

Steine statt Brot: Der 10-Punkte Katalog aus Hessen zur Vorbereitung auf den Wettbewerb

Landauf - landab wird die Vorbereitung auf den Wettbewerb im ÖPNV heiß diskutiert. Bayern machte den Empfang mit sogenannten Vergabeempfehlungen. Kern war hierbei, in den Ausschreibungen möglichst genaue Vorgaben zu Standards zu machen, um Dumping zu verhindern. Auch sollten die Aufgabenträger die Anwendung von abgeschlossenen Tarifverträgen sicherstellen, wenngleich nicht die Anwendung eines konkreten Tarifvertrags vorgegeben werden soll. Unbeantwortet blieb im bayerischen Papier die Verpflichtung zur Ausschreibung. Die nächsten Versuche der Verwaltung, den unausweichlichen Wettbewerb zu steuern, mündeten in einem Papier des Bund/Länder-Fachausschusses Straßenpersonenverkehr. Neben relativ unverbindlichen Äußerungen zur Beachtung eines Nahverkehrsplans enthielt es drei Ansätze zur "Abfederung des Wettbewerbs":

- Zum einem sollten Finanzierungen im Rahmen von Verkehrsverbänden (v.a. Alteinnehmersicherungen) nicht zur Gemeinwirtschaftlichkeit und damit zur Ausschreibungspflicht führen, da sie angeblich nicht der EG-Verordnung Nr. 1191/69 unterliegen.
- Weiterhin sollen sogenannte "Luxusverkehre" nicht der Gemeinwirtschaftlichkeit unterliegen, da sie über eine "ausreichende" Bedienung hinausgehen.
- Schließlich sollte den Verkehrsunternehmen ein Wahlrecht auf die Reduktion auf einen "eigenwirtschaftlichen Kern" zugestanden werden.

Hervorzuheben ist schließlich eine im Entwurf vorliegende gemeinsame Empfehlung zu Ausschreibungen nach § 13a PBefG von Deutschem Städtetag, Deutschem Landkreistag, Verband Deutscher Verkehrsunternehmen und des Bundesverbands deutscher Omnibusunternehmer. Auch hier wird aber wiederum die Ausschreibungspflicht als solches weitgehend ausgespart, indem nur der Ablauf und die Anforderungen des Vergabeverfahrens in die Betrachtung einbezogen werden. Bemerkenswert ist hierbei allerdings das Ergebnis, dass das Vergaberecht auch inklusive Rechtsschutz anzuwenden ist (also VOL/A 2. Abschnitt) und dass Vorgaben zu Anwendung von Tarifverträgen unzulässig sind. Zutreffend wird erkannt, dass die Übernahme von Fahrzeugen und Personal nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen vorgeschrieben werden kann.

Neuerdings haben sich das Land Schleswig-Holstein und Hessen um eine konzertierte Aktion zum konsensualen Übergang in den Wettbewerb bemüht. Ergebnis ist hierzu nachstehendes 10-Punkte-Programm des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung einschließlich ergänzenden Erlass vom 22.12.1999. Ein ähnliches Papier ist für Schleswig-Holstein veröffentlicht worden. Diesen Papieren ist gemein, dass sie versuchen durch eine Abstimmung von behördlichen Weisungen an die Genehmigungsbehörden und "Gegenleistung von Verkehrsunternehmen" einen geordneten Übergang in den Wettbewerb zu erreichen. Vor diesem Hintergrund enthält das hessische Papier eine Reihe bemerkenswerter Ansätze, gleichwohl bleibt es hinter den Wünschen nach einem geordneten, politisch gesteuerten Wandel deutlich zurück.

POSITIV am hessischen 10-Punkte-Programm ist hervorzuheben:

1. Die eindeutige Bezeichnung gemeinwirtschaftlicher Zuschüsse im Rahmen von Angebots- und Tarifsubventionierung (Nr. 3) und die Beseitigung der Mär, dass Verträge allein deswegen, weil sie vor 1996 geschlossen wurden noch Bestandsschutz genießen (Nr. 5) würden.
2. Die Pflicht der Genehmigungsbehörden, von Amts wegen zu erfragen, ob und in welchen Umfange Zuschüsse der Aufgabenträger fließen (Nr. 7)
3. Die übergangsweise Anerkennung der freihändigen Vergabe (Auferlegung) als zulässiges Vergabeverfahren (Nr. 8), soweit hierdurch
 - bestehende Verträge zu Ende geführt werden (das kann nur der frühest mögliche Kündigungszeitpunkt sein),
 - der Aufgabenträger ein Stufenkonzept zum wettbewerblichen Vergabe vorlegt oder
 - die Genehmigung Gegenstand eines Bündelungskonzeptes des Aufgabenträgers ist
4. Die Begrenzung der Laufzeiten eigenwirtschaftlicher Genehmigungen, soweit öffentliche Interessen eine Befristung erfordern, z.B. wenn sie Gegenstand eines Bündelungskonzeptes sind (Nr. 9)

