

Matthias Knauff (Hrsg.)

# Rechtsanwendung und Finanzierung im ÖPNV

3. und 4. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV



**Nomos**

Schriften zum Verkehrsmarktrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Band 4

Matthias Knauff (Hrsg.)

# Rechtsanwendung und Finanzierung im ÖPNV

3. und 4. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6885-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0980-4 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Der ÖPNV wird innerhalb eines detailliert gefassten rechtlichen Rahmens erbracht und wirft in finanzieller Hinsicht zahlreiche Herausforderungen auf. Die beihilferechtlichen Fragen wie auch die Erfahrungen mit dem nunmehr seit mehr als zehn Jahren durch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste geprägten Regelungsregime sind vielfältig und weisen nicht nur für den betroffenen Sektor, sondern teils auch darüber hinaus wesentliche Bedeutung auf. Der vorliegende Band dokumentiert die Mehrzahl der Vorträge, die auf den am 3. November 2017 sowie am 9. November 2018 von der Forschungsstelle für Verkehrsmarktrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena veranstalteten 3. und 4. Jenaer Gesprächen zum Recht des ÖPNV gehalten wurden, in aktualisierter Fassung. Dank für die finanzielle Unterstützung der Veranstaltungen und des Tagungsbandes gilt der KCW GmbH, dem Mitteldeutschen Omnibusverband (MDO) e.V., Bus & Bahn Thüringen e.V. sowie dem Landesverband der Omnibusunternehmer Sachsen-Anhalt (VSAO). Für die Unterstützung bei der Herausgabe des Bandes ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Lehrstuhls, insbesondere Frau wiss. Mit. Janine Delcuvé, zu danken.

Jena, im September 2020

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.



# Inhalt

## *Teil 1: Rechtsanwendung*

Norm und Vollzug im Recht des ÖPNV <i>Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley)</i>	11
Vollzugsfragen des ÖPNV-Rechts – die Perspektive der Aufgabenträger <i>Dr. Michael Winnes</i>	33
Problemschwerpunkte aus Sicht mittelständischer Busunternehmen <i>Dr. Witgar Weber</i>	45
Gerichtliche Entscheidungspraxis <i>Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.</i>	67
Das Verhältnis von allgemeinem Vergaberecht und Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 <i>RA Dr. Corina Jürschik, LL.M.</i>	91
Die Kontrolle des Auftragszuschnitts bei Vergaben im ÖPNV-Recht <i>Prof. Dr. Claas Friedrich Germelmann, LL.M.</i>	105
Direktvergabe durch eine Gruppe von Behörden <i>RA Dr. Christian Baumann</i>	123

*Inhalt*

*Teil 2: Finanzierung*

Die Relevanz des Beihilferechts für den ÖPNV <i>Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.</i>	141
Beihilferechtliche Fragen der Finanzierung des ÖPNV – Bewertung des Rechtsrahmens aus Aufgabenträgersicht – <i>Dr. Markus U. Brohm</i>	157
Beihilferechtliche Fragen der Finanzierung des ÖPNV aus Sicht privater Busunternehmen <i>Christiane Leonard und Tobias Kothy</i>	179
Mittel in Kooperationen und Verbänden <i>RA Dr. Lorenz Wachinger</i>	193
Finanzierung von Schüler- und Behindertenverkehren <i>RA Prof. Martin Kupfrian</i>	205
Theorie und Praxis der Überkompensationskontrolle im ÖPNV <i>Dr. Astrid Karl und Christoph Schaaffkamp</i>	215

*Teil 1:*  
*Rechtsanwendung*



# Norm und Vollzug im Recht des ÖPNV

*Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley)\**

## *A. Einführung: Zur Bindung des Vollzugs an das Gesetz*

Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die vollziehende Gewalt an Recht und Gesetz gebunden. Die Gesetzesbindung gilt selbstverständlich auch für die staatlichen Aufgabenträger und Vergabestellen im Recht des Öffentlichen Personennahverkehrs. Für EU-Verordnungen wie namentlich die mehrfach geänderte EU-VO 1370/2007<sup>1</sup> folgt die unmittelbare Bindung zudem aus Art. 288 Abs. 2 AEUV.

All dies ist im Grundsatz trivial. Die praktische Befolgung macht jedoch auch bei dem zu unterstellenden »guten Willen« der Verantwortlichen erhebliche Schwierigkeiten. Aus der Rechtstheorie (vor allem der Reinen Rechtslehre) ist bekannt, dass sich Rechtsetzung und Vollzug nicht trennscharf abgrenzen lassen, vielmehr jegliche Rechtsanwendung auch einen Rechtserzeugungsanteil besitzt.<sup>2</sup> Dieser Anteil ist umso größer, je mehr die Verwaltungsaufgaben planerisch-gestalterischer Natur sind und/oder einen Managementcharakter aufweisen. Beides ist bei der Daseinsvorsorge im Allgemeinen wie auch besonders bei der Mobilitätssicherung durch öffentlichen Personennahverkehr in hohem Maße der Fall. Rechtstechnisch findet diese gestalterische Komponente ihren Ausdruck in zahlreichen expliziten oder auch nur impliziten Ermessens- und Beurteilungsspielräumen im PBefG wie auch in der EU-VO 1370/2007. Die Gesetzesbindung zu respektieren, bedeutet insoweit, auf Grundlage der normativen Ermächti-

---

1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juni 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1170/70 des Rates, ABL L 315/1 v. 03. Dezember 2007, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABL L 354/22 v. 23.12.2016.

