

Stellungnahme

der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nordrhein-Westfalen

zum Entwurf des BMVBS für ein Gesetz zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften

1. Vorbemerkungen

Der vorliegende Referentenentwurf spiegelt die unseres Erachtens unzutreffende Auffassung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung wider, dass unternehmensinitiierte Verkehre nicht der VO (EG) Nr. 1370/2007 unterfallen. Weiterhin sieht der Referentenentwurf die Aufrechterhaltung der funktionalen Trennung zwischen Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden vor und enthält keine ausreichende rechtliche Absicherung der Vorgaben des Aufgabenträgers im Nahverkehrsplan.

In der Konsequenz drohen permanente Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich der Anwendbarkeit der Verordnung einerseits sowie kommerzieller Verkehre andererseits, wird die Chance zum Bürokratieabbau nicht genutzt und dem Aspekt der vom Aufgabenträger politisch und finanziell zu verantwortenden Daseinsvorsorge, die ihren Ausdruck im Nahverkehrsplan findet, nicht ausreichend Rechnung getragen. Der Referentenentwurf ist daher aus Sicht der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nordrhein-Westfalen nicht akzeptabel.

2. Anmerkungen im Detail

a) Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 1370/2007

Nach unserer Rechtsauffassung fallen **alle** nach deutschem Personenbeförderungsrecht genehmigten Verkehre unter die VO (EG) Nr. 1370/2007. Dies ergibt sich zum einen an der Definition gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gemäß Art. 2e der Verordnung. Demzufolge ist eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung „eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses **nicht oder nicht im ungleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte** (Hervorhebung d. V.).“ In diesem Sinne stellen die Betriebspflicht gemäß § 21 Abs. 1, die Beförderungspflicht gemäß § 33, die Tarifpflicht gemäß § 39 sowie die Fahrplanpflicht gemäß § 40 PBefG gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 dar. Dies ergibt sich schon aus der Begründung zur o. g. Verordnung, die einen regulierten Markt im Unterschied zum deregulierten Markt im Vereinigten Königreich schaffen will.

Art. 2f der Verordnung definiert ausschließliche Rechte als ein Recht, „dass einen Betreiber eines öffentlichen Dienstes berechtigt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet **unter Ausschluss aller anderen Betreiber** zu erbringen (Hervorhebung d. V.).“ Demzufolge stellt jede Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG ein ausschließliches Recht im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 dar. Das ergibt sich schon aus der Konstruktion des § 13 Abs. 2 Nr. 2a und b PBefG, demzufolge die Genehmigung zwingend zu versagen ist, wenn durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, insbesondere wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln bedient werden kann bzw. der beantragte Verkehr ohne Verbesserung Aufgaben übernehmen soll, die vorhandenen Unternehmen

bereits wahrnehmen. Danach liegt bezogen auf die jeweilige Linie ein konkurrenzausschließender Bestandsschutz für den Genehmigungsinhaber vor. Genau dies aber erfüllt – auch unter Hinzuziehung der entsprechenden europarechtlichen Literatur zu Art. 86 Abs. 1 EGV – das Merkmal eines ausschließlichen Rechtes. So hat bspw. der Europäische Gerichtshof bei einem Recht, alleine oder gemeinsam mit einem oder mehreren Unternehmen eine Strecke im Flugverkehr zu bedienen, ein ausschließliches Recht angenommen (EuGH, Rs. 86/86/Ahmed Saied, Slg. 1989, 803, RdNr. 59).

Unzutreffend ist es hingegen darauf abzustellen, von wem ein jeweiliger Verkehr bzw. das Angebot zur Erbringung eines bestimmten Verkehrs initiiert worden ist. Eine solche Formulierung lässt sich Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht entnehmen. Die Formulierung „ausschließliche Rechte“ ... „für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ enthält keine Regelung dahingehend, dass nur behördeninitiierte Verkehre hierunter fallen. Zum einen ist bereits fraglich, ob sich die Formulierung „für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ nicht nur auf die Ausgleichsleistung bezieht und damit die Gewährung ausschließlicher Rechte unabhängig von einer Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ist. Zum anderen unterläge ein unternehmensinitiierte Verkehr außerhalb der VO (EG) Nr. 1370/2007 nach wie vor hinsichtlich seiner Förderungsentgelte der Genehmigungspflicht des § 39 Abs. 1 PBefG und stellt insofern eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne der o. g. Verordnung dar (s. o.). Letztlich lässt auch die Normstruktur des Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht erkennen, dass der europäische Gesetzgeber zwischen unternehmensinitiierten Verkehren und behördeninitiierten Verkehren differenzieren wollte.

