

mofair e.V.
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

Telefon +49 (0) 30 25 899 137
Telefax +49 (0) 30 25 899 440

E-Mail: info@mofair.de
Internet www.mofair.de

16. September 2008

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 27.8.2008

1. Der Gesetzentwurf unterscheidet zwischen Dienstleistungsaufträgen, die von den Aufgabenträgern nach der Verordnung 1370/2007 zu vergeben sind und sogenannten kommerziellen Verkehren, die nicht dieser Verordnung unterliegen und für die von den Genehmigungsbehörden auf Antrag eine Genehmigung erteilt wird. Kommerzielle Verkehre umfassen kein ausschließliches Recht und erhalten keine Ausgleichsleistungen außer solchen nach § 45 a PBefG und § 145 SGB IX. Das Vergabeverfahren für kommerzielle Verkehre soll nach dem Gesetzentwurf den Vorgaben der Verordnung 1370/2007 entsprechen.
2. Diese Regelung hat den Vorteil, dass das Gesetz die umstrittene Frage, ob kommerzielle Verkehre ausschließliche Rechte umfassen, nicht zu klären braucht. Es werden im Grunde zwei zuständige Behörden nach der Verordnung 1370/2007 etabliert. Die Kommunen sind als Aufgabenträger für Dienstleistungsaufträge zuständig, die Genehmigungsbehörden für die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen für kommerzielle Verkehre. Diese Zweiteilung wird aber nicht konsequent durchgehalten. Darüber hinaus verzichtet der Gesetzentwurf auf eine vollständige Umsetzung der Vorgaben der Verordnung 1370/2007 für kommerzielle Verkehre.
3. So ist die Abgrenzung, wann ein Dienstleistungsauftrag vergeben werden kann und wann ein kommerzieller Verkehr beantragt und genehmigt werden muss, in dem Entwurf unzureichend geregelt. Dort heißt es: „Der Aufgabenträger hat von der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages abzusehen, wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung durch kommerzielle Verkehre vorhanden und auch künftig gewährleistet ist.“ Die Verkehrsunternehmen sollen zudem die Gerichte anrufen dürfen, wenn der Aufgabenträger den Vorrang des kommerziellen Verkehrs ihrer Auffassung nach nicht einhält. Dies wird zu erheblichen gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen privaten und kommunalen Verkehrsunternehmen, Genehmigungsbehörden und Aufgabenträgern führen, ob ein kommerziell beantragter Verkehr eine ausreichende Verkehrsbedienung darstellt, bzw. wann die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages und wann die Genehmigung eines kommerziellen Verkehrs zulässig ist. Letztlich werden die Gerichte somit entscheiden, was eine ausreichende Verkehrsbedienung ist.
4. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine klare Aufgabenzuweisung und Trennung der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und der Genehmigung von kommerziellen Verkehren

zwingend erforderlich. Wenn der Aufgabenträger also einen Dienstleistungsauftrag vergeben möchte, hat ein Antrag auf die Erteilung eines kommerziellen Verkehrs zurückzustehen. Dies soll nach der Begründung zum Gesetzentwurf auch der Fall sein. Die Formulierungen im Gesetzentwurf vermögen das aber nicht sicherzustellen. Darüber hinaus sollte der Gesetzentwurf auch in der Gesetzesformulierung der Tatsache Rechnung tragen, dass nicht die Genehmigungsbehörde sondern der Aufgabenträger für den ÖPNV als Aufgabe der Daseinsvorsorge zuständig ist.

