

Die *Auferlegung*: Ein Instrument der kommunalen Aufgabenträger im ÖPNV zur rechtmäßigen Finanzierung einer ausreichenden Verkehrsbedienung

Gemäß den rechtlichen Vorgaben der EU und des deutschen Rechts müssen alle Zahlungen der öffentlichen Hand für den ÖPNV, die als wettbewerbsverfälschende Beihilfe wirken können, in EU-rechtskonformer Weise umgestaltet werden. Neben der Vergabe im Wettbewerb (**Ausschreibung** von Linien nach VOL/A und § 13a PBefG i.V.m. der sog. Geringsten-Kosten-Verordnung [GKVO]) ist hierzu auch die **Auferlegung** ein rechtlich gangbarer Weg, insbesondere wenn es um die Gestaltung der Übergangszeit zur zukünftigen wettbewerblichen Vergabe durch Ausschreibungen nach VOL/A geht. Denn unbestritten benötigen sowohl Aufgabenträger als auch Verkehrsunternehmen Zeit, sich auf die neuen Spielregeln vorzubereiten. Allerdings zeigt das Urteil des OVG Magdeburg vom 07.04.1998 (Az.: A 1/ 4 S 221/97), daß Handlungsbedarf für die kommunalen Aufgabenträger besteht, ihre bisherige Finanzierung im straßengebundenen ÖPNV an die geltende Rechtslage anzupassen. Aufgrund eines kürzlich fertiggestellten Forschungsberichtes für die EG-Kommission ist im übrigen nicht zu erwarten, daß die Kommission künftig das Instrument der Auferlegung in Hinblick auf die Novellierung der VO (EWG) 1191/69 n.F. streichen wird.

1. Welche Zuschußzahlungen können und müssen auferlegt werden?

Das OVG Magdeburg hat überzeugend dargelegt, daß alle Zahlungen der öffentlichen Hand zur Aufrechterhaltung der Verkehrsbedienung, die sich als wettbewerbsverfälschende Beihilfe auswirken können, der VO (EWG) 1191/69 i..d.F. 1893/91 unterfallen, Gegenstand von Verkehrsverträgen (Vergabe im Wettbewerb) oder von Auferlegungen sein müssen. Solche wettbewerbsverfälschende Beihilfen sind:

- (a) Verlustabdeckungen durch allgemeine Zuschüsse bzw. Gesellschaftereinlagen für kommunale Verkehrsunternehmen (incl. der Verwendung von Querverbundsgewinnen)

(b) Zuschußzahlungen für Fahrten oder Linien

(c) Zuschußzahlungen für besondere Tarife, es sei denn die Tarifiermäßigung ist gesetzlich vorgeschrieben und es gibt hierfür für jeden Unternehmer einen Ausgleichsanspruch (z.B. § 45 a PBefG-Mittel)

(d) Zahlungen für Einnahmesicherungen

(e) Zahlungen für Kooperations- und Marketingaufwendungen

Weiterhin können auch allgemeine Subventionen für Busse, Betriebshöfe und auch Infrastrukturanlagen wettbewerbsverfälschend wirken, sofern diese nicht jedem Unternehmen gleichmäßig zugute kommt.

2. Gedanke der Auferlegung

Europäischer Gedanke einer Auferlegung ist eine hoheitliche Indienstnahme von Verkehrsunternehmen für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen (Verkehrsdienste), die sie aus eigenem Antrieb mangels Gewinnerwartung nicht erbringen würden (subventions- oder besser beihilfebedürftige Verkehre zur ausreichenden Verkehrsbedienung). Für diese Verkehre dürfen zuständige Behörden der Mitgliedstaaten spezifische Abgeltungen bezahlen, die sich auch als Beihilfe des Verkehrsmarktes für den ÖPNV (nicht der einzelne Verkehrsunternehmer steht hier in erster Linie im Blickpunkt der Beihilfeproblematik) auswirken können. Voraussetzung dieser Freistellung der Beihilfen vom üblichen Beihilferegime der EU ist, daß diese Beihilfen zur Bereitstellung einer adäquaten Verkehrsbedienung im öffentlichen Interesse verwendet werden, also nicht z.B. zur Umstrukturierung eines Verkehrsunternehmens.

