

VCD Stellungnahme

# Novellierung des PBefG – Verbände- anhörung

## Position des VCD im Überblick

### Ausgangssituation

Aus Sicht des VCD soll der Öffentliche Personenverkehr attraktive Angebote für „alle Lebenslagen“ bereitstellen. Dieses ist Messlatte zur Beurteilung der Gesetzesalternativen. Natürlich kann kein Gesetz unmittelbar eine solche Attraktivität „garantieren“. Gesetze geben aber den Rahmen dafür, welcher Akteur mit welchem Interesse und mit welchen Handlungsinstrumenten agieren kann. Entscheidend ist insoweit aus Sicht des VCD die Beantwortung folgender Fragen:

- Fernbusverkehr und eigenwirtschaftlicher Nahverkehr:  
Besteht Platz für Innovationen? Habend diese eine Chance am Markt? Werden etwaige Negativwirkungen vermieden?
- Auftragsverkehr im ÖPNV:  
Kann die öffentliche Hand die von ihr für erforderlich erachteten Vorgaben für einen attraktiven Verkehr durchsetzen, wenn auf eigenwirtschaftlicher Basis dieses nicht finanzierbar ist (z.B. Preise, Taktdichte, Bedienzeiten, Sicherheitsanforderungen, Umweltqualität, Fahrzeugqualität)?

### Fernbus

Der VCD erwartet von der Fernbusliberalisierung, dass neue Kundengruppen, insbesondere aus dem Bereich des motorisierten Individualverkehrs, erschlossen werden. Darüber hinaus kann der Fernbus Mobilitätschancen für einkommensschwache Kundengruppen eröffnen, für die die Nutzung eines Autos oder der Angebote im Schienenverkehr kaum bezahlbar sind. Der VCD begrüßt daher die in beiden Gesetzesentwürfen vorgesehene Deregulierung des Fernbusverkehrs.

Ein gewisses Maß an „regulierenden Vorgaben“ bleibt aber auch in deregulierten Märkten erforderlich. Dieses fehlt im Regierungsentwurf, wird aber im Gesetzentwurf der Opposition in vernünftiger Weise geregelt:

- Soweit Fernbusangebote mit Schienenverkehrsangeboten auf ÖPNV-Relationen in Konkurrenz stehen, ist es im Einklang mit der EG-Verordnung möglich, dass der Bahnverkehr in maßvoller Weise geschützt wird.
- Es wird mit Augenmaß für die Integration und das Zusammenspiel der Angebote auf der Ebene der Informationsbereitstellung und des Vertriebs gesorgt: Die Angebote des öffentlichen Personenverkehrs werden betreiberübergreifend beauskunftet bzw. können auch von Dritten beauskunftet werden. Zudem wird in Maßen ein betreiberübergreifender Vertrieb sichergestellt.
- Es werden Vorgaben zur Barrierefreiheit gesetzt, die nicht nur den vordergründig in ihrer Mobilität eingeschränkten Nutzern zu Gute kommen werden.

### Eigenwirtschaftlicher ÖPNV

Die Marktzugangsregeln sollten so gestaltet werden, dass diejenigen Unternehmen Genehmigungen erhalten, die innovativ und kreativ die Kundenbedürfnisse erspüren und von daher eine auch an den Fahrgastinteressen orientierte Weiterentwicklung des Marktes erwarten lassen.

Der heutige Rechtsrahmen für eigenwirtschaftliche Verkehre ist hingegen von Konkurrenz- und Besitzstandsschutz geprägt. Innovationen haben in dem heutigen Marktrahmen für eigenwirtschaftliche Verkehre keine Chance: Die Genehmigungsbehörde kann sie nicht beurteilen; ein Newcomer kann sich mit ihnen nicht profilieren und der Bestandsunternehmer ist auf sie nicht angewiesen, da er seinen Markt allein durch Rückgriff auf die Konkurrenzschutzregelungen verteidigen kann.

Die Novellierung des PBefG ändert die Ausgangsbedingungen innerhalb des eigenwirtschaftlichen Verkehrs nicht. Es wird daher von der Gesetzesänderung kein Innovationsschub zu erwarten sein.

## **Auftragsverkehr im ÖPNV**

Durch die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge kann die öffentliche Hand bzw. konkret der kommunale Aufgabenträger eingreifen, um die Leistungen zu veranlassen, die auf eigenwirtschaftlicher Basis nicht bereitgestellt werden bzw. würden (Angebotsdichte, Bedienungszeitraum, Qualitätsvorgaben etc.).

