



c/o Deutscher Städtetag
Hausvogteiplatz 1 · 10117 Berlin

23.2.2012

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages
Herrn Vorsitzenden
Dr. Anton Hofreiter
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Bearbeitet von
Dr. Brohm/DLT
Folkert Kiepe/DST

Telefon 0 30/59 00 97 - 331
Telefax 0 30/59 00 97 - 430

E-Mail:
Markus.Brohm@Landkreistag.de
Folkert.Kiepe@Staedtetag.de

Aktenzeichen
III-958-30 (DLT)
66.05.20 (DST)

Stellungnahme

- zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung personenbezogener Vorschriften (Drs. 17/8233),
- zum Gesetzentwurf der Bundestagsfraktionen der SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (Drs. 17/7046) und
- zum Antrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE (Drs. 17/7487)

Sehr geehrter Herr Dr. Hofreiter,
sehr geehrte Damen und Herren,

für die Einladung zur Verbändeanhörung am 29.2.2012 bedanken wir uns. Von der Möglichkeit, Ihnen vorab eine schriftliche Stellungnahme zu schicken, machen wir gerne Gebrauch. Wir konzentrieren uns dabei auf die zentralen Punkte. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drs. 17/8233) wird dabei im Folgenden als „Regierungsentwurf“ (RegE), der Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion der SPD und Bündnis 90/Die Grünen (Drs. 17/7046) als „Fraktionsentwurf“ (FrakE) bezeichnet.

1. Allgemeine Vorbemerkung und grundsätzliche Kritik am Regierungsentwurf

Die Novellierung des Personenbeförderungsrechts und seine Anpassung an die Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sind für die kommunalen Spitzenverbände ein zentrales Gesetzgebungsverfahren.

Nach dem Regionalisierungsgesetz und den ÖPNV-Gesetzen der Länder tragen die Kreise und Städte als Aufgabenträger die Gewährleistungsverantwortung für eine ausreichende Verkehrsbedienung der Bevölkerung – planerisch, organisatorisch und vor allem auch finanziell. Das Bundesverwaltungsgericht rechnet diese Aufgabe ausdrücklich „zum Kreis der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben“, die der Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG unterfallen (BVerwG 3 C 1.09 und 2.09 vom 29.10.2009). Um diese Aufgaben rechtssicher und kosteneffizient erfüllen zu können, benötigen die Aufgabenträger allerdings auch die dazu erforderlichen Instrumente und Steuerungsmöglichkeiten.

Seitens der kommunalen Spitzenverbände müssen wir insoweit jedoch mit Bedauern feststellen, dass der Regierungsentwurf zur PBefG-Novelle hinter diesen Anforderungen deutlich zurückbleibt: Statt die Kommunen bei der Erfüllung der ihnen vom Staat überantworteten Aufgaben zu unterstützen, erschwert ihnen der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Aufgabenwahrnehmung unter dem neuen Ordnungsrahmen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, indem er einseitig den wirtschaftlichen Eigeninteressen eines Teils des Verkehrsgewerbes größeres Gewicht beimisst als den Belangen der kommunalen Daseinsvorsorge und der Sicherung ihrer Finanzierbarkeit. Das gilt im Besonderen für ländliche Räume, wo die demografischen Herausforderungen die Situation bereits heute zusätzlich verschärfen, es gilt aber auch bereits für Angebote in städtischen Ballungsräumen. Wird der Ausgleich der widerstreitenden Interessen nicht anders austariert als im Regierungsentwurf bislang vorgesehen, wird ein angemessenes Nahverkehrsangebot für die gesamte Bevölkerung von den Kommunen vielerorts nicht mehr finanzierbar sein. Damit würde die Bundesregierung auch ihren eigenen Ansprüchen im Koalitionsvertrag nicht gerecht, der die Interessen einer kommunal verantworteten Daseinsvorsorge in diesem Bereich ausdrücklich anerkennt.

Die kommunalen Spitzenverbände haben wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass es insoweit nicht um die z. T. ideologisch aufgeladene Systemfrage „Privat oder Staat“ geht, sondern vielmehr um den verantwortungsvollen und sorgsamen Umgang mit Steuergeldern in Aufgabenbereichen, in denen der Markt Daseinsvorsorgefunktionen nicht in vollem Umfang allein – d. h. vollständig, in autonomer Organisation und bei eigenständiger Finanzierung – erfüllt und in denen zur Sicherung eines angemessenen Niveaus der Mobilitäts-Daseinsvorsorge in erheblichem Umfang öffentliche Gelder aufgewandt werden müssen. In diesen Fällen muss der Gefahr des „Rosinenpickens“ durch private Anbieter begegnet werden, wenn man nicht will, dass Steuerzahler und Kommunen nur noch den „defizitären Rest“ des Leistungsspektrums – unter noch höherem Mitteleinsatz – als Ausfallbürgen verwalten und bezahlen müssen.

Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf – parteiübergreifend – eine Reihe von Änderungen eingefordert, die in diesem Sinne die Befugnisse der Aufgabenträger stärken, um eine ausreichende Verkehrsbedienung der Bevölkerung sicherzustellen. Diese Änderungen greifen die Kernforderungen der kommunalen Spitzenverbände zwar nicht zu 100 % auf, werden von uns aber gleichwohl als tragfähige Kompromissregelung bewertet und stellen in weiten Teilen eine merkliche Verbesserung der Aufgabenträgerbelange dar, die wir ausdrücklich begrüßen.

Nachdem bereits 2008 ein erster Novellierungsversuch scheiterte, appellieren wir dringend an den Deutschen Bundestag, die berechtigten Forderungen der Länder und der kommunalen Spitzenverbände aufzugreifen und den Gesetzentwurf der Bundesregierung unter Berücksichtigung der Belange einer bedarfsgerechten und kosteneffizient finanzierbaren kommunalen Daseinsvorsorge neu auszutarieren. Andernfalls besteht die konkrete Gefahr, dass die längst überfällige Anpassung des deutschen Personenbeförderungsrechts an die Vorgaben der seit dem 3.12.2009 unmittelbar geltenden EU-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch im zweiten Anlauf nicht gelingt. Ein Scheitern der Novelle wäre dabei für alle Beteiligten – Genehmigungsbehörden, Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen – gleichermaßen nachteilig, denn trotz des Vorrangs des EU-Rechts würden ohne eine Anpassung des nationalen Personenbeförderungsrechts große Rechtsunsicherheiten verbleiben, die bereits heute zu erheblichen Mehraufwendungen bei allen Beteiligten (nicht zuletzt für umfangreiche Rechtsberatungsleistungen) führen und öffentliche Gelder binden, die damit nicht für die Verkehrsbedienung der Bevölkerung zur Verfügung stehen.

2. Rechtssicherheit nur durch umfassende Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Die kommunalen Spitzenverbände kommen nicht umhin, zunächst nochmals nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie angesichts der Rechtswirkungen, die von einer PBefG-Liniengenehmigung ausgehen, in Deutschland eine umfassende Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf sämtliche Linienverkehre für europarechtlich zwingend geboten halten. Dabei ist gleichgültig, ob die Verkehre „eigenwirtschaftlich“ oder „gemeinwirtschaftlich“ finanziert werden: In Gestalt der Betriebs-, der Beförderungs- und der Tarifpflicht (§§ 21, 22, 39 und 45 PBefG) enthält *jede* Liniengenehmigung „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ im Sinne der Vorgängerverordnung Nr. 1191/69/EWG (vgl. BVerwG 3 C 1.09 und BVerwG 3 C 2.09, jeweils Rn. 29) und damit gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. nur EuGH Rs. C 504/07 vom 5.7.2009, Rn. 18). Als Kompensation für diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erhält der Inhaber einer Liniengenehmigung nach dem deutschen Personenbeförderungsrecht im Gegenzug ein linienbezogenes Monopol (sog. Verbot der Doppelbedienung). Dieses ist als „ausschließliches Recht“ nach Art. 2 f) VO 1370/2007, jedenfalls aber als sonstige, nicht-finanzielle Ausgleichsleistung im Sinne von Art. 2 g) VO 1370/2007 zu qualifizieren („jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art“) und darf daher – ebenso wie etwaige zusätzliche finanzielle Ausgleichsleistungen – nur nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werden. Auch das BVerwG hat in den zitierten Entscheidungen klargestellt, dass eigenwirtschaftliche Verkehre, ihr Vorrang und ihre Finanzierung außerhalb der Verordnung 1191/69/EWG bislang nur deshalb zulässig waren, weil sie vom Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69/EWG ausgenommen werden konnten (vgl. Art. 1 Abs. 1 VO 1191/69/EWG in der seit 1992 geltenden Fassung). Eine solche Bereichsausnahmemöglichkeit ist mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 jedoch entfallen.

In dieser Rechtsauffassung werden die kommunalen Spitzenverbände durch das Schreiben der Europäischen Kommission vom 25.6.2009 an die Republik Österreich nachdrücklich bestärkt, in dem die Kommission deutlich macht, dass die Verordnung immer dann anzuwenden ist, wenn finanzielle Ausgleichsleistungen und/oder „marktzugangsrelevante Vorteile“ gewährt werden: Eine Liniengenehmigung gewährt angesichts des sog. „Verbots der Doppelbedienung“ ohne Zweifel einen solchen „marktzugangsrelevanten Vorteil“. Auch die geplante „Liberalisierung“ des Busfernverkehrs bestätigt dies und lässt keinen anderen Schluss zu.

