften:

- a) Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates (EG) Nr. 1370/2007 über die öffentlichen Diensten in der Beförderung von Reisenden auf der Eisenbahn und Straße und über die Außerkraftsetzung der Verordnung des Rates (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70
- b) Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates (EG) Nr. 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste in der Eisenbahnbeförderung

(Raum für Hinweis auf weitere Vorschriften, die für das Vergabeverfahren von besonderer Bedeutung sind)

8. Die Aufgabenträger zahlen dem EVU eine Vergütung auf Basis der im Angebot angegebenen Preise.

Die Erlöse aus Fahrgeldeinnahmen stehen den Aufgabenträgern zu (so genannter Bruttovertrag).

Vor diesem Hintergrund ist das Kalkulationsschema jeweils für die Jahre bis 20xx auszufüllen. Bei Investitionen ist die Art der Finanzierung zu benennen.

Der Bieter hat bei den unter Nr. 6. genannten Infrastrukturunternehmen die aktuellen Trassenpreise und Stationsgebühren zu erfragen und im Angebot anzugeben.

Die Kalkulation der Kosten durch den Bieter liefert auch die Grundlage für die Anpassung der Vergütung bei Änderungen des Verkehrsangebots während der Vertragslaufzeit gemäß den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB). Die BVB regeln auch das nähere Prozedere.

Ab dem 1. Januar 20xx gilt eine Wertsicherungsklausel, auf die im Leistungsverzeichnis (LV) verwiesen wird.

Bei der Kalkulation des Angebotes ist davon auszugehen, dass keine Förderung der Fahrzeugbeschaffung und sonstiger Investitionen durch die Aufgabenträger erfolgt.

Die Aufgabenträger haben die Angaben zum Fahrgastaufkommen nach bestem Wissen ermittelt. Sie sind bei der Bemessung der Fahrzeuge zu berücksichtigen. Die Aufgabenträger bieten jedoch keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben. Jede Haftung wird insoweit ausgeschlossen. Die Bieter legen ihrer Kalkulation gegebenenfalls eigene Einschätzungen, Erhebungen und Prognosen zugrunde.

9. Mit dem Angebot sind von Ihnen folgende Unterlagen vorzulegen (Checkliste):

Lfd. Nr.	Dokument	Dok.-Nr.	Hinweis
1	Angebotsschreiben	02	Dokument ausfüllen und zurücksenden
2	Erklärung bei Bietergemeinschaft	03	Erklärung ausfüllen und zurücksenden
3	Erklärung zum geplanten Einsatz von Unterauftragnehmern bei wesentlichen Hauptleistungen	04	Erklärung ausfüllen und zurücksenden
4	Erklärung zur Verringerung des Preises für die Leistungserstellung bei Verzicht auf die Sicherheitsleistung	05	Erklärung ausfüllen und zurücksenden
5	Leistungsverzeichnis (LV)	06	LV ausfüllen und zurücksenden
6	Kalkulationsschema (Anlage A 1)	06-1	Tabelle ausfüllen und zurücksenden (Anlage A 1 befindet sich ebenfalls auf der beigefügten CD-ROM)
7	Kalkulationsschema (Anlage A 2)	06-2	Tabelle ausfüllen und zurücksenden (Anlage A 2 befindet sich ebenfalls auf der beigefügten CD-ROM)
8	Leistungsbeschreibung (LB) inklusive 8 Anlagen (B 1 – B 8)	07 bis 15	2. Ausfertigung zurücksenden Konzepte gemäß LB sind vom Bieter zu erstellen (kein Formblatt vorgegeben)
9	CD-ROM	16	2. Ausfertigung zurücksenden
10	Besondere Vertragsbedingungen (BVB) inklusive 3 Anlagen (C 1 – C 3)	17 bis 20	2. Ausfertigung zurücksenden

10. Die Abgabe eines Angebotes durch Arbeitsgemeinschaften und andere gemeinschaftliche Bieter (Bietergemeinschaft) ist zulässig, sofern die Kriterien des Positionspapiers der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 08.11.2001 erfüllt sind (vgl. Anlage xx). Der Koordinierungsaufwand darf allerdings nicht bei den Aufgabenträgern liegen.

Bietergemeinschaften haben ihre Mitglieder zu benennen. Das Angebot ist von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft rechtsverbindlich zu unterschreiben.

Des Weiteren hat die Bietergemeinschaft eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrages zu bezeichnen. Zu benennen ist auch ein für das gemeinsame Angebot verantwortlicher Ansprechpartner (siehe oben Nr. 5 dieses Schreibens).

11. Die Aufgabenträger behalten sich die Forderung einer Sicherheitsleistung vor. Diese entspricht anfänglich 1/3 des voraussichtlichen Grundanspruchs für die Leistungserstellung für das erste vollständige Betriebsjahr. Auf § 13 Absätze 2 und 3 BVB wird ergänzend verwiesen. Die Kalkulation des Angebotspreises hat unter Berücksichtigung der Kosten für die Sicherheitsleistung zu erfolgen.

Die Bieter haben zu erklären, um welche Summe sich ihr Angebot verringert, wenn gegebenenfalls auf die Sicherheitsleistung verzichtet wird. Dazu ist das Dokument 05 „Erklärung zur Verringerung des Preises für die Leistungserstellung bei Verzicht auf die Sicherheitsleistung“ auszufüllen und gesondert zu unterschreiben.