## **Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre**

Rechtliche Einschränkungen in der Bestellkompetenz ergeben sich dadurch, dass die Auftragsvergabe nach der Konzeption der Bundesregierung nur dann gestartet werden kann, wenn „vorrangige eigenwirtschaftliche Verkehre“ als unzureichend versagt worden sind.

Eine interessengerechte und rechtssichere Abgrenzung zwischen den eigenwirtschaftlichen Verkehren einerseits und den Auftragsverkehren andererseits ist essentiell. Ohne eine solche Abgrenzung ist für alle Akteure unklar, ob und wenn ja, nach welchen Spielregeln sie tätig werden können.

Aus Sicht der Fahrgäste muss dabei sichergestellt werden, dass hochwertige, integrierte, behindertentaugliche und umweltfreundliche ÖPNV-Angebote nicht durch minderwertige Verkehre verhindert werden können, nur weil diese rechtstechnisch „eigenwirtschaftlich“ sind. Die Belange der Fahrgäste müssen hier Vorrang haben.

Der Regierungsentwurf öffnet hingegen die kommunalen Verkehre für die Anbieter eigenwirtschaftlicher Verkehre auch dann, wenn diese Verkehre mit Blick auf Kontinuität, Taktichte, Qualität, Barrierefreiheit etc. hinter dem kommunalpolitisch erwünschten Angebot zurückbleiben. Dieses gilt nach dem Konzept der Bundesregierung selbst dann, wenn die öffentliche Hand bereit ist, das von ihr gewünschte Bedienungsniveau auch zu finanzieren, in dem über dieses Niveau ein „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ abgeschlossen wird.

Einen passfähig „konditionierten Vorrang“ leistet hingegen der Entwurf der Opposition, indem er den intendierten Auftragsverkehr zur Messlatte im Genehmigungsverfahren macht. Dieses sichert die verkehrspolitische Handlungsfähigkeit der Kommune genau im erforderlichen Umfang. Dieser Vorschlag steht zudem in der Kontinuität des bisherigen Rechts in der Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht (Urteil aus 2006), welches vorsieht, dass die Genehmigungen dann zu versagen sind, wenn die eigenwirtschaftlichen Verkehre nicht das Bedienungsniveau realisieren, welches mit der Auftragsvergabe intendiert wird.

## **Fazit zum ÖPNV**

Der VCD kann den Regierungsentwurf mit Blick auf die Regelungen zum ÖPNV nur klar ablehnen. Aus Sicht eines Fahrgastverbandes wirft er folgende „Rückfragen“ an die Regierung bzw. an die Koalitionsfraktionen auf:

- Wo sonst kann ein Privater eine allein an den unternehmerischen Bedürfnissen orientierte Leistung beantragen und dafür Konkurrenzschutz bekommen und zudem noch auf staatliche Finanzierung für Sondertarife hoffen?
- Warum soll dieser Mechanismus selbst dann wirken, wenn die Kommune den Fahrgästen Nahverkehrsleistungen mit höherer Qualität anbieten will, die sie ggf. sogar für weniger Steuergeld realisieren kann?
- Wo sonst darf eine Kommune eine Leistung im Bereich der Daseinsvorsorge, die der Markt nicht bereitstellt, nicht beschaffen?
- Wo sonst und warum entscheidet eine staatliche Behörde im Bereich der lokalen Daseinsvorsorge über die Umsetzbarkeit und damit über die Handlungsspielräume der Politik im „eigenen kommunalen Wirkungskreis“?
- Die Regionalisierung im Eisenbahnregionalverkehr ist eine Erfolgsgeschichte. Warum sollen die Fahrgäste nur im Schienenpersonennahverkehr von Qualitätssteigerungen profitieren, die von den Aufgabenträgern politisch gewollt sind und die diese zu finanzieren bereit sind, nicht aber im übrigen ÖPNV?

## Zur Begründung der Position des VCD

### Anlass und Hintergrund der Novellierung des Personenbeförderungsrechts

Aus Sicht des VCD soll der Öffentliche Personenverkehr attraktive Angebote für „alle Lebenslagen“ bereitstellen. Das „ideale Angebot“ ist zeitlich umfassend und flächendeckend verfügbar und stellt eine in jeder Hinsicht vollwertige Alternative zum motorisierten Individualverkehr dar. Aufsetzend auf ein Grundangebot nimmt die Angebotsdichte mit der Nachfrage zu. Die Preise für die Nutzung des Öffentlichen Personenverkehrs sind dem Angebot angemessen und sozial differenziert. Die Unternehmer haben einen Anreiz sich zum Nutzen der Fahrgäste durch Produktinnovationen einen Vorteil im Markt zu verschaffen. Die Angebote verschiedener Betreiber ergänzen sich in ihren Alternativen (Fahrplan, Fahrausweis, Beauskunftung).

