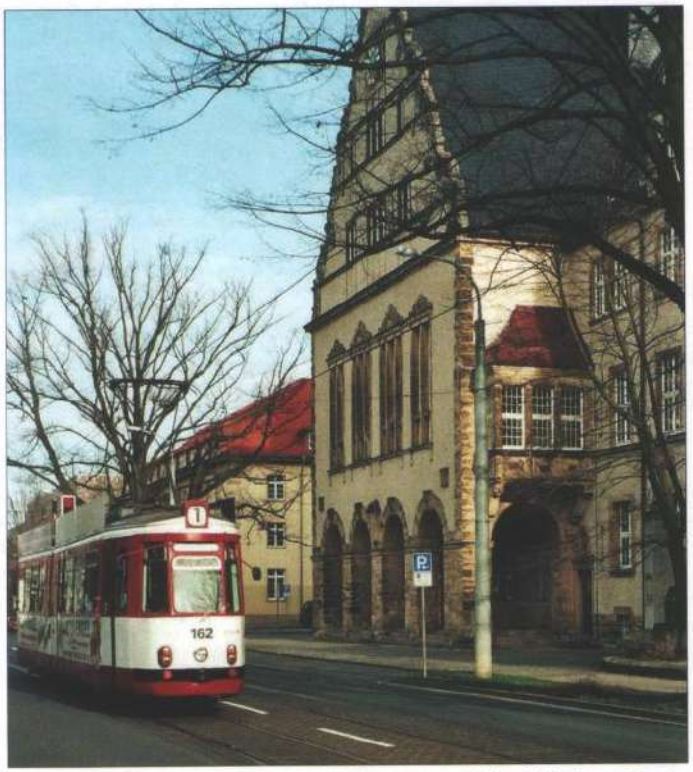
Satzungsrecht zur ÖPNV-Finanzierung in der Praxis

von Ministerialrat Stefan Karnop, Magdeburg und Dipl. Volkswirt Michael Wendt, Halberstadt



Tw 162 der Halberstädter Verkehrs-GmbH passiert auf der Linie 1 vom Hauptbahnhof kommend das Amtsgericht. Bestimmen zunehmend die Gerichte über den Öffentlichen Personennahverkehr? Genehmigungswettbewerbe sind ein Weg, die Planungshoheit der Aufgabenträger zu wahren. Aufnahme: M. Wendt

Die Diskussion über Vergabe- und Wettbewerbsstrukturen im ÖPNV gewinnt an Fahrt. Ein neues Finanzierungsinstrument für den ÖPNV, die kommunale Fördersatzung, weckt das Interesse der Fachöffentlichkeit. Dies kann nicht verwundern, denn fast überall stellt sich mittelfristig die Frage, wie nach dem Auslaufen bestehender Linienverkehrsgenehmigungen mit der dann gegebenen Situation umzugehen ist. Schlagworte bestimmen dabei die Diskussion. Für den Bereich der Vergabe sind dies vor allem die Worte „Ausschreibungs- und Genehmigungswettbewerb, Direkt- oder Inhouse-Vergabe". Für den Bereich der Finanzierung sind der allgemeine Defizitausgleich, die Querverbundsfinanzierung und neuerdings die Finanzierung über Satzungsrecht im Gespräch. Wegen der bestehenden wirtschaftlichen Interessen wird die Diskussion häufig sehr emotional geführt, was nicht selten überzogene Erwartungen und Ängste schürt. Wir möchten einen weiteren Beitrag zur Versachlichung leisten und dabei insbesondere die Bedeutung der Finanzierung für die Genehmigungspraxis herausarbeiten. Dabei soll insbesondere das Finanzierungsinstrument der „Satzung" beleuchtet und der Schwerpunkt dabei auf die Funktionsweise in der Praxis gesetzt werden.

