

Gemeinsame Handreichung des Verkehrsministeriums Baden-Württemberg, des Städtetages, des Landkreistages, des VDV und des WBO zum Ausgleich coronabedingter Verluste nach Ablauf der Bundesrahmenregelung (Phase 2 des ÖPNV-Rettungsschirms)

I. Einleitung

Die Bundesrahmenregelung wird als ÖPNV-Rettungsschirm aufgrund der Vorgaben der EU-Kommission im Rahmen der Notifizierung unmittelbare Leistungen des Landes an Verkehrsunternehmen im ÖPNV voraussichtlich nur bis 31.8.2020 oder 30.9.2020 ermöglichen (nachfolgend: Phase 1).

Für den Zeitraum danach dürfen finanzielle Mittel an Verkehrsunternehmen nur unter voller Beachtung der vergabe- und beihilfenrechtlichen Vorgaben durch die ÖPNV-Aufgabenträger gewährt werden (Phase 2).

Finanzielle Leistungen der Länder an die kommunalen Aufgabenträger sind grundsätzlich unabhängig vom EU-Beihilferecht und damit unabhängig von der Bundesrahmenregelung zulässig. Daher wird die Musterfinanzierungsrichtlinie für die aktuell politisch verabredete Dauer des Rettungsschirms bis 31.12.2020 die Gewährung von Mitteln an die kommunalen Aufgabenträger regeln.

Dies bedeutet: der Ausgleich der pandemiebedingten Einnahmeverluste in der Phase 2 ist von den Aufgabenträgern zu beantragen und wird diesen zugeschrieben.

Soweit der Aufgabenträger bereits im Rahmen der bestehenden Verträge mit den Unternehmen das Einnahmerisiko trägt (Bruttovertrag), ist die Abwicklung in den Phasen 1 und 2 identisch: Der Aufgabenträger kann die corona-bedingten Mindereinnahmen aus dem ÖPNV-Rettungsschirm beantragen.

In den anderen Fällen (Brutto-Anreizvertrag, Nettovertrag und eigenwirtschaftlich genehmigte Leistungen) muss hingegen für die Zeit der Phase 2 durch die Aufgabenträger eine mit den vergabe- und beihilfenrechtlichen Vorgaben kompatible Rechtsgrundlage zur Weiterleitung der Mittel an die Verkehrsunternehmen geschaffen werden. Als beihilfenrechtliche Rechtsgrundlagen für die Leistungen aus dem ÖPNV-Rettungsschirm kommen insbesondere die Verordnung 1370/2007, die von der Kommission genehmigte Bundesregelung „Kleinbeihilfen“ sowie die de-minimis-Regelungen der EU in Betracht. Kleinbeihilfe- und de-minimis-Regelungen können mit Ausgleichszahlungen aus der Phase 1 des ÖPNV-Rettungsschirms nicht kumuliert werden.

Es wird dabei empfohlen, alle nachstehend erörterten Maßnahmen in jedem Fall von vornherein **auf den Zeitraum bis 31.12.2020 zu befristen** (ggf. mit automatischer Verlängerung der Maßnahmen, falls auch in 2021 weiter Unterstützungsbedarf besteht und der Rettungsschirm von Bund und Ländern in 2021 entsprechend verlängert werden sollte. Eine Verlängerung ist nicht möglich, wenn die Maßnahmen auf die Bundesregelung „Kleinbeihilfen“ als Rechtsgrundlage gestützt werden, da diese am 31.12.2020 außer Kraft tritt). Für die Zeit danach muss ggf. eine andere Lösung z.B. auf der Grundlage der Verordnung 1370/2007 oder der de-minimis-Verordnung 1407/2013 gefunden werden.

Ausgleichsfähig sind grundsätzlich auch pandemiebedingte Schäden, die aus der Minderung von Ausgleichsleistungen **aus allgemeinen Vorschriften** resultieren.