Das „ideale Angebot“ entsteht nicht von selbst. Länder und Kommunen leisten einen großen Beitrag zur Sicherung der Daseinsvorsorge. Zum einen mit öffentlichen Haushaltsmitteln – so fließen jährlich direkt oder indirekt ca. 11,8 Mrd. Euro (ohne SPNV) in den öffentlichen Nahverkehr und machen die öffentliche Hand faktisch zum größten Kunden der Nahverkehrsunternehmen, zum anderen durch die Gewährung von Konkurrenzschutz- und Besitzstandsschutzrechten. Der Rahmen hierfür wird unter anderem von dem zur Novellierung anstehenden PBefG abgesteckt. Aus Fahrgastsicht muss dieser Rechtsrahmen so ausgestaltet sein, dass alle Vorteile finanzieller und rechtlicher Art, von denen die Verkehrsunternehmen profitieren, nur im Gegenzug zur Einhaltung entsprechender Integrations- und Qualitätsvorgaben gewährt werden.

Aufgrund der europarechtlichen Vorgaben kann auch das deutsche Recht nicht (mehr) nach „Belieben“ festlegen, wie der Öffentliche Nahverkehr bezuschusst wird und ob und wie die bestehenden Angebote und Betreiber vor Konkurrenz geschützt werden. Die europarechtlichen Rahmenbedingungen für staatliche Interventionen sind vielmehr mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 neu geregelt worden. Öffentliches Geld sowie marktzugangsrelevante Vorteile („ausschließliche Rechte“) dürfen nach den Regelungen der VO 1370/2007 nur im Gegenzug für die Erfüllung bestimmter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen von den „zuständigen Behörden“ gewährt werden. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen sind solche Angebotsmerkmale, die auf Basis des eigenen wirtschaftlichen Interesses von den Unternehmen nicht angeboten werden, von den zuständigen Behörden aber für erforderlich erachtet werden. „Übersetzt“ geht es also darum, dass und wie die kommunalen Aufgabenträger tätig werden können, wenn sie Angebote etablieren möchten, die der Markt nicht hervorbringt.

Hinsichtlich des „Geltungsanspruchs“ dieser Verordnung hat die EU-Kommission in einer Antwort an die Republik Österreich folgende Feststellung getroffen: *„Vorbehaltlich des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien, unterliegen daher in Zukunft alle staatlichen Interventionen, die dazu dienen, einzelnen Unternehmen oder einer beschränkten Gruppe von Unternehmen finanzielle oder marktzugangsrelevante Vorteile zu gewähren, ausnahmslos der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.“*

Der von der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 abgesteckte und seit Dezember 2009 anzuwendende Rechtsrahmen ist transparent und eindeutig, auch wenn er sich nicht „auf den ersten Blick ins Gesetz“ erschließt. Er gilt direkt und unmittelbar in ganz (EG) Europa. Entgegenstehendes deutsches Recht, d.h. Regelungen zur Gewährung von finanziellen oder marktzugangsrelevanten Vorteilen, die nicht im Einklang mit den Vorgaben der EG-Verordnung stehen, sind unbeachtlich.

Überfällig ist daher die Anpassung des nationalen Rechtsrahmens an die VO (EG) Nr. 1370/2007. Überflüssig sind jedoch viele der umfangreichen Anpassungen im Personenbeförderungsgesetz. Das Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1370/2007 hätte besser genutzt werden können, um die Regelungstiefe des Bundesrechts an dieser Stelle zu reduzieren und die „Unterfütterung“ des durch das Europarechts vorgegebenen Rechtsrahmens an die Länder zu delegieren (Daseinsvorsorge und Verwaltungsverfahren sind Ländersache, bundeseinheitlicher Rechtsrahmens bereits durch die VO 1370 gesichert). Möglicherweise mehr aus Tradition wurde in den vorliegenden Gesetzentwürfen an einer Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes und damit an einer bundesweiten Regelung festgehalten. Besser wäre es gewesen, die Behördenzuständigkeit wie im Eisenbahnregionalverkehr zu regeln: Die Zulassung als Eisenbahnverkehrsunternehmen wird für das Unternehmen erteilt und gilt für fünf Jahre. Für diese Funktion sind staatliche Aufsichtsbehörden verantwortlich. Die Finanzierung und Beauftragung und

damit alles, was für den Marktzugang und die Daseinsvorsorge erforderlich ist, fällt in die alleinige Zuständigkeit des Aufgabenträgers des SPNV.