12. Es gelten die Bewerbungsbedingungen (BB) entsprechend Dokument 01 und die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) entsprechend Dokument 17.
13. Das Angebot ist 6-mal im Original, davon 3-mal in polnischer und 3-mal in deutscher Sprache, zu übergeben. Rechtlich allein maßgeblich ist der deutsche Text. Die Kalkulationstabellen sind darüber hinaus auf Datenträger unter Anwendung von Microsoft-Excel (bearbeitbar) zu übergeben. Bei voneinander abweichenden Angaben der elektronischen von der gedruckten Fassung gilt die gedruckte Fassung.
14. Nach Ablauf der Angebotsfrist sind Sie bis zum xx.xx.20xx an Ihr Angebot gebunden (Zuschlags- und Bindefrist).
15. Die Kosten für die Verdingungsunterlagen und die Bearbeitung des Angebotes werden nicht erstattet.
16. Die Aufgabenträger schließen den Vertrag mit dem Bieter, der aufgrund der ausgehandelten Auftragsbedingungen unter Berücksichtigung aller Umstände das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet. Der Preis des Angebotes ist nicht alleine ausschlaggebend. Die Wertung erfolgt nach folgenden Kriterien:

1. Preis 70 %
2. Konzepte zusammen 30 %

Die Bewertung der im Angebot verbal beschriebenen Konzepte erfolgt mit Punkten. Die

Bedeutung der Punkte ist wie folgt definiert:

- 0 Punkte: Einhaltung oder unwesentliche Überschreitung der Mindestkriterien
- 1 Punkt: nicht unwesentliche Überschreitung der Mindestkriterien (in Deutschland marktübliche Lösungen werden angeboten)
- 2 Punkte: Erhebliche Überschreitung der Mindestkriterien (z. B. Angebot geht über in Deutschland marktübliche Lösungen hinaus)

Positiv bewertet werden jeweils nur rechtsverbindlich zugesicherte Angaben der Bieter.

Die jeweiligen Konzepte werden wie folgt gewichtet.

Konzept	Gewichtung
Betriebskonzept	25 %
Fahrzeugkonzept	25 %
Personalkonzept	10 %
Sicherheitskonzept	10 %
Konzept zur Fahrgastinformation und zum Kundenservice	10 %
Vertriebskonzept	10 %
Marketingkonzept	10 %

18. Wenn Sie bereit sind, die Leistungen zu übernehmen, werden Sie gebeten, die oben geforderten Unterlagen an den ausgewiesenen Stellen der Originale rechtsverbindlich unterschrieben, im verschlossenen Umschlag innerhalb der Angebotsfrist an die oben bezeichnete Stelle einzusenden oder dort zu den üblichen Bürozeiten abzugeben. Der Umschlag muss mit dem beiliegenden Aufkleber gekennzeichnet sein. Eine Einsendung per E-Mail ist nicht zulässig.
19. Auch die Rücknahme oder etwaige Ergänzungen, Änderungen oder Berichtigungen des Angebotes sind bis zum Ende der Angebotsfrist – entsprechend gekennzeichnet – einzureichen.
20. An die folgenden Stellen können Sie sich zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen Vergabebestimmungen wenden:
Vergabekammer ... (D)
(Adresse, Telefonnummer und Faxnummer)
21. Datenschutzklausel
Die von Ihnen erbetenen personenbezogenen Angaben werden im Rahmen des Vergabeverfahrens verarbeitet und gespeichert. Ihre Angaben sind Voraussetzung für die Berücksichtigung Ihres Angebotes nach VOL/A.

In Erwartung Ihres Angebotes verbleiben wir
mit freundlichen Grüßen

(Name und Unterschrift)

Anlagen:

- Inhaltsverzeichnis
- Abkürzungsverzeichnis
- Dokument 01 – Bewerbungsbedingungen (BB)
- Dokument 02 – Angebotsschreiben (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 03 – Erklärung bei Bietergemeinschaft (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 04 – Erklärung zum geplanten Einsatz von Unterauftragnehmern bei wesentlichen Hauptleistungen (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 05 – Erklärung zur Verringerung des Preises für die Leistungserstellung bei Verzicht auf die Sicherheitsleistung (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 06 – Leistungsverzeichnis (LV) (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 06-1 – Kalkulationsschema (Anlage A 1) (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 06-2 – Kalkulationsschema (Anlage A 2) (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 07 – Leistungsbeschreibung (LB) inklusive 8 Anlagen (Dokument 08 – Anlage B 1 bis Dokument 15 – Anlage B 8) (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 16 – CD-ROM (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Dokument 17 – Besondere Vertragsbedingungen (BVB) inklusive 3 Anlagen (Dokument 18 – Anlage C 1 bis Dokument 20 – Anlage C 3) (2 Ausfertigungen)¹⁾
- Aufkleber zur Kennzeichnung der Umschläge

¹⁾ Von diesen Unterlagen ist jeweils eine Ausfertigung mit dem Angebot einzureichen. Die andere Ausfertigung ist für Ihre Unterlagen bestimmt.

Dokument 01 – Bewerbungsbedingungen (BB)

(Zum Verbleib beim EVU bestimmt, nicht mit dem Angebot zurückgeben!)

Allgemeines

Der (Aufgabenträger 1) (D) und der (Aufgabenträger 2) (D) verfahren nach Teil A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) in der aktuellen Fassung. Sie führen eine Öffentliche Ausschreibung nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV in Verbindung mit 1a Nr. 2. Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Satz 1 der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) durch. Auf das Verfahren findet ausschließlich europäisches und deutsches Recht Anwendung.

Angebot

1. Für das Angebot sind die übersandten Vordrucke zu verwenden. Erforderlichenfalls können zusätzliche, vom EVU erstellte Anlagen beigelegt werden. Ein elektronisches Angebot ist nicht zugelassen.
2. Das Angebot muss vollständig sein. Änderungen des EVU an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein. Die Eintragungen müssen dokumentenecht sein.
3. Die Verdingungsunterlagen enthalten vielfältige zwingend formulierte Anforderungen (u. a. „muss“, „hat“ und „ist zu“). Ein Angebot, welches diese Anforderungen nicht erfüllt, wird ausgeschlossen. Gleiches gilt für ein Angebot, welches von den Vorgaben der Besonderen Vertragsbedingungen abweicht.
4. Stimmt der Gesamtbetrag einer Ordnungszahl (Position) nicht mit dem Einzelpreis überein, ist für die Wertung der Einzelpreis maßgebend.
5. Bestehen für den Gegenstand des Angebotes gewerbliche Schutzrechte oder sind solche vom EVU oder Dritten beantragt, hat das EVU dies in einer besonderen Anlage zum Angebot anzugeben. Beabsichtigt das EVU, Angaben aus seinem Angebot für die Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechtes zu verwenden, hat es in seinem Angebot darauf hinzuweisen.
6. Das Angebot ist in deutscher und polnischer Sprache abzufassen. Der Schriftverkehr mit den Auftraggebern ist in deutscher und polnischer Sprache zu führen. Rechtlich maßgebend ist allein die deutsche Fassung.
7. Das EVU hat in seinem Angebot zu erklären, um welchen Betrag der Angebotspreis reduziert werden würde, wenn auf die Sicherheitsleistung verzichtet würde. Aus diesem Grund ist die „Erklärung zur Verringerung des Preises für die Leistungserstellung bei Verzicht auf die Sicherheitsleistung“ auszufüllen und zu unterschreiben.

Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen

Enthalten die Verdingungsunterlagen nach Auffassung des EVU Unklarheiten, welche die Preisermittlung beeinflussen können, so hat das EVU die Aufgabenträger vor Angebotsabgabe schriftlich oder per Fax darauf hinzuweisen, auch wenn es den Hinweis vorher schon mündlich gegeben hat.

Dokument 06 – Leistungsverzeichnis (LV)

Preis für die Leistungserstellung; ohne Infrastrukturnutzungsentgelte

Für das Gebiet des xx

Linie	Zugkm/Normjahr gem. Anlage B 1 (LB)	xx.12.20xx bis 31.12.20xx	20xx	20xx ff.
		EUR/Zugkm	EUR/Zugkm	EUR/Zugkm
xx				Wertsicherungsklausel

Für das Gebiet des xx

Linie	Zugkm/Normjahr gem. Anlage B 1 (LB)	xx.12.20xx bis 31.12.20xx	20xx	20xx ff.
		EUR/Zugkm	EUR/Zugkm	EUR/Zugkm
xx				Wertsicherungsklausel

Die Kalkulation des Preises für die Leistungserstellung hat auf Grundlage des in Anlage B 1 genannten Mengengerüsts und den sonstigen Anforderungen der Verdingungsunterlagen zu erfolgen. Der kalenderjährliche Vergütungsanspruch ermittelt sich nach den Regelungen der Besonderen Vertragsbedingungen (BVB).

Die Vertragsparteien erhalten – mit Wirkung ab dem Jahr 20xx – das Recht, für Veränderungen der Personal- und Energiekosten des EVU eine Anpassung der Preise für die Leistungserstellung zu verlangen. Die Anpassung erfolgt nach Veröffentlichung des Indexes für das zurückliegende Jahr jeweils zum Beginn des darauf folgenden Jahres.

Die Preise für die Leistungserstellung des Jahres 20xx stellen den Ausgangswert für die erste Änderung (mit Wirkung ab dem Jahr 20xx) dar.

Der Anpassung werden folgende durchschnittlichen Anteile der Personal- und Energiekosten am durchschnittlichen Preis für die Leistungserstellung des EVU zugrunde gelegt:

- 38 % Personalkosten
- 14 % Energiekosten
- 48 % trägt der Auftragnehmer als Selbstbehalt

Dabei werden die Kostenänderungen wie folgt festgestellt:

- Personalkosten = Veränderung des zum Jahresende festgestellten „Verbraucherindex des Statistischen Bundesamtes für Deutschland“, Fachserie 17; Reihe 7, Index 4 „Verbraucherpreisindizes“, Spalte Deutschland, JD-Zeile des betreffenden Jahres.
- Energiekosten (Diesel) = Veränderungen des zum Jahresende festgestellten Index des statistischen Bundesamtes, Fachserie 17 Reihe 2, Kapitel 1 „Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz), Tabelle 1.1 Aktuelle Ergebnisse – Dieselkraftstoff bei Abgabe an Großverbraucher, Lfd. Nr. 175, Nr. der GP-Systematik 19 20 26 00 52“.
- Energiekosten (Strom) = Veränderungen des zum Jahresende festgestellten Index des statistischen Bundesamtes, Fachserie 17 Reihe 2, Kapitel 1 „Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz), Tabelle 1.1 Aktuelle Ergebnisse – Elektrischer Strom bei Abgabe an Sondervertragskunden in Hochspannung, Lfd. Nr. 621, Nr. der GP-Systematik 35 11 15“.

Sollte einer der genannten Indizes während der Vertragslaufzeit durch das Statistische Bundesamt nicht fortgeführt werden, so wird der Index angewendet, dessen Anwendung das Statistische Bundesamt anstelle des nicht fortgeführten Index empfiehlt. Sofern ein anderer Index des Statistischen Bundesamtes in der Vergangenheit mit dem entfallenden Index wirtschaftlich und inhaltlich eher vergleichbar war, kann jede Partei innerhalb eines Jahres ab der Nichtfortführung des entfallenden Indexes seine Anwendung verlangen. Empfiehlt das Statistische Bundesamt keinen Index, so findet, sofern ein übergeordneter Index existiert, dieser Anwendung, wenn nicht ein anderer vom Statistischen Bundesamt veröffentlichter Index dem nicht fortgeführten Index näher kommt.

Dokument 17 – Verkehrsvertrag (Besondere Vertragsbedingungen)

Anlagen

- Anlage C 1 Planungskalender
- Anlage C 2 Minderung bei Qualitätsmängeln
- Anlage C 3 Berichterstattung

Präambel

Der Verkehrsvertrag (im Weiteren als Besondere Vertragsbedingungen [BVB] bezeichnet) dient der Sicherung und Gestaltung des schienengebundenen Personennahverkehrs (SPNV) in der X-Region in Deutschland und Republik Polen. Zur Sicherstellung der Mobilitätsbedürfnisse der Einwohner und Besucher dieser Region und zur Sicherstellung einer auch unter sozialen, umweltpolitischen und landesplanerischen Kriterien ausreichenden Verkehrsbedienung soll auf den Linien xx – xx – xx – xx ein attraktiver SPNV gewährleistet werden.

