

DR. SIBYLLE BARTH\*  
DR. HUBERTUS BAUMEISTER\*  
DR. NIELS GRIEM\*  
LOTHAR H. FIEDLER  
DANIELA KLINGER  
MALTE LINNEMEYER  
LORENZ WACHINGER

\*AUCH ZUGELASSEN BEIM HANSEATISCHEN  
OBERLANDESGERICHT BREMEN

TEL. 0421 – 33 54 10  
FAX. 0421 – 33 54 115  
Kontakt@Kanzlei-BBG.de  
www.Kanzlei-BBG.de

BREMEN, DEN 10.02.2003

# Wendezeit im Öffentlichen Personennahverkehr

## - Wege zur Neuorganisation des ÖPNV -

Handlungsbedarf und Strategien der Kommunen als Aufgabenträger des ÖPNV und als Eigentümer von kommunalen Verkehrsunternehmen zur Anpassung der Organisation und Finanzierung des ÖPNV an die Anforderungen des EG-Beihilfenrechts und an die europäische Marktentwicklung

## - Diskussionspapier -

## Inhaltsübersicht:

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>Zusammenfassung: Das Wichtigste vorab.....</b>  | <b>3</b>  |
| <b>2</b> | <b>Hintergrund: Szenarien der Rechtsentwicklung durch den EuGH für 2003.....</b>         | <b>6</b>  |
| <b>3</b> | <b>Was ist in den Kommunen zu tun? .....</b>   | <b>10</b> |
|          | 3.1 Kommunalpolitische Basis.....  | 10        |
|          | 3.2 Aufgabenträger- und Marktorganisation im kommunalen ÖPNV .....                       | 10        |
|          | 3.3 Um- und Restrukturierung kommunaler Verkehrsunternehmen .....                        | 12        |
|          | 3.4 Chance auf wettbewerbsfreie Eigenproduktion für kommunale Verkehrsunternehmen? ..... | 14        |
| <b>4</b> | <b>Empfehlungen zur Vorgehensweise und Gestaltungsinstrumente für Kommunen .....</b>     | <b>16</b> |
|          | 4.1 Grundsätzliche Herangehensweise .....  | 16        |
|          | 4.2 Rechtliche Gestaltungsinstrumente der Kommunen im Einzelnen .....                    | 17        |

## 1 Zusammenfassung: Das Wichtigste vorab

Im Jahr 2003 wird ein grundlegendes Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Finanzierung des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) erwartet. Das Urteil wird von großer Bedeutung für die zukünftige Finanzierung des ÖPNV und daraus abgeleitet zugleich für die Organisation des ÖPNV sein. Da alle Verkehrsunternehmen in Deutschland von einer öffentlichen Co-Finanzierung abhängig sind, müssen Strategien für eine rechtlich notwendige, verkehrspolitisch gewollte, ökonomisch sinnvolle und sozialverträgliche Umstrukturierung gefunden werden, die die Qualität im ÖPNV und die Arbeitsplätze in dieser Branche sichern.

Den Kommunen kommt hierbei sowohl in ihrer Funktion als Aufgabenträger des ÖPNV wie auch in ihrer Verantwortung als Eigentümer kommunaler Verkehrsunternehmen eine Schlüsselrolle zu. Die entsprechenden Prozesse sollten **jetzt** vorbereitet und eingeleitet werden.

Die Aktivitäten müssen vor allem folgende Punkte berücksichtigen:

### 1. Herstellung der beihilfenrechtskonformen Finanzierung

Unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits im EuGH-Verfahren (Rechtssache „Altmark Trans“) ist zur Herstellung einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung der **Aufbau formeller Strukturen und konkreter Leistungsbeziehungen zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen** unabdingbar (Besteller-Ersteller-Prinzip). Dies verlangt vom Aufgabenträger

- die Fixierung des vom Unternehmen zu erfüllenden Gemeinwohlauftrages (Leistungsauftrag),
- die Begründung transparenter Leistungsbeziehungen gegenüber dem Verkehrsunternehmen (Betrauungsakt z.B. durch Vertrag oder Auferlegung gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69) und
- die Sicherstellung proportionaler Ausgleichszahlungen nach europarechtlichen Maßstäben und den Vorschriften des Preisrechts ohne die Möglichkeit einer finanziellen Überkompensation.

## 2. Sicherung der Genehmigungen nach Personenbeförderungsrecht (Konzessionen)

Sofern dem Verkehrsunternehmen der Verkehr auferlegt wurde, ist die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung gemäß § 13a PBefG zu erteilen. Da die **Auferlegung** nach den Vorgaben der Geringste-Kosten-Verordnung ein Ausnahmefall ist, muss für die Neuerteilung der **Genehmigungen nach § 13a PBefG** auf der Grundlage einer kommunalen Wettbewerbs- und Restrukturierungsstrategie eine rechtssichere Begründung gefunden werden, warum eine Ausschreibung „nicht sachgerecht“ wäre.

## 3. Entwicklung einer kommunalen Wettbewerbsstrategie

Entscheidend für die strategische Neuausrichtung der kommunalen ÖPNV-Systeme ist eine politische, rechtliche, ökonomische und soziale Aspekte berücksichtigende **Gesamtstrategie** aus Aufgabenträger-, Eigentümer- und Unternehmens-Perspektive. Basis hierfür ist eine **kommunalpolitische Entscheidung** über die künftige Finanzierbarkeit und Qualität des ÖPNV sowie die Sicherung der Arbeitsplätze.

