

Leitfaden

zum Entwurf der Muster-Richtlinie der Bundesländer vom 13. August 2020

zum Ausgleich von Schäden im öffentlichen Personennahverkehr

im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19

Stand 18. August 2020

Die Muster-Erstattungsrichtlinie (Stand 13.8.2020) hat noch den Status eines Entwurfs, da die in Ziffer 6.4 geregelte Frage der Verzinsung von Überzahlungen mit der Europäischen Kommission geklärt wird. Danach wird die finale Fassung der Richtlinie veröffentlicht werden.

Der nachstehende Leitfaden ist als Hilfestellung für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen zum Corona-Schadensausgleich in Phase 1 und Phase 2 des ÖPNV-Rettungsschirms gedacht. Die Erläuterungen und Argumentationshilfen sind als allgemeine Information und nicht als rechtliche Auskunft oder Rechtsberatung gedacht und bestimmt. Für sie kann keine Gewähr oder gar Haftung übernommen werden.

Erster Teil: Einführung

I. ÖPNV-Rettungsschirm

Zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie in der Bundesrepublik Deutschland haben sich die Koalitionspartner von CDU/CSU und SPD am 3. Juni 2020 auf umfangreiche Maßnahmen zur Stärkung der deutschen Wirtschaft verständigt. Dazu gehört neben vielen weiteren Punkten auch eine finanzielle Kompensation in Höhe von 2,5 Mrd. EUR für die dem ÖPNV entstandenen Schäden. Dieser Teil eines insgesamt 130 Mrd. EUR umfassenden Konjunktur- und Krisenbewältigungspakets wird kurz als „ÖPNV-Rettungsschirm“ des Bundes bezeichnet.

Vorausgegangen waren dieser Entscheidung zur Kompensation im Bereich des ÖPNV mehrere Beschlüsse der Verkehrsministerkonferenz, mit denen die Länderminister für eine aktive Beteiligung des Bundes geworben, aber auch eine angemessene finanzielle Beteiligung der Länder als notwendig erachtet haben. In vielen Ländern sind zwischenzeitlich bereits entsprechende Beschlüsse gefasst worden, die Bundesmittel zur Kompensation der Schäden des ÖPNV durch eigene Landesmittel in gleicher Höhe zu ergänzen.

Neben dem erforderlichen Zweiten Nachtragshaushalt haben der Deutsche Bundestag (am 2. Juli 2020) und der Bundesrat (am 3. Juli 2020) inzwischen das Gesetz über begleitende Maßnahmen zur Umsetzung des Konjunktur- und Krisenbewältigungspakets beschlossen. Die Feststellung des Nachtragshaushalts und das Maßnahmengesetz wurden am 16. Juli 2020 verkündet (BGBl. I S. 1669, 1683). In Artikel 5 des Gesetzes über begleitende Maßnahmen zur Umsetzung des Konjunktur- und Krisenbewältigungspakets wurde die erforderliche (Sechste) Änderung des Regionalisierungsgesetzes vorgenommen und eine zusätzliche Summe von 2,5 Mrd. Euro festgesetzt (§ 7 Abs. 1 RegG). Damit ist gewährleistet, dass die zugesagten Mittel des Bundes zeitnah – spätestens am 15.08.2020 - an die Länder ausgezahlt werden können.

Die Verteilung der 2,5 Mrd. Euro auf die Länder erfolgt vorerst nach dem Schlüssel des § 5 Abs. 11 RegG (§ 7 Abs. 2 RegG), der bereits bei der Verteilung der Mittel aus dem sogenannten Klimaschutzpaket 2019 (Fünftes Gesetz zur Änderung des Regionalisierungsgesetzes) zur Anwendung kam. Nachgelagert erfolgt dann gemäß § 7 Abs. 5 RegG in eigener Verantwortung der Länder eine einvernehmliche Anpassung dieser Mittel an die im Jahr 2020 tatsächlich entstandenen finanziellen Nachteile im Sinne eines „Corona-Schlüssels“.

Die Mittel verteilen sich vorerst wie folgt auf die Länder:

Land	(vorläufige) Mittel nach § 7 Abs. 2 RegG in Euro
Baden-Württemberg	278 253 658,54
Bayern	381 092 682,93
Berlin	128 064 939,02
Brandenburg	132 872 987,81
Bremen	14 878 048,78
Hamburg	51 585 365,85
Hessen	181 090 243,90
Mecklenburg-Vorpommern	78 276 890,24
Niedersachsen	212 387 804,88
Nordrhein-Westfalen	423 780 487,81
Rheinland-Pfalz	127 673 170,73
Saarland	31 036 585,36
Sachsen	166 995 731,71
Sachsen-Anhalt	118 456 524,39
Schleswig-Holstein	80 482 926,83
Thüringen	93 071 951,22

Quelle: § 7 Abs. 2 RegG (BGBl. 2020 I S. 1686)

Die ergänzenden Mittel der Länder werden über separate Landesregelungen bereitgestellt. Eine Gesamtübersicht darüber befindet sich in laufender Fortschreibung und ist daher hier nicht abgedruckt.

Gleichzeitig ist bereits jetzt absehbar, dass auch über 2020 hinaus die Fahrgastzahlen das Vorkrisenniveau nicht erreichen werden. Auch dies hat absehbar entsprechende Folgen im Hinblick auf die Nutzerfinanzierung des ÖPNV. Dieser Zeitraum ist nicht Gegenstand des beschlossenen Rettungsschirms, der lediglich das Jahr 2020 als Bezugsrahmen hat. Gleichwohl bedarf es mit Blick auf die Ziele in den Bereichen Klimaschutz, Luftreinhaltung und mit Blick auf die Daseinsvorsorge auch für diesen Zeitraum einer für Verkehrsunternehmen und die Aufgabenträger tragfähigen Lösung.

II. Bundesrahmenregelung und Muster-Erstattungsrichtlinie zur Umsetzung des Schadensausgleichs

Die Bundesregierung hat (in Abstimmung mit den Ländern) Ende Mai 2020 den Entwurf einer Bundesrahmenregelung zur Gewährung von Beihilfen zum Ausgleich von Schäden im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19 (im Folgenden „Bundesrahmenregelung“) bei der Europäischen Kommission zur beihilferechtlichen Genehmigung vorgelegt, der am 7. August von der Kommission genehmigt wurde. Hierdurch wird die Beihilfe für den ÖPNV rechtlich abgesichert.

Parallel dazu wurde unter der Federführung des Landes Nordrhein-Westfalen der Entwurf einer „Muster-richtlinie zum Ausgleich von Schäden im öffentlichen Personennahverkehr im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19 (im Folgenden „Muster-Erstattungsrichtlinie“) erarbeitet, in der die näheren rechtlichen Einzelheiten sowie die Verfahrensweise bei der Auskehrung der finanziellen Kompensation in Deutschland geregelt werden (Anlage). Grund für die Erarbeitung einer Muster-Erstattungsrichtlinie ist eine Positionierung seitens der Verkehrsministerkonferenz, bei der Ausreichung der Kompensationsmittel für den ÖPNV möglichst ländereinheitliche Standards zu setzen. Der Entwurf der Muster-Erstattungsrichtlinie enthält sowohl obligatorische als auch fakultative Bestandteile (siehe hierzu Nummer 3), auf die sich die Länder verständigt haben. Obligatorische Bestandteile der Muster-Erstattungsrichtlinie sind von den Ländern in ihre jeweiligen Landes-Richtlinien zu übernehmen. Unabhängig von der konkreten verfahrensmäßigen Gestaltung durch die Länder verpflichten sich die Länder, die Regelungen über die Erstattungsfähigkeit zu Grunde zu legen. Das ist Grundlage für die Anerkennung der Schäden gegenüber den Antragstellern und der Anrechnung auf den späteren finanziellen Ausgleich unter den Ländern. Die verfahrenstechnische Umsetzung hingegen bleibt dem jeweiligen Land freigestellt, das eine darauf fußende Landes-Richtlinie letztendlich auch eigenständig in Kraft setzen muss.

Zweiter Teil: Erläuterungen zur Muster-Erstattungsrichtlinie

Die nachfolgenden Erläuterungen folgen der Systematik und Gliederung der Muster-Erstattungsrichtlinie.

Die Richtlinie enthält sowohl obligatorische als auch fakultative Regelungen. Obligatorische Regelungen sind verbindlich in die jeweilige Landesregelung zu übernehmen (die Begründung dafür wird in der Muster-Erstattungsrichtlinie jeweils angeführt), fakultative Regelungen hingegen nicht bzw. bedürfen der jeweiligen Ausgestaltung. Insofern ist es praktisch möglich, dass in der Muster-Erstattungsrichtlinie als fakultativ aufgeführte Ausgleichstatbestände nicht oder verändert in der jeweiligen Landes-Richtlinie zu finden sind, so dass darin angesprochene Schäden entweder gar nicht oder in einer separaten Richtlinie ausgeglichen werden. Maßgeblich ist daher letztendlich die jeweilige Landes-Richtlinie.

1 Rechtsgrundlage

Mit Billigkeitsleistungen nach § 53 Landeshaushaltsordnung (LHO – im Wesentlichen gleichlautend in allen Bundesländern) können Schäden und Nachteile ausgeglichen oder gemildert werden, die ihre Ursache in einem Ereignis haben, das für die Betroffenen nicht vorhersehbar war und von ihm auch nicht zu vertreten ist.

Billigkeitsleistungen sind an keine nachgelagerten Handlungen des Zahlungsempfängers gekoppelt. Im ÖPNV sind ansonsten eher Zuwendungen nach § 23 LHO üblich, mit denen die Verwaltung finanzielle Anreize dafür schafft, dass Dritte Vorhaben durchführen, an deren Realisierung der Staat ein erhebliches Interesse hat (z. B. U-Bahn-Bau); Zuwendungen sind stets an eine Handlung des Zuwendungsempfängers gebunden (z. B. Fertigstellung und Betrieb der U-Bahn).

