

UMWELTFORSCHUNGSPLAN DES
BUNDESMINISTERIUMS FÜR UMWELT,
NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT

Forschungsbericht 298 96 152
UBA-FB 000464/2



**Umweltpolitische
Handlungsempfehlungen
für die Finanzierung des
ÖPNV**

**Band B: Rechtliche Grundlagen für die
Finanzierung des öffentlichen Nahverkehrs**

von

Prof. Dr. Rainer Wolf

Direktor des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und
Umweltrecht, TU Bergakademie Freiberg

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Diese TEXTE-Veröffentlichung kann bezogen werden bei
Vorauszahlung von 10,00 €
durch Post- bzw. Banküberweisung,
Verrechnungsscheck oder Zahlkarte auf das

Konto Nummer 4327 65 - 104 bei der
Postbank Berlin (BLZ 10010010)
Fa. Werbung und Vertrieb,
Ahornstraße 1-2,
10787 Berlin

Parallel zur Überweisung richten Sie bitte
eine schriftliche Bestellung mit Nennung
der Texte-Nummer sowie des Namens
und der Anschrift des Bestellers an die
Firma Werbung und Vertrieb.

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr
für die Richtigkeit, die Genauigkeit und
Vollständigkeit der Angaben sowie für
die Beachtung privater Rechte Dritter.
Die in der Studie geäußerten Ansichten
und Meinungen müssen nicht mit denen des
Herausgebers übereinstimmen.

Herausgeber: Umweltbundesamt
Postfach 33 00 22
14191 Berlin
Tel.: 030/8903-0
Telex: 183 756
Telefax: 030/8903 2285
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>

Redaktion: Fachgebiet I 3.1
Bernhard Specht

Berlin, Juni 2003

Berichts-Kennblatt

1. Berichtsnummer UBA-FB	2.	3. Umwelt und Verkehr
4. Titel des Berichts Umweltpolitische Handlungsempfehlungen für die Finanzierung des ÖPNV Band B Rechtliche Grundlagen		
5. Autor(en), Name(n), Vorname(n) Rainer Wolf	8. Abschlußdatum 31.07.2001	
6. Durchführende Institution (Name, Anschrift) Prof. Dr. Rainer Wolf, Direktor des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Umweltrecht TU Bergakademie Freiberg	9. Veröffentlichungsdatum 01.06.2002	
	10. UFOPLAN-Nr. 298 96 152	
	11. Seitenzahl 133	
	12. Literaturangaben 84	
7. Fördernde Institution (Name, Anschrift) Umweltbundesamt, Postfach 33 00 22, D-14191 Berlin	13. Tabellen und Diagramme 0	
	14. Abbildungen 0	
	15. Zusätzliche Angaben Der Bericht besteht aus 3 Bänden.	
16. Kurzfassung Ausgehend von der Frage "Fehlallokation durch Fehlregulierung ?" werden die rechtlichen Grundlagen für die Finanzierung des öffentlichen Nahverkehrs beleuchtet: derzeitiger ÖPNV-Markt und Daseinsvorsorge, das tradierte Regulationsmodell des ÖPNV, die Finanzierungsströme und damit die bisherige Förderung des ÖPNV. Sodann wird die Reform des rechtlichen Rahmens dargestellt und kritisch gewürdigt: - die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts der EG (der Verkehr im alten und neuen Primärrecht des EGV und der Nahverkehr im europäischen Sekundärrecht), - die Regionalisierungsgesetzgebung des Bundes (die Reform des Grundgesetzes, das Regionalisierungsgesetz, das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz und die gruppenbezogene Förderung), - die Nahverkehrsgesetze der Länder (ÖPNV als Daseinsvorsorge, Finanzierungsregelungen und landesverfassungsrechtliche Finanzgarantien), - die Reform des Personenbeförderungsgesetzes (der Modelldualismus, die Genehmigung „eigenwirtschaftlicher“ und „gemeinwirtschaftlicher Verkehre“). Hierauf wird der Änderungsbedarf dargestellt, betreffend - den Wirtschaftsdualismus von „Eigen“- und „Gemeinwirtschaftlichkeit“ als legislativer Fehlentscheidung, - die Defizite bei der Gestaltung des Verhältnisses zwischen politischer Planung und unternehmerischer Verantwortung und - die Defizite in den Finanzierungsregelungen.		
17. Schlagwörter Öffentlicher Personennahverkehr Finanzierung Verkehrsinfrastruktur Recht		
18. Preis	19.	20.