II. Handlungsoptionen bei PBefG-Verkehren nach jeweiliger Fallgestaltung

1. Brutto-Anreiz-Vertrag und Nettovertrag

In der Praxis gibt es durchaus Fälle, bei denen weder ein reiner Bruttovertrag, noch ein reiner Nettovertrag vorliegt, sondern nur gewisse Erlörisiken bei Verkehrsunternehmen liegen (Brutto-Anreiz-Vertrag).

In dem Umfang, in dem der Aufgabenträger das wirtschaftliche Risiko trägt, kann er für seine Ausfälle einen Ausgleich nach der Finanzierungsrichtlinie sowohl für Phase 1 als auch für Phase 2 beantragen (wie beim reinen Bruttovertrag). Insofern gibt es diesbezüglich keinen besonderen Handlungsbedarf für Phase 2.

In dem Umfang, in dem der Verkehrsunternehmer im Rahmen eines Brutto-Anreizvertrags oder eines Nettovertrags das Erlörisiko übernommen hat, muss in Phase 2 hingegen beachtet werden, dass das Verkehrsunternehmen keine direkten Leistungen mehr beantragen kann, sondern eine Kompensation der corona-bedingten Mindereinnahmen bzw. Mehraufwendungen nur durch den ÖPNV-Aufgabenträger gewährt werden kann

Das Vorgehen für Phase 2 hängt insoweit vor allem von den Inhalten des jeweiligen Verkehrsvertrages ab.

- a) Zunächst ist zu klären, ob der öffentliche Dienstleistungsauftrag (ÖDA) **Nachverhandlungs- oder Änderungsklauseln für unvorhergesehene Ereignisse** o. ä. enthält (teilweise als „Südmähren-Klausel“ bezeichnet, da die EU-Kommission eine Klausel für unvorhersehbare Kosten in der Südmähren-Entscheidung vom 26. November 2008 – K(2008) 7032 – akzeptiert hat.) Zu den „Unvorhersehbaren Kosten“ gehören auch Mindereinnahmen. Wenn solche Klauseln enthalten sind, sollte zunächst im Rahmen dieser Klauseln eine Lösung gefunden werden, um die Verluste beim Verkehrsunternehmen ganz oder zumindest teilweise auszugleichen. Soweit der Vertrag keine ausdrücklichen Anpassungsklauseln enthält, sondern eine Lücke aufweist, ist zu prüfen, ob nach den Regeln über die ergänzende Vertragsauslegung ein Ausgleich der Schäden möglich ist.

Der Aufgabenträger leistet auf dieser Grundlage dann im Rahmen der bestehenden Vertragsverhältnisse einen entsprechenden Ausgleich in der Phase 2 und beantragt die hierfür nötigen zusätzlichen Mittel über den Verbund beim Land.

- b) Soweit nach a) kein Ergebnis zu erzielen ist, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die allgemeine zivilrechtliche Regel über die Anpassung oder Kündigung von Verträgen bei **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB, vgl. für öffentlich-rechtliche Verträge § 60 Verwaltungsverfahrensgesetz) genutzt werden kann.

Bei der Kalkulation des Angebots in den Vergabeverfahren konnte kein Verkehrsunternehmen damit rechnen, dass eine solche Krise/Pandemie eintreten würde. Hier ist in der Regel daher gem. § 313 Abs. 1 BGB die Geschäftsgrundlage der Verträge gestört. Dies führt nicht unmittelbar zu einem automatischen Ausgleichsanspruch des Unternehmers, sondern zunächst nur dazu, dass die Vertragspartner den Vertrag nur fortführen müssen, wenn eine sachgerechte Vertragsanpassung an die veränderte Geschäftsgrundlage erfolgt. Eine zur Behebung der Störung notwendige Anpassung des

Vertrages (hier: die Erhöhung der Ausgleichsleistung um die pandemiebedingten Mindereinnahmen) ist damit jedoch bereits im Vertrag selbst angelegt. Sofern zur Ermittlung der tatsächlichen Ausgleichshöhe die im Landesrettungsschirm festgelegte und von der EU-Kommission für die Phase 1 notifizierte Methode zur Berechnung der tatsächlichen pandemiebedingten Mindererlöse verwendet wird, ist damit auch eine Überkompensation ausgeschlossen.

