Stand: 27. Juni 2005

Teil 3

Ausschussvorlage WVA/16/42

eingegangene Stellungnahmen zu der mündlichen Anhörung am 30.06.2005

zu dem

Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zum öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNVG) – Drucks. 16/3880 – Antrag der Fraktion der SPD betreffend Erhaltung des öffentlichen Personennahverkehrs durch marktorientierte Direktvergabe – Drucks. 16/3753 –

Hessischer Städte- und Gemeindebund e.V.
Verband der kreisangehörigen Städte und Gemeinden

Hessischer Städte- und Gemeindebund · Postfach 1351 · 63153 Mühlheim/Main

14

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Ausschusses
für Wirtschaft und Verkehr
Rüdiger Hermanns
Postfach 32 40

65022 Wiesbaden

Dezernat 2
Referent(in) Herr Grobba
Unser Zeichen MG/hk
Telefon 06108/6001-0
Telefax 06108/600157
E-Mail: hsgb@hessennet.de
Durchwahl 6001- 39
Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom
Datum 23.06.2005

eing 23.06.05
SL

Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zum öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNVG) – Drucks. 16/3880 -

Sehr geehrter Herr Hermanns,

für die Übersendung des Entwurfes der Novelle des ÖPNV-Gesetzes bedanken wir uns.

Vorbemerkung:

Grundsätzlich wird begrüßt, dass die Novellierung zu einer Intensivierung des Qualitätswettbewerbes im ÖPNV führen wird. Der Gesetzesentwurf ist klar strukturiert und durch die Einführung von Begriffstimmung für den Verwender verständlicher geworden. Der Hessische Städte- und Gemeindebund sieht jedoch die mit dem Entwurf verfolgte Stärkung der Aufgabenträger zu Lasten der kreisangehörigen Kommunen kritisch. Mit der Abänderung des § 4 ÖPNVG a. F. erfolgte eine deutliche Schwächung der Stellung der kreisangehörigen Kommunen. Dies setzt sich auch bei der „Neuregelung" der Finanzierungsgrundsätze im Gesetzentwurf fort. Ein Mitspracherecht der kreisangehörigen Kommunen ist nicht im Entwurf enthalten, obwohl die Kommunen über die Kreisumlage die Aufgabenträger mit finanzieren.

I. Stellungnahme des hessischen Städte- und Gemeindebundes zum Entwurf der Landesregierung für ein Gesetz zum öffentlichen Personennahverkehr

Im Einzelnen wird wie folgt Stellung bezogen:

Hausanschrift: Henri-Dunant-Straße 13, 63165 Mühlheim, Internet: www.hsgb.de
Konto der Geschäftsstelle: Sparkasse Langen-Seligenstadt, Hauptzweigstelle Mühlheim (Main) Nr. 08 050 031 (BLZ 506 521 24)

1. Zu § 5 Abs. 3 ÖPNVG n. F. (Aufgabenträger)

Die in § 5 Abs. 3 ÖPNVG n. F. für kreisangehörige Gemeinden eröffnete Möglichkeit selbst die Rolle eines Aufgabenträgers im Sinne des Gesetzes zu übernehmen, sollte nicht in Abhängigkeit zur Einverständniserklärung eines Landkreises stehen. Gem. der Vorgaben in § 5 Abs. 1 ÖPNVG n. F. handelt es sich um eine Selbstverwaltungsaufgabe in kreisangehörigen Gemeinden. Wenn daher eine kreisangehörige Gemeinde diese Aufgabe selbst wahrnehmen will, ist dies ihre Entscheidung, die nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der Landkreis zustimmt. Im Gesetzentwurf ist vorgesehen, dass durch die Übernahme der Aufgabenträgerschaft keinerlei finanzielle Verpflichtungen zu Lasten des originären Aufgabenträgers entstehen. Insofern sollte der Passus, der eine Einverständniserklärung des Landkreises verlangt, gestrichen werden.

2. Zu § 6 ÖPNVG n. F. (Aufgabenträgerorganisation)

Die Entwurfsregelung sieht vor, dass die Aufgabenträgerorganisationen lokale Nahverkehrsorganisationen einrichten sollen. Dadurch sollen die Belange des lokalen Nahverkehrs sichergestellt werden. Im Gesetz ist des Weiteren vorgesehen, dass die kreisangehörigen Gemeinden die Möglichkeit haben, sich an diesen lokalen Nahverkehrorganisationen zu beteiligen. Eine unmittelbare Einflussnahme auf die Ausrichtung und Gestaltung der lokalen Nahverkehrsorganisationen wird den davon betroffenen Kommunen nicht eingeräumt. Wir fordern eine gesetzliche Regelung hierzu in den Gesetzentwurf aufzunehmen, um Bedenken und Anregungen der Betroffenen bei der Planung und Organisation des kommunalen Nahverkehrs ausreichend zu berücksichtigen.

Aus der Gesetzesnovellierung geht hervor, dass die Bedeutung der bestehenden Aufgabenträgerorganisationen – Rhein-Main-Verkehrsverbund und Nordhessische Verkehrsverbund – dadurch deutlich gestärkt werden, dass die Möglichkeit zur Einrichtung eines mittelhessischen Verkehrsbundes entfällt (§ 6 Abs. 2 ÖPNVG n. F.). Wir hoffen, dass das damit verfolgte Ziel, eine Verstärkung des Solidaritätsgedanken hinsichtlich der Aufrechterhaltung und Weiterentwicklung des Regionalverkehrs, tatsächlich erreicht wird. Wir werden diesen Ansatz kritisch verfolgen, da eine gesetzliche Reduzierung auf die Möglichkeit der Schaffung von 2 Verkehrsverbünden, nicht unbedingt dem Regionalisierungsgedanken Rechnung trägt. Hessen besteht aus mehrere Regionen. Eine Sichtweise, die von nur noch 2 Regionen ausgeht, widerspricht der Realität.

3. Zu § 7 ÖPNVG n. F. (Aufgaben der Aufgabenträgerorganisation)

Die in dem Entwurf vorgesehene Regelung in § 7 Abs. 3 und 4 ÖPNVG n. F. sehen wir als wegweisend an, da dadurch verdeutlicht wird, dass die Aufgabenträgerorganisation zur Zusammenarbeit verpflichtet werden, um ein durchgängiges Angebot des Personennahverkehrs zu gewährleisten. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die Deutsche Bahn AG immer weitergehend aus dem Personennahverkehr zurückzieht, für unsere Mitglieder von besonderer Bedeutung. Aus diesem Grunde

wird in dem Entwurf zu Recht festgelegt, dass die Verkehrsbünde die lokalen Nahverkehrsorganisationen an der Entscheidungsfindung für wichtige Vorhaben zu beteiligen haben. Leider vermissen wir in dem Entwurf die Definition für die Formulierung „wichtige Vorhaben". Auch erscheint die Regelung, dass „eine Beteiligung" zu erfolgen hat, nicht ausreichend, um eine Berücksichtigung der Interessen der lokalen Nahverkehrsorganisationen sicherzustellen. Die Beteiligung könnte bereits durch die bloße Inkenntnissetzung, dass ein so genanntes „wichtiges Vorhaben" beabsichtigt ist, gewahrt sein. Dies ist nicht ausreichend, um eine echte Beteiligung sicher zu stellen. Vielmehr sollte darauf Wert gelegt werden, dass ein Einvernehmen zu erzielen ist. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund wichtig, dass, wie von uns kritisiert, in § 6 ÖPNVG n. F. eine gesetzliche Mitsprachemöglichkeit der Gemeinden bei den lokalen Nahverkehrsorganisationen nicht vorgesehen ist.

4. Zu § 8 ÖPNVG n. F. (Erbringen von Verkehrsleistungen)

Für nicht nachvollziehbar halten wir die Regelung in Abs. 3, dass die Aufgabenträgerorganisation nicht als Unternehmer im Sinne des allgemeinen Eisenbahngesetzes oder des Personenbeförderungsgesetzes auftreten dürfen, um Personen im öffentlichen Personennahverkehr zu befördern. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 des ÖPNV-Entwurfes handelt es sich vorliegend um eine kommunale Selbstverwaltungsaufgabe. Die kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben ist zu Eigen, dass die Kommunen diese wirtschaftliche Betätigung im Rahmen der Selbstverwaltungsaufgabe als Leistung erbringen dürfen. Durch den Entwurf wird diese Möglichkeit, obwohl zunächst ausdrücklich festgelegt wird, dass es sich vorliegend um eine kommunale Selbstverwaltungsaufgabe handelt, für unzulässig erklärt. Für eine derartige gesetzliche Beschränkung sehen wir keine gesetzliche Notwendigkeit.

5. Zu § 9 ÖPNVG a. F. (Finanzierung)

Die in dem Entwurf vorgenommene Streichung des § 9 Abs. 1 ÖPNVG a. F. wird vom Hess. Städte- und Gemeindebund strickt abgelehnt. Die geltende Regelung sieht vor, dass Zuwendungen für Investitionen zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse in den Gemeinden nach dem Gemeindefinanzierungsgesetz unmittelbar gewährt werden. Die Neufassung des Gesetzes verzichtet auf eine derartige Regelung.

6. Zu § 11 ÖPNVG n. F. (Finanzierungsgrundsätze) und zu § 12 ÖPNVG n. F. (Zuwendungen des Landes)

Die Neuregelung der §§ 11,12 ÖPNVG n. F. sieht vor, dass die Finanzierungshilfen des Landes unmittelbar an die Aufgabenträgerorganisation gehen. Die Aufgabenträger können die Mittel dann nach eigenen „Gutdüngen" weitergeben. Damit sind die kreisangehörigen Gemeinden (mit Ausnahme der Sonderstatusstätte) von der bisherigen Förderung ausgeschlossen.

Die kreisangehörigen Städte und Gemeinden haben daher keinen unmittelbaren Zugang zu diesen Landeszuwendungen. Sie sind darauf angewiesen, dass im Rahmen

der „Solidarität" die Verkehrsverbünde sich um die lokalen Verkehrsbedürfnisse kümmern. Wenn so genannte „wichtige Vorhaben" anstehen, besteht die Gefahr, dass die Finanzierung des lokalen Verkehrs, der von den Gemeinden aufrechterhalten wird, nicht mehr ausreichend berücksichtigt wird. Mithin sind die Kommunen in dieser Beziehung auf sich gestellt, und können nicht mehr auf Hilfen des Landes rechnen. Sie haben sich vielmehr an die Aufgabenträgerorganisationen zu wenden. Das Land zieht sich durch diese Neuregelung aus seiner unmittelbaren Beteiligung an der Aufrechterhaltung des lokalen Nahverkehrs zurück. Der Hess. Städte- und Gemeindebund lehnt dies strickt ab.

In der bisherigen Praxis sind die Finanzmittel den Verkehrsverbünden mittelbar zugeflossen. Die Regelung in den §§ 11, 12 ÖPNVG n. F. unterbindet diesen mittelbaren Zufluss und verstößt damit gegen die Regelung des Finanzausgleichsgesetzes. In dem §§ 24, 25 FAG sind die Gemeinden als unmittelbaren Zuwendungsempfänger aufgeführt. Im Interesse unserer Mitglieder sollte dies auch in der Gesetzesnovelle so beibehalten bleiben, zumal nach Auffassung des Hess. Städte- und Gemeindebundes die beabsichtigte Regelung im ÖPNV-Gesetzentwurf die Regelung des FAG nicht aushebeln kann. Im Übrigen ist Seitens der Landesregierung nicht beabsichtigt, dass FAG entsprechend zu ändern. Das Land sollte zunächst klären, welche Regelungen künftig gelten.

Wir lehnen diese beabsichtigten Änderungen ab. Zumindest müsste im Entwurf ergänzt werden, dass die kreisangehörigen Kommunen unter 50.000 Einwohner als Zuwendungsempfänger nach wie vor aufgeführt werden.

II. Stellungnahme zu den schriftlichen Anfragen der Landtagsfraktionen zum Gesetzentwurf

Zu der Problematik der Ausschreibung von Personenbeförderungsleistungen sowie den Fragen der CDU-Landtagsfraktion, SPD-Fraktion, FDP-Fraktion und der Landtagsfraktion Bündnis 90, ist aus Sicht der dem Verband angehörigen Mitgliedstädte und -gemeinden folgendes ausführen:

Im Gesetzentwurf finden sich vergaberechtlich relevante Anknüpfungspunkte in § 7 Abs. 1 Nr. 4, wonach das Vergabeverfahren für das Erbringen von Nahverkehrsleistungen durch die Aufgabenträgerorganisation vorzubereiten und durchzuführen ist. Damit wird aber nur mittelbar erklärt, dass es Vergabeverfahren gibt, die anderweitig – in anderen Gesetzen bzw. Verordnungen – geregelt sind. § 8 Abs. 2 des Entwurfs verpflichtet Aufgabenträger zur Förderung einer Angebotsvielfalt insbesondere durch Unterstützen mittelständiger Strukturen des Verkehrsgewerbes.

Das Erfordernis der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens vor Vergabe Dienstleistung „Personenbeförderung" ist in bestehenden Gesetzen geregelt:

Soweit für die Dienstleistung der Schwellenwert von 200.000,-- Euro (Nettovergütung) unterschritten wird, regelt sich die Verpflichtung zur Ausschreibung gegenüber den

Kommunen nach § 30 Gemeindehaushaltsverordnung i. V. mit den Vorschriften der VOL/A (Abschnitt 1). Oberhalb des – i. d. R. erreichten – Schwellenwertes ist eine europaweite Ausschreibungspflicht auf der Grundlage der §§ 97 ff GWB, den Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV) und dem Abschnitt 2 der VOL/A gesetzlich vorgeschrieben. Eine weitergehende Regelung im ÖPNVG ist nicht erforderlich. Soweit die vorstehend genannten Regelungen - insbesondere § 8 Abs. 2 – einbezogen werden sollen, wird lediglich das wiederholt, was bereits gesetzlich vorgeschrieben ist, nämlich die Berücksichtigung mittelständiger Interessen (z. B. in § 97 Abs. 3 GWB). Eine Ausschreibung bietet darüber hinaus die Möglichkeit, das wirtschaftlichste Angebot zu erhalten. Neben dem Preis sind insoweit insbesondere auch die Leistungs- und Qualitätsbeschreibungen, im jeweiligen Leistungsverzeichnis von Belang. Für die Mitgliedsstädte und –gemeinden, die ausnahmsweise im Sinne des § 5 Abs. 3 des Entwurfs Aufgabenträger werden, besteht somit die Möglichkeit, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Soweit sich die Frage stellt, ob durch ein Landes- oder Bundesgesetz die Ausschreibungsvorschriften geändert werden können, kann dies für das innerstaatliche – haushaltsrechtlich strukturierte – Ausschreibungsverfahren bejaht werden, sofern Bundes- oder Landesgesetze etwas anderes regeln. Die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung – bei Überschreiten des Schwellenwertes - lässt sich aber weder durch bundes- noch durch landesrechtliche Vorschriften einschränken.

Vorstehendes zugrunde gelegt ist zu den jeweiligen Fragenkatalogen folgendes auszuführen:

Fragen der CDU-Landtagsfraktion

Frage 2:

Grundsätzlich wird das in dem Gesetzentwurf niedergelegte Besteller-Hersteller-Prinzip für eine sinnvolle Entflechtung der Aufgaben gehalten. Es kollidiert jedoch mit der gesetzlichen Festlegung, die auch den Tatsachen entspricht, dass es sich bei der Einrichtung und Durchführung des lokalen Nahverkehrsraums um eine Selbstverwaltungsaufgabe handelt. Das Besteller-Hersteller-Prinzip lässt sich unter Berücksichtigung der Natur einer kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe unserer Ansicht nach nicht lückenlos aufrechterhalten. Es kann den Kommunen nicht verwährt sein, selbst zu bestimmen, wie sie die kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben ausführen und gestalten. Unserer Ansicht nach, gehört die hierzu gehende Regelung nicht in den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs, sondern wird durch das Gemeindewirtschaftsrecht bereits klar vorgegeben. Eine derartige gesetzliche Regelung, wie sie § 8 Abs. 3 ÖPNV-Gesetz n. F. vornimmt, ist nicht erforderlich.

Frage 3:

Wir wenden uns dagegen, dass die kreisangehörigen Gemeinden, nicht mehr unmittelbar einen Anspruch auf die Zuteilung von Fördermittel haben. Es findet hier eine

Verlagerung zu Gunsten der großen Aufgabenträgerorganisationen statt, obwohl den kreisangehörigen Gemeinden dort nicht genügend Mitsprachemöglichkeiten eingeräumt wird. Wir lehnen daher diese Regelung ab.

Frage 4:

Der von der Landesregierung verfolgten Ansatz, dass Infrastrukturfördermittel an die Bedingungen geknüpft werden, dass die Infrastruktur diskriminierungsfreien Dritten zur Verfügung gestellt wird, ist der richtige Weg, um einen größeren Wettbewerb in diesem Bereich zu ermöglichen.

Frage 5:

Die Vergabe von Verkehrsleistungen in wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren stellt sich grundsätzlich als richtiger Weg dar. Das Ausschreibungsverfahren dient unter dem Gesichtpunkt der Durchführung eines Wettbewerbs der Ermittlung eines wirtschaftlichsten Angebots für die abgefragte Dienstleistung, wobei nicht nur der Preis, sondern auch andere Leistungs- und Qualitätsbeschreibungen Grundlage für diese Ermittlung darstellen können. Die Bedingungen, die in Ausschreibungen zwingend formuliert werden sollen, hängen vom Einzelfall ab und sind durch den Aufgabenträger zu bestimmen. Der Umfang solcher Bedingungen hat sich an den Vergabevorschriften und daran zu orientieren, dass es sich um vergaberelevante und nicht vergabefremde Kriterien handeln muss.

Fragen der SPD-Fraktion

Die lediglich in § 8 Abs. 2 des Gesetzentwurfs zum Ausdruck kommende Wettbewerbssituation im Hinblick auf die Unterstützung mittelständischer Strukturen ergibt sich – wie bereits ausgeführt – bereits aus den einschlägigen Vergabegesetzen. Ob künftig in Hessen mit einem „fairen Wettbewerb" zu rechnen ist, lässt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen, maßgeblich dafür ist die Beachtung der Vergabevorschriften. Soweit das Gesetz - § 8 Abs. 3 des Entwurfs – dem Aufgabenträger untersagt, die Leistung selbst zu erbringen, ist dies unter dem Gesichtspunkt der Vergaberechts nicht erforderlich und auch nicht sinnvoll. Für den Fall, dass eine Kommune gemäß § 5 Abs. 3 des Entwurfs bzw. unbeschadet dessen Aufgabenträger ist, bestehen keine Bedenken, dass der Aufgabenträger die Leistungen selbst durch einen Eigenbetrieb oder eine kommunale Eigengesellschaft durchführt. Es handelt sich dabei um ein vergabefreies so genanntes „In-House-Geschäft", welches nicht ausschreibungspflichtig ist. Das gesetzliche Verbot einer solchen Aufgabenkonstellation wird abgelehnt. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der öffentliche Nahverkehr im Rahmen kommunalen Selbstverwaltung ausgeübt wird (§ 5 des Entwurfs).

Die Frage, ob die durch Urteil des Europäischen Gerichtshofs und die gegenwärtig bundesgesetzliche Regelung in den Ländern eine Vergabe der Leistungen ohne Ausschreibung auch in Hessen erfolgen soll, lässt sich zum einen dahingehend beantworten, dass ein Ausschreibungsverfahren eine Möglichkeit darstellt, ein wirtschaftliches Angebot zu erhalten. Darüber hinaus ist nach diesseitiger Einschätzung im Zusammenhang mit der Pflicht einer europaweiten Ausschreibung kein Absehen von einem solchen Verfahren möglich, das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.07.2003 (Rechtssache: C–280/00 – Altmarktrans) enthält keine Ausführungen dazu, dass ein Ausschreibungsverfahren nicht erforderlich ist. Vielmehr behandelt die Entscheidung ausschließlich die Problematik der Finanzierung (Quersubventionierung) der ÖPNV in der Bundesrepublik.

Fragen der FDP-Fraktion

Frage 1:

Die Regelung des § 8 Abs. 2 stellt – wie bereits vorstehend dargelegt – lediglich eine Wiedergabe der Mittelstandsförderung dar, wie sie in Vergabevorschriften im innerstaatlichen sowie im europaweiten Ausschreibungsverfahren bestehen. Die Berücksichtigung mittelständiger Unternehmen wird im Rahmen der kommunalen Aufgabenträgereigenschaft insoweit eine unbedeutendere Rolle spielen, als dort nicht Leistungen abgefragt werden, die über das Gemeindegebiet hinausgehen und insoweit auch durch mittelständige Unternehmen abgedeckt werden können. In anderen Fällen könnte dies zur Folge haben, dass die Gesamtleistung in Lose aufgeteilt werden müsste. Diese Entscheidung obliegt dem Aufgabenträger unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben.

Eine Beurteilung derzeit vorhandener Maßnahmen ist diesseits nicht möglich, da die Mitgliedsstädte- und -gemeinden i. d. R. nicht Aufgabenträger sind und insoweit konkrete Ausschreibungsverfahren nicht bekannt sind. Insoweit lässt sich auch nicht beurteilen, welche Veranlassungen zur Gewährleistung eines „fairen Wettbewerbs" – einmal unterstellt, einen solchen gäbe es nicht – veranlasst werden müssen.

Frage 2:

Wettbewerbsvorteile kommunaler Verkehrsbetriebe lassen sich nicht ohne weiteres feststellen, sofern sie im erwerbswirtschaftlichen Wettbewerb stehen und auftreten.

Frage 4:

Den durch den Gesetzentwurf vorgegebenen Weg, dass es zukünftig gesetzlich festgelegt nur noch 2 große Aufgabenträgerorganisationen – den Rhein-Main-Verkehrsverbund und den Nordhessischen Verkehrsverbund – geben wird, halten wir

für gerade noch vertretbar. Den Zusammenschluss der beiden Verkehrsverbünde zu einem einzigen hessischen Verkehrsverbund, lehnen wir ab. Die Zusammenführung der beiden großen Verkehrsverbünde würde unserer Ansicht nach dazu führen, dass die den Verkehrsverbünden eigentlich übertragene Aufgabe, die notwendigen Organisationsstrukturen für eine Aufrechterhaltung des öffentlichen Personennahverkehrs vorzugeben, nicht mehr ausreichend gewährleistet wäre. Je weiter die eigentlichen Entscheidungsträger, von den Problemen vor Ort wegrücken, desto schwieriger wird es, bedarfgerechte Lösungen zu finden. Einen derartigen Ansatz, wie die Zusammenführung der Verkehrsverbünde, lehnen wir daher ab.

Fragen der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen

Zu der Problematik der derzeitigen hessischen Erlasslage (Ausschreibungswettbewerb) kann darauf hingewiesen werden, dass – wie vorstehend ausgeführt – die Ausschreibung die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ermöglicht. Insbesondere lassen sich auch Ausschreibungsstandards hinsichtlich der Qualität der für die Fahrgäste erbrachten Leistungen in eine solche Ausschreibung einbeziehen. Standards im Hinblick auf Arbeitsbedingungen müssen im Einzelfall daraufhin untersucht werden, ob sie a) als Vergabe, fremdes oder untermittelbares Vergabekriterium anwendbar sind.

Die Frage der Einflussnahme auf die Lohnstruktur richtet sich nach den vergaberechtlich relevanten Verordnungen und Gesetze. Insoweit kann – vergaberechtlich – Einfluss genommen werden. Die Wahrung der Interessen mittelständiger Unternehmen ist einerseits im Rahmen der – bereits benannten – Vergabegesetze und Verordnungen von Bedeutung und findet sich im Entwurf § 8 Abs. 2 wieder.

Bei der mündlichen Anhörung am 30.06.05 werden wir selbstverständlich vertreten sein.

In der Hoffnung auf weitgehende Berücksichtigung unserer Überlegungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

Diedrich E. Backhaus

Direktor

Becker Büttner Held
Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Becker Büttner Held · Postfach 36 03 52 · 10973 Berlin
Hessischer Landtag
Vorsitzender des Ausschusses
für Wirtschaft und Verkehr
Herrn Rüdiger Hermanns
Schlossplatz 1- 3

65183 Wiesbaden

eing. 23.06.05
S

vorab per Telefax: 0611-350-345
vorab per Email: r.hermanns@ltg.hessen.de
vorab per Email: k.schnier@ltg.hessen.de

Unser Az.: 01389-05
(Bitte stets angeben)

☎ (030) 611 284 0-10

Dr. Christian Jung/Dr. Sascha Michaels
Berlin, 23.06.2005

Sachverständigenanhörung zum Gesetzentwurf der Landesregierung am 30.06.2005

Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zum öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNVG) – Drucks. 16/3880 und
Antrag der Fraktion der SPD betreffend Erhaltung des öffentlichen Personennahverkehrs durch marktorientierte Direktvergabe – Drucks. 16/3753

Sehr geehrter Herr Hermanns,

mit Schreiben vom 08.06.2005 wurde ich als Sachverständiger zur Teilnahme an der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein neues ÖPNV-Gesetz in Hessen (Drucks. 16/3880) eingeladen. Dafür möchte

BBH Berlin
Köpenicker Straße 9
D-10997 Berlin
Telefon (030) 611 284 0-0
Telefax (030) 611 284 099
kanzlei@bbh-berlin.de
www.bbh-berlin.de

BBH Marburg
Wilhelm-Roser-Straße 25
D-35037 Marburg
Telefon (06421) 16 896-0
Telefax (06421) 16 896-79
kanzlei@bbh-marburg.de
www.bbh-marburg.de

BBH München
Untere Weidenstr. 5
D-81543 München
Telefon (089) 231 164-0
Telefax (089) 231 164-570
kanzlei@bbh-muenchen.de
www.bbh-muenchen.de

BBH Kooperationspartner Wien
Stallburggasse 4
A-1010 Wien
Telefon (+43 1) 5 338 080
Telefax (+43 1) 5 356 076
office@bbh-wien.at
www.bbh-wien.at

ich mich, zugleich im Namen meiner verkehrsrechtlich spezialisierten Kollegen, vielmals bedanken.

Mit diesem Schreiben überreichen wir die vorab erbetene schriftliche Stellungnahme. Wir haben uns dabei trotz der formalen Gestaltung als zusammenhängender Text inhaltlich so weit wie möglich an den Fragenkatalogen der Landtagsfraktionen orientiert. Allerdings war es uns nicht möglich, auf sämtliche Fragen einzugehen, da wir uns als juristische Sachverständige nur zu spezifischen Rechtsfragen äußern können, bei denen wir glauben, aufgrund unserer Beratungserfahrung einen konstruktiven Beitrag zur weiteren Arbeit an dem Gesetzentwurf leisten zu können.