2 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz, in: Mayer-Maly (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Teilbd. 1, 1993, S. 227 (insb. 234); *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 36 II.

gungslehre<sup>3</sup> im Wege der Auslegung der einschlägigen Normen Inhalt und Reichweite der darin enthaltenen Spielräume genau zu ergründen und solche Spielräume nicht pauschal übergreifend zu unterstellen.

Die gesetzlich eröffneten Gestaltungsspielräume bilden zugleich ein Einfallstor für ökonomische und politische Rationalität.<sup>4</sup> Beides besitzt beim öffentlichen Personennahverkehr eine kaum zu überschätzende Bedeutung. Angesichts der Zuschussbedürftigkeit der meisten Verkehre ist der effiziente Einsatz von Haushaltsmitteln eine zentrale Herausforderung. Zugleich müssen die Verkehrsbedürfnisse im Wesentlichen politisch definiert werden. Systemtheoretisch formuliert:<sup>5</sup> Das Rechtssystem wird durch das politische System und das Wirtschaftssystem mit abweichenden Codes überlagert. Die für das Rechtssystem zentrale Ausrichtung auf rechtmäßiges Handeln, was den Vorrang des Gesetzes voraussetzt (mit dem Gegenbegriff des Unrechts), droht zugunsten einer Fixierung auf die Wirtschaftlichkeit (Kommunikationsmittel Geld mit dem Gegensatzpaar Zahlen/Nichtzahlen) und die politische Zweckmäßigkeit (Kommunikationsmittel Macht mit dem Gegensatzpaar Macht haben/keine Macht haben) in den Hintergrund zu geraten. Darauf ist noch zurückzukommen.

Im Folgenden gilt es, in Anknüpfung auch an das Generalthema unserer Tagung die strukturellen Hindernisse für einen gesetzmäßigen Vollzug des ÖPNV-Rechts herauszuarbeiten (sogleich B.) und sodann nach Strategien zur Überwindung dieser Hindernisse und zur Erleichterung eines gesetzeskonformen Vollzugs zu suchen (C.). Dies soll schließlich an einigen Problempunkten kurz skizziert werden (D.).

## B. Strukturelle Vollzugshindernisse

### I. Mangelhafte Gesetzgebungstechnik

Insoweit potenzieren sich Defizite auf europäischer und nationaler Ebene.

---

3 BVerfGE 61, 82 (111); zuletzt BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, NJW 2019, 141; zusammenfassend *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), VerwR § 11 Rn. 34 ff.

4 Zu deren Bedeutung für das Verwaltungshandeln allgemein *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 519 ff.

5 Zu den folgenden Kategorien näher *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 165 ff.; *ders.* Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1994, S. 230 ff.; *ders.*, Die Politik der Gesellschaft, 2002, S. 88 ff.

### 1. Unübersichtliches Ineinandergreifen europäischen und nationalen Rechts

Beim Recht des Öffentlichen Personennahverkehrs wirken bekanntlich die europäische VO 1370/2007 und das deutsche Personenbeförderungsgesetz (insb. §§ 8a, 8b, 13) zusammen. Anders als eine EU-Richtlinie ist die Verordnung zwar unmittelbar auf nationaler Ebene anwendbar und nicht umsetzungsbedürftig (Art. 288 Abs. 2 gegenüber Abs. 3 AEUV). Doch schafft die VO 1370/2007 als sogenannte »hinkende Verordnung«<sup>6</sup> keine Vollregelung, sondern bedarf der Ergänzung durch nationales Recht. Die Rechtslage lässt sich daher immer nur ermitteln, wenn man beide Regelwerke – EU-VO und PBefG – nebeneinanderlegt; gegebenenfalls muss zusätzlich noch das Nahverkehrsgesetz des jeweiligen Bundeslandes berücksichtigt werden.

Eine gleichsam konsolidierte Zusammenfassung gibt es nicht und kann es nach der EuGH-Rechtsprechung auch nicht geben. Aus Sorge davor, die Mitgliedstaaten könnten das unmittelbar geltende EU-Verordnungsrecht verfälschen, verbietet es nämlich der EuGH, den Verordnungstext in nationalen Gesetzen auch nur wörtlich zu wiederholen, geschweige denn ihn gezielt an verschiedenen einschlägigen Stellen zu integrieren.<sup>7</sup> Diese Rechtsprechung sollte korrigiert werden.<sup>8</sup> In einer Abwägung wiegt der Vorteil, den eine Integration des europäischen Verordnungstextes in das nationale Recht für die effektive Durchsetzung des Unionsrechts besäße, deutlich schwerer als das Risiko einer Verfälschung des vorrangigen Unionsrechts. Ob nämlich das Unionsrecht richtig im nationalen Gesetz zitiert worden ist, ließe sich recht einfach durch einen Wortlautvergleich überprüfen. Solange indes die europäische Rechtsprechung am Übertragungsverbot festhält, müssen die Gesetzesanwender mit dem unübersichtlichen Nebeneinander umgehen.

---

6 Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Hrsg.), Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vorb. III. Rn. 42.

7 EuGH, Urt. v. 10.10.1973 – Rs. 34/73, Slg. 1973, 981 Rn. 9 ff. – Variola.

8 Dies gilt umso mehr angesichts der in der Praxis zu beobachtenden funktionalen Angleichung von Verordnungen und Richtlinien, dazu Sydow, JZ 2009, 373 (376); vorsichtige Kritik daran auch bei Knauff, NZBau 2011, 655 (658); a.A. Haltern, Europarecht, Bd. I, 3. Aufl. 2017, Rn. 865.