Insofern verkürzt die vorgesehene Anerkennung so bezeichneter „eigenwirtschaftlicher“ Verkehre, die außerhalb der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genehmigt werden, den Geltungsanspruch dieses neuen Ordnungsrahmens in europarechtlich unzulässiger Weise und beschneidet zugleich die Steuerungsinstrumente der ÖPNV-Aufgabenträger als zuständige Behörden im Sinne dieser Verordnung.

Den in § 8 Abs. 4 RegE bzw. § 8 Abs. 4 FrakE postulierten Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zugelassen werden, lehnen die kommunalen Spitzenverbände daher ausdrücklich ab. Sie bedauern insoweit, dass sowohl der Gesetzesentwurf der Bundesregierung wie auch die Änderungsanträge des Bundesrates und der Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen die überkommene Unterscheidung zwischen so bezeichneten „eigenwirtschaftlichen“ Verkehren und gemeinwirtschaftlichen (Aufgabenträger-)Verkehren – trotz begründeter europarechtlicher Bedenken – fortschreiben und für beide Arten der Finanzierung unterschiedliche Marktzugangsregeln vorzusehen – unter Inkaufnahme von Rechtsrisiken für die Zulassung von Verkehren und deren Finanzierung.

3. Missverhältnis zwischen den Befugnissen der Genehmigungsbehörden und der Aufgabenträger erschwert Aufgabenwahrnehmung und gefährdet Rechtssicherheit

Darüberhinaus ist es für die kommunalen ÖPNV-Aufgabenträger essentiell, dass sie ihrer Gewährleistungsverantwortung für einen bedarfsgerechten, umwelt- und sozialverträglichen ÖPNV, den sie im Rahmen der Daseinsvorsorge organisatorisch, planerisch und finanziell sicherzustellen haben, auch tatsächlich und rechtssicher nachkommen können. Angesichts knapper öffentlicher Haushalte müssen sie dies auch kosteneffizient tun können.

a) Bewertung des Regierungsentwurfs

Der Regierungsentwurf wird diesen Anforderungen jedoch nicht gerecht. Vielmehr erschwert er den Aufgabenträgern die Erfüllung ihrer Aufgaben der Daseinsvorsorge unter dem neuen Ordnungsrahmen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, weil das Verhältnis zwischen Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden in zentralen Punkten unzureichend gelöst ist und diverse Regelungen den unterschiedlichen Aufgaben- und Verantwortungsbereichen von Aufgabenträgern (Planung, Organisation und Finanzierung des ÖPNV) und Genehmigungsbehörden (Gewerberecht) nicht Rechnung tragen, sondern den Genehmigungsbehörden eine gestaltende Rolle sowohl bei der Zulassung eigenwirtschaftlicher wie auch gemeinwirtschaftlicher Verkehre einräumen.

Es war daher von Beginn an eine *zentrale Mindestforderung* der kommunalen Spitzenverbände, dass der Nahverkehrsplan – als einzig verbleibendes Steuerungsinstrument der demokratisch legitimierten kommunalen Aufgabenträger – für *alle* an der Durchführung des ÖPNV vor Ort beteiligten kommunalen und privaten Verkehrsunternehmen, staatlichen Genehmigungsbehörden und kommunalen Aufgabenträger mit Blick auf die im Nahverkehr enthaltenen Festlegungen rechtlich verbindlich werden muss (z. B. hinsichtlich Linienführung und -bündelung, Fahrplanangebot und Taktung, behinderten- und umweltgerechten Fahrzeugstandards, Vorgaben zur Gewährleistung der Sicherheit im ÖPNV wie Videoüberwachung und Haltestellenausstattung etc.). Nur so können die Kommunen als ÖPNV-Aufgabenträger den von der Öffentlichkeit und der Politik an sie gestellten Erwartungen in Bezug auf Mobilität, Umwelt- und Klimaschutz sowie Sicherheit im ÖPNV gerecht werden.