Von den rechtlichen Fragen, welche die Landtagsfraktionen zu dem vorliegenden Gesetzentwurf gestellt haben, kreist die Mehrzahl um den Problemkomplex, ob und inwieweit in Hessen neben der Ausschreibung auch die sog. „marktorientierte Direktvergabe" von Linienverkehrskonzessionen zulässig ist beziehungsweise zugelassen werden sollte. Der Antrag der SPD-Fraktion vom 08.03.2005 (Drucks. 16/3753) beschäftigt sich sogar ausschließlich mit diesem Grundproblem.

Um dieser Interessengewichtung Rechnung zu tragen, soll in der nachfolgenden Stellungnahme

- zunächst die Legitimität der sog. marktorientierten Direktvergabe als zulässige Alternative im europarechtlichen und bundesrechtlichen Kontext dargestellt werden (Gliederungspunkt I.);

- sodann werden wir auf einige konkrete Auswirkungen eingehen, die zu erwarten wären, wenn das Gesetz in der vorliegenden Entwurfsfassung in Kraft tritt (Gliederungspunkt II.);

- den Abschluss bildet eine kurze Stellungnahme zu dem erwähnten Antrag der SPD-Fraktion (Gliederungspunkt III.), die sich allerdings auf diejenigen Aspekte beschränkt, welche nicht unter Gliederungspunkt I. schon behandelt wurden.

I. Rechtsgrundlagen des ÖPNV und der Gesetzentwurf der Landesregierung

1. Ausgangspunkt

Mit ihrem Gesetzentwurf für ein neues ÖPNV-Gesetz verfolgt die Hessische Landesregierung ausweislich der amtlichen Begründung das Ziel, den Sicherstellungsauftrag der ÖPNV-Aufgabenträger stärker vom Durchführungsauftrag der Verkehrsunternehmen zu trennen. Gleichzeitig soll die Organisation der Landesförderung die Eigenverantwortlichkeit und die

Handlungsspielräume der ÖPNV-Aufgabenträger erweitern. Im Zuge dessen erfolgt künftig „... eine strikte Trennung von Besteller (ÖPNV-Aufgabenträger) und Ersteller (Verkehrsunternehmen), um den öffentlichen Sicherstellungsauftrag der ÖPNV-Aufgabenträger klar von den unternehmerischen Aufgaben der Verkehrsdurchführung abzugrenzen und Ausschreibungen von Verkehrsleistungen durch die ÖPNV-Aufgabenträgerorganisationen diskriminierungsfrei zu gestalten." Dabei sollen die verschiedenen Fördermittel des Landes für den ÖPNV, bei denen es sich größtenteils um weitergereichte Bundesmittel handelt, gebündelt werden und insbesondere den Aufgabenträgerorganisationen und Infrastrukturunternehmen, nicht also, wie zum Teil bisher, den Verkehrsunternehmen selbst zukommen.

Daraus wird klar erkennbar, dass die Hessische Landesregierung durch die Novelle des ÖPNV-Gesetzes ihr politisches Ziel, den ÖPNV in Hessen künftig ausschließlich im Wege der Ausschreibung von Verkehrsleistungen zu organisieren, durch die Ausnutzung landesgesetzlicher Gestaltungsspielräume zu verwirklichen sucht. Unter Berücksichtigung dieses politischen Zieles und der von der Hessischen Landesregierung in der Begründung zum Gesetzentwurf formulierten Zwecksetzung sind die meisten dort vorgesehenen Regelungen als konsequent anzusehen.

2. Mögliche Wege zur Erteilung von Linienverkehrskonzessionen – Alternativen im Rechtssystem

Die mittelbare Festlegung auf die Ausschreibung als einziges Instrument zur Begründung ausschließlicher Verkehrsrechte beruht aus unserer Sicht freilich auf einer zu engen Interpretation des Europäischen Gemeinschaftsrechts und des Bundesrechts.

Nachstehend werden wir versuchen, auf der Grundlage einer Analyse des deutschen (a.) und europäischen (b.) Rechtsrahmens zu zeigen, dass die Entscheidung der Hessischen Landesregierung zu Gunsten einer Ausschreibung von ÖPNV-Verkehrsleistungen eine politische Entscheidung darstellt und keineswegs rechtlich zwingend ist (c.).

a) Nationaler Rechtsrahmen für die Erbringung von ÖPNV-Verkehrsleistungen

Fast alle ÖPNV-Unternehmen können ihren Aufwand nicht durch die Erträge aus Fahrgeldern, gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsleistungen (für den Schülerverkehr, für Schwerbehinderte etc.) allein bestreiten, sondern weisen ein Defizit auf. Dieses entsteht zunächst deshalb, weil ÖPNV per se meist nicht kostendeckend zu erbringen ist, weil dabei bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu erfüllen sind (z.B. die Beförderung in dünn besiedelten Gebieten, Fahrten nur zu genehmigten Tarifen usw.). Mitunter entsteht ein anderer Teil des Defizits aber auch wegen noch nicht ausreichend effizienter Strukturen des

jeweiligen Verkehrsunternehmens (betriebliche Abläufe, Personal, ungünstige Kapitalkosten usw.).

Mit der Reform des PBefG hat der deutsche Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen sog. eigenwirtschaftlichen Verkehren (§ 13) und sog. gemeinwirtschaftlichen Verkehren (§ 13a) vorgenommen. Gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG sind Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr (grundsätzlich) eigenwirtschaftlich zu erbringen. Als eigenwirtschaftlich gelten gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Nach der vom Gesetzgeber zu Grunde gelegten, bisher praktizierten und auch vom BVerwG bestätigten Auslegung gelten Zuschüsse des Aufgabenträgers sowie Verlustausgleiche im Rahmen des sog. Querverbunds als „sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne". Damit bedurften solche Personenbeförderungsleistungen bisher keiner öffentlichen Ausschreibung, sondern wurden im Wege eines Genehmigungsverfahrens gem. § 13 PBefG auf Antrag erteilt.

Obwohl der Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit" das Gegenteil vermuten lässt, werden auch im Rahmen eigenwirtschaftlicher Verkehre Zuschüsse aus öffentlichen Kassen geleistet, insbesondere von den Kommunen als Aufgabenträger. In kommunalen Querverbundsunternehmen (d.h. mit Ergebnisabführungsvertrag, steuerlicher Organschaft) wird das Defizit der ÖPNV-Sparte regelmäßig durch Verrechnung mit Gewinnen der Versorgungssparte ausgeglichen. Hierbei wurde bisher nicht danach unterschieden, weshalb das Defizit entsteht bzw. wofür der Ausgleich genau vorgenommen wird. Gemäß der gesetzlichen Vorrangregel in § 8 Abs. 4 PBefG werden derzeit ÖPNV-Linien in aller Regel eigenwirtschaftlich i. S. v. § 13 PBefG gefahren. Eine Ausschreibung wird bei der Gewährung eigenwirtschaftlicher Linienverkehrskonzessionen vom deutschen Recht nicht verlangt.

Anders bei der Konzessionierung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen. Seit 01.01.1996 enthält das deutsche Recht in § 13a PBefG eine nationale Vorschrift über die Beauftragung von Unternehmen, die nach der VO (EWG) Nr. 1191/69[1] hoheitlich zu ÖPNV-Leistungen verpflichtet wurden. Derartige Beförderungsdienste dürfen nur genehmigt werden, wenn die konkret gewählte „Lösung" zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit führt. Die Ermittlung jener „geringsten Kosten für die Allgemeinheit" bestimmt sich nach einer besonderen Bundesverordnung auf der Grundlage von § 57 Abs. 1 Nr. 7 PBefG (sog. Geringste-Kosten-Verordnung; BGBl. 1995 I, S. 1705). Letztere stellt zwei Kostenbestim-

[1] VO (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.06.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. 1969 Nr. L 156/1.

mungsmodelle zur Wahl: zum einen die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 (BAnz. Nr. 244 vom 18.12.1953), zum anderen die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach VOL/A. Dies ist der einzige Fall, für den das deutsche Personenbeförderungsrecht eine Ausschreibung von Linienverkehrskonzessionen vorsieht. Allerdings dient auch die Ausschreibung nach der Geringste-Kosten-Verordnung nicht eigentlich der Vorbereitung eines Auftragsverhältnisses mit dem Verkehrsunternehmen, sondern in erster Linie der Ermittlung des maximal zulässigen Zuschussbedarfs.

b) Europäischer Rechtsrahmen

Der ÖPNV in den EG-Mitgliedstaaten ordnet sich gemeinschaftsrechtlich zwischen den Verkehrskompetenzen der Art. 70 ff. EG und den Wettbewerbs- und Beihilfevorschriften der Art. 81 ff. (insbes. Art. 86 – 88) EG ein. Nehmen schon die Infrastrukturbereiche im Unterschied zu anderen Wirtschaftssektoren eine gewisse Sonderstellung im europäischen Binnenmarkt ein, so gilt dies für den Personenverkehr ganz besonders, handelt es sich doch bei diesem nicht nur um einen Gegenstand des wirtschaftlichen Austauschs, d. h. von Angebot und Nachfrage, sondern auch um eine Daseinsvorsorgeleistung des Staates – in europarechtlichen Kategorien (Art. 16, 86 Abs. 2 EG) um eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse". Diesen Umstand berücksichtigt Art. 73 EG. Hiernach sind Beihilfen (i. S. des Art. 87 EG) ohne weiteres mit dem Vertrag vereinbar, wenn sie der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung zusätzlicher Belastungen dienen, die aus der Verpflichtung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erwachsen.

Der Wortlaut des Art. 73 EG ist unbestimmt und ermöglicht nicht in jedem Einzelfall die Feststellung, ob eine Leistung eines Mitgliedstaates an ein Verkehrsunternehmen eine notifizierungspflichtige Beihilfe darstellt oder nicht.

Die notwendige Konkretisierungsleistung erbringt die VO (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der VO (EWG) Nr. 1893/91 (im Folgenden: VO Nr. 1191/69). Die genannte Verordnung zielt auf die Beseitigung der Unterschiede ab, die sich dadurch ergeben, dass Mitgliedstaaten in verschiedenem Ausmaß den Verkehrsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen; daraus resultieren normalerweise erhebliche Verfälschungen der Wettbewerbsbedingungen.[2] Andererseits müssen in gewissen Fällen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen angeordnet oder aufrechterhalten werden, um eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen.[3] In dieser Dilemmasituation ordnet die VO Nr. 1191/69 an, dass solche Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes grundsätzlich aufgehoben werden müssen. Wo dies nicht möglich ist, sind die damit verbundenen Belastungen finanziell auszugleichen. Hierfür

[2] So die 1. Begründungserwägung der VO (EWG) Nr. 1191/69.

[3] Vgl. die 2. Begründungserwägung der VO (EWG) Nr. 1191/69.

wird eine gemeinschaftsweit einheitliche Methode zur Berechnung des Ausgleichsbetrages vorgeschrieben, die letztlich darauf hinausläuft, dass dem betreffenden Verkehrsunternehmen der Differenzbetrag zwischen den Kosten, welche die Einhaltung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen verursacht, und seinen erzielten Einnahmen erstattet wird. Dabei hat die anordnende Behörde nach Art. 3 Abs. 1 der VO Nr. 1191/69 stets „... diejenige Lösung ..." zu wählen, „... welche die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt". Kompensationsleistungen in diesem Rahmen sind in jedem Fall zulässig und von der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht gem. Art. 88 Abs. 3 EG ausgenommen.

Nicht zufällig ähnelt die Rechtslage nach der VO Nr. 1191/69 insoweit der Ermittlung zulässig Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verkehre nach deutschem Recht. § 13a PBefG ist nach seinem eigenen Wortlaut eine Aufführungsvorschrift zur VO Nr. 1191/69. Anders als das deutsche nationale Recht sieht das Europarecht jedoch kein Vergabeverfahren oder eine Ausschreibung vor – auch nicht zur Ermittlung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit.

Verkehrsunternehmen können sich jedoch auch außerhalb des Anwendungsbereichs der VO Nr. 1191/69 zur Übernahme von Leistungen im Gemeinwohlinteresse verpflichten. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der VO Nr. 1191/69 erlaubt sogar explizit die Herausnahme von städtischen Nahverkehrsleistungen aus dem Anwendungsbereich dieser Verordnung. Bis Ende 1995 hat der deutsche Gesetzgeber von der Ausnahmemöglichkeit des Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 VO Nr. 1191/69 auch exakt in dem dort vorgezeichneten Umfang Gebrauch gemacht. Seit 01.01.1996 wird die vorbezeichnete Ausnahme nach deutschem Recht für die eigenwirtschaftlichen Verkehr i. S. v. § 13 PBefG in Anspruch genommen. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO Nr. 1191/69 bestimmen über Art und Umfang zulässiger öffentlicher Ausgleichsleistungen die VO (EWG) Nr. 1107/70[4] sowie das allgemeine Beihilfenrecht der Art. 87, 88 EG. Zur Konkretisierung der allgemeinen beihilfenrechtlichen Grenzen für Ausgleichsleistungen betreffend Verkehrsleistungen außerhalb der VO Nr. 1191/69 hat der EuGH in seiner Entscheidung „Altmark Trans" vom 24.07.2003[5] die bekannten vier Kriterien entwickelt.

Wichtig ist dabei, festzuhalten, dass auch für die sog. eigenwirtschaftlichen Verkehre außerhalb der VO Nr. 1191/69 weder das allgemeine Beihilfenrecht des EG-Vertrages noch dessen Konkretisierung in den EuGH-Kriterien nach „Altmark Trans" eine Ausschreibung oder ein Vergabeverfahren vorsehen.

---

4 VO (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 04.06.1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, ABl. 1970 Nr. L 130/1.

5 EuGH, Rs. C-280/00, Urt. v. 24.07.2003, Slg. 2003, I-7747, Rn. 57 "Altmark Trans".

Im Ergebnis zeigt sich also, dass das europäische Gemeinschaftsrecht für die Ermittlung zulässiger Ausgleichsleistungen an Verkehrsunternehmen an keiner Stelle die Durchführung eines Vergabeverfahrens verlangt. Dies gilt sowohl für hoheitlich angeordnete Verkehrsleistungen im Rahmen der VO Nr. 1191/69 als auch für freiwillig übernommene Verkehre außerhalb der genannten Verordnung. Die Instrumentalisierung eines Vergabeverfahrens zur Kostenbestimmung ist allein eine Entwicklung des nationalen deutschen Rechts in Gestalt der oben referierten Geringste-Kosten-Verordnung. Europarechtlich erforderlich ist ein solches Vorgehen nicht.

c) Die marktorientierte Direktvergabe als legitimer Weg für die Erteilung von Verkehrskonzessionen

aa) Begriff

Der Begriff der „marktorientierten Direktvergabe", der nicht auf die Originalterminologie der Europäischen Gemeinschaftsorgane zurückgeht, ist tendenziell missverständlich. Man versteht darunter die Erteilung von Linienverkehrskonzessionen an ein Unternehmen gemäß § 13 PBefG im eigenwirtschaftlichen Bereich, wobei die Leistungen des Aufgabenträgers zum Ausgleich der durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstehenden Verluste nicht durch ein Vergabeverfahren, sondern aufgrund einer Analyse angemessener Kosten ermittelt werden. Trotz eines Zuschussbedarfes werden bei einem solchen Vorgehen keine gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Sinne des § 13a PBefG bestellt. Vielmehr folgt die Genehmigungserteilung der Initiative des jeweiligen Verkehrsunternehmens, das mit seinem unternehmerischen Impetus an die zuständigen Behörden herantritt und sich dafür Ausschließlichkeitsrechte einräumen lässt. Auf diese unternehmerinitiierten Verkehre sind weder die VO Nr. 1191/69 noch § 13a PBefG nebst Ausführungsvorschriften anwendbar.

Folglich ist in einer solchen Situation auch das in der Geringste-Kosten-Verordnung vorgesehene Vergabeverfahren zur Ermittlung des zulässigen Umfangs an Ausgleichsleistungen nicht erforderlich. Linienverkehrskonzessionen können danach an interessierte Unternehmen direkt erteilt werden, freilich auf der Grundlage einer analytischen Begrenzung möglicher Zuschussleistungen nach marktanalogen Maßstäben.

bb) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans"

In der Rechtssache „Altmark Trans" hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob aus europarechtlicher Sicht zuschussbedürftige Verkehre durch eine nationale Regelung dem Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 entzogen werden dürfen. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hatte aus der Perspektive des deutschen Rechts keine Probleme darin gesehen, dass Verkehrsleistungen auch dann noch als eigenwirtschaftlich im

Sinne der §§ 8 Abs. 4 S. 2, 13 PBefG angesehen werden können, wenn zum Ausgleich des dabei erwirtschafteten Defizits öffentliche Zuschüsse gewährt werden. Damit war jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob die Definition eigenwirtschaftlicher Verkehre nach deutschem Recht den Ausnahmetatbestand in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der VO Nr. 1191/69 erfüllt.

Der EuGH ging in seiner Entscheidung davon aus, dass die von der VO Nr. 1191/69 eröffnete Möglichkeit, „... Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich dieser Verordnung aus*[zu]*nehmen", auch eine Teilausnahme für bestimmte Verkehre erlaubt.[6] Um feststellen zu können, in welchem Fall diese Ausnahme gelte, müsse jedoch in den nationalen Rechtsvorschriften klar festgelegt sein, in welchem Umfang von dieser Ausnahmebefugnis Gebrauch gemacht worden sei.[7] Insbesondere wurde auf das Erfordernis der Rechtssicherheit verwiesen, und zwar in dem Sinne, „dass die Rechtslage für den Einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese ggf. vor den nationalen Gerichten geltend zu machen."[8]

Die Antwort auf diese Frage ist von entscheidender Bedeutung, denn die Geringste-Kosten-Verordnung mit ihrem mittelbaren Zwang zur Ausschreibung wäre nur dann nicht zu vermeiden, wenn das PBefG für eigenwirtschaftliche Verkehre keine europarechtlich wirksame Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 festschreiben würde.

cc) Keine endgültige Entscheidung über die Rechtssicherheit der Ausnahme

Eine Entscheidung über die Frage, ob die in den §§ §§ 8 Abs. 4 S. 2, 13 PBefG vorgesehene Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 für eigenwirtschaftliche Verkehre hinreichend rechtssicher ist, wurde in dem Rechtsstreit vor dem BVerwG nicht mehr getroffen, weil die Parteien des Revisionsverfahrens die Sache vorher übereinstimmenden für erledigt erklärten.[9] Das BVerwG betrachtete in seiner Kostenentscheidung die Erfolgsaussichten als offen und ordnete eine Kostenteilung an, wobei es sogar explizit feststellte, dass die über das konkrete Verfahren hinausgehenden Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung, zu denen vor allem die Frage einer rechtssicheren Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 gehörte, in einem bloßen Kostenbeschluss nicht geklärt werden könnten.

---

6 EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 57 "Altmark Trans".

7 EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 58 "Altmark Trans".

8 EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 59 "Altmark Trans" m.w.N. auf vorangegangene Rspr.

9 BVerwG, Beschluss v. 11.12.2003, 3 C 7.99, IR 2004, 40.

dd) Meinungsbild

Sowohl in der Jurisprudenz als auch in der Verwaltungspraxis werden zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die überwiegende Verwaltungspraxis sowie zwei bisher vorliegende Entscheidungen von Instanzgerichten lassen die §§ 8 Abs. 4 S. 2, 13 PBefG als hinreichend rechtssicher genügen.

(1) Auffassungen contra

Von den Gegnern eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen auf der Grundlage einer ausschreibungsfreien Konzessionierung wird darauf verwiesen, dass der EuGH in seiner Entscheidung selbst Zweifel an der Rechtssicherheit der Ausnahme[10] geäußert habe.[11] Ferner wird versucht, zu begründen, dass angesichts zahlreicher – mitunter konstruierter – Auslegungsschwierigkeiten eine rechtssichere Abgrenzung eigenwirtschaftlicher von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen nicht möglich sei.[12] Auf der Grundlage eines einzelnen Gutachtens[13] einer Unternehmensberatungsgesellschaft hat überdies das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung in einem Schreiben an die Hessischen Regierungspräsidien, ÖPNV-Aufgabenträger, Hessischen Verkehrsverbünde und Hessischen lokalen Nahverkehrsorganisationen vom 12. März 2004 die vollumfängliche Anwendung der VO Nr. 1191/69 auf alle zuschusspflichtigen Verkehre empfohlen.[14] Die Befugnis zum Erlass derartiger Ausführungshinweise wird vor dem Hintergrund der alleinigen Kompetenz des

---

[10] EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 62 "Altmark Trans": „Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Genehmigung von Verkehrsdiensten, deren Betrieb öffentliche Zuschüsse erfordert, offenbar sowohl dem eigenwirtschaftlichen als auch dem gemeinwirtschaftlichen Verkehr zugeordnet sein können. Wäre dies tatsächlich der Fall, so würden die betreffenden nationalen Rechtsvorschriften nicht klar und bestimmt regeln, in welchem Fall solche Genehmigungen unter die eine oder aber die andere dieser Regelungen fielen. Da die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69/EWG für den eigenwirtschaftlichen Verkehr nicht gilt, würde sich eine etwaige Unsicherheit bei dessen Abgrenzung vom gemeinwirtschaftlichen Verkehr auch auf den Anwendungsbereich dieser Verordnung in Deutschland erstrecken."

[11] Vgl. etwa *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1202 (1202), die sogar die Auffassung vertreten, dass eine Präzisierung durch den deutschen Gesetzgeber im Sinne einer noch deutlicheren Formulierung des weiten Eigenwirtschaftlichkeitsbegriffes im Sinne des herrschenden Verständnisses EG-Vertrages rechtswidrig wäre, weil damit hinter einen einmal erreichten Liberalisierungsgrad zurückgefallen würde (a.a.O., S. 1203); ähnlich *Baumeister*, NZBau 2003, 550 (551).

[12] In diesem Sinne etwa ein Gutachten der KCW GmbH (*Werner/Wolf/Landsberg/Schaafkampf*) im Auftrag des Rhein-Main Verkehrsverbundes in Zusammenarbeit mit dem hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom Dezember 2003 „zur Anwendbarkeit der VO (EWG) Nr. 1191/69 in Deutschland"; sowie ein unadressiertes Gutachten der Rechtsanwältin *Dr. Sybille Barth*, Kanzlei Barth Baumeister Griem, vom Januar 2004 mit dem Titel „Gestaltungsoptionen für die Finanzierung des straßengebundenen ÖPNV aus rechtlicher Sicht. Wie sind Optionen der Sicherstellung des finanzierungsbedürftigen ÖPNV auf eigen- oder gemeinwirtschaftlicher Basis rechtlich zu beurteilen? – Gutachten zur Anwendbarkeit der VO (EWG) 1191/69 auf den straßengebundenen ÖPNV.

[13] Der KCW GmbH, vgl. oben vorige Fußnote.

[14] Vgl. auch *Metz*, IR 2004, 79 (81).

Bundesministeriums für Verkehr zum Erlass von Verwaltungsvorschriften zur Durchführung des PBefG gemäß § 58 PBefG zu Recht angezweifelt.[15]

(2) Auffassungen pro

Dem stehen Ansichten in der juristischen Literatur entgegen, wonach die Teilbereichsaufnahme von der VO Nr. 1191/69 angesichts der klaren Unterscheidung zwischen Behördeninitiiertheit gemeinwirtschaftlicher Verkehre (§ 13 a PBefG) und Unternehmerinitiiertheit eigenwirtschaftlicher Verkehre (§ 13 PBefG) ausreichend bestimmt sei.[16] Inzwischen liegen auch rechtswissenschaftliche Gutachten vor, die zu der Auffassung gelangen, dass das PBefG eine rechtssichere Ausnahme von der VO 1191/69/EWG enthält.[17] Die Argumente für und wider sollen hier nicht wiederholt werden. Aus unserer Sicht können jedoch die Gründe, die in dem vom hessischen Verkehrsminister herangezogenen Gutachten für eine angeblich nicht rechtssichere Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 ins Feld geführt werden, ebenso überzeugend widerlegt werden.[18]

(3) Bund-Länder-Fachausschuss Straßenpersonenverkehr

Auch der Bund-Länder-Fachausschuss Straßenpersonenverkehr, ein Ausschuss der Verkehrsministerien des Bundes und der Länder, hat in einem Bericht vom 18. Februar 2004[19] begründet, warum ungeachtet möglicher Zweifel des EuGH die Teilbereichsausnahme von der genannten Verordnung ausreichend bestimmt sei.[20] In diesem Bericht wird ausdrücklich die Auffassung zurückgewiesen, dass den Verkehrsunternehmen ein Wahlrecht zwischen eigenwirtschaftlicher gemeinwirtschaftlicher Erbringung ihrer Verkehrsleistungen zustehe.

Für die Rechtssicherheit der Ausnahme von der VO 1191/69 kann weiterhin herangeführt werden, dass streng genommen die mangelnde Rechtsklarheit bei der Unterscheidung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren auch gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes verstoßen würde, während die Verfassungswidrigkeit des PBefG insoweit noch von keiner Seite geltend gemacht wurde. Der Umstand, dass sich einem Leser, der die Hintergründe der Gesetzgebung nicht kennt, bei der Lektüre von § 8 Abs. 4 PBefG die Möglichkeit der Einordnung zuschussbedürftiger Verkehre als eigen-

---

15 Vgl. *Metz*, IR 2004, 79 (81).

16 So mit weiteren zusätzlichen Argumenten *Ronellenfitsch*, Der Nahverkehr 4/2004, S. 7 (8).

17 Dies gilt etwa für das Gutachten von *Christopher Lenz* vom 14.05.2004 im Auftrag von acht hessischen Verkehrsunternehmen, abzurufen unter www.vdv.de.

18 Dies gilt insbesondere für das o. g. Gutachten von *Christopher Lenz*.

19 Bericht zu den Konsequenzen der „Altmark"-Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für die Finanzierung- und Ausschreibungspraxis im ÖPNV/SPMV in Deutschland; vgl. *Metz*, IR 2004, 79 ff.

20 Dort S. 15 ff.

wirtschaftlich nicht unmittelbar erschließt, führt nach unserer Auffassung nicht dazu, dass diese Bestimmung keine objektiv rechtssichere Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 darstellt. Das BVerwG hatte in seiner Vorlageentscheidung[21] ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass nach deutschem Recht ein weiter Eigenwirtschaftlichkeitsbegriff zugrunde gelegt werden müsse, nach welchem auch Betriebskostenzuschüsse zum Ausgleich von Verlusten bei der Erbringung eigenwirtschaftlich konzessionierter Verkehrsleistungen keinen Widerspruch zu der Begriffsbestimmung in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG darstellten. Freilich ist nicht mit vollständiger Sicherheit zu sagen, wie sich das BVerwG in Zukunft zu dieser Frage verhalten wird.