Die jetzt in beiden Entwürfen zur Novellierung des PBefG angelegte Regelung führt zu einer „mehrfachen Segmentierung“ des Marktes:

1. Fernbus (dereguliert)
2. Nah und Regionalverkehr = ÖPNV (reguliert) mit Aufsplittung in
  - a) eigenwirtschaftlicher Verkehr  
(= ohne öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach VO 1370)
  - b) Auftragsverkehr  
(= mit öffentlichem Dienstleistungsauftrag nach VO 1370)

Die Regelungen für die jeweiligen „Segmente“ des Marktes sind danach zu beurteilen, wie attraktiv der Verkehr für die Fahrgäste ist. Messlatte dafür ist letztlich der „Erfolg am Fahrgastmarkt“. Der Weg zu diesem Erfolg führt über die Attraktivität der Angebote in Relation zu den Bedürfnissen der Fahrgäste. Übersetzt bemisst sich die Attraktivität damit nach Qualität, Häufigkeit und Preis der angebotenen Verbindungen. Kein Gesetz kann unmittelbar eine solche Attraktivität „garantieren“. Gesetze geben aber den Rahmen dafür, welcher Akteur mit welchem Interesse und mit welchen Handlungsinstrumenten gestaltend wirken kann.

Eine besondere Rolle kommt dabei dem „kommunalen Aufgabenträger“ zu. Dieser und nur dieser steht in der verkehrspolitischen Verantwortung für ein gutes oder schlechtes ÖPNV Angebot. Um dieser verkehrspolitischen Verantwortung gerecht werden zu können, muss es dem kommunalen Aufgabenträger nicht nur möglich sein, dass im öffentlichen Interesse erforderliche Angebot zu bestimmen („ausreichende Bedienung“), der gesetzliche Rahmen muss vielmehr darauf ausgerichtet sein, dass er dieses Angebot durch geeignete Interventionen auch durchsetzen kann.

Im Bereich kommerziell tätiger Busunternehmen müssen sich hingegen marktgerechte Innovationen auch durchsetzen können. Dieses setzt voraus, dass diese Unternehmen ihre Angebote und Tarife entsprechend den Kundenbedürfnissen gestalten können, und dass sie daraus einen Wettbewerbsvorteil ziehen dürfen und können.

Entscheidend ist insoweit aus Sicht des VCD folgendes „Doppel“ an Fragen:

- Fernbusverkehr und eigenwirtschaftlicher Nahverkehr:  
Besteht Platz für Innovationen? Habend diese eine Chance am Markt? Werden etwaige Negativwirkungen vermieden?

Auftragsverkehr im ÖPNV:

Kann die öffentliche Hand die von ihr für erforderlich erachteten Vorgaben für einen attraktiven Verkehr durchsetzen, wenn auf eigenwirtschaftlicher Basis dieses nicht finanzierbar ist (z.B. Preise, Taktichte, Bedienzeiten, Sicherheitsanforderungen, Umweltqualität, Fahrzeugqualität)?

## Bewertung der Vorgaben für den Fernbusverkehr

Beide Gesetzesentwürfe haben zum Ziel, die „gewerberechtlichen“ Marktzugangshürden für den Fernbus abzuschaffen. Die bisher im PBefG verankerten marktzugangsrelevanten Vorteile der „Altunternehmen“ (Konkurrenzschutz bei laufender Genehmigung, Besitzstandsschutz bei Wiedererteilung einer ausgelaufenen Genehmigung) werden konsequent beseitigt. Die Unternehmen können in Konkurrenz zueinander ihre Angebote im Markt platzieren. Über den Erfolg entscheidet die „Refinanzierung“ durch die Fahrgäste und somit die Attraktivität für die NutzerInnen.

Innovationen können unmittelbar am Markt nach dem Prinzip von „trial and error“ entwickelt werden. Die Unternehmen können dabei „Wagnisse“ eingehen, denn ihnen ist auch ein Rückzug von Angeboten möglich, wie auch schnelle Reaktionen bei sich bietenden Markchancen: Preis- und Fahrplanänderungen müssen – und dürfen! – nicht erst behördlich überprüft und genehmigt werden.

