

Gewährleistung eines attraktiven öffentlichen Personennahverkehrs unter Wettbewerbsbedingungen

- Konzepte für Landkreise und kreisfreie Städte als Aufgabenträger des ÖPNV

1. Vorbemerkung

Der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) ist Bestandteil der kommunalen Daseinsvorsorge und leistet einen wichtigen Beitrag für eine zukunftsfähige Verkehrspolitik in Städten und Regionen. Die ÖPNV-Unternehmen sollen ein hochwertiges und preisgünstiges Beförderungsangebot als Alternative zum motorisierten Individualverkehr und zur Sicherung der Mobilitätsbedürfnisse der nicht zu unterschätzenden autolosen Bevölkerungskreise erstellen. Als Aufgabenträger sind die Landkreise und kreisfreien Städte für die konzeptionelle und finanzielle Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung im ÖPNV zuständig. Zunehmend begrenzte finanzielle Spielräumen stehen dabei steigenden Anforderungen an einen attraktiven ÖPNV gegenüber.

Durch neue Vorgaben des europäischen und nationalen Rechtes sowie durch eine aktuelle Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist jedoch der deutsche Verkehrsmarkt im Umbruch begriffen. Dies betrifft auch den straßengebundenen ÖPNV, der v.a. durch das Personenbeförderungsrecht (PBefG) reguliert wird. Im Zuge der Liberalisierung der europäischen Verkehrsmärkte wurde u.a. das PBefG zum 01.01.1996 novelliert, um Wettbewerb im ÖPNV einzuführen. Von dieser Entwicklung werden auch die deutschen Verkehrsunternehmen erfaßt, die bislang kaum einer Konkurrenz ausgesetzt waren.

In dieser Situation soll der Wettbewerb im ÖPNV die wirtschaftliche Effizienz steigern. Sogenannte gemeinwirtschaftliche (öffentlich bezuschusste) Verkehrsleistungen sollen von den Aufgabenträgern in der Regel ausgeschrieben werden, und bei sogenannten eigenwirtschaftlichen (nicht öffentlich bezuschusten) Verkehren wird der Besitzstandsschutz relativiert. Damit wird auch hier der Markt für Bewerber geöffnet werden, die ein besseres Angebot im öffentlichen Verkehrsinteresse eigenwirtschaftlich anbieten.

Dabei gilt es, verschiedene Ziele auf einen Nenner zu bringen:

- Gewährleistung einer hohen Qualität des ÖPNV,
- Sicherstellung eines integrierten und einheitlichen Angebotes im ÖPNV,
- keine finanzielle Mehrbelastung bzw. eine Entlastung des kommunalen Haushalts
- Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit der Verkehrsunternehmen und
- Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen ihrer Beschäftigten

Aufgabenträger, Unternehmen und Beschäftigte müssen sich auf den Wettbewerb vorbereiten und einen Weg finden, der einen geordneten und verträglichen Übergang in einen auf die örtlichen Verhältnisse angepassten Wettbewerb ermöglicht. Den Aufgabenträgern wächst eine Schlüsselrolle bei der Gestaltung der künftigen Rahmenbedingungen zu. Dies verantwortungsbewußt auszufüllen erfordert Kompetenz, klare Zielsetzungen und einen abgestimmten Einsatz der verfügbaren planerischen, unternehmerischen und rechtlichen Instrumente. Dabei sind eine Reihe neuer, komplexer und vielfach umstrittener rechtlicher Vorgaben zu beachten.

2. Die neuen Rahmenbedingungen

Europäische und nationale Regelungen greifen in vielfältiger Weise ineinander. Die rechtliche Komplexität wird durch Beschlüsse und Urteile der Verwaltungsgerichte weiter verstärkt, die z.T. noch nicht rechtskräftig sind.¹

a. Die althergebrachte “Konzession” im Personenbeförderungsgesetz

Die entgeltliche und geschäftsmäßige Beförderung von Personen ist im Personenbeförderungsgesetz (PBefG) geregelt, das klassischerweise zum Verkehrsgewerberecht gerechnet wird. Für den eigenwirtschaftlichen Linienverkehr gem. § 42 PBefG bedarf es einer Genehmigung nach § 13 PBefG (gemeinhin als “Konzession” bezeichnet). Durch diese Genehmigung wird zunächst sichergestellt, daß nur leistungsfähige, zuverlässige und fachliche geeignete Unternehmen die Verkehrsbedienung vornehmen dürfen (§ 13 Absatz 1). Daneben wird aus Gründen des *öffentlichen Verkehrsinteresses* eine weitreichende

¹ Vgl. umfassend zu den Rechtsfragen das Gutachten (150 Seiten) von Barth/Baumeister/Berschin, Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV aufgrund nationaler und EG-rechtlicher Vorgaben, Dezember 1998, im Auftrag der acht Verbundlandkreise im Münchner Verkehrs- und Tarifverbund (MVV), Kurz- und Langfassung zu beziehen gegen eine Schutzgebühr beim MVV, Thierschstr. 2, 80538 München, Tel.: 089-21033204, Fax: 089-21033294; vgl. auch das Positionspapier der Landkreise im MVV zum Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV vom 20.07.1999, ebenfalls beim MVV zu beziehen.

