

Vergabevermerk

Stadt Wilhelmshaven
z.Hd. Herrn Martin Heintz
Rathausplatz 1
26382 Wilhelmshaven

13. März 2024

Voraussetzungen einer Anschlussdirektvergabe mit Verkehrsleistungen im Gebiet der Stadt Wilhelmshaven an die SWV

Inhaltverzeichnis

A.	Sachverhalt	3
B.	Ermessen: Wahl der Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe	3
C.	Voraussetzungen der Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe	4
I.	Wahl der Direktvergabeart	4
1.	Dienstleistungskonzession als Zugangsvoraussetzung für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370	5
2.	Zwischenergebnis	7
II.	Vorliegen der Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB	8
1.	Kontrollkriterium	8
2.	Wesentlichkeitskriterium	9
3.	Keine schädliche private Beteiligung	9
4.	Zwischenergebnis	10
III.	Weitere Voraussetzungen nach der VO 1370/2007 bzw. dem PBefG	10
1.	Vorinformation/Vorabbekanntmachung	10
2.	Selbsterbringungsquote	11
3.	Anreizregelung	12
D.	Exkurs: Zweckvereinbarungen	12

E.	Exkurs: Vorgaben nach dem Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz	14
F.	Zusammenfassung/Ergebnis zur Inhouse-Vergabe	16

A. Sachverhalt

Die kreisfreie Stadt Wilhelmshaven ist gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 Niedersächsisches Nahverkehrsgesetz (NNVG) Aufgabenträgerin für die Planung, Organisation und Sicherstellung des ÖPNV auf ihrem Gebiet. Zur Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen hat sie der Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft Wilhelmshaven mbH (SWV), einer Tochtergesellschaft der Stadtwerke Wilhelmshaven GmbH (SWW), welche wiederum im Alleineigentum der Stadt steht, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (öDA) zur Erbringung des Stadtverkehrs nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370/2007) für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2025 erteilt.

Die Stadt Wilhelmshaven beabsichtigt, die SWV ab dem 01.11.2025 im Wege einer vorgezogenen Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe weiterhin mit der Erbringung des Stadtverkehrs zu beauftragen und zu betrauen.

Seitens der Stadt Wilhelmshaven wird voraussichtlich im Jahr 2024 zudem gem. § 6 Abs. 1 NNVG ein neuer, für den Zeitraum von 2025 bis 2030 geltender, Nahverkehrsplan (NVP) erarbeitet, der für die künftige Vergabe des öDA eine maßgebliche Grundlage darstellen wird und hierbei die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinsichtlich des Betriebs des Stadtverkehrs konkretisiert. Nach dem derzeitigen Stand wird der Stadtverkehr Wilhelmshaven als ein Linienbündel ausgewiesen sein.

Für die Stadt Wilhelmshaven stellt sich daher die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sie die SWV im Wege einer Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe mit der Erbringung des Stadtverkehrs i.S.d. im NVP festgesetzten Linienbündels beauftragen und betrauen kann.

B. Ermessen: Wahl der Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe

Die Stadt entscheidet sich zur Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe der Verkehrsleistungen an die SWV und gegen eine wettbewerbliche Vergabe aufgrund der im derzeitigen und im künftigen Nahverkehrsplan niedergelegten Ziele und Ansprüche an eine bedarfsgerechte und auf die Zukunft ausgerichtete, nachhaltige Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr und den nachfolgenden Erwägungen:

- ▶ Sicherstellung eines laufenden Einflusses auf die Verkehrsleistung: insbes. Weiterentwicklung des Liniennetzes, Aufrechterhaltung und Erhöhung der qualitativen Vorgaben, Verbesserung der Barrierefreiheit
- ▶ Gewährleistung von Flexibilität und Gestaltungsspielräumen u.a. im Hinblick auf die Herausforderungen
 - ▶ „Demografische Entwicklung“: bedarfsgerechte Fortentwicklung des Verkehrs
 - ▶ „Verkehrswende“: erforderliche Investitionen durch die Einführung von alternativen Bedienformen und Antrieben, u.a. zur Erfüllung gesetzlicher Anforderungen wie dem Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz („SaubFahrzeugBeschG“)
 - ▶ „Energie- und Wirtschaftskrise“: erhebliche Preissteigerungen
- ▶ Bewahrung kommunalen Vermögens (Gesellschaftsanteile an Verkehrsunternehmen)
- ▶ (Möglichst langfristige) Sicherung der Arbeitsplätze vor Ort im ÖPNV und Beschäftigung der Arbeitnehmer zu sozial adäquaten Konditionen