Auf der Grundlage einer ökonomisch-rechtlichen Basisanalyse ist eine Strategie für die **Organisation der gesetzlichen Aufgabenträgerfunktion** der Kommunen zu entwickeln. Für die effiziente Bestellung, die Integration und Vernetzung des Angebots sowie die Infrastrukturvorhaltung (für von mehreren Betreibern zu nutzende Infrastruktur) benötigen die Aufgabenträger kompetente Einheiten auf der Regie-Ebene, die mit dem erforderlichen Know-how ausgestattet sind. Die Ausgestaltung und Dimensionierung der Einheiten hängt von den lokalen Umständen und der jeweiligen Wettbewerbsstrategie ab. Für eine haushaltspolitisch optimierte und sozialverträgliche Lösung muss hierbei darauf geachtet werden, in maximalem Umfang auf bestehendes Know-how und bestehende Ressourcen zurück zu greifen.

Die **Betreiberfunktionen** des kommunalen Verkehrsunternehmens müssen zwingend die strategischen, organisatorischen, rechtlichen und finanziellen Anforderungen des Marktes erfüllen, um ihre Überlebensfähigkeit im Wettbewerb zu sichern. Basierend auf der konkreten ökonomischen Situation bieten sich drei Grundstrategien an, die je nach Einzelfall für die verschiedenen

aus einer Umstrukturierung hervorgehenden Einheiten kombinierbar oder in zeitlicher Hinsicht schaltbar und differenzierbar sind:

1. **Ansatz:** Übergangsweise wettbewerbsfreie Betrauung des kommunalen Unternehmens nach Maßgabe wettbewerbsrechtlicher Absicherung durch Auferlegung; zeitgleiche ökonomische Restrukturierung
2. **Ansatz:** Unternehmerische Wachstumsstrategie (Akquisition, Fusion, Kooperation) und Wettbewerbsbeteiligung bei gleichzeitigem Abbau von historisch bedingten Wettbewerbsnachteilen und Entlastung von Regie- und Infrastrukturfunktionen/-bestandteilen, die am Markt nicht entgolten werden
3. **Ansatz:** 100% Privatisierung der Erstellung von Verkehrsleistungen bei gleichzeitiger Sicherung der betreiberübergreifenden Regie- und Infrastrukturfunktionen/-bestandteile im kommunalen Zugriff

## 2 Hintergrund: Szenarien der Rechtsentwicklung durch den EuGH für 2003

In dem mit Spannung erwarteten Urteil des Europäischen Gerichtshofs (Rs. C-280/00) geht es im Kern darum, in welcher Weise Kommunen als Aufgabenträger und Eigentümer von Verkehrsunternehmen Leistungen im ÖPNV co-finanzieren dürfen. Unabhängig von diesem Rechtsstreit hat die EU-Kommission zwei Vorschläge für eine Verordnung vorgelegt, die auf eine umfassende Marktöffnung für den ÖPNV in Europa abzielen (Novelle der VO [EWG] Nr. 1191/69). Allerdings ist das Rechtssetzungsverfahren – nicht zuletzt wegen des parallelen EuGH-Rechtsstreits – ins Stocken geraten. Im Vordergrund stehen daher zunächst die Konsequenzen des EuGH-Urteils.

Das erwartete Urteil betrifft nicht nur den ÖPNV. Es wird darüber hinaus auch Stellung zu dem derzeitigen Grundsatzstreit nehmen, inwieweit öffentliche Ausgleichszahlungen für defizitäre gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen dem EG-Beihilfenrecht und damit der Beihilfekontrolle durch die Europäische Kommission unterliegen. Während die Kommission zur Herstellung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes dem Leitbild „Daseinsvorsorge durch Wettbewerb“ folgt (d.h. bei Zahlungen der öffentlichen Hand für Gemeinwohlbelange grundsätzlich die Beihilfeneigenschaft bejaht und für wettbewerbliche Bestellung plädiert), sehen insbesondere einige Mitgliedstaaten in der Finanzierung von Allgemeinwohlaufgaben von vornherein (d.h. „tatbestandlich“) keine Beihilfen. Im politischen Kern geht es hier um die Frage des Selbstbestimmungsrechts der Mitgliedstaaten versus Beihilfekontrolle durch die Kommission.

Derzeit zeichnen sich zwei Grundrichtungen ab:

1. Generalanwalt Léger vertrat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Altmark Trans“ vom 19.03.2002 und 14.01.2003 die Auffassung, auch Zahlungen, die der Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf dem Gebiet des öffentlichen Landverkehrs dienen, seien als Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag zu werten. Sie könnten aber nach Art. 73 EG-Vertrag und dem darauf beruhenden Sekundärrecht (d.h. die Verordnungen [EWG] Nrn. 1191/69 und 1107/70) gerechtfertigt sein (sog. **Rechtfertigungslösung**). Soweit eine Rechtfertigung nicht über eine nationale Auferlegung oder Vereinbarung (= Verkehrsvertrag) gemäß den Regeln der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erfolgt, die eine Be-

freierung von der Notifizierungspflicht vorsieht, sind öffentliche Zahlungen daher vor der Durchführung bei der EU-Kommission zu notifizieren und von dieser zu genehmigen.

2. Demgegenüber ist die 6. Kammer des EuGH in einem Urteil („Rechtssache Ferring“) der Auffassung, dass die Verschonung von einer Abgabe nur insoweit eine staatliche Beihilfe gegenüber den ausgenommenen Unternehmen darstellt, „als der Vorteil, den diese daraus ziehen, dass sie der Abgabe (...) nicht unterliegen, die zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen für die Erfüllung der ihnen durch die nationale Regelung auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen.“ Dies greift Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „GEMO“ auf und präzisiert die Aussagen des „Ferring“-Urteils dahingehend, dass eine entsprechende Ausgleichszahlung dann keine Beihilfe sein soll, wenn ein „unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang“ mit einer „klar definierten Gemeinwohlverpflichtung“ existiert (sog. **Tatbestandslösung**).