(4) Vorliegende instanzgerichtliche Entscheidungen

Inzwischen gibt es auch erste instanzgerichtliche Entscheidungen, die bestätigen, dass das geltende Personenbeförderungsgesetz durch seine Trennung eigenwirtschaftlicher von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen, die Definition der Eigenwirtschaftlichkeit in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG sowie deren Vorrang gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG eine rechtssichere Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 normiert habe. Das OVG Lüneburg[22] bejahte die Rechtssicherheit insbesondere deshalb, weil die Gesetzsystematik des PBefG - insbesondere § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG - ein objektives Stufenverhältnis zwischen eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehrserbringung vorschreibe. Allein der Umstand, dass der Unternehmer letztlich den Anstoß zu dem Genehmigungsverfahren nach § 13 PBefG gebe, bedeute nicht, dass es letztlich in seinem Belieben stünde, ob Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich erbracht werden. In eine ähnliche Richtung geht die Begründung des VG Stade[23]; dort wurde ebenfalls auf den Grundsatz der Subsidiarität gemeinwirtschaftlicher gegenüber eigenwirtschaftlichen Verkehren hingewiesen. Die genannten Urteile sind indes nicht rechtskräftig, so dass eine endgültige Entscheidung durch das BVerwG oder gar durch den EuGH noch aussteht.

ee) Zwischenergebnis

Damit kann festgehalten werden, dass allein das Land Hessen im Unterschied zu allen anderen 15 Bundesländern die Auffassung vertritt, dass das PBefG keine rechtssichere Ausnahme von der VO Nr. 1191/69 normiere und daher zuschussbedürftige Verkehre nur auf der Basis der genannten Verordnung in Verbindung mit § 13a PBefG bestellt und konzessioniert werden dürfen.

---

21 BVerwG, Beschl. v. 06.04.2000, 3 C 7.99, DVBl. 2000, 1617 (1618 f.).

22 OVG Lüneburg, Urt. v. 16.09.2004, 7 LB 3545/01, IR 2004, 279, becklink 132177 = NZBau 2005, 53.

23 VG Stade, Urt. v. 16.09.2004, 1 A 463/03, = IR 2004, 281, becklink 132180 = NVwZ 2005, 140 = ZNER 2004, 391.

Wenn man aber das PBefG als rechtssichere Ausnahme anerkennt, dann steht auch der vom EuGH ausdrücklich für zulässig erklärten marktorientierten Direktvergabe kein Hindernis mehr im Wege.

3. Vorteile einer marktorientierten Direktvergabe gegenüber der Ausschreibung

Die ÖPNV-Aufgabenträger dürften insbesondere dann einer marktorientierten Direktvergabe mit Orientierung an den vier EuGH-Kriterien zuneigen, wenn es sich bei dem Unternehmen, welches auch künftig Verantwortung für den kommunalen ÖPNV übernehmen soll, um ein städtisches - also um einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft - handelt. Findet hier eine Ausschreibung in Vorbereitung der Erteilung einer gemeinwirtschaftlichen Linienkonzession nach § 13a PBefG statt und kann das eigene Unternehmen nicht zu den über die Ausschreibung ermittelten „geringsten Kosten" anbieten, so hat dies unter Umständen dessen Insolvenz zur Folge, was eine Zerschlagung gewachsener wirtschaftlicher Werte und die Entlassung umfangreicher Belegschaften vor allem aus dem Fahrdienst bedeutet.

Befindet sich das kommunale Verkehrsunternehmen überdies in einem Stadtwerkekonzern, der über Ergebnisabführungsverträge als steuerliche Organschaft gestaltet ist, so bedeutet die Vergabe der Verkehrsleistung an ein anderes Unternehmen auch, dass eine Verrechnung der Verluste im Verkehrsbereich mit Gewinnen aus der Energiesparte nicht mehr stattfinden kann und der gesamte Gewinn der Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer unterliegt. Da das Körperschaftssteueraufkommen nicht den Kommunen zufließt, bedeutete dies eine reale Verringerung des finanziellen Handlungsspielraums der Städte. Diese müssen nämlich die Kosten für den kommunalen ÖPNV in jedem Fall aufbringen - bei Ausschreibung im Zweifel durch liquiditätswirksamen Mittelabfluss an ein Drittunternehmen.

4. Voraussetzungen einer marktorientierten Direktvergabe

Der vom EuGH vorgezeichnete Weg der sog. marktorientierten Direktvergabe erlaubt dagegen eine Erhaltung des ÖPNV mittels öffentlich Ausgleichsleistungen ohne die problematische Vorschaltung eines Vergabeverfahrens.

Der EuGH hat in dem bereits erwähnten Urteil „Altmark Trans" vom 24.07.2003 die eigenwirtschaftliche Erbringung von Verkehrsleistungen nach § 13 PBefG als mögliche rechtmäßige Ausnahme vom Anwendungsbereich der VO Nr. 1191/69 angesehen, die über die sog. Geringste-Kosten-Verordnung in Deutschland zu einer quasi-obligatorischen Ausschreibung führen würde. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO Nr. 1191/69 ist jedoch der Rückgriff auf das Europäische Primärrecht nicht mehr versperrt. Ob und in welchem Umfang öffentliche Ausgleichsleistungen an ÖPNV-Unternehmen beihilfenrechtlich zulässig sind, beurteilt sich dann unmittelbar nach den Art. 73 und 86 – 88 EG. In Auslegung der Definition ei-

ner Beihilfe, wie sie Art. 87 Abs. 1 EG zugrundeliegt, hat der EuGH herausgearbeitet, dass bestimmte Zuschussgewährungen an Unternehmen, die Verpflichtungen im allgemeinen wirtschaftlichem Interesse auf sich nehmen, schon tatbestandlich nicht als Beihilfen anzusehen sind.

Beihilfenqualität ist dann zu verneinen, wenn eine staatliche Unterstützungsleistung lediglich die Nachteile ausgleicht, welche einem Unternehmen durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entstehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Ausgleich durch Zahlung oder Verlustübernahme im Rahmen eines steuerlichen Querverbunds erfolgt. Auch im letzteren Fall kommt die Ausgleichsleistung „aus staatlichen Mitteln", weil die Kommune sich bewusst gegen eine Ausschüttung der Energiegewinne entscheidet, um den ÖPNV als Daseinsvorsorgeaufgabe zu finanzieren. Solche Ausgleichsleistungen verschaffen den betroffenen Unternehmen per Saldo keinen finanziellen Vorteil und führen nicht zu einer günstigeren Position im Wettbewerb.[24] Nachdem Ausgleichsleistungen in diesem Umfang schon nicht die Voraussetzungen einer staatlichen Beihilfe erfüllen, brauchen sie auch nicht gem. Art. 88 Abs. 3 EG bei der Europäischen Kommission angemeldet zu werden. Allerdings stellt der EuGH strenge Anforderungen an den Nachweis, dass eine staatliche Unterstützungsleistung nicht mehr bewirkt, als gemeinwirtschaftliche Nachteile auszugleichen:

1. Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein.
2. Die Parameter zur Berechnung des finanziellen Ausgleichs für die Erfüllung dieser Verpflichtung sind *zuvor* objektiv und transparent aufzustellen.
3. Der Ausgleich unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns für das betraute Unternehmen darf keine Überkompensation darstellen.
4. Wenn die Auswahl des betrauten Unternehmens nicht in Form eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens erfolgt, so ist die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die bei einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstehen würden.

Der EuGH gibt einem Aufgabenträger für die Bestimmung des Umfangs beihilfenrechtlich unbedenklicher Ausgleichsleistungen an ÖPNV-Unternehmen also bewusst die Alternative „Ausschreibung oder analytische Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens" an die Hand. Andererseits sind die oben genannten Kriterien abschlie-

[24] So EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 59 "Altmark Trans".

ßend; Vermögenszuwendungen, die sich nicht in deren Grenzen halten, sind ohne weiteres als anmeldebedürftige Beihilfen zu behandeln.

5. Zulässigkeit der marktorientierten Direktvergabe von ÖPNV-Konzessionen auch in Hessen

a) Kein rechtliches Sonderregime in Hessen

Wie oben ausgeführt, hat das Hessische Verkehrsministerium mit Schreiben vom 12.03.2004 unter anderem den Regierungspräsidien als Genehmigungsbehörden empfohlen, auf zuschussbedürftige Verkehre jeder Art die VO Nr. 1191/69 vollumfänglich anzuwenden. Inhaltlich spricht dieses Schreiben lediglich Empfehlungen für die Rechtsanwendung durch die Genehmigungsbehörden aus. Ein nach außen wirkender Rechtssatz ist darin sicher nicht zu sehen. Da das genannte Schreiben keine expliziten Weisungen enthält, handelt es sich wohl auch nicht um eine Verwaltungsvorschrift, die im Innenverhältnis der Staatsverwaltung, d. h. zwischen Landesregierung und Regierungspräsidium bindende Wirkung entfalten würde. Zwar ist eine faktische Bindungswirkung des ministeriellen Empfehlungsschreibens keinesfalls zu verkennen. Juristisch sind die Regierungspräsidien als Genehmigungsbehörde jedoch nicht verpflichtet, der dort geäußerten Rechtsauffassung zu folgen.

Die durch das PBefG eröffnete Möglichkeit, bezuschusste Verkehre nach den Regeln der Eigenwirtschaftlichkeit zu konzessionieren - d. h. insbesondere ohne Zwang zu einer Ausschreibung -, ist vor hessischen Behörden gegenwärtig also nicht anders zu beurteilen als im übrigen Bundesgebiet.

b) Der vorliegende Gesetzentwurf – Verankerung des Besteller-/Erstellerprinzips präjudiziert den Ausschreibungswettbewerb

Hieran dürfte streng genommen auch der Entwurf eines neuen hessischen ÖPNV-Gesetzes nichts ändern.

Gleichwohl scheint Gesetzentwurf die Rechtsansicht des Ministeriums, wonach eine Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen nach den Regeln der Eigenwirtschaftlichkeit angeblich nicht mehr möglich sein soll, zur künftigen gesetzlichen Grundlage in Hessen erheben zu wollen. Dies wird insbesondere in § 9 S. 1 des Gesetzentwurfs deutlich, der eine Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen nach dem „Besteller-Ersteller-Prinzip" verbindlich festschreibt. Wenn nun Verkehrsunternehmen nur noch auf ihre ausführende Funktion reduziert werden, so bedeutet das im Umkehrschluss, dass für unternehmerinitiierte Verkehre gemäß § 13 PBefG im neuen hessischen ÖPNV-Gesetz kein Raum mehr sein wird. Auch außerhalb von § 9 enthält der neue Gesetzentwurf keinen Anknüpfungspunkt mehr für die eigenwirtschaftliche Variante des ÖPNV, bei

der der Anstoß für die Verkehrsleistung nicht von den Behörden, sondern von interessierten Verkehrsunternehmen ausgeht.

Wenn in Zukunft hessischen Behörden eine Finanzierung eigenwirtschaftlicher ÖPNV-Leistungen gesetzlich untersagt wird, können Verkehrsleistungen nurmehr in gemeinwirtschaftlicher Form konzessioniert werden, und das wird über die Geringste-Kosten-Verordnung die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach VOL/A regelmäßig unausweichlich machen. Mit dem neuen ÖPNV-Gesetz würde sich Hessen also unter den oben dargestellten Varianten der Genehmigung von Nahverkehrslinien einseitig auf das Modell der Ausschreibung festlegen. Diese strikte Ausrichtung des Gesetzentwurfs auf das Auswahlinstrument des Ausschreibung findet sich auch an anderen Stellen, insbesondere in § 7 Abs. 1 Nr. 4 des Entwurfs, wo den Aufgabenträgerorganisationen keine andere Form der Vertragsanbahnung mit Verkehrsunternehmen als die Durchführung von Vergabeverfahren zugewiesen wird.

c) Probleme und gesetzesimmanente Lösungsmöglichkeiten

Hält man sich vor Augen, dass sowohl das Europäische Gemeinschaftsrecht als auch das Bundesrecht in Gestalt des PBefG eigenwirtschaftliche Verkehre, die einem Unternehmen im Wege der marktorientierten Direktvergabe erlaubt werden können, als legitime Genehmigungsform zulässt, wirft die geplante hessische Regelung Probleme auf im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht auf.

Das hier im Entwurf vorliegende Landesgesetz beschränkt sich nur scheinbar auf die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Aufgabenträger in ihrer Sicherstellungsfunktion für den ÖPNV. In der Sache wird die vom Bundesgesetzgeber bewusst offen gehaltene Alternative zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren damit aufgegeben. Wie oben dargestellt lässt der neue Gesetzentwurf unternehmerinitiierte Verkehre im Sinne von § 13 PBefG grundsätzlich nicht mehr zu. Wenn man sich vor Augen hält, dass das hessische Landesrecht Bundesrecht, insbes. das PBefG, nur auslegen oder umsetzen, nicht aber ändern oder in seinem Anwendungsbereich einschränken kann, so könnte darin eine Überdehnung der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 GG) zu sehen sein, wobei diese Kollision durch den Vorrang des Bundesrechts (Art. 31 GG) zu lösen ist.

Die drohende Konsequenz einer Verfassungswidrigkeit lässt sich nur mit einer bundesrechtskonformen Auslegung vermeiden, die der Gesetzentwurf auch zulässt. Man müsste das geplante ÖPNV-Gesetz dann so interpretieren, dass trotz der besonderen Betonung des „Besteller-Ersteller-Prinzips" eine ausschreibungsfreie Konzessionierung von ÖPNV-Leistungen eigenwirtschaftlicher Art auf der Grundlage von Bundesrecht und Europäischem

Gemeinschaftsrecht weiterhin möglich bleibt. § 9 des Gesetzentwurfs, der ein Vertragsverhältnis zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen vorschreibt, stünde einem solchen Verständnis nicht entgegen. Auch im Bereich der eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen nach den „Altmark Trans"-Kriterien können Betrauungsakt und Zuschussgewährung in Form eines Verkehrsvertrages festgelegt werden. Rechtlich zwingend ist das freilich nicht, und aus vergaberechtlichen wie steuerrechtlichen Gründen sogar häufig ungünstig, aber im Prinzip ohne weiteres möglich. De lege ferenda wäre daher zu überlegen, ob man von der einseitigen Fixierung auf einen Verkehrsvertrag als Form der Rechtsbeziehung zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen nicht abweichen sollte. Auch die Europäischen Kommission verlangt in ihrem noch unveröffentlichten Vorschlag einer Nachfolgeregelung zur VO Nr. 1191/69 nicht zwingend einen Vertrag sondern lässt nahezu alle denkbaren Rechtsformen für die Übertragung und Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Pflichten zu. Nicht mehr haltbar wäre in einem bundesrechtskonformen Gesetz in jedem Fall die zwingende Festlegung auf das „Besteller-Ersteller-Prinzip".

Festzuhalten bleibt, dass auch in Hessen im Einklang mit dem PBefG und der Judikatur des EuGH eine Konzessionserteilung im Wege marktorientierten Direktvergabe möglich ist und der Entwurf des neuen ÖPNV-Gesetzes in diesem Sinne ausgelegt werden sollte.

II. Fragen der Landtagsfraktionen – mögliche Auswirkungen des Gesetzentwurfs

Nachfolgend ist auf eine Reihe von Einzelfragen, die in den Fragenkatalogen der Landtagsfraktionen enthalten sind und deren Beantwortung uns vor dem Hintergrund der eigenen Beratungspraxis und in der Kürze der Zeit möglich erschien, einzugehen.

1. Vermeidung von Dumpinglöhnen im Ausschreibungswettbewerb

Von den Fraktionen der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen wurde mit jeweils unterschiedlicher Formulierung die Frage gestellt, inwieweit bei einer Ausschreibung „Dumpinglöhne" verhindert werden können bzw. inwieweit ÖPNV-Ausschreibungen einen fairen Wettbewerb gewährleisten.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A, der im vorliegenden Falle anwendbar wäre, darf auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden. Das heißt bei ÖPNV-Ausschreibungen, dass ein Vertrag, der nach herkömmlichen wirtschaftlichen Kalkulationsgrundsätzen nicht auskömmlich ist, nicht bezuschlagt werden darf. Freilich wird mitunter zur Förderung des Wettbewerbsprinzip, das durch das Vergaberecht durchgesetzt werden soll, gefordert, ein Angebot mit einem Preis, der unterhalb der Kosten liegt, bei einem wettbewerblichen „Newcomer" nicht auszuschließen, wenn dieser sich hierdurch erstmals einen Marktzutritt verschaffen möchte. Insoweit ist es denkbar, dass

knapp, aber auskömmlich kalkulierende Verkehrsunternehmen durch neue Wettbewerber, die strategisch niedrige Zuschüsse verlangen, verdrängt werden. Dies ist im klassischen Beschaffungsbereich relativ unproblematisch, weil die verdrängten Lieferanten in anderen Ausschreibungen bzw. bei Rechtsgeschäften mit Privaten wieder zum Zuge kommen und einen ausreichenden Absatzmarkt finden können. Davon unterscheidet sich die Situation im ÖPNV jedoch diametral, weil dieser Markt wegen der langen Laufzeit von Konzessionen und der Ortsgebundenheit dieses Wirtschaftszweiges sich als sehr eng darstellt. So könnte ohne weiteres die Situation eintreten, dass ein auskömmlich kalkulierender Bestandunternehmer, der seine Verkehre an einen Dumpinganbieter von außen verloren hat, keine weiteren Geschäftschancen an seinem Niederlassungsort findet und damit unter Umständen seine Betriebstätigkeit einstellen muss (Insolvenz). Dumpingangebote können besser dadurch verhindert werden, dass der Begriff der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit", um deren Feststellung es der Geringste-Kosten-Verordnung gerade zu tun ist, für die Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebot gem. § 25 Nr. 3 VOL/A in besonderer Weise fruchtbar gemacht wird (vgl. dazu unten Gliederungspunkt II. 4.).

Was die Verhinderung von Dumpingangeboten durch Dumpinglöhne betrifft, so haben einige Bundesländer in ihren Ländervergabegesetzen Tariftreueverpflichtungen statuiert, zum Teil nach Regierungswechseln aber wieder aufgehoben. Das von der Bundestagsmehrheit verabschiedete Tariftreuegesetz des Bundes ist seinerzeit am Widerstand des Bundesrates gescheitert. Die europarechtliche bzw. verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Klauseln ist umstritten. Der Europäische Gerichtshof lässt unter Umständen Zuschlagskriterien sozialer Art zu, jedoch dürfen diese nicht diskriminierend wirken. Nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge über das Vergaberecht für verpflichtend zu erklären, könnte an der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG scheitern. Aus demselben Grund dürfte die Verpflichtung einer ausschreibenden Aufgabeträgerorganisation zur Anwendung eines bestimmten Tarifs Probleme aufwerfen.

2. Chancen mittelständischer Unternehmen im Ausschreibungswettbewerb

Die Frage, wie die Chancen mittelständischer Unternehmen im Ausschreibungswettbewerb gewahrt werden können, spielt nicht nur bei ÖPNV-Vergaben, sondern insgesamt im Vergaberecht eine bedeutende Rolle. Soweit das Kartellvergaberecht anwendbar ist, besteht mit § 97 Abs. 3 GWB eine auf den Schutz des Mittelstandes abzielende Regelung. Hiernach sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Auch § 5 VOL/A wiederholt diese Verpflichtung.

Bei ÖPNV-Ausschreibungen wird man zu diesem Zweck vor allem eine Vergabe von einzelnen, nicht zu großen, Linienbündeln anstelle der Vergabe eines gesamten Netzes in Betracht ziehen müssen. Im Busbereich wird dies soweit ersichtlich bereits heute praktiziert. Inwieweit

mittelständische Interessen gemäß dem geltenden Vergaberecht über die Fach- und Teillosbildung nach § 97 Abs. 3 GWB berücksichtigt werden dürfen, ohne mit dem Gemeinschaftsrecht zu kollidieren, ist noch nicht vollständig geklärt. Gegen zu kleine Lose (Linienbündel) können andererseits verkehrsökonomische Gründe sprechen.

Eine weitere Maßnahme zur Förderung des Mittelstandes könnte in der Verpflichtung bestehen, einen bestimmten Teil der Verkehre an Subunternehmer zu vergeben. Letztere rekrutieren sich üblicherweise aus kleinen und mittleren Unternehmen der Region.

3. Gefahr der Oligopolisierung im Ausschreibungswettbewerb

Im Zusammenhang mit dem Mittelstandsschutz steht die von verschiedenen Fraktionen aufgeworfene Frage, ob ein Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV möglicherweise zur Entstehung eines engen Anbieter-Oligopols führen könnte, bei dem nur noch wenige leistungsfähige Unternehmen an allen Ausschreibungen teilnehmen und aufgrund des in einem Oligopol typischerweise auftretenden Verhaltens am Ende ein echter Preiswettbewerb nicht mehr stattfindet. Manche Erfahrungen in dieser Richtung musste etwa das Schwedische Königreich sammeln.

Aus unserer Sicht wird durch eine Fixierung auf *ein* Wettbewerbsmodell, nämlich das der Ausschreibung, die Gefahr einer Oligopolbildung verstärkt. Eine Unternehmenskonzentration auf dem ÖPNV-Markt dürfte hierdurch schon deshalb eintreten, weil für den Fall, dass eine Ausschreibung einen Stadtverkehr betrifft und das bisher den ÖPNV betreibende Unternehmen die Ausschreibung verliert, dieser Marktteilnehmer definitiv vom Markt verschwinden wird. Städtische Verkehrsunternehmen sind traditionell stark an ihr Gebiet gebunden, haben wenig Erfahrung im Wettbewerb und werden bei einem Verlust ihrer Konzessionen deshalb gezwungen sein, ihre Geschäftstätigkeit weitgehend einzustellen. Demgegenüber haben national oder europaweit agierende ÖPNV-Unternehmen die Möglichkeit, sich auch in anderen Städten oder Regionen zu bewerben. Schon aufgrund dieses Selektionseffekts reduziert sich zwangsläufig die Zahl der Wettbewerber auf dem ÖPNV-Ersteller-Markt. Wenn so eine oligopolistische Marktstruktur erst einmal entstanden ist, so ist das Fehlen von wesentlichem internem Preiswettbewerb nahezu wesensnotwendig die Folge.

Für Hessen würde dies bedeuten, dass nach einer Phase erheblicher Preissenkungen nach Einführung des Ausschreibungswettbewerbs auf mittlere bis lange Sicht die Preise wieder spürbar ansteigen werden, wenn sich das Feld der ÖPNV-Unternehmen, die zu einer Teilnahme an solchen Ausschreibungen noch in der Lage sind, gelichtet hat.

Vorteilhafter wäre es aus unserer Sicht, in einer Art „Wettbewerb der Systeme" neben der Ausschreibung gleichzeitig die Möglichkeit von Direktfinanzierungen auf der Basis eigenwirt-

schaftlicher Konzessionen (sog. „marktorientierte Direktvergabe") vorzusehen. Damit ließe sich das Überleben städtischer Verkehrsgesellschaften sichern. In der Folge könnte selbst für den Fall, dass sich der Markt für ÖPNV-Leistungen auf wenige Anbieter verengt, weiterhin ein Preisvergleich mit städtischen ÖPNV-Unternehmen, die außerhalb des Oligopols stehen, vorgenommen werden. Gleichzeitig könnte mit der Möglichkeit der Direktvergabe an ein eigenes Unternehmen gegenüber dem privaten Anbieter wirksamer Druck in Richtung auf eine realistische Preisgestaltung ausgeübt werden. Gerade der oligopolisierte Abfallmarkt zeigt, dass ein vollständiger Rückzug der Kommunen langfristig nicht zu Preissenkungen führt. Konsequenterweise hat dort eine gewisse „Rekommunalisierung" eingesetzt.

4. Zur Feststellung der Ausschreibungsgewinners unter Berücksichtigung der Verordnung 1191/69

Eine bisher wenig diskutierte, aber nicht minder bedeutsame Frage ist, nach welchen Kriterien einem Unternehmen bei einer Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen nach der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A, auf der Basis der Verweisung durch die Geringste-Kosten-Verordnung der Zuschlag erteilt werden muss. Fraglich ist insbesondere, ob es dabei nur auf den geringsten geltend gemachten Zuschussbedarf ankommt.

Gemäß § 25 Nr. 3 S. 1 VOL/A ist der Zuschlag auf „... das wirtschaftlichste Angebot" zu erteilen (vgl. auch § 97 Abs. 5 GWB). Hierbei ist gem. § 25 Nr. 3 S. 2 VOL/A nicht nur der geringste Preis entscheidend. Bei der Bestimmung, welches Angebot bei Ausschreibungen von gemeinwirtschaftlichen ÖPNV-Leistungen „das wirtschaftlichste" darstellt, muss man im Blick behalten, dass die Geringste-Kosten-Verordung die Anwendung der VOL/A nur vorschreibt, um im Sinne der VO Nr. 1191/69 festzustellen, welches „... die geringsten Kosten für die Allgemeinheit" sind bzw. welches Unternehmen zu diesen geringsten Kosten die entsprechende Leistung erbringen kann. Art. 3 Abs. 1 der VO Nr. 1191/69, der eine öffentliche Finanzierung auf der Basis der geringsten Kosten für die Allgemeinheit vorschreibt, nimmt daher systematisch gesehen eine Spezifizierung des Wirtschaftlichkeitskriteriums von § 25 Nr. 3 Satz 1 VOL/A vor.

Hier wäre in jedem Fall zu prüfen, ob bei der Ermittlung dieser „... geringsten Kosten für die Allgemeinheit" auch berücksichtigt werden muss, welche sozialen Folgen für die Allgemeinheit bei der Insolvenz eines städtischen Verkehrsunternehmens entstünden, da dessen Mitarbeiter üblicherweise nur zum Teil durch den neuen Betreiber übernommen werden können.

5. Abhängigkeit der Finanzierung von Infrastrukturunternehmen von der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung

Ferner wurde die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit Infrastrukturfördermittel an die Bedingung geknüpft werden dürfen, dass die Infrastruktur diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt wird, und zwar gegen Benutzungsentgelte, die nach einheitlichen Maßstäben berechnet werden.

Aus unserer Sicht ist die diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung der Netzinfrastrukturen durch den ÖPNV-Infrastrukturbetreiber sowohl aus kartellrechtlichen als auch aus beihilfenrechtlichen Gründen geboten.