Auf Relationen mit starker Nachfrage ist nach den Erfahrungen anderer Länder zu erwarten, dass sich mehrere Betreiber in Konkurrenz zueinander etablieren werden und sich dabei mit ihrem Angebot jeweils auf bestimmte Marktnischen spezialisieren (Qualitätsanbieter, Billiganbieter etc.). Und es ist auch zu erwarten, dass Unternehmen ihr Geschäft wieder einstellen, wenn es sich nicht rechnet und sich ganz oder teilweise auch aus dem Markt wieder zurückziehen. Im Ausland ist zu beobachten, dass die Fernbusbetreiber im Regelfall „gut verdienen“. Ein „ruinöser Wettbewerb“ lässt sich nicht beobachten. Das schließt nicht aus, dass Unternehmen, die sich „verkalkuliert haben“, im Einzelfall auch durch Insolvenz aus dem Markt ausscheiden.

Insbesondere in Schweden, aber auch in Großbritannien, lässt sich gut beobachten, dass Bahn und Bus einander ergänzen können. Es ist nicht zu erwarten, dass der Fernbus die Bahn per se verdrängt. Insbesondere wenn die Bahn starke komparative Vorteile bei Komfort, Platzangebot und Geschwindigkeit hat (z.B. im ICE Verkehr), dann wird der Busverkehr im modal split ein „Randsegment“ bleiben. Der Bus kann allerdings preislich neue Kundengruppen, insbesondere aus dem Bereich des motorisierten Individualverkehrs erschließen. Er bietet ergänzende Mobilitätsalternativen für Geringverdienende oder ermöglicht z.B. auch so sonst nicht verfügbare Direktverbindungen, für die auch ein spezifisches Bedürfnis im Markt z.B. bei Älteren zu konstatieren ist. In Schweden ist daher seit der Deregulierung des Fernbusverkehrs beispielsweise ein Wachstum im Gesamtmarkt des öffentlichen Personenverkehrs zu beobachten, bei dem letztlich auch der Bahn neue Kundengruppen zuwachsen.

Der VCD begrüßt daher die in beiden Gesetzentwürfen vorgesehene Deregulierung des Fernbusverkehrs. Ein gewisses Maß an „regulierenden Vorgaben“ bleibt aber auch in deregulierten Märkten erforderlich. Dieses fehlt im Regierungsentwurf und wird im Gesetzentwurf der Opposition in vernünftiger Weise geregelt:

- Soweit Fernbusangebote mit Schienenverkehrsangeboten auf ÖPNV-Relationen in Konkurrenz stehen, ist es im Einklang mit der EG-Verordnung möglich, dass der Bahnverkehr in maßvoller Weise geschützt wird.
- Es wird mit Augenmaß für die Integration und das Zusammenspiel der Angebote auf der Ebene der Informationsbereitstellung und des Vertriebs gesorgt: Die Angebote des öffentlichen Personenverkehrs werden betreiberübergreifend beauskunftet bzw. können auch von Dritten beauskunftet werden. Zudem wird in Maßen ein betreiberübergreifender Vertrieb sichergestellt.

Es werden Vorgaben zur Barrierefreiheit gesetzt, die nicht nur den vordergründig in ihrer Mobilität eingeschränkten Nutzern und Nutzerinnen zu Gute kommen werden.

### 3. Bewertung der Vorgaben für den ÖPNV

#### **Eigenwirtschaftlicher Verkehr**

Die Marktzugangsregeln für weitestgehend am Fahrgastmarkt zu finanzierende Verkehrsangebote sollten so gestaltet werden, dass die Unternehmen, die innovativ und kreativ die Kundenbedürfnisse erspüren, die Genehmigungen erhalten.

Die staatliche Genehmigungsbehörde wacht über den Marktzugang im öffentlichen Personennahverkehr. Nach der gesetzlichen Regelung wäre auch ein Marktzutritt durch die Konkurrenz bei laufender Genehmigung möglich. In der Praxis nutzt die Genehmigungsbehörde ihre Einschätzungsprärogative jedoch regelmäßig dahingehend, dass sie davon ausgeht, dass das bestehende Angebot den vorhandenen Bedarf deckt und den Bestandsbetreiber mit diesem Argument vor Konkurrenz schützt. Sollte der Vorschlag des Neubewerbers hingegen tatsächlich auch nach Einschätzung der Genehmigungsbehörde auf eine adäquate Nachfrage stoßen, dann erhält zunächst der Altbetreiber die Chance, die Produktidee des Neubewerbers zu realisieren und dessen Antrag damit gegenstandslos zu machen. Dieser gesetzlich „institutionalisierte Ideenklau“ wirkt: Produktinnovationen zur Profilierung gegenüber der Konkurrenz sind Mangelware.