Es ist damit zu rechnen, dass ein Urteil des EuGH im Verfahren „Altmark Trans“ noch in diesem Jahr verkündet wird. Der Ausgang des Verfahrens ist derzeit naturgemäß unbekannt. Die Konsequenzen der möglichen Entscheidungsszenarien lassen sich aber schon jetzt bewerten:

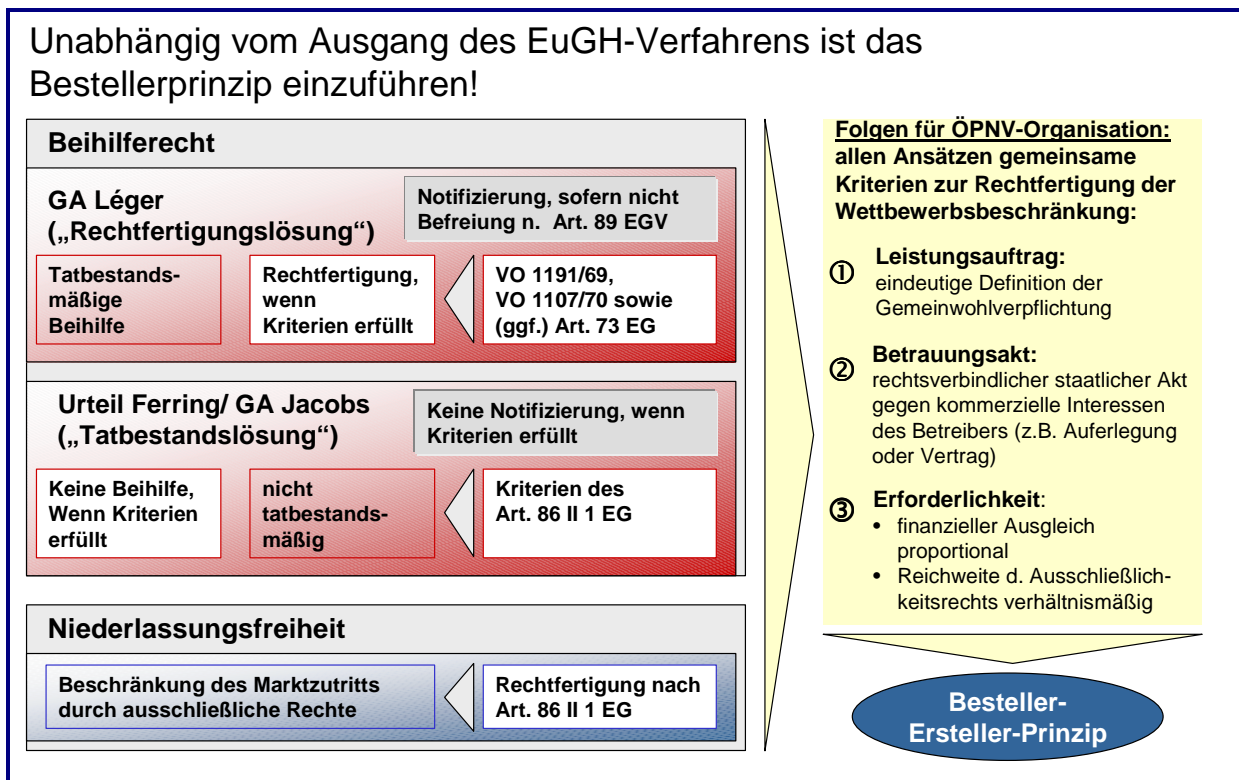
1. **„Szenario Léger“ (Rechtfertigungslösung):** Eine Bestätigung der Schlussanträge von Generalanwalt Léger hätte aufgrund der nationalen Rechtslage im Personenbeförderungsrecht weitgehende Folgen für die Frage der Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit und damit für die Ausschreibungspflicht im ÖPNV. Eine rechtssichere Finanzierung des ÖPNV-Betriebskostendefizits setzt danach die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 voraus. Hieran knüpft das nationale Recht die Geltung des § 13a PBefG und der Geringste-Kosten-Verordnung mit dem Vorrang der wettbewerblichen Vergabe. Verkehrsleistungen müssten dann „in der Regel“ ausgeschrieben werden. Zwar könnten öffentliche Finanzierungsbeiträge weiterhin als eigenwirtschaftlich („sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ gem. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG) deklariert und dadurch die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 vermieden werden. Eine Nichtanwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 hätte aber zwingend zur Folge, dass Ausgleichszahlungen für das ÖPNV-Defizit in Brüssel notifiziert und von der EU-Kommission genehmigt werden müssten, bevor sie geleistet werden dürften. Da die Kommission schon deutlich zu erkennen gegeben hat,

dass sie den Markt für ÖPNV-Verkehrsleistungen europaweit öffnen will, dürften die Spielräume für eine „Absegnung“ von Beihilfen durch die EU-Kommission begrenzt sein. Vorstellbar ist allenfalls eine politische Übergangslösung für einen mittelfristigen Zeitraum nach dem Vorbild der „Sparkassenlösung“ (also der Umgestaltung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Verhandlungswege zwischen Kommission, der Bundesregierung und den Ländern).