Insgesamt scheinen damit eine Reihe Anreize gesetzt zu sein, damit sich Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen zusammen setzen, um gemeinsam einen Fahrplan des wettbewerblichen Wandels zu vereinbaren. Gleichwohl erscheint diese Option nicht zwingend. Dazu enthält das Papier zu viele WIDERSPRÜCHE. Auch in diesem Papier werden neue Scheinlösungen aufgebaut, die mangelhafte oder auch falsch gerichtete Vorbereitung der Beteiligten auf den Wettbewerb bewirken könnten.

1. Grundsätzlich soll die Genehmigungsbehörde als Ausgangspunkt der Amtsermittlung des Status des Verkehrs von der Eigenwirtschaftlichkeit des beantragten Verkehrs ausgehen (Nr. 1). Dies erweckt – in offenem Widerspruch zur Auskunftspflicht nach Nr. 7 – den Eindruck, dass die Genehmigungsbehörde den Status des Verkehrs nicht amtsermitteln müsse. Eine derartige Auffassung freilich lässt sich rechtlich nicht fundieren und stünde im offenen Widerspruch zu allen bisher ergangenen Gerichtsurteilen (OVG Magdeburg, VG München und VG Freiburg). Das VG Freiburg hat so jüngst gefordert, dass die Genehmigungsbehörde von Amts wegen im Zweifel per Gutachten die Eigenwirtschaftlichkeit im EG-rechtskonformen Sinne zu ermitteln habe.
2. Neben den auch nur teilweise als diskriminierungsfrei zu bewertenden Zuschüssen für Auszubildende und Schwerbehinderte nennt das hessische Papier (Nr. 2) Zuschüsse für verbundbedingte Mehrkosten als "unschädlich für die Eigenwirtschaftlichkeit". Nach der bisherigen Rechtsprechung begegnet dies massiven Zweifeln, werden diese Zuschüsse nämlich nicht diskriminierungsfrei (d.h. nach objektiven Kriterien an JEDES Verkehrsunternehmen) sondern i.d.R. nach (dynamisierten) Alteinnahmen gewährt. Sie wirken daher als selektive Beihilfe und sind da sie nicht nach der EG-Verordnung Nr. 1191/69 nach der bisherigen Rechtsprechung unzulässig. Zudem verhindern sie den Marktzutritt für Newcomer, die in aller Regel keinen entsprechenden Anspruch geltend machen und diesen auch nicht kalkulieren können.
3. Gleiches gilt für den steuerlichen Querverbund (ebenfalls Nr. 2). Bei diesem liegt noch mehr auf der Hand, dass dieser diskriminierend gewährt wird, da ein Aufgabenträger diesen nur durch sein eigenes Unternehmen nutzt, ein fremdes (privates) Unternehmen nicht aber in dessen Genuss kommt¹. Gerade dieser Freibrief muss als Anstiftung zum Rechtsbruch gesehen werden.
4. Schließlich hilft auch die Prüffeststellung für Eigentümereinlagen kaum weiter. Zwar können diese bei entsprechende Rentabilität des Unternehmens zulässig sein, wenn der Einlage eine entsprechende, belegbare, langfristige Erwartung der verzinsten Rückzahlung gegenübersteht. Die Defizitabdeckung bei öffentlichen Unternehmen erfüllt diese Anforderung nicht, es handelt sich um nicht rückzahlbare Betriebskostenzuschüsse. Die Senkung der verlangten Preise durch Einlagen des Eigentümers wäre als Dumping zu qualifizieren. Daher können derartige Finanzierungen rechtskonform ausschließlich im Rahmen der Gemeinwirtschaftlichkeit (nach Ausschreibung oder Auferlegung) gewährt werden. Alles, was einen anderen Eindruck erwecken soll, bedeutet, Sand in die Augen streuen!
5. Die Übergangszeit, in der ein Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung möglich sein soll, ist nicht festgelegt (vgl. Nr. 10). Damit werden Anreize geschaffen, einen Übergang vorzutäuschen und alles beim alten zu belassen. Zudem fehlt es an der notwendigen Planungs- und Verfahrenssicherheit für die Unternehmen, um sich effektiv auf die neuen Rahmenbedingungen einzustellen. Statt dessen wird das in Nr. 8 skizzierte Übergangsmodell unnötig mit rechtlichen Risiken befrachtet.
6. Das Papier schweigt sich zu den GVFG-Förderungen für Busse, Betriebshöfe und unternehmenseigene Infrastruktur aus. Diese Förderung werden bisher an Unternehmen gewährt, ohne dass sie mit dem Wettbewerb abgestimmt sind. Da auf sie kein Rechtsanspruch besteht, liegt auf der Hand dass sie nicht diskriminierungsfrei gewährt werden und daher zur Gemeinwirtschaftlichkeit führen.
7. Unklar bleibt die Verwaltungspraxis hinsichtlich der sogenannten Geringste-Kosten-Verordnung zu § 13a PBefG. Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen benötigen dringend Klarheit darüber, wie sie in Vergabeverfahren und bei der Kalkulation von Angeboten mit den wettbewerbsverfälschenden Subventionen der Vergangenheit und mit der Finanzierung der noch nicht ausgeschriebenen Verkehre umgehen sollen.
8. Das 10 Punkte-Papier äußert sich nicht zum Begriff der ausreichenden Verkehrsbedienung, zur konkreten Vorgehensweise bei der Linienbündelung und dem Verbot der Rosinenpickerei durch Unternehmen und zur Verbindlichkeit der Nahverkehrspläne. Damit erscheint eine Strategie der Unternehmen, ihr Angebot auf eigenwirtschaftliche Bedienung abzuschmelzen nach wie vor möglich. Dies widerspricht der politisch propagierten ÖPNV-Offensive.
9. Der ergänzende Ausführungserlass bestimmt, dass Vergabeverfahren nach § 13a PBefG und Geringste-Kosten-Verordnung (GKV) nicht dem 4. Teil des GWB (§§ 97 ff. unterliegen). Damit wird den Aufgabenträgern als Vergabestellen reichlich Sand in die Augen gestreut, ordnet doch die GKV selbst die Anwendung der VOL/A an. Zwar ist nur dort der 1. Abschnitt benannt, jedoch konnte dies damals nur der 1. Abschnitt sein, da die VOL/A für Dienstleistungsaufträge noch nicht im 2. Abschnitt vorbereitet war. Auch bliebe unerklärt, wie die Verwaltung hier flugs eine Dienstleistungskonzession hineininterpretieren kann, wenn der Gesetz- und Ordnungsgeber wie selbstverständlich von einem öffentlichen Auftrag ausging. Das Ziel ist klar, es soll schlicht der effektive Rechtsschutz in Vergabestreitverfahren gemieden werden. Nur dürfte hier mehr Nebel als Klarheit versprüht worden sein. Es bleibt kaum anzunehmen, dass Vergabekammern und v.a. die Oberlandesgerichte ihre Zuständigkeit nur deswegen verneinen, weil die Ministerialbüro-