Ausgangslage

Über Jahrzehnte wurden regelmäßig ausgelaufene Linienverkehrsgenehmigungen verlängert, ohne dass im Vorfeld Dritte von einer anstehenden Neuerteilung Kenntnis erhielten. Die Finanzierung, insbesondere kommunaler Verkehrsunternehmen erfolgte nach den Spielräumen des kommunalen Haushalts. Reichten die zur Verfügung stehenden Mittel aus, wurden politisch opportune Mehrleistungen umgesetzt, reichten sie nicht aus, wurde ein Verlust ausgewiesen und ggf. später vom Gesellschafter (also i.d.R. der öffentlichen Hand) ausgeglichen. Die Rechtsentwicklung hat diese Konstruktion weitgehend überholt, denn diese Vorgehensweise ist nicht geeignet, die Anforderungen des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts zu erfüllen [1]. Dies ist im Prinzip seit Jahren bekannt, der Umgang damit dennoch bis heute umstritten geblieben.

Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht erfordern aus Gründen der Durchsetzung der Grundfreiheiten [2] im Regelfall offene, transparente und diskriminierungsfreie Verfahren. Teilweise wird diese Anforderung durch spezialgesetzliche Regelungen präzisiert. Das gilt insbesondere für alle Dienstleistungsaufträge [3], für die die formellen Vergabevorschriften der europäischen Vergaberichtlinien und die nationalen Vorschriften des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz) und der VOL (Verdingungsordnung für Leistungen) anzuwenden sind. Diese Vorschriften enthalten auch Regelungen, wann und unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeiten der Direktvergabe zulässig sind.

In den Fällen, in denen das formelle Vergaberecht keine Anwendung findet, sind aber gleichwohl offene, transparente und diskriminierungsfreie Verfahren zur Anwendung zu bringen. Dies hat der EuGH (Europäischer Gerichtshof) klargestellt, in dem er formulierte, dass die Mitgliedstaaten nicht berechtigt sind, nationale Regelungen fortgelten zu lassen, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen ohne Wettbewerb ermöglichen, da eine solche Vergabe gegen die Art. 43 EG oder 49 EG oder gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstößt [4].

Vor diesem Hintergrund ist auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [5] vom 19.10.2006 zu bewerten, das eine Ausschreibungsverpflichtung für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen verneint hat. Diese Aussage betrifft nämlich nur die formelle Ausschreibungspflicht nach VOL. Sie berührt aber nicht die Pflicht, Genehmigungen für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben. Während also bei der Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen in der Regel die Bestimmungen der VOL zu beachten sind, erfordert die Genehmigungsentscheidung über konkurrierende Anträge für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren.

Die Anforderungen an ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren erfordern es auch, eine für alle potenziellen Wettbewerber [6] gleichmäßig gültige Finanzierungsbasis zu schaffen, auf deren Grundlage diese ihre Angebote planen und kalkulieren können. Dies ist ein Gebot der Chancengleichheit. Diese Chancengleichheit wird gewahrt, wenn finanzielle Zuwendungen im Wege genereller Regelungen ausgereicht werden. Für die Kommunen steht hierfür das Instrument der Satzung zur Verfügung. Zahlungen, die auf dieser Grundlage erfolgen, sind für die Verkehrsunternehmen Erträge im handelsrechtlichen Sinn und stellen die Eigenwirtschaftlichkeit der Verkehrsleistung nicht in Frage.

Das Entscheidungsprogramm bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen

Stehen eigenwirtschaftliche Linienverkehrsgenehmigungen zur Vergabe an, stellt sich im Fall einer Mehrzahl von Anträgen die Frage, wer die begehrte Genehmigung erhalten soll. Während bei Leistungsausschreibungen im Prinzip der preisgünstigste Anbieter für definierte Verkehre auszuwählen ist, kann dieses Kriterium beim Genehmigungswettbewerb nicht greifen, denn das Maß öffentlicher Finanzierung ist für alle Bieter gleichermaßen vorzugeben.