3. Die Auferlegung im Personenbeförderungsgesetz (PBefG)

Eine Auferlegung mit Ausgleichszahlung für das betroffene Verkehrsunternehmen ist möglich bei im öffentlichen Interesse notwendigen Tarifen (§ 39 II 2 PBefG) oder Fahrplanangeboten (§ 40 III PBefG). Gleiches gilt bei einer nicht genehmigten Ent-

bindung von der Betriebspflicht (§ 21 IV 2 PBefG). Dies ergibt sich aufgrund der Verweisung dieser Bestimmungen auf die Vorschrift § 8 IV PBefG, die wiederum auf das Europäische Recht verweist, die bindende Aussagen über die Auferlegung trifft. Die europarechtlichen Vorschriften für die Auferlegung finden sich in den Artikeln 3 bis 13 der VO (EWG) 1191/69 n.F., sie sind unmittelbar geltendes Recht in allen EU-Mitgliedstaaten.

4. Rechtfertigung einer Auferlegung

Voraussetzung einer Auferlegung ist ihre Rechtfertigung gegenüber einem im Wettbewerb (Ausschreibung) zu vergebenden Verkehrsvertrag, da seit Neufassung der VO (EWG) 1191/69 durch die VO (EWG) 1893/91 und insbesondere durch die Vorschriften der nationalen GKVO (s.o.) die Auferlegung nachrangig zu einem Vertrag ist. Folgende Fällen von rechtlich erlaubten Auferlegungen für eine Übergangszeit können unterschieden werden:

- (a) Es handelt sich um eine unbedeutende Finanzierung im Rahmen einer laufenden Konzession; ein Vergabeverfahren ist in diesen Fällen grundsätzlich nicht möglich.
- (b) Es kommen unerwartete Anforderungen, die nur mit dem vorhandenen Unternehmen erfüllt werden können.
- (c) Ein einzustellender Verkehr soll noch vorübergehend weiterbetrieben werden, um sich auf eine Neuordnung einzustellen.
- (d) Eine Vergabe läßt keinen Marktpreis erwarten (Monopolsituation).
- (e) Der Aufgabenträger verfügt nicht über die notwendigen Kenntnisse für eine wettbewerblichen Vergabe.
- (f) Die Laufzeiten der Konzessionen stehen noch zufällig zueinander, so daß sich hieraus keine sinnvollen Netze für eine Ausschreibung bilden lassen.

Insbesondere (a) und (f) rechtfertigen derzeit in vielen Situationen eine (vorübergehende) Auferlegung. Auch dürfte die schrittweise Überführung in den Ausschreibungswettbewerb insgesamt eine Auferlegung begründen.

5. Wer muß die Auferlegung vornehmen?

Die Auferlegung ist von der zuständigen Behörde vorzunehmen. Diese ist i.d.R. der Aufgabenträger, also allgemein Landkreis oder kreisfreie Stadt. Bei laufenden Genehmigungen nach § 13 PBefG ist diese hierbei durch die Genehmigungsbehörde nachzuvollziehen. Das PBefG ist allerdings in diesem Punkt nicht sehr klar, wie dies rechtstechnisch zu geschehen hat. Dieses Problem ist deshalb mit der jeweiligen Genehmigungsbehörde abzustimmen.

Bei neu zu erteilenden Genehmigungen für gemeinwirtschaftliche Verkehre nach § 13 a PBefG hat hingegen die Genehmigungsbehörde nur zu überprüfen, ob die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ eingehalten wurden.

6. Vertrag oder Verwaltungsakt?

Die Auferlegung hat eine hoheitliche Indienstnahme des Verkehrsunternehmens zur Folge. Allerdings ist statt eines Verwaltungsaktes auch ein Verwaltungsvertrag möglich. Da es sich bei einer Auferlegung nicht um eine einseitige Auftraggeber - Auftragnehmer Situation handelt, sondern auch der Aufgabenträger auf betriebliche Informationen angewiesen ist, empfiehlt sich regelmäßig, einen Verwaltungsvertrag abzuschließen. Ein solcher „unechter Verkehrsvertrag“ (subordinationsrechtlicher Vertrag) kann hierbei auch als eine gute Grundlage für einen späteren „echten Verkehrsvertrag“ (koordinationsrechtlicher Vertrag) ergeben. Hierdurch erlangen die Unternehmen wichtige Erfahrungen, da sie die Spielregeln eines wettbewerblichen Verkehrsvertrags (also nach Ausschreibung) bereits vorab erproben können.