Bei Öffnung des Marktes für Wettbewerber kann ein Wettbewerb nur stattfinden, wenn das entsprechende Unternehmen Zugang zu diesen ÖPNV-Infrastruktureinrichtungen erhält. Da es im Bereich des ÖSPV an einer speziellen Netzzugangsnorm vergleichbar den §§ 14 Abs. 1 AEG, § 6 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), § 34 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) fehlt, kann ein solcher Anspruch nur auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gestützt werden. Hiernach liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Im Anwendungsbereich des GWB sind diskriminierungsfreie Zugangsgewährung und Berechnung der Nutzungspreise also rechtlich zwingend.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für das Beihilfenrecht: Grundsätzlich stehen Infrastruktureinrichtungen des ÖPNV mangels Duplizierbarkeit nicht im Wettbewerb, sondern bilden ebenso wie etwa Elektrizitätsnetze natürliche Monopole. Deshalb stößt ihre Finanzierung im Grundsatz mangels Eignung zur Beschränkung des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten auch nicht an beihilfenrechtliche Schranken. Anders liegt es aber, wenn durch eine bevorzugte Nutzungsgewährung an ÖPNV-Betriebsunternehmen eine indirekte Subventionierung dieser Unternehmen stattfindet. Dreh- und Angelpunkt der Prüfung der Beihilfenkonformität von Infrastrukturfinanzierungsinstrumenten der Mitgliedstaaten ist nach der Praxis der EU-Kommission die Frage, ob die Infrastrukturmaßnahmen allgemeine Maßnahmen darstellen, die allen an einem Ort oder in einer Region tätigen Unternehmen in gleicher Weise zu Gute kommen oder ob sie bestimmte Unternehmen begünstigen und daher als Beihilfe anzusehen sind. Dies gilt nur dann nicht, wenn das bestimmte Unternehmen, welches begünstigt wird,

für die Bereitstellung und die Nutzung der Infrastruktur ein marktgerechtes Entgelt leistet. Auch hier ist die diskriminierungsfreie Nutzung der Infrastruktur also rechtliches Gebot.

III. Zum Antrag der SPD-Fraktion

Wie vorstehend bereits ausgeführt (Gliederungspunkte I. und II. 3.) empfiehlt es sich, entsprechend dem Antrag der SPD-Fraktion vom 08.03.2005 (Drucks. 16/3753) im neuen ÖPNV-Gesetz die marktorientierte Direktvergabe als gleichwertige Alternative zur Ausschreibung zu verankern.

Auch die Generaldirektion Energie/Verkehr der Europäischen Kommission hat in ihrem noch nicht veröffentlichten Entwurf für eine Nachfolgeregelung zur VO Nr. 1191/69 die Möglichkeit der direkten Beauftragung eines „internen Betreibers" ausdrücklich vorgesehen. Da sich die Definition des „internen Betreiber" sehr stark an die Rechtsprechung des EuGH zu „In-House-Geschäften" im Vergaberecht anlehnt, wird man bei der Bestimmung dieses Adressatenkreises einer marktorientierten Direktvergabe auch die jüngste Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen haben.

Der EuGH hat, worauf die SPD-Fraktion in ihrem Antrag hinweist, in einem Urteil vom 11.01.2005 (Rs. C-26/03 – „Stadt Halle u.a.") darüber zu befinden, ob eine Gebietskörperschaft mit einem Unternehmen in privater Rechtsform, an dem auch ein privater Dritter beteiligt ist, ohne Ausschreibungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte des europäischen Vergaberechts Verträge schließen darf. Zwar hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung aus dem Urteil „Teckal" (Urteil vom 18.11.2999, Rs. C 107/98) grundsätzlich bestätigt, wonach ein entgeltlicher Vertrag mit Ausschreibungspflicht nicht vorliege, ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag unmittelbar einem Unternehmen zuerkennt, über das ersterer eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle, und dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den betreffenden öffentlichen Auftraggeber ausübt. In der neuen Entscheidung „Stadt Halle" hat der Gerichtshof hat jedoch darüber hinaus festgestellt, „... die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, *[schließe]* es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen." Die Beauftragung von städtischen Eigengesellschaften bleibt damit möglich. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die referierte Ausnahme von der Anwendung des allgemeinen Vergaberechts bei Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand im ÖPNV, in dem Bezuschussungen wegen der Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Mittelpunkt stehen, nicht gelten soll.

Berichtigend zu dem Antrag der SPD-Fraktion ist freilich darauf hinzuweisen, dass die Frage der freigestellten Konzerndienstleistungen gem. § 10 VgV nichts mit den dem im Urteil des EuGH in der Rechtssache „Stadt Halle" (C-26/03) vom 11.1.2005 zu tun hat. § 10 VgV regelt nur die Vergabe von Dienstleistungen an Konzernunternehmen von Sektorenauftraggebern,

also an Tochtergesellschaften von ÖPNV-Unternehmen. Die Vorschrift ist nicht für die Auftragsvergabe durch Aufgabenträger des ÖPNV anwendbar, da diese nicht zu den Sektorenauftraggebern zählen.

Für etwaige Rückfragen stehen wir unabhängig von der Teilnahme an der öffentlichen Anhörung am 30.06.2005 gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Christian Jung
Rechtsanwalt

16

verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen

eing. 24.06.05
S-

Stellungnahme der Schlichtungsstelle Nahverkehr der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen zum Entwurf eines ÖPNVG in Hessen

Die Schlichtungsstelle Nahverkehr der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen kommt der Bitte um eine Stellungnahme zu dem Entwurf zum hessischen ÖPNV-Gesetz gern nach.

Im Hinblick auf die Ausrichtung und Erfahrungen der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs umfasst diese Stellungnahme Aspekte der Qualität der Leistungserbringung und ihrer Kontrolle, der Kundenorientierung und der Fahrgastrechte:

Der öffentliche Personenverkehr sollte grundsätzlich so gestaltet sein, dass er eine attraktive Alternative zum motorisierten Individualverkehr darstellt. Um die Regelungsziele des § 3, Befriedigung der Mobilitätsnachfrage und eine Stärkung des Gesamtaufkommens des öffentlichen Personenverkehrs zu erreichen, sollten die Vorschriften nach Ansicht der Schlichtungsstelle Nahverkehr in einigen Punkten konkreter und weitreichender gefasst werden.

Durch ihre gesetzliche Verankerung wird die Bedeutung der **Quantität** aber auch der **Qualität der Leistungen** der ÖPNV-Unternehmen weiter hervorgehoben. Für die Funktionsfähigkeit und Handhabbarkeit der ÖPNV-Leistungsstandards müssen diese bewert- und kontrollierbar sein. Die regelmäßige Überwachung der Qualitätsmerkmale ist zur Kontrolle aber auch zur Vereinheitlichung und Weiterentwicklung von Qualitätsstandards erforderlich. Aus Sicht der Verbraucherzentrale sollten die Kontrollinstrumente (§ 7 und § 9 ÖPNVG) und –verfahren möglichst konkret benannt werden.

So sollte die Überprüfung der Kunden bezogenen Qualitätsanforderungen wie Fahrgastfreundlichkeit, Fahrgastinformation, Service beispielsweise regelmäßig anhand von Kundenbefragungen wie dem Kundenbarometer verankert werden.

Die Erfahrungen der Schlichtungsstelle Nahverkehr der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen zeigen darüber hinaus, dass die Fahrgäste mit dem Verkehrsangebot nur dann zufrieden sein werden, wenn seitens der Verkehrsunternehmen ein zuverlässiger Transport gewährleistet ist und im Störungsfall ein funktionierendes Beschwerdemanagement die Kun-

den auffängt und für eine Klärung der Probleme zur Verfügung steht. Sollte im Wege eines Beschwerdeverfahrens keine Einigung erzielbar sein, zeichnet sich das Schlichtungsverfahren als ein geeignetes Instrument ab, einen Interessenausgleich zwischen Fahrgast und Unternehmen herzustellen.

Die Beschwerden, Erfahrungen und Erkenntnisse einer solchen Schlichtungsstelle für Kundenbeschwerden sollten ausgewertet werden, um der Vereinheitlichung und Weiterentwicklung von Qualitätsstandards zu dienen.

Die Konkretisierung des Begriffes der Leistungsmerkmale in § 4 Abs. 2 sollte nach Auffassung der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen insbesondere im Hinblick auf die Informationen, die der Fahrgast erhalten soll, erfolgen.

An Fahrgastinformationen sind differenzierte Anforderungen zu stellen. Erstrebenswert ist die Unterstützung der Einführung durchgehender und vergleichbar gestalteter Informationssysteme. Die Verbraucherzentrale hält hier eine gesetzliche Vorgabe als anzustrebendes Ziel für sinnvoll, um im Interesse der Steigerung der Attraktivität und Verlässlichkeit des öffentlichen Personenverkehrs landesweit möglichst einheitlich hohe Qualitätsstandards zu erreichen. Gesetzliche Festlegungen der Leistungsstandards können schließlich zudem eine Vereinfachung bei der Vergabe von Leistungen bedeuten.

Die Informationen sollten sowohl Tarif- als auch Fahrplanaspekte beinhalten. Eine ausreichende Verkehrsbedienung im Hinblick auf den Aspekt Information ist gegeben, wenn der Fahrgast vor, während und nach der Reise über relevante Punkte informiert wird.

Die Tendenz des § 4 Absätze 3 bis 5, in möglichst vielen Bereichen einheitliche Regelungen anzustreben, begrüßt die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen. Dadurch wird der Zugang der Verbraucher zum öffentlichen Personenverkehr wesentlich erleichtert und das System transparenter.

Aufgenommen werden sollten in § 4 Abs. 6 evtl. zusätzlich die Belange von Fahrradfahrern als Nutzerkreis öffentlicher Verkehrsmittel insbesondere im Freizeitsektor.

Mit den Regelungen wird bislang keine Stärkung der Kundenrechte direkt gefordert. Dies erscheint der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen jedoch ein zentrales Element zu sein, die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel attraktiver zu machen und den Verbrauchern

Anreize zu geben, den öffentlichen Personenverkehr dem motorisierten Individualverkehr vorzuziehen.

Auf eine solche fortschrittliche Entwicklung sollten die Aufgabenträger in den Ausschreibungen hinwirken. Hier könnte eine entsprechende Nummer in § 7 des Gesetzesentwurfs eingefügt werden.

Ein erster Schritt zur Stärkung der Verbraucherrechte im öffentlichen Personenverkehr in Hessen könnte die Aufnahme von Garantieregelungen in die Beförderungsbedingungen sein. Bislang scheinen Kundengarantien, wie die der Kasseler Verkehrsgesellschaft, die dem Fahrgast eine Kompensation oder die Fortsetzung seiner Reise im Verspätungsfall ermöglichen, die Ausnahme zu sein. Auch sind diese Regelungen bislang nicht einmal in den Beförderungsbedingungen des Unternehmens verankert.

Eine Stärkung der Qualität und Quantität der Leistungen sowie der Kundenrechte im öffentlichen Personenverkehr dient dazu, die Attraktivität des öffentlichen Personenverkehrs insgesamt gegenüber dem Individualverkehr weiter zu steigern. Hierzu sind die Bestrebungen, landesweit möglichst einheitliche Regelungen zu treffen, förderlich. In diesem Zusammenhang sollte zudem immer auch auf eine zeitnahe und kundenfreundliche Beschwerdebearbeitung der Verkehrsunternehmen abgestellt werden, um den Zielen des § 3 des Gesetzesentwurfes gerecht zu werden und die Interessen der Fahrgäste in den Mittelpunkt der Bemühungen zu stellen, wie es die Gesetzesbegründung vorsieht.

Melanie Schliebener
Rechtsanwältin

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen
Schlichtungsstelle Nahverkehr
Mintropstr. 27
40215 Düsseldorf
Tel.: 0211 3809-346
Fax: 0211 3809-666
melanie.schliebener@vz-nrw.de
www.schlichtungsstelle-nahverkehr.de

(17)

VDV-Landesgruppe Hessen · Kurt-Schumacher-Straße 10 · D-60311 Frankfurt am Main

An den
Vorsitzenden des Ausschusses für Wirtschaft und
Verkehr im Hessischen Landtag
Herrn Rüdiger Hermanns
z. Hd. Frau Heike Schnier
Schlossplatz 1 - 3

65183 Wiesbaden

eing. 24.06.05
S

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:
Unser Zeichen:
Unsere Nachricht vom:
Ihr Ansprechpartner: Matthias Jost
Telefon-Durchwahl: (069) 213 - 2 24 32
Fax: (069) 213 - 2 26 41
E-Mail-Adresse: m.jost @vgf-ffm.de
Datum: 24.06.2005

Anhörung zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zum öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNVG) – Drucks. 16/3880 – und zum Antrag der Fraktion der SPD betreffend Erhaltung des öffentlichen Personennahverkehrs durch marktorientierte Direktvergabe – Drucks. 16/3753 –

Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 02.06.2005, mit dem Sie uns zur Abgabe einer Stellungnahme auffordern und zur Anhörung am 30.06.2005 einladen. Für den VDV Hessen nehmen an der Anhörung teil:

- Herr Michael Budig, Vorsitzender der Landesgruppe Hessen im VDV und Geschäftsführer der VGF, Frankfurt am Main
- Herr RA Reiner Metz, Geschäftsführer Personenverkehr beim VDV, Köln

Unsere Stellungnahme an die Landesregierung ist in der Anlage nochmals beigefügt (Anlage 1). Ebenfalls beigefügt ist eine Rechtsgutachtliche Stellungnahme von Herrn RA Dr. Christofer Lenz zur **Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 16.09.2004 und die dort bejahte rechtssichere Bereichsausnahme von der EG-Verordnung 1191/69** (Anlage 2). Von der Entscheidung in dieser Sache hängt nicht zuletzt ab, ob das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung seine im Erlass vom 12.03.2004 geäußerte Position aufrechterhalten kann.

Weitere Anlagen zu dieser Stellungnahme sind im folgenden Text benannt.
Im Übrigen haben wir uns darauf beschränkt, die gestellten Fragen in kurz gefassten Texten zu beantworten.

Fragen der CDU-Landtagsfraktion

1. Halten Sie es für richtig, dass der neue Gesetzentwurf die bisherigen Strukturen der ÖPNV-Aufgabenträger beibehält (pflichtige kommunale Selbstverwaltungsaufgabe der Landkreis, kreisfreien Städte und Sonderstatusstädte, Verkehrsverbünde, Lokale Nahverkehrsorganisationen). Wenn nein, welche Veränderungen schlagen Sie vor?

Wir verweisen auf die Stellungnahmen der Aufgabenträgerorganisationen; insbesondere der beiden hessischen Verbünde.

2. Befürworten Sie das im Gesetzentwurf verankerte Besteller-Ersteller-Prinzip?

Der VDV Hessen befürwortet grundsätzlich das Besteller-Ersteller-Prinzip.
Die Tatsache, dass es sich dabei um die einzig mögliche Grundlage für die Erbringung von Verkehrsleistungen handelt, sehen wir kritisch. Es liegen mittlerweile Beispiele vor, bei denen im lokalen Bereich vielfältige vertragliche Konstrukte aufgebaut werden müssen, damit ein ohnehin schon im Rahmen eines Wettbewerbsverfahrens vergebener Verkehr auch weiterhin durch den lokalen Aufgabenträger bestellt und über den steuerlichen Querverbund finanziert werden kann.
Das EU-Recht fordert Transparenz und Diskriminierungsfreiheit. Dabei ist das Besteller-Ersteller-Prinzip nicht die einzige Variante, um dies sicherzustellen. Empfehlenswert wäre, den zuständigen Aufgabenträgern eine Öffnungsklausel im Sinne einer direkten Betrauung gegenüber einem nach wettbewerblichen Grundsätzen zu beauftragen Unternehmen einzuräumen.

3. Halten Sie es für richtig, dass die konsumtiven Fördermittel in mehrjährigen Budgets als zielorientierte, statt maßnahmenbezogene Förderung an die Aufgabenträgerorganisationen weitergegeben werden?

Die mit dem Abschluss von mehrjährigen Budgets verbundene Planungssicherheit wird von uns begrüßt. Bei der Verteilung der Fördermittel ist sicherzustellen, dass die Aufgabenträgerorganisationen - insbesondere auf lokaler Ebene - die Gelder in adäquater und transparenter Form an die Verkehrsunternehmen weiterleiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Pauschalierung der Ausgleichsmittel für die Schülerbeförderung zum Tragen kommen sollte.

4. Halten Sie es für richtig, dass Infrastrukturfördermittel an die Bedingung geknüpft werden, dass die Infrastruktur diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt wird gegen Benutzungsentgelte, die nach einheitlichen Maßstäben berechnet werden?

Das Kartellrecht enthält ausreichende Regelungen darüber, wann und wie Infrastruktureinrichtungen Dritten zur Verfügung zu stellen sind (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Im Übrigen sieht das Personenbeförderungsgesetz eine Trennung von Infrastruktur und Betrieb bei Straßenbahnen und U-Bahnen nicht vor.

5. a) Halten Sie die Vergabe von Verkehrsleistungen in wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren vom Grundsatz her für den richtigen Weg?
b) Welche Bedingungen sollten in den Ausschreibungen zwingend formuliert werden (Bitte nur die wichtigsten Punkte benennen).

a) Die Vergabe von Verkehrsleistungen im Ausschreibungsverfahren ist ein möglicher Weg, aber nicht der einzige. Es muss den Aufgabenträgern überlassen bleiben, welches Verfahren sie wählen. Auch die „Regelungstiefe" von Ausschreibungen sollte offen gestaltet werden.

b) Es ist nicht Sinn des Gesetzes, Ausschreibungsbedingungen vorzugeben. Es sollten angemessene Anforderungen an die gebotene Qualität der Verkehrsleistung gestellt werden, die auch in der Wertung der Angebote berücksichtigt werden. Ausschreibungen sollten vor allem nicht dazu führen, dass der billigste Anbieter ohne Rücksicht auf die Qualität des Angebots die Ausschreibung gewinnt. Außerdem sollte den Aufgabenträgern ein Gestaltungsspielraum bei der Wahl des zu beauftragenden Unternehmens eingeräumt werden.

Fragen der SPD-Landtagsfraktion:

1. Wie wird von Ihnen die durch das neue Gesetz entstehende Wettbewerbssituation eingeschätzt? Ist künftig in Hessen mit einem „fairen" Wettbewerb zu rechnen?

Durch die hessische Auslegung des Personenbeförderungsgesetzes (Erlass vom 12. März 2004) und flankiert durch die beabsichtigte Änderung des ÖPNV-G wird der Ausschreibungswettbewerb als einzige Möglichkeit der Vergabe von Verkehrsleistungen festgeschrieben. Dies führt zu einem Verdrängungswettbewerb, dem viele Verkehrsunternehmen – seien es kommunale oder private – unabhängig von ihrer Qualität zum Opfer fallen werden.

2. An welcher Stelle des Gesetzentwurfes sehen Sie das Gleichbehandlungsgebot der Bewerber bei Ausschreibungen verletzt?

Der Gesetzentwurf enthält hierzu keine Regelungen. Die Praxis zeigt, dass Entwicklungen losgetreten wurden, die nur noch mit einem aufwändigen Kontrollieren der Anbieter versucht werden wieder zu beruhigen. Die Tatsache, dass Unternehmen ihre Jahresabschlüsse vorlegen müssen, damit in Bilanzfragen nicht kompetente Vergabestellen prüfen, ob es zu Quersubventionen in Mutter-/Töchterkonzernen gekommen ist, zeigt deutliche Missstände auf.

3. Sollte die durch Urteil des EuGH und die gegenwärtige bundesgesetzliche Regelung in den Ländern mögliche Direktvergabe – unter Beachtung der vom EuGH vorgegebenen vier Kriterien – auch in Hessen zugelassen werden?

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 24.7.2003 eindeutig festgestellt, dass eine beihilferechtskonforme Finanzierung von ÖPNV-Leistungen auch ohne Ausschreibung möglich ist, indem die im Urteil genannten vier Kriterien („Kosten des durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens" und weitere) eingehalten werden.

4. Wie werden von Ihnen bzw. Ihrem Verband/Unternehmen die in Bayern geltenden Regelungen zur Direktvergabe beurteilt?

In anderen Ländern gibt es Alternativen zum Ausschreibungswettbewerb, die rechtssicher praktiziert werden.

5. Halten Sie eine Konkretisierung der im Gesetz vorgesehenen Finanzierungsvereinbarung für notwendig? In welcher Form?

Der VDV-Hessen ist für Finanzierungsvereinbarungen. Dabei ist eine Finanzierungssicherheit über eine möglichst lange Laufzeit genauso wichtig, wie die Planungssicherheit.

6. Kann das Gesetz aus Ihrer Sicht bzw. aus der Sicht Ihres Unternehmens/ Verbandes seine in § 4 (Allgemeine Anforderungen) selbst gesteckten Ziele überhaupt erfüllen?

Keine Stellungnahme.

7. Wie beurteilen Sie die von der Landesregierung vorgelegten Eckpunkte für den Wettbewerb im öffentlichen Nahverkehr in Hessen?

Wir verweisen auf unsere Stellungnahme zum Eckpunktepapier (Schreiben der LG Hessen im VDV vom 07.03.2003, Anlage 3)

Fragen der FDP-Landtagsfraktion

1. Gemäß § 8 Abs. 2 des ÖPNV Gesetzentwurfes ist im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs um die Verkehrsleistung, die Angebotsvielfalt zu fördern. Hierzu sind die mittelständischen Strukturen des Verkehrsgewerbes zu unterstützen?
Wie beurteilen Sie die Geeignetheit derzeit vorhandener Maßnahmen zur Unterstützung mittelständischer Unternehmen im Zusammenhang mit Ausschreibungen?

Welche Ausschreibungsbedingungen verhindern einen fairen Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Anbietern?
Was muss veranlasst werden, um einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten?

Maßnahmen zur Unterstützung mittelständischer Unternehmen im Ausschreibungswettbewerb werden ausdrücklich begrüßt. Sie sind allerdings erfahrungsgemäß nicht wirksam. Man muss realistischerweise davon ausgehen, dass Ausschreibungswettbewerb generell den Konzentrationsprozess fördert, so dass sich kleine und kleinste Unternehmen allenfalls in Nischen werden halten können. Diese Entwicklung ist bedauerlich, aber eine unweigerliche Konsequenz eines ausschließlich durch Ausschreibungen organisierten Marktes.

2. Bei Ausschreibungen konkurrieren private Verkehrsunternehmen mit kommunalen Verkehrsbetrieben, die sich ganz oder teilweise in kommunaler Trägerschaft befinden.
Gibt es Wettbewerbsvorteile kommunaler Verkehrsbetriebe, die bei der Vergabe im Wettbewerb nicht kompensiert oder eliminiert werden?
Um welche handelt es sich dabei?

Kommunale Verkehrsunternehmen haben im Ausschreibungswettbewerb keine Vorteile. Für Ausschreibungen von Verkehrsleistungen regelt § 1 Abs. 2 S. 2 der Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes („Geringste-Kosten-Verordnung") ausdrücklich, dass Angebote freiwillige Zahlungen der öffentlichen Hand an Verkehrsunternehmen oder Erträge aus Tätigkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen der Daseinsvorsorge nicht enthalten dürfen. Damit ist der unzutreffenden Befürchtung, dass kommunale Unternehmen sich durch öffentliche Mittel Wettbewerbsvorteile verschaffen könnten, hinreichend Sorge getragen.

3. Welche Vor- oder Nachteile hätte es auf lokale Nahverkehrspläne zu verzichten und sie bspw. in den regionalen Verkehrsplänen aufgehen zu lassen?

Auf lokale Nahverkehrspläne sollte aufgrund deren Bedeutung innerhalb des dezentralen Systems in Hessen nicht verzichtet werden.

4. § 11 Abs. 2 des ÖPNV-Gesetzentwurfes beinhaltet das Solidaritätsprinzip innerhalb des Verbundes. Gemäß diesen Bestimmungen werden alle Fahrgeldeinnahmen innerhalb des jeweiligen Verkehrsverbundes für alle Leistungen eingesetzt. Der nach der Aufteilung verbleibende Finanzierungsbedarf wird auf die Aufgabenträger umgelegt. Dieses Solidaritätsprinzip ist in der Vergangenheit bereits praktiziert worden.

a. *Wie hoch waren die jährlichen Fahrgeldeinnahmen auf den Aufgabenträger bezogen?*
b. *Wie hoch war der verbleibende Finanzierungsbedarf für die jeweiligen Aufgabenträger?*
c. *Wie wurde der Finanzierungsbedarf zwischen den Aufgabenträgern aufgeteilt?*
d. *Wie hoch war der verbleibende Finanzierungsbedarf pro Fahrgast in den beiden Verbünden pro Jahr?*
e. *Wie hoch waren die Fahrgeldeinnahmen in den Verbünden pro Fahrgast und Jahr in den letzten vier Jahren?*

Welche Gründe sprechen für die Festlegung nach § 11 Abs.2, wonach die Verpflichtungen aus Verträgen der Verkehrsverbünde ***nur*** *innerhalb des Verbundes solidarisch getragen werden müssen?*

Wir verweisen auf die Stellungnahmen der beiden Verbünde RMV und NVV.

5. Bei Gründung der Verkehrsbetriebe war zunächst beabsichtigt, neben der Beteiligung am VRN 3 Verbünde in Süd-, Mittel- und Nordhessen zu schaffen.
Im Rahmen der parlamentarischen Beratung ist es dann zur Bildung des RMV und NW gekommen. Maßgebend für die Bildung des RMV war unter anderem die Tatsache, dass eine entsprechende Vorbereitungsgesellschaft bereits existierte. Gegenwärtig gibt es keine Verbundübergreifenden Fahrscheine z. B. aus dem Gebiet des NW in den Zuständigkeitsbereich des RMV, wenn dort eine Umsteigenotwendigkeit z. B. bei Bussen und Straßenbahnen besteht. Im Bereich der Fahrplangestaltung sind aufwendige Abstimmungen zwischen den Verbünden erforderlich.
Die Beispielhaft genannten Gründe und die Entstehungsgeschichte beider Verbünde sind u. E. bereits Anlass darüber nachzudenken, die Verbünde zusammenzuschließen, zumindest im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs. Welche Gründe sprechen für einen Verbund?
Gibt es sachliche Gründe, die ***gegen*** *einen Verbund für ganz Hessen sprechen, wenn ja welche?*
Wie hoch schätzen Sie das Einsparungspotential in sächlicher und personeller Hinsicht bei einem Zusammenschluss zu einem Verbund?

Ist es sinnvoll, zumindest einen Verbund für den Schienenpersonennahverkehr zu schaffen, die lokalen Verkehrsorganisationen aufzulösen und die Ausschreibungen der Buslinien durch die bisherigen Verbünde NW und RMV vorzunehmen zu lassen?

Die Verbünde in Hessen schaffen regionale Identität, weshalb die Ausdehnung eines Verbundes auf ganz Hessen nicht befürwortet wird. Ergänzend verweisen wir auf die Stellungnahmen der beiden Verbünde RMV und NVV.