Damit hat die über konkurrierende Anträge zu befindende Genehmigungsbehörde nur ein wirkliches Entscheidungskriterium: welcher Bewer-

ber bietet unter den gegebenen finanziellen Rahmenbedingungen das beste Verkehrsangebot und muss deshalb die Genehmigung für eigenwirtschaftliche Linienverkehrsleistungen erhalten? Was sich einfach anhört, ist durchaus nicht unkompliziert: die Anzahl von Fahrten im Fahrplan ließe sich noch zählen und vergleichen. Aber wie sieht es aus, wenn ein Anbieter zwar weniger Leistungen, diese jedoch im Takt und mit Niederflurbussen anbietet und ein Dritter zwar keine Niederflurfahrzeuge, dafür aber günstigere Anschlussgestaltungen vorsieht. Treten im Wettbewerb dann auch noch private und öffentliche Anbieter gegeneinander an, schwebt über der Genehmigungsbehörde fast automatisch das Damoklesschwert der gerichtlichen Überprüfung ihrer Entscheidung. Auch wenn hier die Entscheidung der Genehmigungsbehörde auf dem Prüfstand steht, so ist es doch erforderlich, dass die Aufgabenträger, deren Aufgabe die Nahverkehrsplanung und Finanzierung ist, ihre Aufgaben mit größter Sorgfalt erledigen und damit der Genehmigungsbehörde die Grundlage für eine rechtssichere Genehmigungsentscheidung schaffen. Denn die Genehmigungsbehörde erteilt die Genehmigung schließlich nach § 8 Abs. 3 PBefG (Personenbeförderungsgesetz) unter Berücksichtigung der Vorgaben des Aufgabenträgers.

Letztlich wird die Entscheidung zwischen konkurrierenden Leistungsanbietern durch Qualität und Quantität des ÖPNV-Angebots bestimmt. Dabei sind der Nahverkehrsplan und eine Finanzierungssatzung wesentliche Steuerungsinstrumente für den Aufgabenträger. Was den Nahverkehrsplan angeht, so ist dieser nichts anderes als die Definition des öffentlichen Verkehrsbedürfnisses durch den Aufgabenträger. Die Genehmigungsbehörde wird in § 8 PBefG ausdrücklich darauf verpflichtet, genau diesen (demokratisch zustande gekommenen) Willen bei der Genehmigungsentscheidung zu beachten.

Aber auch eine Finanzierungssatzung kann wesentlich zur Steuerung von Qualität und Quantität beitragen, denn wer diese Regeln aufstellt, besitzt nicht zuletzt den Schlüssel dazu, wo und wie welche ÖPNV-Leistungen von einem sich als Unternehmer verhaltenden Busbetriebsleiter angeboten werden und ob dies zu den wirtschaftlich gewollten Rahmenbedingungen erfolgt oder der ÖPNV quasi ungesteuert dahin treibt. Wer kennt nicht ÖPNV-Netze und -Fahrpläne, die sich trotz dramatisch verändernder Marktbedingungen kaum verändert haben – nur, weil dies niemand ausdrücklich geplant oder verlangt hat und ein Anreiz, dies in unternehmerischer Verantwortung selbstständig anzugehen, fehlte oder nicht funktionierte? Unter dem Strich sollten also Nahverkehrsplan und Finanzierungssatzungen Hand in Hand aufgestellt und Wechselwirkungen sowie Marktbeeinflussungen gut durchdacht werden. Geschieht und gelingt dies, besitzt der Aufgabenträger hervorragende Steuerungsmechanismen, um im eigentlichen Wortsinn „seine Aufgabe zu tragen" und sich nicht in der Rolle eines nahezu einflusslosen Finanziers wieder zu finden.