Report Cover Sheet

1. Report No. UBA-FB	2.	3. Environment and transport
4. Report Title Environmental policy recommendations for the financing of the local public transport Volume B Legal framework		
5. Autor(s), Family Name(s), First Name(s) Rainer Wolf	8. Report Date 31.07.2001	
6. Performing Organisation (Name, Address) Prof. Dr. Rainer Wolf, Direktor des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Umweltrecht TU Bergakademie Freiberg	9. Publication Date 01.06.2002	
	10. UFOPLAN-Ref. No. 298 96 152	
	11. No. of Pages 133	
7. Sponsoring Agency (Name, Address) Umweltbundesamt, Postfach 33 00 22, D-14191 Berlin	12. No. of Reference 84	
	13. No. of Tables, Diagrams 0	
	14. No. of Figures 0	
15. Supplementary Notes The report consists of 3 volumes.		
16. Abstract Starting with the question "bad allocation due to bad regulation?" the legal framework for the financing of the LPT will be presented: the contemporary LPT market and totality of services for the public, the developing model for regulation of the LPT, the financial flows together with the hitherto promotion. Next, the reform of the legal framework will be presented and critically assessed: - the guidelines of the common law of the EG (transport in the old and new primary law of the EGV and the LPT in the European secondary law, - the federal legislation for regionalisation (constitutional reform, the regionalisation law, the municipality transport financing law and group-related promotion), - LPT laws of the states (LPT as part of public services, financing regulations, financial guarantees) - the reform of the PBefG law (dualism of models, allowing of the "eigenwirtschaftlicher" and "gemeinwirtschaftlicher" transport) Need for changes in the following areas will be presented: - economic dualism of "Eigen-" and "Gemeinwirtschaftlichkeit" as a wrong legislative decision - shortcomings of the relationship between political planning and economic responsibility - shortcomings of the financing regulations		
17. Keywords local public transport financing transport infrastructure law		
18. Price	19.	20.

Inhaltsverzeichnis

I. FEHLALLOKATION DURCH FEHLREGULIERUNG?	3
I.1 Markt und Daseinsvorsorge	4
I.2 Das tradierte Regulationsmodell des ÖPNV	12
I.3 Die Finanzierungsströme	18
I.4 Förderung des ÖPNV	22
II. Die Reform des rechtlichen Rahmens	25
II.1 Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts der EG	27
II.1.1 Der Verkehr im alten und neuen Primärrecht des EGV	28
II.1.2 Der Nahverkehr im europäischen Sekundärrecht	32
II.2 Die Regionalisierungsgesetzgebung des Bundes	44
II.2.1 Die Reform des Grundgesetzes	44
II.2.2 Das Regionalisierungsgesetz (RegG)	49
II.2.3 Das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz	55
II.2.4 Die gruppenbezogene Förderung	56
II.3 Die Nahverkehrsgesetze der Länder	57
II.3.1 Der ÖPNV als Daseinsvorsorge	58
II.3.2 Die Finanzierungsregelungen	63
II.3.3 Die landesverfassungsrechtlichen Finanzgarantien	67
II.4 Die Reform des Personenbeförderungsgesetzes	71
II.4.1 Modelldualismus	73
II.4.2 Die Genehmigung „eigenwirtschaftlicher Verkehre“	87
II.4.3 Die Genehmigung „gemeinwirtschaftlicher Verkehre“	94
III. ÄNDERUNGSBEDARF	100
III.1 Der Wirtschaftsdualismus von „Eigen“- und „Gemeinwirtschaftlichkeit“ als legislative Fehlentscheidung	101
III.2 Defizite bei der Gestaltung des Verhältnisses zwischen politischer Planung und unternehmerischer Verantwortung	105
III.3 Defizite in den Finanzierungsregelungen	109
IV. ZUSAMMENFASSUNG	118
V. LITERATURVERZEICHNIS	129

I. FEHLALLOKATION DURCH FEHLREGULIERUNG?

Der ÖPNV steht in der Bundesrepublik Deutschland - und darüber hinaus in der Europäischen Gemeinschaft - in einer Phase des Umbruchs. In Frage gestellt ist das System der Erbringung von Nahverkehrsdienstleistungen durch zumeist kommunale Versorgungsunternehmen, die durch gewerberechtliche Sonderregulationen vom Wettbewerb abgeschottet sind. Reformdruck wird dabei von zwei verschiedenen Richtungen ausgeübt. Während umwelt- und stadtentwicklungspolitische Argumentationslinien die Notwendigkeit eines leistungsfähigen Systems des öffentlichen Personenverkehrs als Alternative zum motorisierten Individualverkehr betonen und im wesentlichen die mangelnde Attraktivität des bestehenden ÖPNV kritisieren ¹, verweisen ökonomische Ansätze in einer Grundsatzkritik an der über- und fehlregulierten Konzeption des Nahverkehrs darauf, dass der Markt auch das gegebene Medium für die optimale Allokation von Verkehrsdienstleistungen sei und rechtliche Regulierungen, die gemeinwohlorientierte Verkehrsleistungen gegen den Markt sichern sollen, zu Fehlallokationen führen ².