Dass kein Rechtsanspruch auf Gewährung der Leistungen besteht, ist lediglich eine Klarstellung.

2 Gegenstand der Förderung

Der Corona-Ausgleich soll die Ausfälle von Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen durch verringerte Zahlungen aus Verkehrsverträgen (u. ä.), den Rückgang von Fahrgeldeinnahmen und den Rückgang von Zahlungen aus allgemeinen Vorschriften ausgleichen. Die Förderung betrifft den Zeitraum März bis Dezember 2020, wobei Besonderheiten hinsichtlich der Monate September bis Dezember bestehen (dazu siehe unten u. a. 5.4.2.1 und dritter Teil). Gegenzurechnen sind coronabedingte Kosteneinsparungen beim Verkehrsunternehmen wie auch beim Aufgabenträger.

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge“ [ÖDA] sind z. B. Verkehrsverträge, Betrauungen, „Direktvergaben“ und weitere Rechtsverhältnisse, die unter die Definition in Art. 2 Buchst. i) der VO 1370/2007 fallen. Geringere Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Dienstleistungsaufträgen werden ausgeglichen, wenn sie wegen geringerer Verkehrsdienstleistungen oder wegen verringerter Nachfrage zurückgegangen sind.

„Allgemeine Vorschriften“ sind z. B. die Ausgleichsleistungen an Betreiber für die Belastung mit öffentlich festgesetzten Höchsttarifen, Erstattungen für die unentgeltliche Beförderung schwerbehinderter Menschen nach §§ 228 ff. SGB IX, § 45a PBefG und dessen Nachfolgeregelungen in einigen Ländern.

Aufwendungen für den Infektionsschutz, z. B. für Hygienemaßnahmen, Fahrzeugumbauten werden – entgegen früheren Entwurfsfassungen – nicht ersetzt.

Die Länder haben sich bezüglich Mindereinnahmen infolge von ohne Rechtsverpflichtung vorgenommenen Erstattungen von Fahrgeldern an Kunden (Kulanzregeln) sowie für Erstattungen bei Ausfall von erwarteten Mehreinnahmen durch Leistungssteigerung 2020 gegenüber 2019 auf Sonderregeln verständigt, s. dazu unten 5.4.1.1.

Die Muster-Erstattungsrichtlinie sieht u.a. einen Ausgleich an Verkehrsunternehmen für Schäden wegen geringerer Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Dienstleistungsaufträgen vor. Dort wird der Schadensausgleich an die Bedingung geknüpft, dass der jeweilige Aufgabenträger die Verringerung der

Ausgleichszahlungen als Ersparnis bei der Beantragung seines Schadensausgleichs mindernd berücksichtigt. Aufgabenträger sollten daher ersparte Vergütungen haushaltsseitig sichern. Zur Vereinfachung des Schadensausgleichs empfiehlt die Muster-Richtlinie, dass der Schadensausgleich für diese Minderleistungen unmittelbar zwischen dem Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen stattfindet. Die Zahlungen des Aufgabenträgers können beihilfenrechtlich ebenfalls auf die Bundesrahmenregelung bzw. alternativ die Kleinbeihilfenregelung gestützt werden.

3 Empfänger des Corona-Ausgleichs

Es wird abschließend geregelt, welche Akteure (und ggfs. unter welchen Maßgaben) Empfänger des Corona-Ausgleichs sein können.

3.1 Aufgabenträger.

Empfänger nach 3.1 sind die Aufgabenträger und Aufgabenträgerorganisationen des ÖPNV im Sinne des ÖPNV-Gesetzes des jeweiligen Landes.

3.2 Verkehrsunternehmen

Öffentliche und private Verkehrsunternehmen, soweit sie auf Grundlage der bezeichneten Grundlagen Beförderungsleistungen im ÖPNV bzw. im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) erbringen, sind Empfänger nach 3.2. Darunter fallen auch Betriebsführer im Sinne von § 2 Abs. 2 Ziff. 3 PBefG in Verbindung mit § 3 Abs. 2 PBefG, da sie den Verkehr im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringen.

Durch die Formulierung "und/oder" ist festgelegt, dass sowohl eigenwirtschaftlich als auch gemeinwirtschaftlich tätige Verkehrsunternehmen Zahlungen erhalten können.

3.3 Zweckverbände und Verbundorganisationen

Zweckverbände und Verbundorganisationen können als **Sammelantragsteller** für die Aufgabenträger, Aufgabenträgerorganisationen und/oder Verkehrsunternehmen in ihrem Gebiet tätig werden, wenn das Land dies vorsieht (fakultative Regelung). Ob die gesammelte Antragstellung für die Antragsteller zwingend oder optional ist, hängt von der jeweiligen Landesrichtlinie ab.

Die Landesrichtlinie kann auch die Antragstellung bei Kooperationen regeln, die nicht Verkehrsverbund sind (z.B. Landestarifkooperationen, Verkehrsgemeinschaften). Die Aufgabe der Verbundorganisation im Sinne der Muster-Erstattungsrichtlinie kann auch, nach den Verhältnissen im jeweiligen Verkehrsverbund oder der jeweiligen Kooperation, z.B. das federführende Verkehrsunternehmen oder eine beauftragte Abrechnungsstelle wahrnehmen.

Soweit ein Verkehrsunternehmen in mehreren Zweckverbandsgebieten oder Verbünden tätig ist und der Schaden bzw. vermiedene Aufwendungen (Einsparungen) nicht eindeutig einem Zweckverbands- oder Verbundgebiet zuzuordnen sind, sollen diese anhand der Wagen- bzw. Zugkilometer dem entsprechenden Gebiet zugeordnet werden. Das bedeutet vereinfacht: Hat ein Empfänger bspw. eine Jahres-Gesamtverkehrsleistung "x", die sich anhand der Wagen- bzw. Zug-Kilometer zu einem Viertel im Verbundgebiet a) und zu drei Vierteln in Verbundgebiet b) verteilt, so empfängt Verbund a) einen Ausgleich von einem Viertel des Schadens des jeweiligen Verkehrsunternehmens und Verbundgebiet b) einen Ausgleich von drei Vierteln des Schadens des jeweiligen Verkehrsunternehmens.

3.4 Aufgabenträger als Sammelantragsteller (fakultativ)

Freibleibend

4 Voraussetzungen

Es werden Voraussetzungen für die Gewährung des Corona-Ausgleichs benannt sowie Fallkonstellationen beschrieben, unter denen die Gewährung des Corona-Ausgleichs ausgeschlossen ist.

4.1 (Kein Anderweitiger Ausgleich)

Soweit öffentliche Dienstleistungsaufträge oder allgemeine Vorschriften ihrerseits bereits Regelungen enthalten, die ohne weiteres einen Ausgleich der Schäden bewirken, ist die Gewährung einer Billigkeitsleistung ausgeschlossen.

Verkürzt gesagt soll in Ziffer 4.1 mit Satz 2 geregelt werden, dass auch Unternehmen, die im Querverbund oder anderweitig in Konzernen eingebunden sind, Corona-Ausgleich bekommen sollen, soweit die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Die Tatsache, dass bei Ergebnisabführungsverträgen Verluste „automatisch“ ausgeglichen werden, und damit eventuell in der Bilanz des Verkehrsunternehmens selbst kein Schaden sichtbar wäre, soll den Corona-Ausgleich nicht verhindern.

4.2 Rechtswidrige Beihilfen

Billigkeitsleistungen an Verkehrsunternehmen, die eine rechtswidrige Beihilfe erhalten haben, welche durch Beschluss der Kommission für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wurde, sind solange auszusetzen, bis das betreffende Verkehrsunternehmen den Gesamtbetrag der rechtswidrigen und mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe einschließlich der entsprechenden Rückforderungszinsen zurückgezahlt oder auf ein Sperrkonto überwiesen hat.

Es handelt sich um eine Standardregelung, um sicherzustellen, dass das europäische Beihilferecht durchgesetzt wird.

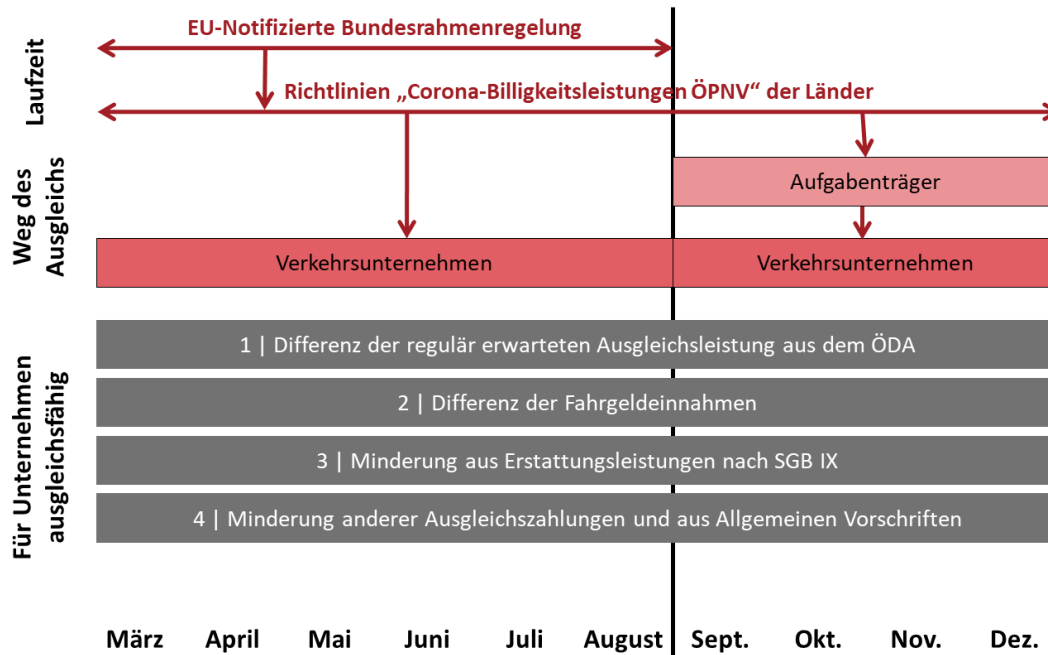
4.3 Kleinbeihilfenregelung Bund

Alternativ zur Bundesrahmenregelung Beihilfen für den öffentlichen Personennahverkehr kann eine Ausgleichsgewährung auch auf die Zweite Geänderte Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 gestützt werden, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Zudem darf die Summe des Schadensausgleichs gemäß Nummer 5.4 sowie weiterer Beihilfen nach der Zweiten Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 für das gesamte Unternehmen den Gesamtnennbetrag von 800.000 Euro nicht übersteigen. Der Vorteil dieser Regelung ist, dass sie einheitlich für den gesamten Ausgleichszeitraum März bis Dezember 2020 gilt und damit durchgängig vom Verkehrsunternehmen beantragt werden kann. Der Nachteil ist, dass in den genannten Höchstbetrag sämtliche Corona-Kleinbeihilfen einfließen, die an das gesamte Unternehmen für den Zeitraum März bis Dezember 2020 gewährt wurden (gleichgültig, ob Zuschuss oder Kredit und ob für ÖPNV, Tourismus, etc.). Die Verkehrsunternehmen sollten bei der Wahl der Antragsgrundlage daher sorgfältig den gesamten Schaden für den Zeitraum März bis Dezember 2020 abschätzen.