Erfahrungen aus der Praxis

Im Land Sachsen-Anhalt wurden im Jahr 2005 die ersten Satzungen in den Landkreisen Wittenberg und Quedlinburg sowie im Bördekreis verabschiedet. Sie betten sich dort in unterschiedliche Marktsituationen und planerische Ausgangslagen ein. Im Landkreis Wittenberg ging es bereits darum, die anstehende Neuvergabe von Linienverkehrsgenehmigungen zu strukturieren, in den Fällen des Landkreises Quedlinburg und im Bördekreis um die Umstellung der Finanzierung lange vor dem Eintritt in diese Phase. Vor diesem Hintergrund lässt sich inzwischen sowohl etwas über die Wirkung dieses Instruments für den Wettbewerb sagen als auch aufzeigen, wie Verwaltung und Verkehrsunternehmen mit den Satzungen arbeiten und welche Wirkungen dabei auftreten.

Beispiel Wittenberg

Der Landkreis Wittenberg hat sich entschieden, die Schülerbeförderung mit einem Festbetrag zu fördern, wenn sie entsprechend der Schülerbeförderungssatzung qualitätsgerecht erbracht wird. Für den Wahlkundenverkehr hat man sich entschieden, eine Förderung von 90 Cent für jeden beförderten Fahrgast auszuloben. Nach Ansicht des Landkreises schafft diese Form der Förderung den notwendigen Anreiz, die Qualität des ÖPNV mit dem Ziel zu steigern, möglichst viele Fahrgäste zu befördern. Der Wettbewerb um die Linienverkehrsgenehmigungen wurde dadurch eröffnet, dass die anstehende Neuvergabe und die allgemeinen Rahmenbedingungen, wie der Nahverkehrsplan, ein Kriterienkatalog für die Auswahlentscheidung, zu beachtende Termine und natürlich auch die Fördersatzung zur Beschreibung der finanziellen Rahmenbedingungen im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurden [7]. Gesucht wurde nunmehr das Verkehrsangebot, das den Nahverkehrsplan am besten erfüllt. Für die Unternehmen ging es also darum, für den fest vorgegebenen Zuschuss aus der Fördersatzung und die von ihm eingeschätzten Fahrgeldeinnahmen ein optimales Verkehrsangebot zu unterbreiten.

Sachsen-Anhalt hat das beschriebene Modell für den Fall Wittenberg bei der Europäischen Kommission notifiziert und eine Genehmigung hierfür erhalten [8]. In der Genehmigungsentscheidung hat die Europäische Kommission die Festbetragsfinanzierung der Wittenberger Fördersatzung als Nichtbeihilfe akzeptiert, die Förderung der Wahlkundenbeförderung dagegen als Beihilfe genehmigt, weil der geschaffene Anreiz erforderlich ist, um die im Weißbuch zur „Europäischen Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft" [9] dargelegten Ziele zu verwirklichen [10]. Außerdem hat die Kommission den Genehmigungswettbewerb als gemeinschaftsrechtskonformes Wettbewerbsverfahren anerkannt und insbesondere festgestellt, dass dieser „umgekehrte Ausschreibungswettbewerb" genau so offen, transparent und diskriminierungsfrei ist wie eine klassische Ausschreibung [11].

Die Ergebnisse in Wittenberg übertreffen alle Erwartungen. Bei der Angebotsgestaltung sind neue Wege beschritten worden. Der Aufgabenträger erhält bei gleichem Mitteleinsatz ein in qualitativer und quantitativer Hinsicht deutlich verbessertes Angebot für seine Bürger. Im Landkreis werden über 200 neue Haltestellen eingerichtet, Verknüpfungen zur Bahn konsequent angeboten, der Bedienzeitraum wird auf 4 Uhr bis Mitternacht erheblich ausgeweitet, was in einem strukturschwachen Landkreis wie Wittenberg besonders bemerkenswert ist. Gewonnen hat ein mittelständisches, privates Unternehmen aus dem Nachbarlandkreis, das die Verkehrsleistungen mit weiteren ortsansässigen, kleinen Unternehmen erbringt. Global Player sind nicht zum Zuge gekommen.