Zu bewerten ist, ob eine nach § 313 BGB zulässige Vertragsanpassung gleichwohl eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne des § 132 GWB ist, die eine Neuvergabe erfordert. Dies lässt sich im Ergebnis jedoch regelmäßig verneinen, denn es wird durch den Ausgleich der pandemiebedingten Mindereinnahmen nicht

- nachträglich das ursprüngliche Vergabeverfahren verändert (§ 132 Abs. 1 Ziffer 1)
- das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragspartnern verändert, denn es wird durch die Anpassung im Rahmen der Regelungen zur Leistungsstörung gerade das ursprünglich vereinbarte Gleichgewicht wiederhergestellt (Ritzenhoff in Pünder/Schellenberg, § 132 GWB, Rn. 24 zu § 132 Abs. 1 Ziffer 2) oder
- der Leistungsumfang verändert (§ 132 Abs. 1 Ziffer 3).

Selbst wenn man gleichwohl eine wesentliche Änderung annehmen wollte, wäre diese gleichwohl gem. § 132 Abs. 2 Ziffer 3 nicht vergabepflichtig: Eine nachträgliche Änderung eines Vertrages ist danach zulässig, wenn „die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert“. Dies ist bei der Vertragsanpassung zum Ausgleich der pandemiebedingten Mindereinnahmen gegeben: Bei Vertragsänderungen als Reaktion auf die Auswirkungen der COVID-19 Pandemie ist zunächst die Unvorhersehbarkeit der zugrundeliegenden Umstände offensichtlich gegeben. Dies haben sowohl das Bundeswirtschaftsministerium (Rundschreiben vom 19.03.2020) als auch die Services of the European Commission (Overview of the State aid rules applicable to the land transport sector during the COVID-19 outbreak, S. 4) festgestellt. Ausgeglichen werden nur die pandemiebedingten Erlösausfälle und dies zudem nur zeitlich befristet, sodass der Gesamtcharakter des öDA nicht berührt wird. Damit stellen die Auswirkungen der COVID-19 Pandemie grundsätzlich einen Rechtfertigungstatbestand für – zeitlich befristete – Vertragsänderungen dar.

Damit liegt keine zur Neuvergabe zwingende wesentliche Vertragsänderung vor.

Eine Neuverhandlung des Vertrages losgelöst von Corona-bedingten Umständen kann jedoch nicht gerechtfertigt werden.

Bei der Anwendung von § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB (unvorhersehbare Umstände) muss die Änderung im EU-Amtsblatt veröffentlicht werden. Insofern ist es formal nicht irrelevant, ob man bereits gem. Abs. 1 davon ausgeht, dass schon gar keine wesentliche Vertragsänderung vorliegt oder diese gem. § 132 Abs. 2 Ziffer 2 als ausnahmsweise vergabefrei einstuft.

- c) Sofern ein öDA das Erlösrisiko so weitgehend auf das Verkehrsunternehmen übertragen hat, dass er vergaberechtlich nicht als öffentlicher Auftrag, sondern als Nettovertrag/Dienstleistungskonzession einzustufen ist und daher gem. § 8b PBefG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Verordnung 1370/2007 nicht nach den Regelungen des 4. Abschnitts des GWB, sondern nach denjenigen des Art. 5 Abs. 2 ff. der Verordnung 1370/2007 vergeben wurde, ist hier ebenfalls eine Vertragsanpassung auf Grundlage des § 313 BGB möglich:

