

Von: Dr. Hubertus Baumeister, BBG und Partner
<baumeister@bbgundpartner.de>
Gesendet: Freitag, 22. November 2024 13:11
An: buergermeisterin@gapa.de; w.lichtmess@gw-gap.de
Cc: Landrat Anton Speer; Eder Grischa; Zeitler Elisabeth (Dr.); Dr. Sibylle Barth, BBG und Partner
Betreff: ÖPNV-Aufgabenträgerschaft für den Markt Garmisch-Partenkirchen: Vorbereitung des internen Termins am 26.11.2024 #283/24/30 [sicher] [signiert OK]

Sehr geehrte Frau Erste Bürgermeisterin Koch, sehr geehrter Herr Lichtmeß,

im Auftrag von Herrn Landrat Speer möchten wir auf das Mail vom 14.11.2024 von Ihnen, Herr Lichtmeß, an unsere Kollegin Dr. Barth und zur Vorbereitung des gemeinsamen Abstimmungsgespräches am 26.11.2024 unsere rechtlichen Einschätzungen zu den Finanzierungszuständigkeiten im ÖPNV sowie zu möglichen Vergabemodellen für Ihren Ortsbusverkehr übermitteln.

Bezugnehmend auf das Schreiben des Landratsamtes an den Markt Garmisch-Partenkirchen vom 12.11.2024 halten wir zunächst folgendes fest: Die grundsätzliche Pflicht zur Rücknahme der Aufgabenträgerschaft im ÖPNV ist unstrittig. Die hierzu erforderliche Rechtsverordnung des Landkreises kann aber erst dann erlassen werden, wenn grundsätzliche Fragen der Finanzierung und Durchführung des ÖPNV zwischen dem Markt und dem Landkreis abgestimmt sind und umgesetzt werden können. Zum 01.01.2025 sehen wir dies nicht als gegeben an.

I. Finanzierungszuständigkeiten gemäß dem BayÖPNVG

Eine rechtliche Finanzierungspflicht des Landkreises Garmisch-Partenkirchen für den ÖPNV auf dem Gebiet des Marktes Garmisch-Partenkirchen auch bei Rücknahme der Aufgabenträgerschaft kann u.E. aus den nachfolgenden Gründen nicht aus dem BayÖPNVG abgeleitet werden:

1. Die Planung, Organisation und Sicherstellung des ÖPNV ist eine freiwillige Aufgabe des Landkreises Garmisch-Partenkirchen im eigenen Wirkungskreis (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BayÖPNVG). Er führt diese Aufgabe in den Grenzen seiner Leistungsfähigkeit durch (Art. 8 Abs. 1 Satz 2 BayÖPNVG). Der Landkreis Garmisch-Partenkirchen entscheidet somit nach eigenem kommunalpolitischen Ermessen, in welcher Menge und Qualität der ÖPNV auf seinem Kreisgebiet finanziert wird.
2. Das BayÖPNVG gibt den Landkreisen und kreisfreien Städten keine qualitativen oder quantitativen Vorgaben für den ÖPNV. Für eine Differenzierung zwischen einem „allgemeinen ÖPNV“ und „zusätzlichen ÖPNV-Leistungen“ fehlen die rechtlichen Anknüpfungspunkte im BayÖPNVG. Demzufolge kann nicht hergeleitet werden, dass der Landkreis Garmisch-Partenkirchen zur Sicherstellung eines Grundangebots für den „allgemeinen ÖPNV“, z.B. auf dem Gebiet des Marktes Garmisch-Partenkirchen oder anderer kreisangehöriger Gemeinden, rechtlich verpflichtet wäre.
3. Aus Art. 19 BayÖPNVG ergibt sich, dass für die Finanzierungsverantwortung für den ÖPNV nach Verkehrsfunktionen für den ÖPNV unterschieden wird. Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayÖPNVG hat auf Verlangen des zuständigen Aufgabenträgers (Landkreis) eine kreisangehörige Gemeinde die Kosten des ÖPNV auf seinem Gemeindegebiet zu tragen, der vom Landkreis als Aufgabenträger und zuständige Behörde des ÖPNV mit Zustimmung der Gemeinde erbracht wird. Diese Finanzierungsverantwortung einer kreisangehörigen Gemeinde gilt gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 3 BayÖPNVG auch für zusätzliche ÖPNV-Leistungen, die von einer Gemeinde selber gewünscht werden. Daraus folgt, dass Landkreise in Bayern für die Sicherstellung der ÖPNV-Verbindungen zwischen den kreisangehörigen Kommunen planerisch und organisatorisch zuständig sind und hierfür die Finanzierungsverantwortung tragen. Die funktionale

Differenzierung von Orts- und Nachbarortslinienverkehr und Überlandlinienverkehr (Regionalbuslinien) enthält z.B. auch § 3 Abs. 4 PBefAusgIV.

