

LESSIAK & PARTNER

rechtsanwälte

Börseplatz-Börsegasse 10
A-1010 Wien
Tel +43 (1) 533 23 00-30
Fax +43 (1) 533 23 00-90
lawyers@lessiak.at
DVR1016105

Kooperation von:

Dr. Rudolf Lessiak
Rechtsanwalts GmbH

Dr. Gerald Michl
Rechtsanwalt em

Dr. Philipp Pelz
Rechtsanwalts GmbH

**Die PSO – Verordnung (EG) Nr 1370/2007
unter dem Gesichtspunkt der Vergabe von
Busverkehrsdienstleistungen**

Vortrag vom 29.04.2014

von

RA Dr. Rudolf Lessiak

I. Vorbemerkungen

Die am 03.12.2009 in Kraft getretene VO (EG) Nr 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden: PSO) ist – als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht – der Kern des Rechtsrahmens für den öffentlichen Personennahverkehr.

Die PSO gilt gemäß Art 1 Abs 2 für den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden öffentlichen Personenverkehr auf der Schiene und auf der Straße. „Öffentlicher Personenverkehr“ sind Personenbeförderungsleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei und fortlaufend erbracht werden (Art 2 lit a) PSO).

Dieser Vortrag konzentriert sich unter dem Aspekt der Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen auf zwei (wesentliche) Teilaspekte:

- Das Vergabesystem der PSO
- Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession, insbesondere im Kontext der verschiedenen Vertragstypen bei Busverkehrsdienstleistungen.

Der Vortrag folgt im Wesentlichen der von o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher in seinem für das BMVIT erstellten Grundsatzgutachten zur PSO entwickelten Systematik und den dort im Detail dargelegten Grundsätzen.

II. Das Vergabesystem der PSO für die Beschaffung von Busverkehrsdienstleistungen

A. Das System der wettbewerblichen Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Der öffentliche Dienstleistungsauftrag ist das zentrale **Instrument**, mit dem eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Personenverkehrs als Abgeltung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art gewähren darf.

Damit stellt die PSO iSe regulierten Wettbewerbs den Wettbewerb um den Personenverkehrsmarkt sicher. Art 5 Abs 1 PSO normiert ein **differenziertes System** der wettbewerblichen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages. Die Differenziertheit dieses Systems erklärt sich aus der Weite des Begriffes des öffentlichen Dienstleistungsauftrages.

Er umfasst zum einen **Dienstleistungsaufträge iSd Vergaberechts**, für die nach den RL 2004/17/EG und 2004/18/EG ein detailliertes, im BVergG 2006 umgesetztes Vergaberegime besteht. Er umfasst zum anderen auch **rechtsverbindliche Akte**, die „definitionsgemäß“ **keine Dienstleistungsaufträge** iSd Vergaberechts sein können. Das zeigt schon die Definition des öffentlichen Dienstleistungsauftrages in Art 2 lit i) PSO, wonach ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag auch die Qualität eines Verwaltungsaktes haben kann, der mangels Vertrag kein Dienstleistungsauftrag iSd Vergaberechts sein kann oder das Beispiel einer Dienstleistungskonzession, die expressis verbis nicht von den EG-Vergaberichtlinien erfasst ist.

Für diese gelten zwar auch, weil staatliche Akte immer an den Grundfreiheiten und ihrem Inhalt als Beschränkungsverbot messbar sein müssen, die primärrechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung sowie der Transparenz.

Jedoch gab es für **diese** verbindlichen Akte, durch welche ein Unternehmer mit der Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen unter Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut wird, keine die primärrechtlichen Grundsätze sichernden Verfahrensregeln. Diese wurden erst durch die PSO geschaffen.

B. Die unterschiedlichen Arten des wettbewerblichen Verfahrens

Für die Art des zu wählenden **wettbewerblichen Verfahrens** wird der einheitliche Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages jedoch wieder **aufgespalten**. (Art 5 Abs 1 PSO).

Erfüllt der öffentliche Dienstleistungsauftrag die Voraussetzungen des **Dienstleistungsauftrages** iSd Vergabe-RL, ist er nach den Vergabe-RL zu vergeben. Anders gesagt: Das „wettbewerbliche Vergabeverfahren“ ist diesfalls das in der RL 2004/18/EG vorgezeichnete und sehr detailliert geregelte Vergabeverfahren. Erfüllt der öffentliche Dienstleistungsauftrag **nicht** die Voraussetzungen eines Dienstleistungsauftrages, ist er nach dem **PSO-Vergabeverfahren** zu vergeben. Anders gesagt: Das Vergabeverfahren nach der RL 2004/18/EG verdrängt das PSO-Vergabeverfahren, soweit der öffentliche Dienstleistungsauftrag Dienstleistungsauftrag iSd RL 2004/18/EG ist. Für diese hat das Vergabeverfahren nach den RL 2004/18/EG **Vorrang**.