Fragen der GRÜNEN Landtagsfraktion

1. Ausgestaltung des Wettbewerbs/EU-Verordnung 1191/69
Wie beurteilen Sie die derzeitige hessische Erlasslage (strikter Ausschreibungswettbewerb) zu diesem Thema?
Welche Alternativen sehen Sie zu der in Hessen zur Zeit geübten Praxis?
Wie können bei Ausschreibungen Mindeststandards hinsichtlich Qualität der für die Fahrgäste erbrachten Leistung und der Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten erreicht werden?
Wie können Dumpinglöhne vermieden werden? Sehen Sie die Gefahr eines Oligopolmarktes?
Wie kann sichergestellt werden, das mittelständische Unternehmen faire Wettbewerbsbedingungen haben? Reichen die bisherigen Regelungen dazu im Entwurf des neuen ÖPNV-G aus?
Wie sind kommunale Betriebe auf die derzeit in Hessen geübte Ausschreibung Praxis vorbereitet?
Welche Folgen entstehen für die Kommunen?

- (Hessische Erlasslage) siehe oben bei den Ausführungen zu den Fragen 3 und 4 der SPD-Fraktion
- (Oligopolmarkt) siehe oben zu den Fragen der FDP-Fraktion.
- (Mittelständische Unternehmen) siehe oben zu den Fragen der FDP-Fraktion.
- die kommunalen Betriebe fahren ehrgeizige Restrukturierungsprogramme. Erkennbar ist, dass die tariflich bedingten Vergütungsnachteile des Stammfahrpersonals innerhalb der im Eckpunktepapier der Landesregierung enthaltenen Fristen nicht abgebaut werden können. Bei Betreiberwechseln nach Ausschreibungen kommen auf die Verkehrsunternehmen bzw. deren Träger zusätzlich zu den Kosten für die Verkehrsleistung noch Remanenzkosten (Personalüberhang mit Sozialplankosten; leer stehende Betriebshöfe, Anlagen) beim eigenen Verkehrsunternehmen hinzu.

2. Verankerung von Fahrgastrechten
Welche Möglichkeiten sehen Sie, Fahrgastrechte verbindlich zu regen? Wie beurteilen Sie die landes- und bundesgesetzlichen Initiativen aus Nordrhein-Westfalen hierzu? Wie ist ihre Meinung zu einer hessischen Schlichtungsstelle Nahverkehr nach dem Vorbild Nordrhein-Westfalens?
Wie beurteilen Sie die Schaffung einer Kundencharta Nahverkehr analog zur Kundencharta Fernverkehr der DB AG, wie Sie meine Fraktion vorgeschlagen hat.

• Fahrgastrechte sind bereits jetzt verbindlich geregelt. Soweit aus der Sicht der Politik hier Änderungsbedarf gesehen werden sollte, wäre eine Änderung an den hierfür rechtssystematisch richtigen Gesetzten und Verordnungen vorzunehmen; hier ist in erster Linie
- die Eisenbahnverkehrsordnung (EVO) in der Fassung vom 20. April 1999, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 15. Oktober 2002 und
- die Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 in der Fassung vom 9. Dezember 2004
zu nennen.
Es soll hier aber auch darauf hingewiesen werden, dass eine solche Regelungskompetenz nur der Bundesgesetzgeber besitzt.
• Zur Initiative aus Nordrhein-Westfalen für eine geänderte gesetzliche Regelung von Fahrgastrechten hat der VDV ausführlich in einem Positionspapier von November 2004 Stellung genommen. Der Initiative kann zum Teil zugestimmt werden, teilweise bestehen erhebliche Bedenken insbesondere zur rechtlichen Umsetzung im Detail.

3. Zielbestimmungen für den ÖPNV/Rolle des ÖPN V gegenüber dem Individualverkehr Im Entwurf des neuen ÖPNV-Gesetzes sind nahezu alle Zielbestimmungen, die in § 1 des derzeit geltenden Rechts enthalten waren, gestrichen worden. Wie beurteilen Sie diese Entwicklung? Halten Sie es nicht mehr für erforderlich, dass der ÖPNV als "vollwertige Alternative zum motorisierten Individualverkehr" entwickelt werden soll, wie es im derzeit geltenden Recht heißt? Halten Sie es nicht mehr für erforderlich dem ÖPNV bei Ausbau und Finanzierungsvorrang vor den motorisierten Individualverkehr zu geben (§ 1 Abs. 4 des geltenden Rechts)? Halten Sie es nicht mehr für erforderlich, das ÖPNV-Grundangebot über den Schienenverkehr sicherzustellen, wie es in § 1 Abs. 5 des geltenden Rechts vorgesehen ist?

Die VDV-Landesgruppe Hessen hat sich bereits in ihrer Stellungnahme zum vorhergehenden Entwurf dafür ausgesprochen, die bisher in § 1 genannten Ziele beizubehalten.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Michael Budig
(Vors. LG Hessen im VDV)

gez.

Matthias Jost
(Geschäftsführer LG Hessen im VDV)

VDV-Landesgruppe Hessen · Kurt-Schumacher-Straße 10 · D-60311 Frankfurt am Main

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung
Kaiser-Friedrich-Ring 75

65185 Wiesbaden

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:
Unser Zeichen:
Unsere Nachricht vom:
Ihr Ansprechpartner: Matthias Jost
Telefon-Durchwahl: (069) 213 - 2 24 32
Fax: (069) 213 - 2 26 41
E-Mail-Adresse: m.jost @vgf-ffm.de
Datum: 06.12.2004

Stellungnahme zur Novelle des Hessischen ÖPNV-Gesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ihr Schreiben vom 05.10.2004 haben wir erhalten, vielen Dank dafür.

Der VDV begrüßt die Absicht der Landesregierung, mit der Novellierung des hessischen ÖPNV-Gesetzes eine solide Basis für die wirtschaftliche und fahrgastorientierte Gestaltung und Weiterentwicklung des ÖPNV in Hessen zu schaffen. Wir unterstützen insbesondere das grundsätzliche Ziel des Gesetzentwurfs, den ÖPNV als Säule eines integrierten Gesamtverkehrssystems zur Bewältigung der Mobilitätsanforderungen der Bürgerinnen und Bürger zu stärken.

Gleichwohl unterstreicht der Gesetzentwurf aber auch die Absicht der Landesregierung, die Gestaltungsmöglichkeiten der kommunalen Gebietskörperschaften als Aufgabenträger des ÖPNV in sachlicher Hinsicht zukünftig einzuschränken, indem Ausschreibungspflichten beschrieben werden. Der Wettbewerb der Wettbewerbssysteme durch die Alternativen Genehmigungs- und Ausschreibungswettbewerb soll unter Hinweis auf den öffentlichen Zuschussbedarf von Verkehrsdienstleistungen durch ein „Besteller-Ersteller-Prinzip" mit Verträgen über Verkehrsleistungen ersetzt werden.

Das Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003 (Rechtssache C-280/00 „Altmark Trans") hat eine europarechtlich klare Standortbestimmung für Zuschusszahlungen der öffentlichen Hand zur Sicherstellung von ÖPNV-Angeboten gebracht.

Die Anforderungen an die Finanzierung des ÖPNV hat der EuGH hoch angesetzt, indem nicht die subjektiven tatsächlichen Kosten, sondern nur noch die Kosten nach einem objektiven Maßstab – der Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens – ausgeglichen werden dürfen.

Zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen wettbewerbsorientierter Marktwirtschaft im europäischen Binnenmarkt und der Freiheit der Mitgliedstaaten zur Gestaltung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen hat der EuGH aufgezeigt, diese scheinbar widersprüchlichen Ordnungsprinzipien miteinander zu verbinden: Gebietskörperschaften dürfen Verkehrsunternehmen mit der Erbringung der ÖPNV-Leistungen betrauen, die beihilferechtlich unbedenkliche Höhe von Ausgleichszahlungen muss sich jedoch an einem objektiven Kostenmaßstab orientieren.

Wir stimmen mit der Landesregierung darin überein, dass es Ziel des ÖPNV-Gesetzes sein muss, den sich durch vielfältige Anbieter, durch mittelständische Unternehmensstrukturen auszeichnenden deutschen ÖPNV-Markt mit kontrolliertem Wettbewerb um qualitativ hochwertige Angebote zu angemessenen Preisen weiterhin zu erhalten. Der EuGH stellte jedoch klar, dass Ausschreibungswettbewerb nicht die einzige Möglichkeit zur Organisation des ÖPNV-Marktes ist. Daher müssen mehrere Handlungsalternativen für die kommunalen Aufgabenträger des ÖPNV zur Verfügung stehen, um das Ziel eines kontrollierten Wettbewerbs erreichen zu können.

Die kommunalen Verkehrsunternehmen stellen sich dem Wettbewerb. Sie sind in der Lage, einen leistungsfähigen und attraktiven ÖPNV anzubieten und zu gewährleisten. Die bestehenden restriktiven Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung der Städte und Gemeinden verhindern jedoch in vielen Fällen eine Betätigung kommunaler Verkehrsunternehmen im Wettbewerb. Kommunale Verkehrsunternehmen haben daher kaum eine Chance, sich im Wettbewerb zu behaupten. Denn muss sich ein kommunales Verkehrsunternehmen auf seinem angestammten Gebiet dem Ausschreibungswettbewerb stellen und verliert dabei Leistungen, darf es sich nicht wie jedes andere private oder öffentliche Verkehrsunternehmen andernorts Kompensation verschaffen.

Daher begrüßt der VDV die Absicht der Landesregierung, die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten im Rahmen der Novellierung der hessischen Gemeindeordnung zu öffnen. Beide Gesetzgebungsverfahren – zur Novellierung der HGO und zur Novellierung des ÖPNV-Gesetzes – sind insoweit im Zusammenhang zu sehen. Denn in einem wettbewerbsorientierten ÖPNV können sich nur Unternehmen behaupten, deren Tätigkeit nicht auf das Territorium der eigenen Gebietskörperschaft beschränkt ist.

In liberalisierten Märkten ist auf eine uneingeschränkte Chancengleichheit aller Marktteilnehmer zu achten, sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite. Dieses Ziel ist nur zu erreichen, wenn auch kommunale Verkehrsunternehmen uneingeschränkt am Wettbewerb teilnehmen können. Jedoch bleibt der Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze hinter den Anforderungen an die zunehmende Liberalisierung des ÖPNV-Marktes zurück. Denn die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Verkehrsunternehmen außerhalb der Gemeindegrenzen oder Grenzen kooperativer Zusammenarbeit ist auch nach dem Gesetzentwurf nicht schrankenlos zulässig. Die allgemeinen Voraussetzungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit müssen erfüllt sein, neben der Subsidiaritätsklausel muss somit ein öffentlicher Zweck die überörtliche Betätigung rechtfertigen.

Aus der Sicht eines kommunalen Aufgabenträgers, der bislang die Verkehrsbedienung in seinem Zuständigkeitsbereich durch ein eigenes Verkehrsunternehmen hat erbringen lassen, bedarf es einer eindeutigen Regelung, die auch in Zukunft eine uneingeschränkte unternehmerische Tätigkeit des "Alt- Unternehmens" erlaubt. An dieser Stelle verweisen wir auch auf die Stellungnahme des VDV und Anderer zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung, speziell der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen. Wir halten es für zwingend erforderlich, dass die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen durch ein kommunales Unternehmen als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge angesehen und dementsprechend von den geplanten gesetzlichen Beschränkungen freigestellt wird. Insbesondere die Teilnahme an möglichen Ausschreibungen im Rahmen eines liberalisierten Wettbewerbsmarktes rechtfertigt in keinster Weise die in der Novelle zur Hessischen Gemeindeordnung vorgesehenen Beschränkungen für kommunale Unternehmen.

Aus Sicht des VDV sollte eine positive Feststellung, dass die wirtschaftliche Betätigung der Städte und Gemeinden im Bereich des Verkehrs einem öffentlichen Zweck dient, klarstellend in die Weiterentwicklung der Hessischen Gemeindeordnung oder – alternativ – des ÖPNV-Gesetzes mit aufgenommen werden. Denn eine solche positive Feststellung fördert die Rechtssicherheit. Im Übrigen verweisen wir auf unsere Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze vom 29.09.2004, die als Anlage beigefügt ist.

In der allgemeinen Einleitung der Begründung fällt daneben auf, dass außer den drei grundlegenden Zielen für die Novelle keine triftigen Gründe genannt werden, warum das Gesetz grundlegend und in Gänze novelliert werden muss.

Einzig die unter Ziffer 3. genannte Absicht, die Förderung flexibler zu gestalten und zielorientiert auszurichten, lässt sich anhand des Textes der Novelle nachvollziehen. Nicht erkennbar ist, wo und wie mit der Gesetzesnovelle der Wettbewerb um die Verkehrsleistungen forciert und dabei klare Rahmenbedingungen für faire Wettbewerbsbedingungen gesetzt werden sollen.

Zum wiederholten Male wird die an anderer Stelle vom Fachministerium des Öfteren vorgetragene Position bemüht, dass lediglich die Aufgabenträgerorganisationen als das Rückgrat des ÖPNV in Hessen gesehen werden. Dabei verkennt der Gesetzentwurf, dass jahrzehntelang die integrierten Verkehrsunternehmen - die sich traditionell überwiegend in kommunaler Eigentümerschaft befinden - für die Organisation und die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs in Hessen Sorge getragen haben. Die Tatsache, dass diese Unternehmen ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in aller Regel nach den Tarifen des öffentlichen Dienstes entlohnt haben, was andernorts auch als "Verkrustungen" bezeichnet wurde, hat bei diesen Unternehmen zu einer Kostenentwicklung geführt, die es ihnen unter den gegenwärtigen Bedingungen wesentlich erschwert, erfolgreich am Ausschreibungswettbewerb teilzunehmen.

In diesem Zusammenhang hat die Landesgruppe Hessen des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen deutlich gemacht, dass die in den so genannten Eckpunkten der Landesregierung enthaltenen Übergangszeiten für die Einführung eines flächendeckenden Ausschreibungswettbewerbs nicht allgemein verträglich zugeschnitten wurden.

Neben der vorgesehenen Priorisierung des Ausschreibungswettbewerbs, die wir ablehnen, stehen für uns insbesondere die Markt- und Kundenwünsche sowie das Rollenverständnis zwischen den Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen im Mittelpunkt. Der Gesetzentwurf definiert die öffentlichen Interessen im ÖPNV. Aus unserer Sicht müssen diese jedoch im Sinne bestehender Markt- und Kundenwünsche neu gefasst werden, da der vorliegende Entwurf diese Wünsche nicht ausreichend berücksichtigt. Entgegen den Beteuerungen in der Gesetzesbegründung wird im Gesetzestext die Rolle der Verkehrsunternehmen teilweise beschnitten, weshalb wir auch in diesem Punkt eine Überarbeitung des Gesetzentwurfs für erforderlich halten.

Zu den Gesetzesänderungen im Einzelnen:

1. **§ 1 Anwendungsbereich:**

§ 1 des bestehenden Gesetzes zur Weiterentwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs in Hessen enthält Ziele und Programmsätze, welche die besondere Bedeutung des ÖPNV zur Mobilitätssicherung der Bürgerinnen und Bürger ausdrücklich betonen und eine Förderung des ÖPNV vorsehen. Da diese Leitsätze die besondere Stellung des ÖPNV im Verkehrssystem hervorheben, sollten sie in das neue ÖPNV-Gesetz übernommen werden.
Die heute in § 1 Abs. 4 enthaltene Regelung, dem öffentlichen Personennahverkehr soll bei Ausbau und Finanzierung vor dem motorisierten Individualverkehr Vorrang eingeräumt werden, sollte an geeigneter Stelle in die Gesetzesnovelle übernommen werden. Denkbar ist auch, dass die bestehende Quotierung zur Aufteilung der GVFG-Mittel auf Maßnahmen des Individual- und des öffentlichen Personennahverkehrs in das Gesetz aufgenommen wird. Wünschenswert wäre, dass die Landesregierung wieder zu der Aufteilung zurückkehrt, die bei Erlass des noch bestehenden Gesetzes Grundlage war, und 60 Prozent der Mittel für den öffentlichen Personennahverkehr vorgesehen hatte.

2. **§ 2 Begriffsbestimmungen:**

Wir begrüßen die ausdrückliche Klarstellung, dass auch alternative Bedienungsformen öffentlicher Personennahverkehr im Sinne des Gesetzes sind.

Soweit die Durchführung eines Einnahmenaufteilungsverfahrens innerhalb des Gesetzes geregelt werden soll, müssen die Verkehrsunternehmen, die heute ihre Einnahmen selbst erzielen, an diesem Verfahren beteiligt werden (siehe Abs. 3).

Als Verkehrsinfrastrukturunternehmen sind auch solche kommunalen Institutionen anzusehen, die für die diskriminierungsfreie Vorhaltung und die Finanzierung der Infrastruktur für den öffentlichen Personennahverkehr verantwortlich sind. Es ist nicht nachvollziehbar, warum das Gesetz lediglich Unternehmen als Vorhalter von betriebsnotwendiger Infrastruktur definiert (Abs. 6).

3. § 3 und 4 Ziele, allgemeine Anforderungen - Absätze 1 und 2 des Gesetzentwurfs:

Bei den dortigen programmatischen Ausführungen handelt es sich um generell begrüßenswerte Ansätze für die Gestaltung und die Anlage des öffentlichen Personennahverkehrs. Gleichwohl bleiben diese teilweise hinter den Zielen und Programmsätzen des bestehenden Gesetzes zurück, weshalb diese in das neue Gesetz übernommen werden sollten (vgl. oben unter Nr. 1).

4. § 4 Absatz 3 bis 6:

Die in Absatz 3 formulierten allgemeinen Anforderungen finden unsere Zustimmung. Doch soll der sozialen Bedeutung des ÖPNV Rechnung getragen und die Umweltverträglichkeit des ÖPNV weiterentwickelt werden können, bedarf es dazu auch einer entsprechenden soliden und verlässlichen Finanzierungsgrundlage. Aus Sicht des VDV gehört dazu eine an Umweltschutzkriterien orientierte Fahrzeugförderung, die daher ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden sollte.

Die Schaffung einer einheitlichen „Benutzeroberfläche" ist aus Sicht der Fahrgäste und Nutzer des ÖPNV zu begrüßen. Eine Vereinheitlichung des ÖPNV innerhalb der – doch recht großen – Verkehrsverbünde ist jedoch angesichts des damit verbundenen finanziellen Aufwands und der zur Verfügung stehenden Finanzmittel stark begrenzt. Vorrang vor einer Vereinheitlichung des ÖPNV in Hessen sollte ausdrücklich ein attraktives und fahrgastorientiertes ÖPNV-Angebot haben. Darauf sollten auch die Finanzmittel ausgerichtet werden, eine kostenintensive Vereinheitlichung der ÖPNV-Standards zu Lasten des Verkehrsangebots darf es nicht geben.

Auch der Verbundtarif, insbesondere die Zielsetzung, dass kooperationsraumübergreifende Tarife anzustreben sind, ist aus Sicht der Fahrgäste zu begrüßen. Gleichwohl stellen die vorgesehenen Regelungen einen Eingriff in die Tarifhoheit der Verkehrsunternehmen gemäß § 39 PBefG und § 12 AEG dar und führen zu einer unangemessenen Einschränkung der Freiräume zur Entfaltung unternehmerischen Potentials. Insbesondere für die Festlegung auf das Ziel der Einführung eines landesweit geltenden „Hessen-Tarifs" sehen wir keinen Regelungsbedarf.

Deshalb lehnen wir die in Absatz 5 Satz 5 des Gesetzentwurfs enthaltene Regelung, dass eine Tarifgestaltung außerhalb des Verbundtarifs den öffentlichen Verkehrsinteressen widerspricht, ab. Diese Bestimmung würde dazu führen, dass jedem eigenwirtschaftlichen Linienverkehr und seinen Sonderformen – z. B. Stadtrundfahrten – die Genehmigung gemäß § 13 Absatz 3 PBefG zu versagen wäre, sollte das beantragte Beförderungsentgelt nicht dem Verbundtarif entsprechen. Absatz 5 Satz 5 des Gesetzentwurfs sollte daher gestrichen werden.

Die in Absatz 6 enthaltene Forderung, die baulichen Anlagen und die Fahrgastinformationen so zu gestalten, dass die Belange behinderter und anderer Menschen mit Mobilitätsbeeinträchtigungen berücksichtigt werden, stellt lediglich einen Querverweis auf andere bestehende gesetzliche Vorschriften dar und ist an dieser Stelle eine Wiederholung. Versäumt wird allerdings, die Herstellung einer behindertengerechten und barrierefreien Zugänglichkeit mit entsprechenden finanziellen Anreizen (Fördertatbeständen) seitens des Landes zu verbinden.

5. § 5 Aufgabenträger:

Der VDV stimmt dem in Absatz 2 enthaltenen öffentlichen Sicherstellungsauftrag zu. Wir geben jedoch zu bedenken, dass zu verbindliche Vorgaben zur Entwicklung und Planung des ÖPNV einer flexiblen und attraktiven Angebotsgestaltung entgegenstehen können. Darüber hinaus droht die Gefahr, dass es zukünftig unternehmerischer Kompetenz nicht mehr bedarf und unternehmerische Eigeninitiative nicht mehr gefordert wird. Verbindliche Vorgaben widersprechen dem Grundgedanken des PBefG, das als Bestandteil des Gewerberechts die wirtschaftliche Betätigung eines Unternehmens in den Mittelpunkt stellt.

Bei den Änderungen zur Definition des "Aufgabenträgers" fällt auf, dass künftig der öffentliche Personennahverkehr als kommunale Selbstverwaltungsaufgabe definiert wird. Einer genaueren Prüfung bleibt vorbehalten, ob diese gegenüber dem bestehenden Gesetz weitergehende Zuweisung von Zuständigkeiten mit dem Konnexitätsprinzip vereinbar ist.

Entfallen bzw. in der Gesetzessystematik an eine andere Stelle verschoben ist, dass für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs die Verkehrsunternehmen nach Personenbeförderungsgesetz und Allgemeinem Eisenbahngesetz zuständig sind. Durch den im bestehenden Gesetz ausdrücklichen Hinweis auf § 4 des Regionalisierungsgesetzes ("gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen") werden den Aufgabenträgern Gestaltungsoptionen für die Bestellung der Verkehrsleistungen eröffnet. Die geplante Neuregelung scheint diese bewusst nicht bieten zu wollen, ohne dies jedoch konkret zu regeln.

6. § 6 Aufgabenträgerorganisationen:

Aus Sicht des VDV sollte im Interesse einer effizienten Verwaltungsorganisation und einer Entbürokratisierung keine Verpflichtung mehr zur Errichtung einer Lokalen Nahverkehrsorganisation bestehen. Der Aufgabenträger sollte im Rahmen seiner Organisationsfreiheit eine Lokale Nahverkehrsorganisation lediglich errichten können. Denn das Ziel eines effizienten Mitteleinsatzes im ÖPNV muss auch für die Verwaltungsebene gelten. Die Verpflichtung zur Errichtung einer zusätzlichen Behördenebene im ÖPNV lehnen wir ab.

Dass benachbarte Aufgabenträger dann unter dieser Prämisse auch eine gemeinsame Lokale Nahverkehrsorganisation einrichten können, ist aus Sicht des VDV zu begrüßen. Da eine solche Möglichkeit helfen kann, eine unnötige Bürokratisierung des ÖPNV zu verhindern, sollte jedoch der einschränkende Halbsatz „wenn dies auf Grund verkehrlicher Verflechtungen zweckmäßig ist" gestrichen werden. Die Einrichtung einer (auch) gemeinsamen Lokalen Nahverkehrsorganisation sollte grundsätzlich ins Ermessen der Aufgabenträger gestellt werden.

Träger öffentlicher Belange sollten nicht die Aufgabenträgerorganisationen, sondern grundsätzlich die Aufgabenträger selbst sein, eine Delegation an die Aufgabenträgerorganisation könnte möglich sein. Aus Sicht des VDV müsste Absatz 4 entsprechend angepasst werden.

Der Gesetzentwurf unterstellt, dass "die privatrechtliche Organisationsform für Aufgabenträgerorganisationen am häufigsten praktiziert wird, weil sie offensichtlich mehr Flexibilität bietet". Der Gesetzesentwurf stellt diese Behauptung auf, ohne durch einen fundierten Vergleich mit den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Erlasses des bestehenden Gesetzes einen entsprechenden Wirtschaftlichkeitsnachweis anzustellen.

Erkennbar ist nicht, wo die Vorteile in Bezug auf mehr Flexibilität liegen sollen, da auch privatwirtschaftlich organisierte Aufgabenträgerorganisationen den Restriktionen des kommunalen Haushaltsrechts unterworfen sind und für die Budgetentscheidungen die Zustimmung der Gemeindevertretung/Stadtverordnetenversammlung benötigen.

Unter Beachtung der geplanten Änderungen der Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigungen von Kommunen muss man zu dem Schluss kommen, dass nach dem 1. April diesen Jahres gegründete oder noch zu gründende Aufgabenträgerorganisationen oder Zusammenschlüsse von diesen unter die sehr scharfen Restriktionen der Übergangsregelungen für die Änderungen zur Hessischen Gemeindeordnung fallen. Konkret könnte dies bedeuten, dass ein privat organisiertes Unternehmen in eine Art "Genehmigungswettbewerb" mit Aufgabenträgerorganisationen treten und deren Leistungen alternativ den Aufgabenträgern zu möglicherweise günstigeren Konditionen anbieten.

Nach bisheriger Anlage des Gesetzentwurfes zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung würde die Gemeinde in solchen Fällen verpflichtet, eigene Organisationen abzuwickeln und Leistungen Privaten zu übertragen. Die mit einem solchen Verfahren verbundenen wirtschaftlichen Nachteile hat der Verband Deutscher Verkehrsunternehmen bereits mehrfach auch in Bezug auf bestehende kommunale Verkehrsunternehmen nachdrücklich deutlich gemacht.

Es ist abwegig und aus finanzieller Sicht der Kommunen absolut unproduktiv, bestehende Strukturen, auch wenn diese mit wirtschaftlichen Nachteilen belastet sind (kommunaler Tarif, Zusatzversorgungskasse), in solcher Weise in Frage zu stellen.

§ 8 Absatz 4 Satz 4 PBefG stellt klar, dass die zuständige Behörde i. S. d. Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 grundsätzlich mit dem Aufgabenträger identisch sein soll. Daher sollte Absatz 3 auch klarstellen, dass die zuständige Behörde i. S. d. Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 der Aufgabenträger <u>oder</u> eine von ihm errichtete Aufgabenträgerorganisation ist. Die Zuweisung der Zuständigkeit nach § 4 Satz 2 des Regionalisierungsgesetzes auf die Aufgabenträger<u>organisation</u> ist nicht sachgerecht, da diese bislang den Aufgabenträgern direkt zugeordnet ist.

