

Gemeinsame Stellungnahme des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen und des Bundesverbandes Deutscher Omnibusunternehmer zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften vom 31. Januar 2011

Köln/Berlin, den 11. März 2011

Vorbemerkung

Der Referentenentwurf ist grundsätzlich geeignet, das Gleichgewicht zwischen Genehmigungsbehörden, öffentlichen und privaten Verkehrsunternehmen sowie Aufgabenträgern im ÖPNV zu wahren und den Interessenausgleich zwischen unternehmerischen und behördlichen Gestaltungsansprüchen im ÖPNV so vorzunehmen, dass am Ende Steuerzahler und ÖPNV-Kunden profitieren. Er folgt der Linie des Koalitionsvertrages zur Bildung der Bundesregierung.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass der Referentenentwurf in einer Reihe von Regelungen mit dem gemeinsamen Vorschlag von VDV und bdo vom Juni 2010 übereinstimmt.

Wir sehen jedoch in einigen Punkten dringenden Änderungs- bzw. Klarstellungsbedarf. Dabei geht es zum Teil um durchaus existentielle Fragen für die Unternehmen und die Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs. Ohne diese Änderungen kann das Ziel des Gesetzentwurfs, einen angemessenen und für die Zukunft stabilen Rahmen für den ÖPNV zu setzen, nicht erreicht werden.

1. Zu § 8 Abs. 5 – Öffentliche Dienstleistungsaufträge

a) Klarstellung der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 und 4 der VO 1370

Der Referentenentwurf geht ersichtlich davon aus, dass im straßengebundenen ÖPNV die Optionen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370) zur Direktvergabe an den internen Betreiber und unterhalb bestimmter Schwellenwerte, insbesondere an kleine und mittlere Unternehmen, in Deutschland eröffnet sein sollen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der §§ 8 Abs. 9 und 62 PBefG-E. Die Frage der Direktvergabe ist aber rechtlich wie politisch umstritten.

Daher halten wir eine ausdrückliche und eindeutige Aussage des Gesetzes dazu für dringend erforderlich. Wir schlagen deshalb vor, in § 8 Abs. 5 folgenden Satz zu ergänzen:

„Direktvergaben nach Artikel 5 Abs. 2 und 4 der Verordnung sind zulässig.“

Zur Gesamtfassung von § 8 Abs. 5 vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

b) Sicherstellung der Voraussetzungen für die Direktvergabe an den internen Betreiber sowie der Finanzierungspraxis

Neben der Regelung zur generellen Zulässigkeit ist es auch erforderlich, die Vorschriften so zu gestalten, dass die in der Praxis gelebte Direktvergabe des Aufgabenträgers an KMU oder sein eigenes Unternehmen sowie dessen Finanzierung als Gesellschafter und insbesondere der steuerliche Querverbund weiterhin möglich bleiben. Vor allem muss dazu die Finanzierung über mehrpolige Betrauungsakte möglich bleiben.

Der Referentenentwurf erkennt nur in seiner Begründung die Möglichkeit mehrpoliger Betrauungsakte an. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dass die Genehmigungsbehörde „in bestimmten Fällen“ als zuständige Behörde anzusehen ist (vgl. S. 26). Diese Aussagen sind zu begrüßen, erforderlich ist aber eine klare und verbindliche Regelung im Gesetzestext selbst.

Wir schlagen daher vor, § 8 Abs. 5 wie folgt zu fassen.

„Soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht entsprechend Absatz 4 Satz 1 möglich ist, ist die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 maßgeblich. Die zuständigen Behörden können nach Maßgabe dieser Verordnung in der jeweils geltenden Fassung im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge Ausgleichsleistungen und/oder ausschließliche Rechte im Sinne von Art. 2 Buchstabe f der Verordnung gewähren. Direktvergaben nach Artikel 5 Abs. 2 und 4 der Verordnung sind zulässig. Zuständige Behörden im Sinne dieser Verordnung sind insbesondere die Aufgabenträger und im Rahmen ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz die Genehmigungsbehörden.“

Nach § 8 Abs. 5 sollte ein weiterer Absatz 5a angefügt werden.