Die im Regierungsentwurf zu kritisierenden Regelungen und ihre negativen Folgen für die Aufgabenträger lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

- Keine „volle“ Verbindlichkeit des Nahverkehrsplans:

Mit der Regelung in § 13 Abs. 2 Nr. 2 d) RegE erschwert der Regierungsentwurf bestenfalls nur das finanziell motivierte „Rosinenpicken“ einzelner ertragreicher Linien oder Teilnetze aus einem vorhandenen Verkehrsnetz oder einem im Nahverkehrsplan festgelegten Linienbündel. In allen anderen Fällen einer Abweichung des beantragten eigenwirtschaftlichen Verkehrs von den Vorgaben des Aufgabenträgers ist die Genehmigungsbehörde nach § 13 Abs. 2a PBefG dagegen nicht zur Ablehnung des Antrags verpflichtet; die derzeitige Kann-Vorschrift bedeutet juristisch nicht einmal ein intendiertes Ermessen („soll... versagen“). Möglich bleiben damit ein Unterschreiten der Vorgaben des Nahverkehrsplans in quantitativer Hinsicht (z. B. Fahrplan und Taktung) und qualitativer Hinsicht (z. B. behindertengerechte Fahrzeugspezifikationen, Vorgaben zur Sicherheit im ÖPNV) ebenso wie insbesondere auch ein „zeitliches“ Rosinenpicken durch das selektive Bedienen zu bestimmten lukrativen Hauptzeiten (Berufsverkehrs-/Stoßzeiten, Fokussierung auf Schulbeginn und -ende). Rentabel bedienbare Linienbestandteile werden so im Einzelfall privatisiert und der „unrentable Rest“ – zulasten der öffentlichen Haushalte und des Steuerzahlers – kommunalisiert, obwohl der betreffende Verkehr eigentlich genügend Erträge für eine Bedienung auch der Randzeiten erbringen

würde bzw. die Erträge kostendämpfend für eine ausreichende Verkehrsbedienung der Bevölkerung eingesetzt werden könnten.

Können aber eigenwirtschaftliche Verkehre von der Genehmigungsbehörde selbst dann genehmigt werden, wenn sie hinter den quantitativen und qualitativen Vorgaben des Nahverkehrsplans zurückbleiben, so wird einer ineffizienten Finanzierung des ÖPNV zulasten der öffentlichen Haushalte Vorschub geleistet: Die „Lücke“ zur ausreichenden Verkehrsbedienung im Sinne des Nahverkehrsplans ist nur durch finanziell ungünstige Vereinbarungen mit dem Inhaber der jeweiligen Linienkonzession zu schließen, der den Aufgabenträgern hierbei jedoch – mangels Wettbewerb – schon heute vielfach die Preise diktiert.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass solche nachträglichen finanziellen Betrauungen, über die die Aufgabenträger auch die angeblich „eigenwirtschaftlichen“ Verkehre in großem Umfang mitfinanzieren, beihilferechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen: Da die Aufgabenträger regelmäßig keinen Einblick in die tatsächliche Finanzierungsstruktur eines Verkehrs haben (scil.: Die § 45a PBefG-Mittel werden im Regelfall von den Ländern direkt an die Verkehrsunternehmen ausgeschüttet ebenso wie die in einzelnen Bundesländern existierende Bus- und Infrastrukturförderung), haben die Aufgabenträger kaum Möglichkeiten, den tatsächlichen Zuschussbedarf eines Verkehrs zu ermitteln. Dies führt zu Überkompensationen und zu Finanzierungseffizienzen, die spätestens mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beihilfe- und vergaberechtlich nicht mehr mit europäischem Recht in Einklang sind und die sich die Aufgabenträger zudem angesichts der kommunalen Finanzlage künftig nicht mehr leisten können.

- *Auch kein Einvernehmenserfordernis bei anderen zentralen Entscheidungen:*

Nach § 13 Abs. 2b RegE sind zwar bei Vorliegen mehrerer Anträge im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs der Bewerber mit der „besten Verkehrsbedienung“ zu berücksichtigen, wobei „insbesondere die Festlegungen des Nahverkehrsplans zu berücksichtigen“ sind; die verkehrliche Bewertung übernimmt insoweit jedoch letztlich die Genehmigungsbehörde allein. In gleicher Weise kann die Genehmigungsbehörde etwa im Rahmen von § 21 Abs. 3 und 4 RegE für Entscheidungen über die Erweiterung, Änderung oder Entbindung genehmigter Verkehre sowie in § 40 Abs. 2 und 4 RegE für Entscheidungen über den Fahrplan ebenfalls allein entscheiden, ohne ein Einvernehmen mit dem Aufgabenträger herzustellen zu müssen, der die politische Verantwortung für die Erfüllung der öffentlichen Verkehrsinteressen trägt.

In vergleichbaren Fällen eines Auseinanderfallens von Planungs- und Genehmigungsinstanz wird dagegen in anderen Gesetzgebungsbereichen – etwa im Baurecht – ein Einvernehmenserfordernis normiert. Auch hinsichtlich der verkehrlichen Bewertung im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs und bei den übrigen angesprochenen Entscheidungen halten es die kommunalen Spitzenverbände deshalb für erforderlich, dass die Genehmigungsbehörde hier jeweils ausdrücklich nur „im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger“ handeln kann.

