

Ein brisantes Urteil

Erste Gerichtsentscheidung zum Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit und zur Einführung des Wettbewerbs im ÖPNV

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichtes des Landes Sachsen-Anhalt vom 7. April 1998 (Az.: A 1/ 4 S 221/97) könnte richtungweisend für die Finanzierung des ÖPNV und die Handhabung der Konzessionserteilung nach den §§ 13, 13a PBefG in Deutschland werden. Das Gericht hat die Revision beim Bundesverwaltungsgericht nicht zugelassen, allerdings haben die Prozeßparteien eine sog. Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Hierüber muß das Bundesverwaltungsgericht noch entscheiden.

*** *Tatbestand des Magdeburger Urteils***

Gegenstand des Urteils ist eine Konkurrentenklage. Geklagt hat ein kommunales Regie-Verkehrsunternehmen (Klägerin) gegen die zuständige Genehmigungsbehörde (Beklagter). Das klagende Unternehmen besitzt keine eigenen Busse, sondern setzt ausschließlich Subunternehmen ein. Angegriffen wird die Erteilung von Linienkonzessionen nach § 13 PBefG an einen privatisierten Konkurrenten (Beigeladene), zusätzlich fordert die Klägerin die Erteilung dieser Konzessionen an sich selbst. Gegenstand der Konzessionen sind Buslinien im ländlichen Raum, die durch den Landkreis St. über Zahlungen an das private Unternehmen (Verlustübernahmen) bezuschußt werden. Das Oberverwaltungsgericht in Magdeburg hat der Anfechtungsklage stattgegeben und die Genehmigungsbescheide aufgehoben. Der Verpflichtungsantrag auf Erteilung der Konzessionen an die Klägerin wird hingegen als unbegründet zurückgewiesen.

*** *Was sagen die Richter?***

1. Zur Zulässigkeit der Konkurrentenklage

Zunächst wird der Klägerin vom Gericht die Klageberechtigung zuerkannt, weil sie durch den nicht durchgeführten Wettbewerb in ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit durch die unzulässige Konzessionsverlängerung nach § 13 PBefG verletzt wird:

“Die Klägerin ist auch in eigenen Rechten verletzt. Führt sie den geplanten Verkehr eigenwirtschaftlich durch, ergab sich ihr Zulassungsanspruch aus § 13 Abs.1 PBefG i.V.m. Art.12 Abs.1 GG. Erfüllt sie das Merkmal der Gemeinwirtschaftlichkeit, ist sie um die Chance gebracht worden, mit der Beigeladenen in Wettbewerb zu treten“, da “die Erteilung von Liniengenehmigungen an einen Konkurrenten grundsätzlich mit dem Ausschluß der anderen Bewerber verbunden ist.”

2. Die europarechtlichen Vorgaben zur Finanzierung im ÖPNV

Die Anfechtung der Konzessionen ist nach Ansicht des Gerichts auch begründet, weil die notwendige finanzielle Leistungsfähigkeit der Beigeladenen (Altunternehmen) i.S.d. § 13 Abs.1 Nr.1 PBefG nicht (mehr) gegeben sei. Zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung stand bereits fest, "daß eine Bezuschussung der Beigeladenen durch den Landkreis St. mit Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar und in der bisherigen Form nicht mehr zulässig ist".

Eine rechtmäßige Finanzierung sei nur noch im Rahmen der VO (EWG) 1191/69 in der Fassung von 1991 (F 91) möglich. Wettbewerbsverfälschende und daher unzulässige Beihilfen i.S.d. Art. 92 EGV seien gegeben, wenn diese nicht wie gesetzliche Erstattungsansprüche allen in gleicher Weise zugänglich seien. Zuschüsse und Subventionen der öffentlichen Hand seien nur dann zulässig, "wenn sie auf der Auferlegung oder Vereinbarung eines Verkehrsdienstes zur Sicherung einer ausreichenden Verkehrsbedienung beruhen". Da dies bei den streitigen Linien nicht geschehen sei, dürfe der Aufgabenträger die Beigeladene in der bisherigen Weise "seit dem 1. Januar 1996 nicht mehr finanziell unterstützen." Die Begründung für das strenge Beihilfeverbot im ÖPNV außerhalb des engen EG-rechtlichen Rahmens wird unter Hinweis auf die juristische Fachliteratur geführt.¹

3. Der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit nach deutschem Recht im Lichte des Europarechts

Im Hinblick auf die Frage der Eigenwirtschaftlichkeit im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG stellt das Gericht klar, daß durch sonstige Erträge im handelsrechtliche Sinne von der öffentlichen Hand die Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehrsangeboten nicht erreicht werden kann:

"Die Verlustübernahmen des Landkreises St. stellen die Eigenwirtschaftlichkeit der Beigeladenen nicht her. Dabei kann offenbleiben, ob die geleisteten Zuwendungen nach dem innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland sonstige Erträge im handelsrechtliche Sinne sind."² Der Begriff sei aufgrund des Gemeinschaftsrechts einschränkend dahingehend zu interpretieren, daß "er keine gemeinschaftsrechtlich unzulässigen Beihilfen erfaßt".