„(5a) Öffentliche Dienstleistungsaufträge der zuständigen Behörden oder Gruppen von Behörden können gemäß Artikel 2 Buchstabe i der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch aus mehreren Rechtsakten bestehen, zu denen auch Genehmigungen nach den §§ 9 bis 45 gehören können.“

Hinweis: Satz 1 des § 8 Abs. 6 PBefG-E kann daraufhin entfallen, da sich die Befugnis zur Vergabe ausschließlicher Rechte bereits aus dem von uns vorgeschlagenen § 8 Abs. 5 Satz 2 ergeben würde.

Darüber hinaus bitten wir darum, in der Begründung des Entwurfs vom 31.1.2011 zu § 8 Abs. 5 auf Seite 24 im ersten Absatz die beiden letzten Sätze wie folgt zu fassen:

„Diese Formulierung soll aber nicht bedeuten, dass ~~eigenwirtschaftliche Angebote immer Vorrang besitzen~~ und der Aufgabenträger (oder eine andere zuständige Stelle) nur noch berechtigt wäre, die Lücke zwischen einem eigenwirtschaftlichem Angebot (z.B. Bedienung einer Linie nur in verkehrsstarken Zeiten) und seinen Planungen (z.B. Bedienung auch in nachfrageschwachen Zeiten) zu schließen. Vielmehr muss es aus Gründen der Wirtschaftlichkeit dem Aufgabenträger möglich sein, die **ausrei-**

chende von ihm gewünschte Verkehrsleistung als Ganzes zu vergeben, sofern deren Erbringung nicht auf eigenwirtschaftlicher Basis beantragt wird.“

2. Zu § 8 Abs. 8 – Veröffentlichung

Bei den Bestimmungen zur Veröffentlichung sollte noch ein deutlicher Hinweis auf das Zeitfenster für eigenwirtschaftliche Verkehre eingefügt werden.

Wir schlagen vor, § 8 Abs. 8 mit folgenden zwei Sätzen zu beginnen und daran den im Referentenentwurf vorgesehenen Satz redaktionell angepasst anzuschließen:

„Die Veröffentlichung nach Artikel 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hat den Hinweis zu enthalten, dass Anträge auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Veröffentlichung gestellt werden dürfen. Die Veröffentlichung darf bei Linienverkehren mit Kraftfahrzeugen in der Regel nicht früher als 27 Monate vor Beginn des vorgesehenen Betriebsbeginns erfolgen, es sei denn, der Aufgabenträger hat die vorhandenen Unternehmer gesondert über die Veröffentlichung informiert. Die Veröffentlichung ist auch erforderlich, wenn die zuständige Behörde einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Artikel 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vergeben will.“

3. Zu § 8 Abs. 9 – Rechtsschutz

Der Referentenentwurf sieht die Zuständigkeit der Vergabekammern für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vor.

Für Streitigkeiten über Liniengenehmigungen hat sich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bewährt, denn diese sind mit dem Personenbeförderungsrecht vertraut.

Zudem ist das Prozesskostenrisiko bei einem Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern im Regelfall erheblich höher als bei einer verwaltungsrechtlichen Klage. Erschwerend kommt hinzu, dass es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbstverständlich ist, den Streitwert nach dem Interesse des Klägers zu bemessen. Im Vergaberecht steht dem die Rechtsprechung sämtlicher Oberlandesgerichte entgegen, wonach eine Vergabe nur insgesamt angefochten werden kann. Dies kann leicht dazu führen, dass ein Nachprüfungsantrag unterbleiben muss, weil das Prozesskostenrisiko zu groß ist. Wird z. B. der gesamte Verkehr eines großen kommunalen Unternehmens direkt an dieses vergeben und ist nur eine einzelne ausbrechende Linie umstritten, würde der Streitwert im verwaltungsgerichtlichen Verfahren 20.000 € betragen und im Nachprüfungsverfahren 5% aus dem Gesamtauftragswert und somit mehrere Mio. €.

Dementsprechend sollte das Verwaltungsgericht auch über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370 entscheiden, damit nicht über denselben Sachverhalt wie z. B. eine Buslinie zwei verschiedene Gerichte entscheiden.

Darüber hinaus muss klargestellt werden, welche materiellen Vorschriften im Rahmen des Rechtsschutzes nach § 8 Abs. 9 des Entwurfs von den Gerichten zu prüfen sind. Dabei ist festzulegen, dass nur eine mögliche Verletzung von Art. 5 Abs. 2 bis 5 VO 1370 Prüfungsgegenstand ist.