C. Voraussetzungen der Direkt- bzw. Inhouse-Vergabe

I. Wahl der Direktvergabeart

Die Vergabe des derzeitigen öDA an die SWV mit Wirkung seit dem 01.01.2016 erfolgte im Wege der sogenannten Direktvergabe nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007.

Die Frage nach der Anwendbarkeit und dem Zugang zum Direktvergabetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 für Verkehrsleistungen mit Bussen im ÖPNV wurde in der jüngeren Vergangenheit kontrovers diskutiert und war Gegenstand mehrerer Gerichtsverfahren.

So hatte der EuGH in seinen Urteilen vom 21.03.2019 und 08.05.2019¹ zunächst entschieden, dass Art. 5 Abs. 2 der VO 1370/2007 auf die Direktvergabe von „Verträgen“ über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form einer Dienstleistungskonzession annehmen, keine Anwendung findet, sondern vielmehr über Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 die Regelungen des allgemeinen EU-Vergaberechts (Inhouse-Vergabe nach §108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)) anzuwenden sind. Das OLG Jena war in seinem Beschluss vom 12.06.2019² der Auffassung, dass für Direktvergaben in

¹ EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 21.3.2019 - C-266/17, C-267/17 (Rhein-Sieg-Kreis u.a./Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH u.a.), EuGH (Zehnte Kammer), Urt. v. 8.5.2019 C-253/18 (Stadt Euskirchen/Rhenus Veniro GmbH & Co. KG).

² OLG Jena, Beschluss vom 12.06.2019 - 2 Verg 1/18.

Form von Gesellschafterweisungen auch nach den Entscheidungen des EuGH weiterhin die Regelungen über die Direktvergabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 anwendbar seien, weil sie vom Vertragsbegriff nicht erfasst seien. Demgegenüber hat der BGH³ - nach sog. Divergenzvorlage dieser Frage durch das OLG Düsseldorf - nunmehr entschieden, dass der EuGH mit dem Tatbestandsmerkmal der „Verträge“ auch Gesellschafterweisungen und Verwaltungsakte erfasst habe. Hiernach finden die Direktvergabemöglichkeiten des Art. 5 VO 1370/2007 nur bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession Anwendung.

Für die beabsichtigte Direktvergabe folgt hieraus, dass die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nur gelten, wenn es sich um eine Dienstleistungskonzession handelt. Während für Direktvergaben, die die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession nicht erfüllen, nach Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 die Tatbestände der Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB maßgeblich sind. Hierbei gilt es aber zu beachten, dass es sich in beiden Fällen um öDA im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 handelt, und dass diese - unabhängig von ihrer Vergabeart - folglich weiterhin dem weiteren Anwendungsregime der VO 1370/2007 unterfallen.

In der Praxis sind daher insbesondere die Vorgaben nach den Art. 3, 4, 6 und 7 sowie des Anhangs⁴ der VO 1370/2007 zu beachten.

Vor diesem Hintergrund soll hier zunächst kurz auf die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession als Zugangsvoraussetzung einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 eingegangen werden.

1. Dienstleistungskonzession als Zugangsvoraussetzung für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370

Eine Direktvergabe durch die Stadt an die SWV als internen Betreiber i.S.d. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 wäre nunmehr nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession eingehalten werden können.

³ BGH (XIII. Zivilsenat), Beschluss vom 12.11.2019 - XIII ZB 120/19.

