

Jürgen Spielmann

Leipzig vs. Wettbewerb: Wird das Hessische Modell im Schatten der Eigenwirtschaftlichkeit überleben?

Konzessionserteilung an Busunternehmer - Europarechtlicher Einfluss auf die Konzessionserteilung - Vorliegen einer deutschen (Teil-)Bereichsausnahme - Konsequenzen für die Konzessionserteilung durch den RP - Exkurs: Inhouse-Vergabe als Allheilmittel? - Torpedierung eines laufenden Ausschreibungsverfahrens durch eigenwirtschaftliche Anträge – Exkurs: Rosinenpickerei auf ertragsstarken Linien - Einflussnahme des NVP auf die Konzessionserteilung durch den RP - Konsequenzen für die Konzessionserteilung durch den RP

Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) Leipzig vom 19. Oktober 2006 (Az.: 3 C 33.05) hat bereits durch den schlichten Leitsatz „Subventionierte Buslinien müssen nicht nach Europarecht ausgeschrieben werden“ für heftige Diskussionen bei den Akteuren des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) gesorgt, insbesondere im Bereich der Busverkehrs. Die seit Anfang Januar vorliegende Begründung des Urteils beendete die Hoffnung auf ein mögliches obiter dictum (Nebenbemerkung), zum Wohle des Wettbewerbs. Um die Folgen dieser Entscheidung beurteilen zu können, muss man die Tiefen des Personenbeförderungsrechtes beleuchten, was nachfolgend unter Erläuterung des „Hessischen Modells“ anschaulich erfolgen soll.

1. Konzessionserteilung an Busunternehmer

Um Linienverkehr durchführen zu können, benötigen Verkehrsunternehmen eine Liniengenehmigung (Konzession), deren Erteilung sich als Ausfluss des Gewerberechts schon seit mehr als 70 Jahren nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) richtet. Wer diese Konzession erteilt, wird nach § 11 Abs. 1 PBefG landesrechtlich geregelt. In Hessen erteilt der Regierungspräsident (RP) auf Antrag eines Verkehrsunternehmens diese Konzession nach Prüfung der Voraussetzungen des PBefG. Sie wird für eine bestimmte Verkehrsleistung auf eine feste Laufzeit erteilt, beim Busverkehr in der Regel auf acht Jahre. Während dieser Zeit kann sich

kein weiteres Unternehmen auf diese Konzession bewerben.

Im Rahmen dieser Prüfung hat der RP nach § 8 Abs. 3 PBefG grundsätzlich (nur) festzustellen, ob der Unternehmer zuverlässig und leistungsfähig ist, die angebotene Leistung zu einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen führt und die Belange des Nahverkehrsplans (NVP) eingehalten wurden.

Sind diese Voraussetzungen positiv festgestellt worden, unterscheidet das PBefG bei der Konzessionserteilung seit 1996 zwischen so genannten „eigenwirtschaftlichen“ Konzessionen nach § 13 PBefG und „gemeinwirtschaftlichen“ Konzessionen nach § 13a PBefG.

Im Rahmen des § 13 Abs. 3 PBefG kann der RP (bei konkurrierenden eigenwirtschaftlichen Anträgen) den bisherigen Unternehmer bei der Konzessionserteilung in engen Grenzen bevorzugt berücksichtigen (so genannte „Altkonzessionärs-Klausel“).

2. Europarechtlicher Einfluss auf die Konzessionserteilung

Durch das Einfügen des § 13a PBefG im Jahr 1996 vermischt sich Gewerbe-recht mit Beihilferecht. Denn ein Verkehr nach § 13a PBefG ist regelmäßig auf öffentliche Zuschüsse (Beihilfen) angewiesen, deren Zahlung wiederum grundsätzlich einen Eingriff in den Wettbewerb darstellen. Nach Art. 87 (ex-Art. 92) Abs. 1 des EG-Vertrages (EGV) sind Beihilfen aus staatlichen Mitteln - gleich welcher Art auch immer -, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen

drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Unstreitig ist, dass hierzu grundsätzlich auch Beihilfen zum Betrieb des ÖPNV gehören.