pandemiebedingte Erlösausfälle oder Mehraufwendungen konnten bei der Kalkulation des Angebots nicht zugrunde gelegt werden. Bei der Vertragsanpassung nach § 313 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage geht es nur um eine zeitlich befristete Übernahme der Corona-bedingten Mindereinnahme, die schon aufgrund der zeitlichen Befristung den Gesamtcharakter der Dienstleistungskonzession nicht berühren. Soweit eine anderslautende Rechtsprechung aus der Zeit vor der gesetzlichen Regelung des Konzessionsvergaberechts gleichwohl eine analoge Anwendung der Grundsätze des § 132 auch im Konzessionsbereich nahe legt, gelten im Ergebnis auch für Dienstleistungskonzessionen die bereits zum öffentlichen Auftrag ausgeführten Aussagen, sodass eine zur Neuvergabe zwingende wesentliche Änderung des Vertrages im Ergebnis auch hier nicht vorliegt. Gleichwohl muss bei einer (von dem Verkehrsunternehmen nicht zu verantwortenden) allgemeinen Störung der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung auf Grundlage des § 313 BGB zur Wiederherstellung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen den Vertragspartnern auch hier als vergaberechtlich unbedenklich gelten und muss auch nicht im EU-Amtsblatt veröffentlicht werden.

Da bei Anwendung des § 313 BGB jeweils nicht das gesamte Erlösrisiko auf den Aufgabenträger übertragen wird, sondern nur für die Zeitdauer der Pandemie die nicht einkalkulierten **pandemiebedingten** Einnahmeeinbrüche abgenommen werden, bleibt der Grundcharakter des jeweiligen ÖDA (gleichgültig ob Brutto-Anreizvertrag oder Nettovertrag) weiterhin erhalten, denn anders als im Bruttovertrag erhält hier der Unternehmer auch nach der Vertragsanpassung keinen von den Erlösen losgelösten garantierten Vollaussgleich seiner Gesamtkosten, sondern eine Erhöhung des weiterhin grundsätzlich im Nettorisiko stehenden angebotenen und zugeschlagenen Zuschussbetrages um die pandemiebedingten Mindererlöse. Haben sich beispielsweise die Erträge bis zum Beginn der Pandemie anders entwickelt als ursprünglich einkalkuliert, führt dies weder zu einer Abschöpfung der damit verbundenen Gewinne noch zu einer Erhöhung des Zuschusses.

2. Eigenwirtschaftlicher Verkehr

Bei einem eigenwirtschaftlichen Verkehr bestand „vor Corona“ kein ÖDA mit dem Aufgabenträger. Für Phase 1 erhält das Verkehrsunternehmen einen Ausgleich aus Landesmitteln/Bundesmitteln auf der Grundlage der Bundesrahmenregelung in Verbindung mit der Muster-Finanzierungsrichtlinie.

Für Phase 2 ist dies nicht mehr möglich. Es ist daher auf Grundlage der vergabe- und beihilfenrechtlichen Vorgaben eine Rechtsgrundlage zu schaffen, damit der Aufgabenträger dem Verkehrsunternehmen die pandemiebedingten Mindereinnahmen ausgleichen kann und die hierzu nötigen Mittel seinerseits im Rahmen des Rettungsschirms anmelden und abrechnen darf.

Zur Abwicklung des Ausgleichs der pandemiebedingten Mindereinnahmen kann ein **öffentlicher Dienstleistungsauftrag** abgeschlossen werden, in dem der Aufgabenträger unter Bezugnahme auf die bestehende Betriebspflicht im Rahmen der PBefG-Liniengenehmigung dem Unternehmen zeitlich befristet für die Zeit der Phase 2 bis 31.12.2020 auf Nachweis die pandemiebedingten Mindererlöse (teilweise oder ganz) ausgleicht und sich das Unternehmen im Gegenzug verpflichtet, das Leistungsangebot trotz der Pandemie aufrecht zu erhalten, und die sich aus dem Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (LTMG) ergebenden Verpflichtungen zu beachten.