Eine Inanspruchnahme der Bundesrahmenregelung für Phase 1 (1.3.2020 bis 31.8.2020) und ein anschließender Wechsel in die Kleinbeihilfenregelung für Phase 2 (1.9. bis 31.12.2020) ist nicht möglich, da die Regelungen jedenfalls hinsichtlich der Gewährung von Zuschüssen (im Unterschied zu Krediten) nicht miteinander kombinierbar sind. Gegebenenfalls bereits gewährte Zuschüsse nach der Kleinbeihilfenregelung hindern eine Inanspruchnahme der Bundesrahmenregelung nicht, soweit sie angerechnet oder rückabgewickelt werden, um eine Doppelförderung auszuschließen (vgl. Bundesrahmenregelung, § 4).

Gerade für eigenwirtschaftliche Verkehre kann die Kleinbeihilfenregelung – mit den vorgenannten Einschränkungen – ggf. eine Unterstützungsalternative zur Bundesrahmenregelung/Muster-Erstattungsregelung in Phase 1 und zu den sonst von den Aufgabenträgern zu veranlassenden Maßnahmen in Phase 2 (unten Dritter Teil) darstellen.

5 Art und Umfang, Höhe des Corona-Ausgleichs



5.1 Die Leistung wird als Billigkeitsleistung nach § 53 LHO gewährt.

(S. oben zu 1 Rechtsgrundlage.)

5.2 Ausgleichsanteil

Es werden bis zu 100 Prozent der ausgleichsfähigen (finanziellen) Schäden erstattet.

5.3 (Zuweisung/Zuschuss)

Ausgereicht wird der Corona-Ausgleich als Zuweisung bzw. als Zuschuss. Damit ist klargestellt, dass es sich nicht um eine vorübergehende Liquiditätshilfe und nicht um einen Kredit handelt. Rückzahlungspflichten können sich ergeben, wenn sich bei der Spitzabrechnung ergibt, dass ursprünglich zu viel gewährt worden ist (vgl. Ziffer 6.3).

5.4 Schadensberechnung

5.4.1 Schadensberechnung beim Aufgabenträger

5.4.1.1 Fahrgeldeinnahmen

Ziffer 5.4.1.1 betrifft den Fall, dass der Aufgabenträger das wirtschaftliche Risiko aus dem ÖDA trägt. Durch den Verweis auf 5.4.1.1 in 5.4.2.2 ist die Berechnungsvorschrift auch für Verkehrsunternehmen maßgeblich.

Zur Ermittlung des Schadens ist jeder Tarifbereich (Verbundtarife, Übergangstarife, landesweite Tarife, Haustarif, DB-Tarif) separat zu betrachten. Ausgangspunkt der Schadensermittlung sind die monatlichen Netto-Fahrgeldeinnahmen im Zeitraum März bis Dezember 2019. Ausgehend hiervon sind die fiktiven Netto-Fahrgeldeinnahmen im Zeitraum März bis Dezember 2020 zu ermitteln. Hierfür werden die Fahrgeldeinnahmen des Jahres 2019 mit den jeweiligen Tarifanpassungen im Jahr 2020 multipliziert. Von den so ermittelten fiktiven Fahrgeldeinnahmen im Jahr 2020 sind die tatsächlichen Fahrgeldeinnahmen in 2020 in Abzug zu bringen.

Maßgebend für die Netto-Fahrgeldeinnahmen (ohne Umsatzsteuer) bei Verbundtarifen, Übergangstarifen, landesweiten Tarifen und DB-Tarif ist die Einnahmenaufteilung unter Zugrundelegung des auf die Einnahmen der Jahre 2019 und 2020 anzuwendenden Aufteilungsschlüssels des jeweiligen Verkehrsverbundes bzw. der jeweiligen Kooperation für das Jahr 2020.

Zur Ermittlung des Schadens ist für jeden zu betrachtenden Tarifbereich (Verbundtarife, Übergangstarife, landesweite Tarife, Haustarif, Beförderungsbedingungen DB) die Anzahl der verkauften Fahrausweise einer jeden Kartenart und Preisstufe in den Monaten März bis Dezember des Jahres 2019 zu ermitteln. Bei Verkehrsverbünden kann das im Antrag auch anhand der Monatsmeldungen an den Verbund erfolgen. Die Anzahl verkaufter Fahrkarten in 2019 wird dann unter Berücksichtigung der für den betrachteten Vergleichsmonat 2020 geltenden Preise für die jeweilige Preisstufe auf ein fiktives Monatsergebnis 2020 übertragen. Diese Berechnung ist für den Zeitraum März bis Dezember 2020 für jeden Monat vorzunehmen. Soweit sich in Einzelfällen keine Referenzpreise zuordnen lassen, ist die aus der Berechnung abgeleitete durchschnittliche Tarifierhöhung maßgeblich. Von diesen fiktiven Einnahmen in den Monaten März bis Dezember 2020 werden die tatsächlich - entsprechend der tatsächlichen Einnahmeaufteilung 2020 – erzielten Einnahmen abgezogen. (Bei Antragstellung können die tatsächlichen Einnahmen 2020 nur geschätzt werden.) Der verbleibende Rest (nicht erzielter Einnahmen) ist der Corona-Fehlbetrag. Zur Ermittlung des ausgleichsfähigen Corona-Fehlbetrags sind hiervon noch die Einsparungen in Abzug zu bringen (vgl. dazu 5.4.1.6).

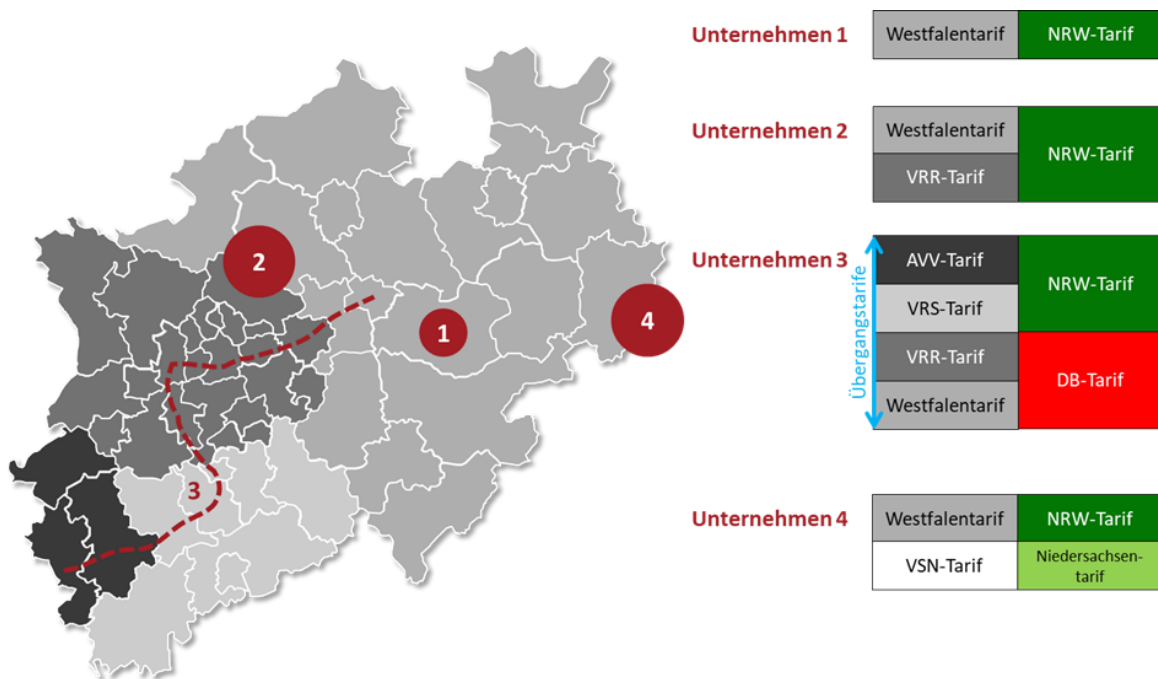
Sofern keine belastbaren Vorjahreswerte existieren, z.B. bei Betreiberwechsel außerhalb von Verbünden, ist ausnahmsweise eine Schätzung auf Grundlage einer Prognose für das Jahr 2020 vorzunehmen (vgl. 7).

Erwartete Erlössteigerungen aufgrund von Angebotsausweitungen für das Jahr 2020 sind durch den Rettungsschirm nicht erfasst und müssen ggf. durch Verhandlungen mit dem Aufgabenträger ausgeglichen werden.