2. **„Szenario Ferring“ (Tatbestandslösung):** Viele Hoffnungen der betroffenen Unternehmen und Kommunen richten sich darauf, es möge „nicht so hart kommen“ und der EuGH könnte das „Ferring“-Urteil auf den ÖPNV übertragen. Allerdings bestünde selbst bei dieser „mildesten“ Ausgangsvariante des EuGH-Verfahrens erheblicher Handlungsbedarf. Denn sowohl das Ferring-Urteil als auch Generalanwalt Jacobs setzen die Existenz von „auferlegten Verpflichtungen“ und von exakt proportionalen Ausgleichszahlungen für ihren Ansatz voraus. Nur unter dieser Voraussetzung kommt eine Verneinung des Beihilfetatbestandes und damit auch das Nichteingreifen der Notifizierungspflicht in Betracht. Daher ist es in jedem Fall notwendig, die Zahlung öffentlicher Mittel von einem vorherigen verpflichtenden staatlichen Betrauungsakt abhängig zu machen, der den Umfang der vom Unternehmen unabhängigen von den eigenen Rentabilitätsinteressen zu erbringenden Gemeinwohlaufgaben konkretisiert. Als Instrumente kommen hierfür z.B. Gesetz, Verordnung, Vertrag oder Verwaltungsakt (Auferlegung) in Betracht. Damit verlangt auch diese Ausgangsvariante des EuGH-Verfahrens den Einsatz der für den ÖPNV in der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 konkretisierten Instrumente.

Beide möglichen Ausgangsszenarien des EuGH-Verfahrens führen somit zu derselben Konsequenz für die Finanzierung und die Organisation des ÖPNV in den Kommunen. Denn nach beiden Lösungsansätzen erfordert eine rechtskonforme Co-Finanzierung des ÖPNV förmliche Beziehungen mit einem angemessenen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis zwischen der Kommune als zuständiger Behörde („Besteller“) und den Verkehrsunternehmen als „Erstellern“.

Den Zusammenhang zwischen den Entscheidungsszenarien des EuGH zum Beihilfenrecht und den Folgen für die ÖPNV-Organisation und –Finanzierung verdeutlicht das nachfolgende Schaubild:



Notwendig wird danach in jedem Fall der Aufbau formeller Strukturen und konkreter Leistungsbeziehungen zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen sein. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass dem beihilfeempfangenden Unternehmen der Nachweis gelingen kann, dass der finanzielle Ausgleich verhältnismäßig ist, d.h. keine Überkompensation erfolgt. Werden diese Schritte nicht eingeleitet, sind die europarechtlichen Voraussetzungen einer Beihilferückforderung durch die Kommission gegeben und Wettbewerber können eine Einstellung beihilfenrechtswidrigen Finanzierung gerichtlich erzwingen. Da diese Voraussetzungen in fast allen deutschen Kommunen heute nicht oder nicht in einem dem EG-Recht genügenden Umfang gegeben sind, besteht ein unmittelbarer Handlungsbedarf.

→ Unabhängig vom Ausgang des EuGH-Verfahrens besteht kommunaler Handlungsbedarf!

### 3 Was ist in den Kommunen zu tun?

#### 3.1 Kommunalpolitische Basis

An erster Stelle steht die **kommunalpolitische Entscheidung** darüber, welchen Wert der ÖPNV für das Gemeinwesen darstellt und welcher Umfang und welche Qualität kommunalpolitisch gewünscht wird (verkehrspolitische Ziele). Dabei ist davon auszugehen, dass der ÖPNV auch künftig auf eine unmittelbare **öffentliche Co-Finanzierung** angewiesen ist. Bei einem jährlichen Marktvolumen von insgesamt ca. 20 Mrd. € (einschließlich schienengebundener ÖPNV) werden derzeit öffentliche Zuschüsse von ca. 16 Mrd. € geleistet. Jede Strategie, den ÖPNV mit seinen tripolaren Leistungsbeziehungen (Verkehrsunternehmen – Fahrgast – öffentliche Hand) an den reinen Fahrgelderlösen auszurichten, muss zu einem massiven Rückzug des ÖPNV aus dem Verkehrsmarkt führen und würde die Mobilitätsgewährleistung sowohl in den Städten als auch in der Region gefährden.

Die politischen Anforderungen an Umfang und Qualität des ÖPNV sind aber mehr denn je mit den Finanzierungsmöglichkeiten der Kommunen abzugleichen. Durch die angespannte Haushaltssituation entsteht ein Spannungsfeld, das einen konstruktiven Ausgleich zwischen Haushalts-, Eigentümer- und Aufgabenträgerinteressen erfordert. Die **Finanzierbarkeit** des kommunalen ÖPNV hängt vor diesem Hintergrund in besonderer Weise davon ab, welche ökonomische und rechtliche Strategie hinsichtlich der örtlichen Marktorganisation sowie hinsichtlich des eigenen kommunalen Verkehrsunternehmens eingeschlagen wird.

#### 3.2 Aufgabenträger- und Marktorganisation im kommunalen ÖPNV

Aufgrund der rechtlichen Vorgaben ist – unabhängig von rechtlichen Einzelfragen – auf jeden Fall das **Besteller-Ersteller-Prinzip** umzusetzen (siehe oben 2). Hierzu muss eine klare personelle und institutionelle Trennung der Verantwortlichkeiten zwischen dem gesetzlichen Aufgabenträger des ÖPNV („Besteller“) und den Verkehrsunternehmen („Ersteller“) vorgenommen werden. Erforderlich sind formelle Beziehungen zwischen Aufgabenträger und Unternehmen

durch eindeutigen Leistungsauftrag der öffentlichen Hand. Dies gilt auch in Bezug auf ein eigenes kommunales Verkehrsunternehmen.