¹ Es wird wohl auch nicht in diesen "Genuss" kommen wollen, ist doch eine der Voraussetzungen, dass sich das Unternehmen in einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag mit einer kommunalen Holding begeben müsste.

kratie des ÖPNV der Meinung ist, ÖPNV unterfalle nicht dem Vergaberecht, wo gerade §13a zusammen mit der GKV die Anwendung des Vergaberechts vorschreibt! Ärgerlich ist die erweckte Illusion, dass die in jedem Fall unzulässige Diskriminierung von Wettbewerbern nicht sanktioniert werden könne. Dieser Aufruf zur behördlichen Willkür hat jedoch schon in §13a Abs. 2 PbefG seine Grenze. Demnach darf die Genehmigungsbehörde eine Genehmigung nur erteilen, wenn keine Diskriminierung vorliegt. Gegen die Entscheidung der (weisungsgebundenen) Genehmigungsbehörde steht dem benachteiligten Unternehmen selbstverständlich der Verwaltungsgerichtsweg offen.

10. Es fehlt schließlich der Hinweis darauf, dass auch im eigenwirtschaftlichen Verkehr voller Wettbewerb stattfindet. Das Bundesverwaltungsgericht hat jüngst betont², dass auch hier effektiver Wettbewerb möglich sein muss. So konzentriere sich der Besitzstandsschutz auf die Vorzugstellung bei gleich gutem Angebot. Ansonsten erhält das bessere Angebot die Genehmigung. Gerade hier droht doch die Verdrängungskonkurrenz durch kapitalkräftige Global-Player!

Insgesamt ist daher höchst fraglich, ob der hessische Weg von Erfolg gekrönt sein wird. Zu sehr scheinen immer noch Strategien des "rettenden Ufers der Eigenwirtschaftlichkeit" im Vordergrund zu stehen. Konkret heißt das, dass die Unternehmen ihre bisherigen Finanzierung wie Verbundförderung, Querverbund oder Eigentümereinlagen, sowie die diskriminierende Fahrzeug- und Betriebshofförderung verteidigen. Soweit diese nicht ausreichen, besteht Anlass zur Befürchtung, dass das Angebot auf den "eigenwirtschaftlichen Kern" zusammengestrichen wird. In diesen Szenario würden nur zögerlich Linien als gemeinwirtschaftlich freigegeben.