Für den Verkehrssektor gelten die speziellen Regelungen des Art. 73 (ex-Art. 77) EG-Vertrag:

„Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“

sowie der auf dieser Grundlage erlassenen Vorschriften, insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 (kurz: VO 1191/69) in ihrer aktuellen Fassung. Diese regelt, in welcher Form Unternehmen vom Staat zur Erbringung von Leistungen im Personennahverkehr verpflichtet werden können und klärt konkludent die Voraussetzungen für die beihilferechtliche Zulässigkeit des hierfür an die Verkehrsunternehmen gezahlten Entgeltes.

Die VO 1191/69 sieht in Form der Möglichkeit einer „Bereichsausnahme“ vor, dass Mitgliedstaaten Unternehmen des „Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrs“ von der Anwendung der VO 1191/69 „befreien“ können. Hierzu müssen sie in nationalem Recht klar bestimmen, wer (oder was) unter die Bereichsausnahme fällt. Für Unternehmen, die unter eine rechtssichere nationale Bereichsausnahme fallen, kann die VO 1191/69 also komplett „weggedacht“ werden.

Als Grund der Installation dieser Bereichsausnahme ist zu vermuten, dass einige Mitgliedsstaaten verhindern wollten, dass der Staat das Defizit der im örtlichen und regionalen ÖPNV tätigen Unternehmen tragen muss, weil die VO 1191/69 regelt, dass vom Staat auferlegte Verpflichtungen auch vom Staat monetär entschädigt werden müssen. Letztlich ging es also darum, bestimmte Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes nicht zwingend finanziell kompensieren zu müssen und nicht darum, Ausschreibungspflichten zu regeln.

Eine weitere Begründung hierfür liegt darin, dass in dem definierten Verkehrsbereich „Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr“ eine ausreichende Verkehrsbedienung regelmäßig nicht ohne Subventionen möglich ist. Daher stellt diese Ausnahme einen von den Marktteilnehmern hinzunehmenden wettbewerblichen Eingriff zum Wohle der Allgemeinheit dar.

3. Vorliegen einer deutschen (Teil-) Bereichsausnahme

In der Bundesrepublik Deutschland bestand bis Ende 1995 eine klare und damit rechtswirksame Bereichsausnahme, denn bis zum 31. Dezember 1995 gab es eine Verordnung des Bundesministers für Verkehr mit folgendem, eng an den Text der VO 1191/69 angelehnten Inhalt:

„Unternehmen, die Personenverkehr mit Straßenbahnen, Obussen oder Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen betreiben, sind vom Anwendungsbereich der Ver-

ordnung (EWG) Nr. 1191/69 (...) ausgenommen, wenn sie diese Tätigkeit ausschließlich auf Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehrsdienste beschränken.“

Wohl im Zuge der Regionalisierung des ÖPNV wandte sich Deutschland von dieser klaren Definition des Unternehmenskreises ab und installierte zum 1. Januar 1996 mit der völligen Neufassung von § 8 Abs. 4 PBefG die besagte Unterscheidung zwischen Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit. Hiernach stellt der so genannte „eigenwirtschaftliche Verkehr“ die deutsche Variante der (nun Teil-) Bereichsausnahme dar und wird vom PBefG folglich von der Anwendung der VO 1191/69 ausgenommen. Bei „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren ist die VO 1191/69 zu beachten, was faktisch zu einer Ausschreibungspflicht führt. Dabei soll nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG der eigenwirtschaftliche Verkehr der Regelfall sein. Geht man nach dem Wortlaut davon aus, dass diese Verkehrsart nur die eigene Kasse des Verkehrsunternehmers belasten soll, also nicht den Staat, so klingt dies auch verständlich. Dem ist aber leider nicht so, wie das BVerwG nun klar und bestimmt feststellte.

Der Sprung des PBefG-Gesetzgebers vom „Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr“ zur Eigen- und Gemeinwirtschaftlich ist nur schwer nachzuvollziehen, denn die Bereichsausnahme der VO 1191/69 bezieht sich auf Unternehmen und die Teilbereichsausnahme des PBefG auf Verkehrsleistungen, fußt also auf einer völlig unterschiedlichen Basis.

Die Hoffnung, das BVerwG würde sich in der Begründung des Urteils auch mit dieser Thematik beschäftigen, wurde leider enttäuscht.