Die Vertragspartner streben während der Vertragslaufzeit eine enge Partnerschaft und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit an. Das schließt im Besonderen einen regen und unverzüglichen Informationsaustausch bei allen während der Vertragsdurchführung auftretenden Problemen ein.

Bei der Erbringung der Verkehrsleistungen werden die Belange von Menschen mit eingeschränkter Mobilität im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten beachtet.

§ 1 Vertragsgegenstand

- (1) Gegenstand des Vertrages ist das Erbringen von fahrplanmäßig festgelegten Verkehrsangeboten zur Bedienung der Allgemeinheit mit Angeboten im SPNV. Der Vertrag regelt Art, Umfang, Qualität und Finanzierung der entsprechenden SPNV-Leistungen.
- (2) Es handelt sich bei diesem Vertrag um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007.

§ 2 Geltende Vertragsbedingungen

- (1) Zwischen xx und xx – zusammen Aufgabenträger genannt – und dem Bieter, der den Zuschlag erhält (Eisenbahnverkehrsunternehmen; nachstehend EVU genannt) gelten die folgenden Bedingungen, bei Widersprüchen in der genannten Reihenfolge:
 1. Leistungsverzeichnis (LV) inklusive Kalkulationsschemata
 2. Leistungsbeschreibung (LB)
 3. Besondere Vertragsbedingungen (BVB)
 4. Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B)
 5. Konzepte des EVU gemäß Leistungsbeschreibung
- (2) Die BVB gelten für die Zuständigkeitsbereiche aller Aufgabenträger. Darüber hinaus gelten für Leistungen im Gebiet des xx die Besonderen Vertragsbedingungen für xx (BVB-xx) und für Leistungen im Gebiet des xx die Besonderen Vertragsbedingungen für xx (BVB-xx).

§ 3 Zuständigkeiten und Rechtsstellung

- (1) Der xx ist Aufgabenträger für den SPNV für seinen Zuständigkeitsbereich. Der xx ist gemäß §§ xx xx Gesetz der SPNV-Aufgabenträger für seinen Zuständigkeitsbereich. Für etwaige Willenserklärungen, Informationsrechte und -pflichten sowie tatsächliche Handlungen ist der Aufgabenträger maßgeblich, dessen Zuständigkeitsbereich betroffen ist. Gegebenenfalls sind alle Aufgabenträger maßgeblich.
- (2) Das EVU ist Träger der sich aus Gesetzen, Verordnungen und öffentlich-rechtlichen Genehmigungen ergebenden Rechte und Pflichten als EVU. Es ist zur

ordnungsgemäßen Durchführung der Verkehrsleistungen verpflichtet. Es schließt die Beförderungsverträge mit den Reisenden.

§ 4 Gesellschaftsrechtliche Verhältnisse, Unterauftragnehmer

- (1) Das EVU teilt dem xx und dem xx alle wesentlichen Änderungen seiner gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse mit. Dies gilt insbesondere für Änderungen des haftenden Kapitals sowie für den Abschluss oder die Änderung von Gewinnabführungs-, Beherrschungs- und Konzerneingliederungsverträgen.
- (2) Sofern das EVU Dritte (Unterauftragnehmer), die es in der Erklärung zum geplanten Einsatz von Unterauftragnehmern nicht genannt hat, mit der Erbringung von Hauptleistungen aus diesem Vertrag beauftragen will, benötigt es hierfür die schriftliche Zustimmung der Aufgabenträger. Die Weitergabe von Leistungen an Dritte ist grundsätzlich nur bis zu einer Höhe von 50 % des Auftragswertes zulässig. Für den Fall der Übertragung von Teilen der Leistung auf Dritte verfährt das EVU nach wettbewerblichen Gesichtspunkten. Diesen Dritten dürfen keine ungünstigeren Bedingungen auferlegt werden, als zwischen dem EVU und den Aufgabenträgern vereinbart worden sind.

§ 5 Leistungen des EVU

- (1) Die fahrplanjährliche Verkehrsleistung hat den Umfang gemäß Anlage B 1. Das zu erbringende Volumen an Verkehrsleistungen kann sich auf Grund geringfügiger Änderungen der jeweiligen Fahrplanperioden bzw. unterschiedlichen Verkehrstagerregelungen leicht verändern.
- (2) Die Fristen und Verantwortlichkeiten für die jährliche Vorgabe der konkreten Verkehrsleistung enthält die Anlage C 1. Die dortigen Bestimmungen gelten auch für das Jahr der Betriebsaufnahme.
- (3) Das EVU erbringt seine Leistungen im Umfang gemäß Anlage B 1 sowie in der gemäß LB nebst Anlagen geforderten Qualität. Abweichungen des EVU davon sind im Einvernehmen mit den Aufgabenträgern zulässig. Art, Umfang und Zeitdauer sowie das Einvernehmen zu der Abweichung sind schriftlich zu dokumentieren.

§ 6 Leistungsänderungen

- (1) Fahrplanänderungen in Form von zeitlichen oder räumlichen Umbestellungen von Verkehren durch die Aufgabenträger sind möglich und führen nicht zu einer Veränderung des Preises für die Leistungserstellung gemäß LV, wenn die Abbestellungen und die Neubestellungen die gleiche Summe an Zugkilometern aufweisen. Voraussetzung für die Beibehaltung des Preises ist, dass dadurch kein Mehrbedarf an Schienenfahrzeugen entsteht.
- (2) Gleiches gilt bei einer Erhöhung bzw. Verringerung der jährlichen Fahrbetriebsleistungen in Höhe von bis zu fünf Prozent gegenüber dem in der Anlage B 1 benannten Umfang. Voraussetzung dafür ist, dass durch die Veränderung des Leistungsumfangs kein zusätzlicher oder verringerter Personalbedarf, Bedarf an Schienenfahrzeugen und/oder keine zusätzlichen Leerfahrten entstehen. Weist das EVU nach, dass durch die Leistungsänderungen zusätzliche Leerfahrten notwendig werden, sind diese ebenfalls mit dem im LV angebotenen Preis pro Zugkilometer inklusive der anfallenden Infrastrukturbenutzungsentgelte zu vergüten.
- (3) In allen anderen Fällen ist der Preis für die Leistungserstellung gemäß LV an die veränderten Kosten des EVU anzupassen. Dabei ist das EVU für die Angemessenheit der neu festzusetzenden Kosten darlegungspflichtig. Das EVU hat sich dabei dasjenige anrechnen zu lassen, was es infolge der Änderung seiner Leistung an

Aufwendungen spart oder hätte sparen können oder durch anderweitige Verwendung seiner Kapazitäten erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

- (4) Unterjährige Änderungen des Fahrplanes erfolgen einvernehmlich und sind auf ein möglichst geringes Maß zu begrenzen. Änderungen der Kapazität bestehender Zugläufe sind im Einvernehmen zwischen dem xx, dem xx und dem EVU jederzeit – auch während eines Fahrplanjahres – möglich.