7. Inhalt des Leistungsangebotes im Rahmen der Auferlegung

Gegenstand einer Auferlegung ist i.d.R. das sicherzustellende Leistungsangebot. Neben Fahrplan und Tarif kann und sollte auch die notwendige Qualität vorgegeben/vereinbart werden, sofern diese zur ausreichenden Bedienung der Bevölkerung

mit einer Verkehrsleistung im ÖPNV notwendig ist. Hierbei ist selbstverständlich der Nahverkehrsplan heranzuziehen. Weiterhin kann auch die Vorhaltung derzeit nicht benötigter Betriebsanlagen vorgeben werden. Soll nur ein bestimmter Tarif vorgegeben/vereinbart werden, so ist auch dies möglich. Allerdings beschränkt sich der Ausgleich auf die Einnahmeverluste aufgrund des geringeren Tarifs. Hierbei sind Nachfrageelastizitäten aufgrund des Tarifs mitzubersichtigen. Daher wird regelmäßig ein Tarifausgleich nicht ausreichen können.

8. Höhe der Ausgleichszahlungen

Der Ausgleich ist als Unterschied zwischen den Kosten und Erlösen des auferlegten Verkehrs zu ermitteln. Die Erlöse ergeben sich hierbei aus den in der Linie erzielten Erlösen. Die Kosten sind nach Art. 12 VO (EWG) 1191/69 i.d.F. 1893/91 aus einer zweckdienlichen Geschäftsführung unter Beachtung der Lieferung von Leistungen mit angemessener Qualität zu ermitteln. Aus dem Verweis von § 1 III 1 GKVO auf die VO PR 30/53 (Preisprüfung öffentlicher Aufträge) ergibt sich, daß die Kosten den Marktpreis vergleichbarer Leistungen nicht übersteigen darf. Daher sind die anzusetzenden Kosten mit Preisen, die im Wettbewerb üblich sind (bzw. sonst marktgängig auf sind), in Einklang zu bringen. Ein Rückgriff auf betriebsindividuelle (Selbst-) Kosten ist nur möglich, wenn für die Leistung kein Markt besteht. Der Marktpreis bei Busverkehrsleistungen ist zu begründen. Die Ausgleichszahlung ist jährlich im voraus festzulegen und aufgrund definierter Parameter (z.B. tatsächlich erbrachter Leistung) anzupassen.

9. Anrechnung von Ausgleichszahlungen durch Dritte

Aufgrund des vollständigen Kosten/Erlösausgleichs sind Ausgleichszahlungen von Dritten (z.B. Abgeltungen nach § 45a PBefG, § 62 SchwbG, Fahrzeugförderung nach GVFG etc.) vollständig miteinzubeziehen. Gleiches gilt für zusätzlich akquirierte Erlöse im Rahmen des auferlegten/vereinbarten Verkehrs. Nicht einzubeziehen sind hingegen Erlöse, die nicht im Zusammenhang mit der auferlegten/vereinbarten Verkehrsleistung stehen, z.B. Erlöse aus Mietfahrten.

10. Tarifverbünde

Die Vorgabe der Anwendung von Gemeinschaftstarif und ggf. Betritt zu einem Einnahmeaufteilungssystem ist im Rahmen der Auferlegung zulässig und im Sinne des Integrationsauftrags nach § 8 III 1 PBefG. Bei Tarifverbänden sind die auf die Linie entfallenden Einnahmen als Erlöse anzusetzen. Gibt es nur pauschale Einnahmeaufteilungen (z.B. Alteinnahmenschlüssel) so wird eine spezifische Kosten-/Erlösbetrachtung erschwert. Zuschußzahlungen in einem Einnahmetopf sind den einzelnen Leistungen zuzuordnen, es sei denn es wird der gesamte Verbundverkehr auferlegt. Dann entfällt allerdings die Möglichkeit für Aufgabenträger, die Kostendeckung ihrer Anteile zu ermitteln.