## 2. Unübersichtliches Nebeneinander von sektorspezifischem und allgemeinem Vergaberecht

Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO 1370/2007, der den Vorrang des Kartellvergaberichts für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen vorschreibt, sofern es sich nicht um Dienstleistungskonzessionen handelt. Dies führt zu zwei verschiedenen Vergaberechtssystemen, nämlich dem strengeren und formalisierten Regime der Vergaberichtlinien in Verbindung mit §§ 97 ff. GWB und dem Vergaberecht »light« in Art. 5 Abs. 3 der VO i.V.m. § 8b PBefG. Eine überzeugende Rechtfertigung dafür ist nicht ersichtlich. Grundsätzlich spricht, auch nach der Entstehungsgeschichte der Verordnung,<sup>9</sup> viel dafür, dass Marktöffnung und Wettbewerb in Bereichen der Daseinsvorsorge nicht mit dem darauf nicht zugeschnittenen Kartellvergaberecht, sondern mithilfe passgenauerer sektorspezifischer Vorschriften erfolgen sollten.<sup>10</sup> Andererseits hat der deutsche Gesetzgeber in §§ 8a, 8b PBefG das Sondervergaberegime der VO 1370/2007 doch wieder weitgehend dem allgemeinen Vergaberecht angenähert (sowohl bei der Verfahrensstrukturierung als auch beim Rechtsschutz); dies wiederum weckt Zweifel an der Notwendigkeit einer sektorspezifischen Sonderregelung, zumal mittlerweile für Dienstleistungskonzessionen schon das allgemeine Vergaberecht (§§ 148 ff. GWB i.V.m. der KonzessionsvergabeVO) flexiblere Vergaberegeln bereithält. Somit lassen sich gute Gründe sowohl für eine eigenständige Vollregelung als auch für eine komplette Integration in das Vergaberecht anführen, nicht aber für das Nebeneinander der beiden Vergaberechtsregime.

Zwar scheint die Reichweite des Vorrangs des Kartellvergaberichts in Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO 1370/2007 ziemlich klar gefasst. Doch führt dies zu der im Einzelfall schwierigen Grenzziehung zwischen vergaberechtlichen Dienstleistungsaufträgen und Konzessionen.<sup>11</sup> Endgültig unklar bleibt, welches Rechtsregime für die Beauftragung eines internen Betreibers je-

---

9 Dazu *Febling*, in: Kaufmann et al. (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007. Kommentar, 1. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 48 ff. (beibehalten in der von *Linke* überarbeiteten 2. Aufl. 2019); *Zuck*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht. Kommentar, 4. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 20 ff.

10 *Febling/Nienhues*, DÖV 2008, 662 (663 f.); *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (692 f.).

11 EuGH, Urt. v. 10.03.2011 – C-274/09, NZBau 2011, 239; BGH Beschl. v. 08.02.2011, X ZB 4/10, NVwZ 2011, 1024; OLG Jena, Beschl. v. 22.07.2015, 2 Verg 2/15, VergabeR 2015, 793; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011, VII-Verg 48/10, NZBau 2011, 244; im Überblick *Febling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8a Rn. 29 ff.

weils anzuwenden ist. Soll dort Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 exklusiv gelten oder wird diese Sonderregelung im Bereich des Kartellvergaberechts erneut von den dortigen Bestimmungen zur Inhouse-Vergabe (§ 108 GWB) verdrängt oder müssen gar beide Regelungen nebeneinander angewandt werden?<sup>12</sup> Und wie spielen die besonderen Publizitätspflichten nach Art. 7 VO 1370/2007 und § 8a (Abs. 2) PBefG mit den Vorabkennzeichnung und ähnlichen Verfahrenspflichten aus dem Kartellvergaberecht zusammen?

Sogar beim Schienenpersonennahverkehr, der vom Vorrang des Kartellvergaberechts nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO 1370/2007 nicht erfasst ist, schafft das Nebeneinander der beiden Vergaberechtsregime große Probleme. Der Bundesgerichtshof hat nämlich die Klausel »sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist« in Art. 5 Abs. 6 der EU-VO (a.F.) dahingehend interpretiert, dass sich ein solches Verbot in Deutschland aus den §§ 97 ff. GWB ergebe. Das Kartellvergaberecht, das eine ausschreibungsfreie Direktvergabe grundsätzlich nicht zulässt, ist zwar älter als die VO 1370/2007, sei aber mit Erlass der EU-Verordnung nachträglich zu einer solchen Untersagung der Direktvergabe im Schienenverkehr erstarkt.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung dürfte sich wohl auf den neuen Art. 5 Abs. 4b VO 1370/2007 übertragen lassen.<sup>14</sup>

Die Probleme gehen zudem weit über bloße Unübersichtlichkeit hinaus. Es gibt auch – zumindest potentielle – Widersprüche. Insbesondere ist äußerst umstritten, ob das Verständnis des § 8a Abs. 8 PBefG von einem »ausschließlichen Recht« mit demjenigen in Art. 2 lit. f) i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b) ii) VO 1370/2007 vereinbar ist.<sup>15</sup> Das PBefG sieht im Parallelbedienungsverbot bei eigenwirtschaftlichen Verkehren (§ 13 Abs. 2 Nr. 3, anders für gemeinwirtschaftliche Verkehre gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2) ersichtlich kein solches Recht, weil andernfalls die Kategorie der eigenwirtschaftlichen Verkehre von vornherein obsolet würde.<sup>16</sup> Man kann diese Sichtweise damit zu rechtfertigen versuchen, dass der Konkurrenzschutz durch das Parallelbedienungsverbot nicht absolut ist, vielmehr Parallelver-

---

12 Dazu näher unten D. I. mit hiesiger Fn. 74.

13 BGH, Beschl. v. 08.02.2011, X ZB 4/10, NVwZ 2011, 1024; zum Streitstand m.w.N. näher *Fehling*, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 56 ff.