§ 7 Infrastrukturanmeldung, Nutzung der Infrastruktur

- (1) Die Anmeldung der für das vereinbarte Leistungsangebot notwendigen Trassen und Verkehrsstationen bei den entsprechenden Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) erfolgt rechtzeitig durch das EVU (vgl. Anlage C 1). Das EVU schließt mit den EIU die notwendigen Verträge über die Nutzung dieser Infrastruktur. Diese sind dem xx und dem xx bei Bedarf nachzuweisen. Sollte eine Vereinbarung nicht zustande kommen, so wird das EVU von dieser Vertragsverpflichtung frei, wenn es die Gründe für das Scheitern nicht zu vertreten hat.
- (2) Wird die Eisenbahninfrastruktur nicht gemäß der Bestellung zur Verfügung gestellt, nimmt das EVU Verhandlungen mit dem EIU und – sofern beteiligt – den anderen anmeldenden Eisenbahnverkehrsunternehmen auf. Der xx bzw. der xx sind berechtigt, an den Verhandlungen teilzunehmen. Sobald sich abzeichnet, dass eine Lösung des Konflikts im Verhandlungsweg nicht erreicht werden kann, hat das EVU die Aufgabenträger darüber zu informieren. Die Information muss unverzüglich und so rechtzeitig und umfassend erfolgen, dass den Aufgabenträgern eine angemessene Reaktionszeit und ausreichende Entscheidungsgrundlagen zur Verfügung stehen. Gesetzliche oder vertragliche Ansprüche des EVU gegenüber dem EIU sind bei Bedarf unter Ausschöpfung des Rechtsweges und der kartellrechtlichen Möglichkeiten durchzusetzen.
- (3) Die Absätze 1 bis 2 gelten auch für das Fahrplanjahr der Betriebsaufnahme.
- (4) Bei der Auswahl verschiedener Preissysteme für die Infrastrukturleistungen ist der für das EVU jeweils günstigste Tarif zu wählen. Preisnachlässe und Kostenteilungen jeglicher Art sind im Rahmen der Möglichkeiten zu nutzen.
- (5) Das EVU ist im Rahmen seiner Betriebsführung verpflichtet, den ordnungsgemäßen Zustand der Infrastruktur visuell und akustisch zu kontrollieren. Beschädigungen und/oder Störungen sind unverzüglich an das jeweilige EIU zu melden. Das EVU arbeitet hierbei mit den Eisenbahninfrastrukturunternehmen vertrauensvoll zusammen.
- (6) Sollte das der LB entsprechende Bedienungskonzept des EVU während der Vertragslaufzeit aufgrund fehlender infrastruktureller Voraussetzungen nicht mehr umgesetzt werden können, ohne dass sich daraus für die Aufgabenträger oder das EVU unzumutbare Kostensteigerungen bzw. Ertragsminderungen ergeben, werden die BVB unter Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Vertragspartner an die tatsächlichen infrastrukturellen Gegebenheiten angepasst.

§ 8 Nicht- und Schlechtleistung

- (1) Nichtleistungen sind Leistungen, die – auch abschnittsweise zwischen zwei Verkehrsstationen – ausgefallen sind. Die Leistung eines Zuges gilt als ausgefallen, wenn
 - sie nicht erbracht wurde,
 - der Zug mehr als 60 Minuten verspätet war oder
 - der Zug eine Verspätung hatte, die größer als das Taktintervall war.

- (2) Für Nichtleistungen besteht kein Anspruch auf Vergütung.
- (3) Schlechtleistungen sind Leistungen, die von der LB negativ abweichen und nicht unter Absatz 1 fallen.
- (4) Für einzelne Schlechtleistungen besteht nur ein eingeschränkter Vergütungsanspruch. Die Einzelheiten hierzu regelt § 9 Absatz 4.

§ 9 Zuschuss

- (1) Das EVU hat je Aufgabenträger einen Anspruch auf einen Zuschuss, der sich je Kalenderjahr aus dem Leistungsumfang gemäß Anlage B 1 und dem Preis für die Leistungserstellung gemäß LV ergibt abzüglich der kassentechnischen Einnahmen, zuzüglich der Infrastrukturnutzungsentgelte und unter Einbeziehung der Abzüge für Nichtleistungen und Schlechtleistungen sowie der Preisgleitung (Bruttovertrag). Es besteht während der gesamten Laufzeit des Vertrages keine gesamtschuldnerische Haftung der Aufgabenträger gegenüber dem EVU.
- (2) Die Höhe der Infrastrukturnutzungsentgelte ergibt sich aus den jeweils gültigen Preislisten der Infrastrukturunternehmen. Das EVU übergibt den Aufgabenträgern eine detaillierte Übersicht spätestens bis zum Beginn des neuen Fahrplanjahres bzw. nach Veröffentlichung der Preislisten durch die Infrastrukturunternehmen.
- (3) Sofern Nichtleistungen durch SEV-Leistungen ersetzt werden, werden diese je ersetztem Zugkm mit 25 % des Vergütungsanspruchs je Zugkm (inklusive Infrastrukturnutzungsentgelt) vergütet.
- (4) Der Abzug für Schlechtleistungen wird auf der Basis der Anlage C 2 ermittelt. Die Summe der Abzüge ist je Fahrplanjahr auf 20 % des Vergütungsanspruchs gemäß Absatz 1 begrenzt. Abzugsbeträge für Schlechtleistungen werden innerhalb der Jahresschlussrechnung verrechnet.
- (5) Für die Kalenderjahre ab 20xx soll der Preis für die Leistungserstellung gemäß LV wertbeständig gesichert werden. Die Einzelheiten für die Veränderung der Vergütung sind im LV geregelt. Änderungen der Kalkulationsgrundlagen oder sonstiger Umstände bzw. Motive berechtigen das EVU nicht zur Änderung des angebotenen Preises für die Leistungserstellung. Das EVU trägt das Risiko eines Kalkulationsirrtums.