Die vom Landkreis Wittenberg getroffene Auswahlentscheidung wurde zwischenzeitlich durch unterlegene Bewerber vor den Verwaltungsgerichten angefochten. Das Oberverwaltungsgericht Magdeburg hat in seinen Beschlüssen vom 9. Februar 2007 [12] wörtlich ausgeführt: „Auch der Einwand der Antragstellerin, offensichtliche Fehler der Auswahlentscheidung hätten vom Verwaltungsgericht deswegen festgestellt werden müssen, weil grundsätzliche Zweifel an der Zulässigkeit des sog. 'Wittenberger Modells' bestünden, greift nicht durch".

Beispiel Quedlinburg

In Quedlinburg waren sowohl Aufgabenträger als auch Verkehrsunternehmen darum bemüht, bereits unabhängig von einer Wettbewerbsphase Erfahrungen im Umgang mit Satzungsrecht zu machen, um im Hinblick auf dessen Wirkung nichts dem Zufall zu überlassen. Bei der Formulierung insbesondere der ÖPNV-Finanzierungssatzung wurde ganz besonders auf die Wirkungen abgestellt, die aus der Sicht des Aufgabenträgers besonders erwünscht waren. Da das ÖPNV-Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt die Bemessung der Landeszuweisungen für die Aufgabenträger u.a. an Fahrplankilometer und die im Jedermannverkehr erreichten Fahrgastzahlen koppelt, lag es nahe, unternehmerisches Handeln mit genau dieser Zielsetzung anzuregen. Sofern sich der Aufgabenträger im Rahmen der Nahverkehrsplanung einen fundierten Überblick über die Marktsituation erarbeitet hat, ist dies durch gezielte Förderung von Angeboten in den Marktsegmenten möglich, die noch Nachfragesteigerungen erwarten lassen. So werden hier insbesondere die Ausgestaltung des integralen Taktverkehrs und z.B. die häufig in ländlichen Räumen fehlenden Angebote in Nebenverkehrszeiten bzw. deren Markterfolg honoriert, daneben aber z.B. auch die Integration des Schülerverkehrs in eben diese angebotsorientierten Strukturen. Insgesamt liegt der Fokus also auf einer möglichst hohen Gesamtwirtschaftlichkeit für den Aufgabenträger durch erfolgsbedingt hohe Landeszuweisungen und gleichzeitig minimierten Zusatzaufwand.

Nachdem Satzungsrecht für das erste Gültigkeitsjahr eingeführt worden war, zeigte sich, dass das aktuelle Angebot noch keineswegs alle Förderoptionen ausschöpfte. Dies wiederum erzeugte unmittelbar die angestrebte Wirkung, indem seitens des Verkehrsunternehmens sofort Hochrechungen begannen, in welchen Bereichen sich ein zusätzliches Engagement rentieren könnte. Dabei waren einerseits die zusätzlichen Kosten abzuschätzen und andererseits die zusätzlichen Fahrgeldeinnahmen und ergänzenden Mittelzuweisungen zu kalkulieren. Dies führte im Ergebnis in einzelnen Bereichen zu Verbesserungen des Verkehrsangebots, die wiederum die Qualität des Schülerverkehrs optimierten und auch in

den Nebenverkehrszeiten zu Verdichtungen führten. In einzelnen Bereichen wurden dagegen keine Verbesserungen in der Angebotsgestaltung erreicht, weil ganz offensichtlich die Markteinschätzung des Unternehmens diese auch unter Satzungsrecht nicht als rentierlich bewertet.

Unter dem Strich konnte der Aufgabenträger ein besseres Angebot mit weniger eigenen Haushaltsmitteln finanzieren und gegenüber dem Land, trotz sinkender Einwohnerzahlen, einen am Markt erfolgreichen ÖPNV abrechnen. Gleichzeitig wurde es möglich, die einzelnen Instrumente im Satzungsrecht genau und durchaus kritisch zu hinterfragen. Dass dies rechtzeitig erfolgt, ist schon deshalb notwendig, weil in einem möglichen Genehmigungswettbewerb die Finanzierung nicht willkürlich geändert werden kann – jeder Bewerber muss schließlich auf eine verlässliche Kalkulationsgrundlage vertrauen können.