Dem Antrag, der bis Ende September 2020 (zwingende Frist für Unternehmen) bzw. von Aufgabenträgern je nach Landesrichtlinien zu stellen ist, sind Prognosen über die Schäden auf der Grundlage vorläufiger Einnahmeaufteilungen beizufügen. Die Verbünde sind gefordert, in den nächsten Monaten Lösungen zu entwickeln, wie die erforderlichen Endabrechnungsunterlagen der Einnahmeaufteilung bis Ende September 2021 beigebracht werden können.

Zu Mindereinnahmen wegen Kulanzregelungen sind die letzten beiden Sätze von 5.4.1.1 zu beachten.

Bsp. zu 5.4.1.1: Der Empfänger hat im Monat März 2019 genau 100.000 Verbund-Einzelfahrscheine der Preisstufe 1 verkauft. Ein Verbundeinzelfahrschein der Preisstufe 1 kostete im März 2019 genau 2 Euro (netto). Die aus dem Verkauf des Verbund-Fahrscheins erzielten Einnahmen beliefen sich folglich auf 200.000 Euro (netto). Im März 2020 lag der Preis für den Verbund-Einzelfahrschein bei 2,05 Euro (netto). Da die Zahl der verkauften Fahrausweise aus dem Vorjahresmonat zugrunde zu legen sind, wurden (fiktiv) ebenfalls 100.000 entsprechende Fahrscheine verkauft. Folglich beliefen sich die (fiktiven) Gesamteinnahmen auf 205.000 Euro. Diese Betrachtung ist für jeden Tarifbereich und jeden im Jahr 2019 verkauften Fahrkarten-Typus vorzunehmen. In unserem Beispiel gehen wir vereinfachend davon aus, dass es sich bei dem Verbund-Einzelfahrschein um die einzige Kartenart des Verbundtarifs handelt. Lassen sich im Einzelfall keine Referenzpreise zuordnen, wäre hier folglich eine durchschnittliche Tarifierhöhung von 2,5 Prozent anzunehmen. Für Fahrkarten, denen keine entsprechenden Referenzpreise zugeordnet werden können, ist folglich eine durchschnittliche Tarifierhöhung anzunehmen. Folglich lägen die fiktiven Monatseinnahmen März 2020 bei 205.000 Euro. Aufgrund des Lockdowns sank die Fahrgastnachfrage im März 2019 erheblich. Real wurden nur Erlöse in Höhe von 50.000 Euro durch den Absatz von Verbundtickets erzielt. Der Corona-Fehlbetrag im März 2020 belief sich somit auf 155.000 Euro. Hiervon sind noch ersparte Aufwendungen in Abzug zu bringen. Ferner dürfen auch Einbußen aufgrund von Kulanzentscheidungen bei Abonnements berücksichtigt werden, soweit diese Entscheidungen vor dem 1. Juni 2020 getroffen wurden und eine entsprechende Erstattung insgesamt nicht mehr als 5 Prozent der Gesamtverkäufe von Abotickets in 2019 für den Tarifraum ausmacht.



5.4.1.2 Erstattungsleistungen SGB IX

Die Abrechnung des SGB-IX-Ausgleichs im Rahmen der dafür vorgesehenen regulären Antragsverfahren bemisst sich nach den tatsächlichen Fahrgeldeinnahmen 2020. Das bedeutet, dass der SGB-IX-Ausgleich 2020 erheblich niedriger ausfallen wird, so dass ggf. Vorauszahlungen teilweise zurückgezahlt werden müssen. Dieser Ausfall wird durch den Corona-Ausgleich im Rahmen der Muster-Richtlinie ausgeglichen. Dies schließt auch die Mindererstattung ein, die eintreten kann, weil ein individueller Vom-Hundert-Satz für 2020 wegen nicht durchführbarer Zählungen nicht nachgewiesen werden konnte, für 2019 jedoch ein individueller Vom-Hundert-Satz anerkannt war. (Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein individueller Vom-Hundert-Satz für 2020 anzuerkennen ist, wird von den Behörden entschieden, die für den Ausgleich nach SGB IX zuständig sind.)

Im Antrag für den Corona-Ausgleich, der bis Ende September 2020 zu stellen ist, gibt das Verkehrsunternehmen den landesweiten und ggf. den individuellen Vom-Hundert-Satz für die Ausgleichsjahre 2019 und 2020 sowie die tatsächlichen erwarteten und die einschließlich Tarifierhöhungen hochgerechneten Fahrgeldeinnahmen für 2020 an. Führt die spätere SGB-IX-Antragstellung für das Jahr 2020 und Bewilligung gemäß SGB IX zu anderen Ergebnissen, so wird dies in der Spitzabrechnung des Corona-Ausgleichs in 2021 berücksichtigt.

5.4.1.3 Übrige Erstattungsleistungen

Die Ziffer 5.4.1.3 betrifft zwei Konstellationen. Zum einen geht es um den Ausgleich für verminderte Ausgleichsleistungen aus allgemeinen Vorschriften wie z. B. § 45a PBefG bzw. die in mehreren Ländern getroffenen §-45a-Nachfolgeregelungen. Aufgabenträger können dabei einen Schaden haben, soweit sie das wirtschaftliche Risiko tragen (z. B. Brutto-Vertrag).

Die zweite Konstellation, die im Satz 2 geregelt ist, betrifft den Fall, dass der Aufgabenträger über allgemeine Vorschriften Ausgleichsleistungen an Verkehrsunternehmen zahlen muss, die durch COVID-19 höher ausfallen. Dies könnte je nach Gestaltung möglicherweise bei allgemeinen Vorschriften des Aufgabenträgers zum Ausgleich von Durchtarifierungs- und Harmonisierungsverlust oder bei Nichtdurchführung von Tarifierhöhungen, die vom Aufgabenträger nach allgemeiner Vorschrift ausgeglichen wird, der Fall sein.

5.4.1.4 Maßnahmen zum Schadensausgleich

Die Ziffer regelt den Ausgleich, den Aufgabenträger bekommen, soweit sie Maßnahmen ergreifen, um Schäden der Verkehrsunternehmen auszugleichen. Infolge der beihilferechtlich bedingten zeitlichen Befristung der Bundesrahmenregelung können darauf gestützte Schäden nur bis 31.8.2020 direkt an die Verkehrsunternehmen erstattet werden (sog. Phase 1).

Die Ziffer betrifft folglich insbesondere die daran anschließende sog. Phase 2, in der – sofern von den Verkehrsunternehmen für den Gesamtzeitraum März bis Dezember 2020 nicht Zuschüsse ausschließlich nach der Kleinbeihilfenregelung Bund in Anspruch genommen werden – Unterstützungsmaßnahmen nur durch die Aufgabenträger nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 möglich sind, sowie außerdem z. B. in Phase 1 ergriffene Notmaßnahmen.

Ausführliches zur Phase 2 siehe unten im dritten Teil.

5.4.1.5 Verminderte Ausgaben durch die Corona-Pandemie

Die Richtlinie sieht vor, dass ersparte Aufwendungen vom Ausgleich abgezogen werden. Ziffer 5.4.1.5 listet beispielhaft mögliche Fälle auf. Dazu gehören ausdrücklich geringere Ausgleichszahlungen an Verkehrsunternehmen aus öffentlichen Dienstleistungsaufträgen aufgrund geringerer Verkehrsdienstleistungen oder aus allgemeinen Vorschriften.

5.4.1.6 Verminderte Ausgaben durch die Corona-Pandemie

Die Ziffer stellt klar, dass der ausgleichsfähige Gesamtschaden sich aus der Summe der Schäden (Kategorien gemäß den Nummern 5.4.1.1 bis 5.4.1.5) abzüglich der vermiedenen oder ersparten Aufwendungen gemäß Nummer 5.4.1.6. ergibt.

5.4.2 Schadensberechnung beim Verkehrsunternehmen

Unter 5.4.2 ist die Ausgleichsberechnung bei den Verkehrsunternehmen (Empfänger nach 3.2) dargestellt.

5.4.2.1 Ermittlung des Schadens bei Ausgleichsleistungen

Ziffer 5.4.2.1 betrifft die Fälle, in denen die Zahlungen aus Verkehrsverträgen und anderen ÖDA coronabedingt reduziert wurden. Ausgeglichen wird grundsätzlich die Differenz zwischen der für 2020 regulär erwarteten Ausgleichsleistung aus dem ÖDA und der tatsächlich geleisteten. Ziffer 5.4.2.1 legt dabei die Berechnungsmodalitäten und die Berücksichtigung von Änderungen usw. im Detail fest.

Der letzte Satz in 5.4.2.1 legt dabei fest, dass ein Unternehmen nur dann einen Ausgleich wegen verringerter Entgelte aus dem ÖDA erhält, wenn der Aufgabenträger, der aufgrund reduzierter Verkehrsleistung Entgeltzahlungen eingespart hat, selbst einen Ausgleichsantrag stellt und im Rahmen dieses Ausgleichsantrags die Einsparungen mindernd berücksichtigt werden. Einen solchen Antrag wird der Aufgabenträger spätestens für Ausgleichsmaßnahmen in Phase 2 (s. Dritter Teil) stellen.

Hinter dieser Regelung steckt die Erwartung von Bund und Ländern, dass über den ÖPNV-Rettungsschirm nicht letztlich ersparte Aufwendungen der Aufgabenträger („Corona-Gewinn“) finanziert werden, sondern dass die Aufgabenträger vielmehr ihre vor Corona in den Haushalt eingestellten Mittel (trotz ggf. pandemiebedingter Leistungsminderung) unvermindert in gleicher Höhe an die Verkehrsunternehmen weiter ausbezahlen und diese Mittel damit mit in den Rettungsschirm einbringen. Für die Verkehrsunternehmen entfällt damit der Ausgleichsbedarf in dieser Höhe.

Die entsprechenden Zahlungen der Aufgabenträger (abzüglich ersparter Aufwendungen der Verkehrsunternehmen) lassen sich dabei beihilferechtlich ebenfalls auf die Bundesrahmenregelung ÖPNV-Beihilfen bzw. auch auf die Kleinbeihilfenregelung stützen (vgl. Muster-Erstattungsrichtlinie, einleitende Hinweise), haushaltsrechtlich lassen sie sich damit rechtfertigen, dass die Verkehrsunternehmen mit diesen Zahlungen kalkuliert haben und die verminderte Verkehrsleistung letztlich nur durch höhere Produktionskosten aufrechterhalten werden kann.