§ 10 Zahlungsmodalitäten, Statusbericht, Jahresschlussrechnung

- (1) Das EVU erhält den jährlichen Ausgleichsbetrag in monatlich gleich großen Abschlagszahlungen bis zum 25. des laufenden Monats auf ein Konto seiner Wahl überwiesen.
- (2) Die Gewährung der Abschlagszahlungen bedeutet keine Abnahme der Leistungen.
- (3) Der Abrechnungszeitraum ist das jeweilige Kalenderjahr. Zeitabschnitte während der Laufzeit dieses Vertrages, die nur einen Teil eines Kalenderjahres umfassen, werden wie Kalenderjahre behandelt.
- (4) Das EVU übergibt dem xx und dem xx als Liefernachweis einen vollständigen monatlichen Statusbericht gemäß Anlage C 3. Dieser Statusbericht ist den Aufgabenträgern bis zum 20. des Monats für den vergangenen Monat auf elektronischem Wege zu übermitteln.
- (5) Das EVU übergibt den Aufgabenträgern die Jahresschlussrechnung bis zum 31. März für das vergangene Jahr ebenfalls auf elektronischem Weg. Die näheren Einzelheiten für das Aufstellen der Jahresschlussrechnung enthalten die Anlagen C 3.

- (6) Der sich aus der Jahresschlussrechnung ergebende – positive oder negative – Saldo wird im Rahmen einer gesonderten Rechnungsstellung innerhalb der nächsten drei Monate nach Anerkennung der Jahresschlussrechnung beglichen.

§ 11 Tarife und Vertrieb

- (1) Das EVU wendet die von den Aufgabenträgern jeweils vorgegebenen Tarife und Sondertarife und deren Beförderungsbedingungen an. Als Regeltarif gelten der Tarif xx, der Tarif xx im Gebiet xx und der xx-Tarif. Außerdem gilt ein speziell für diese Strecke durch die Aufgabenträger vorgegebener Sondertarif für grenzüberschreitende Beförderungen, der sich noch in der Konzipierung befindet. Sollte der xx bis zur Betriebsaufnahme die Anwendung eines eigenen Tarifes beschließen, so gilt dieser ebenfalls als Regeltarif.
- (2) – Tarife und Tarifanträge –
Für die Aufgabenträger gelten jeweils unterschiedliche Regelungen (siehe BVB-xx, bzw. BVB-xx).
- (3) Die BB Personenverkehr bzw. die BB Anstoßverkehr werden angewendet
- für Reisende von und nach Zielen im jeweiligen Land außerhalb der Bediengebiete
 - für Reisende des internationalen Verkehrs und
 - bei zeitlich begrenzten Sonderangeboten der Regionen.
- Die im Bereich des xx und des xx bestehenden zeitlich begrenzten Sonderangebote werden durch die Aufgabenträger vorgegeben und vom EVU anerkannt. Nach derzeitigem Stand werden anerkannt:
- xx-Ticket
 - xx-Ticket
- (4) Falls das EVU keine Einigung über eine Anerkennung und eine leistungsgerechte Verrechnung der Einnahmen auf Basis der BB Personenverkehr erreicht, können der xx und der xx die Anwendung der BB Anstoßverkehr verlangen. Die Ausgestaltung des Tarifs wird dem EVU vom xx bzw. vom xx zur Wahrung von verbundeinheitlichen Lösungen vorgegeben. Auf § 12 Absatz 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) wird verwiesen.
- (5) In Erfüllung der Vorgaben von § 12 Absatz 1 AEG ist das EVU verpflichtet, einen unternehmensunabhängigen Vertrieb auch von anderen Tarifen, die neben dem xx-Tarif gelten, zu gewährleisten. Dazu hat es insbesondere Vertriebskooperationen mit anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vereinbaren.

§ 12 Einnahmen, Einnahmenaufteilung

Für die Aufgabenträger gelten jeweils unterschiedliche Regelungen (siehe BVB-xx bzw. BVB-xx).

§ 13 Versicherungsschutz und Sicherheitsleistung

- (1) Das EVU hat zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme einen Versicherungsschutz nach den gesetzlichen Vorgaben der Staaten nachzuweisen, in denen die Verkehrsleistungen zu erbringen sind. Der entsprechende Versicherungsnachweis ist den Aufgabenträgern rechtzeitig vorzulegen. Die Auszahlung von Abschlagszahlungen kann von der Vorlage des Nachweises abhängig gemacht werden.

- (2) Das EVU erbringt zur Sicherung seiner Leistungspflicht bis zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme hinreichende Sicherheiten. Diese müssen den lückenlosen Weiterbetrieb des vertraglichen Angebotes gewährleisten und Schäden bei den Aufgabenträgern im Fall der Leistungseinstellung seitens des EVU absichern. Abgesichert werden müssen insbesondere zu erwartende höhere Kosten der Aufgabenträger bei Beauftragung eines anderen EVU. Der zu sichernde Anspruch der Aufgabenträger beträgt je 1/3 des Vergütungsanspruchs für das erste vollständige Betriebsjahr.
- (3) Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf § 18 VOL/B verwiesen, wobei die Sicherheit durch Bürgschaft auf Kreditinstitute bzw. Kreditversicherer mit Zulassung in Deutschland und/oder Polen beschränkt ist. Wenn das EVU die Sicherheitsleistung nicht erbringt, sind die Aufgabenträger berechtigt, die monatlichen Raten einzubehalten, bis der Sicherungsbetrag erreicht ist. Wird Sicherheit durch Bürgschaft geleistet, hat das EVU dieses Vorgehen den Aufgabenträgern durch eine entsprechende Ausgestaltung des Bürgschaftsvertrages zu gewährleisten.