14 In diesem Sinne *Saxinger*, GewArch 2017, 463 (464); *Linke*, NZBau 2017, 331 (339).

15 Zweifelnd auch *Saxinger*, in: ders./Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 4. EL Mai 2014, § 13 Abs. 2 PBefG Rn. 51.

16 In diesem Sinne *Roling*, DVBl. 2010, 1213 (1219 f.).

kehre auf Teilstrecken oftmals möglich bleiben und genehmigt werden.<sup>17</sup> Allerdings soll nach den Leitlinien der Kommission ein ausschließliches Recht, das nach Art. 3 Abs. 1 der VO zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zwingt, bereits dann vorliegen, wenn wesentliche Teile des Marktes geschlossen werden.<sup>18</sup> Dann bliebe in der Tat kein Raum mehr für eigenwirtschaftliche Verkehre im ÖPNV. Dies schwebt gleichsam als Damoklesschwert über der gesamten deutschen Vollzugspraxis.

### 3. Begriffswirrwarr

Zu guter Letzt trägt auch eine nahezu babylonische Sprach- und Begriffsverwirrung dazu bei, dass das ÖPNV-Recht allenfalls für Spezialisten verständlich und damit gesetzeskonform vollzugsfähig bleibt.

Verantwortlich dafür ist zum einen erneut die undurchsichtige Gemengelage zwischen der VO 1370/2007 und dem Kartellvergaberecht. Der gleiche Begriff, nämlich der des »öffentlichen Dienstleistungsauftrags«, besitzt im Rahmen der Verordnung eine ganz andere Bedeutung als in §§ 97 ff. GWB. Während das Kartellvergaberecht zwischen Dienstleistungsaufträgen (§ 103 Abs. 1, 4 GWB) und Dienstleistungskonzessionen (§ 105 GWB) unterscheidet, fungiert der Begriff des Dienstleistungsauftrags in der VO 1370/2007 (namentlich Art. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1) als ganz allgemein gefasster Oberbegriff.<sup>19</sup>

Von diesem besonders grotesken Begriffswirrwarr abgesehen, birgt schon die Notwendigkeit des Unionsrechts, eine von nationaler Rechtsdogmatik und unterschiedlichem nationalem Vorverständnis unabhängige eigene Terminologie zu schaffen,<sup>20</sup> erhebliches Verwirrungspotential. So kann der »öffentliche Dienstleistungsauftrag« nach Art. 3 der VO im nationalen Recht ganz unterschiedliche Rechtsformen annehmen (in Deutschland typischerweise Vertrag, aber u.U. auch Verwaltungsakt oder Rechts-

---

17 In dieser Richtung etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011 – VII-Verg 48/10, NZBau 2011, 244 (246); *Batzill*, Der Nahverkehr 2007, 25 (26); *Kaufmann/Linke*, in: ders. (Fn. 9), Art. 2 Rn. 30.

18 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01), ABl. C 92/1 v. 29.03.2014, S. 5 ff.; dies betont auch *Saxinger*, in: ders./Winnes (Fn. 15), 7. EL Jan. 2015, Art. 2 lit. f) VO 1370/2007 Rn. 32.

19 Dazu z.B. *Otting/Olgemöller/Tresselt*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 71 Rn. 4 ff.; *Febling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8a Rn. 28 ff.

20 Allgemein *Haltern*, Europarecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Rn. 318.

norm) und wird schon dadurch hoch abstrakt.<sup>21</sup> Vor allem die Abgrenzung zwischen individuell zu erteilenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und dem Anwendungsbereich sogenannter allgemeiner Vorschriften erweist sich als problematisch.<sup>22</sup> Dies ist besonders misslich angesichts der Tendenz mancher Aufgabenträger, durch verstärkten Einsatz allgemeiner Vorschriften (nun oftmals auch als Ersatz für die teilweise reduzierten Ausgleichszahlungen nach § 45a PBefG) die ökonomischen Möglichkeiten zur Durchführung von Verkehren als eigenwirtschaftlich zu verbessern.

Ein (weiteres) Negativbeispiel bildet die neue Kategorie der »Spezifikationen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen« in Art. 2a der geänderten VO 1370/2007. Weil konkretere Entwurfsfassungen im europäischen Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit gefunden hatten, suchte man schließlich nach einem möglichst unspezifischen Begriff, um den Mitgliedstaaten größeren Spielraum zu eröffnen. Dies geschah freilich um den Preis mangelnder Verständlichkeit, gerade dann, wenn man diese Kategorie der »Spezifikationen« mit den dort ebenfalls genannten »Strategiepapieren« in Beziehung zu setzen sucht.<sup>23</sup>

## *II. Pfadabhängigkeit bei der Organisation des ÖPNV*

Das System eines Ausschreibungswettbewerbs um gemeinwirtschaftliche Verkehre war für die langjährig gewachsenen deutschen ÖPNV-Strukturen nahezu revolutionär. Man hatte sich in der Praxis, so mein Eindruck, recht gut mit der früheren extensiven Eigenwirtschaftlichkeitsfiktion arrangiert. Die VO 1370/2007 und ihre Ausformung im novellierten PBefG verlangen nun von den Aufgabenträgern nicht nur ein Umdenken, sondern teilweise auch einen Bruch mit oder zumindest ein Infragestellen von eingefahrenen Unternehmensstrukturen.

Der Ausschreibungswettbewerb verheißt zwar gewisse – im Einzelfall aber immer unsichere – Effizienzvorteile und birgt vielleicht sogar Innovationspotenzial.<sup>24</sup> Doch verursacht er potentiell massive Umstellungskosten

---

21 *Saxinger*, in: ders./Winnes (Fn. 15), 7. EL Jan. 2015, Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 Rn. 6.