Spätestens wenn Verträge ausgeschrieben werden, müssen beim **Aufgabenträger** (bzw. auf einer von ihm eingeschalteten **Regie-Ebene**) Kompetenzen insbesondere für die Erarbeitung der grundlegenden ÖPNV-Konzeption (Netzzuschnitt inkl. möglicher Linienbündelungskonzepte etc.), für die Leistungsdefinition und -vergabe und für den Aufbau qualitäts- und effizienzicherer kundenorientierter Controlling-Systeme vorhanden sein. Die organisatorische Ausgestaltung der Aufgabenträger- bzw. der Regie-Ebene ist eine Frage des Einzelfalls, die von einer ganzen Reihe von Faktoren beeinflusst wird (z.B. Größe des Verkehrsraums, Netzzuschnitt, steuerliche Rahmenbedingungen etc.). Erfolgskritisch ist eine die Besonderheiten des einzelnen Verkehrsraums berücksichtigende Vorgehensweise. Eine abgestimmte Strategie von Kommune und Unternehmen bei der Neustrukturierung ist aus gesamtkommunaler Sicht zu empfehlen. Die verschiedenen rechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten, die sich u.a. in der vertraglichen Ausgestaltung des Besteller-Ersteller-Verhältnisses niederschlagen und hier mit den Begriffen Bruttovertrag, Nettovertrag, Anreizvertrag, funktionale Ausschreibung und Dienstleistungskonzession nur schlagwortartig genannt werden können, sind sorgfältig zu evaluieren.

Während die Entflechtung von Besteller- und Erstellerfunktionen im Busbereich auf Grund der geringeren Beanspruchung von Engpass-Einrichtungen i.d.R. eine überschaubare Komplexität aufweist, betrifft sie insbesondere in Kommunen mit Schienenverkehr i.d.R. auch in erheblichem Maße **Infrastruktur** und **Netzmanagement** im weitesten Sinne. Nicht nur für die ortsfeste Infrastruktur, wie das Schienennetz, sondern auch für andere Netze, wie ein Vertriebsnetz, oder andere Engpass-Einrichtungen („essential facilities“), kann eine Trennung von den Verkehrsunternehmen erforderlich sein, um Wettbewerbshindernisse zu vermeiden. Auch hierfür kommt es auf den Einzelfall und die oben beschriebene Gestaltung des Marktrahmens in der Kommune an. Zu beachten ist, dass eine Herauslösung dieser Bereiche aus den heute in der Regel vertikal integrierten Unternehmen nicht mit einer (dauerhaften) Herausnahme dieser Funktionen aus dem Wettbewerb gleich zu setzen ist. Vielmehr sollten insbesondere aus ökonomischen Gründen schon jetzt Strukturen für eine wettbewerbliche Infrastrukturbewirtschaftung gelegt werden. So ist zumindest mittelfristig vorstellbar, dass z.B. Dienstleistungskonzessionen mit 10 - 15 jähri-

ger Laufzeit ausgeschrieben werden, bei denen die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen mit der Infrastrukturbewirtschaftung verknüpft wird (v.a. im Schienensektor). Aus kommunaler Sicht ist darauf zu achten, dass in einem solchen Betreibermodell die Verfügungsbefugnisse über die dauerhaft notwendigen Verkehrsinfrastrukturen (z.B. Gleise) bei der Kommune gehalten werden. Andernfalls würden faktische private Monopole entstehen, bei denen nicht einmal mehr eine Steuerung über den kommunalen Eigentümer gegeben wäre.

Bei einem **wertorientierten Umstrukturierungsprozess** sind insbesondere zwei Grundregeln zu beachten: Je mehr Tätigkeiten von der unternehmerischen Ebene in den hoheitlichen Bereich überführt werden, desto weniger greifen qualitäts- und effizienzsteigernde wettbewerbliche Mechanismen, und der direkte Kundenkontakt zum Fahrgast, der Nachfrager dieser Dienstleistung ist, wird unterbrochen. Je kleinteiliger die Netze geschnitten und je mehr Verkehrsunternehmen in einem Verkehrsraum tätig werden, desto stärker ist die Verantwortung des Aufgabenträgers für die Gewährleistung einer unternehmensübergreifenden Netzregie. Die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessensphären ist ein zentraler Teil der örtlichen Neuorganisation des ÖPNV.

### 3.3 Um- und Restrukturierung kommunaler Verkehrsunternehmen

Ein vordringliches Ziel muss sein, die ökonomischen Werte der kommunalen Verkehrsunternehmen zu erhalten und zu steigern und unkalkulierbare Risiken durch nicht rechtskonforme Organisation und Finanzierung sowie durch fehlende Wettbewerbsfähigkeit zu vermeiden. Nur wenn dies gelingt, bleibt der Kommune ein maximaler ökonomischer Spielraum, den ÖPNV weiter zu finanzieren und Arbeitsplätze zu sichern. Notwendig hierzu ist eine **Herangehensweise, die rechtliche, ökonomische, organisatorische und steuerliche Aspekte integriert**. Bei isolierter Berücksichtigung von Einzelaspekten besteht die Gefahr, dass durch unvollständige Ansätze großer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird.

Die geeignete **Um- und Restrukturierungsstrategie** muss wegen des untrennbaren Zusammenhangs mit der Festlegung des örtlichen Marktrahmens für den ÖPNV (siehe oben 3.2) zwischen Verkehrsunternehmen und Kommune abgestimmt sein.

Aus einer Reihe von Gründen dürfte es für ein kommunales Verkehrsunternehmen trotz der erheblichen Anstrengungen in den letzten Jahren schwierig sein, auf der Betreiberebene aus eigener Kraft eine **Wettbewerbsfähigkeit** im Sinne z.B. der europaweit agierenden Konzerne zu erreichen. Die Ursachen sind teils historisch-strukturellbedingt (tarifvertragliche Nachteile, Übernahme besonderer, am Markt nicht entgolter Aufgaben etc.), teils ökonomischer Natur (z.B. teilweise Defizite bei Unternehmensstrategie wie auch -größe, Organisation, Finanzierung und Ressourcenausstattung), teils rechtlicher Art (so sind die kommunal- und verfassungsrechtlichen Probleme einer exterritorialen Wirtschaftstätigkeit bis heute nicht geklärt). Jede Strategie für kommunale Verkehrsunternehmen muss diese ökonomischen und rechtlichen Risiken berücksichtigen.