Marktregulierung vorgenommen (§ 13 Absatz 2). Ein Verkehrsunternehmen, das eine max. achtjährige Genehmigung für eine oder mehrere Verkehrslinien besitzt, hat Abwehransprüche gegen andere Verkehrsunternehmen, die trotz bestehender befriedigender Verkehrsbedienung durch das *konzessionierte* (vorhandene) Unternehmen Verkehrsdienstleistungen erbringen wollen. Außerdem wird dem vorhandenen Unternehmen bei Angebotslücken ein Eintrittsrecht zur Übernahme einer Verkehrsbedienung gewährt, die durch einen Konkurrenten neu beantragt wurde, soweit es sich um eine Ausgestaltung (nicht Umgestaltung) der vorhandenen Verkehre handelt. Weiterhin war es bisher geübte Praxis, daß der vorhandene Unternehmer nach Ablauf seiner Genehmigung einen umfassenden Besitzstandsschutz dergestalt besaß, daß dieser regelmäßig einen Rechtsanspruch auf Neuerteilung einer *Konzession* für den durch ihn bisher erbrachten Linienverkehr hatte (§ 13 Absatz 3).

b. Gemeinwirtschaftlicher Ausschreibungswettbewerb des ÖPNV

Das derzeit beherrschende Thema im ÖPNV ist die Ausschreibung von gemeinwirtschaftlichen (staatlich bezuschulsten) Busverkehren im wettbewerblichen Verfahren (gemäß VOL/A). Der Ausschreibungsgewinner muß sich die Verkehrsbedienung durch die neue Genehmigungsform nach § 13a PBefG genehmigen lassen. Somit gibt es im PBefG zwei Arten einer Konzession, die Genehmigung nach § 13 PBefG für eigenwirtschaftliche Verkehre und die Genehmigung nach § 13a PBefG für gemeinwirtschaftliche Verkehre. Ausgangspunkt dieser seit dem 01.01.1996 im nationalen Recht vorgeschriebenen Ausschreibungspflicht für gemeinwirtschaftliche Verkehre mit nachfolgender Konzession nach § 13a PBefG ist das europäische Beihilferecht.

(1) Europarechtliche Vorgaben

Auf europäischer Ebene ist eine tragende Säule des EG-Vertrages (EGV) das grundsätzliche Beihilfeverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV:

Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionsweise den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Von diesem grundsätzlichen Beihilfeverbot macht für die öffentliche Finanzierung einer

Verkehrsbedienung Art. 73 EGV in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der novellierten Fassung von 1991 eine Ausnahme: Demnach darf die öffentliche Hand u.a. eine *ausreichende Verkehrsbedienung* des ÖPNV finanzieren, wenn dies umweltpolitisch oder aus sozialen oder landesplanerischen Gründen erforderlich ist. Für diese bezuschußten Verkehre hat sich in Deutschland der Begriff *gemeinwirtschaftliche Verkehre* eingebürgert. Es handelt sich somit um Verkehre, die aus Gründen des öffentlichen Wohls (=Daseinsvorsorge) mit öffentlichen Mitteln ergänzend zu den regulären Fahrgeldeinnahmen kofinanziert werden.

Das europäische Beihilferecht schreibt weiterhin mit dieser Verordnung den *nach nationalem Recht zuständigen Behörden* abschließend vor, mit welchen Instrumenten sie die Verkehrsbedienung im ÖPNV finanzieren dürfen.²

Dies ist zum einen die hoheitliche *Auferlegung* von Verkehren. Dies bedeutet, daß Verkehrsunternehmen zwangsweise verpflichtet werden können, aus Gründen des öffentlichen Wohles den ÖPNV durchzuführen (*Verpflichtung des öffentlichen Dienstes* =Daseinsvorsorge).³ Allerdings werden dem Unternehmen von der öffentlichen Hand nach einem besonderen Berechnungsverfahren der daraus entstehende Nachteil erstattet. Diese Erstattung erfolgt jedoch nur in der Höhe, wie das Verkehrsunternehmen eine *zweckdienliche Geschäftsführung* sowie die *Lieferung von Verkehrsleistungen einer angemessenen Qualität* darlegen kann. Dies bedeutet mit anderen Worten, daß ein Verkehrsunternehmen, das nicht zu Marktpreisen produzieren kann, die bei ihm entstehenden Mehrkosten von der öffentlichen Hand nicht erstattet bekommen darf, so daß es diesen Verlust insoweit selbst zu tragen hat.

Eine andere Möglichkeit der öffentlichen Hand für die Finanzierung des ÖPNV besteht darin, mit Verkehrsunternehmen eine vertragliche *Vereinbarung* für eine Verkehrsbedienung zu treffen. Hierbei ist nicht abschließend erklärt, ob sich bereits aus dem Europarecht ergibt, daß der Vertrag für eine *ausreichende Verkehrsbedienung* mit einem Verkehrsunternehmen auszuschreiben ist. Diese Frage muß jedoch nicht beantwortet werden, weil sich bereits aus

² Hierzu näher: *Fromm*, Transportrecht 1992, S. 256 (261 ff.); *Bersch*, Zeitschrift für Umweltrecht 1997, S. 4 (5 ff.); grundlegend *Werner*, Nach der Regionalisierung – der Nahverkehr im Wettbewerb, 2./1998.

³ In Deutschland besteht die Möglichkeit, im öffentlichen Interesse Fahrpläne und Tarife (§§ 39 f. PBefG) zu gestalten, sowie ein Antrag auf Betriebseinschränkungen abzulehnen (§ 21 Abs. 4 PBefG). Hingegen kann kein Unternehmen zum Weiterbetrieb über die Genehmigungsdauer hinaus gezwungen werden.

nationalem Recht eine Ausschreibungsverpflichtung ergibt (siehe hierzu unten [2]).