Beide Diskursformationen können sich zwar augenscheinlich rasch darauf verständigen, dass ökonomische Effizienz zu fordern sei, offen bleibt damit aber Umfang und Ausmaß der Öffnung des Nahverkehrsmarktes durch Deregulierung und Liberalisierung. Die Probleme fokussieren sich dabei in zwei Brennpunkten. Zum einen geht es um die Organisationsreform des Nahverkehrs, zum anderen um eine Reform seiner Finanzierungswege. Da Organisation und Finanzierung in einem engen rechtlichen, administrativen und politischen Zusammenhang stehen, erscheinen Aussagen zur Reform der Finanzierung nur auf der Basis der Aufgaben- und Organisationsstruktur des ÖPNV sinnvoll. Dies ist auch Ansatz der Reform der rechtlichen Rahmenbedingungen,

¹ Vgl. dazu Heiner Monheim/Rita Monheim-Dandorfer, Straßen für alle. Analysen und Konzepte zum Stadtverkehr der Zukunft, Hamburg 1990; Helmut Holzapfel, Hat das Auto in der Stadt noch etwas zu suchen ?, In: Hans-Joachim Frank/Norbert Walter (Hg.), Strategien gegen den Verkehrsinfarkt, Stuttgart 1993, S. 63 ff. sowie Rudolf Petersen/Karl Otto Schallaböck, Mobilität für morgen. Chancen einer zukünftigen Verkehrspolitik, Berlin-Basel-Boston 1995

² Vgl. nur Gerd Aberle, Der verkehrspolitische Rahmen einer möglichen Deregulationspolitik der Personenverkehrs, in: Deutsche Verkehrswissenschaftliche Gesellschaft (Hg.), Auswirkungen einer möglichen Deregulationspolitik auf den Personenverkehr, Bergisch-Gladbach 1990, S. 3 ff.; Hans-Peter Klös, Öffentliches Infrastrukturmonopol – noch zeitgemäß ? Köln 1989; Rupert Windisch (Hg.), Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation, Tübingen 1987

die 1996 in die Wege geleitet worden ist und deren Wirksamkeit und Konsistenz Gegenstand dieser Untersuchung ist.

Im folgenden wird zunächst das klassische Spannungsverhältnis von Markt und Staat am Beispiel des öffentlichen Daseinsvorsorge für die Mobilität erörtert (I. 1.), sodann werden die Probleme des alten Organisationsstatuts des öffentlichen Nahverkehrs aufgezeigt (I. 2.) und schließlich einige maßgebliche Kritikpunkte am Finanzierungskonvolut des ÖPNV entwickelt (I. 3.). Auf dieser Basis erfolgt dann eine kritische Analyse der Reform des rechtlichen Rahmens für den ÖPNV (II.). Sie beginnt mit der Erörterung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für den ÖPNV (II. 1.) und widmet sich dann der Reform des Grundgesetzes (II. 2. 1.) und der Regionalisierungsgesetzgebung des Bundes (II. 2. 2.). Darauf folgt eine Untersuchung der Nahverkehrsgesetze (nachfolgend auch „ÖPNV-Gesetze“ genannt) der Länder (II. 3.); sie fokussiert sich schließlich in der Analyse des novellierten Personenbeförderungsgesetzes (II. 4.). Auf dieser Basis werden abschließend einige Vorschläge zur Reform der Reformgesetzgebung entwickelt (III.).

I.1 Markt und Daseinsvorsorge

„Nicht vom Wohlwollen des Metzgers, Brauers und Bäckers erwarten wir das, was wir zum Essen brauchen, sondern davon, dass sie ihre eigenen Interessen wahrnehmen“

3. Diese Grundeinsicht der politischen Ökonomie über die Funktionsweise der modernen Gesellschaft kontrastierte das Bundesverfassungsgericht mit der These, zum Schutz eines so überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes wie der Versorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Verkehrsdienstleistungen seien preis- und mengenbezogene Marktregulationen zulässig und erforderlich 4. Der Schutz der Bundesbahn bzw. der Deutschen Bahn AG durch die mengen- und preisgesteuerte sowie durch eine mit einem Bedienungsmonopol verbundene Regulation des Verkehrsmarktes hat allerdings weder die Leistungsfähigkeit der Bahn gesteigert noch verhindern können, dass ihre Anteile an der Verkehrsleistung stetig zurückgegangen sind. Dieses spezifische System der Gewährleistung gemeinwohlorientierter Verkehrsleistungen gilt als

3 Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen (1776), Neudruck 1978, S. 17

4 BVerfGE 11, 168 <184f.>; 40, 196 <218>; vgl. auch BVerwGE 64, 70 <72>

gescheitert 5. Mutatis mutandis gilt dies auch für das Verhältnis des öffentlichen Personennahverkehrs zum Individualverkehr.