11. Anreizmodelle

Eine Beteiligung des Verkehrsunternehmens an dem Einnahmerisiko (Anreizmodell) ist im Auferlegungsmodell (leider) nicht möglich, da von einem Kosten/Erlösausgleich ausgegangen wird und nicht etwa von Angebotspreisen. Ein gewisser Anreiz ist nur durch Kostenerstattung besonderer Leistungen (z.B. Vertrieb), sowie durch exakte Berechnung von Kostenersparnissen bei Schlechtleistungen (Fahrtausfällen, Verspätungen, ungepflegte Fahrzeuge etc.) möglich. Daher empfiehlt sich für die zu erbringenden Leistungen incl. Qualitäten einen Leistungskatalog aufzustellen und nach diesem einheitlich zu vergüten. Weiterhin ist dann ein Nachweis und eine Prüfung der erbrachten Leistungen notwendig.

12. Laufzeit

Die Laufzeiten sind im wesentlichen davon abhängig, wie lange die Gründe für eine Auferlegung noch gegeben sind. Bei laufenden Genehmigungen nach § 13 PBefG ist die Laufzeit zunächst an diese Genehmigung geknüpft. Wird die Auferlegung zur Abwendung eines Antrags auf Entbindung einer Betriebspflicht vorgenommen, so ist diese nur für ein Jahr zulässig (Art. 14 V VO (EWG) 1191/69 i.d.F. 1893/91). Danach ist für bezuschusste und damit gemeinwirtschaftliche Verkehre eine Neukonzessionierung nach § 13 a PBefG erforderlich, da die prinzipiellen Voraussetzungen einer Genehmigung nach § 13 PBefG (eigenwirtschaftlicher Verkehr) nicht mehr gegeben sind. Hierfür ist vorher ein Vergabeverfahren im Wettbewerb durchzuführen.

Eine (zwangswise) Auferlegung von Verkehrsleistungen ohne die Anknüpfung an eine bestehende Konzession ist grundsätzlich nicht möglich. Eine Ausnahme ist dann zuzulassen, wenn ein Verkehrsunternehmer für eine Vielzahl von Linien laufende Konzessionen nach § 13 PBefG hat, die ein Verkehrsnetz bilden. Um beispielsweise neue Linien zur Harmonisierung des Verkehrsnetzes einzurichten (z.B. Zubringerlinien oder Linien zum Zwecke von Lückenschlüssen), sind Auferlegungen von Verkehrsdiensten zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung auch auf Linien zulässig, die bislang noch nicht konzessioniert wurden. Ein Vergabeverfahren im Wettbewerb wäre für diese Linien gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 GKVO nicht „sachgerecht“.

13. Folgen für die Genehmigung

Die Frage nach einer besitzstandsschützenden Genehmigung nach § 13 PBefG ist zunächst unabhängig von einer Auferlegung, da diese lediglich die zulässige Art der ÖPNV-Finanzierung bestimmt. Daher ist auch eine Auferlegung bei einer laufenden Genehmigung nach § 13 PBefG möglich, sofern diese Konzession Bestandsschutz genießt und die Auferlegung sich im Rahmen der §§ 39, 40 PBefG hält.

Nach der Rechtsprechung des OVG Magdeburg ist allerdings bei einer Neuerteilung einer Konzession bei einer Auferlegung für einen Linienverkehr nur noch der Weg über § 13a PBefG möglich, da sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, daß bei der Vergabe neuer Konzessionen Verkehrsverträge oder subsidiär auch Auferlegungen jedweden Besitzstandsschutz entfallen läßt.

14. Resümee

Das hier beschriebene Instrument der Auferlegung setzt eine Kooperation zwischen den Verkehrsunternehmen und den für die Auferlegung zuständigen Aufgabenträgern voraus. Es verlangt insbesondere auch Einsicht darin, daß nur ein geordneter Übergang in den Wettbewerb Vorteile für beide Seiten hat.

Hingewiesen sei an dieser Stelle aber auch auf ein aktuelles Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 17.09.1998 (Az.: C-412/96), wonach die zuständigen Aufgabenträger im ÖPNV ein weites Ermessen bei der Beurteilung der Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung haben. Deshalb hat die Genehmi-

gungsbehörde gemäß § 13 Abs. 2a PBefG im Regelfall Anträge für eigenwirtschaftliche Konzessionen zurückzuweisen, wenn diese nicht mit dem Nahverkehrsplan in Einklang stehen, der Aussagen über die ausreichende Verkehrsbedienung trifft.