Kürzt der Aufgabenträger dagegen seine Zahlungen wegen coronabedingter Minderleistungen, muss der Aufgabenträger sich diese Zahlungen im Rahmen seines Ausgleichsantrags (spätestens für Phase 2) als ersparte Aufwendungen abziehen lassen. Das Verkehrsunternehmen kann diese dann als eigenen Schaden geltend machen.

Dementsprechend empfiehlt die Muster-Erstattungsrichtlinie nun auch durch eine entsprechende Ergänzung in ihren einleitenden Hinweisen, dass der Schadensausgleich für Mindereinnahmen wegen verminderter Verkehrsleistung zur Vereinfachung des Schadensausgleichs unmittelbar zwischen dem Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen stattfinden sollte. Die Aufgabenträger agieren dabei als beihilfegewährende Stelle im Sinne der Bundesrahmenregelung, deren Antrags- und Berichtspflichten zu beachten sind.

Soweit der Aufgabenträger seine Zahlungen nicht aufrechterhalten hat, sollte er dringend fristgemäß einen Antrag stellen, um die Ausgleichsleistung an das Verkehrsunternehmen zu ermöglichen. Den Ländern ist freigestellt, ggf. die Antragsfrist für Aufgabenträger bis max. 31.12.2020 zu verlängern. Es zeichnet sich aber ab, dass es Verlängerungen nur in einzelnen Ländern bis 30.10.2020 geben wird, damit der Zeitrahmen und das weitere Verfahren zu einer zügigen Erstattung nicht gefährdet werden.

Mit der im ersten Satz von 5.4.2.1 verwendeten Formulierung: „der regulär erwarteten Ausgleichsleistung aus dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag für das Jahr 2020 oder alternativ auf der Basis des Referenzzeitraums im Vorjahr für das ungekürzte Leistungsangebot“, sind zwei Fallgestaltungen gemeint: Die erstgenannte ist der Regelfall: Aus dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag ergibt sich normalerweise eine regulär erwartete Ausgleichsleistung für das Jahr 2020. Die zweite Variante („alternativ...“) stellt klar, dass die regulär erwartete Ausgleichsleistung für 2020 auf der Basis des Referenzzeitraums hochzurechnen ist, wenn sich aus dem ÖDA nicht schon ein Wert für 2020 ergibt. In beiden Varianten gelten die übrigen Festlegungen des Satzes 1 wie z. B. die Bezugnahme auf das ungekürzte Leistungsangebot usw.

5.4.2.2 Ermittlung des Schadens bei Fahrgeldeinnahmen

Für die Schadensermittlung bei den Fahrgeldeinnahmen verweist 5.4.2.2 auf die entsprechende Regelung unter 5.4.1.1. Dabei wird klargestellt, dass Verkehrsunternehmen nur insoweit einen Schaden geltend machen können, wie sie auch das wirtschaftliche Risiko tragen, also z. B. bei einem Nettovertrag, aber nicht bei einem Bruttovertrag.

Mit der Nennung der „Verlustrückstellungen im Sinne von Nummer 4.1 Satz 3“ wird deutlich gemacht, dass auch dann, wenn sich z. B. durch Ergebnisabführungsverträge im kommunalwirtschaftlichen Querverbund das Erlösrisko des Verkehrsunternehmens letztlich auf ein beherrschendes Unternehmen verlagert, der Schaden für Phase 1 grundsätzlich vom Verkehrsunternehmen geltend gemacht werden soll, und insoweit nicht vom Aufgabenträger.

5.4.2.2 gilt nur für Phase 1 („Schadenszeitraum der Bundesrahmenregelung“). Zur Abwicklung in Phase 2 vgl. unten dritter Teil.

5.4.2.3 Ermittlung des Schadens bei Erstattungsleistungen nach SGB IX

Die Minderung der Erstattungsleistungen nach dem SGB IX im Schadenszeitraum der Rahmenregelung des Bundes ermitteln Verkehrsunternehmen entsprechend dem für Aufgabenträger in Nummer 5.4.1.2 erläuterten Verfahren.

5.4.2.4 Ermittlung des Schadens bei Erstattungsleistungen aus allgemeinen Vorschriften

Entsprechendes wie unter 5.4.2.3 gilt auch für übrige Erstattungsleistungen aus allgemeinen Vorschriften.

Wenn die Reduzierung der Zahlungen an das Verkehrsunternehmen zu einer Ersparnis beim Aufgabenträger geführt hat, muss dies aus der Perspektive des Landes berücksichtigt werden. Daher ist auch hier ein Antrag des Aufgabenträgers erforderlich, vgl. die Erläuterungen zu 5.4.2.1.

5.4.2.5 Ermittlung vermiedener oder ersparter Aufwendungen

In direktem ursächlichen Zusammenhang mit der Corona-Pandemie stehende vermiedene oder ersparte Aufwendungen der Verkehrsunternehmen sind bei der Schadensberechnung in Abzug zu bringen, vgl. dazu die nicht abschließende Liste („weitere Ersparnisse“).

5.4.2.6 Ermittlung des Schadens

Die Ziffer stellt klar, dass der ausgleichsfähige Gesamtschaden sich aus der Summe der Schäden (Kategorien gemäß den Nummern 5.4.2.1 bis 5.4.2.5) abzüglich der vermiedenen oder ersparten Aufwendungen gemäß Nummer 5.4.2.6. ergibt.

6 Sonstige Bestimmungen

6.1 Beschränkung auf Nachteilsausgleich

Die Regelung stellt klar, dass der Ausgleich auf die durch die COVID-19-Pandemie verursachten Schäden begrenzt ist.

6.2 Mitwirkungspflichten der Empfänger – subventionserhebliche Tatsachen

Die Empfänger sind verpflichtet, beantragte oder erhaltene finanzielle Leistungen aufgrund der COVID-19-Pandemie im Rahmen einer Selbstauskunft anzugeben. Bei diesen Angaben handelt es sich um subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 des Strafgesetzbuches (Subventionsbetrug). Eine Doppelförderung ist ausgeschlossen.

6.3 Nachweis des tatsächlich entstandenen Schadens

Ziffer 6.3. regelt die „Spitzabrechnung“. Bei der Antragstellung bis 30. September 2020 können viele Angaben nur auf Prognosen beruhen. Bis zum 30. September 2021 muss dann der tatsächliche Schaden nachgewiesen und testiert werden. 6.3 legt dazu die Details fest.

6.4 Überzahlungen und Unterausgleich

Ergibt die Spitzabrechnung, dass ursprünglich ein zu hoher Ausgleich gewährt worden ist, so wird die Überzahlung zurückgefordert. Die vorgesehene Regelung in der Richtlinie zur Verzinsung von Überzahlungen ist gegenwärtig in Abstimmung mit der Europäischen Kommission; eine verbindliche Festlegung dazu wird erst später erfolgen.

Ergibt die Spitzabrechnung, dass der Ausgleichsbetrag zu niedrig angesetzt wurde, kann der fehlende Betrag zusätzlich gewährt werden. Dass für den zusätzlichen Ausgleich nur eine Ermessensregelung besteht, ergibt sich daraus, dass auf die Leistungen insgesamt kein Anspruch besteht („Billigkeitsleistungen“).

6.5 Übermittlung von Informationen

Es handelt sich um eine beihilferechtliche Standardregelung im Hinblick auf die Veröffentlichung von Beihilfen.

7 Verfahren

7.1 Antragsfrist

Der Antrag auf Gewährung des Corona-Ausgleichs durch Verkehrsunternehmen ist bis zum 30. September 2020 zu stellen. Für Aufgabenträger ist eine spätere Antragsfrist denkbar, sofern die Länder dies in ihren Richtlinien zulassen.

Die Ziffer 7.1 regelt weitere Einzelheiten zur Antragstellung und zur Schadensermittlung.

7.2 Zuständige Behörde

Die Behördenzuständigkeit wird im jeweiligen Bundesland geregelt. Verkehrsunternehmen, die in mehreren Bundesländern aktiv sind, müssen in jedem dieser Länder mindestens einen Antrag stellen.

8 Inkrafttreten/Außerkräfttreten

Das Inkrafttreten und Außerkräfttreten regeln jeweils die einzelnen Länder-Richtlinien.

Dritter Teil: Handlungsoptionen zum Ausgleich coronabedingter Verluste nach Ablauf der Bundesrahmenregelung

I. Einleitung

Infolge der beihilferechtlich bedingt unterschiedlichen Laufzeiten von Bundesrahmenregelung und ÖPNV-Rettungsschirm (Muster-Erstattungsrichtlinie) muss der Billigkeitsausgleich zwingend in zwei Phasen erfolgen.

Die Bundesrahmenregelung wird Leistungen als Beihilfen an Verkehrsunternehmen nur bis 31.8.2020 ermöglichen (nachfolgend: Phase 1).

Für den Zeitraum danach dürfen finanzielle Mittel an Verkehrsunternehmen nur gewährt werden, wenn dafür eine andere Rechtsgrundlage besteht. (Nachfolgend wird als Phase 2 der Zeitraum vom 1.9.2020 bis zum 31.12.2020 bezeichnet.) Zur Ausfüllung oder Herstellung dieser Rechtsgrundlagen kommt den Aufgabenträgern eine Schlüsselrolle in der Phase 2 zu.

Für den Zeitraum nach 2020 sind für die voraussichtlich fortbestehenden coronabedingten Schäden im ÖPNV (Fahrgeldeinbußen etc.) bisher keine Entscheidungen über eine etwaige Fortsetzung des Rettungsschirms des Bundes und der Länder getroffen.

Finanzielle Leistungen an Aufgabenträger sind grundsätzlich unabhängig vom EU-Beihilferecht und damit unabhängig von der Bundesrahmenregelung zulässig. Daher regelt die Muster-Erstattungsrichtlinie für die aktuell politisch verabredete Dauer des Rettungsschirms auch die Gewährung von Mitteln an Aufgabenträger für Phase 2, also bis Ende 2020.