⁴ Im Hinblick auf den Sinn und Zweck sowie die Entstehungsgeschichte des Anhangs der VO 1370 und der Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH ist davon auszugehen, dass der Anhang der VO 1370 auch für Inhouse-Vergaben nach Art. 5 Abs. 1 VO 1370 i.V.m. § 108 GWB gilt, obwohl diese nicht vom Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 bzw. der Nr. 1 des Anhangs der VO 1370 erfasst sind; im Ergebnis so auch: Linke ÖPV/Linke/Lübbig, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 6 Rn. 3 ff., da auch bei einer Inhouse-Vergabe kein wettbewerbliches Verfahren stattfindet, durch das ein entsprechender Marktpreis gefunden werden kann.

Die Anforderungen an eine Dienstleistungskonzession werden nach den Auslegungsleitlinien der Kommission in der Konzessionsvergaberichtlinie (RL 2014/23/EU) definiert. Diese Vorgaben wurden durch § 105 GWB in nationales Recht umgesetzt. Hiernach sind Konzessionen:

„entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

(...)

2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.“

Eine Dienstleistungskonzession vermittelt hiernach ein eigenes Recht zur Verwertung der angebotenen Dienstleistungen.

Aus diesem Grund geht das Betriebsrisiko - in Abgrenzung zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach § 103 GWB - auf den Konzessionsnehmer nach § 105 Abs. 2 GWB über:

„(2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer (...) Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko (...) für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für (...) die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und

2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.“

Will man den öDA in Form einer Dienstleistungskonzession vergeben, müsste der SWV durch die Stadt ein Recht zur Verwertung der Dienstleistung in Form der ÖPNV-Leistungen bei gleichzeitiger Vereinbarung einer zusätzlichen Ausgleichsleistung eingeräumt werden.

Gegenstand des an die SWV auszureichenden öDA ist die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen. Das durch den öDA eingeräumte Verwertungsrecht wäre hierbei insbesondere in dem Recht zur Vereinnahmung und dem Behalten der Fahrgeldeinnahmen zu sehen.

Die Ausgleichsleistungen dürften aber lediglich bloßen Zuschusscharakter haben. Dies ist nicht der Fall, wenn der Konzessionsnehmer Ausgleichsleistungen erhält, die die (Fahrgeld)einnahmen übersteigen.⁵ So ging der BGH in einem Fall davon aus, dass Zuzahlungen in Höhe von circa 64% der Gesamtkosten grundsätzlich gegen einen bloßen Zuschusscharakter sprechen. Decken die Fahrgeldeinnahmen hingegen mindestens 50 % der Gesamtkosten ab, wird in der Rechtsprechung das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession angenommen. Die SWV ist nicht in der Lage den Verkehr im Stadtgebiet allein durch die Fahrgeldeinnahmen kostendeckend zu betreiben und auf Ausgleichsleistungen der Stadt in einem Umfang von weit über 50 % angewiesen, der über den bloßen Zuschusscharakter des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB hinaus geht. Aufgrund der Ausgleichsleistungen trägt die SWV kein für eine Dienstleistungskonzession ausreichendes Betriebsrisiko.

2. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession werden u.E. vorliegend nicht erfüllt, sodass eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 im Hinblick auf die ergangene Rechtsprechung nicht in Betracht kommt.

Nach den Grundsätzen des dann anzuwendenden allgemeinen Vergaberechts (Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007) könnte der öDA aber unter den Voraussetzungen des § 108 GWB und den weiteren Voraussetzungen der VO 1370/2007 im Wege der Inhouse-Vergabe direkt durch die Stadt an die SWV vergeben werden.

⁵ BGH, Beschluss vom 08.08.2011 - X ZB 4/10.