7. § 7 Aufgaben der Aufgabenträgerorganisationen:

Die Festlegung der Aufgaben der Aufgabenträgerorganisation in der Detailschärfe des Absatzes 1 lehnen wir ab. Insbesondere die allein obrigkeitliche Festlegung der Nahverkehrsleistungen nach Quantität und Qualität widerspricht dem Grundgedanken des Personenbeförderungsrechts. Der Verkehrsunternehmer wird damit zum reinen „Lohnkutscher" degradiert, der die Vorgaben der Aufgabenträgerorganisation „abfahren" soll. Einen solchen Eingriff in die unternehmerische Freiheit lehnen wir strikt ab.

Die folgenden Aufgaben der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren sowie des Abschlusses von vertraglichen Vereinbarungen mit den Verkehrsunternehmen implizieren im Ergebnis eine Ausschreibungspflicht, weshalb wir dem nicht zustimmen können. Die Regelungen unter Nummern 4 und 5 sind im Ergebnis nicht erforderlich, weil dies bereits von § 6 Absatz 1 mit umfasst wird.

Die detaillierten Regelungen zum Verbundtarif, insbesondere zum Ausgestaltungsrecht der Verkehrsverbünde, lehnen wir ab, weil dies im Widerspruch zur grundsätzlichen Tarifhoheit der Verkehrsunternehmen steht (vgl. oben unter 4.). Wir finden es darüber hinaus befremdlich, dass eine Beteiligung der Verkehrsunternehmen an der Gestaltung des Verbundtarifs sowie der Verkehrsunternehmen und Aufgabenträger an der Gestaltung der Einnahmeaufteilung nicht vorgesehen ist. Wir schlagen daher vor, ins Gesetz eine Regelung aufzunehmen, dass die Aufgabenträger und ihre Aufgabenträgerorganisationen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben mit den Verkehrsunternehmen zusammenarbeiten sollen.

Absätze 4 und 6 sehen eine Beteiligung der Aufgabenträgerorganisationen an der Entscheidungsfindung zu wichtigen Vorhaben sowie der Gestaltung des Verbundtarifs vor, jedoch keine Beteiligung der Verkehrsunternehmen. Aus Sicht des VDV muss auch den im Verkehrsgebiet tätigen Verkehrsunternehmen, die nach dem PBefG die Tarifhoheit innehaben, ein Beteiligungsrecht eingeräumt werden. Wir halten es für erforderlich, dass die in Abs. 4 vorgesehene "Beteiligung" der lokalen Nahverkehrsorganisationen an der Entscheidungsfindung zu wichtigen Vorhaben stärker ausgeprägt wird. In der Praxis dürfte eine bloße Beteiligung kaum ausreichend sein.

Die Regelung des Absatzes 8 lehnen wir strikt ab. Die Fahrgeldeinnahmen sollen nach dem Gesetzentwurf auf die Aufgabenträgerorganisationen aufgeteilt werden. Dies steht im Widerspruch zum PBefG. Insbesondere bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen tragen die Verkehrsunternehmen das Erlösrisiko und müssen daher auch diskriminierungsfrei am Einnahmeaufteilungsverfahren beteiligt werden. Aus diesem Grund fordern wir eine entsprechende Anpassung des Absatzes 8. Hilfsweise schlagen wir vor, den Absatz durch eine Formulierung, dass in der zweiten Stufe eine Aufteilung auf die Verkehrsunternehmen, die die jeweilige Verkehrsleistung erbringen, zu erfolgen hat, zu ergänzen.

Andernfalls wäre auch im Ausschreibungswettbewerb nur noch die Vergabe von Bruttoverträgen möglich. Denn derjenige, der das Erlösrisiko trägt und sich einem Verbundtarif unterwerfen soll, muss diskriminierungsfrei am Einnahmeaufteilungsverfahren beteiligt werden. Sollten Nettoverträge damit zukünftig nicht mehr möglich sein, würde es sich für Verkehrsunternehmen nicht mehr lohnen, durch eigene unternehmerische Leistung eine Steigerung der Fahrgastzahlen zu erreichen. Dies kann nach unserer Auffassung nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Insbesondere die im Abs. 1 Nr. 4 genannte "Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren für das Erbringen von Nahverkehrs Leistungen" ist zu streichen, da dem Landesgesetzgeber hierfür die erforderliche Gesetzgebungskompetenz fehlt. Im Übrigen fehlt eine Grundlage im nationalen Recht, die es dem Land Hessen erlauben würde, eine Verpflichtung zur Ausschreibung von Verkehrsleistungen gesetzlich vorzuschreiben.

8. § 8 Erbringen von Verkehrsleistungen (Durchführung des Verkehrs):

Die in Absatz 1 enthaltene Beschränkung der Verkehrsunternehmen ausschließlich auf die Durchführung des ÖPNV lehnen wir ab. Diese widerspricht dem Gedanken eines integrierten Verkehrsunternehmens, das im Interesse einer fahrgastfreundlichen Angebotsgestaltung auch planerische und organisatorische Aufgaben wahrnimmt.

Wir begrüßen, dass sich der Gesetzentwurf in Absatz 2 zur Unternehmensvielfalt und Förderung einer mittelständischen Unternehmensstruktur bekennt. Daher gilt es auch, eine Oligopolisierung – wie sie z. B. im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbs in Skandinavien zu beobachten war – zu verhindern.

Dem Gedanken, dass Aufgabenträgerorganisationen keine unternehmerischen Aufgaben im Sinne des PBefG/AEG wahrnehmen dürfen, stimmen wir grundsätzlich zu, denn diese sollten beim Verkehrsunternehmen liegen. Gleichwohl lehnen wir die Regelung in Absatz 3 ab, weil damit der zwingende Aufbau bürokratischer Strukturen verstärkt wird. Die Nutzung vorhandenen unternehmerischen Sachverstands zur Planung und Organisation des ÖPNV durch die Aufgabenträger wird dadurch verhindert. Es muss möglich sein, dass Aufgabenträgerorganisationen zum Beispiel für ein einheitliches Marketing des ÖPNV sorgen und dies im Rahmen unternehmerischen Handelns neben den von ihnen hoheitlich wahrzunehmenden Aufgaben planen und ausführen können.
Wie bisher – nach § 7 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes zur Weiterentwicklung des ÖPNV – sollten sich Aufgabenträger auch weiterhin zur Wahrnehmung ihrer ÖPNV-Aufgaben ihrer bestehenden Verkehrsunternehmen bedienen dürfen.

Die in Absatz 3 enthaltene Einschränkung, dass eine Aufgabenträgerorganisation nicht Unternehmer i. S. des PBefG/AEG sein darf, fällt aus unserer Sicht nicht in die Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers, da das nationale Recht diesen Tatbestand abschließend geregelt hat. Aus dem PBefG ist eine wie hier vorgeschlagene Beschränkung nicht abzuleiten.

Sollte es jedoch beim Gesetzesvorschlag bleiben, fordern wir hilfsweise eine praxisgerechte Anpassung entsprechend der bestehenden Regelung des § 7 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes zur Weiterentwicklung des ÖPNV. Um Konflikte zum Gesetzesvorschlag in den Fällen, in denen sich Aufgabenträger zur Wahrnehmung ihrer ÖPNV-Aufgaben ihrer bestehenden Verkehrsunternehmen bedienen, zu vermeiden, schlagen wir vor, Absatz 3 zu ändern: Die vorgeschlagene Regelung des Absatzes 3 (dann Satz 1) sollte nicht gelten, wenn sich Aufgabenträger zur Wahrnehmung ihrer ÖPNV-Aufgaben ihrer bestehenden Verkehrsunternehmen bedienen. In diesem Fall ist jedoch durch eine organisatorische Trennung zwischen unternehmerischen und aufgabenträgerbezogenen Aufgaben eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung des ÖPNV sicher zu stellen.

Die Ausführungen in den Absätzen 1 und 2 enthaltenen keinen eigenständigen Regelungsgehalt, sondern bilden lediglich die bestehende Gesetzeslage ab. Besonders die in Abs. 2 genannten Zielvorgaben zur Erreichung eines funktionierenden Wettbewerbs sind nicht erforderlich, da für solche Fälle bereits nationale beziehungsweise europarechtliche Vorgaben existieren.

Falls Absatz 2 nicht gestrichen wird, schlagen wir hilfsweise folgende Änderung vor: „Im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs um die Verkehrsleistung sind eine Angebotsvielfalt und mittelständische Strukturen, soweit dies nach Art und Umfang der betroffenen Verkehrsleistung zweckmäßig ist, zu fördern".

9. § 9 Vereinbarungen mit den Verkehrsunternehmen (Besteller-Ersteller-Prinzip):

§ 9 enthält die Kernbestimmungen des Gesetzentwurfs und soll offenbar eine Ausschreibungspflicht im ÖPNV-Gesetz verankern. Dies steht im Widerspruch zu den bundesgesetzlichen Regelungen des PBefG. Das PBefG trennt zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen und legt nur für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht fest.

In zwei nicht rechtskräftigen Urteilen vom 16. September 2004 stellten das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in Lüneburg und das Verwaltungsgericht Stade im Gegensatz zur aktuellen Erlasslage in Hessen die rechtssichere Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 n. F. im deutschen Recht fest. Die Definition der Eigenwirtschaftlichkeit des § 8 Absatz 4 Satz 2 wurde vom Gericht ebenfalls bestätigt. Auch nach dem Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003 besteht keine Ausschreibungspflicht. Denn neben der Ausschreibung besteht eine gleichwertige Handlungsalternative: Gebietskörperschaften dürfen Verkehrsunternehmen mit der Erbringung der ÖPNV-Leistungen betrauen, die beihilferechtlich unbedenkliche Höhe von Ausgleichszahlungen muss sich dabei jedoch an dem objektiven Kostenmaßstab eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens orientieren.

ÖPNV ist Teil der Daseinsvorsorge. Als eine solche Dienstleistung wird der ÖPNV vielfach von kommunalen Unternehmen örtlich erbracht und örtlich verantwortet. Über die grundsätzlichen Fragen bezüglich der Leistungserbringung, insbesondere über die Frage einer marktorientierten Direktvergabe oder einer Ausschreibung muss daher auch die kommunale Gebietskörperschaft als Aufgabenträger des ÖPNV entscheiden. Denn über die gemeindliche Volksvertretung ist sie berufen, die Interessen der Bürgerinnen und Bürger zu wahren.

Daher müssen beide Handlungsalternativen – Ausschreibungswettbewerb <u>und</u> Genehmigungswettbewerb mit direkter Vergabe – für die kommunalen Aufgabenträger des ÖPNV zur Verfügung stehen, um das Ziel eines effizienten ÖPNV-Systems aufgrund von vor Ort zu treffenden Entscheidungen erreichen zu können. Die einseitige Festlegung des Gesetzent-

wurfs auf das „Besteller-Ersteller-Prinzip", das der freien unternehmerischen Gestaltung des ÖPNV widerspricht und eine ausschließliche Ausschreibungspflicht impliziert, lehnen wir daher ausdrücklich ab.

Außerdem hat der steuerliche Querverbund eine besondere Bedeutung zur Finanzierung des ÖPNV. Eine ausschließliche Festlegung auf vertragliche Gestaltungen könnte - je nach Gestaltung - die Nutzung des steuerlichen Querverbundes gefährden. Bemerkenswert ist schließlich auch, dass der Gesetzentwurf offenbar das Instrument der Auferlegung im Sinne der „Geringste-Kosten-Verordnung" außer Acht lässt.

Die Vorgabe, die Erstellung von Verkehrsleistungen nur über vertragliche Vereinbarungen zwischen den Erstellern und den Bestellern regeln zu können, ist zu streichen, da dem Landesgesetzgeber hierfür die Regelungskompetenz fehlt. In diesem Zusammenhang verweisen wir auch auf die in jüngerer Zeit ergangenen Urteile des Oberverwaltungsgerichtes Lüneburg und des Verwaltungsgerichtes Stade, die sich beide die vom Bund-Länder-Fachausschuss (BLFA) getragene Auffassung bezüglich der Interpretation des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 24. Juli 2003 zu Eigen machen.

Auch die detaillierte Bündelung von Zuständigkeiten bei den Aufgabenträgerorganisationen lehnen wir ab. Eine solche Regelung lässt den Unternehmen keinerlei Spielraum und führt dazu, dass nur noch die Vergabe von Verkehrsleistungen über Bruttoverträge möglich ist. Jegliche unternehmerische Kreativität wird den Unternehmen entzogen und auf die nicht im Wettbewerb stehenden Bestellerorganisationen transferiert. Es ist zu beachten, dass ausreichend Spielräume für die Verkehrsunternehmen bestehen müssen, um unternehmerisches Potential entfalten zu können.

10. § 10 Vereinbarungen mit den Verkehrsinfrastrukturunternehmen:

Die Regelung des Satzes 2 ist aus Sicht des VDV überflüssig, da sich entsprechende Regelungen bereits im Eisenbahn- sowie im Kartellrecht finden. Der mit dem Vorschlag verbundene Einstieg in ein Unbundling, eine gesetzlich vorgeschriebene Trennung zwischen Fahrbetrieb und Infrastruktur, auch im öffentlichen Straßenpersonennahverkehr lehnen wir ab. Daher ist auch § 12 Absatz 3 Satz 3 des Gesetzentwurfs zu streichen.

Für den Abschluss von Vereinbarungen mit Verkehrsinfrastrukturunternehmen bedarf es keiner gesetzlichen Regelung. Die in Satz 2 enthaltene Einschränkung, dass diese Unternehmen die diskriminierungsfreie Benutzung der Verkehrsinfrastruktur zu gewährleisten haben, dürfte sich alleine schon aus der Tatsache ergeben, dass derartige Unternehmen überhaupt errichtet werden.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Aufgabenträgerorganisationen auch Verkehrsinfrastruktur betreiben können. Da der Begriff Infrastruktur selbst nicht definiert ist, können im Extremfall auch Fahrzeuge der Infrastruktur zugeordnet werden. Dies hätte zur Folge, dass die Verkehrsunternehmen als reine Personalgesellschaften fungieren. Damit könnte der Aufgabenträger Entscheidungsmonopolist über die Zuordnung der unternehmerischen und aufgabenträgerbezogenen Aufgaben sein. Eine solche Entwicklung lehnen wir ab; es gilt, die unternehmerische Kompetenz bei den Verkehrsunternehmen zu belassen.

Hilfsweise schlagen wir vor, die bestehende Regelung einzugrenzen: „Die Aufgabenträgerorganisationen dürfen die zur Durchführung des Verkehrs erforderlichen Betriebsmittel oder Infrastrukturen nur vorhalten bzw. betreiben, wenn die Verkehrs- oder Infrastrukturunternehmen dazu nicht in der Lage sind". Um unternehmerisches Potential entfalten zu können, ist nach unserer Auffassung auch eine weitest mögliche Wertschöpfungstiefe für die Unternehmen anzustreben. Das Vorhalten bzw. Betreiben von Betriebsmitteln oder Infrastruktur durch Aufgabenträgerorganisationen sollte daher im Sinne eines „schlanken Staates" auch auf solche Fälle beschränkt bleiben, in denen die Unternehmen dazu nicht selbst in der gebotenen Weise – z. B. im Hinblick auf Leistungsfähigkeit oder Diskriminierungsfreiheit – in der Lage sind.

11. § 11 Finanzierungsgrundsätze:

Das in Abs. 2 enthaltene Postulat, die Verpflichtungen aus Verträgen der Verkehrsverbünde solidarisch zu tragen, ist insofern unscharf, als der Begriff "solidarisch "interpretierbar ist. Die damit einhergehende Verpflichtung trifft einzelne Aufgabenträger möglicherweise gegen ihren Willen. Es ist Vorsorge zu treffen, dass mit Kosten verbundene Verkehrsleistungen nur einvernehmlich von allen Aufgabenträgern bestellt werden können.

12. § 12 Zuwendungen des Landes:

Wir halten es für in höchstem Maße bedauerlich, dass sämtliche Neuregelungen als "Kann-Vorschrift" abgefasst sind. An keiner Stelle im § 12 ist eine konkrete Verpflichtung des Landes zur Mitfinanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs der lokalen Aufgabenträger zu erkennen. Letzten Endes wird es den Haushaltsentscheidungen des Landes vorbehalten bleiben, welche Mittel der lokalen Ebene zufließen werden.

Systematisch falsch ist, wenn die Aufgabenträgerorganisationen verpflichtet werden sollen gegenüber dem Land die zweckentsprechende Verwendung ihrer Budgets nachzuweisen. Diese Pflicht trifft wenn überhaupt die Aufgabenträger.

13. § 13 integrierte Verkehrs- und Siedlungsplanung:

Es wird bezweifelt, ob der Landesgesetzgeber für die hier vorgesehene Regelung die notwendige Gesetzgebungskompetenz hat. Die Ziele der Bauleitplanung leiten sich aus dem Baugesetzbuch ab. Die in § 13 vorgesehene Regelung ist hieran anzupassen bzw. ersatzlos zu streichen, da sie ohnehin nur programmatischen Charakter hat.

14. § 14 Nahverkehrspläne:

Zu Abs. 5 ist anzumerken, dass gem. § 8 Abs. 3 in Satz 2 Personenbeförderungsgesetz nicht nur die Anhörung der vorhandenen Unternehmer bestimmt wird, sondern auch deren Mitwirkung. Fakt ist, dass die Mitwirkung bei dem Zustandekommen der Nahverkehrspläne über eine bloße formale Anhörung hinausgeht, da sie eine wesentlich intensivere Form der Beteiligung darstellt. Vor dem Hintergrund der bestehenden eindeutigen bundesgesetzlichen Regelung ist § 14 Abs. 5 entsprechend anzupassen bzw. zu streichen. Alternativ kann auch die bewährte Regelung des § 12 Abs. 2 des Hessischen ÖPNVG in der geltenden Fassung erhalten bleiben und als § 14 Abs. 2 in den Entwurf aufgenommen werden

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme in die weiteren Beratungen zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein neues ÖPNV-Gesetz mit einzubeziehen und auf eine Verwirklichung des Wettbewerbs der Wettbewerbssysteme durch verschiedene Handlungsalternativen hinzuwirken. Durch eine Beibehaltung der organisationsrechtlichen Handlungsspielräume der kommunalen Gebietskörperschaften als Aufgabenträger und der unternehmerischen Freiheiten der Verkehrsunternehmen gilt es, einen verlässlichen und diskriminierungsfreien Ordnungsrahmen zu schaffen, der die Grundlage eines attraktiven und wirtschaftlichen ÖPNV-Angebots für die hessischen Bürgerinnen und Bürger bieten wird.

Entgegen verschiedenen Ankündigungen in der Presse und auch auf Grund des Eindrucks an verschiedenen Stellen des Gesetzentwurfes kommt man zu dem Schluss, als ob die obligatorische Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen eingeführt werden soll. Bei näherer Betrachtung ist jedoch festzustellen, dass der Gesetzentwurf dieses nicht verbindlich vorschreibt.

Dabei hilft es nicht, wenn Annahmen herangezogen werden, dass bereits im derzeitigen Ordnungsrahmen eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht von Verkehrsleistungen begründet sei.

Die an vielen Stellen von Vertretern des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vertretene Auffassung, dass generell die EU-Verordnung Nr. 1191/69 auf den nationalen Personennahverkehr anzuwenden sei, kann auch nicht Grundlage sein, um die verbindliche Ausschreibung von Verkehrsleistungen regeln zu wollen.

Es geht nicht darum, Wettbewerb im hessischen ÖPNV zu verhindern, sondern eine Struktur mit gegenseitigen Vorteilen für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen zu erhalten und auszubauen. Die Verkehrsunternehmen des VDV stellen sich dem Wettbewerb, doch darf dieser nicht unkontrolliert und zu Lasten der Verkehrsunternehmen gestaltet werden. ÖPNV ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge und muss daher auch örtlich verantwortet und gestaltet werden können. Verkehrsdienstleistungen werden unternehmerisch erbracht, weshalb die Verkehrsunternehmen unternehmerisch handeln können müssen. Diese Grundsätze sollten im neuen hessischen ÖPNV-Gesetz verankert werden.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen

gez.	gez.
Michael Budig (Vors. LG Hessen im VDV)	Matthias Jost (Geschäftsführer LG Hessen im VDV)

VDV-Landesgruppe Hessen · Kurt-Schumacher-Straße 10 · D-60311 Frankfurt am Main

An den
Vorsitzenden des Innenausschusses im
Hessischen Landtag
Herrn Rudi Haselbach
z. Hd. Frau Heike Thaumüller
Schlossplatz 1 - 3

65183 Wiesbaden

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:
Unser Zeichen:
Unsere Nachricht vom:
Ihr Ansprechpartner: Matthias Jost
Telefon-Durchwahl: (069) 213 - 2 24 32
Fax: (069) 213 - 2 26 41
E-Mail-Adresse: m.jost @vgf-ffm.de
Datum: 29.09.2004

Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Rechtsvorschriften - Drucks. 16/2463

Sehr geehrter Herr Haselbach,
sehr geehrte Damen und Herren,

Ihr Schreiben vom 05.08.2004 haben wir erhalten, vielen Dank dafür.

An der Anhörung am 13.10.2004 werden wir teilnehmen. Unser Verband wird durch den Vorsitzenden der Landesgruppe Hessen, Herrn Michael Budig, und den Geschäftsführer der Landesgruppe, Herrn Matthias Jost, vertreten sein.

Zu dem Gesetzesentwurf nehmen wir wie folgt Stellung:

Der VDV begrüßt grundsätzlich die Absicht der Landesregierung, die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden in räumlicher Hinsicht zu öffnen.

Gleichwohl unterstreicht der Gesetzentwurf aber auch die Absicht der Landesregierung, die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden in sachlicher Hinsicht zukünftig einzuschränken. Diese Restriktion der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten durch Einführung einer verschärften Subsidiaritätsklausel halten wir für inakzeptabel. Ziel eines „Gesetzes zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze" muss es sein,

das hessische Gemeindewirtschaftsrecht so zu liberalisieren, dass im Wettbewerb allen, auch den kommunalen Marktteilnehmern, Chancengleichheit gewährt wird.

Da insbesondere die Regelungen des Gemeindewirtschaftsrechts für die unternehmerische Betätigung unserer kommunalen Mitgliedsunternehmen von entscheidender Bedeutung sind, beschränken wir unsere Stellungnahme auf die vorgeschlagenen Änderungen der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden:

I. Grundsätzliches

Die Erfüllung der steigenden Mobilitätsansprüche der Bürgerinnen und Bürger erfordert einen leistungsfähigen und attraktiven ÖPNV, um gleichwertige Lebensverhältnisse zu gewährleisten, die Straßen vom motorisierten Individualverkehr zu entlasten, eine lebenswerte Entwicklung des städtischen und ländlichen Raums zu fördern, Ressourcen zu schonen und die Umwelt zu entlasten. Diese öffentliche Aufgabe kommunaler Daseinsvorsorge erfüllen die kommunalen Verkehrsunternehmen mit modernen und innovativen Angeboten, indem sie insbesondere ihre Fahrzeugflotten umfassend modernisieren, Fahrpläne untereinander optimal verknüpfen, Tarifsysteme vereinfachen und mit hohem Kundennutzen verbundene Projekte wie die dynamische Fahrgastinformation weiter ausbauen.

Die kommunalen Verkehrsunternehmen stellen sich besonders in Hessen dem Wettbewerb. Sie sind in der Lage, einen leistungsfähigen und attraktiven ÖPNV anzubieten und zu gewährleisten. Die weithin bestehenden restriktiven Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung der Städte und Gemeinden verhindern jedoch in vielen Fällen eine Betätigung kommunaler Verkehrsunternehmen im Wettbewerb. Kommunale Verkehrsunternehmen haben daher kaum eine Chance, sich im Wettbewerb zu behaupten.

Denn muss sich ein kommunales Verkehrsunternehmen auf seinem angestammten Gebiet dem Ausschreibungswettbewerb stellen und verliert dabei Leistungen, darf es sich nicht wie jedes andere private oder öffentliche Verkehrsunternehmen andernorts Kompensation verschaffen. Ohne eine überörtliche Marktöffnung für kommunale Verkehrsunternehmen droht unausweichlich ein Abbau von Kapazitäten, zwangsweise verbunden mit einem Verlust von Arbeitsplätzen, oder die indirekt erzwungene Privatisierung kommunaler Verkehrsunternehmen.

Daher begrüßen wir die Absicht der Landesregierung, die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden in räumlicher Hinsicht zu öffnen. In einem wettbewerbsorientierten ÖPNV können sich nur Unternehmen behaupten, deren Tätigkeit nicht auf das Gebiet der eigenen Gebietskörperschaft beschränkt ist. In liberalisierten Märkten ist auf eine uneingeschränkte Chancengleichheit aller Marktteilnehmer zu achten, sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite. Dieses Ziel ist nur zu erreichen, wenn auch kommunale Verkehrsunternehmen uneingeschränkt am Wettbewerb teilnehmen können.

Bei der Bindung der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung an den öffentlichen Zweck sollte es auch nach unserer Auffassung grundsätzlich bleiben. Dies ergibt sich schon aus dem Grundgesetz. Wirtschaftliche Betätigungen im Bereich der Daseinsvorsorge, zu der auch der ÖPNV zählt, dienen anerkanntermaßen einem öffentlichen Zweck. Wir schlagen deshalb vor, für den Bereich des ÖPNV eine positive Feststellung, dass die wirtschaftliche Betätigung der Städte und Gemeinden im Bereich des Verkehrs einem öffentlichen Zweck dient, klarstellend in die Hessische Gemeindeordnung mit aufzunehmen.

Eine solche positive Feststellung, dass die wirtschaftliche Betätigung im Bereich des Verkehrs einem öffentlichen Zweck dient, fördert die Rechtssicherheit. Denn die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Verkehrsunternehmen außerhalb der Gemeindegrenzen oder Grenzen kooperativer Zusammenarbeit ist auch nach dem Gesetzentwurf nicht schrankenlos zulässig. Die allgemeinen Voraussetzungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit müssen erfüllt sein, neben der Subsidiaritätsklausel muss somit ein öffentlicher Zweck die überörtliche Betätigung rechtfertigen.