b) Dualismus von Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden

Die Beibehaltung des Dualismus von Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden ist unseres Erachtens nicht nur mit den Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht zu vereinbaren, sondern führt auch zu einem vermeidbaren Bürokratieaufwand. Insbesondere im Bereich der nach der Verordnung und auch im Referentenentwurf möglichen Direktvergabe ist das Beibehalten einer staatlichen Genehmigungsbehörde als Marktzutrittsbehörde höchst problematisch, da diese Behörden hinsichtlich der Eigentümerstellung als Voraussetzung für die Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007 keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bezüglich des kommunalen Unternehmens ausüben kann. Damit würde der Referentenentwurf hinter die Verordnung zurückfallen bzw. eine bislang nicht dagewesene Einschränkung des kommunalen Handlungsspielraumes im Hinblick auf die Erbringung von Nahverkehrsleistungen darstellen.

Im Übrigen führt die funktionale Trennung zwischen Aufgabenträgerschaft und Genehmigungsbehörde zu einem erheblichen Bürokratieaufwand für die kommunalen Aufgabenträger und für das personenbeförderungsrechtliche Verfahren insgesamt. Dies dürfte auch den umfangreichen Bemühungen der nordrhein-westfälischen Landesregierung zur Kommunalisierung ehemals den Mittelbehörden zugewiesenen Aufgaben (z. B. im Bereich der Umwelt- oder Versorgungsverwaltung) widersprechen. Es ist unserer Erachtens nicht nachvollziehbar, dass gerade im Feld des öffentlichen Personennahverkehrs, in dem es besonders auf die Ortsnähe und regionalspezifischen Kenntnisse bei der Planung des Nahverkehrs ankommt, weiter umfangreiche, planungsbezogene Kompetenzen bei den staatlichen Mittelbehörden verbleiben sollen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Aufgabenträger auch gesetzlich für die Funktionsfähigkeit des Nahverkehrs vor Ort verantwortlich sind (ausreichende Verkehrsbedienung). Daher müssen die Aufgabenträger auch das umfängliche Recht zur materiellen Entscheidung im Auswahlverfahren (d. h. auch im Genehmigungsverfahren) innehaben. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die neueste Rechtsprechung in Nordrhein-

Westfalen, die letztlich die Rolle der Aufgabenträger im Verhältnis zu den Genehmigungsbehörden weiter geschwächt hat (OVG NRW, Beschluss vom 12.09.2008, Aktenzeichen: 13 B 929/08).

c) Bindung an den Nahverkehrsplan

Sowohl unter dem Aspekt der Umsetzung der VO (EG) Nr. 1370/2007 als auch zur Sicherung eines effektiven und funktionsfähigen Nahverkehrs ist grundsätzlich eine Bindung an die Vorgaben des Nahverkehrsplans der Aufgabenträger zu fordern. Es entspricht weder dem Demokratiegebot noch ist es sachlich zu rechtfertigen, dass die Aufgabenträger mit nicht unerheblichem Aufwand einen Nahverkehrsplan erstellen und diesen durch ihre politischen Gremien beschließen lassen, dem Nahverkehrsplan aber nach wie vor nur eine relative Bindungswirkung im Rahmen einer negativen Ermessensvorschrift zukommen soll. Überdies ist die Nahverkehrsplanung als verkehrsbezogene Stadt- und Regionalplanung nach unserer Auffassung mittlerweile Gegenstand der Planungshoheit und damit Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG. Dies wird schon daran ersichtlich, dass der Nahverkehrsplan je nach Ausgestaltungsgrad auch der Pflicht zur strategischen Umweltprüfung unterliegt und ihm insofern eine rechtliche Bindungswirkung zukommen muss.