Die kommunalen Spitzenverbände sehen in diesen Regelungen insgesamt ein deutliches Missverhältnis zwischen den Befugnissen der Aufgabenträger und der Genehmigungsbehörden und einen eklatanten Widerspruch zur Daseinsvorsorgeverantwortung der Aufgabenträger, die den ÖPNV organisatorisch, planerisch und finanziell sicherzustellen haben. So haben die von der Genehmigungsbehörde letztlich im Alleingang getroffenen Entscheidungen unmittelbare Folgewirkungen für die Planungssicherheit der Aufgabenträger

und ihre Planungen des Gesamtverkehrsangebots einschließlich der Integration der einzelnen Verkehrsleistungen.

Dieses Missverhältnis der Befugnisse zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass die kommunalen ÖPNV-Aufgabenträger infolge der rechtlichen Unverbindlichkeit des Nahverkehrsplans – bereits mangels Klagebefugnis – nicht einmal die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, wenn die Genehmigungsbehörde von Vorgaben des Nahverkehrsplans abweicht (vgl. nur OVG Münster, Beschluss vom 12.9.2008, AZ: 13 B 929/08, Rn. 9 ff.).

Die kritisierten Regelungen begründet die Bundesregierung damit, dass die Genehmigungsbehörde „als Schiedsrichter“ fungieren müsse und daher nicht an die verkehrlichen Vorstellungen des Aufgabenträgers gebunden sein dürfe. Die Genehmigungsbehörde ist jedoch nach dem Regierungsentwurf keinesfalls nur ein „neutraler Schiedsrichter“, sondern übernimmt eine „gestaltende Rolle“: Ohne eine Bindung an die verkehrlichen Vorstellungen der Aufgabenträger setzt sie sich nämlich selbst an die Stelle der Aufgabenträger und entscheidet damit selbst über die „ausreichende Verkehrsbedienung“, obwohl hierfür nach dem Regionalisierungsgesetz und den ÖPNV-Gesetzen der Länder ausdrücklich die Aufgabenträger zuständig sind. Die Genehmigungsbehörde wird mithin selbst zum maßgeblichen Akteur.

Mit ihrer Aussage, dass die Genehmigungsbehörde bei der Zulassung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren nicht lediglich über die subjektiven (rein gewerberechtlichen) Zulassungsvoraussetzungen, sondern auch über die „ausreichende Verkehrsbedienung“ befinden können müsse, setzt sich die Bundesregierung zudem in einem zentralen Punkt in eklatanten Widerspruch zu ihrer eigenen Argumentation: So hat die Bundesregierung immer argumentiert, die Rolle der Genehmigungsbehörden bei der Zulassung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren unterfalle deshalb nicht der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, weil sie „rein gewerberechtlich“ sei; lediglich die Marktintervention des Aufgabenträgers falle in den Anwendungsbereich der Verordnung. Diese Auffassung ist jedoch – unabhängig von den bereits angesprochenen rechtlichen Streitpunkten, ob nicht bereits jede Liniengenehmigung „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ und „ausschließliche Rechte“ im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 begründet – überhaupt nur dann in sich schlüssig, wenn die Genehmigungsbehörden an die verkehrlichen Vorstellungen des Aufgabenträgers gebunden sind und nicht selbst an Stelle des Aufgabenträgers Aufgaben der gestaltenden Verwaltung wahrnehmen, indem sie abschließend über die „ausreichende Verkehrsbedienung“ und damit über die Marktintervention entscheiden.

Für eine über die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen hinausgehende Prüfungs- oder Entscheidungskompetenz der Genehmigungsbehörden besteht zudem kein Anlass: Soweit es im demokratischen Rechtsstaat eines neutralen „Schiedsrichters“ bedarf, fällt diese Rolle den Gerichten zu. Auch im Bereich der Bestellung von SPNV-Leistungen gibt es neben dem Aufgabenträger keine zusätzliche Genehmigungsbehörde, die über die Marktintervention mitentscheidet.

c) Bewertung des Fraktionsentwurfs

Der Fraktionsentwurf enthält demgegenüber in Gestalt von § 8 Abs. 3 FrakE eine – ausdrücklich zu begrüßende – Klarstellung der unterschiedlichen Zuständigkeiten und Verantwortungsbereiche von Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden.