Ähnlich verhält es sich in der Situation, die mit dem Auslaufen einer Genehmigung entsteht. Theoretisch könnte zu diesem Zeitpunkt ein Newcomer sich erfolgreich gegen einen Altbetreiber im Genehmigungswettbewerb durchsetzen. Faktisch scheidet dieses regelmäßig daran, dass die Genehmigungsbehörde die Auswahlkriterien den Wettbewerbern nicht vorher bekannt gibt (Messlatte für die „beste Verkehrsbedienung“) und zudem unklar ist, welchen Startvorteil sie dem Altunternehmen gewährt. Die Chance für Newcomer, sich unter diesen Bedingungen in Konkurrenz zu einem Bestandsunternehmen mit verbesserten Produkten zu etablieren, ist daher marginal und auch in der Praxis kaum zu beobachten.

Selbst bei laufender Genehmigung ist eine „normale Angebotsentwicklung“ nach dem Grundsatz von „trial and error“ nach bestehender Gesetzeslage nicht möglich, da das Angebot über die Gesamtlaufzeit einer Genehmigung weitestgehend „fixiert“ wird und zudem jede Änderung unter behördlichem Genehmigungs- bzw. Zustimmungsvorbehalt steht.

Der Regierungsentwurf ändert an den skizzierten Ausgangsbedingungen nichts. Er optimiert nur das Verfahren für den Genehmigungswettbewerb, indem er die aktuelle höchstgerichtliche Rechtsprechung zu „Ausschlussfristen“ im Gesetzestext abbildet und mit konkreten Fristen hinterlegt. Die Besitzstandsschutzregelungen bleiben aber unverändert bestehen und der Konkurrenzschutz wird sogar noch verstärkt.

Innovationen haben in dem heutigen und zukünftigen Marktrahmen für eigenwirtschaftliche Verkehre keine Chance: Die Genehmigungsbehörde kann sie nicht beurteilen; ein Newcomer kann sich mit ihnen nicht profilieren und das Bestandsunternehmen ist auf sie nicht angewiesen, da er seinen Markt allein durch Rückgriff auf die Konkurrenzschutzregelungen verteidigen kann.

### **Auftragsverkehr**

Durch die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge kann die öffentliche Hand bzw. konkret der kommunale Aufgabenträger eingreifen, um die Leistungen zu veranlassen, die auf eigenwirtschaftlicher Basis nicht bereitgestellt werden bzw. würden (Angebotsdichte, Bedienungszeitraum, Qualitätsvorgaben etc.).

Die näheren Vorgaben zu dem im öffentlichen Interesse zu sichernden Angebotsniveau („ausreichende Verkehrsbedienung“) finden sich in den Nahverkehrsgesetzen der Länder.

Faktische Einschränkungen in der Bestellkompetenz ergeben sich aus der notwendigen Verfügbarkeit öffentlicher Mittel (kommunale Mittelausstattung durch die Länder sowie kommunale Eigenmittel).

Rechtliche Einschränkungen in der Bestellkompetenz ergeben sich dadurch, dass die Auftragsvergabe nach der Konzeption der Bundesregierung nur dann gestartet werden kann, wenn „vorrangige eigenwirtschaftliche Verkehre“ als unzureichend versagt worden sind.

### **Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre**

Eine interessensgerechte und rechtssichere Abgrenzung zwischen den eigenwirtschaftlichen Verkehren und den Auftragsverkehren ist essentiell. Ohne eine solche Abgrenzung ist für alle Akteure unklar, ob und wenn ja, nach welchen Spielregeln sie tätig werden können.

Aus der Sicht der Fahrgäste muss dabei sichergestellt werden, dass hochwertige, integrierte, behindertentaugliche und umweltfreundliche ÖPNV-Angebote nicht durch minderwertige Verkehre verhindert werden können, nur weil diese rechtstechnisch „eigenwirtschaftlich“ sind. Die Belange der Fahrgäste müssen hier Vorrang haben.

Nach den Vorstellungen der Regierung ist der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre allerdings grenzenlos. Auch minderwertige eigenwirtschaftliche Verkehre sind daher zu genehmigen und sperren dann die Vergabe bzw. Genehmigung besserer Verkehrsangebote („unbedingter materieller Vorrang“).

Diese von der Regierung vorgeschlagene Abgrenzung führt zu einer Neujustierung der Grenzen zwischen eigenwirtschaftlichem Verkehr und Auftragsverkehr.

Der Regierungsentwurf öffnet damit die kommunalen Verkehre für die Anbieter eigenwirtschaftlicher Verkehre auch dann, wenn diese Verkehre mit Blick auf Kontinuität, Taktdichte, Qualität, Barrierefreiheit etc. hinter dem kommunalpolitisch erwünschten Angebot zurückbleiben. Dieses gilt nach dem Konzept der Bundesregierung selbst dann, wenn die öffentliche Hand bereit ist, das von ihr gewünschte Bedienungsniveau auch zu finanzieren, in dem über dieses Niveau ein „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ abgeschlossen wird.