Da aufgrund des faktischen Zeitdrucks sowie der Tatsache, dass der Verkehr bereits in vollem Umfang beim eigenwirtschaftlichen Betreiber genehmigt ist, kein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden kann, muss der neue ÖDA direkt vergeben werden.

Hierzu gibt es grundsätzlich zwei Rechtsgrundlagen: § 14 Abs. 4 VgV für öffentliche Aufträge sowie Art. 5 Abs. 5 Verordnung 1370/2007 für Dienstleistungskonzessionen.

a) Dienstleistungskonzession: Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007

Art. 5 Abs. 5 setzt das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession voraus.

Eine Dienstleistungskonzession ist nur gegeben, sofern der Unternehmer das überwiegende Absatzrisiko trägt.

Soweit der ÖDA dagegen explizit dazu dient, dem Unternehmen in der Pandemiezeit dieses Absatzrisiko vollständig bzw. überwiegend abzunehmen, ist eine Dienstleistungskonzession in der Regel nicht gegeben. Jedoch ist die Gestaltung einer Dienstleistungskonzession auch unter den Vorzeichen der Pandemie nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Übernimmt der Aufgabenträger bestimmte (Mehr-)Risiken aufgrund der Corona-Krise, muss dies jedoch bei der Höhe der Ausgleichsleistung und der Höhe des angemessenen Gewinns entsprechend (mindernd) berücksichtigt werden (so die EU-Kommission zu Nettoverträgen, Overview of the state aid rules applicable to the land transport sector during the COVID-19 outbreak). So könnte durch die Begrenzung auf die pandemiebedingten Schäden im Einzelfall auch die Gestaltung einer Dienstleistungskonzession versucht werden. Ist dies nicht möglich, kann nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 1 Verordnung 1370/2007 Art. 5 Abs. 5 dieser Verordnung nicht genutzt werden.

b) öffentlicher Auftrag: Kartellvergaberecht

Wenn keine Dienstleistungskonzession, sondern ein öffentlicher Auftrag im Sinne des GWB vorliegt, muss einer der (Direkt-)Vergabebetatbestände des § 14 Abs. 4 genutzt werden. In Betracht kommen hier § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchstabe c und 3 VgV:

- „Dringlichkeitsvergabe“: Nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (=„Direktvergabe“) zulässig, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, es nicht zulassen die Mindestfristen für einen Wettbewerb einzuhalten.

Die Rechtsprechung neigt bisher zu einer sehr restriktiven Auslegung dieser Vorschrift und fordert unter dem Schlagwort „so viel Wettbewerb wie möglich“ hier ggf. wenigstens eingeschränkte Wettbewerbsmaßnahmen (Beteiligung vorhandener und bekannter Interessenten). Dies bedeutet, dass ggf. eine Auswahlentscheidung zu treffen ist und ggf. nicht in jedem Fall der Bestandsunternehmer den Auftrag erhält.

Zudem fordert die Rechtsprechung eine zeitliche Befristung der Maßnahme. Die zeitliche Befristung ist im Sinne einer Interimsvergabe so zu bemessen, dass ein Wettbewerbsverfahren für einen dauerhaften Anschlussvertrag zügig durchgeführt werden kann. Die zeitliche Grenze liegt bei ca. einem Jahr; vereinzelte Entscheidungen von Vergabekammern haben noch kürzere Zeiträume verlangt. Befristete Maßnahmen bis 31.12.2020 wären danach möglich, ihre Verlängerung in 2021 aber ggf. problematisch.