5. Auch wenn ein Dienstleistungsauftrag erteilt wird, soll die Genehmigungsbehörde nach dem Gesetzentwurf weiterhin eine Genehmigung nach dem PBefG erteilen müssen. Dies ist doppelte Bürokratie, fehleranfällig und schafft vor allem Rechtsunsicherheit, weil Rechtschutz sowohl vor den Vergabekammern als auch vor den Verwaltungsgerichten besteht. Deshalb ist es erforderlich, dass der Dienstleistungsauftrag eine Genehmigung im Sinne des PBefG darstellt.
6. Andernfalls würde auch das Entscheidungsrecht der Aufgabenträger leerlaufen, den ausreichenden Verkehr zu bestimmen. Denn nur die Genehmigungsentscheidung hat die Rechtswirkung der Marktzulassung. Damit ist die Genehmigung der Rechtsakt, der den Vorschriften der Verordnung 1370/2007 genügen muss. Auch wenn ein Dienstleistungsauftrag abgeschlossen wurde, berechtigt dieser nicht zur Erbringung der Verkehrsleistungen. Dies vermag nur die Genehmigung. Selbst wenn ein Dienstleistungsauftrag vorliegt, müsste die Genehmigungsbehörde im Prinzip ein Wettbewerbsverfahren nach der Verordnung 1370/2007 durchführen. Dazu könnte sie von Konkurrenten gerichtlich gezwungen werden. Dies lässt sich nur vermeiden, wenn der Dienstleistungsauftrag eine Genehmigung nach dem PBefG darstellt.
7. Die Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen ist nach der Verordnung möglich, wenn der Auftrag a) an ein beherrschtes kommunales Verkehrsunternehmen oder b) an ein Unternehmen unterhalb einer bestimmten Größe erteilt werden soll oder c) ein gewisses Volumen nicht überschreitet. Die Möglichkeiten der Direktvergabe von Verkehrsträgern an kleine Unternehmen mit weniger als 23 Bussen oder von geringem Umfang sind nur anwendbar, wenn ein Dienstleistungsauftrag abgeschlossen wird. Für kommerzielle Verkehre sind alle Formen der Direktvergabe außer der Notvergabe ausgeschlossen
8. Aber auch in den Fällen der Direktvergabe sind die Vorschriften der Verordnung über die Bekanntmachung und die Möglichkeit der Überprüfung auf einen Verstoß gegen nationale und gemeinschaftliche Vorschriften auf Antrag eines betroffenen Verkehrsunternehmens einzuhalten.
9. Der Gesetzentwurf verzichtet allerdings auf jegliche Regelung der Direktvergaben. Mindestregelungen sind allerdings unverzichtbar, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. So sollte es eine ausdrückliche Vorschrift geben, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge, die direkt vergeben werden sollen, außer im Fall von Art. 5. Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, zu veröffentlichen sind. Unternehmen sollten das Interesse an einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag, der direkt vergeben werden soll, spätestens 90 Kalendertage nach der Veröffentlichung gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung 1370/2007 bekunden müssen. Liegen mehrere Interessenbekundungen vor, hat die Auswahl nach dem wirtschaftlichsten Angebot zu erfolgen. § 97 Abs. 2 bis 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt entsprechend. Die Auswahlentscheidung muss gegenüber allen Interessenten begründet werden. Gegen die Auswahlentscheidung muss Rechtschutz gegeben sein.

10. Für die Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen sollten die gleichen Prinzipien gelten. Direktvergaben von Eisenbahnverkehrsleistungen sind entsprechend Art. 7 Abs. 2 der Verordnung 1370/2007 bekannt zu machen. Unternehmen müssen das Interesse an einem Auftrag, der direkt vergeben werden soll, spätestens 90 Kalendertage nach der Veröffentlichung gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung 1370/2007 bekunden. § 97 Abs. 2 bis 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt entsprechend. Liegen mehrere Interessenbekundungen vor, so ist die Auswahlentscheidung gegenüber allen Interessenten zu begründen. Gegen die Auswahlentscheidung ist Rechtsschutz zu gewährleisten.
11. Es muss zudem die Frage beantwortet werden, ob Eisenbahnverkehrsleistungen im Wettbewerb wie bisher nur nach der VOL vergeben werden dürfen, oder ob auch für Dienstleistungskonzessionen im Eisenbahnverkehr ein gesondertes Vergabeverfahren entsprechend den noch zu erstellenden Verfahrensbestimmungen für wettbewerbliche Vergaben im Landverkehr nach der Verordnung 1370/2007 im Rahmen einer Änderung des Vergaberechts oder des AEG geschaffen werden soll.
12. Das von der Verordnung vorgeschriebene Nachprüfungsverfahren, ob die wettbewerblich oder direkt vergebenen Dienstleistungsaufträge den nationalen und europäischen Rechtsvorschriften gemäß erteilt wurden, soll von den Vergabekammern und den Oberlandesgerichten entsprechend dem GWB überprüft werden. Angesichts der mangelnden Erfahrung der Vergabekammern mit Ermessensentscheidungen nach dem PBefG sollten Vergabekammern für die Überprüfung der nach der Verordnung 1370/2007 vergebenen Dienstleistungsaufträge bei den Genehmigungsbehörden errichtet werden. Gegen Entscheidungen der Vergabekammer bei der Genehmigungsbehörde ist die sofortige Beschwerde beim Oberverwaltungsgericht zulässig. Für die Errichtung der Vergabekammern und das Entscheidungsverfahren sollten allerdings die entsprechenden Vorschriften des GWB gelten.
13. Das Verfahren für die Erteilung von Genehmigungen für kommerzielle Verkehre sieht flexible Fristen vor, die von den Genehmigungsbehörden unterschiedlich genutzt werden dürften. Dies erschwert den Verkehrsunternehmen eine Antragstellung, weil sich zwischenzeitlich erhebliche Änderungen in der verkehrlichen und wirtschaftlichen Lage ergeben können. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen zeitlichen Vorgaben für die Veröffentlichung der Genehmigungsbehörden und die Antragstellung der Verkehrsunternehmen sind zudem nicht richtig aufeinander abgestimmt. Die spätesten Entscheidungstermine der Genehmigungsbehörde liegen zudem zu nahe am Beginn der Betriebsaufnahme.
14. Erforderlich sind klare zeitliche Vorgaben für das Genehmigungsverfahren. So sollte die Genehmigungsbehörde genau ein Jahr vor dem beabsichtigten Beginn des Verfahrens zur Erteilung einer Genehmigung einen Wettbewerbsaufruf starten müssen. Anträge sollten spätestens 90 Kalendertage nach der Veröffentlichung zu stellen sein. Anträge, die nach diesem Zeitpunkt eingehen, sind abzulehnen. Nach Antragsschluss sollten Ergänzungen und Änderungen von Anträgen unzulässig sein, es sei denn, diese wurden von der Genehmigungsbehörde im öffentlichen Verkehrsinteresse gegenüber allen Antragstellern angeregt und kommuniziert.
15. 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 insbesondere die im Nahverkehrsplan enthaltenen Vorgaben und Ziele heranzuziehen. Zu beachten ist dabei, dass die Prinzipien der Verordnung eingehalten werden: Transparenz,

Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. Eine entsprechende Vorschrift fehlt allerdings. Diese könnte in einem Verweis auf die Anwendung der Grundregeln des Wettbewerbs im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 97 Abs. 2 bis 5 bestehen. Gegen die Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung eines kommerziellen Verkehrs muss Rechtsschutz gewährleistet werden. Auch dafür fehlt eine entsprechende Vorschrift.

16. Seit Jahren ist ungeklärt, ob auf Dauer sichergestellt ist, dass öffentliche Zuschüsse in Verkehrsverträgen nicht der Mehrwertsteuer unterliegen. Deshalb sollte im Regionalisierungsgesetz dieser Sachverhalt positiv entschieden werden. Werden im Rahmen von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 2 i der Verordnung (EG) 1370/2007 finanzielle Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im ÖPNV, so stellen diese echte, nicht steuerbare Zuschüsse im Sinne des Abschnitts 150 der Umsatzsteuerrichtlinie dar.
17. Zur Vorbereitung auf die neuen Verfahrensregelungen sollte es den Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden ermöglicht werden, ohne Wettbewerb Einzelgenehmigungen verkürzt zu erteilen, um eine Harmonisierung herbeizuführen. Die Genehmigungsbehörde sollte deshalb berechtigt sein, auslaufende Liniengenehmigungen einmalig unter Ausschluss von Konkurrenzträgen wieder dem bisherigen Genehmigungsinhaber zu erteilen, wenn dies der Harmonisierung der Genehmigungslaufzeiten innerhalb eines vom Aufgabenträger im Rahmen des Nahverkehrsplanes beschlossenen Liniensbündels dient. Die Laufzeit dieser neu erteilten Genehmigungen darf 8 Jahre nicht überschreiten und muss vor dem 3.12.2019 enden.
18. Erforderlich ist auch eine Bestimmung, dass mehrere Dienstleistungsaufträge an ein und dasselbe Unternehmen im Rahmen der Schwellenwertberechnung nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als einheitlicher öffentlicher Dienstleistungsauftrag zu werten sind. Dies gilt auch bei Vergaben mehrerer Dienstleistungsaufträge an verbundene Unternehmen im Sinne des § 15 AktG. Andernfalls könnten die Regelungen der Direktvergabe zugunsten kleiner und mittlerer Busunternehmen zugunsten von Großunternehmen missbraucht werden.
19. Die Verfahrensbestimmungen für die wettbewerbliche Vergabe von Verkehrsverträgen sollten nicht auf die Anwendung der VOL verweisen sondern eigenständige minimale Verfahrensregelungen begründen. Ein Vorschlag dafür wird von mofair e. V. unterbreitet.