Wir schlagen daher vor § 8 Abs. 9 wie folgt zu fassen:

„(9) Personen, die ein Interesse daran haben, die Verkehrsleistungen zu erbringen, die Gegenstand einer Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Artikel 5 Absätze 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sind, können die Vergabeentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit der Begründung anfechten, dass die Vergabe nach diesen Vorschriften unzulässig ist. Die Klage ist nur innerhalb von drei Monaten nach Veröffentlichung der Vergabeentscheidung zulässig, es sei denn, die Voraussetzungen des Artikels 5 fallen später weg; hierauf ist in der Veröffentlichung hinzuweisen. Rechtsbehelfe gegen Genehmigungsentscheidungen bleiben hiervon unberührt. Für Vergaben nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gelten die Vorschriften des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“

Direktvergabeentscheidungen (zumeist des Aufgabenträgers) können hiernach mit dem Argument angefochten werden, dass die Voraussetzungen der EG-Verordnung 1370 für die Direktvergabe nicht vorliegen, z. B. wenn ein mehrheitlich privates Unternehmen als interner Betreiber betraut werden soll. Für diese Klage besteht eine Ausschlussfrist von drei Monaten, um frühzeitig für Rechtsfrieden zu sorgen.

Unabhängig von Abs. 5 bestehen weiterhin die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen der Genehmigungsbehörden. Diese kämen etwa in Frage, wenn die Genehmigungsbehörde einen Antrag auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen wegen eines irrig angenommenen Widerspruchs zum Nahverkehrsplan ablehnt. Die Genehmigungserteilung nach der Vergabe an einen internen Betreiber könnte z. B. von einem vorhandenen Unternehmer mit dem Argument angegriffen werden, dass seine vorhandene Linie dadurch beeinträchtigt wird.

Der letzte Satz dient der Klarstellung, dass in den Fällen, in denen bereits heute das GWB zur Anwendung kommt, nämlich bei Ausschreibungen im engeren Sinne, keine Änderung des Rechtswegs eintreten soll.

4. Zu § 12 – Verfahrensvorschriften

a) § 12 Abs. 1 Nr. 1 e) des Referentenentwurfs über die Unterlagen für die Antragstellung sollte wie folgt formuliert werden:

„gegebenenfalls die Bestätigung der zuständigen Behörde über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Artikel 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.“

Durch die Formulierung „Bestätigung“ statt „Nachweis“ wird deutlich gemacht, dass die Genehmigungsbehörde nicht die beihilferechtliche Rechtmäßigkeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu prüfen hat.

b) In § 12 Abs. 7 muss in Satz 1 am Schluss angefügt werden: „**(Ausschlussfrist)**“. Damit wird der Rechtscharakter der Frist eindeutig bestimmt.

5. Zu § 13 Abs. 2 und 2a – Nahverkehrsplan

Der Referentenentwurf sieht eine Änderung zum Nahverkehrsplan im Zusammenhang mit der Versagung von Liniengenehmigungsanträgen vor. Nach § 13 Abs. 2 Nr. 4 d) PBefG-E ist die Genehmigung u. a. dann zu versagen, wenn der beantragte Verkehr einzelne ertragreiche Linien aus einem im Nahverkehrsplan festgelegten Linienbündel herauslösen würde. Diese Änderung stellt vermutlich ein Entgegenkommen an die kommunalen Spitzenverbände dar und wird von VDV und bdo akzeptiert.

Es muss allerdings klargestellt werden, dass nur rechtmäßig gebildete Linienbündel relevant sind. Da es keine Möglichkeit gibt, einen Nahverkehrsplan unmittelbar gerichtlich überprüfen zu lassen, muss im Rahmen des Genehmigungsverfahrens die Möglichkeit zur Inzidentkontrolle von Linienbündeln aufrecht erhalten bleiben; dies ergibt sich auch aus Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz.

Daher muss in § 13 Abs. 2 Nr. 4 d) das Wort „rechtmäßig“ eingefügt werden:
 „... aus einem im Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Absatz 3 **rechtmäßig** festgelegten Linienbündel ...“

Dazu sollte in der Begründung ausgeführt werden, dass die Linienbündelung nicht unter Verletzung der berechtigten Interessen der vorhandenen mittelständischen Unternehmer erfolgen darf.

Der gemeinsame Vorschlag von VDV und bdo vom Juni 2010 enthielt in Erweiterung der vorhandenen Bestimmungen eine Regelung, nach der der Nahverkehrsplan unter bestimmten Voraussetzungen eine stärkere Verbindlichkeit erhalten sollte. Eine solche Regelung halten wir nach wie vor für erforderlich.