Wenn die ökonomische Theorie die Probleme öffentlicher Verkehrsunternehmen mit den Defiziten marktgesteuerter Allokation erklärt, verschweigt sie allerdings, dass Adam Smith selbst den Bau und die Unterhaltung der öffentlichen Verkehrsinfrastruktur zu einer Aufgabe des Staates erklärt hatte. Er zählte Straßen und Brücken zu den Gegenständen, „die, obwohl sie für ein großes Gemeinwesen höchst nützlich sind, ihrer ganzen Natur niemals einen Ertrag abwerfen, der hoch genug für eine oder mehrere Privatpersonen sein könnte, um die anfallenden Kosten zu decken, weshalb man von ihnen nicht erwarten kann, dass sie diese Aufgabe übernehmen“ 6. Diese klassische ökonomische Ableitung von Staatsfunktionen aus den Grenzen der marktvermittelten Vergesellschaftung kann nun so gedeutet werden, dass sich die öffentliche Infrastruktur der Logik des Marktes entzieht, soweit sie als steuerfinanzierte Leistung staatlicher Daseinsvorsorge allen und entgeltfrei zur Benutzung offen steht. Dass es der Verkehrswissenschaft bis heute weder gelungen ist, eine allgemein anerkannte und konsistente Berechnung der Wegekosten der unterschiedlichen Verkehrsmittel vorzulegen 7, geschweige denn eine Abschätzung der gesamten Umwelt- und anderen Folgekosten des Verkehrs zu entwickeln 8, darf als empirisches Indiz für diesen analytischen Befund gewertet werden.

Da eine dem Gemeingebrauch gewidmete öffentliche Infrastruktur aus der Natur der Sache besonders von dem „free-rider-Syndrom“ und dem Externalisierungsproblem betroffen ist, könnte hier wohl nur ein Modellwechsel zu einem entgeltlichen und ver-

5 Vgl. zur Begründung der Bahnstrukturreform Bericht der Bahnreform-Kommission BT-Drs. 12/4609, S. 55 ff.

6 Smith, S. 612

7 Vgl. dazu G. Lübbeke, Die Ermittlung der Wegekosten als Grundlage einer betriebswirtschaftlichen Vollkostenrechnung für den Gesamtstraßenverkehr im Bundesgebiet, Mainz 1957; Heinz Enderlein, Neuberechnung der Wegekosten im Verkehr für das Jahr 1975, Berlin 1978; Gottfried Ilgmann, Anteil der Fahrwegkosten im Straßen- und Schienenverkehrs, Zeitschrift für Verkehrswissenschaften 1993, S. 237 ff.; Gerd Aberle, Verkehrswegerechnungen und Wegeentgelte – Theoriedefizite und Datenlücken in der Verkehrspolitik, in: FS für Seidenfus, Göttingen 1984, S. 175 ff.;

8 Vgl. dazu die Ansätze bei Dieter Apel, Die gesamtwirtschaftlichen Kosten des Personenverkehrs in einer großen Stadt – derzeit sowie bei verändertem Modalsplit, in: Verkehr und Technik 1989, S. ff.; P. Bickel/ R. Friedrich, Was kostet uns die Mobilität ? – Externe Kosten des Verkehrs. Berlin-Heidelberg 1995; H. Grupp, Die sozialen Kosten des Verkehrs – Grundriß zu ihrer Berechnung, in: Verkehr und Technik 1986, S. 359 ff.; J. Meyerhoff/U. Petschow, Natur und Umwelt in der Kosten-Nutzen-Analyse der Bundesverkehrswegeplanung, ZAU, 1996, S. ff.; W. Rothengatter, Do external benefits compensate for external costs of transport ? Karlsruhe 1992; R. Willeke, Zur Frage der externen Kosten und Nutzen des motorisierten Straßenverkehrs, in: Zeitschrift für Verkehrswesen 1993, S. ff.; der Sachverständigenrat für Umweltfragen mußte schließlich konstatieren, dass die Abschätzungen um mehr als das Hundertfache differieren (BT-Drs. 12/6995, S. 212)