Erst in zweiter Linie erscheint es wahrscheinlich, dass sich die Unternehmen zusammen mit den Aufgabenträger zu einem konsensualen Übergang verständigen, und hierbei Übergangskonzepte eines zeitlich gestuften Ausschreibungswettbewerbs mit adäquaten Linienbündeln verständigen. Doch gerade dies täte Not. Geht es hier doch um folgende Fragen:

- a) In welchen Intervallen verträgt das vorhandene Unternehmen die wettbewerblichen Schritte der Vergabe "seiner" Leistungen?
- b) Welche Zuschnitte benötigen die Teilnetze, um wettbewerblich sinnvolle Lose zu erhalten? Hierbei ist das Interesse von größeren Unternehmen und Aufgabenträgern nach möglichst großen Losen zwecks möglichst hoher unternehmerischer Selbständigkeit und Innovation mit dem Interesse nach möglichst kleinen Losen, Beteiligung mittelständischer Unternehmen und damit möglichst hoher Bieterzahl abzuwägen. Wie erfolgt der optimale Loszuschnitt, um Zubringerwerte und Hauptlinien optimal miteinander abzugleichen? Wo muss die Zuständigkeit für das Marketing liegen, welcher Beteiligter trägt welchen Anteil der wirtschaftlichen Risiken?
- c) Wie kann ein hoher Standard bei Ausschreibungen sichergestellt werden, ohne dass hiermit die unternehmerische Kreativität unnötig eingeengt wird?
- d) Wie kann die unternehmerische Kreativität erhalten bleiben, ohne dass die Integration von Verkehrsangeboten in Verbundräumen gefährdet wird?
- e) Wie kann nach der Vergabe eine möglichst hohe Kundenorientierung sichergestellt werden? Wie werden hier die richtigen ökonomischen Anreize gesetzt? Wie hält sich der Überwachungsaufwand in Grenzen?
- f) Wie kann die bisherige institutionelle Förderung von Bussen und Werkstätten auf eine wettbewerbsneutrale Basis umgestellt werden? Wie kann erreicht werden, dass sich Bund und Länder bei einer Veränderung der Finanzierungsinstrumente weiterhin in gleichem Umfang an der Finanzierung des ÖPNV beteiligen?
- g) Wie können den Interesse der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz erhalten durch Personalübernahme und an angemessenen Sozialstandards z.B. durch einen einheitlichen Branchentarifvertrag entsprochen werden? Wie kann Qualifikation der Personals durch entsprechende Standards gefördert werden? Wie können die Besteller durch geeignete Anforderungen an Qualität und Kundenorientierung im Vergabeverfahren angemessene Entlohnung sicherstellen? Wie kann erreicht werden, dass Produktivitätsgewinne im ÖPNV im Zuge des Wettbewerbs nicht einseitig durch Entlassungen und Lohnsenkungen erreicht werden? Wie kann erreicht werden, dass diese Produktivitätsgewinne im System ÖPNV verbleiben und somit dazu verhelfen, das Beschäftigungsniveau in der Branche zu sichern?

Fragen über Fragen, für die es im Jahr 5 der Regionalisierung immer noch viel zu wenig Antworten gibt. Noch immer scheint die Szene von der Frage, "wann kommt der Wettbewerb, wie kommt er, trifft er mich überhaupt und wie wehre ich mich dagegen?" geprägt zu sein. Die Ahnung mancher Insider, die neuen Gesetze seien bewusst deswegen so unklar gefasst worden, damit genug Zeit zum Übergang gewonnen werde, scheinen eine ganz dramatische Wahrheit zu bekommen. Zeit war und wird durch Rechtstreitigkeiten gewonnen. Nur gewähren diese letztlich gerade eben keine Zeit, da Urteile viel härter und viel unabgefedelter wirken als ein gemeinsam beschrittener Übergang.

²

Vgl. hierzu Baumeister/Berschin, DER LANDKREIS 12/1999, S. 629, 630.

Es fehlt noch immer an der Bereitschaft, konstruktiv mit den sich ergebenden Herausforderungen umzugehen. Ein wirklicher Weg in Wahrheit tut einmal mehr Not. Dabei werden nicht alle Fragen im Konsens bewältigt werden können. Der aktuell harte Wandel im Energiemarkt zeigt jedoch klar, dass mit Verschieben, Vertrösten und Verharmlosen wenig gewonnen ist. Am Ende kommt es härter, als man denkt.

Felix Berschin, Heidelberg