II. Vorliegen der Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB

Die Inhouse-Vergabe gem. §108 GWB an eine juristische Person durch einen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaft) setzt im Wesentlichen die Erfüllung der folgenden Kriterien voraus:

1. Dienststellenähnliche Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber (Kontrollkriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 GWB).
2. Tätigkeiten der juristischen Person müssen zu mehr als 80% der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem Öffentlichen Auftraggeber betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB).
3. Keine schädliche direkte private Beteiligung, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und ohne Sperrminorität, die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln (Beteiligungskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

1. Kontrollkriterium

Die Ausübung einer Kontrolle wird nach § 108 Abs. 2 Satz 1 GWB vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Dies betrifft insbesondere Einwirkungsmöglichkeiten auf die konkrete Marktausrichtung wie den Unternehmensgegenstand oder das Tätigkeitsgebiet. Zu beachten ist hierbei, dass sich die Kontrollausübung auch in der tatsächlich gelebten Praxis niederschlagen muss.

Die Geschäftsanteile der SWV stehen zu 100% im Eigentum der SWW, welche im Alleineigentum der Stadt steht. Entsprechend kann die Stadt über die Gesellschafterversammlung der SWW einen Einfluss auf die Geschäftsführung derselben ausüben, dass diese wiederum in der Gesellschafterversammlung der SWV die Geschäftsführung der SWV entsprechend dem Willen der Stadt anweist.

Dieser Einfluss könnte grds. noch durch entsprechende Klauseln in den jeweiligen Gesellschaftsverträgen verstärkt werden, sodass im Ergebnis eine dienststellenähnliche Kontrolle über die SWV für die gesamte geplante Laufzeit des öDA seitens der Stadt realisiert werden kann.

2. Wesentlichkeitskriterium

Nach §108 Abs. 1 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80% der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils ist gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder andere geeignete tätigkeitsgestützte Werte heranzuziehen.

Die Bestimmung und Abgrenzung von schädlichen Drittumsätzen zu Inhouse-Umsätzen sind in Rechtsprechung und Literatur im Detail noch umstritten. Gleichwohl lässt sich festhalten, dass gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen nach der h.M. keine schädliche Tätigkeit gegenüber Dritten (bspw. den Fahrgast) darstellen, da sie zwar gegenüber Dritten erzielt werden, aber die Grundlage hierfür das Betrauungsverhältnis ist. Umsätze aus Verkehren, mit denen die SWV nicht betraut ist, werden demgegenüber - wie Umsätze aus der Energie- oder Wasserversorgung⁶ - regelmäßig als schädliche Drittumsätze zu bewerten sein.

Im Hinblick auf die mit den Verkehrsleistungen erwirtschafteten Verluste ist zu beachten, dass auch die Ausgleichsleistungen der Stadt für die Verkehrsleistungen bei der Bestimmung des Gesamtumsatzes zu berücksichtigen sind. Der Umsatzanteil⁷ der weiteren Tätigkeiten, die von der SWV erbracht werden (insbes. Sonderverkehre, Halten von Geschäftsanteilen an der JadeWeserAirport GmbH, Bewirtschaftung des städtischen Hafens) liegt deutlich unter 20 % am Gesamtumsatz.

Die SWV kann im Ergebnis auch das Wesentlichkeitskriterium erfüllen. Es ist künftig sicherzustellen, dass die SWV auch in den kommenden Jahren keine Tätigkeiten aufnimmt, die ggf. als schädliche Drittumsätze gewertet werden könnten und in Summe die 20% übersteigen.

3. Keine schädliche private Beteiligung

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GWB darf keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person (hier der SWV) bestehen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 GWB nur für nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität,

⁶ Vgl. Portz in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, §108 Rn. 109 ff.

⁷ 11,4 Prozent (Basis Geschäftsjahr 2021).

die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln. Da vorliegend keine direkte private Beteiligung an der SWV besteht oder geplant ist, wäre diese Voraussetzung des § 108 Abs. 1 GWB derzeit ebenfalls erfüllt.

4. Zwischenergebnis

Zwischen der Stadt Wilhelmshaven und der SWV liegen die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe vor. Der öDA könnte mithin nach Maßgabe des § 108 GWB unter Beachtung der weiteren Voraussetzungen der VO 1370/2007 im Wege der Inhouse-Vergabe direkt an die SWV vergeben werden.