Es bleibt somit festzuhalten, daß die Landkreise und kreisfreien Städte eine *ausreichende Verkehrsbedienung* des ÖPNV aus umweltpolitischen, sozialen und landesplanerischen Gründen (=Daseinsvorsorge) mit Beihilfen finanzieren dürfen, indem sie die zu erbringenden Verkehre bei den Verkehrsunternehmen mit den Instrumenten *Auferlegung* oder *Vereinbarung* "bestellen". Das Verkehrsunternehmen "erstellt" dann den aus Gründen des öffentlichen Wohles gewünschten ÖPNV. Hieraus wird deutlich, daß der ÖPNV rechtlich in zwei Ebenen aufgeteilt wurde: Planung, Finanzierung und Organisation des ÖPNV obliegt der öffentlichen Hand (=Bestellerebene), während für die Durchführung des ÖPNV die Verkehrsunternehmen zuständig sind (=Erstellerebene). Für kommunale Unternehmen oder auch den in der Praxis beliebten Mischverbänden oder Verkehrsgemeinschaften zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen hat diese funktionale Trennung besonders weitreichende Auswirkungen, weil sie bislang die genannten Aufgaben in der Regel nicht getrennt wahrgenommen haben.

(2) Transformation in das deutsche Recht

Die Vorgaben des Europarechts wurden national ab dem 01.01.1996 durch insbesondere das Regionalisierungsgesetz, die Landes-ÖPNV-Gesetze sowie durch die Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes umgesetzt.

Soweit eine nach den Landes-ÖPNV-Gesetzen zuständige Behörde (Aufgabenträger des ÖPNV) bei einem Verkehrsunternehmen Verkehre durch die Instrumente *Auferlegung* oder *Vereinbarung* bestellt, muß sich das Unternehmen diese genehmigen lassen. Hierzu wurde durch die Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes die Genehmigung für Linienerkehre nach § 13a PBefG neu eingeführt. Ergänzt wird diese Vorschrift durch die Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes.⁴ Danach sind Verträge für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen mit festgelegten Standards im Wettbewerb gemäß VOL/A durch die zuständigen Aufgabenträger zu vergeben. Hintergrund der Regelung ist ein haushaltsrechtlicher Ansatz, wonach die durch Ausschreibung ermittelten Marktpreise in der Regel zu den *geringsten Kosten für die Allgemeinheit* führen.

Die Verordnung zu § 13a PBefG gestattet ausnahmsweise den Verzicht auf eine Ausschreibung, wenn diese aus bestimmten Gründen *nicht sachgerecht* ist. Der Aufgabenträger

⁴ Vom 15.12.1995, BGBl. I, S. 1705, sog. "Geringste Kosten Verordnung" (GKV).

(=Besteller) kann dann die *ausreichende Verkehrsbedienung* mit dem bereits beschriebenen Instrument der *Auferlegung* in Form der freihändigen Vergabe sicherstellen.

(3) Welche Finanzierungen erhalten die Eigenwirtschaftlichkeit von Unternehmen?

Zentraler Streitpunkt ist nun, welche öffentlichen Finanzierungen Beihilfen i.S. des EG-Rechts sind, die zur Gemeinwirtschaftlichkeit des ÖPNV führen und somit nach VOL/A auszuschreiben und nach § 13a PBefG zu konzessionieren sind. Soweit öffentliche Finanzierungen des ÖPNV keine Beihilfen darstellen, handelt es sich um sogenannte eigenwirtschaftliche Verkehre, die nicht der Ausschreibungspflicht unterliegen und nach § 13 PBefG konzessioniert werden. Das PBefG geht davon aus, daß Verkehrsleistungen im ÖPNV grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu erbringen sind und definiert die Eigenwirtschaftlichkeit in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG:

Eigenwirtschaftlich sind Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtliche Sinne.

Umstritten an dieser Definition der Eigenwirtschaftlichkeit ist insbesondere, daß auch *sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne* zur Eigenwirtschaftlichkeit führen sollen.

Demnach würden beispielsweise auch

- vertragliche Verlustübernahmen, Betriebskostenzuschüsse, Zuschüsse zu Tarifen
- sonstige "freiwillige" Zuschüsse,
- Gesellschaftereinlagen kommunaler Eigentümer,
- Verlustausgleich im Querverbund sowie
- Zuschüsse für verbundbedingte Lasten (z.B. Alteinnahmensicherung)

nichts an der Eigenwirtschaftlichkeit einer Verkehrsleistung ändern, so daß sich ein Verkehrsunternehmen sich nicht dem Ausschreibungswettbewerb nach VOL/A stellen müßte und Linienverkehre nach § 13 PBefG beantragen könnte.⁵

⁵ Z.B. *Batzill/Zuck*, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld von Bahnstrukturreform, PBefG-Novelle, ÖPNV-Recht der Länder und EG-Recht, 1./1997., S. 58 ff.; *Zeiselmair*, DER NAHVERKEHR 11/1995, S. 8 (11); *Fey*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, 1996, S. 132 (133); *Heinze*, Die öffentliche

(4) Urteil des OVG Magdeburg

Dieser Rechtsauffassung ist jedoch u.a.⁶ das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt (OVG Magdeburg) in seinem Urteil vom 07.04.1998⁷ ausführlich entgegengetreten. Die wichtigsten Aussagen lauten:

- Bei der Beurteilung von Anträgen nach § 13 PBefG kann die Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehren nicht durch Einnahmen hergestellt werden, bei denen es sich um gem. Art. 87 EGV unzulässige Beihilfen, wie z.B. die pauschale Verlustübernahme durch eine kommunale Gebietskörperschaft, handelt. Der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit bzw. der Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne nach § 8 Abs. 4 PBefG ist EG-rechtskonform einschränkend auszulegen.
- Zuschüsse der öffentlichen Hand zugunsten von Verkehrsleistungen im ÖPNV sind durch den allein zuständigen Aufgabenträger nur noch dann zulässig, wenn sie auf der Auferlegung oder Vereinbarung eines Verkehrsdienstes zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung nach Maßgabe der VO (EWG) 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91 beruhen. Seit dem 01.01.1996 darf ein Aufgabenträger des ÖPNV ein Verkehrsunternehmen nicht mehr finanziell unterstützen, wenn er Verkehrsdienste mit dem Unternehmen weder vereinbart noch ihm auferlegt hat.