Es ist daher notwendig, dass dem Nahverkehrsplan eine obligatorische Bindungswirkung dahingehend zuerkannt wird, dass Verkehre, die qualitativ oder quantitativ hinter den Vorgaben des Nahverkehrsplans zurückbleiben, nicht genehmigt werden dürfen. Diese Forderung korrespondiert auch mit einer neueren Entscheidung des OVG NRW vom 12.09.2008, die den Genehmigungsbehörden bezüglich des Nahverkehrsplans einen weiten, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zuerkannt hat.

d) Wirtschaftlichkeit der Verkehrserbringung

Die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten stellt eine Aufgabe der Daseinsvorsorge dar. Dies schließt nicht aus, dass der ÖPNV auch unter privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten erbracht wird. Da insgesamt betrachtet jedoch ein funktionierendes öffentliches Nahverkehrsangebot nicht ohne erhebliche öffentliche Zuwendung (in der Form von Ausgleichsleistungen oder durch die Gewährung von ausschließlichen Rechten im Sinne eines geldwerten Vorteils) auskommen kann, ist schon unter dem Gebot der sparsamen öffentlichen Haushaltswirtschaft darauf zu achten, dass sich Wettbewerber nicht in einem bestimmten Gebiet/Teilmarkt isoliert nur die rentablen Linien herausgreifen und bedienen. Ansonsten könnte dies dazu führen, dass die Teilmärkte mit wirtschaftlich positiven Ertragserwartungen isoliert kommerziell betrieben würden, während dem Aufgabenträger mit seiner Gewährleistungsfunktion die Teilmärkte mit strukturell defizitären Erwartungshaltungen verbleiben würden. Ein solches Rosinenpicken wäre auch nicht vereinbar mit dem Anspruch der nordrhein-westfälischen Landesregierung, dass die private Initiative vor staatlicher Reglementierung greifen soll. Dies setzt nämlich klar abgegrenzte Marktbereiche voraus, die angesichts der Komplexität und Netzgebundenheit des ÖPNV im Regelfall nicht herstellbar ist.

3. Formulierungsvorschläge

Wie bereits dargestellt, ist aus unserer Sicht der Referentenentwurf insgesamt nicht zustimmungsfähig und sollte deshalb von Land Nordrhein-Westfalen abgelehnt werden. Sofern dies nicht möglich ist oder politisch als nicht opportun erscheint, sind aus unserer Sicht nachfolgende Änderungen am Referentenentwurf unabdingbar:

- a) In § 8 Abs. 4 PBefG-E fehlt ein Bezug des Begriffs der ausreichenden Verkehrsbedienung im Hinblick auf die Nahverkehrsplanung des Aufgabenträgers. Lediglich in der Begründung wird erwähnt, dass dem Aufgabenträger ein großer Beurteilungsspielraum darüber zukommt, was als „ausreichende Verkehrsbedienung“ anzusehen ist. Wir schlagen daher vor, einen vierten Satz wie folgt anzufügen:
„Der Aufgabenträger legt im Nahverkehrsplan fest, welche Standards für die ausreichende Verkehrsbedienung gelten.“
Alternativ könnte auch im Rahmen des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG-E statt „zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung“ formuliert werden:
„zur Sicherstellung einer dem Nahverkehrsplan entsprechenden ausreichenden Verkehrsbedienung“.
- b) In § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG-E sollte eine Präzisierung des Begriffs „künftig gewährleistet“ vorgenommen werden, da bei dieser Formulierung offen bleibt, wann eine ausreichende Verkehrsbedienung künftig gewährleistet ist. Insbesondere ist unklar, ob hierfür eine bereits erteilte Genehmigung erforderlich ist. Wir schlagen daher eine Übernahme der in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 4 (S. 18 der Entwurfsfassung) in den Regelungsteil wie folgt vor:
„Eine ausreichende Verkehrsbedienung ist in der Regel als künftig gewährleistet anzusehen, wenn eine Genehmigung für die Zukunft erteilt ist oder eine solche Genehmigung beantragt ist und die Erteilung einer Genehmigung nach Einschätzung des Aufgabenträgers überwiegend wahrscheinlich ist. Dem Aufgabenträger kommt hierbei ein Prognosespielraum zu, der insbesondere von der Genehmigungsbehörde zu beachten ist.“
- c) Beim Rechtsschutz ergibt sich nach unserer Auffassung eine Unklarheit hinsichtlich des Rechtsweges bei Streitigkeiten über die Frage, ob die VO (EG) Nr. 1370/2007 und entsprechend die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 überhaupt Anwendung finden. § 8 Abs. 6 PBefG-E unterwirft expressis verbis nur die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge den §§ 101a bis 126 und 128 GWB. Es ist jedoch fraglich, ob diese Rechtswegzuweisung auch für den Fall gilt, dass ein Interessent für einen kommerziellen Verkehr Rechtsschutz gegen eine Vergabe eines Dienstleistungsauftrages mit der Begründung begehrt, mangels Vorliegen der Voraussetzung des Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 wäre der Aufgabenträger gar nicht zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung berechtigt. Sollte in diesem Fall der „Vergaberechtsweg“ wegen § 8 Abs. 6 PBefG-E eröffnet sein (was unseres Erachtens aus der Gesetzesformulierung nicht klar ersichtlich ist), bestünde ein Widerspruch zu der Konstellation, in der ein Aufgabenträger gegen eine erteilte Genehmigung für einen kommerziellen Verkehr mit dem Argument vorgehen möchte, der Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 1370/2007 sei eröffnet und deshalb müsse die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (oder im Wege einer Direktvergabe) erfolgen; in diesem Fall wäre nämlich der Verwaltungsrechtsweg einschlägig.