III. Weitere Voraussetzungen nach der VO 1370/2007 bzw. dem PBefG

Auch bei der Durchführung einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB läge die Vergabe von Personenverkehrsleistungen sowohl im Anwendungsbereich der VO 1370/2007 als auch des PBefG, sodass die weiteren Voraussetzungen dieser Verordnung und des PBefG einzuhalten sind.

1. Vorinformation/Vorabbekanntmachung

Nach § 8a Abs. 2 PBefG ist auch die Vergabe von öDA, die im Wege einer Inhouse-Vergabe vergeben werden, nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 frühestens 27 Monate vor Betriebsbeginn und spätestens ein Jahr vor der (Direkt-)Vergabe im Amtsblatt der Europäischen Union vorab bekannt zu machen. Hierbei sind unter Verwendung des vom EU-Amtsblatt zur Verfügung gestellten Formblattes nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 mindestens folgende Angaben zu machen:

- ▶ Name und Anschrift der zuständigen Behörde;
- ▶ Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- ▶ von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete.
- ▶ geplanter Beginn und geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

Darüber hinaus sollen nach § 8a Abs. 2 Satz 3 PBefG noch Angaben zu den mit dem beabsichtigten Dienstleistungsauftrag verbundenen Anforderungen für Fahrplan, Beförderungsentgelt und Standards gemacht werden.

Aufgrund der begrenzten Möglichkeiten, die nach § 8a Abs. 2 PBefG zusätzlich zu machenden Angaben in das bestehende Formblatt einzufügen, wird in der Praxis im Regelfall ein sog.

Ergänzendes Dokument zur Vorabbekanntmachung erstellt, um eine hinreichende Beschreibung der zu vergebenden Verkehrsleistungen zu gewährleisten (§ 8a Abs. 2 Satz 5 PBefG). Hierdurch kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass seitens der Genehmigungsbehörde Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr i.S.d. § 12 Abs. 6 PBefG (nur) zu versagen sind, wenn ein gestellter Antrag die in der Vorabbekanntmachung beschriebenen Anforderungen nicht erfüllt (§ 13 Abs. 2a PBefG).

Mit der geplanten Betriebsaufnahme zum 01.11.2025 ist eine Vorabbekanntmachung frühestens seit dem 01.08.2023 und im Hinblick auf die sich anschließende Beantragung der PBefG-Genehmigungen (vgl. § 12 Abs. 7 PBefG) spätestens zum 01.05.2025 im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen.

2. Selbsterbringungsquote

Auch die sog. Selbsterbringungsquote nach Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 ist von der SWV einzuhalten. Hiernach hat der betraute Betreiber (SWV) zumindest einen „bedeutenden Teil“ der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen.

Die Vorgabe des Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 stellt gegenüber der bisher einzuhaltenden Selbsterbringungsquote nach Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO 1370/2007 eine Reduzierung der Anforderungen dar, da nicht mehr der „überwiegende Teil“, sondern nur noch ein „bedeutender Teil“ durch die SWV selbst erbracht werden braucht.

Ebenso wie beim Tatbestandsmerkmal des „überwiegenden Teils“, handelt es sich auch bei dem Tatbestandsmerkmal des „bedeutenden Teils“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer weiteren Auslegung bedarf. Da der bedeutende Teil - im Gegensatz zum überwiegenden Teil - dem Wortlaut nach nicht über 50% liegen muss, verbleibt die Frage, wie weit er von den 50% nach unten hin abweichen darf. In Rechtsprechung und Literatur werden für den „bedeutenden Teil“ im Ergebnis Prozentwerte von etwa 20-35% angeführt.⁸

Folglich müssten mindestens 20-35% der von dem öDA umfassten Dienstleistungen von der SWV - wie im Status quo - selbst erbracht werden.

⁸ Vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 19. Februar 2020 - Verg 26/17, Rn. 73, juris; Linke ÖPV/Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 4 Rn. 93, mit weiteren Verweisen.