Würde auf eine positive Feststellung des öffentlichen Zwecks im Bereich des ÖPNV in der Gemeindeordnung verzichtet, wäre in jedem Einzelfall darzulegen, dass die Überschreitung der Gebietsgrenzen zur Teilnahme am Wettbewerb durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Dies setzt voraus, dass die grenzüberschreitende Tätigkeit zur gebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Zwecks, dem das handelnde kommunale Unternehmen verpflichtet ist, in einem fördernden Zusammenhang steht. Mangels normativer Ausgestaltung des Begriffs „öffentlicher Zweck" sind im Ergebnis Abgrenzungsschwierigkeiten unausweichlich, unter welchen Voraussetzungen die wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Gemeindegrenzen noch zur Erfüllung des originären gebietsbezogenen öffentlichen Zwecks beiträgt und wann nicht mehr. Dieser unbefriedigende Zustand entspräche nicht dem Erfordernis der Rechtssicherheit und eines

verlässlichen Ordnungsrahmens für einen Wettbewerb ohne Benachteiligung kommunaler Verkehrsunternehmen.

Kommunalen Verkehrsunternehmen muss es erlaubt sein, zumindest außerhalb des Spitzenbedarfs nicht ausgelastete Kapazitäten für die Erzielung von Deckungsbeiträgen zu nutzen. Daher stimmen wir dem Gesetzentwurf grundsätzlich zu, verbundene Tätigkeiten ausdrücklich zuzulassen. Denn unter Wettbewerbsbedingungen müssen sich kommunale Unternehmen, insbesondere, wenn sie auf stagnierenden oder gar schrumpfenden Verkehrsmärkten tätig sind, Kompensations- oder Wachstumsmöglichkeiten erschließen können. Darüber hinaus muss es den Unternehmen gestattet sein, die Palette ihrer Produkte und Dienstleistungen marktorientiert zu erweitern sowie zur Stützung der Kerngeschäfte in neue Geschäftsfelder zu diversifizieren. Dies gilt insbesondere für solche Leistungen, die üblicherweise im Zusammenhang mit der Hauptleistung erbracht werden und die für die Bezugsentscheidung der Kunden von Bedeutung sind.

Für diese Weiterentwicklung des Hessischen Gemeindewirtschaftsrechts spricht auch das Vermögenserhaltungs- und Vermögensmehrungsinteresse der Städte und Gemeinden.
Denn die angestrebte Lockerung des Örtlichkeitsgrundsatzes und die Bestätigung der Zulässigkeit von Annextätigkeiten können nicht nur den Wert eines Kommunalunternehmens erhöhen, sondern grundsätzlich im Wettbewerb vor einem Wertverlust schützen.

Diskriminierend für die Gebietskörperschaften und ihre Unternehmen würde sich die Einführung der verschärften Subsidiaritätsklausel auswirken, die den Liberalisierungsbestrebungen im Bereich der Daseinsvorsorge entgegensteht und die Marktöffnung für kommunale Unternehmen verhindert. Die überwiegende Zahl der Bundesländer – Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein – hat sich in ihren Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen aus gutem Grund für eine so genannte Funktionssperre (einfache Subsidiaritätsklausel) entschieden, die den Gemeinden die wirtschaftliche Betätigung eröffnet, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden wird oder werden kann.

Wir bitten Sie, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens darauf hinzuwirken, die Subsidiaritätsklausel zu entschärfen. Sollte die verschärfte Subsidiaritätsklausel des Gesetzentwurfs beibehalten werden, schlagen wir vor, zumindest den Bereich der Daseinsvorsorge ausdrücklich von dieser Subsidiarität auszunehmen.

Einer verschärften Subsidiaritätsklausel steht auch das Erfordernis der Rechtssicherheit und eines verlässlichen Ordnungsrahmens für einen Wettbewerb entgegen, denn es entsteht die Frage, unter welchen Voraussetzungen „der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder werden kann." Die Frage dieser Abgrenzung wird im Gesetzentwurf nicht beantwortet. Auch das nach dem Gesetzentwurf gebotene Markterkundungsverfahren vermag nicht darüber hinwegzuhelfen, dass für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „ebenso gut" und „ebenso wirtschaftlich" klare inhaltliche Kriterien fehlen.

Des Weiteren muss den Städten und Gemeinden aus unserer Sicht grundsätzlich die Wahl zwischen allen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsformen offen stehen. Diese Formenwahl muss in der Gemeindeordnung in das Ermessen der Gebietskörperschaft gestellt werden.

II. Zu den wesentlichen Änderungsvorschlägen im Einzelnen

1. Artikel 1, Ziffer 30 – § 121 Abs. 1 HGO:

Die uneingeschränkte Einführung einer verschärften Subsidiaritätsklausel lehnen wir ab, weil damit zukünftig die wirtschaftliche Betätigung von Gebietskörperschaften und damit auch von kommunalen Unternehmen erschwert oder unmöglich wird. Eine einfache Subsidiaritätsklausel ist ausreichend und bietet eine höhere Rechtssicherheit, indem Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden, weil eine Leistungsparität zwischen der Gemeinde und dem anderen Unternehmer genügt.

Um den Wert bestehender kommunaler Verkehrsunternehmen für die kommunalen Eigentümer zu erhalten, erfordert gerade die Liberalisierung verschiedener Bereiche der Daseinsvorsorge eine Öffnung der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunalunternehmen, um allen

Wettbewerbern gleiche Chancen zu gewähren. Dem steht die verschärfte Subsidiaritätsklausel jedoch entgegen.

Daher schlagen wir vor, § 121 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 in der Fassung des Gesetzentwurfs wie folgt zu ändern:

„3. **bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge** der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann."

Protokollarisch festzuhalten bleibt, dass es sich bei Betätigungen im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge auch um solche Märkte handelt, die einem starken Wandel durch Liberalisierung unterworfen sind (bspw. Energieversorgung, Abfallwirtschaft, öffentlicher Nahverkehr).

Wir begrüßen, dass der Gesetzentwurf auch einen Bestandsschutz für bestehende Unternehmen mit einschließt, doch stellt der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig klar, dass – wie in der Begründung hervorgehoben – sich dieser „auch auf nach dem Stichtag vorgenommene rein quantitative oder von der allgemeinen Entwicklung am Markt vorgegebene Erweiterung der Betätigung in den gesetzlich liberalisierten Bereichen der Daseinsvorsorge" erstreckt.

Da eine verschärfte Subsidiaritätsklausel mit der fortgeschrittenen Liberalisierung zahlreicher kommunaler Wirtschaftstätigkeiten nicht vereinbar ist, schlagen wir vor, zur Wahrung der Chancengleichheit aller Marktteilnehmer im Wettbewerb, den Bestandsschutz eindeutiger zu formulieren:

„Soweit Tätigkeiten vor dem 1. April 2004 **aufgenommen** wurden, sind sie ohne die in Satz 1 Nr. 3 genannten Einschränkungen zulässig."

2. Artikel 1, Ziffer 30 – § 121 Abs. 4 HGO:

Wir begrüßen die ausdrückliche Zulassung von „verbundenen Tätigkeiten" im Gesetzentwurf, lehnen aber den zweiten Halbsatz, wonach gewinnbringende Annextätigkeiten privaten Dritten übertragen, unwirtschaftliche Tätigkeiten jedoch von den Kommunalunternehmen erbracht werden sollen, ab.

Nach § 121 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 8 des Gesetzentwurfs sind kommunale Unternehmen und Einrichtungen ausdrücklich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen. Diesem **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz widerspricht jedoch § 121 Abs. 4, 2. Halbsatz des Gesetzentwurfs, weshalb wir vorschlagen, diesen zu streichen.**

3. Artikel 1, Ziffer 30 – § 121 Abs. 5 HGO:

Die überörtliche Marktöffnung auch für kommunale Verkehrsunternehmen, die eine Wirtschaftstätigkeit auch außerhalb der Gemeindegrenzen ausdrücklich zulässt, wird von uns begrüßt. Es ist positiv hervorzuheben, dass das Örtlichkeitsprinzip nicht nur in Bezug auf den Wettbewerb im Energiemarkt, sondern in Bezug auf den Wettbewerb in allen liberalisierten Märkten allgemein gelockert werden soll.

Da der Gesetzentwurf jedoch verlangt, dass auch bei überörtlicher Betätigung die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 des Gesetzentwurfs vorliegen müssen, ist zu bezweifeln, dass die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit praktische Wirkung entfalten kann. Die Bestimmung einer Lockerung des Örtlichkeitsprinzips kann in liberalisierten Märkten nur dann wirklich zur Chancengleichheit aller Marktteilnehmer im Wettbewerb führen, wenn damit zunächst keine verschärfte Subsidiaritätsklausel verbunden ist. Insoweit verweisen wir auf unsere Ausführungen unter 1. zu § 121 Abs. 1 des Gesetzentwurfs.

Des Weiteren steht das Rechtfertigungserfordernis durch einen öffentlichen Zweck bei der überörtlichen Betätigung kommunaler Unternehmen einer wirklichen Chancengleichheit aller Marktteilnehmer im Wettbewerb entgegen. Die grenzüberschreitende Tätigkeit müsste entsprechend dem Gesetzentwurf einen heimatgebietsbezogenen öffentlichen Zweck erfüllen. Dies würde in der Praxis jedoch zu Rechtsstreitigkeiten über die Frage, ob eine wirtschaftliche

Betätigung außerhalb der Gemeindegrenzen noch zur Erfüllung des originären gebietsbezogenen öffentlichen Zwecks beiträgt oder nicht, führen.

Im Interesse der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit des Gesetzes schlagen wir daher vor, § 121 Abs. 1 folgenden Satz anzufügen:

„Betätigungen in den Bereichen der kommunalen Daseinsvorsorge dienen einem öffentlichen Zweck."

4. Artikel 1, Ziffer 30 – § 121 Abs. 7 HGO:

Eine regelmäßige Überprüfung der Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung von Städten und Gemeinden findet in der Praxis auch ohne weitere gesetzliche Kodifizierung statt. Es geht aber nicht an, die Organisationshoheit der kommunalen Gebietskörperschaften so weit zu binden, dass ständig die Privatisierungsfrage gestellt werden muss.

Auch wenn die vorgeschlagene Regelung keine Pflicht zum Handeln der Gebietskörperschaften nach Abschluss einer Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen begründet, stellt sie jedoch ein einseitiges Präjudiz für die Privatisierung kommunaler Unternehmen dar. Darüber hinaus würde sie den Bestandsschutz nach § 121 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzentwurfs aushöhlen.

5. Artikel 1, Ziffer 33 – § 123a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 HGO:

Es ist kein Grund ersichtlich, einen Beteiligungsbericht derartig detailliert und mit einem Einsichtsrecht privater Dritter gesetzlich zu normieren. Während die Geschäftsdaten kleiner und mittelgroßer privater Kapitalgesellschaften aufgrund der Erleichterungen für die Offenlegung von Jahresabschlussinformationen im HGB nicht offen zu legen sind, sollen die Geschäftsdaten aller kommunalen Unternehmen unabhängig von deren Größe grundsätzlich öffentlich zugänglich gemacht werden.

Eine solche überzogene Regelung zu Beteiligungsberichten lehnen wir entschieden ab, weil sie zu einer Wettbewerbsverzerrung zu Lasten kommunaler Unternehmen führen würde. Kleine und mittelgroße Kommunalunternehmen hätten es als „gläserne Unternehmen" schwer, sich im Wettbewerb zu behaupten. Gleiches gilt auch für die in § 123 Abs. 2 Sätze 2 – 4 des Gesetzentwurfs vorgesehene Veröffentlichung der einzelnen Bezüge der Mitglieder der Geschäftsführungsorgane. Der Gesetzentwurf geht hier über die bestehenden handels- und gesellschaftsrechtlichen sowie kommunalwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen hinaus und bürdet den Unternehmen zusätzliche Pflichten auf.

Wir bitten Sie daher, auf eine maßvolle Regelung zu Beteiligungsberichten hinzuwirken. Es wird im Gesetzentwurf nicht klar, wie mit Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnissen gegenüber der Öffentlichkeit umgegangen werden soll. Der bestehende Rechtsrahmen des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie des Kommunalwirtschaftsrechts enthält bereits ausreichende Regelungen zu Veröffentlichungspflichten, die im Gegensatz zu den Regelungen des Gesetzentwurfs diskriminierungsfrei für private und kommunale Unternehmen gelten.

Wir schlagen daher vor, § 123a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs wie folgt zu ändern:

„3. **Jahresabschlussinformationen, soweit diese nach den geltenden Bestimmungen des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie des Kommunalwirtschaftsrechts offen zu legen sind.**"

sowie die folgenden **Sätze 2 – 4 des Abs. 2 zu streichen**, da diese angesichts der gebotenen Gleichbehandlung privater und kommunaler Unternehmen und der vorgeschlagenen Regelung in Nr. 3 obsolet sind.

Des Weiteren fordern wir, **§ 123a Abs. 3 Sätze 2 und 3 des Gesetzentwurf zu streichen**, um die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kommunaler Unternehmen zu wahren. Eine Erörterung in öffentlicher Sitzung ist ausreichend und bietet gegenüber einer Unterrichtungspflicht und einem Einsichtsrechts die gebotene maßvolle Regelung.

Wir bitten Sie, sehr geehrter Herr Haselbach, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, unsere Stellungnahme in die weiteren Beratungen zum Gesetzentwurf für ein „Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze" mit einzubeziehen und auf eine Gleichbehandlung aller Unternehmen hinzuwirken. Durch eine maßvolle Erweiterung der

Handlungsspielräume der kommunalen Gebietskörperschaften gilt es, einen verlässlichen und diskriminierungsfreien kommunalrechtlichen Ordnungsrahmen zu schaffen, der kommunalen Unternehmen die uneingeschränkte Chancengleichheit in liberalisierten Märkten bietet.

Dabei geht es nicht darum, ein Konkurrenzverhältnis zwischen kommunalen und privaten Unternehmen in Hessen zu begründen oder zu verschärfen. Die kommunalen Verkehrsunternehmen spielen als Partner der privaten Wirtschaft eine wichtige Rolle, denn nicht nur Verkehrsdienstleistungen werden bei privaten Unternehmen in Auftrag gegeben, auch das Handwerk profitiert als Auftragnehmer von der Marktposition kommunaler Verkehrsunternehmen. Damit diese Struktur mit gegenseitigen Vorteilen für die private und kommunale Wirtschaft erhalten bleibt, müssen allen privaten und kommunalen Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbsbedingungen eingeräumt werden, was nach dem vorliegenden Gesetzentwurf noch nicht der Fall ist.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen

Michael Budig
(Vors. LG Hessen im VDV)

Matthias Jost
(Geschäftsführer LG Hessen im VDV)

OPPENLÄNDER
RECHTSANWÄLTE

Dr. Marc Stuckel
Dr. Albrecht Bach
Dr. Heinz-Uwe Dettling
Dr. Thomas Baumann
Dr. Thomas Trölitzsch
Dr. Markus Köhler
Dr. Jens Kaltenborn
Dr. Christofer Lenz
Dr. Timo Kieser
Dr. Rolf Leinekugel
Dr. Matthias Ulshöfer
Michael Rudnau
Dr. Gunther Herr

Direktwahl
Tel. 0711-60187-270
lenz@
oppenlaender.de

21.06.2005
Le/gs 00565-05
00004SLQ.doc

RECHTSGUTACHTLICHE STELLUNGNAHME

zur Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 16.09.2004 und die dort bejahte rechtssichere Bereichsausnahme von der EG-Verordnung 1191/69

im Auftrag

der Landesgruppe Hessen im VDV
(Verband Deutscher Verkehrsunternehmen)

erstattet von

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Christofer Lenz

Altenbergstraße 3
70180 Stuttgart
Telefon 07 11.60 187-0
Telefax 07 11.60 187-2 22
E-mail info@oppenlaender.de
Internet www.oppenlaender.de

I.
Fragestellung

Die Landesgruppe Hessen im VDV, vertreten durch Herrn Matthias Jost, hat mich um gutachtliche Beantwortung der Frage gebeten,

> ob die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vom 16.09.2004 auch nach Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht Bestand haben dürfte, soweit eine rechtssichere Bereichsausnahme und damit eine Ausnahme eigenwirtschaftlicher Verkehre von der EG-Verordnung 1191/69 auch bei Zuschüssen des Aufgabenträgers angenommen wurde.

Hintergrund der Frage ist die Erwartung der Landesgruppe, dass der hessische Wirtschaftsminister seinen bislang abweichend von den anderen Bundesländern eingenommenen Standpunkt, das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) enthalte keine rechtssichere Bereichsausnahme für ÖPNV-Unternehmen, aufgeben wird, wenn die Entscheidung des OVG Lüneburg insoweit rechtskräftig wird.

II.
Eckpunkte für die Beurteilung

1. Was wollte die Klägerin?

Die Klägerin hat Anfechtungsklage gegen eine Linienverkehrsgenehmigung erhoben, die einem Dritten erteilt worden ist. Die Klage ist vom Verwaltungsgericht abgewiesen worden. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin – soweit hier von Interesse – im Wesentlichen vorgetragen (zitiert nach OVG Lüneburg, Urteilsumdruck Seite 9):

> „Die erteilte Genehmigung halte auch den europarechtlichen Anforderungen nicht stand. Zwar sei die Auffassung, dass die

Abgrenzung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren in § 8 Abs. 4 PBefG eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der Verordnung (EWG) 1191/69 darstelle, zutreffend. Dennoch hätten aber die hier streitigen Verkehre nicht nach § 13, sondern nach § 13a PBefG beantragt werden müssen, weil die Beigeladene ausweislich des Haushaltsplans des Landkreises jährlich einen Verlustausgleich in Millionenhöhe erhalte. Derartige Betriebskostenzuschüsse seien in jedem Fall an den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten vier Kriterien zu messen und von der Genehmigungsbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen. Die dort genannten Bedingungen erfüllte die Beigeladene nicht, so dass hier eine unzulässige Beihilfengewährung vorliege."

Die Beigeladene hat im Verfahren vorgetragen, die Zahlungen des Landkreises an sie seien keine Verlustausgleiche, sondern gingen auf einen Vertrag über die Schülerbeförderung zurück.

2. Was hat das Oberverwaltungsgericht entschieden?

Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen, die Revision nicht zugelassen und im hier interessierenden Zusammenhang zwei Aussagen gemacht.

a) Bereichsausnahme rechtssicher

Eine Aussage betrifft die Frage, ob die Verordnung Nr. 1191/69 schon kraft Gemeinschaftsrechts in Deutschland uneingeschränkt gilt.

Der EuGH hatte entschieden, der deutsche Gesetzgeber dürfe in Übereinstimmung mit der Verordnung vorsehen, dass bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ohne Einhaltung der

in der Verordnung Nr. 1191/69 festgelegten Bedingungen und Einzelheiten gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt und Zuschüsse gewährt werden können. Dem folgt das OVG (Urteilsumdruck, Seite 16). Die vom EuGH aufgeworfene, von ihm aber nicht beantwortete und auch nicht zu beantwortende Frage, ob eine solche Bereichsausnahme im deutschen Recht hinreichend bestimmt angeordnet ist, hat das OVG bejaht. Den vom EuGH im Hinblick auf das sogenannte „Wahlrecht des Unternehmers" geäußerten Zweifeln hält das OVG die klare Differenzierung zwischen den beiden Verkehrsarten in § 8 Abs. 4 PBefG entgegen. Das OVG stellt darauf ab, dass im Ergebnis die Genehmigungsbehörde in Abhängigkeit von den tatsächlichen Gegebenheiten die rechtliche Einordnung (eigenwirtschaftlicher oder gemeinwirtschaftlicher Verkehr) vornimmt. Diese Einordnung wird nach der Beurteilung des OVG normativ maßgeblich durch das in § 8 Abs. 4 PBefG enthaltene Stufenverhältnis zwischen eigenwirtschaftlicher Verkehrsbedienung (Grundsatz) und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsbedienung (nur subsidiär) gesteuert.

b) Trennung von Genehmigungsverfahren und Finanzierung

Diese generell sehr bedeutsamen Aussagen des OVG zum Komplex der rechtssicheren Bereichsausnahme haben im konkreten Fall allerdings nur den Charakter einer ergänzenden Begründung gehabt. Deshalb wird der entsprechende Abschnitt (II. 1. c) mit den Worten eingeleitet „hiervon abgesehen ...". Die eigentliche (Haupt-)Begründung des OVG für die Anwendbarkeit von § 13 PBefG war aber, dass nach dem Personenbeförderungsgesetz bei der Entscheidung über diesen Genehmigungsantrag nicht zu prüfen ist, ob der Wille des Unternehmers, einen Verkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen, auf fundierten betriebswirtschaftlichen Überlegungen beruhe. Das OVG klammert also die Fragen nach der Art und Weise der

Kostendeckung (und damit auch nach der EG-Verordnung Nr. 1191/69) aus dem Genehmigungsverfahren grundsätzlich aus. Eine Ausnahme von dieser Trennung von Genehmigung und Finanzierung deutet es nur für den Fall an, dass offensichtlich keine Eigenwirtschaftlichkeit vorliegt. Das OVG lässt aber letztlich ausdrücklich offen, ob auch dann über den Genehmigungsantrag unabhängig von der Finanzierungsseite zu entscheiden ist oder nicht.

c) Nichtzulassung der Revision

Diese gestufte Argumentation des OVG (Hauptlinie: Trennung zwischen Genehmigung und Finanzierung; Hilfslinie: rechtssichere Bereichsausnahme von der EG-Verordnung 1191/69) ist möglicherweise der maßgebliche Grund gewesen, die Revision nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Denn die Frage, ob in Deutschland eine rechtssichere Bereichsausnahme getroffen wurde, hat abstrakt gesehen natürlich grundsätzliche Bedeutung (vgl. meinen Beitrag in DER NAHVERKEHR, 3/2005, Seite 11 [13]). Die Frage ist immerhin vom EuGH aufgeworfen und vom BVerwG offen gelassen worden (Beschluss vom 11.12.2003 – 3 C 28.03). Die abstrakte grundsätzliche Bedeutung dieser Frage zwingt zur Zulassung der Revision aber nur dann, wenn sie für im konkreten Fall entscheidungserheblich war. Daran fehlt es, wenn das Urteil noch auf einer zweiten, selbständig tragenden Begründung beruht, hinsichtlich der kein Revisionsgrund im Sinne von § 132 Abs. 2 VwGO greift.

3. Was hat die Nichtzulassungsbeschwerde gerügt?

Die Klägerin hat Nichtzulassungsbeschwerde erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat die

Grundsatzrüge erhoben bezogen auf die Frage, ob im Rahmen des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens die Genehmigungsbehörde nicht doch zu prüfen hat, wie der beantragte Linienverkehr künftig finanziert wird. Das zielt auf die Hauptbegründung des OVG , nicht auf die ergänzenden („hiervon abgesehen") Aussagen des OVG zur rechtssicheren Bereichsausnahme. Zu letzterem ist eine Grundsatzrüge in der Nichtzulassungsbeschwerde unter Ziffer 1.3 eher angedeutet als im strengen Sinne (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO) erhoben und dargelegt.

III.
Rechtliche Würdigung

1. Erfolgschancen der Nichtzulassungsbeschwerde

Das Urteil des OVG mit seinen Aussagen zur rechtssicheren Bereichsausnahme wird rechtskräftig, wenn die Nichtzulassungsbeschwerde ohne Erfolg bleibt. Ohne nähere Kenntnis der Detailumstände des Verfahrens kann das von außen nicht verlässlich prognostiziert werden.

a) Grundsatzrüge zur Bereichsausnahme?

Eine Aussage machen lässt sich allenfalls zur Frage, ob die im Hinblick auf die abstrakt gesehen grundsätzlichen Aussagen des OVG zur rechtssicheren Bereichsausnahme erhobenen Rügen zur Zulassung der Revision führen werden. Dagegen spricht, dass in der Nichtzulassungsbeschwerde eine ausdrückliche Frage danach, ob eine rechtssichere Bereichsausnahme in Deutschland besteht oder nicht, gar nicht gestellt wurde. Es fehlt auch an ausdrücklichen Darlegungen, warum diese Frage im konkreten Fall entscheidungserheblich war und

warum sie generell klärungsbedürftig ist. Isoliert betrachtet – also bezogen allein auf eine Grundsatzrüge zur Frage der rechtssicheren Bereichsausnahme – dürfte die Nichtzulassungsbeschwerde deshalb kaum Erfolg haben.

b) Prüfung der Bereichsausnahmethese auch bei anderweitiger Revisionszulassung

Das hat aber rechtlich (noch) nicht zur Konsequenz, dass die Frage der rechtssicheren Bereichsausnahme einer Überprüfung durch das BVerwG im Revisionsverfahren entzogen wäre. Denn wenn das BVerwG die Revision wegen einer der zahlreichen in der Nichtzulassungsbeschwerde zu anderen Begründungselementen der Entscheidung erhobenen Revisionsrügen zulässt, dann überprüft das BVerwG im anschließenden Revisionsverfahren die rechtliche Würdigung des Falls durch das Berufungsgericht umfassend (vgl. Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, F, Rdnr. 182), nicht nur beschränkt auf die Teilelemente, die zur Zulassung geführt haben. Das bedeutet: Auch dann, wenn die Revision wegen Fragen zugelassen wird, die nicht das Thema der rechtssicheren Bereichsausnahme betreffen, wird durch eine solche Zulassung der Revision das Thema der rechtssicheren Bereichsausnahme Gegenstand der Prüfungen durch das BVerwG.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt für die Frage nach den Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde Folgendes: Es ist unwahrscheinlich, dass die Revision vom BVerwG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage nach der rechtssicheren Bereichsausnahme zugelassen wird. Denn die Nichtzulassungsbeschwerde hat diese Frage weder ausdrücklich aufgeworfen noch aus-

drücklich ihre Entscheidungserheblichkeit und Klärungsbedürftigkeit dargelegt. Ob die anderen in der Nichtzulassungsbeschwerde umfangreich geltend gemachten Rügen zu einer Zulassung führen, kann von außen nicht beurteilt werden. Ließe das BVerwG die Revision auf der Grundlage einer dieser anderen Rügen zu, dann wäre auch das Thema der rechtssicheren Bereichsausnahme wieder Gegenstand der rechtlichen Überprüfung des OVG-Urteils in dem nachfolgenden Revisionsverfahren.