22 Zum Meinungsstand *Saxinger*, in: ders./Winnes (Fn. 15), 7. EL Jan. 2015, Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 Rn. 6 ff.

23 Näher dazu unten C. II.

24 Vgl. Erwägungsgrund (7) zur Verordnung; vertiefend *Knieps*, in: Deutsche Verkehrswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.), *Warten auf Wettbewerb: ÖPNV in Deutschland*, 2007, S. 11 (16 ff.); *Knauff*, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der*

(ökonomisch ausgedrückt: Transaktionskosten<sup>25</sup>). Ein kommunales Verkehrsunternehmen kann zudem nicht mehr längerfristig kalkulieren, wenn und weil nicht mehr sicher ist, ob es nach Ablauf der Beauftragung im Wettbewerb erneut den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erhalten wird. Dies ist mit Blick auf die Beschäftigten nicht nur ein soziales Problem, was sich gegebenenfalls durch Betriebsübergang (Art. 4 Abs. 4b VO 1370/2007 i.V.m. RL 2001/23/EG, optional erweitert nach Art. 4 Abs. 5 der VO) abfedern lässt. Die unsichere Auftragslage belastet potentiell auch den kommunalen Haushalt, weil Beschäftigte und Betriebsmittel des kommunalen Verkehrsunternehmens plötzlich überflüssig werden können. Ähnliches droht im Übrigen auch für kleinere oder mittlere private Busunternehmen, die seit langem in einer Region verwurzelt sind. Die Versuchung besteht, gewachsene (Unternehmens-)Strukturen möglichst unverändert in den neuen Rechtsrahmen hinüber zu retten, auch um den Preis einer gewagten Interpretation des nun geltenden Rechts.

Ähnliche Phänomene werden soziologisch und mittlerweile auch rechtswissenschaftlich mit dem Konzept der Pfadabhängigkeit analysiert. Dies adressiert nicht nur das Trägheitsmoment als Bremse gegen Veränderungen, sondern hebt besonders die Selbstverstärkung entsprechender Abhängigkeiten durch Rückkoppelungseffekte hervor.<sup>26</sup> Ob man in diesem anspruchsvollen Sinne<sup>27</sup> auch beim ÖPNV von echter Pfadabhängigkeit sprechen kann, lässt sich freilich bezweifeln. Immerhin wird aber auch hier deutlich, dass die ökonomischen Rahmenbedingungen für die Bereitschaft und Fähigkeit zur Anpassung an eine neue Rechtslage eine zentrale Rolle spielen. Vor diesem Hintergrund lassen sich die Vollzugsprobleme im Recht des ÖPNV nicht allein auf individuelle Gesetzesverstöße zurückführen.

---

Daseinsvorsorge, 2004, S. 503 ff.; *Weiß*, ÖPNV-Kooperation im Wettbewerb, 1999, S. 127 ff.

25 Von diesen Umstellungs-Transaktionskosten zu unterscheiden sind die Transaktionskosten, welche die Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs selbst verursacht; wegen dieses Aufwands (rechtsökonomisch) für einen nur partiellen Ausschreibungswettbewerb nach Ermessen *Febling*, in: ders./Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 10 Rn. 9.

26 Grundlegend *Arthur*, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events, *The Economic Journal*, Vol. 99, No. 394 (Mar, 1989), S. 116 ff.; *Pierson*, Politics in Time – History, Institutions, and Social Analysis, 2004; überblicksartig *Beyer*, *Zeitschrift für Soziologie*, Bd. 34 (2005) Heft 1, 5 ff.

27 Im juristischen Schrifttum wird über den Rekurs oftmals weniger voraussetzungsvoll von Pfadabhängigkeit gesprochen, siehe etwa *Knauff*, *DÖV* 2017, 969 (969 ff.).

Meinem Eindruck nach hat sich die Praxis mittlerweile an die verengte Eigenwirtschaftlichkeitsdefinition in § 8 Abs. 3 PBefG weitgehend gewöhnt. Erhebliche Schwierigkeiten verursacht jedoch weiterhin die Anpassung der kommunalwirtschaftlichen Strukturen an die Restriktionen der Inhouse-Vergabe.<sup>28</sup>

### *III. Gemengelage juristischer, politischer und ökonomischer Rationalität*

Bei genauerem Hinsehen eröffnet der Rechtsrahmen selbst durchaus viele Möglichkeiten, politische Opportunität und ökonomische Effizienz zu integrieren. Es war sogar ein zentraler Bestandteil des politischen Kompromisses um die VO 1370/2007, die Gestaltungsspielräume für den ÖPNV in weitem Umfang zu erhalten. Die politischen Weichenstellungen sollen allerdings gegenüber dem früheren Rechtszustand transparenter und so mit dem Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs kompatibler gemacht werden.<sup>29</sup> Die Rechtsanwender stehen somit vor der Aufgabe, die juristischen Einfallstore für derartige außerrechtliche (politische und ökonomische) Bewertungen korrekt zu identifizieren und den Korridor ihrer Gestaltungsoptionen richtig zu vermessen.