ursacherkostenorientierten Benutzungsreglement Abhilfe schaffen. Straßenbenutzungsgebühren mussten sich bisher schon aus erhebungstechnischen Gründen auf das überregionale Straßennetz beschränken. Aber auch im Zeichen von grundsätzlich flächendeckend einsetzbaren elektronischen „Road-pricing-Systemen“ erscheint die Durchsetzung marktorientierter Entgelte in weiter Ferne, da der Betreiber der Infrastruktur notwendigerweise ein monopolartiger Anbieter bleibt. Der Betrieb der Verkehrsinfrastruktur unterliegt Bedingungen, die üblicherweise mit der Logik des Marktes nicht verbunden sind. Im Bereich der öffentlichen Infrastruktur ist der Ausschluss einer widmungsgemäßen Benutzung nicht zulässig. Auf dem Feld der Privatautonomie muss der Verkäufer nicht jedes Angebot annehmen. Er kann sich jederzeit aus seinen Geschäften zurückziehen. Demgegenüber steht die Infrastruktur unter der Garantiebedingung einer Gewährleistung auf eine gewisse Dauer. Sie gehört zur öffentlichen Daseinsvorsorge. Auch der Bau der öffentlichen Verkehrsinfrastruktur erfordert Zugriffsbefugnisse auf private Verfügungsrechte. Ohne die Möglichkeit zur Enteignung gibt es keine Verkehrsinfrastruktur. Das Institut der Enteignung ist jedoch nicht nur historisch-genetisch, sondern auch funktional unmittelbar mit der Durchsetzung staatlicher Macht verbunden ⁹.

Sollen diese und ähnliche Befugnisse privaten Unternehmen zugute kommen, müssen sie mit quasi öffentlich-rechtlichen Attributen ausgestattet werden. Gerade dort, wo der Betrieb der Verkehrsinfrastruktur privatisiert ist, folgt somit aus der Organisationsprivatisierung keine Aufgabenprivatisierung. Daher kann unter Berufung auf den Gründervater der politischen Ökonomie zurecht darauf hingewiesen werden, dass Verkehr mit dem Bild einer rein marktvermittelten Ökonomie auf der Grundlage von privatautonom einsetzbaren Verfügungsrechten schlechthin nicht zu vereinbaren ist. Daraus ergibt sich nicht nur, dass der Individualverkehr ein Benefiziar öffentlicher Infrastruktur ist, sondern auch, dass er ohne öffentliche Regulationen in Form von Straßenbau, Bewirtschaftung von Parkraum, polizeilicher Ordnung des Straßenverkehrs und hoheitlich vermittelten Haftungsregelungen nicht funktionsfähig wäre. Auch der Individualverkehr ist notwendigerweise öffentlich. Öffentliche Regulationen schränken hier den Nutzer des Individualverkehrs nicht nur in seiner naturwüchsigen Freiheit ein, sondern konstituieren erst die öffentlichen Voraussetzungen individueller Mobilität. Dies bedeutet, alle

⁹ Vgl. dazu Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt 1976, S. 160 ff.

Verkehrsmärkte und nicht nur die für öffentliche Verkehrsunternehmen sind notwendigerweise öffentlich konstituiert.

Umgekehrt gesehen, ist daher der ÖPNV nur ein Teilmarkt des gesamten Regionalverkehrs. Er steht mit dem regionalen Individualverkehr in einer unmittelbaren Substitutionskonkurrenz. Mit einem Gesamtvolumen von ca. 40 Mrd. DM/Jahr ist der ÖPNV dabei durchaus kein vernachlässigenswerter Nischenmarkt. Rund 45% der Anteile entfallen auf die im VDV zusammengeschlossenen Unternehmen, auf den von der DB beherrschten Schienennahverkehr kommen 30% des Umsatzes, ca. 12-13% teilen sich private Verkehrsunternehmen ¹⁰. Öffentliche und private Verkehre werden in der Regel auf einer im wesentlichen identischen Infrastruktur, aber unter asymmetrischen Rahmenbedingungen durchgeführt. Der motorisierte Individualverkehr kann sich entwickeln, ohne die Kosten für den Vorhalt seiner regulativen Voraussetzungen und den Ausgleich der von ihm verursachten Folgekosten begleichen zu müssen. Weder die Wegekosten im engeren Sinn noch die Umweltkosten oder die kaum bezifferbaren Kosten, die sich aus dem Verlust urbaner Lebensqualität ergeben, werden ihm angerechnet. Demgegenüber wird die mangelnde betriebswirtschaftliche Kostendeckung des ÖPNV unmittelbar sichtbar, ohne dass ihm die volkswirtschaftlichen Vorteile für die vergleichsweise geringeren Problemexternalisierungen positiv zugerechnet werden.