Darüber hinaus führt der Fraktionsentwurf – der auch insoweit den im Bundesrat parteiübergreifend beschlossenen Änderungsanträgen entspricht – auch inhaltlich zu einer spürbaren Verbesserung der Steuerungsbefugnisse der Aufgabenträger. Zwar sieht er ebenfalls keine Verbindlichkeit des Nahverkehrsplans vor, wählt mit § 13 Abs. 2a Satz 2 FrakE aber eine

gangbare regelungstechnische Alternative: Einheitlicher und für die Genehmigungsbehörde verbindlicher Maßstab zur Bewertung von Genehmigungsanträgen ist nicht der Nahverkehrsplan selbst, sondern Maßstab sind die verkehrlichen Vorstellungen, die der Aufgabenträger in der Vorabkennzeichnung für seine eigenen Vergabeabsichten publiziert hat. Soweit bei der Vorabkennzeichnung – wie in § 13 Abs. 2a Satz 5 FrakE vorgesehen – Verweise auf bestimmte Inhalte des Nahverkehrsplans zulässig sind und nicht bereits ein Jahr vor der eigentlichen Ausschreibung oder Direktvergabe umfangreiche Vergabeunterlagen beigelegt werden müssen, stellt § 13 Abs. 2a Satz 2 FrakE insofern eine regelungstechnische Alternative zur geforderten Verbindlichkeit des Nahverkehrsplans dar, die aus kommunaler Sicht im Ergebnis weitgehend gleichwertig und als tragfähiger Kompromiss anzusehen ist.

Der vom Bundesrat und im Fraktionsentwurf gewählte Regelungsansatz hat zudem den „Charme“, dass er auf einfache und praktikable Weise der wiederholt geäußerten Sorge der privaten Verkehrswirtschaft Rechnung trägt, die Aufgabenträger könnten in einem verbindlichen Nahverkehrsplan überzogene Anforderungen aufstellen und auf diese Weise eigenwirtschaftliche Verkehre gezielt verhindern, um sich dann anschließend bei der Beauftragung eigener kommunaler Verkehre selbst nicht an diese Vorgaben zu halten. Die kommunalen Spitzenverbände haben selbst wiederholt Regelungsvorschläge unterbreitet, die diesen unterstellten Missbrauch verhindert hätten, die aber beim Verkehrsgewerbe dennoch keine Akzeptanz fanden. Mit § 13 Abs. 2a Satz 2 FrakE wird u.E. nun auf einfache und nachprüfbar Weise sichergestellt, dass nur die tatsächlichen Vergabeabsichten zum Maßstab für eigenwirtschaftliche Verkehre gemacht werden. Die kommunalen Spitzenverbände unterstützen diese Regelung daher ausdrücklich.

Um die Regelung im Interesse des privaten Verkehrsgewerbes zu flexibilisieren, könnten sich die kommunalen Spitzenverbände sogar vorstellen, dass ein eigenwirtschaftlicher Verkehr – im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger – unter bestimmten Umständen selbst dann genehmigt werden kann, wenn er von den Vorgaben in der Vorabkennzeichnung abweicht. Voraussetzung ist allerdings, dass der Aufgabenträger diesen Abweichungen ausdrücklich zustimmt und die Genehmigungsbehörde hierüber nicht alleine befindet, da anderenfalls wieder eine Vermischung der unterschiedlichen Verantwortungsbereiche eintreten würde.

d) Fazit

Im Ergebnis halten die kommunalen Spitzenverbände eine Bindung der Genehmigungsbehörde an die verkehrlichen Vorstellungen des Aufgabenträgers, wie dargestellt, als *Mindestforderung* für eine sachgerechte Wahrnehmung und Erfüllung ihrer Aufgaben der Daseinsvorsorge für unabdingbar.

Dies gilt für die Zulassung der so bezeichneten „eigenwirtschaftlichen“ Verkehre (§ 13 Abs. 2a Satz 2 FrakE) ebenso wie für die vom Aufgabenträger beauftragten gemeinwirtschaftlichen Verkehre: Hier sollte im Gesetz zumindest klargestellt werden, dass die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung an den öffentlichen Dienstleistungsauftrag des Aufgabenträgers gebunden ist. Vorzugswürdiger wäre es jedoch, dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag des Aufgabenträgers selbst genehmigungsrechtliche Wirkung zukommen zu lassen. Damit würde sichergestellt, dass die Beibehaltung des Dualismus zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger die europarechtskonforme Umsetzung der Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nicht etwa deshalb gefährdet, weil die Genehmigungsbehörde über den internen Betreiber keine beherrschende Kontrolle haben kann.

Eine zusätzliche Einbeziehung der Genehmigungsbehörden ist insoweit nicht erforderlich – auch nicht zur Vermeidung unterstellter Interessenkollisionen bei der Prüfung durch den Aufgabenträger. So besteht nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gegen sämtliche Vergabeentscheidungen des Aufgabenträgers Rechtsschutz. Zudem widerspricht eine Einbe-

ziehung der Genehmigungsbehörde auch der Vorgabe aus Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, dass Vergaben „wirksam und rasch“ zu überprüfen sind, da die Zulassungsentscheidung der Genehmigungsbehörde als Verwaltungsakt ihrerseits in einem selbstständigen – dann verwaltungsgerichtlichen – Verfahren anfechtbar ist und birgt überdies die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen.