3. Anreizregelung

Wie bereits unter Abschnitt B.I. erwähnt, ist auch bei einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB der Anhang der VO 1370/2007 zu beachten. Dieser gibt u.a. unter Nr. 7 vor:

„Das Verfahren zur Gewährung der Ausgleichsleistung muss einen Anreiz geben zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung

- *einer wirtschaftlichen Geschäftsführung des Betreibers eines öffentlichen Dienstes, die objektiv nachprüfbar ist, und*
- *der Erbringung von Personenverkehrsdiensten ausreichend hoher Qualität.“*

Die Verordnung macht keine materiellen Vorgaben für die Wirtschaftlichkeit oder das Qualitätsniveau. Dieses muss individuell im Verhältnis zwischen dem Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen (Betreiber) festgelegt werden. Die geforderte objektive Nachprüfbarkeit gebietet, dass es einem Dritten möglich sein muss, beurteilen zu können, ob Wirtschaftlichkeitsziele erreicht und Qualitätsstandards eingehalten wurden. Hierbei ist ein klar definierter Soll-Ist-Vergleich vorzunehmen, wobei das Soll im Vorhinein eindeutig definiert und dokumentiert werden muss.

Bei der Entwicklung eines Anreizsystems ist somit die Erarbeitung individueller, unternehmensspezifischer Lösungen möglich bzw. geboten. Eine praxisnahe, praktikable, einfach umzusetzende und, soweit möglich, auf bereits vorliegende Daten zurückgreifende Gestaltung des Anreizsystems sollte hierbei im Fokus stehen.

Der Anreiz zur Erreichung der zuvor definierten Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsziele müsste so gesetzt werden, dass die SWV motiviert wird, die vorgegebenen Ziele zu erreichen oder im besten Fall zu übertreffen.

D. Exkurs: Zweckvereinbarungen

Zweckvereinbarungen sind insbesondere dann zwingend erforderlich, wenn ein Aufgabenträger ÖPNV-Leistungen finanzieren möchte, die nicht auf seinem territorialen Zuständigkeitsgebiet liegen. Dies folgt aus den nachstehenden Erwägungen:

Soweit es sich nicht um Verkehrsleistungen handelt, die sich ausschließlich über Beförderungserlöse finanzieren, fallen diese in den Anwendungsbereich der VO 1370/2007. Die VO 1370/2007 legt fest, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den

Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung gewähren dürfen, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben.

Eine zuständige Behörde ist nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. b) VO 1370

„jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung“.

Die Befugnis zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr ergibt sich in Deutschland aus der Aufgabenträgerschaft. Die Aufgabenträger werden nach § 8 Abs. 3 PBefG von den jeweiligen Ländern benannt. In Niedersachsen ergibt sich die Aufgabenträgerschaft für den öffentlichen Personennahverkehr aus § 4 NNVG, wonach in erster Linie die Städte und kreisfreien Städte als Aufgabenträger aufgeführt sind.

Hieraus ergibt sich zunächst, dass ein Aufgabenträger nach dem NNVG (hier die kreisfreie Stadt Wilhelmshaven) gleichzeitig auch zuständige Behörde im Sinne der VO 1370/2007 ist.

Nach Art. 3 VO 1370/2007 können Finanzierung und Zuschüsse für die Erbringung von Leistungen im ÖPNV nur als Ausgleichsleistung für die auferlegte gemeinwirtschaftliche Verpflichtung durch die jeweils zuständige Behörde gewährt werden. Diese Ausgleichsleistungen können bzw. müssen entweder mittels eines öDA) oder mittels einer allgemeinen Vorschrift (aV) beihilferechtliche abgesichert werden, die den Vorgaben der VO 1370/2007 entsprechen.

Hieraus folgt, dass ein Aufgabenträger grundsätzlich nur den ÖPNV auf seinem eigenen Zuständigkeitsgebiet in beihilferechtskonformer Weise finanzieren kann. Für den Verkehr außerhalb seines Zuständigkeitsgebiets fehlt ihm die Kompetenz, weil er nicht die zuständige Behörde im Sinne der VO 1370/2007 ist.