Für viele Kommunen wird aus ökonomischen Gründen der richtige Weg derzeit nicht in einer vorschnellen **vollständigen Privatisierung** liegen. Zum einen führt die steuerrechtliche Lage (insbesondere Steuervorteile im Querverbund) dazu, dass die Kommune mit dem Verkauf wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen müsste. Ferner können die langfristigen arbeitsrechtlichen Bindungen gegenüber den Belegschaften (Rückkehrrecht, Zusatzversorgung etc.) dazu führen, dass nur ein negativer Verkaufserlös erzielt werden kann. Zum einen ist der Nachfragemarkt von privaten Investoren und Verkehrunternehmen derzeit noch nicht voll entwickelt. Und schließlich muss zunächst eine Entscheidung getroffen werden über die örtliche Gestaltung des künftigen Marktrahmens mit der dazu „passenden“ Aufgabenabgrenzung zwischen den im Wettbewerb stehenden (privatisierungsfähigen) Bereichen und den vom Aufgabenträger zu gewährleistenden unternehmensübergreifenden Funktionen (siehe oben 3.2).

Das trifft vor allem auf größere kommunale Verkehrsunternehmen mit Schienenverkehrsbereich zu. Insbesondere für die vertikal integrierten Verkehrsunternehmen kommt eine Umstrukturierung durch **Divisionalisierung** in Betracht. Hierbei werden - vereinfacht gesagt - Teile des Unternehmens einer möglichen Regie- und/oder Infrastrukturvorhalte-Ebene zugeordnet, während andere Teile künftig auf der im Wettbewerb stehenden Betreiberebene angesiedelt werden. Die Frage, ob es sich bei letzteren um kommunale oder private Betreiber-Einheiten handelt, ist eine individuell von den Kommunen unter Chancen- und Risikoaspekten zu treffende Entscheidung.

Für die Bereiche des kommunalen Unternehmens, die sich künftig im Wettbewerb behaupten müssen, können die Aufnahme eines privaten Partners, also eine **Teilprivatisierung**, oder andere Formen der **Kooperation** oder **Fusion** mit strategischen Partnern einen Beitrag zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit leisten.

### 3.4 Chance auf wettbewerbsfreie Eigenproduktion für kommunale Verkehrsunternehmen?

Verschiedentlich wird gefordert, die Möglichkeit einer **wettbewerbsfreien Eigenproduktion durch kommunale Verkehrsunternehmen** zu schaffen. Diese Vorstellungen sind u.a. eingeflossen in das Verfahren zur Novellierung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und werden auch im Sinne einer Quotenregelung diskutiert. Danach sollen die Kommunen das Recht haben, einen Teil der Verkehre in ihrem Gebiet durch ein eigenes Unternehmen erbringen zu lassen, das sich nicht dem Wettbewerb stellen muss. Die Einführung einer wettbewerbsfreien Eigenproduktion für Kommunen ist nicht nur politisch und ökonomisch, sondern auch rechtlich zu bewerten.

Im **geltenden Personenbeförderungsrecht** ist eine solche Möglichkeit derzeit nicht vorgesehen. Hier gilt sowohl für die „eigenwirtschaftlichen“ als auch für die „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehre der Grundsatz der Eigentümerneutralität, wonach sich alle Unternehmen demselben Genehmigungsverfahren stellen müssen. Für gemeinwirtschaftliche Verkehre schreibt die Geringste-Kosten-Verordnung vorrangig ein wettbewerbsintensives Verfahren vor. Das nationale Recht müsste daher geändert werden, wenn ein Recht zur wettbewerbsfreien Eigenproduktion für Kommunen eingeführt werden sollte. Hierbei wäre zu fragen, ob eine solche Rechtsänderung mit dem verfassungsrechtlich verankerten **Grundrecht auf freien Berufszugang** vereinbar wäre, was angesichts der auch personenbeförderungsrechtlichen Tradition einer gewerblichen Marktordnung des ÖPNV in Deutschland zumindest als offen betrachtet werden muss.

Im **EG-Recht** wäre ein Recht auf wettbewerbsfreie Eigenproduktion der Kommunen ebenfalls rechtfertigungsbedürftig. Eine Grundlage bietet Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG-Vertrag. Nach der Corbeau-Rechtsprechung des EuGH lassen sich derzeit noch Gestaltungsspielräume für eine politische Lösung erkennen. Vorausgesetzt wäre hiernach eine zwischen Aufgabenträger und dem eigenen Verkehrsunternehmen vorzunehmende **hoheitliche Betrauung**. Die Finanzierung der Dienste des betrauten Unternehmens müsste beihilfenrechtlich über eine **Auferlegung** ge-

mäß Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erfolgen. Der Ausschluss des Wettbewerbs findet aber dort seine Grenze, wo im Zuge der Entwicklung des Binnenmarktes eine **Liberalisierung des Marktes** durch Gemeinschaftsrecht erfolgt. Wenn und soweit z.B. durch eine Novellierung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 die wettbewerbliche Vergabe ausschließlicher Rechte im ÖPNV vorgeschrieben würde, wie das im (neuen) Kommissionsvorschlag KOM(2002) 107 vom Februar 2002 als Regelfall vorgesehen ist (mit näher definierten Ausnahmetatbeständen für Metro und Stadtbahn), würde dann insoweit eine wettbewerbsfreie Eigenproduktion durch kommunale Verkehrsunternehmen nach EG-Recht ausscheiden.