4. Zur Finanzierung des ÖPNV erhalten die Aufgabenträger anteilig ÖPNV-Zuweisungen nach § 13 d BayFAG. Es können auch Mittel der Kreisumlage nach § 18 BayFAG eingesetzt werden. Die Erhebung der Kreisumlage wird landesgesetzlich im Rahmen eines Schlüssels vorgeschrieben, worauf der Landkreis Garmisch-Partenkirchen keinen Einfluss hat. Mit finanziellen Mitteln aus der Kreisumlage muss der Landkreis viele Aufgaben erfüllen. Die Sicherstellung eines Regionalbus-Liniennetzes durch den Landkreis u.a. mit Mitteln aus der allgemeinen Kreisumlage kommt auch dem Markt Garmisch-Partenkirchen u.a. mit Blick auf Einkaufsverkehre und Tourismus zu Gute.
5. Die Kostentragungspflicht der kreisangehörigen Gemeinden für einen ÖPNV auf ihrem Gebiet gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 und 3 BayÖPNVG ist sachgerecht, weil dem Verursacherprinzip Rechnung getragen wird. Der Landkreis Garmisch-Partenkirchen verfährt in dieser Weise mit allen kreisangehörigen Gemeinden, die auf ihrem Gemeindegebiet zusätzliche ÖPNV-Leistungen wollen. Es wäre deshalb auch aus Gründen der Gleichbehandlung nicht zu rechtfertigen, wenn der Landkreis für den Markt Garmisch-Partenkirchen die Finanzierung im ÖPNV trägt und für die anderen kreisangehörigen Gemeinden nicht.

II. Mögliche Vergabemodelle für den Ortsbusverkehr des Marktes Garmisch-Partenkirchen

Für eine Rückübertragung der Aufgabenträgerschaft des Marktes Garmisch-Partenkirchen für den ÖPNV an den Landkreis muss noch vertieft abgestimmt werden, wie künftig der Landkreis Garmisch-Partenkirchen den ÖPNV nach den Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 bestellen kann. Wir haben hierzu die denkbaren Optionen untersucht. Die konkrete Umsetzung einer beschlossenen Vergabeform ändert jedoch nichts an der oben dargelegten Rechtslage zur Finanzierungslast, wie wir sie rechtlich sehen.

1. Ausschreibungsteilnahme der Gemeindewerke

Nach vertiefter Prüfung der Rechtslage stellen wir fest, dass die Gemeindewerke an einer Ausschreibung des Landkreises Garmisch-Partenkirchen für den Stadtbusverkehr des Marktes Garmisch-Partenkirchen teilnehmen können. Art. 87 BayGO greift schon deshalb nicht, weil die Gemeindewerke den ÖPNV bereits betreiben (vgl. Abs. 1 Satz 1, 1. Satzteil). Hilfsweise noch folgendes: Der ÖPNV bewegt sich auch innerhalb des Begriffes der Daseinsvorsorge des Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO. Ob Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO anzuwenden ist, halten wir auch für fraglich. Es kommt aber nicht darauf an, weil die Gemeindewerke aufgrund von Art. 87 Abs. 1 Satz 3 BayGO aus zeitlichen Gründen von der Anwendung des Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO ausgenommen werden (Betrieb schon seit 1995). Sie, Herr Lichtmeß, haben mit Ihrer Rechtsauffassung recht, dass Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. b) VO (EG) 1370/2007 nur für Direktvergaben und nicht für Ausschreibungen gilt. Allerdings besteht in tatsächlicher Hinsicht nach unseren Erfahrungen ein hohes Risiko, dass die Gemeindewerke die Ausschreibung nicht gewinnen und sie dann ihren Busbetrieb mit den Personalen und Infrastrukturen abwickeln muss.