Das Syndrom des täglichen Verkehrsinfarktes in den Ballungsräumen, die Erhaltung historisch gewachsener Stadtstrukturen, die Reduzierung des Energieverbrauchs und die Senkung des Schadstoffausstoßes sind Gründe, die kaum bestreitbar gegen den motorisierten Individualverkehr sprechen. Sie können durch den Hinweis auf die potentielle Leistungsfähigkeit des ÖPNV verstärkt werden. Dies zeigt ein Vergleich der Städte Amsterdam und Los Angeles. Der Nutzungsgrad des Individualverkehrs in diesen Stadtregionen pendelt bei einem vergleichbaren Wohlstandsniveau und einer nicht wesentlich unterschiedlichen Pkw-Dichte zwischen 23 und 91 % ¹¹. Da jedoch die methodischen und faktischen Voraussetzungen für eine vergleichende Gesamtbetrachtung von Kosten und Nutzen privater und öffentlicher Verkehrsleistungen nicht hinreichend gegeben sind, kann der Stellenwert des öffentlichen Personennahverkehrs noch immer nicht empirisch schlüssig belegt werden. Wenn allerdings die jeder Markt-

¹⁰ Vgl. dazu Hans-Jürgen Ewers/Gottfried Ilgmann, Wettbewerb im ÖPNV: Gefordert, gefürchtet und verteufelt, Diskussionspapier 1999/06 des Fachbereichs 14 der TU Berlin, S. 2

feindlichkeit unverdächtige EG-Kommission festgestellt hat: „Wie allgemein bekannt ist, reichen die Marktkräfte im Verkehrsbereich allein nicht aus, um in allen Fällen die Bedarfsdeckung und eine ausreichende Qualität der Verkehrsdienste zu gewährleisten, die zur Erreichung grundlegender Ziele der Wirtschafts-, Sozial- und Regionalpolitik erforderlich sind“¹², so steht hinter diesem Befund sowohl das qualitative Argument, der motorisierte Individualverkehr externalisiere Probleme zulasten der Allgemeinheit, als auch die These, der ÖPNV habe die spezifische Aufgabe, Verkehrsdienstleistungen sicherzustellen, die marktvermittelt nicht erbracht werden können.

Damit stehen für den ÖPNV zwei miteinander korrespondierende Argumentationsstränge:

1. die Problemexternalisierung durch den motorisierten Individualverkehr und
2. die Gemeinwohlaffinität des ÖPNV.

Sie begründen eine grundsätzlich andere Sicht. In ihr wird der ÖPNV der staatlichen Daseinsvorsorge zugewiesen. Dieser auf Ernst Forsthoff zurückgehende Begriff dient der deutschen Staatswissenschaft als Legitimationsressource für die staatliche Leistungsverwaltung¹³. Er greift zunächst das empirisch zu beobachtende Phänomen auf, dass seit Mitte des 19. Jahrhunderts in zunehmenden Maße moderne Güter und Dienstleistungen der Ver- und Entsorgung, der Gesundheitspflege, der sozialen Sicherung und der Kultur durch staatliche Einrichtungen und öffentliche Unternehmen vermittelt wurden. Der Staat garantiert danach nicht nur die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die Polizei und die hoheitliche Eingriffsverwaltung insgesamt, sondern auch die Gewährleistung einer Grundversorgung mit Leistungen, die den Bedürfnissen der normalen Lebensführung einer entwickelten Zivilisation entsprechen. Analytisch verortet wird dieser Befund in der Veränderung der individuellen Daseinsbedingungen durch eine sich immer weiter ausfaltende Komplexität der Lebenszusammenhänge, in deren Folge der durch den einzelnen selbst beherrschbare Lebensraum entscheidend reduziert wird. Aus der Vernetzung der individuellen Lebensgestaltung in Organisationsstrukturen wird gefolgert, der Staat könne sich nicht mehr auf die Sicherung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch polizeiliche Gefahrenabwehr beschränken.