Die ersten zentralen politischen Weichenstellungen erfolgen bei der Festlegung des Standards einer ausreichenden Verkehrsbedienung. Nach der Konzeption des Gesetzes (§ 8 Abs. 3 S. 2 PBefG) soll dies primär im Nahverkehrsplan geschehen.<sup>30</sup> Rechtlich besteht insoweit Ermessen, wie hoch der Versorgungsstandard angesetzt wird. Damit lässt sich zugleich indirekt steuern, inwieweit Verkehre ökonomisch eigenwirtschaftlich möglich bleiben.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund bildet der Nahverkehrsplan richtigerweise den »Einkaufszettel« für gemeinwirtschaftliche Verkehre.<sup>32</sup>

Allerdings bestehen gewisse (begrenzte) Spielräume auch noch bei der eventuellen Linienbündelung: Durch die Zusammenfassung ertragsstarker (für sich genommen eigenwirtschaftlich bedienbarer) und massiv defizitärer Linien, wie es nunmehr auch auf europäischer Ebene in Art. 2a VO

---

28 Dazu näher unten D. III.

29 *Fehling*, in: Kaufmann et al. (Fn. 9), Einleitung Rn. 80 ff. (übernommen von *Linke* in der 2. Aufl. 2019); speziell zur Entstehungsgeschichte von Art. 5 VO 1370/2007 *Linke/Prieß*, in: *Linke* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 16 ff.

30 *Winnes*, in: *Saxinger/Winnes* (Fn. 15), 2. EL Okt. 2013, § 8 Rn. 14; vgl. *Heinze*, in: *ders./Fehling/Fiedler* (Fn. 6), § 8 Rn. 46.

31 *Fehling*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler* (Fn. 6), § 8a Rn. 12.

32 *Fehling/Niehmus*, DÖV 2008, 662 (668).

1370/2007 propagiert wird – was allerdings nach § 8a Abs. 2 S. 4 PBefG nur zulässig ist, soweit ein hinreichender verkehrlicher Zusammenhang besteht<sup>33</sup> – kann einer Privatisierung der Gewinne und einer Sozialisierung der Kosten entgegengewirkt werden,<sup>34</sup> freilich um den Preis einer Zurückdrängung unternehmerischer Eigeninitiative. Unklar ist dabei, ob der vorrangige Art. 2a VO 1370/2007 nur die Zusammenfassung von Diensten ein- und desselben Betreibers erlaubt oder darüber hinaus auch kostendeckende und nicht kostendeckende Dienste über mehrere Betreiber hinweg zusammengefasst werden dürfen.<sup>35</sup>

Die politische und juristische Debatte am meisten geprägt hat schließlich die politische Grundentscheidung zwischen »Make or Buy«, also die Frage, ob der Aufgabenträger eine Verkehrsleistung mit einem eigenen Unternehmen selbst erbringen oder im Ausschreibungswettbewerb am Markt einkaufen will.<sup>36</sup>

Gerade bei der Festlegung des Standards einer ausreichenden Verkehrsbedienung ist die politische Entscheidung typischerweise eng mit ökonomisch-fiskalischen Überlegungen verknüpft, denn gemeinwirtschaftliche Verkehre kosten bekanntlich wegen der Notwendigkeit von Ausgleichszahlungen viel Geld. Auch dabei handelt es sich um rechtlich legitime Ermessenserwägungen,<sup>37</sup> welche mit anderen Gesichtspunkten abwägend in einen Ausgleich zu bringen sind. Ökonomische Aspekte, namentlich im Hinblick auf den Verfahrensaufwand (Transaktionskosten), dürfen auch bei der Frage Bedeutung gewinnen, ob ein Ausschreibungsverfahren gewählt<sup>38</sup> – Alternative ist nicht nur die Vergabe an einen internen Betreiber, sondern auch ein kleinerer Zuschnitt des zu vergebenden Linienbündels, um unter den Schwellenwerten (Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007) zu bleiben<sup>39</sup> – und wie es gegebenenfalls im Einzelnen ausgestaltet wird.

Und schließlich gehen politische und ökonomische Erwägungen bei der Frage Hand in Hand, wie die Zuschlagskriterien für das wirtschaftlichste

---

33 *Febling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8a Rn. 13 f.; *Winnes*, in: Saxinger/Winnes (Fn. 5), Dez. 2012, Art. 2 lit. a) VO 1370/2007 Rn. 6.

34 *Febling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8a Rn. 14.

35 *Zuck*, in: Ziekow/Völlink (Fn. 9), Art. 2a Rn. 13 ff.

36 Vgl. *Febling*, in: Kaufmann et al. (Fn. 9), Einleitung Rn. 84 (übernommen von *Linke* in der 2. Aufl. 2019); *Wittig*, in: Knauff (Hrsg.), Bestellung von Verkehrsleistungen im ÖPNV, 2018, S. 87 (87 ff.).

37 *Febling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8a Rn. 10; *Winnes*, in: Saxinger/Winnes (Fn. 18), 11. EL Juni 2016, § 8a Abs. 2 PBefG Rn. 19.

38 *Resch*, IR 2008, 271 (272); *Febling*, in: Kaufmann et al. (Fn. 9), Einl. Rn. 56 (übernommen von *Linke* in der 2. Aufl. 2019). Siehe auch schon Fn. 25.

39 Dazu *Germelmann*, in diesem Band S. 105 ff.

Angebot (§ 8b Abs. 4 S. 2 PBefG) konkret definiert werden. Die Aufgabenträger müssen (sollten) sich dabei nicht vorschnell allein auf den günstigsten Preis beschränken,<sup>40</sup> weil dies im Preiskampf falsche Anreize zur Missachtung von Tarifbindungen (vgl. Art. 4 Abs. 6 VO 1370/2007, regelmäßig zusammen mit Landesrecht) setzt.<sup>41</sup>

Im Umkehrschluss muss man sich deutlich machen: Bei der Befolgung der gesetzlichen zwingenden Verfahrensvorgaben (für ein Ausschreibungsverfahren, aber auch für die bei der Inhouse-Vergabe zu beachtenden Begründungs- und sonstigen Anforderungen) besteht keinerlei politischer oder ökonomischer Spielraum und ebenso wenig bei den Transparenzanforderungen (namentlich der Vorabbekanntgabe des Zuschlags) zwecks Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes. Wegen Art. 20 Abs. 3 GG unbedingt und starr zu beachten sind ferner die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 der VO für die Vergabe an einen internen Betreiber; erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht die Wahlmöglichkeit zwischen »Make or Buy«.<sup>42</sup>