Zumindest erforderlich ist daher die Regelung in § 13 Abs. 2c Satz 2 FrakE, die denjenigen Ländern, die der Rechtsauffassung der kommunalen Spitzenverbände folgen und eine rechts-sichere Umsetzung der Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 sicherstellen wollen, die Möglichkeit einräumt, den öffentlichen Dienstleistungsauftrag des Aufgabenträgers mit genehmigungsrechtlicher Wirkung auszustatten.

4. Klarstellung der Aufgabenträgerbefugnisse im Hinblick auf Direktvergaben und die Gewährung „ausschließlicher Rechte“

Klarstellung der Direktvergabemöglichkeiten

In welcher Weise eine ausreichende Verkehrsbedienung vor Ort am besten zu gewährleisten ist, bestimmt sich insbesondere nach den jeweiligen örtlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten. Es war gerade ein Verdienst der Bundesrepublik Deutschland, dass diese Möglichkeiten der Direktvergabe – auch im Sinne konkreter Wirtschaftsförderung zugunsten von kleinen und mittelständischen Busunternehmen in der Fläche – in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verankert worden sind. Insoweit bedarf es aber einer rechtlichen Klarstellung im Regierungsentwurf, dass die kommunalen Aufgabenträger im Interesse einer sachgerechten Aufgabenerfüllung auch von allen Handlungsoptionen Gebrauch machen können, die die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hierfür vorsieht. Diese umfassen neben der Vergabe im wettbewerblichen Verfahren auch die Möglichkeiten der Direktvergabe an kleine und mittelständische Unternehmen (KMU-Privileg) oder an einen internen Betreiber (Inhouse-Privileg), die durch den Regierungsentwurf bislang nicht hinreichend gesichert sind.

In ihrer Gegenäußerung vom 20.12.2011 geht die Bundesregierung zwar davon aus, dass die Direktvergabemöglichkeiten auch im Regierungsentwurf implizit vorausgesetzt würden. Vor dem Hintergrund jüngst ergangener vergaberechtlicher Entscheidungen (vgl. z. B. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 2.3.2011, VII – Vergabe 48/10) wäre es insoweit jedoch nicht nachzuvollziehen, wenn § 8 Abs. 5 FrakE – wie auch vom Bundesrat vorgeschlagen – nicht zur Klarstellung übernommen würde.

Gewährung „ausschließlicher Rechte“

Um die wirtschaftlichen Grundlagen der so beauftragten Verkehre zu schützen, ist es in diesem Zusammenhang ferner unabdingbar, dass die Aufgabenträger für die beauftragten Verkehre nach den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch ein „ausschließliches Recht“ gewähren können, welches dann auch im PBefG-Genehmigungsrecht einen zwingenden Versagungsgrund für konkurrierende eigenwirtschaftliche Verkehre darstellt. Ohne eine solche Verzahnung würden die Befugnisse der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 teilweise leerlaufen.

Insofern fordern die kommunalen Spitzenverbände nachdrücklich auch die Übernahme der in § 13 Abs. 2 Nr. 2 FrakE enthaltenen Regelung, die mit gleichem Inhalt auch bereits im Bundesländer-Fachausschuss Personenverkehr erarbeitet worden ist und vom Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23.9.2011 neuerlich eingefordert wurde.

5. Keine pauschale legislative Bevorzugung von Eisenbahnverkehren

§ 13 Abs. 2 Nr. 3 b) FrakE sieht einen besonderen Vorrang von Schienenverkehren vor. Die kommunalen Spitzenverbände lehnen diese Regelung nachdrücklich ab, weil sie Eisenbahnverkehre faktisch kraft Gesetzes mit einem „ausschließlichen Recht“ ausstattet. Praktisch alle Genehmigungsanträge für Buslinienverkehre, die auch nur teilweise Relationen parallel zu öffentlich geförderten Eisenbahnverkehren bedienen, wären danach pauschal und ohne Abwägung im Einzelfall von den staatlichen Genehmigungsbehörden zwingend zu versagen. Sachgerechte Lösungen für Fragen, die mit sog. Parallelverkehren von Bahn und Bus verbunden sind, müssen jedoch vor Ort und – ohne legislative Vorfestlegung auf Bundesebene – gesondert für jeden Einzelfall gefunden werden.