Das Urteil des OVG Magdeburg ist noch nicht rechtskräftig.⁸ Mit Beschluß vom 31.03.1999⁹ hat das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren zur Revision angenommen:

Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung (...). In dem erstrebten Revisionsverfahren

Verwaltung 1996, S. 977, 979.

⁶ Vgl. auch das nicht rechtskräftige Urteil des VG München vom 04.11.1998 – M 6 K 97.8581.

⁷ Az.: A 1/ 4 S 221/97, vgl. Zeitschrift für Umweltrecht 1998, S. 210 ff.; Transportrecht 1999, S. 27 ff., Landes- und Kommunalverwaltung 1999, S. 31 ff.

⁸ Das Urteil ist in der juristischen Literatur auf Zustimmung gestoßen: *Barth*, Zeitschrift für Umweltrecht 1998, S. 210, 214 f. (Urteilsanmerkung); *Burgbacher*, Vergaberegeln und Nahverkehr, Transportrecht 1999, S. 1, *Berschlin*, Transportrecht 1999, S. 33 ff. (Urteilsanmerkung); *Baumeister*, Landes- und Kommunalverwaltung 1999, S. 12 (Urteilsanmerkung); *Meyer*, Die Ausschreibungspflicht im gemeinwirtschaftlichen Linienverkehr und ihre Auswirkungen auf den Bestand der Genehmigung, Deutsches Verwaltungsblatt 1999, S. 1409, 1410. Kritik kam hingegen von den Verbänden der Verkehrsunternehmen: "R.M.", Bus & Bahn 7-8/98, S. 2.

⁹ Az. 3 B 112.98.

kann voraussichtlich die Frage geklärt werden, wie der Begriff der Leistungsfähigkeit im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen der VO (EWG) Nr. 1191/69 (..) auszulegen ist, wenn der zu genehmigende Verkehr nicht kostendeckend betrieben werden kann und auf öffentliche Beihilfen angewiesen ist.

Ob es überhaupt zu einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist offen, weil es Hinweise darauf gibt, daß sich die Prozeßparteien einigen werden. In diesem Fall träte die Rechtskraft des Oberverwaltungsgerichts sehr viel schneller als erwartet ein. Dies wäre zu bedauern, weil ein frühes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu dieser Thematik für mehr Rechtssicherheit gesorgt hätte. Gleichwohl dürften keine Zweifel daran bestehen, daß die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen der Prüfung von wettbewerbsverfälschenden Beihilfen im ÖPNV der Doktrin der "Eigenwirtschaftlichkeit" z.B. des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) nicht folgen werden.

Eine Stimme aus der juristischen Fachliteratur¹⁰ befürchtet gar den "Todesstoß für die Verbundfinanzierung", falls das Bundesverwaltungsgericht das OVG Magdeburg bestätigen sollte. Denn Verkehrsunternehmen wären gezwungen, nur noch die Genehmigung rentabler Linien zu beantragen. Diese Auffassung ignoriert jedoch die neu geschaffenen Instrumentarien der öffentlichen Hand zur Bestellung gemeinwirtschaftlicher ("unrentabler") Verkehre, durch die auch die Finanzierung und Gewährleistung der Verbundintegration möglich ist. Kern der Regulierung im ÖPNV war und ist das Verhindern von "Rosinenpickerei". Deshalb ist ein Rückzug auf eine eigenwirtschaftliche Restgröße bei insgesamt nur gemeinwirtschaftlich leistbaren Verkehren nicht möglich.¹¹

c. Eigenwirtschaftlicher Genehmigungswettbewerb des ÖPNV

Im Schatten der intensiven Diskussion um die Ausschreibungspflichtigkeit gemeinwirtschaftlicher Verkehre im ÖPNV nach VOL/A bahnt sich aktuell für eigenwirtschaftliche Verkehre eine Entwicklung an, die ebenso weitreichend für die Verkehrsunternehmen sein dürfte. Ausgangspunkt ist zunächst das rechtskräftige Urteil des Oberverwaltungsgerichtes

¹⁰ Ronellenfisch, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, Die öffentliche Verwaltung 1999, S. 705, 710 (Fn. 57).

¹¹ Die VO (EWG) 1191/69 i.d.F. 1893/91 gewährt keinen Anspruch auf nur teilweise Aufhebung von Verpflichtungen öffentlicher Dienste. Vielmehr ist eine nationale Regelung, die bei Angebotseinschränkungen den Verlust des gesamten ausschließlichen Rechts fordert, in Einklang mit europäischen Recht vgl. EuGH, Urteil vom 17.9.1998, Rs C-412/96, Transportrecht 1999, S. 16 ff.