### *C. Strategien zur Erleichterung eines gesetzeskonformen Vollzugs*

#### *I. Zielorientierte Auslegung und Handhabung*

Wenn, wie beim Recht des ÖPNV, der Gesetzeswortlaut und vielfach auch die systematischen Zusammenhänge aufgrund schlechter Gesetzgebungstechnik und nur mühsam überdeckter Formelkompromisse wenig aussagekräftig sind, so gewinnt die teleologische Auslegung eine noch höhere Bedeutung.<sup>43</sup> Die einschlägigen Vorschriften müssen deshalb in erster Linie an ihren Zielen und Zwecken orientiert interpretiert und gehandhabt werden. Richtigerweise verliert der Wortlaut seine begrenzende Funktion für die Auslegung nicht nur, wenn er (gänzlich) unklar ist, sondern zumindest teilweise auch schon dann, wenn die Gesetzesformulierung bei zu »begriffsjuristisch«-formalem Verständnis zu systematisch untragbaren Widersprüchen führen würde.

---

40 Zu den Möglichkeiten, die gerade bei funktionalen Ausschreibungen besonders groß sind, im Überblick *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8b Rn. 50 ff.; *Schröder*, in: Saxinger/Winnes (Fn. 17), 3. EL Dez. 2013, § 8b PBefG Rn. 47.

41 Zu Letzterem *Weber*, in diesem Band S. 45 (S. 56 ff.).

42 Dazu näher unten D. II.

43 Vgl. allgemein *Röhl/Röhl* (Fn. 2), § 76 V; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 725.

Wie schon die Erwägungsgründe zur VO 1370/2007 deutlich machen,<sup>44</sup> verfolgt der europäische Gesetzgeber im Wesentlichen drei übergeordnete Ziele: Erstens geht es ihm um qualitativ verbesserte und effizienter bereitgestellte Verkehrsdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wobei die Gewährleistungsverantwortung für die entsprechende Daseinsvorsorge bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Zweitens will er – wie in der Änderungs-VO 2016/2338 für den Schienenpersonennahverkehr noch einmal unterstrichen<sup>45</sup> – diskriminierungsfreien Wettbewerb etablieren, was zugleich die Beachtung des Beihilfenrechts erfordert. Drittens schließlich soll die politische Wahlfreiheit der Aufgabenträger zwischen eigener Leistungserbringung und Einkauf von Verkehrsdienstleistungen am Markt erhalten bleiben,<sup>46</sup> was richtigerweise schon in der primärrechtlich festgeschriebenen (Art. 345 AEUV) Neutralitätspflicht der Union bezüglich der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung angelegt ist.<sup>47</sup>

Effiziente Mobilitätsgewährleistung als Teil der Daseinsvorsorge bedingt, gleichsam auf nachgelagerter Ebene, wiederum zweierlei: Den wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Mitteln einerseits und die Stärkung des ÖPNV gegenüber dem Individualverkehr zugunsten des Umwelt- und Klimaschutzes andererseits (Art. 20a GG).<sup>48</sup> Das auch haushaltsrechtlich fundierte<sup>49</sup> Wirtschaftlichkeitsgebot setzt nicht nur der Ausweitung gemeinwirtschaftlicher Verkehre äußerste Grenzen und bildet (neben der Be-

---

44 Vgl. Erwägungsgründe (4), (5), (12), (20).

45 Dortiger Erwägungsgrund (20); hervorgehoben auch von *Linke*, NZBau 2017, 331 (336); vgl. schon zuvor *Febling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 8b Rn. 41.

46 Vgl. *Knauff* (Fn. 24), S. 501 ff.; rückblickend auch *Saxinger*, GewArch 2017, 463 (463 f.).

47 Zu Letzterem *Febling*, in: Kischel (Hrsg.), Instrumenten- und Akteursmix im Verwaltungsrecht, 2014, S. 77 (93 f., 102); *ders.*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), Vorb. III. Rn. 45; näher *Müller*, Die Sonderstellung öffentlicher Unternehmen gegenüber privaten Konkurrenten im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 141 ff. Die europäischen Gerichte haben allerdings Art. 345 AEUV in ständiger Rechtsprechung weitgehend »hinweginterpretiert«, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 13.05.2003 – C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 67 – Kommission/Spanien, was dessen zentrale Bedeutung im historischen wirtschaftspolitischen Kompromiss vernachlässigt.

48 *Febling*, DVBl. 2015, 464 ff.; zu Letzterem näher *ders.*, in: Fehling/Ruffert (Fn. 25), § 10 Rn. 15 ff.; *ders.*, ZUR 2020, 387 (389, 391).

49 Dazu allgemein im Überblick *Kube*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 66 Rn. 155 ff.

ruffreiheit<sup>50</sup>) ein Fundament des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre, sondern muss auch die Ausgestaltung eines Ausschreibungsverfahrens wesentlich prägen. Eine effiziente, Transaktionskosten für die ausschreibende öffentliche Hand wie für die Bewerber minimierende Verfahrensgestaltung bildet eine wichtige Ermessensleitlinie sowohl im allgemeinen Vergaberecht als auch im Sondervergaberecht der §§ 8a, 8b PBefG.<sup>51</sup>

Im Übrigen ist der Ausschreibungswettbewerb kein Selbstzweck, er hat vielmehr stets den übergeordneten Zielen effizienter Daseinsvorsorge und chancengleichen Wettbewerbs zu dienen. Die Aufgabe besteht eben nicht darin, einfach nur formale gesetzliche Vorgaben abzarbeiten. Es geht um eine Managementaufgabe zwecks optimierter Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken. Dazu gehören auch soziale Aspekte einschließlich des Arbeitnehmerschutzes bei den Verkehrsunternehmen.<sup>52</sup> Dies erfordert nicht zuletzt eine effektive Durchsetzung vorhandener (landesrechtlich erzwingener) Tarifbindungsklauseln. Daran scheint es in der Praxis teilweise zu mangeln,<sup>53</sup> mit negativen Folgen auch für die Chancengleichheit im Wettbewerb.