Zur Klarstellung regen wir folgende Formulierung in § 8 Abs. 6 PBefG-E als neuen Satz 3 an:

„Macht ein Unternehmen gegen die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach den Art. 2 bis 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 geltend, die Voraussetzungen für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1370/2007 lägen nicht vor, so ist abweichend von den Sätzen 1 und 2 der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.“

- d) Die Forderung nach einer strengeren Bindung an die Vorgaben des Nahverkehrsplans insbesondere im Zusammenhang mit der Möglichkeit, im Nahverkehrsplan Vorgaben für eine Linienbündelung seitens der Aufgabenträger zu treffen, sollte unseres Erachtens wie folgt in § 13 Abs. 2a PBefG-E verankert werden:

„Im öffentlichen Personennahverkehr ist die Genehmigung zu versagen, wenn der beantragte Verkehr nicht mit einem vom Aufgabenträger aufgestellten Nahverkehrsplan in Einklang steht. Dies gilt insbesondere für die Vorgabe der Zusammenfassung von Linien (Linienbündelungen) im Rahmen des Nahverkehrsplans. Der Aufgabenträger kann hiervon aus verkehrlichen Gründen im Einvernehmen mit der Genehmigungsbehörde Ausnahmen erteilen. Werden mehrere Anträge gestellt, die sich ganz oder zum Teil auf die gleiche oder im Wesentlichen gleiche Verkehrsleistung beziehen, sind für die Auswahl des Unternehmers die im Nahverkehrsplan enthaltenen Vorgaben und Ziele heranzuziehen.“

- e) Unseres Erachtens muss zudem klargestellt werden, dass dem Aufgabenträger ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorgaben des Nahverkehrsplans zukommt. Das Vorliegen eines subjektiven Rechts ergibt sich nach unserem Dafürhalten bereits aus den gesetzlichen Aufgaben der Nahverkehrsplanung. Jedoch ist in einer obergerichtlichen Entscheidung jüngst das Bestehen eines subjektiven Rechts angezweifelt worden (OVG NRW, a.a.O.) Die Ablehnung eines subjektiven Rechts hätte zur Folge, dass sich ein Aufgabenträger nicht mehr gerichtlich gegen eine – aus seiner Sicht dem Nahverkehrsplan zuwiderlaufende – Genehmigung wehren könnte. Dann wäre die Einhaltung des PBefG im Hinblick auf die Vorgaben des Nahverkehrsplans – wie übrigens auch die Beachtung der VO (EG) Nr. 1370/2007 insgesamt – rechtsschutzfrei; es ergäbe sich hinsichtlich des Nahverkehrsplans ein erhebliches Vollzugsdefizit. Zudem ist in diesem Kontext zu beachten, dass der Entwurf des PBefG den Unternehmen ausdrücklich subjektive Rechte zuerkennt. Wir schlagen daher die Aufnahme eines Absatzes 2c in den § 13 PBefG-E wie folgt vor:

„Der Aufgabenträger hat einen Anspruch darauf, dass die Genehmigungsbehörde bei Erteilung einer Genehmigung die Vorgaben und Festsetzungen des Nahverkehrsplans entsprechend den Vorschriften des Gesetzes und den Vorschriften der VO (EG) Nr. 1370/2007 einhält.“