Eigenwirtschaftlich durch derartige sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne kann auch die Klägerin als öffentliches Unternehmen im Eigentum des Landkreises St. (Aufgabenträger) nicht werden:

"Der von der Klägerin beabsichtigte Verkehr ist trotz der Deckungszusage ihrer Gesellschafter in § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages (...) gemeinwirtschaftlich. Ihre Subventionierung durch den Landkreis St. ist seit dem 1. Januar 1996 ebenso wie die Subventionierung anderer Unternehmer nur zu-

¹ Berschin, Europäisches Recht der Finanzierung im ÖPNV bringt Wettbewerb um die Subventionen, in: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), 1997, Seite 5; Zuck, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit. Rechtsfragen der Neuordnung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) durch die PBefG-Novelle '96, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV), 1994, Seite 945.

² Damit erübrigt sich nach Ansicht des Gerichts der lebhafte Streit um die Eigenwirtschaftlichkeitsfiktion nach § 8 Abs. 4 PBefG; vgl. hierzu Batzill/Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld von Bahnstrukturreform, PBefG-Novelle, ÖPNV-Recht der Länder und EG-Recht, 1997, S. 15 ff. und Seite 58 ff., Werner, Nach der Regionalisierung - Der Nahverkehr im Wettbewerb, 1998,

lässig, wenn sie entsprechend den Bestimmungen der VO (EWG) 1191/69 F 91 erfolgt. Ziel dieser Verordnung ist es, auch im ÖPNV Wettbewerb herzustellen. Diesem Wettbewerb müssen sich Unternehmen in der Hand von öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften ebenso aussetzen wie Unternehmen Privater.“

4. Verkehrsleistungen entweder Ausschreiben oder Auferlegen!

Entsprechend lehnt der Senat das Verpflichtungsbegehren der Klägerin ab, da keine Ausschreibung der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung erfolgt sei:

“Der Antrag der Klägerin auf Erteilung der durch die erfolgreiche Anfechtung freigewordenen Genehmigungen an die eigene Person beurteilt sich nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Da sich auch das Begehren der Klägerin an § 13a PBefG messen lassen muß und dessen Voraussetzungen ohne die vorherige Durchführung eines gesonderten Vergabeverfahrens, an dem der Beklagte nicht beteiligt ist nicht erfüllt sind, bleibt die Verpflichtungsklage ohne Erfolg.“

Das Unternehmen kann also keine eigenwirtschaftliche Konzession erlangen, soweit die öffentliche Hand den Verkehr finanziert. Dann erfülle das Unternehmen das Merkmal der Gemeinwirtschaftlichkeit. Die erforderliche finanzielle Leistungsfähigkeit für die Laufzeit der Konzession kann das Unternehmen nur bei einer Konzession nach § 13a PBefG erlangen.

Das Urteil führt aus: “Die Genehmigungsfähigkeit eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs setzt dessen vertragliche Vergabe oder eine Auferlegung voraus. Der Unternehmer hat dann gemäß § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG n.F. i.V.m. den einschlägigen Regelungen der VO (EWG) 1191/69 F91 den Rechtsanspruch auf Ausgleich der Kostenunterdeckung, der erforderlich ist, um die auch von § 13a PBefG in Abs. 1 Satz 2 geforderte finanzielle Leistungsfähigkeit herzustellen.“

*** *Fazit der Gerichtsentscheidung***

- Die Vergabe von Zuschüssen (Beihilfen) der öffentlichen Hand im ÖPNV hat seit dem 1. Januar 1996 nach den rechtlichen Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft zu erfolgen.
- Das Europarecht gibt den kommunalen Aufgabenträgern im ÖPNV die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarung mit Verkehrsunternehmen nach vorher durchgeführter Ausschreibung (gemäß VOL/A) oder durch Auferlegung (hoheitliche Anordnung) eine rechtmäßige Bezuschussung des ÖPNV herbeizuführen. Hierbei ist ergänzend die Verordnung zu § 13a PBefG (Geringste-Kostenverordnung) heranzuziehen.
- Öffentliche Zuschüsse - mit Ausnahme der gesetzlichen Erstattungsansprüche (z.B. § 45 a PBefG, § 62 SchwbG) - können nicht als sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn die Eigenwirtschaftlichkeit von Unternehmen gemäß § 8 Abs. 4 PBefG herstellen. Dies gilt auch für

pauschale Verlustübernahmen bei Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand über Gesellschaftereinlagen.

- Die Genehmigungsbehörden müssen Anträge auf eigenwirtschaftliche Linienerkehrskonzessionen nach § 13 PBefG von Amts wegen unter dem Aspekt der finanziellen Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmers prüfen. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn der Verkehr durch Zuschüsse der öffentlichen Hand finanziert wird. Für solche gemeinwirtschaftlichen Verkehre kommt nur eine Konzessionserteilung nach § 13 a PBefG in Betracht.
- Sollte trotzdem für gemeinwirtschaftliche Verkehre eine Konzession nach § 13 PBefG erteilt werden, kann diese erfolgreich durch Konkurrenten vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden. Besitzstandsschutz nach § 13 Abs. 3 PBefG kann ein Altunternehmer in diesem Fall nicht geltend machen.