Wenn die Aufgabenträger die Verluste in Phase 2 ausgleichen, dann ist dafür eine Rechtsgrundlage erforderlich. Dafür gibt es verschiedene Varianten, die nachfolgend dargestellt werden. **Die Rechtsgrundlagen müssen ggf. bereits vor Beginn der Phase 2 wenigstens provisorisch vorliegen.**

Zusammenfassend lässt sich vorausschicken: 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 coronabedingten 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 ÖPNV-Aufgabenträger eine mit der VO 1370/2007 kompatible Rechtsgrundlage zur Weiterleitung der Mittel an die Verkehrsunternehmen geschaffen werden.

Die Kommunalen Spitzenverbände empfehlen ihren Mitgliedern grundsätzlich, die nachstehend im Einzelnen erörterten Maßnahmen in einem ersten Schritt entsprechend der Laufzeit des ÖPNV-Rettungsschirms 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).

Zudem ist zu beachten, dass die Verkehrsunternehmen für den Zeitraum März bis Dezember 2020 auch Leistungen aus der Rahmenregelung Kleinbeihilfen beantragen können (dazu bereits oben Teil 2 zu 4.3 und näher unten unter 7); gerade für die Unterstützung eigenwirtschaftlicher Verkehre kann dies eine Alternative zu den nachstehenden Maßnahmen auf Basis der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 darstellen, um Leistungen aus dem ÖPNV-Rettungsschirm zu erhalten. Dabei ist allerdings, wie bereits ausgeführt, zu berücksichtigen, dass bei Nutzung der Kleinbeihilfenregelung eine Zuschussgewährung für den Zeitraum

März bis Dezember 2020 alleinig nach dieser Regelung erfolgen kann (vgl. Muster-Erstattungsrichtlinie, einleitende Hinweise und Erläuterungen sowie Ziff. 4.3).

II. Handlungsoptionen bei PBefG-Verkehren nach jeweiliger Fallgestaltung

1. Gemeinwirtschaftlicher Verkehr nach Ausschreibung – Bruttovertrag

Der Bruttovertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Aufgabenträger das Erlösrisiko trägt. Corona-bedingt ausbleibende Fahrgeldeinnahmen stehen dem Aufgabenträger dann zur Finanzierung der an die Verkehrsunternehmen vertragsgemäß zu zahlenden Entgelte nicht mehr zur Verfügung.

Für den Aufgabenträger besteht daher ein Corona-bedingter Ausgleichsbedarf. Finanzielle Leistungen an 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 auch die Gewährung von Mitteln an Aufgabenträger für Phase 2, also bis Ende 2020 regeln. Die Abwicklung ist daher in Phase 1 und 2 identisch.

2. Gemeinwirtschaftlicher Verkehr nach Ausschreibung – Brutto-Anreiz-Vertrag u. ä. (Auftrag nach GWB)

In der Praxis gibt es viele Fälle, bei denen weder ein reiner Bruttovertrag, noch ein reiner Nettovertrag vorliegt, sondern nur gewisse Erlösrisiken beim Verkehrsunternehmen liegen (z.B. Brutto-Anreiz-Vertrag). Je nach konkreter Risikoverteilung kann es sich dabei um einen Auftrag im Sinne von § 103 GWB oder um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 GWB handeln. Hier werden zunächst die „echten“ Aufträge behandelt, zur Konzession vgl. unten 3. (Hinweis: Der Begriff der Konzession im GWB ist nicht mit dem umgangssprachlichen Ausdruck „Konzession“ für die Liniengenehmigung nach PBefG zu verwechseln.)

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. Insofern gelten die Ausführungen zum Bruttovertrag (oben 1) und es gibt diesbezüglich keinen besonderen Handlungsbedarf in Phase 2.

In dem Umfang, in dem das Verkehrsunternehmen im Rahmen des Verkehrsvertrags das wirtschaftliche Risiko trägt, muss hingegen beachtet werden, dass das Verkehrsunternehmen in Phase 2 keine direkten Leistungen mehr beantragen kann, sondern eine Kompensation der coronabedingten Mindereinnahmen nur durch den ÖPNV-Aufgabenträger gewährt werden kann.

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

- a) Zunächst ist zu klären, ob der 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). 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 für Phase 2. Die beihilferechtliche Rechtfertigung für diese Zahlungen liegt im Verkehrsvertrag (ÖDA). Es ist weder eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission noch eine Veröffentlichung erforderlich. Jedenfalls sofern zur Ermittlung der Ausgleichshöhe die in der Muster-Erstattungsrichtlinie festgelegte und von der EU-Kommission für die Phase 1 genehmigte

Methode zur Berechnung der tatsächlichen pandemiebedingten Mindererlöse verwendet wird, ist damit eine Gleichbehandlung der Unternehmen und die beihilferechtliche Zulässigkeit sichergestellt.

Der Aufgabenträger beantragt anschließend beim Land eine Refinanzierung auf der Grundlage der Landesrichtlinie und erhält die Mehrausgaben bis zu dem Umfang refinanziert, der sich bei Anwendung der dort festgelegten Berechnungsmethode ergibt, soweit das Land über den Rettungsschirm hinaus keine weiteren Mittel bereitstellt.

Je nach konkretem Inhalt der Klausel für Unvorhersehbares könnte diese Vorgehensweise grundsätzlich auch für einen fortgeführten Schadensausgleich nach Ablauf des ÖPNV-Rettungsschirmes in Betracht kommen. Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Eine Fortsetzung könnte dazu führen, dass aus dem Verkehrsvertrag ein höherer Ausgleich zu leisten ist, auch wenn der Aufgabenträger keine gesicherte Refinanzierung aus Bundes- oder Landesmitteln für 2021 hat.

Aus Aufgabenträgersicht empfiehlt es sich insoweit, Maßnahmen vorerst bis 31.12.2020 zu befristen und eine Fortführung in 2021 jedenfalls von einer weiteren Prüfung abhängig zu machen, ob die Voraussetzungen weiterhin vorliegen.

- 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 wird daher regelmäßig gem. § 313 Abs. 1 BGB die Geschäftsgrundlage der Verträge gestört sein. Dies begründet nach § 313 BGB zwar keinen unmittelbaren Ausgleichsanspruch des Unternehmers, sondern hat vielmehr zunächst lediglich zur Folge, 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 nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen im Vertrag selbst angelegt und kann somit wie bei a) ebenfalls im Rahmen der bestehenden Vertragsbeziehung erfolgen.

Auch insoweit gilt, dass grundsätzlich für die Ermittlung des Ausgleichs die in der Muster-Erstattungsrichtlinie festgelegte und von der EU-Kommission für die Phase 1 gebilligte Berechnungsmethode zugrunde zu legen ist, um die beihilferechtliche Zulässigkeit und eine Gleichbehandlung der Unternehmen sicherzustellen.

- c) Zu bewerten ist allerdings auch, ob eine auf § 313 BGB gegründete Vertragsanpassung eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne des § 132 GWB darstellen kann, die eine Neuvergabe erfordert. Dies wird jedoch regelmäßig nicht der Fall sein, 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 die pandemiebedingte Vertragsanpassung als wesentliche Änderung ansehen wollte, wäre diese jedenfalls 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, die zeitlich und inhaltlich auf den Ausgleich der pandemiebedingten Mindereinnahmen beschränkt ist, anzunehmen:

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 ferner **nur die pandemiebedingten Erlösausfälle** und dies zudem **nur zeitlich befristet**, sodass der Gesamtcharakter des öDA durch diese zeitlich und inhaltlich beschränkte Vertragsanpassung im Ergebnis nicht berührt wird. Damit stellen die Auswirkungen der COVID-19 Pandemie grundsätzlich einen Rechtfertigungsstatbestand für – zeitlich befristete – Vertragsänderungen dar.

Damit liegt keine zur Neuvergabe zwingende wesentliche Vertragsänderung vor, soweit die Anpassung zeitlich und inhaltlich auf den Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile begrenzt ist. Hierbei kommt z. B. auch eine zeitlich befristete Erhöhung des Ausgleichsbetrags bei Streichung der Anreizkomponente bis hin zu einer befristeten Umstellung Netto auf Brutto in Betracht.

Eine Neuverhandlung des Vertrages losgelöst von den pandemiebedingten Umständen kann damit nicht gerechtfertigt werden.

Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass in den Fällen, in denen die Zumutbarkeitsschwelle des § 313 BGB wegen der Besonderheiten des Einzelfalles nicht überschritten ist oder die Vorschrift aus anderen Gründen nicht eingreift, eine einvernehmliche Vertragsänderung auch losgelöst von einer Störung der Geschäftsgrundlage gleichwohl vergaberechtlich zulässig sein kann, wenn die Voraussetzungen des § 132 GWB erfüllt sind.

Hinweis: Bei der Anwendung von § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB (unvorhersehbare Umstände) muss die Änderung im EU-Amtsblatt veröffentlicht werden, während eine Veröffentlichung nicht erforderlich ist, wenn man mit der dargestellten Argumentation davon ausgeht, dass bereits keine wesentliche Vertragsänderung im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB vorliegt. Durch eine vorsorgliche Veröffentlichung im Amtsblatt kann eine eventuelle Unsicherheit über diese Frage offen gelassen werden.

3. Gemeinwirtschaftlicher Verkehr nach Ausschreibung – Nettovertrag (Dienstleistungskonzession)

Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden oft als Nettoverträge vergeben. Bei diesen trägt das Verkehrsunternehmen das Risiko, in welchem Umfang Fahrausweise verkauft werden. (Nachfolgend wird unterstellt, dass der konkrete Nettovertrag auch tatsächlich eine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 GWB darstellt. Trotz der Bezeichnung als Nettovertrag kann das durch die vertragliche Gestaltung vom Verkehrsunternehmen insgesamt übernommene Risiko so gering – „vernachlässigbar“ – sein, dass rechtlich gesehen keine Dienstleistungskonzession, sondern ein Auftrag vorliegt, zu solchen Konstellationen vgl. oben 2. zu Brutto-Anreiz-Verträgen u. ä.).