Zudem bestehen bereits erhebliche rechtliche Zweifel, ob ausschließliche Rechte, wie sie § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) FrakE vorsieht, kraft Gesetzes gewährt werden können, da die Erteilung ausschließlicher Rechte nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zur Kompensation konkreter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfolgen darf. Zudem ist die Ungleichbehandlung zwischen ÖPNV und SPNV ein systematischer Bruch. Nicht zuletzt bleibt unklar, wie und auf welcher Grundlage die nach der Regelung notwendige „Beeinträchtigung“ beurteilt und nachgewiesen werden soll.

Bei einer Übernahme von § 13 Abs. 2 Nr. 2 FrakE, der die Berücksichtigung von im Einzelfall erteilten „ausschließlichen Rechten“ im PBefG-Genehmigungsrecht vorsieht, besteht zudem keine Notwendigkeit für eine pauschale Ausschließlichkeitswirkung.

6. Übergangsregelung in § 62

Sowohl der Regierungsentwurf als auch der Fraktionsentwurf sehen eine Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bereits ab dem 1.1.2014 vor.

Seitens der kommunalen Spitzenverbände weisen wir insoweit nochmals nachdrücklich daraufhin, dass auf der Grundlage eines Personenbeförderungsgesetzes, das frühestens Mitte 2012 in Kraft treten wird, Vergaben nach der Verordnung für die Jahre 2014/2015 kaum rechtssicher vorzubereiten sind: Das gilt namentlich mit Blick auf die notwendigen Vorarbeiten für kosteneffiziente Vergabeverfahren (ggf. Linienbündelung und Linienlösrechnung) sowie insbesondere auch im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Vorabbekanntmachung nach Art. 7 VO 1370/2007, die mindestens ein Jahr vor der eigentlichen Ausschreibung bzw. Direktvergabe und mindestens zwei Jahre vor der eigentlichen Betriebsaufnahme erfolgen muss.

Die kommunalen Spitzenverbände fordern Bundestag und Bundesrat daher auf, von den umfangreichen Gestaltungsspielräumen, die Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 dem nationalen Gesetzgeber im Hinblick eine „schrittweise Anwendung“ der vergaberechtlichen Vorschriften bis 2019 einräumt, Gebrauch zu machen und die vergaberechtlichen Vorschriften der Verordnung frühestens zwei Jahre nach Inkrafttreten der PBefG-Novelle in Kraft zu setzen.

7. Liberalisierung des Fernbuslinienverkehrs

Gemäß § 42a Satz 1 RegE soll der Fernbuslinienverkehr liberalisiert werden. Die Fernbusliberalisierung als solche muss dabei von kommunaler Seite nicht bewertet werden. Sie wird

neutral bis positiv bewertet und ist im Grundsatz akzeptabel – allerdings auch nur dann –, wenn sich keine Konkurrenz zu dem mit kommunalen Haushaltsmitteln finanzierten Nahverkehrsangebot auf der Straße und der Schiene ergibt.

Mit seinem „Kurzstreckenverbot“ für Distanzen unter 50 km ist § 42a RegE insofern im Ansatz zu begrüßen, wenngleich die vorgesehene Distanzregelung nicht als ausreichend angesehen wird. Gerade in polyzentrischen Ballungsräumen (wie z. B. dem Ruhrgebiet) scheinen uns Konstellationen denkbar, in denen zwar formal das Beförderungsverbot unter 50 km eingehalten wird, gleichwohl aber bestehende Personennahverkehrsleistungen beeinträchtigt werden. Hier bedarf es u.E. weiterer Sicherungen gegen eine Konkurrenzierung des Nahverkehrsangebots.

Nachdrücklich abgelehnt wird dagegen § 42a Satz 3 RegE, der der Genehmigungsbehörde Ausnahmen vom „Kurzstreckenverbot“ gestattet. Um Beeinträchtigungen des von den Aufgabenträgern verantworteten Nahverkehrsangebots auszuschließen, sind solche Ausnahmen nur in Abstimmung mit dem jeweiligen Aufgabenträger akzeptabel. Ausnahmen müssen insofern von einem Einvernehmen mit dem Aufgabenträger abhängig gemacht werden.

Sehr geehrte Damen und Herren, die kommunalen Spitzenverbände appellieren nachdrücklich an Sie als Abgeordnete des Deutschen Bundestages, den Regierungsentwurf unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Belange der ÖPNV-Aufgabenträger neu auszutarieren und den Kommunen als ÖPNV-Aufgabenträgern die erforderlichen Instrumente in die Hand zu geben, damit sie ihrer Gewährleistungsverantwortung für eine ausreichende Verkehrsbedienung der Bevölkerung auch tatsächlich, kosteneffizient und rechtssicher nachkommen können.

Mit freundlichen Grüßen
In Vertretung



Folkert Kiepe
Beigeordneter
des Deutschen Städtetages



Dr. Ralf Bleicher
Beigeordneter
des Deutschen Landkreistages