Andererseits müssen bei der Verfahrensgestaltung Transparenz und Nichtdiskriminierung extrem ernst genommen werden, weil sie für chancengleichen Wettbewerb essenziell sind. An diesen Leitlinien findet, wie schon im Zusammenhang mit den politischen und wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten betont, die Verfahrensflexibilität eine starre Grenze. Dies gilt nicht nur gemäß Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 (i.V.m. § 8a Abs. 4, § 8b PBefG) für die Ausgestaltung des wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens. Ebenso wichtig sind Transparenz und Nichtdiskriminierung bei der Erfüllung der Pflichten gemäß Art. 7 der Verordnung (ggf. i.V.m. § 8a Abs. 2 S. 2–5, Abs. 5 PBefG), welche auch bei der Beauftragung eines internen Betreibers zu beachten sind. Bei der Befolgung der Vorabinformationspflicht (§ 8b Abs. 7 PBefG i.V.m. §§ 134, 135 GWB) ist zwecks effektiven Rechtsschutzes ebenfalls peinliche Genauigkeit gefordert, dient diese doch besonders der Gewährleistung chancengleichen Wettbewerbs.

---

50 *Knauff*, in: ders. (Hrsg.), Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 2017, S. 9 (12 ff.); zur gewerberechtlichen Tradition im Öffentlichen Personennahverkehr *Fehling*, Die Verwaltung 34 (2001), 25 (31); übersteigernd *Heinze*, in: ders./Fehling/Fiedler (Fn. 6), Vorb. II. Rn. 13 ff.

51 *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 97 GWB Rn. 1 ff.

52 Hierzu näher *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler (Fn. 6), Vorb. III. Rn. 9.; *Fehling*, in: ders./Ruffert (Fn. 25), § 10 Rn. 30 f.

53 Dazu *Weber*, in diesem Band S. 45 (S. 56 f.).

Ähnliches gilt für die Berechnung des finanziellen Ausgleichs bei Vergabe an einen internen Betreiber nach den Vorgaben des Art. 6 i.V.m. dem Anhang der VO 1370/2007. Die effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts ist nicht nur Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb, sondern kann aus historisch genetischer Perspektive sogar als eigenständiges Regelungsziel gesehen werden.<sup>54</sup> Bei der Festlegung des finanziellen Ausgleichs außerhalb eines Ausschreibungsverfahrens handelt es sich nicht um eine politisch-ökonomische Managementaufgabe, sondern um streng juristischen Gesetzesvollzug.

Selbstredend ist auch die Abgrenzung eigenwirtschaftlichen zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren eine rein juristische Subsumtionsaufgabe mit höchster Bedeutung für die Gewährleistung chancengleichen Wettbewerbs. Die politisch-ökonomischen Fragen sind, davon klar getrennt, vorgelagert, wenn es nämlich beispielsweise darum geht, ob ein (kommunales oder privates) Verkehrsunternehmen ohne gesonderte Zuschüsse auskommen kann, wenn und weil der Ausgleich für besondere Tarife im Rahmen allgemeiner Vorschriften außerhalb eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags (vgl. Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007) ausreicht. Und schließlich belässt der Genehmigungswettbewerb bei eigenwirtschaftlichen Verkehren (§ 13 Abs. 2 PBefG) der Genehmigungsbehörde zwar gewisse politisch und ökonomisch ausfüllbare Beurteilungsspielräume,<sup>55</sup> doch führt dort auch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu einem Beurteilungsfehler und damit zur Rechtswidrigkeit der Genehmigungsentscheidung.<sup>56</sup>

## II. Selbstprogrammierung durch Planung

Aus anderen (Regulierungs-)Sektoren ist bekannt, dass eine Selbstprogrammierung der Verwaltung durch Konzepte (etwa im Energierecht<sup>57</sup>), Leitlinien (vor allem auf europäischer Ebene<sup>58</sup>) oder auch traditionellen

---

54 Vgl. *Febling*, in: Kaufmann et al. (Fn. 9), Einl. Rn. 80, 86 ff. (übernommen von *Linke* in der 2. Aufl. 2019); zur Entstehungsgeschichte *Schmitz*, in: Saxinger/Winnes (Fn. 15), 6. EL Dez. 2014, Art. 4 Abs. 1 VO 1370 Rn. 8 ff.; zur kontroversen Diskussion im allgemeinen Vergaberecht *Febling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 51), § 97 GWB Rn. 59.

55 BVerwGE 137, 199 Rn. 13 m.w.N.; *Saxinger*, in: ders./Winnes (Fn. 15), 4. EL Mai 2014, § 13 Abs. 2 PBefG Rn. 36 ff.

56 Vgl. *Heinze*, in: ders./Fehling/Fiedler (Fn. 6), § 13 Rn. 133.

57 Dazu *Britz*, RdE 2006, 1 (4).

58 Mit Bedeutung für den ÖPNV vor allem die Auslegungsleitlinien zur VO 1370/2007 (Fn. 18).