Wir schlagen daher vor, § 13 Abs. 2a wie folgt zu fassen:

„(2a) Im öffentlichen Personennahverkehr kann die Genehmigung versagt werden, wenn der beantragte Verkehr mit einem Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 und 5 nicht in Einklang steht; **die Genehmigung ist in der Regel zu versagen, wenn sie mit den Rahmenvorgaben eines Nahverkehrsplans nicht in Einklang steht, der unter Beachtung der folgenden Sätze zustande gekommen ist (verbindlicher Nahverkehrsplan). Es wird vermutet, dass die vorhandene Verkehrsbedienug den Verkehrsbedürfnissen entspricht. Der Entwurf des Nahverkehrsplans ist den vorhandenen Unternehmern zur Stellungnahme binnen einer Frist von 3 Monaten zu übermitteln. Erhebt ein Unternehmer Einwendungen, führt der Aufgabenträger einen öffentlichen Erörterungstermin mit dem Ziel einer Einigung durch. Das Verfahren kann sich auf räumliche und inhaltliche Teile des Nahverkehrsplans beziehen.**“

6. Zu § 17 – Genehmigungsurkunde

In § 17 Abs. 1 sollte als Nr. 9 angefügt werden:

[Die Genehmigungsurkunde muss enthalten: ...]

„9. gegebenenfalls die Bezeichnung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach § 8 Abs. 5“

Damit wird bei Verkehren, die nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden, das sich ergänzende Verhältnis zwischen Liniengenehmigung und öffentlichem Dienstleistungsauftrag deutlich gemacht.

7. Zu § 21 – Betriebspflicht

§ 21 Abs. 3 PBefG muss über den bisherigen Vorschlag hinaus dahingehend geändert werden, dass die Vorschrift nur für eigenwirtschaftliche Verkehre gilt. Bei Verkehren, die Gegenstand öffentlicher Dienstleistungsaufträge sind, stellt sich die Notwendigkeit einer Auferlegung zur Erweiterung der Betriebspflicht durch die Genehmigungsbehörde nicht.

Demgemäß muss in § 21 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 nach dem Wort „betriebeben“ das Wort „**eigenwirtschaftlichen**“ eingefügt werden.

8. Zu § 25 – Widerruf der Genehmigung

Es wird begrüßt, dass die Genehmigung zu widerrufen ist, wenn kein wirksamer öffentlicher Dienstleistungsauftrag mehr vorliegt. Die Genehmigungsbehörde ist aber nicht die richtige Instanz zur Prüfung der Frage, ob die beihilferechtlichen Regelungen der EG-Verordnung 1370 erfüllt sind. Dies sollte vielmehr die ausgleichsgewährende Stelle, also meist der Aufgabenträger, sein.

Die Änderung zu § 25 Abs. 1 sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Die Genehmigungsbehörde hat die Genehmigung zu widerrufen, wenn nicht mehr alle Voraussetzungen des § 13 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 vorliegen oder wenn bei Verkehren nach § 8 Absatz 5 Satz 1 **nach Feststellung der zuständigen Behörde, die einen Ausgleich gewährt**, kein wirksamer öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mehr besteht.“

Die amtliche Begründung ist entsprechend anzupassen.

9. Zu § 62 – Übergangsbestimmungen

a) Änderung Satz 1

Die Übergangsbestimmung § 62 muss so formuliert werden, dass daraus auch bei engster Auslegung keine Zweifel an der Zulässigkeit der Direktvergabeoption entstehen können, z. B. wie folgt:

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 dürfen bis zum 31. Dezember 2013 **ohne Einhaltung der Voraussetzungen** von Artikel 5 Absatz 2 bis 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werden.“

In der Begründung könnte dazu klargestellt werden, dass selbstverständlich die sich aus dem Primärrecht der Europäischen Union ergebenden Grundsätze von Transparenz und Nichtdiskriminierung zu beachten sind.