2. Wettbewerbsfreie Vergabe eines Dienstleistungskonzession des Landkreises an die Gemeindewerke nach Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007

Die Gemeindewerke haben nicht mehr als 23 Busse und die Schwellenwerte einer Jahresauftragssumme von 2 Mio. € netto oder weniger als 600 Tsd. Fahrplankilometern p.a. werden nicht überschritten. In diesen Grenzen wäre eine Direktvergabe des Landkreises an die Gemeindewerke grundsätzlich zulässig. Allerdings muss diese Vergabe als Dienstleistungskonzession gestaltet werden (EuGH, Urt. v. 21.3.2019 – C-266/17, C-267/17, Rn. 66). Merkmal der Dienstleistungskonzession ist, dass der Betreiber (hier. Gemeindewerke) das Betriebsrisiko trägt (EuGH, Urt. v. 10.11.2011 – C-348/10 Rn. 40 ff.). Zum Betriebsrisiko gehören das Nachfrage- und das Angebotsrisiko, u.a. einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Zuschüsse der öffentlichen Hand. Es handelt sich um marktbezogene Risiken, die der Auftragnehmer ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernehmen muss (u.a. mindestens 50 % Erlöse am Fahrgastmarkt gemäß OLG Düsseldorf, GewArchiv 2011, 301 [304]), damit von einer Dienstleistungskonzession ausgegangen werden kann. Dieser Inhalt einer Dienstleistungskonzession wurde

auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung in § 105 GWB umgesetzt. Künftig müssten die Gemeindewerke somit einen wesentlichen Teil des Nachfrage- und Angebotsrisikos für den ÖPNV auf dem Gebiet des Marktes Garmisch-Partenkirchen tragen. In der Dienstleistungskonzession müsste vom Landkreis eine Obergrenze ihres Zuschussbetrages ex ante festgelegt werden, eine Überkompensationskontrolle hätte nach Ablauf eines Geschäftsjahres ex post zu erfolgen.

3. Direktvergabe als Notmaßnahme für max. zwei Jahre nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007

Der Stadtbusverkehr des Marktes Garmisch-Partenkirchen wurde weder unterbrochen noch droht eine unmittelbare Gefahr des Eintretens einer solchen Situation. Damit liegen die Voraussetzungen einer Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht vor.

4. Fortsetzung der Betrauung (Direktvergabe) des Marktes an ihre Gemeindewerke

Die Fortführung der Betrauung (Direktvergabe) des Marktes Garmisch-Partenkirchen weiterhin als ÖPNV-Aufgabenträger an ihre Gemeindewerke wäre u.E. weiterhin eine gute Lösung, wenn eine Finanzierung gesichert wäre. Hierzu sind auch Einsparmöglichkeiten wie der Abbau von Parallelverkehren zu den Regionalbuslinien denkbar.

Eine Betrauung der Gemeindewerke durch den Landkreis gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nach den Vorstellungen des Marktes ist hingegen rechtlich nicht möglich, weil der Landkreis gemäß der Unternehmenssatzung der Gemeindewerke „keine Kontrolle wie über eine nachgeordnete Dienststelle“ ausüben könnte. Eine solche Direktvergabe wäre nur dann möglich, wenn z.B. der Landkreis ein eigenes ÖPNV-Unternehmen gründet und die Personale und Infrastrukturen der Gemeindewerke im Bereich des ÖPNV übernehmen würde.

5. Gemeinsame Ausschreibung des Busverkehrs durch den Landkreis und den Markt Garmisch-Partenkirchen

Dies könnte u.E. mit Blick auf die Interessen beider Kommunen die sinnvollste Lösung sein. Der Markt Garmisch-Partenkirchen müsste dann von der eigenen ÖPNV-Erbringung über die Gemeindewerke Abstand nehmen, was möglicherweise auch die Leistungsfähigkeit der Gemeindewerke mit Blick auf anderen Aufgaben langfristig stärkt. Personale und Infrastrukturen der Gemeindewerke wären zur Übernahme verbindlich in den Ausschreibungsunterlagen vorzugeben, damit die Gemeindewerke und damit der Markt Garmisch-Partenkirchen keinen finanziellen Schaden hat.