Für Dienstleistungskonzessionen im Bereich des PBefG gelten nicht die Vergaberegeln des GWB (vgl. § 149 Nr. 12 GWB), sondern diejenigen der VO 1370/2007 und des PBefG (insb. § 8b PBefG). Diese enthalten zwar Regelungen über die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, aber nicht über deren Änderung. Gleichwohl wird man auch hier annehmen können, dass auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH, die der Kodifizierung von § 132 GWB vorausging und sich auf allgemeine Grundsätze stützte, nur

„wesentliche“ Änderungen des Vertrags vergaberechtlich relevant sind und dass zeitlich befristete Anpassungen, die lediglich dem Zweck dienen, nach einer pandemiebedingten Störung der Geschäftsgrundlage das ursprüngliche Vertragsgleichgewicht wiederherzustellen, nicht in einem vergaberechtlichen Sinne als wesentlich anzusehen sind, nachdem die Störung für niemanden vorhersehbar war, die Störung von dem Verkehrsunternehmen nicht zu verantworten ist und die Vertragsanpassung gegenüber jedem anderen Unternehmen ebenfalls vorzunehmen wäre. Jedenfalls eine zeitlich befristete Vertragsanpassung, die inhaltlich auf den Ausgleich allein pandemie-bedingter Schäden beschränkt ist, berührt nicht den Gesamtcharakter der ursprünglichen Vereinbarung in einem vergaberechtlich relevanten Sinn. Man wird insofern davon ausgehen können, dass eine ÖDA-Änderung, die nach allgemeinem Vergaberecht, also auf der Grundlage von **§ 132 GWB**, zulässig wäre, auch im Sondervergaberecht der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zulässig ist.

Insofern kann auch bei der Anpassung von Nettoverträgen grundsätzlich wie oben beschrieben, verfahren werden:

- a) Zunächst ist zu klären, ob der ÖDA nicht ohnedies schon **Nachverhandlungs- oder Änderungsklauseln** für unvorhergesehene Ereignisse o. ä. enthält, vgl. dazu im Einzelnen oben 2. a).
- b) Ohne ausdrückliche Klauseln stellt sich auch hier die Frage, ob eine Änderung des ÖDA auf eine **Störung der Geschäftsgrundlage** gestützt werden kann. Da Nettovertrag bzw. Dienstleistungskonzession definitionsgemäß voraussetzen, dass die überwiegenden wirtschaftlichen Risiken strukturell beim Verkehrsunternehmen liegen, könnte eine Neuverteilung dieser Erlörisiken durch Umstellung von Netto auf Brutto auf den ersten Blick als wesentliche Änderung des Vertrags erscheinen. Insoweit ist allerdings festzuhalten, dass es in der konkreten Situation nicht um eine generelle/dauerhafte Umwandlung einer Dienstleistungskonzession in einen „echten“ Dienstleistungsauftrag im kartellvergaberechtlichen Sinne handelt, für den andere vergaberechtliche Regularien gelten, sondern dass die Übernahme der Erlörisiken von vornherein zeitlich befristet ist und sich zudem nicht auf alle Erlörisiken, sondern nur auf die coronabedingten Erlösausfälle beschränkt. Die Europäische Kommission hat in dem oben zitierten Papier die vorübergehende Übernahme des Erlörisikos ausdrücklich als Möglichkeit genannt. Man wird daher wie bereits dargelegt davon ausgehen können, dass eine ÖDA-Änderung, die nach allgemeinem Vergaberecht, also auf der Grundlage von **§ 132 GWB**, zulässig wäre, auch im Sondervergaberecht zulässig ist. Zu den Einzelheiten des § 132 GWB vgl. oben 2.
- c) Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit für eine Vertragsänderung liegt ferner in Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007. Eine **Notmaßnahme** im Sinne dieser Vorschrift muss nicht immer eine Neuvergabe sein, sondern kann auch eine Änderung des bestehenden Vertrags sein. Dies hat zumindest auch die Europäische Kommission bereits ausdrücklich bestätigt. Die Anwendung des Art. 5 Abs. 5 setzt voraus, dass andernfalls eine Unterbrechung des Verkehrs droht. (Die Einzelheiten zu Art. 5 Abs. 5 werden unten bei 7. b) behandelt.)

4. Gemeinwirtschaftlicher Verkehr – Inhouse-Vergabe (§ 108 GWB)

Für Inhouse-Vergaben auf der Grundlage von § 108 GWB gelten grundsätzlich die Ausführungen zu Aufträgen oben 2. a) bis c).

Besonderheiten in der praktischen Abwicklung können sich im Rahmen des kommunalwirtschaftlichen Querverbands ergeben.

5. Gemeinwirtschaftlicher Verkehr – Interner Betreiber (Art. 5 Abs. 2 VO 1370)

Für Vergaben an interne Betreiber gelten grundsätzlich die Aussagen zu Dienstleistungskonzessionen oben 3.

Besonderheiten in der praktischen Abwicklung können sich im Rahmen des kommunalwirtschaftlichen Querverbands ergeben.

6. Gemeinwirtschaftlicher Verkehr – Direktvergabe (z. B. unterhalb Schwellenwert)

Für „vor Corona“ direkt vergebene ÖDA gelten je nach Rechtsgrundlage (GWB oder VO 1370) grundsätzlich die Ausführungen oben.

7. 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 jeweiligen Landes-Erstattungsrichtlinie. Für Phase 2 ist dies nicht mehr möglich.

Eine Lösung kann darin liegen, dass hinsichtlich der bisher eigenwirtschaftlich betriebenen Verkehre die befristete Notvergabe eines ÖDA erfolgt (dazu sogleich).

Alternativ kann für die Unternehmen für den Gesamtzeitraum März bis Dezember 2020 ein Schadensausgleich auf Basis der Zweiten Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 in Betracht kommen. Dies sollte im Einzelfall geprüft werden, setzt allerdings voraus, dass der Ausgleich von Corona bedingten Schäden des gesamten Unternehmens für den Zeitraum März bis Dezember 2020 nach dieser Muster-Richtlinie zuzüglich aller weiteren Beihilfen auf Grundlage der Zweiten Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 einen Gesamtnennbetrag von 800 000 Euro nicht übersteigt. In diesen Höchstbetrag fließen dabei sämtlich dem Unternehmen gewährten Kleinbeihilfen ein, gleichgültig, ob Zuschuss oder Kredit und ob für ÖPNV oder Tourismus etc. gewährt. Bei Nutzung der Kleinbeihilfenregelung ist zudem zu beachten, dass für den Gesamtzeitraum März bis Dezember 2020 (Phase 1 und Phase 2) Zuschüsse ausschließlich nach dieser Regelung gewährt werden können (vgl. Muster-Erstattungsrichtlinie, einleitende Hinweise und Erläuterungen).

Reicht der mögliche Ausgleich nach der Kleinbeihilfenregelung nicht, sollte von vornherein der Weg über den Schadensausgleich nach der Bundesrahmenregelung ÖPNV gewählt werden. Damit in der Phase 2 Unterstützungsleistungen weitergezahlt werden können, muss durch Notvergabe eine Rechtsgrundlage für die Unterstützungsleistungen geschaffen werden. Dafür kommen zwei verschiedene Rechtsgrundlagen in Frage:

Wenn der zu vergebende Vertrag einen Auftrag im Sinne des § 103 GWB darstellt, was vielfach der Fall sein wird, da dem Verkehrsunternehmen gerade die coronabedingten Erlösrissen und -ausfälle abgenommen werden sollen, dann gelten die allgemeinen Vergaberegeln. In Betracht kommt dann insoweit eine Vergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV („Dringlichkeitsvergabe“) oder nach § 14 Abs. 4 Nr. 2c VgV („ausschließliches Recht“): Nach **§ 14 Abs. 4 Nr. 3 Vergabeverordnung** ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb 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 neigte bisher allerdings 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 nicht in jedem Fall der Bestandsunternehmer den Auftrag erhält. Zudem fordert die Rechtsprechung bei Dringlichkeitsvergaben eine **zeitliche Befristung** der Maßnahme als „Überbrückungsmaßnahme“.

Im Bereich der **Daseinsvorsorge** gewährt die Rechtsprechung einen relativ großen Spielraum für die Anwendung von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Soweit die Durchführung auch eines abgekürzten Vergabeverfahrens allein vom Zeitablauf her dazu führen könnte, dass sich die wirtschaftliche Situation des eigenwirtschaftlichen Betreibers weiter so verschärft, dass es zu einer Unterbrechung des Verkehrs kommen könnte, spricht dies für die besondere Dringlichkeit im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Dies allein rechtfertigt es nach bisheriger Rechtsprechung allerdings noch nicht ohne Weiteres, dass nur ein einziger von mehreren interessierten Bietern in die Verhandlungen einbezogen wird (z.B. OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.1.2014 – 11 Verg 15/13), wenn eine Angebotsanfrage bei den übrigen Bietern, die sich um den fraglichen Vertrag beworben haben, ohne großen Zeitverlust möglich ist (BKartA, Beschl. v. 12.11.2012 – VK 1- 109/12). Zudem kann eine Dringlichkeitsvergabe unter vollständigem Ausschluss von Wettbewerb nach bisheriger Rechtsprechung nur befristet für den Zeitraum erfolgen, bis über eine endgültige Interimsvergabe in einem wettbewerblichen Verfahren entschieden werden kann.