11 Heiner Monheim/Rita Monheim-Dandorfer, Straßen für alle. Analysen und Konzepte zum Stadtverkehr der Zukunft, Hamburg 1990, S. 106

12 Europäische Kommission, Das Bürgernetz. Wege zur Nutzung des Potentials des öffentlichen Personenverkehrs in Europa. Grünbuch. Kom (95) 601 endg., Bulletin der Europäischen Union 1996, Beilage 4/5, S. 38

13 Vgl. Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 5

Vielmehr sei die Gewährleistung dieser vorleistungsabhängigen Zusammenhänge Aufgabe sozialstaatlicher Daseinsstabilisierung. Sie wird somit zur faktischen Voraussetzung individueller Freiheit. Während die Grundrechte in der vorherrschenden liberalen Kontextualisierung rechtsdogmatisch als Eingriffsabwehrrechte ¹⁴ gegenüber staatlichen Eingriffen konzipiert sind, erweist sich die Daseinsvorsorge als Grundrechtsvoraussetzungsschutz ¹⁵.

Diese staatstheoretische Ableitung von Staatsaufgaben hat allerdings keine zwingenden normativen Implikationen, sie bleibt in historische und analytische Erklärungskontexte eingebunden. Sie ersetzt keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Diese ergibt sich erst aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG. Es verpflichtet zur Schaffung der existentiellen Voraussetzungen für die Entfaltung individueller Freiheit und zum Abbau der die unerlässliche soziale Homogenität des Gemeinwesens bedrohenden gesellschaftlichen Verwerfungen und Polarisierungen ¹⁶, ohne selbst unmittelbar individuelle Ansprüche auf soziale Leistungen zu konstituieren. Vielmehr ist es im Rahmen der sozialstaatlichen Staatszielbestimmung zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, die Konturen des Sozialstaates zu definieren ¹⁷. Wenn sich der Begriff der Daseinsvorsorge daher nicht als überverfassungsrechtliche Interpretationsmaxime des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips eignet, sondern umgekehrt Konturen erst im Lichte des Art. 20 GG gewinnen kann, folgt daraus, dass die Zuordnung des ÖPNV in den Bereich der Daseinsvorsorge, nicht als übergesetzliche Verpflichtung des Staates zu seiner bedingungslosen Gewährleistung durch den Staat interpretiert werden darf.

Da der Begriff der Daseinsvorsorge keinen immanenten Schranken unterliegt, würde er zu einem konturenlosen Blankettbegriff aufgeweicht, der zur Legitimation beliebiger sozialstaatlicher Tätigkeiten missbraucht werden könnte, wenn man ihn nicht an zwei externe Restriktionen zurückkoppelt. Zum einen ist jede sozialstaatliche Tätigkeit durch die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Haushalte begrenzt. Hier stellt sich ein doppeltes Verteilungsproblem. Das Volumen der Daseinsvorsorge ist sowohl im Hinblick auf andere konkurrierende staatliche Verpflichtungen zuzuschneiden als auch nach den Grundsätzen verteilender Gerechtigkeit den einzelnen Leistungsempfängern zu ver-

¹⁴ Vgl. dazu Gertrude Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988, S. 75 ff.

¹⁵ Vgl. dazu Michael Kloepper, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, S. 75

¹⁶ Vgl. BVerfGE 5, 85 <198>

mitteln. Zum anderen findet die Aufgabe der Daseinsvorsorge ihre Grenze am Prinzip der Subsidiarität. Der ÖPNV kann daher auch als Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung durchgeführt werden¹⁸. Umgekehrt setzt die durch Art. 12 GG garantierte Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung der Übernahme von Aufgaben und der Regelungen der Aufgabenerfüllung durch Träger staatlicher Daseinsvorsorge grundrechtliche Grenzen. Damit ergibt sich aus der Aussage, der ÖPNV gehöre zur Daseinsvorsorge, nicht eo ipso, dass die Leistungen, auch wenn sie aus Gründen des Gemeinwohles als erforderlich zu betrachten sind, notwendig in der Form der Leistungsverwaltung oder durch monopolartige öffentlicher Unternehmen vermittelt werden und dass diese Dienstleistungen strukturell bedingt defizitär sein müssen¹⁹. Weder ist der Begriff der Daseinsvorsorge notwendigerweise mit staatlicher Leistungsverwaltung identisch noch sind die Gegenstände der Daseinsvorsorge aus der Natur der Sache marktvermittelter Leistungserbringung verschlossen. Dies gilt auch nach der Einfügung des Art. 106a GG in die Verfassung. Danach steht den Ländern zur Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs ein Betrag aus seinem Steueraufkommen zu. Damit ist zwar sowohl eine institutionelle Grundaussage enthalten, dass die Gewährleistung des ÖPNV zu den staatlichen Verpflichtungen zählt, als auch eine Finanzgarantie des Bundes gegenüber den Ländern getroffen, aber keine Organisationsregelung eingeführt, Verkehrsleistungen im Rahmen des ÖPNV in staatlicher Form und mit öffentlich-rechtlich garantierter Verlustabdeckung zu betreiben.