Aufgrund der in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG vielseitig auslegbaren Definition des „eigenwirtschaftlichen Verkehrs“ initiierten diverse Verkehrsunternehmen zu Beginn des Jahrtausends eine wahre Prozesswelle, in deren Folge die Gerichte je nach Auffassung der Richter entweder

a) in der Regelung des § 8 Abs. 4 PBefG „Bestimmtheit und Rechtsklarheit“ sahen und damit die VO 1191/69 für diese Fälle nicht anwendeten, weil eine klare Teilbereichsausnahme vorlag,

oder

b) in der Regelung des § 8 Abs. 4 PBefG keine Bestimmtheit und Rechtsklarheit sahen und demzufolge die VO 1191/69 konsequenterweise auf alle Verkehre anwendeten, weil in diesem Falle (mangels Rechtsklarheit des § 8 Abs. 4 PBefG) Deutschland gerade keine (klare) Teilbereichsausnahme definiert hat.

Das Problem bestand also darin, dass der Begriff „Eigenwirtschaftlichkeit“ im PBefG höchst interpretationsfreudig definiert wurde und daher zum Gegenstand konträrer Auffassungen wurde. In deren Folge war konsequenterweise bislang streitig, ob Deutschland von der Möglichkeit der Bereichsausnahme durch die Definition der Eigenwirtschaftlichkeit im PBefG überhaupt rechtswirk-

sam Gebrauch gemacht hatte, ob eine solche also überhaupt existierte. Andernfalls wäre für den gesamten ÖPNV die VO 1191/69 zu beachten, so wie es bisher das Land Hessen interpretierte.

Hauptstreitpunkt war ein unbestimmter Rechtsbegriff in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG, der die Eigenwirtschaftlichkeit auch dann noch als gegeben ansah, wenn der Verkehrsunternehmer neben den Fahreinnahmen noch andere Einnahmen für die Verkehrsleistung erzielen konnte. Während diese „sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ für Nebenleistungen wie etwa die Vermietung von Werbeflächen am Bus als unproblematisch angesehen wurde, wurde kontrovers darüber diskutiert, ob auch mittel- oder unmittelbare staatliche Zuschüsse mit beihilferechtlichem Charakter (z. B. Nachteilsausgleich, Verlustausgleich durch Querverbund etc.) hierunter subsumiert werden konnten, ohne die Eigenwirtschaftlichkeit in Frage zu stellen. Denn nach § 8 Abs. 4 PBefG könnte man unter gemeinwirtschaftlichen Verkehren (nur) solche verstehen, für die der Aufgabenträger einen finanziellen Ausgleich zahlen muss und demzufolge eigenwirtschaftliche Verkehrs nur als solche ansehen, die keiner (zumindest über §§ 45a PBefG, 148 SGB IX hinausgehenden) Ausgleichszahlungen bedürfen.

Obwohl in § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG „Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich“ ausdrücklich als (zu-

lässige) Einnahmeart gekennzeichnet werden, sieht das Land Hessen dies nicht so und beurteilt auch die Leistungen nach § 45a PBefG und § 148 SGB IX als (unzulässige) Zuschüsse. Mit dieser Argumentation, unterstützt durch ein Gutachten der Kompetenz-Centers Wettbewerb (kcw) in Berlin, stellt es sich auf den Standpunkt, dass aufgrund der bestehenden Definition der Eigenwirtschaftlichkeit im PBefG der Teilbereich nicht klar definiert sei und aus diesem Grunde keine klare, europarechtskonforme Bereichsausnahme vorläge. Wenn aber ein Mitgliedsstaat keine klare Bereichsausnahme geschaffen hat, muss konsequenterweise die VO 1191/69 auf alle Verkehre angewendet werden. Folglich sieht Hessen alle öffentlich bezuschussten ÖPNV-Verkehre als „gemeinwirtschaftlich i.S.d. VO 1191/69“ an mit der Folge, dass sie auszuschreiben sind, um die geringsten Kosten für die Allgemeinheit zu erzielen.

Sieht man die Voraussetzungen der Eigenwirtschaftlichkeit nicht so eng wie das Land Hessen, können auch für Unternehmer unrentable Verkehre als eigenwirtschaftlich angesehen werden, was im Übrigen der (außerhalb Hessens) üblichen PBefG-Genehmigungspraxis entspricht. Somit können gleiche Verkehrsleistungen je nach Interpretation unterschiedlich eingestuft werden. Hier liegt die juristische „Rechtsunklarheit“ der Bereichsausnahme, derer sich das BVerwG in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 nun angenommen hat. Wie es klar und bestimmt feststellte, heben Zuschüsse der öffent-