Rheinland-Pfalz vom 10.11.1998¹². Eine wesentliche Aussage dieses Urteils ist, daß die Genehmigungsbehörde einem Unternehmer die beantragte Konzession nach § 13 PBefG zu erteilen hat, wenn der geplante Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln (u.a. in Form der bisher genehmigten Linienverkehre) nicht befriedigend bedient wird. Der bisherige "Altunternehmer" und ein "Neubewerber" befinden sich demzufolge in offener Konkurrenz um die bestmögliche Verwirklichung des im öffentlichen Interesse erforderlichen Verkehrsangebotes.¹³ Mit dieser Entscheidung wird noch einmal unterstrichen, daß die Konzessionen nach § 13 PBefG das öffentliche Verkehrsinteresse und nicht das Erwerbsinteresse des "Altunternehmers" schützen. Ein Besitzstandsschutz des "Altunternehmers" gemäß § 13 Abs. 3 PBefG nach Auslaufen seiner bisherigen Genehmigung und darauf folgender Neubeantragung für diese Linie reduziert sich darauf, daß diesem nur bei Vorliegen besonderer Gründe der Vorrang vor einem Neubewerber zukommen kann, der i.S. eines "öffentlichen Verkehrsinteresses" einen besseren Genehmigungsantrag gestellt hat.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Beschluß¹⁴ zur Nichtannahme dieses Urteils zur Revision die Rechtsauffassung des OVG Koblenz auch verfassungsrechtlich begründet:

Der Aussage des Berufungsgerichtes liegt nämlich die weitere Feststellung zugrunde, daß die angegriffene Entscheidung des Beklagten darauf zielt, den Beigeladenen (...) ein Gebietsmonopol zu verschaffen, ohne daß hierfür irgendwelche nachvollziehbaren Gründe des öffentlichen Verkehrsinteresses erkennbar seien. Es liegt auf der Hand, daß die Abschottung des Marktes durch einseitige Vergabe von Konzessionen einen eklatanten Verstoß gegen das Recht der Neubewerber auf Berufsfreiheit darstellt.

Somit sind Verkehrsunternehmen auf ihrem bisherigen Bedienungsgebiet nicht nur nach Auslaufen ihrer Linienverkehrsgenehmigungen einem Genehmigungswettbewerb nach § 13

¹² OVG Koblenz, Az. 7 A 12844/97.

¹³ So hat auch der Beschluß des BVerwG vom 18.6.1998 Az. 3 B 223.97, S. 4 f. klargestellt, daß das Bundesverwaltungsgericht bereits mehrfach entschieden habe, daß die Genehmigungsbehörde eine in ihrem Ermessen stehende Auswahlentscheidung zu treffen habe. Es sei in erster Linie darauf abzustellen, wer die *bessere* Verkehrsbedienung biete. Bieten mehrere Bewerber eine gleichgute Bedienung, so liegt es im Rahmen sachlicher Ermessenserwägungen, denjenigen den Vorzug zu geben, der das Verkehrsbedürfnis erkannt und sich zuerst durch Stellung eines Antrags um die Befriedigung dieses Verkehrsbedürfnisses bemüht hat.

¹⁴ Vom 03.05.1999, Az. 3 B 20.98, S. 3.

PBefG ausgesetzt. Neubewerber können auch jederzeit eigenwirtschaftliche Konzessionen im derzeitigen Bedienungsgebiet des "Altunternehmers" erlangen, soweit die beantragten Verkehre zu einer - bisher nicht gegebenen - befriedigenden Verkehrsbedienung im öffentliche Interesse führen.

Dieser Genehmigungswettbewerb wird zusätzlich durch die Liberalisierungstendenzen der EG für eigenwirtschaftliche (= "marktinitiierte") Verkehre noch weiter forciert. In der beabsichtigten Novellierung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ist u.a. vorgesehen, daß Einsichtsmöglichkeiten in erteilte Genehmigungen möglich sein und auslaufende Genehmigungen sowie Auswahlkriterien durch z.B. öffentliche Bekanntmachung für die Marktteilnehmer transparent gemacht werden sollen. Außerdem soll die Konzessionslaufzeit auf fünf Jahre beschränkt werden. Die neue Kommissarin für die Generaldirektion VII (Verkehr) der EG-Kommission, Frau Loyola de Palacio, hat bereits angekündigt, einen bereits auf der Grundlage der Studien *Isotope* und *Quattro* erarbeiteten Vorschlag zur genannten Novellierung inhaltlich zu übernehmen und der Kommission zur Verabschiedung vorzulegen. Sie will im übrigen auch nicht Querverbundsregelungen oder Bevorzugungen von Unternehmensteilen im ÖPNV akzeptieren.¹⁵

3. Übergangskonzepte für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen

Jenseits juristischer Streitigkeiten ist klar, daß künftig mehr Verkehre als gemeinwirtschaftliche Leistungen durch die Aufgabenträger ausgeschrieben werden und sich die Verkehrsunternehmen zusätzlich bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen einem Genehmigungswettbewerb nach § 13 PBefG stellen müssen. Wie der kommende Ausschreibungs- und Genehmigungswettbewerb aussieht (und welche Wettbewerbsform im strategisch offenen PBefG die Oberhand gewinnt), hängt u.a. von der Gestaltung der Verkehrsverträge und der Verdingungsunterlagen, vom Zuschnitt der Linien bzw. Liniennetze und den gewählten Finanzierungs- und Organisationsmodellen ab. In gewissen Grenzen kann der Aufgabenträger steuern, was wann wie in den Wettbewerb geht. Dies kann für einen koordinierten Übergang in einen geregelten Wettbewerb fruchtbar gemacht werden. Weiterhin haben es Bund und Länder in der Hand, inwieweit durch nicht-diskriminierende Finanzhilfen wie Fahrzeugförderung, Verbundfinanzierung oder Steuerbefreiung Raum für echt eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung bleibt.¹⁶

¹⁵ BUS AKTUELL 10/1999, S. 24.