Die Fälle, die diesen Entscheidungen zu Grunde lagen, unterscheiden sich jedoch deutlich von den Besonderheiten der pandemiebedingten Direktvergaben, denn im Rahmen der Pandemie geht es nicht darum, dass kurzfristig ein Betreiber ausgefallen ist und ein neues Unternehmen beauftragt werden muss, sondern darum, mit einem vorhandenen und betriebsfähigen Unternehmen zeitlich befristet Regelungen zur Bewältigung der pandemiebedingt unverschuldet extern aufgetretenen wirtschaftlichen Probleme abzuschließen. Insofern stellt sich bereits grundlegend die Frage, ob die Grundkonstellation der Nr. 3, nämlich dass eine Dienstleistung benötigt wird, aber aktuell kein Betreiber vorhanden ist, der diese Dienstleistung

anbietet (beispielsweise weil der Altbetreiber insolvent gegangen ist) überhaupt mit der pandemiebedingten Situation vergleichbar ist, in der ein betriebsbereites Unternehmen vorhanden ist, das jedoch wegen der unverschuldeten Folgen der Pandemie ohne einen Vertrag den Betrieb wirtschaftlich nicht fortführen kann. Dieser Lebenssachverhalt entspricht viel mehr den in Nr. 2 geregelten Fällen.

- Direktvergabe an Bestandsunternehmen: Gem. § 14 Abs. 4 Nr. 2 c VgV ist eine Direktvergabe zulässig, sofern der Vertrag wegen des Schutzes eines ausschließlichen Rechts nur mit einem bestimmten Unternehmen abgeschlossen werden kann. Ein Schutzrecht in diesem Sinne kann auch in einer behördlichen Genehmigung begründet liegen (Pünder in: Pünder/Schellenberg, § 14 VgV, Rn. 66). Da im Rahmen der Bewältigung der Pandemie die notwendige Sicherstellung des Verkehrsangebotes nur durch den Ausgleich der pandemiebedingten Mindereinnahmen beim Betreiber des genehmigten Verkehrs erreicht werden kann, könnte die Liniengenehmigung als ausschließliches Recht verstanden werden (a. A. VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 14.03.2005 – Az. 1 VK 05/05 und VK Düsseldorf, Beschl. v. 14.05.2004 – Az. VK – 7/2004 -L diese Entscheidungen stehen der Anwendbarkeit der Regelung aus heutiger Sicht nicht mehr entgegen, da sie vor dem Hintergrund eines grundlegend anders ausgestalteten personenbeförderungsrechtlichen Rechtsrahmens ergangen sind und die jüngere Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte die hier vertretene Rechtsauffassung stützt.). Auf die Frage, ob die Liniengenehmigung auch ein ausschließliches Recht im Sinne des Art. 2 Buchstabe f Verordnung 1370/2007 gewährt, kommt es bei dieser Betrachtung nicht an.

3. Genehmigungssituation

Im Hinblick auf die **PBefG-Liniengenehmigung** gehen die Genehmigungsbehörden in Baden-Württemberg von keinem Änderungsbedarf aus, da weder die Form noch der Inhalt der Genehmigung von der Frage tangiert wird, ob der Verkehr eigenwirtschaftlich finanziert wird oder nicht. Die entsprechende frühere materielle Unterscheidung ist mit der Novelle des PBefG zum 1.1.2013 entfallen. Unterschiede sieht das PBefG für eigenwirtschaftliche Verkehre nur noch für das Verwaltungsverfahren zur Beantragung und Genehmigung des Verkehrs vor. Da die Direktvergaben dem Ziel dienen, die bereits bestehende Betriebspflicht im Rahmen der vorhandenen Genehmigung weiter aufrecht erhalten zu können, ändert sich auch nichts am Inhalt der Betriebspflicht.

4. Zeitschiene

Die dargestellten Vertragsanpassungen und Direktvergaben müssen nicht bereits bei Antragstellung am 30.9.2020 vollständig umgesetzt sein. Es ist jedoch sicherzustellen, dass sie bis spätestens 31.10.2020 rückwirkend zum 1.9.2020 abgeschlossen werden.

Anlagen:

- Mustervertrag für Direktvergabe bei eigenwirtschaftlich genehmigten Verkehren
- Mustervertrag zur Anpassung von Nettoverträgen/Bruttoanreizverträgen