Ein (vorläufiges) Fazit

Die Fördersatzung liefert nicht nur ein transparentes und diskriminierungsfreies Finanzierungsinstrument, sondern kann auch neben dem Nahverkehrsplan gezielt als Steuerungsinstrument eingesetzt werden, um durch den Mechanismus unternehmerischer Entscheidungskriterien die vom Aufgabenträger gewünschte Qualität und Quantität im ÖPNV zu erhalten. Die ersten „Feldversuche" in Wittenberg und Quedlinburg zeigen diesbezüglich durchaus verallgemeinerungsfähige Ergebnisse. Die Stärkung dieses unternehmerischen Handelns im Sinne der vom Aufgabenträger und Finanzier des ÖPNV geplanten und beschlossenen Entwicklungsrichtung ist schon deshalb von größter Bedeutung, weil andere (bisher angewendete) Steuerungsmechanismen der aktuellen Rechtsprechung im Zweifel nicht werden Stand halten können [13]. In dieser Situation bietet das Zusammenspiel von Nahverkehrsplan und Satzungsrecht den wesentlichen Hebel, um einerseits die Qualität des ÖPNV und andererseits auch dessen Kosten rechtssicher beeinflussen zu können.

Das hier diskutierte Finanzierungsinstrument ist für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen neu und ungewohnt. Es bietet sich daher an, frühzeitig den Umgang damit zu erproben, denn die Notwendigkeit, ein wettbewerbliches Verfahren durchführen zu müssen, kann schneller kommen, als von den Verantwortlichen vermutet. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass durch den EuGH einer Inhouse-Vergabe enge Grenzen gesetzt werden. Kaum eine Aktiengesellschaft oder GmbH wird von sich sagen können, dass ihr Aufgabenträger auf sie einen Einfluss ausübt, wie auf eine eigene Dienststelle. Damit ist aber zugleich der Weg abgeschnitten, Linienverkehrsgenehmigungen ohne Wettbewerb zu erteilen. Im Interesse der derzeit am Markt tätigen Unternehmen erscheint es daher angeraten, schon vor Eintritt in den Wettbewerb mit diesem Finanzierungsinstrument zu arbeiten. Dies gibt den Aufgabenträgern die notwendige Erfahrung, ob die in der Satzung aufgestellten Förderparameter geeignet sind, ihren Zweck zu erreichen und gewöhnt die Unternehmen an ein an den Zielen der Fördersatzung ausgerichtetes Wirtschaften. ■■

Quellen und Anmerkungen

[1] vgl. Karnop, Gestaltungsrahmen für den Öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, Die Verwaltung, Berlin 2005, Seite 111 (121 ff.)

[2] vgl. Boysen/Neukirchen, Europäisches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2007, 29 f.

[3] Dienstleistungsaufträge sind etwas grundsätzlich anderes als eigenwirtschaftliche Linienverkehrsgenehmigungen!

[4] EuGH, Rechtssache Parking Brixen GmbH, Urteil vom 13.10.2005, Rdnr. 52

[5] BVerwG, Az 3 C 33.05 vom 19.10.2006 (bisher unveröffentlicht)

[6] „potenzielle Bewerber" sind z.B. solche, die sich – auch ungefragt – um den Zuschlag bei auslaufenden Genehmigungen bewerben wollen und die auch eine diskriminierungsfreie Behandlung erwarten dürfen.

[7] Az. 2006/S 8-009005

[8] Entscheidung der Kommission vom 16.5.2006, Az. C (2006) 1847 endg.

[9] KOM (2001) 370 endg.

[10] Entscheidung der Kommission vom 16.5.2006, Az. C (2006) 1847 endg., Rdnr. 82

[11] Entscheidung der Kommission vom 16.5.2006, Az. C (2006) 1847 endg., Rdnr. 59,88

[12] Az 1 M 267/06 und 1 M 2/07

[13] vgl auch BVerwG, Urteil vom 2.7.2003, 3 C 46.02 (sog. Auskunftsurteil), Rdnr. 26