*** Es bleiben aber noch Fragen offen**

Nicht Stellung genommen hat das Gericht zu der sehr umstrittenen Frage, ob das Unternehmen ein Wahlrecht habe, sich einen eigenwirtschaftlichen Kern (bestimmte Fahrten) auszusuchen, oder ob bereits die teilweise nicht EG-rechtskonforme Finanzierung die gesamte Linie gemeinwirtschaftlich werden läßt. In der Entscheidung spricht das Gericht nur davon, daß "der von der Klägerin" ebenso wie "der von der Beigeladenen beabsichtigte Verkehr gemeinwirtschaftlich" sei. Der Erteilung der Genehmigung nach § 13a PBefG hat dann das vom Aufgabenträger zu betreibende Ausschreibungs- oder Auferlegungsverfahren voranzugehen.

Offen läßt das Urteil auch die Frage nach der genauen Abgrenzung der für jedermann frei zugänglichen Zuschüsse und damit nicht EG-rechtswidrige Beihilfen. Hierbei dürfte insbesondere die bisherige Förderung von Bussen und Betriebshöfen nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) zu hinterfragen sein.

*** Die Politik muß endlich handeln!**

Angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Beihilfebegriff ist zu erwarten, daß das Bundesverwaltungsgericht die Auffassungen des Oberverwaltungsgerichtes des Landes Sachsen-Anhalt bestätigen wird, sofern eine Revision überhaupt zugelassen wird.

Die Politik ist jetzt auf allen Ebenen gefordert, Konzepte zu entwickeln, wie sich die deutschen Verkehrsunternehmen dem europäischen Wettbewerb offensiv stellen können. Das gilt umso mehr, weil die EG im Rahmen einer weiteren Liberalisierungsoffensive zur Öffnung der Nahverkehrsmärkte plant, daß sogar eigenwirtschaftliche (sog. marktinitiierte) Verkehre in transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren vergeben werden sollen. Es kommt deshalb darauf an, den Prozeß in ökonomisch sinnvolle, verkehrspolitisch gewünschte und auch sozial verträgliche Bahnen zu lenken. Es besteht ansonsten die Gefahr, daß es zu unkontrollierten Umbrüchen auf dem einheimischen Verkehrsmarkt

kommen wird. Ausländische Verkehrskonzerne mit hoher ökonomischer Potenz sind dabei, durch Unternehmenskäufe Fuß auf dem deutschen Verkehrsmarkt zu fassen. Es ist durchaus ein Szenario denkbar, daß schon bald erhebliche Konzentrationsprozesse im Nahverkehrsmarkt einsetzen. Wie das schwedische Beispiel lehrt, dürften es dann klein- und mittelständische, aber auch öffentliche Verkehrsunternehmen schwer haben, sich gegen diese Konkurrenz zu behaupten.

Die Verkehrsunternehmen könnten zunehmend in eine schwierige Situation geraten, wenn sich künftig Konkurrenten in den Wettbewerb wie im vorliegenden Fall einklagen. Das Gebot der Stunde ist deshalb, den kontrollierten Übergang in den Wettbewerb zu organisieren. Eine sinnvolle Lösungsmöglichkeit stellen Auferlegungskonzepte dar: Es ist rechtlich für einen Übergangszeitraum bis zur Einführung des Wettbewerbs zulässig, daß die kommunalen Aufgabenträger den Verkehrsunternehmen die Erbringung der Verkehrsdienstleistung ohne Ausschreibung im Wettbewerb hoheitlich auferlegen (durch Verwaltungsakt oder Vertrag) und hierfür den Defizit ausgleich übernehmen. Die Verkehrsunternehmen können während des Übergangszeitraumes die Chance nutzen, ihre Wettbewerbsfähigkeit durch beispielsweise Kooperationen und weitere Effizienzsteigerungen zu verbessern. Die Politik muß die Zeit dafür einsetzen, in Kreisen und Verbundräumen effektive Regieorganisationen aufzubauen, die den Ausschreibungswettbewerb so steuern, daß kleine und mittlere private, aber auch leistungsfähige kommunale Verkehrsunternehmen nicht vom Markt verdrängt werden (z.B. durch die zeitlich gestaffelte Ausschreibung von kleinen Losen). Im übrigen kann nur so langfristig gewährleistet werden, daß die Verkehrskunden von einem qualitativ hochwertigen und preisgünstigen ÖPNV profitieren. Ein von wenigen Großunternehmen beherrschter Verkehrsmarkt würde vermutlich die positiven Effekte eines Wettbewerbes weitgehend zunichte machen.

Rechtsanwalt Dr. Hubertus Baumeister, Bremen

Felix Berschin, URS Nahverkehrsberatung, Heidelberg

<p><u>Anmerkung der Redaktion:</u> In der nächsten Ausgabe stellen die Autoren Auferlegungskonzepte vor, die schrittweise einen dosierten Übergang in den Wettbewerb skizzieren.</p>
--