Sowohl aus dem verfassungsrechtlichen als auch aus dem EG-rechtlichen Rechtfertigungserfordernis folgt, dass ein wie auch immer ausgestaltetes Recht der Kommunen zur wettbewerbsfreien Eigenproduktion – wenn es politisch durchsetzbar ist – nur **zeitlich, räumlich und sachlich begrenzt** (z.B. auf bestimmte Anteile der Verkehre) in Betracht kommt. Ferner wäre es mit diesen rechtlichen Vorgaben unvereinbar, wenn die vor Wettbewerb geschützten Unternehmen anderenorts am Wettbewerb teilnehmen dürften.

Die oben (3.1 bis 3.3) beschriebenen Schwierigkeiten lassen es sicher als sachgerecht erscheinen, die Liberalisierung im ÖPNV auf der Zeitachse als **wettbewerbliche Evolution** zu begreifen. Solange keine weitgehenden Änderungen des nationalen Rechts in Kraft treten, beschränken sich die Möglichkeiten der Kommunen zur Bewältigung des Übergangs aber auf die im geltenden Rechtsrahmen verankerten Instrumente (dazu 4).

## 4 Empfehlungen zur Vorgehensweise und Gestaltungsinstrumente für Kommunen

Wie unter 3.4 ausgeführt, bildet die Hoffnung auf ein Recht der Kommunen zur dauerhaften vollständigen Eigenproduktion im ÖPNV keine tragfähige Basis für verantwortungsvolle Entscheidungen in den Kommunen und in den kommunalen Verkehrsunternehmen. Deshalb sollten die oben (2) beschriebenen Entwicklungen unter dem Blickwinkel der damit verbundenen Risiken bewertet werden. Hieraus ergibt sich das Erfordernis, schon **jetzt** substanzielle Um- und Restrukturierungsstrategien durch die Kommunen vorzubereiten und einzuleiten.

### 4.1 Grundsätzliche Herangehensweise

Da der ÖPNV-Verkehrsmarkt wegen seiner derzeitigen Segmentierung überaus kompliziert ist, muss zunächst unterschieden werden nach

- a) Größe von Verkehrsunternehmen
- b) ÖPNV im ländlichen Bereich und in Ballungsregionen (Grad der Vernetzung/Komplexität des Verkehrsnetzes) und
- c) Verkehrsunternehmen mit reiner Buserstellung und vollintegrierten Bus/Schiene Verkehrsunternehmen
- d) Art der Unternehmensfinanzierung (Einbeziehung des ÖPNV in einen kommunalen Querverbund/reine ÖPNV-Finanzierung durch Aufgabenträger)

Nach Analyse der o.g. Parameter und der konkreten ökonomischen Situation bieten sich folgende drei Grundstrategien an, die je nach Einzelfall für die verschiedenen aus einer Umstrukturierung hervorgehenden Einheiten kombinierbar oder in zeitlicher Hinsicht schaltbar und differenzierbar sind:

- a) Übergangsweise wettbewerbsfreie Betrauung des kommunalen Unternehmens nach Maßgabe wettbewerbsrechtlicher Absicherung durch Auferlegung; zeitgleiche ökonomische Restrukturierung
- b) Unternehmerische Wachstumsstrategie (Akquisition, Fusion, Kooperation) und Wettbewerbsbeteiligung bei gleichzeitigem Abbau von historisch bedingten Wettbewerbsnachteilen und Entlastung von Regie- und Infrastrukturfunktionen/-bestandteilen, die am Markt nicht entgolten werden
- c) 100% Privatisierung der Erstellung von Verkehrsleistungen bei gleichzeitiger Sicherung der betreiberübergreifenden Regie- und Infrastrukturfunktionen/-bestandteile im kommunalen Zugriff

In allen Fällen ist der Dreischritt

- a) Herstellung der beihilfenrechtskonformen Finanzierung mit Sicherung der Konzessionen und Herstellung rechtskonformer Organisation
- b) Formulierung einer abgestimmten Wettbewerbsstrategie für den Aufgabenträger und das Verkehrsunternehmen und
- c) Herstellung der Handlungsfähigkeit der Akteure auf Aufgabenträger- und ggf. Regie-Ebene sowie Unternehmensebene

vorzunehmen.

## 4.2 Rechtliche Gestaltungsinstrumente der Kommunen im Einzelnen

Aus den unter 3 beschriebenen Gründen wird deutlich, dass immer individuelle Lösungen für die jeweiligen Kommunen erforderlich sind. Nachfolgend werden einige Optionen skizziert, deren Anwendbarkeit und rechtliche Ausgestaltung im Einzelfall zu prüfen ist:

Das zentrale Instrument zur Absicherung der beihilfenrechtlichen Finanzierung der Verkehrsbediening für eine Übergangszeit ist die **Auferlegung** nach Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.

Sollte der EuGH im Beihilfenrecht die „Tatbestandslösung“ verfolgen (dazu oben 1), würde der Sache nach nichts anderes gelten. Die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 führt dazu, dass der Verkehr genehmigungsrechtlich als „gemeinwirtschaftlich“ gilt. Problematisch hierbei ist der im Personenbeförderungsrecht ausdrücklich verankerte Vorrang eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren. Entscheidend ist daher die Erarbeitung einer rechtlich tragfähigen Begründung für den Ausnahmefall der Auferlegung, die mit der Genehmigungsbehörden abzustimmen ist. Jedenfalls kommt die Auferlegung nur als Übergangslösung in Betracht. Allerdings leistet sie durch die begrenzte kontrollierte zeitliche Verschiebung der Marktöffnung einen wertvollen Beitrag für die kommunalen Verkehrsunternehmen respektive deren Eigentümer, den erforderlichen Übergang sozialverträglich und ökonomisch sinnvoll zu ermöglichen.