lichen Hand zu den Kosten der Verkehrsleistung die Eigenwirtschaftlichkeit nicht auf. Dies begründet es schlicht damit, dass Zuschüsse und sonstige Vorteile gleich welcher Art das Unternehmen monetär bereichern und damit „sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ darstellen, die nach § 8 Abs. 3 Satz 2 PBefG die Eigenwirtschaftlichkeit nicht in Frage stellen. Dies soll sogar für Zuschüsse gelten, die nach europäischem Beihilferecht unzulässig gewährt wurden und daher mit dem latenten Risiko behaftet sind, dass sie vom Unternehmen wieder herauszugeben sind. Konsequenterweise kommt das BVerwG am Schluss dieser Argumentationskette zur Annahme, dass die Regelung der §§ 8 Abs. 4, 13 PBefG den aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgenden Erfordernissen der Bestimmtheit und Klarheit einer Bereichsausnahme genügt. Es ist absehbar, dass sich die juristische Literatur ausgiebig mit dieser vielleicht doch etwas zu schlichten Begründung auseinander setzen wird.

Fazit: Nun ist (zumindest auf nationalem Rechtsweg) höchstrichterlich festgestellt worden, dass die Bundesrepublik Deutschland eine den Anforderungen der VO 1191/69 genügende Bereichsausnahme installiert hat. Somit ist die VO 1191/69 (und die daraus folgende Ausschreibungspflicht) nach deutschem Recht nur noch auf gemeinwirtschaftliche Verkehre anzuwenden. Daraus folgt, dass ein gemeinwirtschaftlicher Verkehr vorliegt, wenn der Auftraggeber eine Verkehrsleistung wünscht

und kein Verkehrsunternehmen einen Antrag nach § 13 PBefG stellt.

4. Konsequenzen für die Konzessionserteilung durch den RP

Liegt eine rechtswirksame Teilbereichsausnahme vor, so darf der RP bei der Beantragung einer eigenwirtschaftlichen Genehmigung die VO 1191/69 und damit deren beihilferechtliche Aspekte nicht mehr berücksichtigen.

Im Übrigen stellt das BVerwG hierzu fest, dass die nationale Genehmigungsbehörde mit der Prüfung der Beihilferechtmäßigkeit überfrachtet wäre, weil diese einen hohen Schwierigkeitsgrad aufweist. Das Urteil attestiert damit quasi dem RP in Hessen eine fehlende beihilferechtliche Prüfungscompetenz. Es weist aber darauf hin, dass dies die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht ernsthaft beeinträchtigt, da die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Beihilfe selbstverständlich in einem (separaten) Verfahren nach Art. 87 ff. EGV geklärt werden kann. Das BVerwG stellt allerdings im gleichen Atemzug fest, dass eine Genehmigung dann nicht erteilt werden darf, wenn die Rechtswidrigkeit der Beihilfe bereits feststeht. Wenn also der RP in Hessen (kompetenzwidrig) Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beihilfe hegt, so muss er nach der höchstrichterlichen Auffassung die Augen schließen und die Genehmigung erteilen, weil „das Prüfprogramm des § 13 PBefG“ diese Prüfung nicht vorsieht. Hier ist meines Erachtens der Boden für gegenteilige Auffassungen höchst fruchtbar.

Da die in der VO 1191/69 definierte Bereichsausnahme nur für Unternehmen gilt, die ausschließlich Stadt-, Vorort und Regionalverkehr betreiben, dürfte unstrittig sein, dass dies als ungeschriebene Voraussetzung auch für die im PBefG definierte Eigenwirtschaftlichkeit gilt. Betreibt ein Unternehmen überregionalen Gelegenheits- oder Linienverkehr, ist ein Antrag nach § 13 PBefG somit unzulässig. Und diese Prüfung ist sehr wohl Bestandteil des Prüfprogramms!

Ob den RP qualitative oder lohntariftechnische Aspekte interessieren dürfen, hängt davon ab, ob sich hierzu etwas aus dem NVP ableiten lässt oder sich dies als Voraussetzung für eine im Sinne des PBefG „ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen“ herleiten lässt.

Ein hessisches Tarifreuegesetz würde im eigenwirtschaftlichen Bereich sehr wahrscheinlich nichts nützen, denn ein solches Gesetz würde nur auf Verkehrsverträge einwirken können. Sofern Tarifklauseln im NVP nicht wirksam installiert werden können, bliebe als „letzte Rettung“ nur noch ein hessisches Mindestlohngesetz für Busfahrer, das aber schon wettbewerbsrechtlich höchst angreifbar sein dürfte.