¹⁶ Kritisch zum Wildwuchs der Förderinstrumentarien und deren mangelhafte Transparenz: *Berschin/Hickmann*, Internationales Verkehrswesen, 1998, S. 600 ff.; *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesverkehrsministerium*, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft 1998, S. 213 ff. und *Ewers/Ilgmann*,

Angesichts der klaren Tendenz für Wettbewerb im ÖPNV sollten Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen nicht untätig bleiben. Wer die gegebenen Gestaltungsspielräume nutzen und wer im Wettbewerb bestehen will, braucht Zeit zur Vorbereitung. Wenn auch höchstrichterlich bestätigt wird, daß mit öffentlichen Mitteln finanzierte Verkehre im Regelfall nach VOL/A auszuschreiben sind, wird sich die Genehmigungspraxis ändern.¹⁷ Damit Linien dann nicht sofort in die Ausschreibung gezwungen werden, müssen rechtliche tragfähige Grundlagen für eine sinnvolle Finanzierung durch das Instrument der Auferlegung geschaffen werden. Dies empfiehlt sich auch, um konzessionsrechtliche Streitigkeiten zu vermeiden und um nicht Gefahr zu laufen, rechtswidrige Finanzierungsbeihilfen eines Tages zurückverlangen bzw. zurückzahlen zu müssen.

a. Die Auferlegung als primäres Instrument für den Übergang in den Wettbewerb

Eine Möglichkeit zur Finanzierung von Betriebskostendefiziten ohne Ausschreibung ist wie oben erläutert die Auferlegung, soweit eine Ausschreibung (noch) *nicht sachgerecht* ist. Nicht sachgerecht ist diese beispielsweise, wenn erst die ökonomischen Grundlagen für eine Ausschreibung auf dem Gebiet eines Aufgabenträgers geschaffen werden müssen (beispielsweise Trennung der Be- und Erstellerebene, Netzoptimierung, Tarifgestaltung etc.), um zu den *geringsten Kosten für die Allgemeinheit* zu kommen.

Die Auferlegung kann durch Verwaltungsakt oder durch Verwaltungsvertrag erfolgen. Hinsichtlich der Höhe der Ausgleichszahlung ist die in der EU-Verordnung geregelte Methode bzw. nach § 13a PBefG zusätzlich das Preisrecht zu beachten. Weil nur die Kosten einer "zweckdienlichen Geschäftsführung" angesetzt werden dürfen, sind ggf. betriebliche Rationalisierungspotentiale zu mobilisieren. In Verbänden ist ggf. die Einnahmeaufteilung zu prüfen, da die durch den auferlegten Verkehr entstehenden Erlöse sachgerecht gegengerechnet werden müssen. Die Auferlegung kommt grundsätzlich nur während der Laufzeit von Konzessionen in Betracht. Soll darüber hinaus der Verkehr weiterhin kofinanziert werden, so hat die Ausschreibung in der Regel Vorrang. Im Rahmen einer *Linienbündelung* kann es jedoch gerechtfertigt sein, trotz Finanzierung des Verkehrs nach VO (EWG) Nr. 1191/69 F 91 von der Ausschreibung abzusehen und eine Genehmigung nach § 13a PBefG übergangsweise bis zum Ablauf aller Genehmigungen des Linienbündels einem Unternehmer (wieder) zu erteilen.

Wettbewerb im ÖPNV, Gefordert, gefürchtet und verteufelt. Diskussionspapier 1999/06, Wirtschaftswissenschaftliche Dokumentation TU Berlin.

¹⁷ Zur Widerrufspflicht rechtswidrig erteilter Genehmigungen vgl. ausführlich Meyer, Fn. 8.

Nicht nur Auferlegung und Linienbündelung hängen so miteinander zusammen. Für den Zuschnitt der Linienbündel ist relevant, welche Art von Verträgen (Brutto-, Netto- oder Anreizvertrag) ausgeschrieben wird, und das Finanzierungs- und das Organisationsmodell müssen hierfür geeignet sein. Eine vernünftige Entscheidung über die einzelnen Parameter des zukünftigen Wettbewerbsrahmens kann daher nur mit Blick aufs Ganze getroffen werden. Deshalb empfiehlt es sich, ein Gesamtkonzept als Rahmen zu definieren, in dem die einzelnen Bausteine in Abstimmung zwischen Aufgabenträgern, Genehmigungsbehörden und Unternehmen bewältigt werden.

Ein koordiniertes Vorgehen im Rahmen eines Gesamtkonzepts ist wichtig, damit die Unternehmensstrategien zu den Wettbewerbsbedingungen passen, die der Aufgabenträger als Besteller definiert. Ein schrittweiser Übergang mit ersten Ausschreibungen von Teilnetzen ist vorzuziehen. Um Planungssicherheit zu schaffen, sollten sich Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen auf einen Zeithorizont verständigen, in dem beide Seiten "Wettbewerbstüchtigkeit" erreichen können.

b. Linienbündelung im Nahverkehrsplan und Genehmigungsrecht¹⁸

Das novellierte PBefG ermöglicht es, Linien gebündelt zu genehmigen (vgl. § 9 Abs. 2 PBefG). Sie sollen dadurch einer gesamtwirtschaftlichen Bewertung zugeführt werden, die einen Ausgleich zwischen guten und schlechten Risiken gestattet. Im Ergebnis bedeutet dies, daß der Betreiber des Linienbündels überschießende Erträge einer Linie zur Finanzierung einer nicht-kostendeckenden Linie des Bündels verwenden muß, genauso wie sich im Rahmen einer Linie gute und schlechte Fahrten ausgleichen. Für die Frage der Eigen- oder Gemeinwirtschaftlichkeit kommt es nur auf die Bewertung des gesamten Linienbündels an: Ein oder mehrere gemeinwirtschaftliche Linienbündel sind insgesamt nach § 13a PBefG auszuschreiben; die Genehmigung für ein eigenwirtschaftliches Linienbündel ist nach § 13 PBefG zu vergeben. In beiden Fällen fördert die Linienbündelung diskriminierungsfreien Wettbewerb, da bei der Vergabe einzelner Linien Bewerber von außen in der Regel keine echten Marktzugangschancen haben, andererseits dürfen die Bündel nicht zu groß zugeschnitten sein, so daß hierdurch die Bieterzahl unnötig reduziert wird.