§ 14 Laufzeit und Kündigung

- (1) Der Vertrag kommt mit Zuschlagserteilung zu Stande. Die Betriebsaufnahme erfolgt am xx. Dezember 20xx. Der Vertrag endet mit dem Tag vor dem Fahrplanwechsel im Dezember 20xx. Geringfügige Verschiebungen der Anfangs- und Endtermine in dem jeweiligen Kalenderjahr durch betriebliche Erfordernisse (zum Beispiel Fahrplanwechsel anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen) sind möglich.
- (2) Der Vertrag kann von den Vertragspartnern vorzeitig nur aus wichtigem Grund gekündigt werden, den der Kündigende nicht zu vertreten hat und der ihm das Festhalten am Vertrag unzumutbar macht. Eine vorzeitige Kündigung erfolgt mit sofortiger Wirkung, sofern der Kündigende keinen abweichenden Beendigungstermin vorgibt. Ein wichtiger Grund kommt insbesondere in Betracht, wenn
 - das EVU die für die Betriebsaufnahme notwendigen Maßnahmen und Vorarbeiten trotz schriftlicher Nachfristsetzung von einem Monat nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat und deshalb der Termin der Betriebsaufnahme unter normalen Umständen nicht mehr eingehalten werden kann und das EVU dies zu vertreten hat,
 - nach Zuschlagserteilung festgestellt wird, dass das EVU wegen von ihm zu vertretender Handlungen, Erklärungen oder Unterlassungen im Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre,
 - das EVU die Zulassung nach § 6 AEG verliert oder bis zum Termin der Betriebsaufnahme nicht erhalten hat,
 - ein Insolvenz-, Vergleichs- oder Liquidationsverfahren gegenüber dem EVU beantragt, eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird,
 - das EVU dauerhaft bzw. wiederholt sowie schuldhaft, trotz mindestens zweimaliger Abmahnung, gegen wesentliche vertragliche Pflichten verstößt.

Bei einer Kündigung aus wichtigem Grund gelten § 8 Nummern 3 und 4 VOL/B bzw. § 9 Nummer 2 Absatz 2 und Nummer 3 VOL/B.

§ 15 Umsatzsteuer

Die Vertragspartner gehen unter Bezugnahme auf den Beschluss der Finanzministerkonferenz vom 23. Juni 1995 und den Beschluss der Verkehrsministerkonferenz vom 16./17. November 1995 davon aus, dass die im Vertrag geregelten Ausgleichszahlungen nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Das EVU hat alle

gesetzlich zulässigen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die von den Aufgabenträgern gewährten Zuwendungen von den Finanzbehörden und den Gerichten als echte, nicht umsatzsteuerbare Zuschüsse im öffentlichen Interesse anerkannt werden, insbesondere unter rechtzeitiger und vollständiger Einbindung des xx bzw. des xx entsprechende Eingaben, Berufungen und Beschwerden fristgerecht und ordnungsgemäß einzubringen.

§ 16 Gerichtsstand

Gerichtsstand ist xx (Deutschland), für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten xx (Deutschland).

§ 17 Schlussbestimmungen

- (1) Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Änderung dieser Regelung.
- (2) Es gilt für den gesamten Vertrag einheitlich und ausschließlich deutsches Recht.
- (3) Das EVU ist zur Abtretung von Forderungen aus diesem Vertrag nur nach Zustimmung des xx und des xx berechtigt.
- (4) Die Vertragsparteien haben sicherzustellen, dass für die Erfüllung aller vertraglichen Pflichten auch die jeweiligen Rechts- bzw. Besitznachfolger uneingeschränkt nach diesem Vertrag haften.
- (5) Das EVU ist der Preisprüfung nach VO (PR) 30/53 in der jeweils geltenden Fassung unterworfen. Das EVU ist verpflichtet, das Recht zur Preisprüfung bei allen Verträgen über wesentliche Vorleistungen zu sichern, soweit diese nicht im Wettbewerb beschafft werden können.
- (6) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden oder aus tatsächlichen oder Rechtsgründen nicht durchgeführt werden können, ohne dass damit die Aufrechterhaltung des Vertrages insgesamt für einen der Vertragspartner unzumutbar wird, werden die übrigen Bestimmungen dieses Vertrages nicht berührt. Das gleiche gilt, falls sich eine Regelungslücke zeigen sollte. Anstelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmungen oder zur Ausfüllung einer Regelungslücke ist eine Bestimmung zu vereinbaren, die dem von den Vertragsparteien angestrebten Zweck wirtschaftlich am nächsten kommt.

Besondere Vertragsbedingungen für den xx (BVB-xx)

Die nachfolgenden Vertragsbedingungen gelten nur im Verhältnis des EVU zum xx und im Zusammenhang mit den – für beide Aufgabenträger geltenden – Besonderen Vertragsbedingungen (BVB). Die Vorschriften (Paragraphen bzw. Absätze) sind nicht fortlaufend nummeriert. Sie beziehen sich jeweils auf die gleichen Paragraphen bzw. Absätze der BVB.

zu § 11 Tarife und Vertrieb (BVB-xx)

Absatz 2: Tarife und Tarifanträge

Der xx gibt den jeweiligen xx-Tarif und die jeweiligen Beförderungsbedingungen im Einzelnen vor. Tarifänderungen sind nur bei Beteiligung des EVU nach Maßgabe des Kooperationsvertrages (vgl. Anlage B7) möglich. Alle für die Einführung und Anwendung des xx-Tarifs notwendigen Tarifanträge werden durch das EVU bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gestellt. Gleiches gilt für Tarifanpassungen. Der xx unterstützt das EVU bei der Antragstellung. Darüber hinaus wird auf den Kooperationsvertrag verwiesen (vgl. Anlage B 7).