Zudem besteht die Möglichkeit, eines Gentlemen-Agreement zwischen Land und RP, das aber die Gefahr birgt, im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens gegen die Ablehnung der Konzessionserteilung nach § 13 PBefG „auseinander genommen“ zu werden. Ob die Altkonzessions-Klausel in § 13 Abs. 3 PBefG

als Rettungsanker dienen kann, hängt davon ab, wie weit die eigenwirtschaftlichen Angebote qualitativ voneinander abweichen.

Fazit: Nach dem Urteil des BVerwG hat der RP als PBefG-Genehmigungsbehörde nur noch begrenzte Möglichkeiten, einen eigenwirtschaftlichen Antrag abzuweisen, auch wenn dieser mit beihilferechtlich, bedenklichen oder gar offensichtlich unzulässigen Zuschüssen arbeitet. Möglichkeiten der Qualitätssteuerung und Angebotsweiterentwicklung sind für den Aufgabenträger in diesem Falle über das Konzessionierungsverfahren nur noch in geringem Maße gegeben.

5. Exkurs: Inhouse-Vergabe als Allheilmittel?

Verschiedentlich wird in Diskussionsbeiträgen die „Inhouse-Vergabe“ als Allheilmittel zur Abwendung (eigenwirtschaftlicher Anträge) von europaweit agierenden „Heuschrecken“-Konzernen angesehen. Dem muss vehement widersprochen werden.

Angenommen eine Kommune wünscht, dass ihre 100%-ige Tochter „Stadtverkehr GmbH“ (die nur Verkehrsleistungen im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr erbringt) die Bedienung von Verkehrsleistungen übernehmen soll. In diesem Falle kann die Stadtwerke GmbH vergaberechtlich im Wege einer zulässigen Inhouse-Vergabe wirksam mit der Erbringung von Verkehrsleistungen beauftragt werden. Erbringen darf die Stadtverkehr GmbH diese Leistungen

aber erst nach Erhalt einer entsprechenden Konzession nach PBefG.

Zur Erlangung dieser Konzession muss die Stadtverkehr GmbH nun entscheiden, ob sie „risikobereit“ ist und einen eigenwirtschaftlichen Antrag nach § 13 PBefG stellt oder den Aufgabenträger über einen gemeinwirtschaftlichen Antrag nach § 13a PBefG entscheiden lässt. Ein Wahlrecht zwischen einem eigen- oder gemeinwirtschaftlichen Antrag hat das Verkehrsunternehmen nach Ansicht des BVerwG nicht. Will nun ein finanzstarkes Unternehmen dieses „stadtinterne“ Geschäft konterkarieren, so stellt es zeitgleich einfach einen (besseren) eigenwirtschaftlichen Antrag und wird vom RP wegen des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit oder aufgrund einer höherwertigen Verkehrsleistung die Genehmigung erhalten. Ob diese „Heuschrecke“ dabei Gewinn erzielt oder nicht, muss nicht vom RP aufgeklärt werden. Nach OVG Lüneburg (16.09.2004, Az. 7 LB 3545/01) ist es zumindest nicht die Aufgabe der Genehmigungsbehörde, zu prüfen, ob der Unternehmer den Verkehr aus betriebswirtschaftlichen Gewinnerwartungen erbringen möchte. Das BVerwG geht in der Begründung des Urteils vom 19. Oktober 2006 auf diese Thematik leider nicht ein. Somit kann wohl allenfalls ein offensichtliches Defizitgeschäft den RP dazu anregen, die persönliche Zuverlässigkeit des Unternehmens anzuzweifeln, weil ein solcher Verkehr bei dünner Kapitaldecke üblicherweise nicht lange erbracht werden kann.