Darüber hinaus müsste in der Begründung darauf hingewiesen werden, dass die Freistellung von Art. 5 Abs. 2 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch bereits vor Inkrafttreten des Änderungsgesetzes galt, was sich unmittelbar aus Art. 8 Abs. 2 der Verordnung ergibt.

b) Einfügung neuer Sätze 2 und 3

Bestehende Liniengenehmigungen und Betrauungsakte, Ausgleichs- und Finanzierungsregeln oder Verkehrsverträge bleiben aus dem allgemein geltenden Gesichtspunkt des Bestandsschutzes auch nach der PBefG-Änderung gültig. Zur Vermeidung von Zweifelsfragen muss dies aber ausdrücklich im Gesetz geregelt werden. Wir schlagen daher vor, an § 62 folgende Sätze anzufügen:

„Genehmigungen, die vor dem [Datum des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes] erteilt wurden, bleiben bis zum Ablauf der in der Genehmigungsurkunde enthaltenen Geltungsdauer wirksam. Die Geltung und Wirksamkeit von sonstigen Rechtsverhältnissen, insbesondere öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die vor dem [Datum des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes] zustande gekommen sind, wird durch die Änderung des Gesetzes nicht berührt.“

10. Zu § 63 – Abweichungsrecht

Wir schlagen vor, in den in § 63 festgelegten Katalog derjenigen Verfahrensvorschriften, von denen durch Landesrecht nicht abgewichen werden kann, nicht nur § 8 Abs. 8, sondern den gesamten § 8 aufzunehmen. Zwar enthält § 8 überwiegend materielle Vorschriften, von denen ohnehin nicht abgewichen werden kann, wenn man aber den gesamten § 8 nennt, vermeidet man Streitigkeiten darüber, was Verfahrens- und was materielles Recht ist.

In den Katalog der Verfahrensvorschriften, von denen durch Landesrecht nicht abgewichen werden kann, muss auch § 12 Abs. 6 aufgenommen werden, damit der Genehmigungswettbewerb bundesweit nach möglichst einheitlichen Regeln abläuft.

11. Artikel 2 bis 6 des Gesetzentwurfs

Die in Artikel 2 bis 6 vorgesehenen Regelungen werden ausdrücklich begrüßt. Die Herausnahme der Ausgleichsleistungen aus dem Anwendungsbereich der Verord-

nung (EG) Nr. 1370/2007 entspricht den Forderungen von VDV und bdo. Zur Änderung des AEG im Übrigen wird der VDV noch gesondert Stellung nehmen. Außerdem regt der VDV eine wichtige Ergänzung des PBefG betreffend Straßenbahnen im Hinblick auf die Europäischen Eisenbahnsicherheits- und Interoperabilitätsrichtlinien an; hierzu wird ebenfalls gesondert Stellung genommen werden.

12. Fernbusverkehr

Während der bdo keine Einwendungen hat, lehnt der VDV die vollständige Liberalisierung des Fernbusverkehrs ab und hält die vorhandene Regelung in der aktuellen Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts für ausreichend. Zu begrüßen ist aber, dass der Entwurf immerhin Schutzklauseln für den Nahverkehr vorsieht.

Nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs ist ein Genehmigungsantrag abzulehnen, wenn der beantragte Verkehr auf den betreffenden Teilstrecken Personenverkehrsdienste mit Eisenbahnen beeinträchtigt, für die im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags Ausgleichsleistungen gewährt werden. Dabei stellt sich die Frage, was mit „beeinträchtigen“ gemeint ist. Der VDV schlägt vor, deutlich zu machen, dass es dabei um die Frage des Fahrgastpotentials geht. Darüber hinaus regen wir redaktionell an, den Konjunktiv zu verwenden, da es um einen beantragten Verkehr geht. Es sollte daher – soweit nicht der VDV-Forderung entsprechend ganz auf eine Änderung verzichtet wird – jedenfalls formuliert werden: „...wenn der beantragte Verkehr auf den betreffenden Teilstrecken Personenverkehrsdienste mit Eisenbahnen **im Hinblick auf das Fahrgastpotential mehr als nur unerheblich beeinträchtigen würde...**“

Der VDV sieht auch das nach Artikel 7 vorgesehene Inkrafttreten in zwei Schritten nicht als optimal an. Ein einheitliches Inkrafttreten am 1.1.2012 ist dem vorzuziehen. Soweit die vollständige Liberalisierung des Fernbusses entgegen dem Votum des VDV eingeführt werden sollte, werden die Unternehmen, die auf diesem Gebiet dauerhaft tätig werden wollen, ohnehin eine Vorbereitungszeit von einigen Monaten benötigen.



Jürgen Fenske
Präsident des VDV



Wolfgang Steinbrück
Präsident des bdo