Um das möglichst plastisch zu illustrieren:

In der Kontinuität des bisherigen Angebotes plant eine Stadt einen qualitativ hochwertigen Verkehr auf einer bestimmten Linie oder in einem bestimmten Linienbündel und macht diese Absicht auch EU-konform bekannt, da sie davon ausgeht, dass der Verkehr in der skizzierten Ausprägung auch weiterhin aus öffentlichen Mitteln per Auftrag zu finanzieren sein wird.

Nach der Bekanntmachung wird binnen der dafür einschlägigen Frist ein eigenwirtschaftlicher Genehmigungsantrag für ein ausgedünntes Fahrtenangebot, mit nicht behindertengerechten Hochflurbussen, unzureichender Integration mit den umliegenden Verkehren, und ohne Einbindung in das Echtzeitinformationssystem des Verkehrsverbundes auf eigenwirtschaftlicher Basis beantragt. Die Genehmigungsbehörde genehmigt diesen Verkehr, weil er nach ihrer Einschätzung im Einklang mit dem öffentlichen Verkehrsinteresse steht.

Die erteilte eigenwirtschaftliche Genehmigung sperrt für die nächsten zehn Jahre eine Genehmigung für einen Auftragsverkehr. Die Stadt kann für zehn Jahre das Angebot auf dieser Linie oder in diesem Teilnetz nicht beeinflussen. Sie darf auch dem eigenwirtschaftlichen Betreiber kein Geld geben, um ein besseres Angebot zu bewirken. Dieses Geld könnte sie nur auf dem Wege eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages ausreichen, und dieser Weg wird durch den eigenwirtschaftlichen Verkehr versperrt. Einzige Chance der Einflussnahme besteht durch den zulässigen Ausgleich von Tarifpflichten. Verbindliche Zusagen für andere Aspekte des Angebotes (z.B. Fahrplan, Fahrzeugqualität) können so aber nicht bewirkt werden.

Der unkonditionierte Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre institutionalisiert die Ohnmacht kommunaler Verkehrspolitik und macht die Kommunen im Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge davon abhängig, dass die staatliche Genehmigungsbehörde ihre fachlichen bzw. verkehrspolitischen Einschätzungen zum Umfang der notwendigen Daseinsvorsorge teilt. Der Wirkung nach wird damit die „kommunale Verkehrspolitik im ÖPNV“ durch eine spezialgesetzliche staatliche Fachaufsicht überwacht.

Sollte nun eingewendet werden, dass die Genehmigungsbehörde in dem skizzierten „Extremfall“ ihre Einschätzungsprerogative zu Gunsten des geplanten Auftragsverkehrs nutzen würde und dieser doch in der Praxis gar nicht eintreten würde, dann wäre dieses zu begrüßen. Dann spricht ja aber auch nichts dagegen, eine „vernünftige Konditionierung“ des Vorrangs auch gleich im Gesetz zu regeln.

Genau dieses leistet der Entwurf der Opposition, indem er den intendierten Auftragsverkehr zur Messlatte im Genehmigungsverfahren macht. Im vorstehenden Fall müsste die Genehmigungsbehörde daher feststellen, dass der in Konkurrenz zur Auftragsabsicht beantragte eigenwirtschaftliche Verkehr hinter dem von der Kommune beabsichtigten Bedienungsniveau zurück bleibt und daher nicht genehmigungsfähig ist.

Damit ist und bleibt die Kommune verkehrspolitisch handlungsfähig. Dieser Vorschlag steht zudem in der Kontinuität des bisherigen Rechts in der Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht (Urteil aus 2006), welches vorsieht, dass die Ge-



nehmigungen dann zu versagen sind, wenn die eigenwirtschaftlichen Verkehre nicht das Bedienungsniveau realisieren, welches mit der Auftragsvergabe intendiert wird.

Dabei trägt der Entwurf der Opposition auch dem Problem Rechnung, dass die Kommune in der Auftragsbekanntmachung hohe Standards ankündigen könnte, damit die Messlatte für eigenwirtschaftliche Verkehre sehr hoch legt und dann im Nachgang selber nur geringerwertige Verkehre beauftragt. Einem solchen „Missbrauch“ schiebt der Oppositionsentwurf in § 12 Abs. 7 Satz 3 einen Riegel vor, da in dieser Konstellation auch nachträglich noch eigenwirtschaftliche Anträge gestellt werden dürfen.