6. Torpedierung eines laufenden Ausschreibungsverfahrens durch eigenwirtschaftliche Anträge

Auch wenn sich der Aufgabenträger für eine Fortsetzung der Ausschreibung entscheidet, ist damit die Gefahr eines eigenwirtschaftlichen Antrages nicht gebannt. Wie der Beschluss des Verwaltungsgerichts (VG) Gießen (06.04.2006, Az: 6 G 51/06, vorläufiger Rechtsschutz) zeigt, kann ein pfiffiger und mutiger Unternehmer den Aufgabenträger, der gerade ein aufwändiges Ausschreibungsverfahren durchführt, auch kräftig ärgern. Statt der mühseligen und teuren Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens kann ein unterlegener Bieter vor Erteilung einer Konzession nach § 13a PBefG an den Gewinner der Ausschreibung einen eigenen eigenwirtschaftlichen Antrag nach § 13 PBefG stellen und damit die Erteilung einer Konzession an ihn bewirken. Nach dem VG Gießen schließt ein rechtmäßig abgeschlossenes (und nicht angegriffenes) Vergabeverfahren die Antragstellung nach § 13 PBefG bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens nach § 13a PBefG nicht aus. Vergaberecht und PBefG stünden vielmehr gleichrangig nebeneinander und daher müsse der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen vor den durch Vergaberecht produzierten gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen bis zum Abschluss des Konzessionsverfahrens beachtet werden.

Wurde hingegen die Konzession vom RP bereits an den Gewinner erteilt, ist

ein weiterer Antrag nicht mehr zu berücksichtigen. Trotz des VG Gießen wird es noch der Klärung bedürfen, ob der RP diesem Verlangen auch dann stattgeben muss, wenn der Unternehmer seinen eigenwirtschaftlichen Antrag zwar vor der Konzessionserteilung an den Gewinner, aber nach Zuschlagserteilung an ihn stellt. Da mittels des Zuschlages zu diesem Zeitpunkt ein Verkehrsvertrag mit dem Gewinner bereits wirksam geschlossen wurde und die Vertragspartner bindet, ist der Antrag des Konkurrenten vom RP wohl abzulehnen, weil die dem öffentlichen Recht unterfallende Entscheidung über den Zuschlag, wenn sie denn ausgeübt wird, eine Sperrwirkung auf die Konzessionserteilung an Dritte ausüben müsste. Die Torpedierung durch Antragstellung dürfte daher nur bis zur Zuschlagserteilung möglich sein. Angesichts der 14-Tagefrist des § 13 der Vergabeverordnung (VgV) für die Vorinformation der Bieter über die Zuschlagsentscheidung ist dies aber relativ problemlos umsetzbar.

Fazit: Soweit die Altkonzessionärsklausel nicht greift, kann ein Dritter gegen den Willen des Aufgabenträgers mit einem pfiffigen eigenwirtschaftlichen Angebot nicht nur der Stadtverkehr GmbH den Verkehr abnehmen, sondern sogar ein laufendes Ausschreibungsverfahren wirksam torpedieren. Die Steuerungsmöglichkeit des Aufgabenträgers wäre damit ausgehebelt, solange das Angebot den Vorgaben des NVP entspricht, einen ausreichenden Verkehr bietet und keine wirksame Tariftreuepflicht besteht.

7. Exkurs: Rosinenpickerei auf ertragsstarken Linien

Diskutiert wird auch, ob es zulässig ist, dass ein Unternehmer aus einem Konvolut von vakanten Verkehrsleistungen nur für eine bestimmte (ertragsstarke) Linie einen eigenwirtschaftlichen Antrag stellt. M. E. kann er dies durchaus tun. Er hat aber keinen Anspruch darauf, dass sein Antrag Vorrang vor einer gemeinwirtschaftlichen Gesamtleistung erhält. Für eine „eigenwirtschaftliche Rumpfgenehmigung“, für die der Aufgabenträger dann noch gemeinwirtschaftliche Leistungen hinzubestellen müsste, um eine ausreichende Bedienung des Verkehrs sicherzustellen, gilt der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nach PBefG nämlich gerade nicht. Finden sich jedoch für den Restverkehr ebenfalls geeignete eigenwirtschaftliche Anträge, so müssen Aufgabenträger und RP diese als Gesamtwerk vorrangig vor gemeinwirtschaftlichen Anträgen beachten.