2. Verneint das BVerwG im Revisionsverfahren eine rechtssichere Bereichsausnahme?

Die Frage, ob auch das BVerwG in einem Revisionsverfahren das Bestehen einer rechtssicheren Bereichsausnahme bejahen würde, soweit sich die Frage dort stellt, hat Prognosecharakter. Eine Prognose kann angestellt werden auf der Grundlage der Aussagen, die das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang schon gemacht hat (dazu unter a.) und auf der Basis weitergehender, eigener Überlegungen (dazu unter b.).

a) Prognose auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG

Das OVG kommt zu dem Ergebnis, dass Zuschüsse zu defizitären Verkehrsleistungen unter Zugrundelegung allein des nationalen Rechts die Eigenwirtschaftlichkeit nicht in Frage stellen. Die innerstaatliche Beschränkung der Anwendung der EG-Verordnung Nr. 1191/69 auf gemeinwirtschaftliche Verkehre entnimmt es § 8 Abs. 4 PBefG und dem dort enthaltenen Stufenverhältnis (Subsidiarität des gemeinwirtschaftlichen Verkehrs). Das sogenannte „Wahlrecht des Unternehmers" beschränkt sich für das OVG auf die Möglichkeit, einen eigen-

wirtschaftlichen Verkehr zu beantragen. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsverbringung könne der Unternehmer nicht beantragen und nicht erzwingen, weil dies eine entsprechende Entscheidung des Aufgabenträgers voraussetze. Der Aufgabenträger habe die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen zu veranlassen, wenn er nach Beobachtung des Marktes zu der Feststellung kommt, dass durch die eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht zustande kommt.

Die wesentlichen Elemente dieses Argumentationsgangs hat auch das BVerwG in der Vergangenheit so gesehen.

aa) Die Ausgangsthese, dass Zuschüsse zu defizitären Verkehrsleistungen nach nationalem Recht die Eigenwirtschaftlichkeit nicht in Frage stellt, hat das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH selbst aufgestellt (BVerwG, NVwZ 2001, 320, 321).

bb) Dasselbe gilt für den zweiten Eckpfeiler der Argumentation des OVG. In seinem Vorlagenbeschluss hat das BVerwG wie später das OVG entschieden, dass aus § 8 Abs. 4 PBefG eine Subsidiarität des gemeinwirtschaftlichen Verkehrs (und damit der Anwendung EG-Verordnung Nr. 1191/69) gegenüber dem eigenwirtschaftlichen Verkehr folgt.

cc) Die weitere Überlegung des OVG, dass das sogenannte Wahlrecht des Unternehmers diesem aus eigenem Recht nur die Möglichkeit gibt, eine eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung zu beantragen, er für die „Wahl" der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsverbringung aber auf die vorausgegangene Entscheidung des Aufgabenträgers angewiesen ist, eine solche Verkehrsleistung nachzufragen, ist selbstverständlich. Auch die-

jenigen, die an einer rechtssicheren Bereichsausnahme Zweifel angemeldet haben, stellen nicht in Abrede, dass der Unternehmer nicht gegen den Aufgabenträger eine gemeinwirtschaftliche Verkehrserbringung durchsetzen, also aus eigenem Recht „wählen" kann (vgl. etwa Wachinger, WiVerw 2004, 27 [38]; Berschin, Verkehr & Technik 2000, 469 [471]). Vor diesem Hintergrund wird man ausschließen dürfen, dass das BVerwG zu der Auffassung kommt, der Unternehmer könne die gemeinwirtschaftliche Verkehrserbringung auch gegen den Aufgabenträger durchsetzen („wählen").

dd) Zu betrachten ist nur noch der vierte argumentative Eckpunkt des OVG, wonach der Aufgabenträger dann die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen zu veranlassen hat, wenn er nach seiner Beobachtung des Marktes feststellt, dass durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht zustande kommt. Auch hier ist nicht erkennbar, wieso das BVerwG zu einer gegenteiligen Beurteilung kommen sollte. Das Erfordernis, dass der Aufgabenträger zunächst feststellen muss, dass durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht zustande kommt, ergibt sich für das BVerwG aus seiner Erkenntnis, dass § 8 Abs. 4 PBefG eine Subsidiarität des gemeinwirtschaftlichen Verkehrs anordnet (BVerwG, NVwZ 2001, 320 [321]). Kommt es aber nicht zu einem – rechtlich vorrangigen – eigenwirtschaftlich betriebenen Verkehr, weil kein Unternehmer darauf anträgt, dann ist der Aufgabenträger gehalten, die Erbringung erforderlicher Verkehre gemeinwirtschaftlich zu veranlassen.

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Zwischenergebnis: Das BVerwG hat wesentliche Argumentationseckpunkte des OVGs in seiner bisherigen Rechtsprechung schon gleichlautend entschieden. Soweit für den Argumentationsgang des OVG noch keine ausdrücklich bestätigende Rechtsprechung des BVerwG vorliegt, ist der Argumentationsgang des OVG so naheliegend und so nahe bei den vom BVerwG schon bislang eingenommenen Positionen, dass eine anderweitige Position des BVerwG nicht zu erwarten sein dürfte.

b) Prognose auf der Grundlage eigener Überlegungen

Zum selben Ergebnis kommt eine Prognose, die sich stärker vom konkreten Argumentationsgang des OVG löst.

Ihr Ausgangspunkt ist die andernorts näher begründete Feststellung (vgl. mein Gutachten vom 14.05.2004 für die Verkehrsgesellschaft Frankfurt am Main und andere hessische Verkehrsunternehmen, Seite 16 bis 51), dass der deutsche Gesetzgeber mit § 8 Abs. 4 PBefG von der Bereichsausnahmeoption in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Verordnung Nr. 1191/69 Gebrauch gemacht hat. Dies ist zwar nicht, wie nach der Verordnung möglich, unternehmensbezogen, aber linienbezogen (und deshalb nur teilweise) erfolgt.

Die speziellen Zweifel des EuGH an der erforderlichen Rechtssicherheit dieser Bereichsausnahme beruhen auf dem sogenannten „Wahlrecht des Unternehmers". Der EuGH hat den Vorlagebeschluss des BVerwG wegen der dort verwandten und nicht näher erläuterten Formulierung vom „Wahlrecht des Unternehmers" dahingehend missverstanden, dass der Unternehmer sich zwischen eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehrserbringung frei entscheiden könne. Es ist aber unbestritten, dass das „Wahlrecht des Unternehmers" an

den Entscheidungsmöglichkeiten des Aufgabenträgers endet. Solange dieser keine gemeinwirtschaftliche Verkehrserbringung nachfragt, kann der Unternehmer sie nicht „wählen".

Der Unternehmer kann jedenfalls bei zuschussbedürftigen ÖPNV-Verkehren auch die eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung (und damit die Nichtgeltung der Verordnung Nr. 1191/69) nicht allein herbeiführen, weil der Aufgabenträger die gemeinwirtschaftliche Verkehrserbringung und damit die Geltung der Verordnung Nr. 1191/69 in der Praxis immer dadurch durchsetzen kann, dass er nur auf der Grundlage der Verordnung Zuschüsse gewährt. Diese Entscheidungsmöglichkeit des Aufgabenträgers ist eine gemeinschaftsrechtlich unproblematisch zulässige Ermächtigung einer staatlichen Stelle zu einer Rückausnahme von der grundsätzlich vollständigen Bereichsausnahme in § 8 Abs. 4 PBefG. Macht der Aufgabenträger von ihr Gebrauch, findet eine Rückkehr zur gemeinschaftlichen Regel (Geltung der Verordnung) statt.

Im Ergebnis führt deshalb § 8 Abs. 4 PBefG, insbesondere sein Satz 3 zu einer für die betroffenen Verkehrskreise klar erkennbaren Lage: Sie wissen, dass die Verordnung Nr. 1191/69 grundsätzlich bei ÖPNV-Verkehren nicht zur Anwendung kommt, es sei denn, dass sich der Aufgabenträger ausdrücklich (und damit erkennbar) für eine gemeinwirtschaftliche Verkehrserbringung und damit für eine Bezuschussung ausschließlich nach den Vorgaben der Verordnung Nr. 1191/69 entschieden hat.

IV.
Ergebnis

Das Ergebnis meiner Prüfung lautet zusammengefasst:

1. Die Aussagen des OVG Lüneburg zur rechtssicheren Bereichsausnahme würden rechtskräftig, wenn die Nichtzulassungsbeschwerde erfolglos bliebe. Das lässt sich nicht verlässlich prognostizieren. Die an sich gegebene grundsätzliche Bedeutung der Frage nach der rechtssicheren Bereichsausnahme dürfte der Nichtzulassungsbeschwerde nicht zum Erfolg verhelfen, weil die entsprechende Frage nicht ausdrücklich gestellt und auch ihre Entscheidungserheblichkeit und Klärungsbedürftigkeit nicht ausdrücklich dargelegt wurden. Gleichwohl könnten die anderen in der Nichtzulassungsbeschwerde erhobenen Rügen zur Zulassung der Revision führen mit der Folge, dass im Revisionsverfahren dann auch das Thema der rechtssicheren Bereichsausnahme der Gegenstand der rechtlichen Überprüfung des OVG-Urteils durch das BVerwG wäre.

2. Muss das BVerwG in einem Revisionsverfahren in eine Überprüfung der Position des OVG zur rechtssicheren Bereichsausnahme eintreten, dann dürfte es diese Position teilen.

   Diese Prognose ist deshalb gerechtfertigt, weil die wesentlichen Eckpunkte der Argumentation des OVG zur rechtssicheren Bereichsausnahme entweder schon gleichlautend vom BVerwG entschieden sind oder eine ausgesprochen naheliegende Verbindung zwischen solchen Aussagen des BVerwG darstellen.

   Die Prognose ist aber auch unabhängig davon gerechtfertigt, weil sich bei einer stärker von der Argumentation des OVG gelösten, allgemeine Betrachtungsweise ergibt, dass die in § 8 Abs. 4 PBefG enthaltene Bereichsausnahme nicht dem Belieben der Unternehmen unterliegt, sondern hinreichend normativ vorbestimmt ist durch den Grundsatz der Subsidiarität gemeinwirtschaftlicher Verkehre und

durch die Freiheit des Aufgabenträgers, Zuschüsse nur nach Maßgabe der Verordnung Nr. 1191/69 zu gewähren.

Dr. Lenz
Rechtsanwalt

VDV-Landesgruppe Hessen · Kurt-Schumacher-Straße 10 · D-60311 Frankfurt am Main

Hessisches Ministerium für Wirtschaft,
Verkehr und Landesentwicklung
Postfach 3129

65021 Wiesbaden

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:
Unser Zeichen:
Unsere Nachricht vom:
Ihr Ansprechpartner: Matthias Jost
Telefon-Durchwahl: (069) 213 - 2 24 32
Fax: (069) 213 - 2 26 41
E-Mail-Adresse: m.jost @vgf-ffm.de
Datum: 07. März 2003

Wettbewerb im Öffentlichen Personennahverkehr

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie bereits im ersten Gespräch mit den Vertretern des neu gewählten Vorstandes der Landesgruppe Hessen des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen im September des letzten Jahres angekündigt, erhalten Sie hiermit unsere Stellungnahme zu den in Ihrem Hause formulierten Eckpunkten für den Wettbewerb im ÖPNV.

Wir sehen diese nicht als abschließende Meinungsäußerung, vielmehr als Beitrag zur Diskussion in der Arbeitsgruppe auf Landesebene. Für diese rasche Umsetzung unserer Anregung darf ich Ihnen im Namen unserer Mitgliedsunternehmen danken.

Vorauszuschicken ist, dass aus Sicht des VDV eine frühzeitige Einbindung auch der kommunalen Verkehrsbetriebe in der Diskussion um die Eckpunkte wünschenswert gewesen wäre. Die Abstimmung über die beiden Verbünde bzw. die Aufgabenträger oder deren LNG´s ist nur eine Seite der ÖPNV-Landschaft, nicht zuletzt, weil nach dem geltenden ÖPNV-Gesetz des Landes Hessen auch die kommunalen Verkehrsbetriebe mit den Aufgaben einer LNG betraut werden könnten.

Gestatten Sie uns als erstes eine Anmerkung im Hinblick auf den Stellenwert der Eckpunkte in der Diskussion um die Relevanz der Verpflichtung zur Ausschreibung von Verkehrsleistungen durch die Aufgabenträger in Hessen. Ihr Schreiben an die Oberbürgermeisterinnen, Oberbürgermeister und Landräte wird vielenorts so interpretiert, dass die in den Eckpunkten formulierten Positionen aufgrund der noch bestehenden Unklarheit hinsichtlich der rechtlichen Entwicklung auf EU-Ebene eine gewisse Verbindlichkeit und Handlungsanleitung bei der Vorbereitung der Aufgabenträger auf den Wettbewerb suggerieren.

Die mit der Veröffentlichung der Eckpunkte dargelegte Bedeutung für die Diskussion der Problematik des Übergangs in den Wettbewerb wird in dem von Herrn Rausch unterzeichneten Anschreiben u. A. an die Landesgruppe Hessen des VDV deutlich dargestellt. Hier wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um (relativ grobe) Eckpunkte, die zur Orientierung dienen sollen, handelt und keinesfalls den Charakter eines Erlasses haben.

Es wäre sehr zu begrüßen, wenn Sie zur Klarstellung die Empfehlung an die Aufgabenträger aussprechen würden, die Ausschreibung von Verkehren nicht als zwingend anzusehen, da eine rechtliche Notwendigkeit zur Ausschreibung nach wie vor nicht gegeben ist. Wann sich gegebenenfalls eine verbindliche Änderung der Rechtslage vollziehen wird, ist derzeit nicht absehbar. Zum einen ist die Novellierung der EU-Verordnung 1191/69 i.d.F. der VO 1893/91 bislang nicht erfolgt. Zum anderen wird das vor dem Europäischen Gerichtshof anhängige Vorabentscheidungsverfahren zum so genannten "Magdeburger Urteil" aller Voraussicht nach erst im Frühsommer des Jahres 2003 entschieden werden.

Der VDV sieht seine Rolle auch nicht in der Verhinderung von Ausschreibungswettbewerben. Unser Ziel ist es, die unternehmerischen Fähigkeiten nicht zu verschütten und nicht unnötige Aufgabenträgerbürokratien entstehen zu lassen

Zu den im Eckpunktepapier gemachten Ausführungen nehmen wir im Einzelnen wir folgt Stellung:

Einleitende Bemerkungen

Aus unserer Sicht nicht hinnehmbar ist die Aussage, der Wettbewerb sei ein entscheidendes Mittel, um u. a. "Verkrustungen" aufzulösen und zu einem marktkonformen Preis-Leistungsverhältnis zu kommen. Mit solchen Aussagen werden die bisherigen Anstrengungen und Erfolge der Verkehrsunternehmen bei der Effizienzsteigerung im ÖPNV als völlig unbeachtlich dargestellt. Zu den Inhalten des Papiers ist grundsätzlich anzumerken, dass die Aussagen zum SPNV (Eisenbahn) und straßengebundenem ÖPNV (PBefG-Verkehr, auch allgemeiner ÖPNV genannt) nicht klar getrennt werden, so dass in Teilen nicht klar ist, auf welche Verkehrsform sich die Aussagen beziehen.

Verwirklichung des Besteller-Ersteller-Prinzips bei allen ÖPNV-Aufgabenträgern in Hessen

Im 1. Abschnitt "Verwirklichung des Besteller-Ersteller-Prinzips ..." wird offenbar davon ausgegangen, dass der Ausschreibungswettbewerb die einzige denkbare Form ist, den öffentlichen Verkehr zu organisieren. Dies ist weder rechtlich noch tatsächlich der Fall, Nach gegenwärtigem Recht hat der Aufgabenträger durchaus die Möglichkeit, Verkehrsleistungen nicht auszuschreiben, sondern durch das eigene Unternehmen zu erbringen. Auch in einem möglichen Ausschreibungswettbewerb kann die Ausschreibung von einem "schlanken" Teil der Verwaltung durchgeführt und überwacht werden.
Positiv hervorzuheben ist, dass auch im Ausschreibungswettbewerb den Verkehrsunternehmen ein breiter unternehmerischer Gestaltungsspielraum zur Verfügung stehen muss. Sie sind "näher dran" am eigentlichen Kunden - nämlich dem Fahrgast - als jede noch so gute Bestellerorganisation. Daher sollten die Unternehmen auch die Möglichkeit haben, ihr Know-how zur kontinuierlichen Verbesserung des Verkehrsangebots zu nutzen. Dementsprechend sollte auch im ersten Absatz des 1. Abschnitts klargestellt werden, dass es nicht zur Funktion der Aufgabenträger gehören muss, das Verkehrsangebot im Detail zu planen und zu organisieren, sondern dass es um Rahmenvorgaben geht, die die Verkehrsunternehmen dann in der wirtschaftlich effizientesten Form ausfüllen.

Zwar wird im letzten Absatz festgestellt, dass "die Vorgaben an die Bieter so abzufassen (sind), dass einerseits die erwartete Mindestqualität gesichert ist, andererseits möglichst viele unternehmerische Gestaltungsmöglichkeiten für gute Ideen verbleiben", die sonstigen Ausführungen zu diesem Problemfeld verfestigen aber weiter die Reduzierung "unternehmerischer Aufgaben" auf die Erbringung der Fahrleistungen. Unternehmerische Aufgaben ohne die Planung und Steuerung der Leistungen (Marketing, Kundenbetreuung) sind aber wesentlich weniger als das, was Verkehrsunternehmen heute als Leistung erbringen. Wir sehen die künftige Rollenverteilung auf der Seite der Aufgabenträger bzw. deren Organisationen in der Definition von Rahmen-Vorgaben. Die dazu notwendigen Verkehrsangebote sollten von den Verkehrsunternehmen ausgestaltet werden, da diese über das notwendige betriebliche und technische Know-how verfügen. Das Prinzip zur Trennung der Besteller- und der Ersteller-Ebene wird dadurch nicht durchbrochen.

Wettbewerbskonzept in 3 Zeitphasen

Die Forderung nach Teilnetzen zur Sicherung mittelständischer Busunternehmen bleibt weiter unkonkret. Müssen großstädtische Netze auch dann zerschlagen werden, wenn sich dies als unzweckmäßig erweisen sollte, um Mittelständler zum Zuge kommen zu lassen? Wer trägt den zusätzlichen Aufwand der Koordination von unterschiedlichen Busunternehmen? (nach bisheriger Vorstellung über die Bündel in der Stadt Kassel 7 Unternehmen möglich). In der Vorlaufphase ist zu klären, wie die nicht unmittelbar im Wettbewerb stehenden unternehmerischen Aufgaben (z. B.: Vertrieb, Tarif) bei Verkehrsunternehmen, den Aufgabenträgern bzw. deren Regiegesellschaften wahrgenommen werden. Aussagen hierzu und zur Finanzierung dieser zusätzlichen Ausgaben fehlen.

Bei der Beschreibung der Wettbewerbsphase zeigt sich, dass die Vorstellungen des Landes Hessen sogar noch über die der Europäischen Kommission hinausgehen. Selbst im Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über den ÖPNV (Nachfolge zur "Verordnung 1191 ") vom 21.2.2002 sind unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen z. B. für Metro- und Stadtbahnbetrieb vorgesehen. Die Hessische Landesregierung sollte hier nicht noch über den möglichen zukünftigen Rechtsrahmen hinausgehen - insbesondere auch, da noch völlig offen ist, wann und mit welchem Inhalt eine Europäische Regelung kommen wird.

Zeitfenster für einen gestuften Übergang in den Wettbewerb

Die Fristen stehen im Widerspruch zu bestehenden Konzessionslaufzeiten. Danach wären in Kassel bereits 2006 alle Leistungen im Wettbewerb vergeben. Wie wird mit bestehenden Konzessionen umgegangen? Auch hier fehlt ein Hinweis auf die Unterschiede der Systeme Bus und Schiene.

Die in der Novemberfassung des Eckpunktepapiers enthaltene neue Formulierung, dass *"die Zeitpunkte für die Stadtbahn-/Straßenbahnnetze in Frankfurt, Kassel und Darmstadt in einzelnen Konzepten für den jeweiligen Verkehrsraum festgelegt werden"* ist ebenso undeutlich formuliert, wie sie gleichzeitig einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Kommunen darstellt. Wir gehen davon aus, dass sich die angesprochenen Städte in entsprechender Form gegenüber der Landesregierung erklären werden. Aus unserer Sicht ist nicht nachvollziehbar, warum die Landesregierung auch an dieser Stelle ihre Position in Bezug auf Ausschreibungen so weitgehend festlegt, dass diese über alles hinausgeht, was bislang auf Ebene der EU an Ausschreibungspflichten im ÖPNV diskutiert wird. Das Selbstbestimmungsrecht der Aufgabenträger wird bei diesem Ansatz nicht gewürdigt. Die Frage, wie Linienbündel zu definieren sein werden, oder ob der gesamte Netz der betroffenen Kommunen auszuschreiben ist, bleibt unbeantwortet.

Hinzuweisen ist darauf, dass Ausschreibungen einer langen (ausreichenden) Vorlaufzeit bedürfen, in der die finanziellen, organisatorischen und rechtlichen Probleme einer Aufteilung bisher integrierter Netze geklärt werden müssen. Darüber hinaus muss nicht zuletzt wegen der Fahrzeugproblematik zumindest im SPNV eine hinreichende Spanne zwischen Erteilung des Zuschlags und Betriebsaufnahme eingeplant werden.

Verankerung des Wettbewerbskonzeptes in den Verkehrsverträgen

Hier sind überwiegend Probleme mit der DB AG Hintergrund der Überlegungen. Bei Vertragsstrafenregelungen in Verkehrsverträgen sollten Vertragsstrafen nur unter angemessener Berücksichtigung der jeweiligen Risiko- und Verantwortungssphären vereinbart werden. Sinnvoller als Vertragsstrafen dürfte sein, den Verkehrsunternehmen Marktanreize zu geben und nicht das gesamte Risiko des Markterfolges auf die Aufgabenträger zu verlagern.

Verkehrsleistungen der kommunalen Verkehrsunternehmen, die (noch) nicht im Wettbewerb stehen, können mit Marktvergleichspreisen nicht finanziert werden. Zum einen haben die heutigen kommunalen Verkehrsunternehmen hohe Kosten durch Leistungen neben der reinen Fahrleistung, die von ihnen bisher aus ihrer Verantwortung als öffentliche Unternehmen - in der Erbringung von Aufgabenträgerleistungen - getätigt wurden. Zum anderen befinden sich die Unternehmen vielfach in einer Restrukturierungsphase, in der die Kostenstruktur noch ungünstiger ist als bei vielen privaten Unternehmen. Wenn ein Marktvergleichspreis allein auf der Basis von Fahrleistungen bezahlt werden soll, entsteht in doppelter Hinsicht eine Finanzierungslücke, die geschlossen werden muss. Hier ist eine differenziertere Lösung für eine Übergangszeit erforderlich.

Beschaffung neuer Fahrzeuge im regionalen Schienenverkehr:
Rolle der ÖPNV - Aufgabenträger

Dieses Kapitel bezieht sich ausschließlich auf die Unternehmen im regionalen SPNV und die Aufgabenträger im ÖPNV. Sollen Straßenbahnen zukünftig von den Aufgabenträgern beschafft werden?
Erkennbar ist, dass die Aufgabenträger (die Gebietskörperschaften) in Zukunft noch stärker in die Finanzierung werden einsteigen müssen.

Problematik der Einrichtungen zur Fahrzeugwartung

Der Betrieb von Werkstätten und Omnibusbetriebshöfen gehört klar zum unternehmerischen Bereich, dessen Entziehung auch die Möglichkeiten zu betriebswirtschaftlicher Effizienzsteigerung reduziert. Die verpflichtende Weiter-Vergabe von Omnibusbetriebshöfen an den jeweiligen Ausschreibungsgewinner dürfte im übrigen auch entbehrlich sein. Wenn das örtliche Verkehrsunternehmen die Ausschreibung verliert, wird es ohnehin Interesse an einer wirtschaftlich sinnvollen Weiterverwertung der bestehenden Anlagen haben. Vor einem offenbar befürchteten Missbrauch schützt hinreichend das geltende Wettbewerbs- und Kartellrecht. Dabei stellt sich das Problem, wie bei mehreren mit Teilnetzen mit jeweils anderen Betreibern der gleichberechtigte Zugang für alle Unternehmen sichergestellt werden soll. Hier fehlt es an praktischen Erfahrungen, wenn die Aufteilung des Busnetzes nach einem Modell wie in Frankfurt am Main geplant, erfolgt. In Mittelstädten dürfte die Aufteilung von Buswerkstätten schon an Ihrer geringen Größe scheitern.

Beschaffung neuer Fahrzeuge im Schienenverkehr: Förderung durch das Land

Hier wird versteckt wieder der Fahrzeugpool in die Diskussion gebracht. Im Übrigen sind die Überlegungen sehr allgemein. Leider wird auch durch die Ergänzung des Textes gegenüber der ursprünglich über die Verbünde verteilten Textfassung vom Sommer 2002 keine erkennbare Trennung in die Finanzinstrumente für den SPNV bzw. den lokalen Schienen-ÖPNV deutlich. Aus Sicht des VDV ist in gleicher Weise geboten, die Finanzierungsinstrumente in der bewährten Form zu erhalten. Dies schließt ausdrücklich die Fahrzeugförderung für Bus und Schiene ein.

Dialog mit den ÖPNV -Aufgabenträgern

Wir begrüßen ausdrücklich die Bereitschaft Ihres Hauses, das vorliegende Papier in einer interdisziplinären Arbeitsgruppe zu diskutieren und fortzuentwickeln. Der VDV Hessen beteiligt sich gerne an dieser Gruppe.
Für die Zukunft wünschen wir uns eine frühzeitige Einbindung in die unsere Mitgliedsunternehmen betreffenden Vorhaben; zumindest in der gleichen Weise, wie dies gegenüber den Verbünden und Aufgabenträgerinstitutionen gehandhabt wird.
Aus unserer Sicht ist insbesondere der Zeitraum für den Übergang so zu definieren, dass die kommunalen Verkehrsunternehmen eine realistische Chance zur Neuaufstellung haben. Dabei kommt den Eigentümern die Verpflichtung zu, die Unternehmen finanziell soweit zu entschulden, dass eine Beteiligung am Wettbewerb ohne finanzielle "Altlasten" möglich ist. Soweit dieses behindernd wirkt, ist eine Anpassung des Kommunalverfassungsrechts in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bzw. deren Unternehmen vorzunehmen.

Das Eckpunktepapier erweckt fast den Eindruck, dass das Land nur den Eisenbahnverkehr und den regionalen Busverkehr im Auge hat. Dadurch verschärft sich die Gefahr, dass der ÖPNV gerade da, wo er überdurchschnittlich gut ist und durch hohes finanzielles Engagement der Kommunen gefördert wird, Schaden nimmt und den Kommunen erhebliche, noch nicht kalkulierte Lasten aufgebürdet werden. Nicht zuletzt müssen die Großstädte nach Verlust der Verkehre durch kommunale Unternehmen die Gewinne der privaten Verkehrsunternehmen aufbringen, bevor eine reale Entlastung der Haushalte eintreten kann. Auch die Frage der Integrität der großstädtischen Netzte in Hessen muss noch diskutiert und verträglich - im Sinne der Belange der "Alt-Unternehmen" - gelöst werden.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Budig	Berking
Vors.	stellv. Vors.