¹⁸ Vgl. hierzu das Rechtsgutachten (37 Seiten) von Barth, Bündelung von Linien im öffentlichen Personennahverkehr, 1999, zu beziehen bei Abel-Lorenz & Kollegen, Contrescarpe 18, 28209 Bremen, Tel.: 0421-335410, Fax: 04213354115.

Neben der Möglichkeit einer Genehmigung von Linienbündeln nach § 9 Abs. 2 PBefG besteht für den Aufgabenträger die Möglichkeit einer Darstellung von Linienbündeln im Nahverkehrsplan nach den oben genannten Kriterien. Diesen Willen des Aufgabenträgers hat die Genehmigungsbehörde bei Konzessionsanträgen nach § 13 Abs. 2a PBefG zu berücksichtigen. Durch die Linienbündelung eigen- und gemeinwirtschaftlicher Verkehre im Nahverkehrsplan wird zunächst "Rosinenpickerei" mit doppelter Schutzwirkung verhindert: Einerseits ist zu vermeiden, daß Unternehmer sich auf gewinnbringende eigenwirtschaftliche Verkehre zurückziehen und die Kostenunterdeckung defizitärer Linien noch mehr zu Lasten des Aufgabenträgers geht. Andererseits sind bei eigenwirtschaftlichen Verkehren konkurrierende Genehmigungsanträge abzuwehren, durch die ein Betreiber ertragsstarke Linien verlieren und mit den verbleibenden Linien in die Gemeinwirtschaftlichkeit fallen würde. Mit der Bündelung eigenwirtschaftlicher Linien kann letztlich die öffentlich Hand ihre Finanzen gezielter für die Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehre z.B. in verkehrlichen Ballungsräumen einsetzen (Abkehr vom "Gießkannenprinzip"), um den Modal-Split zugunsten des ÖPNV zu verändern.

Die Bildung von Linienbündeln rechtfertigt (wenn z.B. eine einzelne Konzession des geplanten Bündels abläuft) bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren das Absehen von Ausschreibungen und bei eigenwirtschaftlichen Verkehren die Wiedererteilung an den bisherigen Konzessionär, bis die Laufzeiten aller Linien des geplanten Bündels zu einem einheitlichen Zeitpunkt enden. Sowohl der Ausschreibungs- als auch der Genehmigungswettbewerb wird auf diesen späteren Zeitpunkt verschoben. So kann die Ausschreibung von Teilnetzen zeitlich und räumlich gestuft werden, damit nicht alle Linien auf einmal in den Wettbewerb gehen.

Allerdings dürfen Linien nicht beliebig und erst recht nicht zur gezielten Begünstigung einzelner Unternehmen gebündelt werden. Voraussetzung ist eine wirtschaftliche und verkehrliche Verflechtung der Linien. Das rechtliche Erfordernis der Bündelung ist durch eine umfassende Bewertung der Verkehre unter den Aspekten der betrieblichen Optimierung, der finanziellen Belastung des Aufgabenträgers und der Verkehrsintegration zu beurteilen. Um ein methodisch korrektes Verfahren unter Beteiligung der Betroffenen und um die genehmigungsrechtliche Umsetzung der Bündelung zu gewährleisten, empfiehlt es sich, die Linienbündel in einer Fortschreibung des Nahverkehrsplans zu konzipieren. Differenzierte Lösungen sind angebracht, um den bestehenden Beurteilungsspielraum sachgerecht und rechtlich vertretbar auszufüllen.

c. Gestaltung von Ausschreibungen und Verträgen

Im Verhältnis von Besteller (Aufgabenträger) zu Ersteller (Verkehrsunternehmer) sind Aufgaben bzw. Gestaltungskompetenzen (Verkehrsangebot, Tarif, Marketing etc.) und wirtschaftliche Risiken vertraglich zuzuweisen und abzugrenzen.¹⁹ Eine ungeschickte Risikoverteilung führt zu Wagniszuschlägen und damit zu höheren Preisen. Es gibt verschiedene Vertragsmodelle und Mischformen (Netto-, Brutto-, Anreizverträge), die dies unterschiedlich lösen. Je nach dem werden auch die Beförderungserlöse zwischen Be- und Ersteller zugeschrieben. Ferner ist bei der Regelung der Vergütung festzulegen, wie mit gesetzlichen Ausgleichszahlungen und Zuschüssen zu verfahren ist. Um einen reinen Preiswettbewerb zu verhindern und um Fahrgastorientierung zu gewährleisten, sollte der Verkehrsvertrag zumindest Anreize setzen, wenn der Unternehmer nicht sowieso direkt an den Beförderungserlösen beteiligt ist. Ein sanktionierbares Qualitätsmanagement mit Bonus-/Malus-Regelungen, Regelungen für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung und weitere Nebenbestimmungen sollten nicht fehlen. Dabei ist auf Praktikabilität der Vertragsdurchführung zu achten.