8. Einflussnahme des NVP auf die Konzessionserteilung durch den RP Steuerungsmöglichkeiten bei eigenwirtschaftlichem Verkehr über den NVP

Wie bereits festgestellt, hat der RP nach § 8 Abs. 3 PBefG zu prüfen, ob die Belange des Nahverkehrsplans (NVP) eingehalten wurden. Der NVP wird vom Aufgabenträger beschlossen und ist in § 14 des Hessischen ÖPNV-Gesetzes zumindest in seinen Grundzügen geregelt. Der NVP hat keine verbindliche rechtliche Außenwirkung, insbesondere

auch nicht unmittelbar für die Verkehrsunternehmen. Er bindet nur die Aufgabenträger selbst. Die Genehmigungsbehörde (RP) hat den Plan nach PBefG zu berücksichtigen, das bedeutet aber keine zwingende Verbindlichkeit der Planziele. Der RP hat daher die Planziele in seine Erwägungen einzubeziehen, die er im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens bei der Genehmigungsentcheidung anzustellen hat.

Fraglich ist, ob der Aufgabenträger auf die Entscheidung des RP zu einem eigenwirtschaftlichen Antrag wirksam einwirken kann, indem er seine Wünsche an die konkrete Leistung detailliert im NVP festlegt.

Da der NVP ein Rahmenplan ist, widersprechen allzu üppige Detailregelungen grundsätzlich dem Sinn und Zweck des Plans. Zudem wird der RP schon aus praktischen Erwägungen heraus im konkreten Konzessionstext schwerlich alle gewünschten Details einarbeiten. Aus taktischen Gründen kann es aber dennoch sinnvoll sein, im NVP möglichst konkrete Anforderungen an die Bedienung zu beschreiben. Soweit sie sich nämlich auf Tarif, Linienführung und Fahrplanangebot beziehen (insbesondere auf den Umfang der Bedienung und qualitative Fahrplanaspekte wie Takt, Umsteigezeiten etc.), sind sie auch genehmigungsrechtlich sanktionierbar. Aus diesem Grund sind sie ein geeignetes Auswahlkriterium im Genehmigungswettbewerb und ein gutes Abwehrmittel gegen unzureichende eigenwirtschaftliche Anträge. Daher sollte der Aufgabenträger versuchen, auf den NVP entsprechend einzuwirken.

Soweit sich die Anforderungen im NVP auf „weiche“ Angebotsmerkmale beziehen (z. B. Fahrzeugqualität, Service, Personalanforderungen etc.) sind sie eher kosmetischer Art und dienen bestenfalls als politisches Fundament für Bestellungen des Aufgabenträgers sowie als Abschreckungsmittel gegen eigenwirtschaftliche Anträge. Sie sind insofern aber durchaus nicht völlig sinnlos.

Dies soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sehr schwer fallen wird, den RP davon zu überzeugen, dass er die Einhaltung solcher Anforderungen überhaupt prüft und - falls doch - dass er sie in der Konzession als konkrete Nebenbestimmung festschreibt. Rechtlich unmöglich wäre das zwar nicht, aber sicher schon ein wenig „revolutionär“.

9. Konsequenzen für die Konzessionserteilung durch den RP (Steuerungsmöglichkeiten bei eigenwirtschaftlichem Verkehr aus der beihilferechtlichen Trickkiste)

Um die Gefahr eines gegen die Interessen des Aufgabenträgers gerichteten eigenwirtschaftlichen Antrages zu reduzieren, müsste das Verfahren einen beihilferechtlichen Einfluss bekommen. Dazu muss man sich aus dem rein gewerberechtlichen Bereich des PBefG herausbewegen und die Pflicht der Kommune als Finanzmittelgeber beleuchten. Den Geldgeber trifft nämlich primär die Pflicht zur Einhaltung der beihilferechtlichen Vorschriften. Aber auch den Unternehmer muss diese Pflicht interessieren, da primär er im

Falle eines „erfolgreichen“ beihilferechtlichen Verfahrens nach Art. 87 ff. EGV zur Rückzahlung der unrechtmäßig erlangten Beihilfen verpflichtet wird.

- a) Wird ein gemeinwirtschaftlicher Antrag nach § 13a PBefG gestellt, muss der RP prüfen, ob die Variante mit den geringsten Kosten gewählt wurde, was nach der Geringsste-Kosten-Verordnung (GKV) in der Regel durch ein Ausschreibungsverfahren erfolgt.
- b) Wird ein eigenwirtschaftlicher Antrag gestellt, so ist (vorab) vom Finanzmittelgeber zu prüfen, ob die vier Altmark-Trans-Kriterien eingehalten worden sind:
 - >> Klare Bestimmung der Leistung;
 - >> Vorab transparente Festlegung der Ausgleichsparameter,
 - >> keine Überkompensation der realen Kosten,
 - >> Kappung bei Marktvergleichspreisen („durchschnittlich gut geführtes Unternehmen“).