Allerdings kommt es im Bereich der Dienstleistungsaufträge iSd Vergabe-RL zu einer **weiteren Aufspaltung** und damit zu einer Einschränkung des Vorranges des Vergabeverfahrens nach den Vergabe-RL. Ausweislich des Wortlautes des Art 5 Abs 1 Satz 2 PSO sind nur Dienstleistungsaufträge iSd Vergabe-RL für öffentliche Personenverkehrsdienste mit **Bussen und Straßenbahnen** nach den Vergabe-RL zu vergeben. Öffentliche Personenverkehrsdienste im **Eisenbahnverkehr** sind daher von einer Vergabe nach den Vergabe-RL nicht umfasst.

Der Grund für diese Differenzierung liegt darin, dass Dienstleistungsaufträge für den Bus- und Straßenbahnverkehr prioritäre Dienstleistungen iSd Anhangs IIA RL

2004/18/EG (= Anhang III BVergG) sind, für welche die Vergabe-RL im vollen Umfang gelten, während Eisenbahnverkehrsdienstleistungen nicht prioritäre Dienstleistungen iSd Anhangs IIB RL 2004/18/EG (= Anhang IV BVergG) sind, die vor allem keinen ex ante-Bekanntmachungspflichten nach den Vergabe-RL unterliegen.

Die RL 2004/18/EG gilt nur für Dienstleistungsaufträge, deren geschätzter Auftragswert ohne USt Euro 207.000,00 erreicht. (EU-VO 1336/2013 Betragsanpassung). **Dienstleistungsaufträge** im Bus- und Straßenbahnverkehr, die **diesen Schwellenwert nicht erreichen**, unterfallen nicht dem sachlichen Geltungsbereich der RL 2004/18/EG und sind daher nach dem Wortlaut des Art 5 Abs 1 Satz 2 PSO nicht in dem für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in den Vergabe-RL vorgeschriebenen Verfahren zu vergeben.

Gemäß Art 5 Abs 1 Satz 2 letzter Halbsatz PSO ist das Vergabeverfahren der Vergabe-RL auch nicht für die Betrauung mit Personenverkehrsdienstleistungen anzuwenden, „sofern die Aufträge die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen“. **Dienstleistungskonzessionen** sind daher nach dem wettbewerblichen Verfahren der PSO zu vergeben (Art 5 Abs 1 iVm Abs 3).

Das **PSO-Vergabeverfahren** ist gegenüber dem der Vergabe-RL **rudimentär** geregelt. In Art 5 Abs 3 2. Satz PSO heißt es dazu:

„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.“

Für den Aufgabenträger hat dieses Vergabesonderregime den Vorteil größerer Gestaltungsfreiheit. Er muss aber durch eine Bekanntmachung, die nicht eine detaillierte Vergabebekanntmachung sein muss, einen angemessenen Grad an

Öffentlichkeit herstellen und auch Angebotsunterlagen erstellen, die sich am Inhalt des Art 4 PSO orientieren.

III. Abgrenzung zur vergaberechtlichen Typologie

A. Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession

Bus- und Straßenbahnverkehrsdienstleistungen im Unterschwellenbereich werden immer nach dem PSO-Regime vergeben (und zwar, soweit dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, im Wege der Direktvergabe [Art 5 Abs 4 PSO]).

Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen ist aber **relevant für Personenverkehrsdienstleistungen mit Bussen und Straßenbahnen im Oberschwellenbereich** (nach der EG-Vergabe-RL). Ist die Beauftragung mit diesen Diensten ein Dienstleistungsauftrag, ist nach den Vergabe-RL vorzugehen. Handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession, unterliegt sie dem PSO-Regime (Art 5 Abs 1, S 2 letzter Hs).

B. Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession

Art 1 Abs 4 RL 2004/18/EG definiert Dienstleistungskonzessionen als

„Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, 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.“

§ 8 BVergG übernimmt diese Definition. Trotz dieser Definition ist nach wie vor umstritten, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Dienstleistungskonzession und kein Dienstleistungsauftrag vorliegt.