Der Auftrag für eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung muß grundsätzlich nach VOL/A in einer öffentlichen Ausschreibung bzw. einem offenen Verfahren vergeben werden. Ob für eine freihändige Vergabe bzw. ein Verhandlungsverfahren nach der jüngsten Rechtsprechung²⁰ noch Raum ist, bedarf der Prüfung im Einzelfall. Bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung sind alle Anforderungen an Umfang und Qualität der Leistung und alle preisrelevanten Umstände anzugeben. Sie soll zu vergleichbaren Angeboten führen, aber auch Spielräume für unternehmerische Kreativität lassen. Vergabefremde Kriterien dürfen nicht enthalten sein. Sorgfalt walten muß auch bei der Ermittlung des *wirtschaftlich günstigsten Angebots*, das nicht das mit dem niedrigsten Angebotspreis sein muß. Bei der gesamten Auftragsvergabe sind Transparenz, Gleichbehandlung und Vertrauensschutz zu gewährleisten. Verstöße gegen Vergaberecht können gravierende Folgen haben. Wenn der Auftragswert einen Schwellenwert überschreitet, sind besondere Vorschriften der VOL/A und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden. Dann ist grundsätzlich "europaweit" auszuschreiben, und die Bieter genießen umfassenden Rechtsschutz im Vergabeverfahren und können Schadensersatzansprüche (u.U. sogar entgangenen Gewinn) geltend machen. Hiermit sind erhebliche Kosten- und Haftungsrisiken für die Vergabestelle verbunden.

Zu warnen ist allerdings vor einer zu großen Verbürokratisierung eines gemeinwirt-

¹⁹ Hierzu *Werner*, Fn. 2, S. 219 ff.

²⁰ So hat die Vergabekammer Baden-Württemberg; Beschluß vom 08.04.1999, Az. I VK 6/99, für die Vergabe von Omnibusleistungen auch im Falle von komplexen Modellen der Erlösbeteiligung das offene Verfahren gefordert.

schaftlichen flächendeckenden Ausschreibungswettbewerbs, der mit z.B. personell überbesetzten Regieebenen dem ÖPNV die Finanzmittel entzieht und jegliche unternehmerische Initiative bei eigenwirtschaftlichen Verkehren erstickt. In Skandinavien haben sich die Regieorganisation als effizient erwiesen, die den Unternehmen einen möglichst großen Spielraum zur Gewinnung von Marktpotentialen gewähren. Andererseits ist zu beachten, daß die starke Marktbeteiligung des Auftragnehmers große Netze erfordert. Dies kann dem Anspruch an eine vielfältige Wettbewerbslandschaft entgegenstehen, die wettbewerbsspolitisch wichtig ist.

d. Organisations- und Finanzierungsmodelle

Eine Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen, die den anspruchsvollen rechtlichen Anforderungen genügt und in der Abstimmung mit benachbarten Aufgabenträgern bzw. Verbänden zu wirtschaftlich und verkehrlich sinnvollen Ergebnissen führt, erfordert eine kompetente Regie-Ebene, die diese Aufgabe für den Aufgabenträger bewältigt. Da ihr im Ausschreibungswettbewerb auch große Anbieter ("european players") gegenüberstehen werden, darf die Bedeutung der Regie-Ebene für einen sachgerechten Leistungseinkauf und eine erfolgreiche Vertragsabwicklung nicht unterschätzt werden. Die Regie-Ebene kann in die Verwaltung eingegliedert oder in Privatrechtsform als Gesellschaft eines oder mehrerer Aufgabenträger geführt werden. Jedenfalls sind, um einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu gewährleisten, unternehmerische und staatliche Funktionen zu trennen. Gemeinsame Organisationen von Aufgabenträger und Unternehmen begegnen erheblichen Bedenken.

Weiterhin sind Modelle nicht zielführend, bei denen die Regieebenen der Aufgabenträger als sogenannte Konzessionsträgergesellschaften ausgestaltet sind. Diese Gesellschaften besitzen die Konzessionen für die Verkehrsbedienung nach § 13 PBefG und beauftragen Verkehrsunternehmen mit der Verkehrsdurchführung. Mit einem solchen Modell will man erreichen, daß der Aufgabenträger den ÖPNV "aus einer Hand" steuern und ggf. Konkurrenz von dem eigenen kommunalen Verkehrsunternehmen bzw. den (auf dem Gebiet der Gebietskörperschaft) tätigen privaten Verkehrsunternehmen abhalten kann. Die Konzessionsträgergesellschaft ist aber nicht nur nach Auslaufen der Konzessionen selber einem ständigen Genehmigungswettbewerb nach § 13 PBefG (siehe oben unter 2.c.) ausgesetzt und wird deshalb eine Verkehrsbedienung "aus einer Hand" nicht aufrechterhalten können. Realistischerweise werden auch Konkurrenten "von außen" eigenwirtschaftliche Genehmigungen erhalten. Aber selbst wenn eine so ausgestaltete Regieebene immer die "besten Genehmigungsanträge" stellen und damit erneut die Konzessionen nach § 13 PBefG

erhalten würde, müßte sie vergaberechtlich als Betreiberin eines eigenen Verkehrsnetzes diese Verkehre nach VOL/A Abschnitt 3 ausschreiben, weil sie gemäß dem EG-Recht eine Sektorenauftraggeberin wäre. Davon ganz abgesehen unterstellt dieses Modell, daß die Verkehrsbedienung auf dem Gebiet des Aufgabenträgers in keiner Weise öffentlich beschützt wird und somit keine gemeinwirtschaftlichen Verkehre vorliegen. Andernfalls müßte die als Konzessionsträgergesellschaft ausgestaltete Regieebene ein Wettbewerbsverfahren für gemeinwirtschaftliche Verkehre auch mit sich selber sowie dritten Bietern (Verkehrsunternehmen) durchführen, um nach "erfolgreichen" Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot an sich selbst eine Konzession nach § 13a PBefG bei der Genehmigungsbehörde zu beantragen. Abgesehen davon, daß ein solches Vergabeverfahren eklatant rechtswidrig wäre, würde dies die zentrale Trennung zwischen Besteller- und Erstellerebene auf den Kopf stellen.

Rechtsanwalt Dr. Hubertus Baumeister (Bremen)

Felix Berschin, URS Nahverkehrsberatung (Heidelberg)