Wenn ein eigenwirtschaftlicher Antrag ohne (kommunale) Zuschüsse gestellt wird, ist der Einfluss des Aufgabenträgers nur noch geringer Natur. Denn dann wird der RP diesem Antrag stattgeben müssen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des PBefG vorliegen.

Wenn ein eigenwirtschaftlicher Antrag mit (kommunalen) Zuschüssen gestellt wird, so ist der Finanzmittelgeber zwar zur (beihilferechtlichen) Prüfung der vier Altmark-Trans-Kriterien verpflichtet, der RP könnte aber nach dem Urteil des

BVerwG vom 19. Oktober 2006 unabhängig hiervon nach dem PBefG eine Genehmigung erteilen.

Möglicherweise wird die Gefahr eines eigenwirtschaftlichen Antrages mit (kommunalen) Zuschüssen in der Praxis jedoch erheblich gemindert, weil ein Unternehmen erst dann einen eigenwirtschaftlichen Antrag nach § 13 PBefG stellen wird, wenn die Finanzierung gesichert ist. Denn ist ein Verkehr zwingend auf Zuschüsse angewiesen, kann der Zuwendungsgeber im Zuwendungsbescheid unter Berufung auf Beihilferecht die Spielregeln bestimmen. Hier von sind die gesetzlichen Ausgleichansprüche wie etwa Mittel nach § 45a PBefG bzw. § 148 SGB IX allerdings abgenommen.

Wenn Buslinien somit auf einen Finanzierungsbeitrag der (oder über die) Kommune angewiesen sind, dann obliegt es dem Aufgabenträger bzw. dem Zuwendungsgeber darüber zu entscheiden, welche Verfahrensart zuwendungsfähig ist. Damit müsste es der Zuschussgeber in der Hand haben, ob er nur Verkehre bezuschusst, die über eine Ausschreibung vergeben wurden oder auch eigenwirtschaftliche Verkehre, die sich Unternehmen per Antrag „geholt“ haben.

Fazit: Solange ein eigenwirtschaftlicher Verkehr auf (freiwillige) Zuschüsse angewiesen ist, hat der Zuschussgeber (Land, Kommune, Aufgabenträger) über den Zuwendungsbescheid die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Verfahren und kann damit bestimmen, ob der

Verkehr über eine Ausschreibung vergeben wird oder nicht.

Wird ein eigenwirtschaftlicher Antrag aber ohne (kommunale) Zuschüsse gestellt, hat der Aufgabenträger faktisch keine Möglichkeit mehr, auf das Verfahren und das Verkehrsangebot in seinem Zuständigkeitsbereich wirksam Einfluss zu nehmen.

Nach dem aus wettbewerblicher Sicht enttäuschenden Urteil des BVerwG vom 19. Oktober 2006 ist die Pflicht zur Ausschreibung auf gemeinwirtschaftliche Verkehre beschränkt. Das Hessische Modell wird daher in seiner jetzigen Form keine rechtssichere Zukunft haben und bedarf einer Reform. Ob das Modell über Tariftreuregelungen, die in anderen Bundesländern gerade wieder abgeschafft werden, oder interne Anweisungen an den RP gerettet werden kann, ist fraglich. Sofern die Verkehrsleistung einen staatlichen Zuschuss erfordert, hat der Geldgeber bei bestimmten Leistungen über den Zuwendungsbescheid eine Möglichkeit, das Verfahren zu steuern. Eine kapitalkräftige, eigenwirtschaftlich agierende Konzern-„Heuschrecke“ wird nun jedoch nur sehr schwer aufzuhalten sein.

Der Autor

Rechtsanwalt Jürgen Spielmann ist seit 2005 Justiziar bei *traffiQ*, der Lokalen Nahverkehrsgesellschaft Frankfurt am Main, und dort insbesondere für Vergabeverfahren im Busbereich zuständig.

Kontakt

traffiQ Lokale Nahverkehrsgesellschaft
Frankfurt am Main mbH
Stiftstraße 9 - 17
D-60313 Frankfurt am Main
Fon: 069 – 212 24 424
Fax: 069 – 212 24 430
info@traffiQ.de
www.traffiQ.de

Veröffentlichung

In: Verkehr und Technik. Organ für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Heft 4/2007, S. 141 - 146. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2007.