zu § 12 Einnahmen, Einnahmenaufteilung (BVB-xx)

- (1) Kassentechnische Einnahmen sind – unabhängig von den hierbei zur Anwendung kommenden Tarifen – alle Einnahmen des EVU aus dem durch ihn durchgeführten Verkauf von Fahrausweisen für die vertragsgegenständlichen Leistungen auf dem Gebiet des xx. Das EVU verkauft die Fahrausweise im eigenen Namen.
- (2) Alle kassentechnischen Einnahmen gemäß Absatz 1 stehen dem xx zu. Die Einnahmenaufteilung gemäß der Absätze 4 und 7 führt während der gesamten Vertragslaufzeit der xx durch. Er wird Schuldner bzw. Gläubiger der daraus gegebenenfalls resultierenden Forderungen. Das EVU meldet dem xx während der gesamten Laufzeit des Vertrages die kassentechnischen Einnahmen zu den im Kooperationsvertrag (vgl. Anlage B 7) genannten Terminen. Im Weiteren wird auf die entsprechenden Ausführungen im Kooperationsvertrag verwiesen (vgl. Anlage B 7).
- (3) Betreibt das EVU über diesen Vertrag hinaus weitere Linien bzw. Verkehre, so sind die von ihm im Rahmen dieses Vertrages erzielten kassentechnischen Einnahmen für die Meldung nach Abs. 2 Satz 4 den jeweiligen Linien bzw. Verkehren zuzuordnen. Im Weiteren wird auf die entsprechenden Ausführungen im Kooperationsvertrag verwiesen (vgl. Anlage B 7).
- (4) Das praktizierte xx-Einnahmenaufteilungsverfahren und die Bedingungen der Teilnahme werden im Kooperationsvertrag (vgl. Anlage B 7) eingehend dargestellt. Die Einnahmenaufteilung umfasst auch die Effekte aus der Anwendung der xx-verbundgrenzenüberschreitenden Tarife (vgl. Anlage B 6 S. 3). Durch die Teilnahme am Einnahmenaufteilungsverfahren entstehen dem Unternehmen keine Kosten.
- (5) Einnahmen aus der Vermietung von Werbeflächen beim EVU verbleiben beim EVU.
- (6) Einnahmen aus erhöhtem Beförderungsentgelt verbleiben beim xx.
- (7) Das EVU erstellt nach Abschluss des Kalenderjahres eine endgültige Aufstellung seiner kassentechnischen Einnahmen (brutto) für das abgelaufene Kalenderjahr. Im Weiteren wird auf die entsprechenden Ausführungen im Kooperationsvertrag verwiesen (vgl. Anlage B 7).

Besondere Vertragsbedingungen für den xx (BVB-xx)

Die nachfolgenden Vertragsbedingungen gelten nur im Verhältnis des EVU zum xx und im Zusammenhang mit den – für beide Aufgabenträger geltenden – Besonderen Vertragsbedingungen (BVB). Die Vorschriften (Paragrafen bzw. Absätze) sind nicht fortlaufend nummeriert. Sie beziehen sich jeweils auf die gleichen Paragrafen bzw. Absätze der BVB.

zu § 11 Tarife und Vertrieb (BVB-xx)

Absatz 2: Tarife und Tarifanträge

Im xx befindet sich gegenwärtig ein Verkehrsverbund im Aufbau. Die entsprechenden Unterlagen werden dem EVU nachträglich übergeben.

Das EVU ist verpflichtet, diesem Verkehrsverbund nach dessen Errichtung beizutreten. Der Verkehrsverbund wird den jeweiligen Tarif und die jeweiligen Beförderungsbedingungen im Einzelnen vorgeben. Mit Wirkung ab dem 01.01.20xx sind die Einführung eines Verbundtarifs sowie Tarifänderungen nur mit Zustimmung des EVU oder Beteiligung des EVU nach Maßgabe eines zuvor durch das EVU geschlossenen Kooperationsvertrages möglich. Alle für die Einführung und Anwendung des vorgegebenen Tarifs etwa notwendigen Tarifanträge werden durch das EVU bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gestellt. Gleiches gilt für Tarifanpassungen. Der xx unterstützt das EVU bei der Antragstellung.

Der xx legt den xx-Tarif als einen Maximalpreis durch die Verordnung xx fest.

zu § 12 Einnahmen, Einnahmenaufteilung (BVB-xx)

- (1) Kassentechnische Einnahmen sind – unabhängig von den hierbei zur Anwendung kommenden Tarifen – alle Einnahmen des EVU aus dem durch ihn durchgeführten Verkauf von Fahrausweisen für die vertragsgegenständlichen Leistungen auf dem Gebiet des xx. Das EVU verkauft die Fahrausweise im eigenen Namen.
- (2) Alle kassentechnischen Einnahmen gemäß Absatz 1 stehen dem xx zu. Die Einnahmenaufteilung führt während der gesamten Vertragslaufzeit der xx durch. Er wird Schuldner bzw. Gläubiger der daraus gegebenenfalls resultierenden Forderungen. Das EVU meldet dem xx während der gesamten Laufzeit des Vertrages die kassentechnischen Einnahmen zu den relevanten Terminen.
- (3) Betreibt das EVU über diesen Vertrag hinaus weitere Linien bzw. Verkehre, so sind die von ihm im Rahmen dieses Vertrages erzielten kassentechnischen Einnahmen für die Meldung nach Abs. 2 Satz 4 den jeweiligen Linien bzw. Verkehren zuzuordnen.
- (4) Einnahmen aus der Vermietung von Werbeflächen beim EVU verbleiben beim EVU.
- (5) Einnahmen aus erhöhtem Beförderungsentgelt verbleiben beim xx.
- (6) Das EVU erstellt nach Abschluss des Kalenderjahres eine endgültige Aufstellung seiner kassentechnischen Einnahmen (brutto) für das abgelaufene Kalenderjahr.