Angesichts der großen Dynamik der Covid-19 Pandemie und deren negativen Auswirkungen auf die wirtschaftliche Situation der Unternehmen wird auch ein verkürztes Verfahren oft zeitlich und organisatorisch nicht durchführbar sein. Es ist hier zu bedenken, dass in vielen Fällen eine Vergabe bis zum 1. September 2020 also innerhalb von weniger als drei Wochen erforderlich ist. Soweit hier an eine Vergabe gedacht ist, die lediglich den Zweck hat, für einen Zeitraum von nur vier Monaten (Phase 2) ein betriebsfähiges Unternehmen bei der Bewältigung unverschuldeter, pandemiebedingter wirtschaftlicher Probleme zu unterstützen, lässt sich argumentieren, dass das Wettbewerbserfordernis jedenfalls dann nicht geboten erscheint, wenn lediglich die pandemiebedingten Mindereinnahmen ausgeglichen werden ist und lediglich eine entsprechend **zeitlich befristete vorläufige Interimsvergabe** vorgenommen wird.

Nach § 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 Verkehrsangebots nur durch den Ausgleich der pandemiebedingten Mindereinnahmen beim Betreiber des genehmigten Verkehrs erreicht werden kann, könnte die Liniengenehmigung als ausschließliches Recht im Sinne des § 14 VgV verstanden werden (so Baden-Württemberg; a. A. zur Vorgängernorm von § 14 Abs. 4 Nr. 2c) VgV, dem § 3a Nr. 2 Buchst. c VOL/A, der, VK Baden-Württemberg, Beschl. V. 14.3.2005 – Az. 1 VK 05/05 und VK Düsseldorf, Beschl. V. 14.5.2004 – Az. VK 7/2004; 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.) Die Definition des ausschließlichen Rechts in § 14 Abs. 4 Nr. 2 c) VgV ist nicht identisch mit der Definition des ausschließlichen Rechts in Art. 2 Buchstabe f VO 1370/2007. Auf die Frage, ob die Liniengenehmigung auch ein ausschließliches Recht im Sinne des Art. 2 Buchstabe f VO 1370/2007 gewährt, kommt es bei dieser Betrachtung nicht an.

Soweit der zu vergebende ÖDA in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 5 VO 1370 fällt, kann eine Notvergabe nach dieser Vorschrift erfolgen.

Dieser setzt in der ersten Variante voraus, dass eine Unterbrechung des Verkehrsdienstes vorliegt. Dies ist z. B. gegeben, wenn ein Verkehrsunternehmen wegen Insolvenz den Geschäftsbetrieb bereits eingestellt **hat**. Dann ist klar eine Notvergabe möglich.

Die zweite Variante von Art. 5 Abs. 5 setzt voraus, dass eine „unmittelbare Gefahr“ besteht, dass der Verkehrsdienst unterbrochen wird. Zu klären ist hier, was darunter zu verstehen ist.

Wenn man unterstellt, dass die Monate bis einschließlich August 2020 von der Bundesrahmenregelung abgedeckt sind, ergibt sich folgende Situation: Wenn es dementsprechend um Notmaßnahmen für den Zeitraum ab September geht (Phase 2), folgt aus dem für diesen Zeitraum erwarteten Rückgang der Fahrgelderträge jedenfalls im Branchen-Szenario A (20 % – 34 %) nicht ohne Weiteres auch eine

Unterbrechung der Verkehrsdienste. Dass ein einzelner Verkehr sehr verlustreich ist, ist möglicherweise für sich allein noch kein Fall des Art. 5 Abs. 5. Denn je nachdem, wie bedeutend der Verkehr im Verhältnis zur Unternehmensgröße ist, folgt aus diesem Rückgang noch keine Insolvenzgefahr des Unternehmens. Man wird hier zwar auch eine Summenbetrachtung anstellen dürfen (= zahlreiche einzelne Verluste aus verschiedenen Verkehren können auch zur Insolvenz führen), dennoch ist Art. 5 Abs. 5 möglicherweise nicht in allen Fällen anwendbar.

Relativ unproblematisch gegeben dürfte die Voraussetzung bei eigenwirtschaftlichen Verkehren jedenfalls unter folgender Voraussetzung sein: Wenn der Unternehmer einen Antrag auf (vorübergehende) Entbindung von der Betriebspflicht nach § 21 Abs. 4 PBefG stellt, dann müsste die Genehmigungsbehörde dem in der Regel stattgeben, denn die Voraussetzung der fehlenden wirtschaftlichen Zumutbarkeit dürfte durch die coronabedingten Rückgänge bei den Fahrgeldeinnahmen gegeben sein. Das PBefG sieht hier als mögliche Folge sogar ausdrücklich die Notmaßnahme vor, vgl.

§ 21 Abs. 4 Satz 5 PBefG.

Im Zusammenhang mit der zu wählenden Vergabeoption ist auch die genehmigungsrechtliche Seite zu bedenken:

Im Hinblick auf die **PBefG-Liniengenehmigung** ist z.B. in Bayern folgendes Verfahren anerkannt (vgl. Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 23.3.2020 Az. 62-3620-1-6): Parallel zum Beginn der Notvergabe wird das Verkehrsunternehmen hinsichtlich der bestehenden eigenwirtschaftlichen Liniengenehmigung vorübergehend von der Betriebspflicht teilentbunden. Für die Dauer der Notvergabe wird eine einstweilige Erlaubnis nach § 20 PBefG erteilt. Nach Ablauf der Notvergabe erlischt die einstweilige Erlaubnis und die Pflichten aus der Liniengenehmigung leben wieder auf.

Der Bayerische Weg könnte eine Vorgehensweise nach § 14 Abs. 4 Nr. 2c) VgV (Vergabe an das Bestandsunternehmen mit Blick auf den Schutz eines bestehenden „ausschließlichen Rechts“ im Sinne des §14 VgV) versperren. Andere Länder/ Genehmigungsbehörden (Baden-Württemberg) gehen davon aus, dass keine Änderungsbedarf im Hinblick auf die PBefG-Liniengenehmigung besteht.

Es empfiehlt sich daher eine vorherige Abklärung mit der zuständigen Genehmigungsbehörde, soweit nicht bereits auf Landesebene eine Festlegung erfolgt ist.

III. Optionen bei SPNV-Verkehren je nach konkreter Verteilung der Erlörisiken

1. Bruttovertrag

Der Bruttovertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Aufgabenträger das Erlörisiko trägt. Wenn weniger Fahrausweise verkauft werden, steigt der Betrag, den der Aufgabenträger an das Verkehrsunternehmen zahlen muss (zu Brutto-Anreiz-Verträgen vgl. unten 2.)

Die Muster-Finanzierungsrichtlinie wird wie erwähnt nach den gegenwärtigen Entwurfsfassungen voraussichtlich bis Ende 2020 gelten.

Der Aufgabenträger muss für seine Refinanzierung sorgen. Für die Phasen 1 und 2 erfolgt dies durch die Musterfinanzierungsrichtlinie. Der Aufgabenträger wird also je nach Landesrecht lediglich einen Antrag für den Zeitraum von März bis einschließlich Dezember 2020 stellen. Für Phase 3 muss er dann – je nach den Voraussetzungen im Hinblick auf die Finanzierungsrichtlinie und Haushaltsmittel 2021 – erneut für seine Refinanzierung sorgen.

2. Nettovertrag

Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden oft als Nettoverträge vergeben. Bei diesen trägt das Verkehrsunternehmen das Risiko, in welchem Umfang Fahrausweise verkauft werden. Bei Nettoverträgen stellt lediglich das EVU die Anträge für die Phase 1. Das Vorgehen für Phase 2 hängt vor allem von den Inhalten des Vertrags ab.

- a) Zunächst ist zu klären, ob der 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). 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 einen entsprechenden Ausgleich für Phase 2. Die beihilferechtliche Rechtfertigung für diese Zahlungen liegt im Verkehrsvertrag (ÖDA). Es ist weder eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission noch eine Veröffentlichung erforderlich.

Der Aufgabenträger beantragt anschließend beim Land eine Refinanzierung auf der Grundlage der Finanzierungsrichtlinie.

Je nach konkretem Inhalt der Klausel für Unvorhersehbares könnte diese auch für Phase 3 gelten. Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Dies könnte dazu führen, dass aus dem Verkehrsvertrag ein höherer Ausgleich zu leisten ist, auch wenn der Aufgabenträger noch keine gesicherte Refinanzierung aus Bundes- oder Landesmitteln für 2021 hat.

- b) Soweit nach a) kein Ergebnis zu erzielen ist, stellt sich die Frage, ob eine Änderung des ÖDA nach allgemeinen Regelungen zulässig ist. Im Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts können Verträge im Rahmen des § 132 GWB geändert werden. In Frage kommt hier insbesondere § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB: Änderung wegen **unvorhersehbarer Umstände**.

Im Einzelnen s.o.

Hinweis: Bei der Anwendung von § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB (unvorhersehbare Umstände) muss die Änderung im EU-Amtsblatt veröffentlicht werden.

- c) Zu prüfen ist, 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) auf bestehende ÖDA anzuwenden ist. Im Einzelnen s.o.
- d) Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit für eine Vertragsänderung liegt in Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007. Eine **Notmaßnahme** im Sinne dieser Vorschrift muss nicht immer eine Neuvergabe sein, sondern kann auch eine Änderung des bestehenden Vertrags sein. Dies hat zumindest die Europäische Kommission bereits ausdrücklich bestätigt. Die Anwendung des Art. 5 Abs. 5 setzt voraus, dass andernfalls eine Unterbrechung des Verkehrs droht.

3. Bruttoanreizverträge

In der Praxis gibt es viele Fälle, bei denen weder ein reiner Bruttovertrag, noch ein reiner Nettovertrag vorliegt. Bei Bruttoanreizverträgen kann es erforderlich sein, dass sowohl der Aufgabenträger als auch das Verkehrsunternehmen Anträge stellen.

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. Insofern gelten die Ausführungen zum Bruttovertrag, oben 1.

Insoweit, wie das Verkehrsunternehmen das wirtschaftliche Risiko trägt, gilt Folgendes:

Grundsätzlich wird das Verkehrsunternehmen bei der zuständigen Landesbehörde für seinen Teil des Risikos einen Ausgleich für Phase 1 beantragen. Das Vorgehen für Phase 2 erfolgt analog zu den Nettoverträgen wie unter 2. beschrieben.