Da sich die Aufgabenträgerschaft aber als hoheitliche Aufgabe zum Gegenstand einer Zweckvereinbarung nach § 5 NKomZG machen lässt, kann die Aufgabenträgerschaft insgesamt oder auch nur für bestimmte Linien oder Linienabschnitte an einen anderen Aufgabenträger übertragen werden. Hierdurch wird der übernehmende Aufgabenträger auch zuständige Behörde für die gegenständlichen Verkehrsleistungen und kann deren Finanzierung durch einen öDA oder durch eine aV beihilferechtlich absichern.

Sofern der neue Nahverkehrsplan ein- oder ausbrechende Verkehre vorsieht, sollte die Stadt Wilhelmshaven bestenfalls vor Veröffentlichung der geplanten Vorabbekanntmachung mit dem Verkehrsverbund Bremen/Niedersachsen (VBN) eine solche Zweckvereinbarung abschließen (ggf. über Absichtserklärungen).

E. Exkurs: Vorgaben nach dem Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz

Die SWV hat bei der Erbringung der Personenverkehrsdienste die der Stadt Wilhelmshaven gemäß § 6 SaubFahrzeugBeschG obliegenden Mindestziele zu beachten.

Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG. Es zielt darauf ab, die Beschaffung von umweltfreundlichen und energieeffizienten Fahrzeugen im öffentlichen Sektor zu fördern. Gleichzeitig setzt es Standards zur Reduzierung von CO₂-Emissionen und Luftverschmutzung und unterstützt die Entwicklung und Verbreitung sauberer Fahrzeugtechnologien.

Das SaubFahrzeugBeschG richtet sich einerseits an öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, wie Gebietskörperschaften und Zweckverbände, adressiert aber auch öffentliche Einrichtungen, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen und in einem besonderen Näheverhältnis zu Auftraggebern gem. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB stehen. Ebenfalls erfasst vom persönlichen Anwendungsbereich des SaubFahrzeugBeschG werden die Sektorenauftraggeber i.S.d. § 100 GWB.⁹

§ 3 SaubFahrzeugBeschG regelt den sachlichen Anwendungsbereich und erfasst sowohl die Beschaffung der Fahrzeuge selbst (Kauf, Leasing oder Anmietung) als auch die Beauftragung von Personenverkehrsdiensten nach der VO 1370 bzw. allgemeinem Vergaberecht. Dies gilt jedoch nur insoweit, als dass es sich im Falle der Beschaffung von Fahrzeugen und der Beauftragung von Personenverkehrsdiensten um Aufträge oberhalb der EU-vergaberechtlichen Schwellenwerte handelt (2023: 215.000 EUR bzw. 431.000 bei Sektorenauftraggebern/ 2024: 221.000 EUR bzw. 443.000 bei Sektorenauftraggebern). Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über Personenverkehrsdienste nach der VO 1370 sind Aufträge ausgenommen deren geschätzter Jahresdurchschnittswert 1.000.000 EUR oder

⁹ NZBau 2021, 499.

deren jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung 300.000 km nicht übersteigt oder deren geschätzter Jahresdurchschnittswert 200.0000 EUR oder deren jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung 600.000 km nicht übersteigt, sofern es sich bei ihnen um Auftragnehmer handelt, die nicht mehr als 23 Straßenfahrzeuge betreiben.

In zeitlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich des Gesetzes für Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen eröffnet, wenn deren Aufruf zum Wettbewerb nach dem 02.08.2021 erfolgt ist. Bei Direktvergaben muss der Zeitpunkt der Vorabkennzeichnung nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gemäß § 10 SaubFahrzeugeBeschG nach diesem Datum liegen.

Nach § 6 Abs. 1 SaubFahrzeugeBeschG sind zwei sog. Referenzzeiträume vorgesehen, in denen jeweils unterschiedliche Quoten (Mindestziele) hinsichtlich der Beschaffung bzw. des Einsatzes sauberer Fahrzeuge gelten.