Fest steht, dass auch die Dienstleistungskonzession ein Vertrag ist und es für die Qualifikationsfrage auf die im Einzelfall zu würdigende Ausgestaltung eben dieses Vertrages ankommt.

Dienstleistungskonzessionen unterscheiden sich – wie schon deren gesetzliche Definition lehrt – von Dienstleistungsaufträgen durch eine abweichende Art der Vergütung für die Dienstleistung durch den Auftraggeber.

Während beim Dienstleistungsauftrag die Dienstleistung durch den Auftraggeber vollständig durch eine Entgeltzahlung vergütet wird, der Auftragnehmer also nur das Kalkulationsrisiko trägt, besteht bei der Dienstleistungskonzession die Vergütung in der Einräumung eines Nutzungsrechts an der dem Aufgabenträger geschuldeten Dienstleistung derart, dass der Dienstleister die mit der Nutzung verbundenen wirtschaftlichen Risiken trägt. Diese Risiken trägt der Dienstleister dadurch, dass er seine Vergütung in welcher Form auch immer auf dem Nutzermarkt erwirtschaften muss.

Der Konzessionär trägt, anders als der Auftragnehmer, das Nachfragerisiko (Frequenzrisiko), das auch bei Zuzahlungen des Aufgabenträgers solange besteht, als die Vergütungsregelung so angelegt ist, dass der überwiegende Teil der Vergütung aus Einnahmen besteht, die vom Ausmaß der Inanspruchnahme der Dienstleistung durch die Nutzer abhängig ist.

Es ist daher möglich, dass auch ein Personenverkehrsdienstvertrag als Dienstleistungskonzession ausgestaltet sein kann.

Es entspricht jedoch der überwiegenden Literatur, dass Verkehrsdienstverträge zwar Dienstleistungskonzessionen sein können, aber typischerweise nicht sein werden, weil die Ausgleichszahlungen in einem Ausmaß vorgesehen sind, dass dem Unternehmer kein überwiegendes wirtschaftliches Risiko verbleibt. Ob die Vergütungsregelung eines Vertrages durch eine hinreichende wirtschaftliche Risikokomponente gekennzeichnet ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden.

In der Praxis haben sich verschiedene Vertragstypen herausgebildet, die einer durchaus unterschiedlichen Beurteilung unter dem Aspekt der überwiegenden

Tragung des wirtschaftlichen Risikos zugänglich sind. Üblicherweise werden danach **Brutto- und Nettoverträge** unterschieden.

Bei **Bruttoverträgen** erhält das Verkehrsunternehmen einen festen Ausgleichsbetrag seitens des Aufgabenträgers, während die Fahrgeldeinnahmen in voller Höhe dem Aufgabenträger zufließen. Diese sind nur ein Rechnungsposten.

Die Fehlbeträge zwischen den Einnahmen des Verkehrsunternehmens und den im vereinbarten Ausgleichsbetrag kalkulierten Kosten für die Erbringung der Verkehrsleistungen gleicht der Aufgabenträger aus. Das Verkehrsunternehmen trägt lediglich das Kostenrisiko.

Bei Bruttoverträgen trägt der Betreiber kein wirtschaftliches Risiko. Es liegt ganz überwiegend beim Aufgabenträger. Bruttoverträge sind Dienstleistungsaufträge, keine Dienstleistungskonzessionen.

Nettoverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Aufgabenträger einen festen Ausgleichsbetrag bezahlt, dem Verkehrsunternehmer jedoch die Höhe der Einnahmen zusteht. Der Verkehrsunternehmer trägt im Grunde das Einnahmenrisiko.

Bei einer Ausgestaltung als Nettovertrag ist die Qualifikation als Dienstleistungskonzession möglich, aber nicht zwingend. Denn die vereinbarte Ausgleichzahlung (zB ein Festbetrag pro gefahrenem Kilometer) kann so (hoch) bemessen sein, dass dem Verkehrsunternehmer kein nennenswertes Risiko verbleibt.

Anreizverträge sind entweder Brutto- oder Nettoverträge, die eine Bonus/Malus-Regelung enthalten.

Soweit ein Nettovertrag Anzelelemente enthält, sind sie in der Gesamtwürdigung des Risikos zu berücksichtigen. Denn sie stellen insoweit ein Risiko dar, als der Unternehmer nicht sicher mit den Beträgen aus einer solchen Regelung rechnen

kann. Abgesehen davon, dass eine Bonus/Malus-Regelung auch bei einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag vereinbart werden kann, macht – nach deutschen Erfahrungen – die Schwankungsbreite üblicher Bonus/Malus-Regelungen nur ca 5 % der Gesamtausgleichssumme aus. Schon deshalb kann sie nicht als wesentliches Indiz für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession gelten.