Die mit Abstand größten Probleme für eine wettbewerbs- und beihilfekonforme Umstrukturierung stellen sich bei großen vertikal integrierten Verkehrsunternehmen (Schiene, Bus, Infrastruktur, Regie), die i.d.R. hinsichtlich ihrer Finanzierung auf die Querverbundskonstruktion (Steuervorteil) angewiesen sind und vielfach personelle Überkapazitäten haben, die nur schwer an die Marktentwicklungen anzupassen sind (Problematik der Rückkehrrechte, Zusatzversorgung etc.). Ungelöst ist hierbei das Zusammenspiel des Europäischen Beihilfenrechts mit dem nationalen Steuerrecht. Nach derzeitiger Lage würde eine beihilfenrechtskonforme Absicherung der Finanzierung der Verkehrsdienste auf gemeinwirtschaftlicher Basis wegen des Wegfalls von steuerlichen Verlusten bei ertragswirksamen Ausgleichszahlungen oftmals einen ganz erheblichen Steuernachteil für die Kommune nach sich ziehen. Aus Sicht der Kommunen richtet sich die Forderung an die Bundesregierung, dieses Problem zu lösen. Dennoch können auch die kommunalen Eigentümer dazu beitragen, dieses Problem aus eigener Kraft zu entschärfen und eine **Querverbundfinanzierung** für bestimmte Bereiche bzw. für bestimmte Maßnahmen beihilfekonform zu gestalten. Hierfür bietet sich ein **Notifikationsverfahren** bei der EU-Kommission an. Entscheidend für den Erfolg eines solchen Verfahrens ist wiederum eine materiell tragfähige rechtliche Begründung, wofür Leitlinien der Kommission und andere Quellen wertvolle Hilfe leisten.

Die Umstellung auf eine wettbewerbs- und beihilfenrechtskonforme Finanzierung bedingt mit der Trennung von Besteller und Ersteller zwingend die **vertragliche Ausgestaltung** der jeweiligen Leistungsbeziehungen. Die Kommune steuert die ÖPNV-Bedienung nicht mehr über gesellschaftsrechtliche Einflussnahme auf ihr Unternehmen; eine solche Einflussnahme wäre auch mit dem Erfordernis der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens unvereinbar. Vielmehr erfolgt die Steuerung über Verträge zwischen den Akteuren. Hierbei kommt der rechtlichen Implementierung effizienz- und qualitätssichernder Mechanismen besondere Bedeutung zu. Soweit der kommunale Aufgabenträger eine – ggf. aus einer Umstrukturierung des kommunalen Unternehmens hervorgegangene – privatrechtlich organisierte Regie-Einheit in die Erfüllung seiner Aufgaben einschaltet, ist in diesem Verhältnis die **Aufgabenübertragung** vertraglich zu regeln. Unter Umständen kann, soweit dies (landes-)gesetzlich zugelassen ist, eine **Beleihung** erfolgen. Auch die vertragliche Ausgestaltung ist individuell zu regeln und richtet sich nach den getroffenen Organisations- und Finanzierungskonzepten.

Im Fall von **Voll- und Teilprivatisierungen** empfiehlt sich, wie folgt vorzugehen: Zunächst sind Entscheidungen über den Marktrahmen und die Aufgabenträgerorganisation sowie die Umstrukturierungsstrategie für das Unternehmen zu treffen (siehe oben 3.2 und 3.3), wodurch die privatisierungsfähigen Teile des Unternehmens identifiziert werden und die Handlungsfähigkeit des Aufgabenträgers gesichert wird. Dies kann insbesondere bei kleinen kommunalen (Kreis-)Verkehrsgesellschaften zu einer Vollprivatisierung führen. Für große kommunale – reine – Busgesellschaften kommen Voll- und Teilprivatisierungen in Betracht, während bei großen vertikalintegrierten Unternehmen i.d.R. bestimmte Bereiche für einen Verkauf vorerst nicht geeignet erscheinen werden. Um die Attraktivität des kommunalen Unternehmens zu erhöhen und um einen maximalen Verkaufspreis zu erzielen, sollte der Verkauf mit der Absicherung des Einsatzes der darin befindlichen Ressourcen gekoppelt werden, d.h. in der Regel durch Ausstattung mit einem langfristigen Verkehrsvertrag als Basis für („gemeinwirtschaftliche“) Linienverkehrsgenehmigungen. Dazu muss ggf. eine tragfähige Rechtfertigung einer **Auferlegung** erarbeitet werden (siehe oben). Aus vergabe-, beihilfe- und haushaltsrechtlichen Gründen und um die Nachfrage seitens privater Investoren zu stimulieren, sollte das anschließende Privatisierungsverfahren unbedingt wettbewerblich nach Vorschriften der VOL/A als **Bieterverfahren** gestaltet werden. Je nach Höhe der vom Zielunternehmen, von anderen Unternehmen der ver-

äußernden Kommune und vom Erwerber erzielten Umsätze ist anschließend ein kartellrechtliches **Fusionskontrollverfahren** zu durchlaufen.

Der grundlegende Reformprozess, in dem sich der ÖPNV seit der Regionalisierung befindet, stellt die Kommunen und ihre Unternehmen vor anspruchsvolle neue Aufgaben. Nur eine Strategie, die sich den Herausforderungen stellt, kann die darin liegenden Chancen nutzen und Risiken bewältigen. Gestaltungsmöglichkeiten sind vorhanden – die Weichen werden vor Ort gestellt.

**Rechtsanwältin Dr. Sibylle Barth**

**Rechtsanwalt Dr. Hubertus Baumeister**

**Rechtsanwalt Lothar H. Fiedler**

**Rechtsanwalt Lorenz Wachinger**