Was treibt nun aber die Bundesregierung dazu, dass sie eine „spezialgesetzliche staatliche Fachaufsicht“ in Fragen der kommunalen Daseinsvorsorge im ÖPNV etablieren möchte?

Vielleicht handelt es sich um eine Fehleinschätzung hinsichtlich der „Reichweite eigenwirtschaftlicher Verkehre“. In der bisherigen Praxis sind nahezu alle Verkehre eigenwirtschaftlich, da es diesbezüglich eine „Fiktionsregelung“ im PBefG gibt. Diese Fiktionsregelung wird jedoch im Zusammenspiel mit der VO (EG) Nr. 1370/2007 extrem eingegrenzt. Der heutige kommunale Verkehr ist daher zukünftig im Wesentlichen nur noch als Auftragsverkehr finanzierbar. Genau dessen Realisierung kann aber durch zwar minderwertige, aber vorrangige eigenwirtschaftliche Anträge verhindert werden. Dieses gefährdet den Verkehr in den großstädtischen Kernbereichen der Verkehrsverbände.

In jedem Fall ist es wohl der Wunsch, die eigenwirtschaftlichen Privatunternehmen davor zu schützen, dass die kommunalen Aufgabenträger diese mit „überzogenen Forderungen“ aus der Eigenwirtschaftlichkeit heraustreiben können. Dieser Wunsch ist zu einem gewissen Grad zwar nachvollziehbar. Die Mittel, um ihn umzusetzen, sind aber in ihren „Kollateralschäden“ verheerend.

Aus Sicht des VCD ermöglicht nur die von den Oppositionsparteien vorgeschlagene Regelung eine sachgerechte Abgrenzung zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehren und Auftragsverkehren. Der Regierungsentwurf führt hier zum Schutz eigenwirtschaftlicher Verkehre auch um den Preis der „verkehrspolitischen Ohnmacht auf kommunaler Ebene“.

### **„ausschließliche Rechte“ und Besitzstandsschutz**

Ausschließliche Rechte können aus Fahrgastsicht sinnvoll sein, um unkoordinierte Angebote auf Teilstrecken eines Netzes zu verhindern. Angesichts der durchaus auch positiven Erfahrungen in Schweden und Großbritannien ist ein vollständiger Ausschluss von Konkurrenz hingegen wohl nicht zielführend.

Das EG Recht lässt unter der Bezeichnung „ausschließliches Recht“ einen nach Art und Umfang differenzierten Schutz zu. Dieser Schutz muss allerdings im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages festgelegt werden. Ausschließliche Rechte kann es der Systematik des PBefG und der beiden zur Entscheidung anstehenden Entwürfe entsprechend, daher nur im Bereich der Auftragsverkehre und nicht im Bereich eigenwirtschaftlicher Verkehre geben.

Aus Sicht des VCD wäre es hilfreich, wenn der Auftraggeber ausschließliche Rechte vergeben kann, aber nicht muss. Auf diese Weise kann Schutzbedürftiges geschützt werden und kann im Übrigen auch Freiraum für die Etablierung alternativer Angebote gegeben werden. Dieses kann zum Beispiel auch darin bestehen, dass die vorhandenen Linienverkehre ausdrücklich nicht vor Konkurrenz durch Angebote flexibler Bedienung geschützt sind, denen auf diese Weise ein „Freiraum“ eingeräumt werden kann.

Der Regierungsentwurf lässt jedoch keinerlei ausschließliche Rechte zu. Er setzt ganz auf die bisherigen undifferenzierten Schutzregeln des PBefG und verstärkt diese sogar noch. Da diese aber nicht im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages vergeben werden, ist damit das große Risiko verbunden, dass dieser Schutz europarechtswidrig ist.

Der Oppositionsentwurf sieht demgegenüber zumindest für die Auftragsverkehre die Möglichkeit vor, dass diese durch adäquate ausschließliche Rechte geschützt werden können.

Insoweit unterstützt der VCD klar den Oppositionsentwurf, der einen EU-rechtskonformen Schutz beauftragter Verkehre ermöglicht.

**Für Rückfragen:**

Dr. Jan Werner, Wissenschaftlicher Beirat VCD  
Fon 030/ 4549 2525  
jan\_werner@web.de

*Herausgeber*  
**VCD Verkehrsclub Deutschland e.V.**  
Rudi-Dutschke-Straße 9  
10969 Berlin  
Fon 030/280351-0  
Fax - 10  
mail@vcd.org · www.vcd.org

Nachdruck nur mit Genehmigung des Herausgebers  
© VCD e.V. 02/2012