Die Qualifikation als Dienstleistungskonzession könnte daran scheitern, dass die Kunden bei **ausschließlicher Tätigkeit** des Verkehrsunternehmers auf einer bestimmten Strecke auf keinen anderen Betreiber eines öffentlichen Verkehrsdienstes ausweichen können. Bereits dadurch könnte wegen hinreichender Kalkulierbarkeit der Fahrgeldeinnahmen die Annahme einer Dienstleistungskonzession fraglich erscheinen.

Diese Situation ist jedoch mit einem rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang, bei dem die Möglichkeit einer Dienstleistungskonzession mitunter bezweifelt wird, nicht vollends vergleichbar. Im Unterschied zu einem Anschluss- und Benutzungszwang, steht es den Kunden des Verkehrsunternehmers frei, den öffentlichen Personennahverkehr in Anspruch zu nehmen.

Ob und wie viele Kunden das Verkehrsangebot des Unternehmers in Anspruch nehmen, ist deren freie Entscheidung und hängt auch maßgeblich von der Attraktivität des Verkehrsangebotes ab. Das Ausmaß der Inanspruchnahme dieser Leistungen durch die Kunden (die Kundenfrequenz) ist daher auch bei ausschließlicher Bedienung der Strecke durch den Unternehmer nicht so exakt absehbar, dass kein unkalkulierbares Risiko vorliegen würde. Daher trifft es zu, dass selbst bei faktischer Monopolstellung eines Verkehrsunternehmers dessen wirtschaftliches Risiko nicht zu gering ist, um eine Dienstleistungskonzession anzunehmen.

In der deutschen Literatur wird die Qualifikation eines Verkehrsdienstvertrages als Dienstleistungskonzession mitunter deshalb in Zweifel gezogen, weil die Vielzahl von „Zwangskunden“ wie zB Schüler und Auszubildende die Fahrgeldeinnahmen bei

Vertragsschluss so berechenbar macht, dass ein wirtschaftliches Risiko des Verkehrsunternehmers nicht besteht.

Als Zwangskunden können Nutzer des öffentlichen Personenverkehrs bezeichnet werden, denen die Alternative des motorisierten Individualverkehrs nicht zur Verfügung steht. Das sind in erster Linie – aber nicht nur – Schüler und Lehrlinge.

Bei Bruttoverträgen dürfte die Zwangskundenproblematik keine Rolle spielen, weil ein (Gesamt-)Leistungsentgelt, bestehend aus Verbundabgeltung, Fahrgeldeinnahmen und Fahrpreisersätzen vereinbart ist und die Fahrpreisersätze – wie die Fahrgeldeinnahmen, die der Verkehrsunternehmer aus dem Verkauf der Verkehrsdienstleistung im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung der Verbundorganisationsgesellschaft einnimmt – auf die Höhe der Verbundabgeltung Einfluss haben. Anders gesagt: Der Bruttovertrag nimmt dem Verkehrsunternehmer das konzessionstypische wirtschaftliche Risiko ab. Auf das Ausmaß der beförderten Zwangskunden kommt es nicht an.

Das könnte bei Nettoverträgen anders sein. Bei Nettoverträgen wäre es möglich, dass ein sehr hoher Anteil an „Zwangskunden“ dem Verkehrsunternehmer ein an sich für eine Dienstleistungskonzession ausreichendes wirtschaftliches Risiko nimmt.

Eine generalisierende Aussage zur Dienstleistungskonzessionsqualifikation von Verkehrsdienstverträgen nach österreichischer Praxis ist nicht nur deshalb problematisch, weil sie nur unter Bedachtnahme auf die konkrete Ausgestaltung des Verkehrsdienstvertrages im Einzelfall getroffen werden kann. Sie ist auch deshalb nicht möglich, weil es innerhalb der Verkehrsverbände Verbundkooperationsverträge/Einnahmenaufteilungsverträge zwischen den an einem Verkehrsverbund beteiligten Verkehrsunternehmen gibt, „mit denen die im Verbundgebiet erzielten Fahrgelderlöse nach dem Verbundtarif den einzelnen Verbundlinien zugeordnet werden.

Der zusammenfassende Befund lautet:

Nettoverträge können Dienstleistungskonzessionen sein.

Ob sie es sind, ist unter Bedachtnahme auf die Zwangskundenproblematik und auf Einnahmenaufteilungsverträge nur im Einzelfall feststellbar.