Zwischen der europaweiten Bekanntmachung des Landkreises Garmisch-Partenkirchen mit der Absicht der Ausschreibung des Ortsbusverkehrs des Marktes Garmisch-Partenkirchen und der Betriebsaufnahme des ausgewählten Betreibers liegen mindestens zwei, wahrscheinlich eher drei Jahre, weil zunächst

- a. die Finanzierung des ÖPNV sichergestellt werden muss,
- b. eine Überplanung des Stadtverkehrs in Verzahnung mit dem Regionalbuslinien zu erfolgen hat und
- c. ein Vertrag zwischen Landkreis und Markt geschlossen werden muss.

Erst dann kann die Ausschreibung mit den finalen Vergabeunterlagen im Rahmen einer europaweiten Bekanntmachung starten. Die Vergabestelle muss bei Einleitung des Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt der europaweiten Bekanntmachung der Aufgabenträger gemäß Art. 8 BayÖPNVG und die zuständige Behörde gemäß der VO (EG) Nr. 1370/2007 sein. Diese zeitliche Lücke beim Übergang der Aufgabenträgerschaft vom Markt auf den Landkreis zu schließen wäre möglich. Markt (noch zuständiger Aufgabenträger) und Landkreis (künftiger Aufgabenträger) schreiben gemeinsam aus. Spätestens nach Zuschlagserteilung würde die Aufgabenträgerschaft zum Landkreis wechseln, dies berührt nicht Vergabeprozess. Im Innenverhältnis schließen beide Kommunen eine interkommunale Zweckvereinbarung, wie der Stadtverkehr während der Vertragslaufzeit nach den Vorstellungen des Marktes Garmisch-Partenkirchen abzuwickeln ist. Der Markt hätte somit für seinen örtlichen ÖPNV das alleinige Bestimmungsrecht (unter Beachtung der ÖPNV-Qualitätsstandards des Landkreises). Parallel zum Zeitpunkt

dieser Umstellung ist die Betrauung des Marktes an die Gemeindewerke bis 2029 vorzeitig zu beenden. Hierzu ist ein Verfahren zur Entbindung der Betriebspflicht nach § 21 Abs. 1 PBefG zu durchlaufen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hubertus Baumeister
Rechtsanwalt | Of Counsel

BBG und Partner Partnerschaftsgesellschaft mbB
Contrescarpe 75 A | 28195 Bremen | Germany
T +49 421 33541-0 (Zentrale) | F +49 421 33541-15
baumeister@bbgundpartner.de | www.bbgundpartner.de

Teamassistentz Martina Littkemann
T +49 421 33541-79 | littkemann@bbgundpartner.de



Jetzt anmelden: Am 21. November 2024 findet die Jahrestagung des Vereins für Infrastrukturrecht zum Thema „Wasserinfrastruktur im Klimawandel“ statt. Weitere Informationen finden Sie [hier](#)!

Sitz der Partnerschaftsgesellschaft mbB: Bremen; Amtsgericht Bremen, PR 216

Diese E-Mail enthält möglicherweise vertrauliche oder rechtlich geschützte Inhalte. Diese E-Mail ist ausschließlich für den oder die oben benannten, vorgesehenen Empfänger bestimmt. Ausschließlich diesen Adressaten ist die Nutzung dieser E-Mail und ihrer Anhänge gestattet. Sollte diese E-Mail nicht für Sie bestimmt oder versehentlich an Sie übermittelt worden sein, bitten wir Sie, uns umgehend per Telefon (+49 (0) 421-335410) oder per E-Mail (kontakt@bbgundpartner.de) zu informieren sowie diese E-Mail zu löschen. Die unbefugte Weiterleitung und das unerlaubte Kopieren dieser E-Mail ist untersagt. Wir versenden unsere E-Mails grundsätzlich zertifizierten S/MIME-verschlüsselt und -signiert. Ihre Zustimmung zur Korrespondenz per E-Mail gilt als gegeben, solange Sie diesen Kommunikationsweg nutzen. Sofern Sie diesen Weg nicht mehr nutzen möchten, senden Sie uns bitte eine schriftliche Mitteilung. Unsere Informationspflichten gem. Art. 13, 14 DSGVO stehen für Sie unter folgendem Link bereit: <https://www.bbgundpartner.de/datenschutz/>