Der erste Referenzzeitraum beginnt am 02.08.2021 und läuft bis zum 31.12.2025. Der Anteil der sauberen leichten Nutzfahrzeuge gemäß § 2 Nr. 4 SaubFahrzeugBeschG hat an den eingesetzten leichten Nutzfahrzeugen gemäß § 6 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG mindestens 38,5 % zu betragen. Bei den zum Einsatz kommenden schweren Nutzfahrzeugen müssen gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 b) SaubFahrzeugBeschG mindestens 45 % saubere schwere Nutzfahrzeuge gemäß § 2 Nr. 5 SaubFahrzeugBeschG, und davon gemäß § 6 Abs. 3 SaubFahrzeugBeschG mindestens die Hälfte emissionsfreie schwere Nutzfahrzeuge gemäß § 2 Nr. 6 SaubFahrzeugBeschG sein.

Der zweite Referenzzeitraum reicht vom 01.01.2026 bis zum 31.12.2030. Während der Anteil der sauberen leichten Nutzfahrzeuge auch im zweiten Referenzzeitraum gemäß § 6 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG bei 38,5 % liegt, erhöht sich das Mindestziel bei schweren Nutzfahrzeugen in diesem Zeitraum gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 b) auf 65%, wobei auch hier wieder die Hälfte des Mindestziels mit emissionsfreien Bussen erfüllt werden muss.

Ausschlaggebend für die Bestimmung des Referenzzeitraums ist gemäß § 6 Abs. 4 SaubFahrzeugBeschG der Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlags. Da sowohl der Zeitpunkt der Vorabkennzeichnung als auch der der Betriebsaufnahme (01.11.2025) vor dem 01.01.2026 liegen, hat die SWV grundsätzlich die Bestimmungen des ersten Referenzzeitraums einzuhalten.

Die Länder haben nach § 5 SaubFahrzeugBeschG die Befugnis, Branchenvereinbarungen abzuschließen, um die Einhaltung der gesetzlichen Mindestziele auf der Ebene des jeweiligen

Landes insgesamt sicherzustellen (Abs. 2) und gemeinsame Mindestziele zwischen den Ländern zu setzen (Abs. 3). Von diesem Recht haben die Bundesländer Bayern, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und auch Niedersachsen Gebrauch gemacht, indem sie sich mit kommunalen Spitzenverbänden und Unternehmensverbänden zusammengeschlossen haben. Die Branchenvereinbarung dient der gemeinsamen Erfüllung der Mindestziele für die vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfasste Beschaffung von Bussen der Fahrzeugklasse M3 gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 b) SaubFahrzeugBeschG.


F. Zusammenfassung/Ergebnis zur Inhouse-Vergabe

Die Beauftragung und Betrauung der SWV mit der Erbringung des Stadtverkehrs durch die Stadt Wilhelmshaven durch Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 sollte im Wege der Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB erfolgen (vgl. Abschnitt C.I.). Die Voraussetzungen hierfür werden im Verhältnis zwischen der Stadt Wilhelmshaven und der SWV eingehalten (vgl. Abschnitt C.II.). Auch die weiteren Voraussetzungen für die Beauftragung und Betrauung der SWV nach der VO 1370/2007 können durch die Stadt Wilhelmshaven bzw. durch die SWV in der weiteren Umsetzung und bei Inbetriebnahme der Verkehrsleistungen eingehalten werden (vgl. Abschnitt C.III.).

Die hiernach zulässige Inhouse-Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über öffentliche Personenverkehrsdienste im Zuständigkeitsbereich der Stadt Wilhelmshaven sollte in einem nächsten Schritt durch einen entsprechenden Grundsatzbeschluss im Rat der Stadt Wilhelmshaven vorbereitet werden.

Mit freundlichen Grüßen

Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft



Erik Pelizäus
Rechtsanwalt



Jurkea Wachtendorf
Rechtsanwältin