Das Mischungsverhältnis privater und öffentlicher Aufgabenerfüllung im Rahmen der Daseinsvorsorge ist damit von Verfassungs wegen offen. Wenn man davon ausgeht, Aufgabe sozialstaatlicher Daseinsvorsorge für die Mobilität sei es, eine „Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, die den Mobilitätsbedürfnissen der Bürger bezogen auf den mittleren Lebensstandard im jeweiligen Gebiet gerecht wird“, und daraus gefolgert wird, das Verkehrsangebot im ÖPNV sei „so zu bemessen, dass es den Verkehrsbedürfnissen der Nichtautofahrer nach jeweiligen mittleren Lebensstandard gerecht wird“²⁰, so scheint hier das problemträchtige Verhältnis zwischen Individualverkehr und öffentlicher Gewährleistung von Mobilität in mehrfacher Weise auf. Zum einen wird deut-

¹⁷ BVerfGE 39, 302 <315>; 59, 231 <262>

¹⁸ Vgl. auch Batzill/Zuck, S. 13

¹⁹ So allerdings die Kernaussage aller traditioneller Befürworter des ÖPNV (vgl. dazu paradigmatisch Götz Frank, Lokaler Infrastrukturmangel und kommunale Finanzausstattung, 1982, S. 170 ff.), vgl. im Gegensatz dazu eine moderne Konzeption bei Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

lich, dass individuelle Mobilität zwingend infrastrukturabhängig ist. Zum anderen gibt es auf dieser Basis auch kein Argument, der öffentliche Verkehr sei notwendigerweise subsidiär zum Individualverkehr. Daher kann auch keine Rede davon sein, der ÖPNV sei keine originäre, sondern eine subsidiäre Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge²¹. Vielmehr läuft das Paradigma der Subsidiarität bereits deshalb fehl, weil es die Abhängigkeit individueller Freiheit von institutionalisierten Infrastrukturleistungen verkennt. Dies lässt jedoch umgekehrt nicht den Schluss zu, der Gesamtkomplex des ÖPNV liege notwendigerweise von der Regelung der Rahmenbedingungen bis zur Durchführung einzelner Verkehre in staatlicher Wahrnehmungskompetenz.

Leistungen, die der einzelne selbst oder auf dem Markt umwelt- und sozialverträglich organisieren kann, fallen nach Maßgabe der eben entfalteten staatstheoretischen Verortung der Daseinsvorsorge für die Mobilität nicht grundsätzlich aus dem Gewährleistungsspektrum der öffentlichen Infrastrukturvorsorge, sondern für sie erübrigt sich nur das Angebot von öffentlich vermittelten Verkehrsdienstleistungen. Zudem ist das Gewährleistungsspektrum des ÖPNV in unterschiedliche funktionelle Aufgabenbereiche zu gliedern. Wie immer liegt die politische Kernfunktion des staatlichen Gewährleistungsauftrages in der Regelung der Rahmenbedingungen. Sind diese rechtlich fixiert, ist die Leistungserbringung selbst nicht notwendig einem öffentlichen Aufgabenträger zugewiesen. Sie erlaubt nicht nur eine Organisationsprivatisierung, sondern auch eine öffentlich geleitete Aufgabenprivatisierung, wenn gleichzeitig der Gemeinwohlaufrag gesichert ist. Allerdings gehört es zum Begriff der Daseinsvorsorge, dass zwischen der rechtlichen Regelung und der Leistungserbringung regelmäßig ein komplexes Geflecht an infrastrukturellen, institutionellen und organisatorischen Vorleistungen gewoben ist. Daher fällt die Vorstellung schwer, wie dieses Netzwerk im Rahmen des Wettbewerbs privater Unternehmen geknüpft werden könnte. Da Nahverkehr notwendigerweise ein System mit Netzwerkkonfiguration ist, wird hier das Problem der Dimensionierung des staatlichen Gewährleistungsauftrages und der korrespondierenden Wirkungskreise privater Unternehmen besonders virulent²². Damit stellt sich, wie so oft, die Grundsatzfrage „Markt oder Staat?“ als Entscheidung zwischen Fundamentalalternativen nicht. Umso problematischer wird die Justierung von marktaffiner

²⁰ Batzill/Zuck, S. 11

²¹ So aber Batzill/Zuck, S. 12

Leistungserbringung, allgemeiner öffentlicher Infrastrukturvorsorge sowie öffentlich-rechtlicher Rahmenordnung eines gemeinwohlorientierten Nahverkehrs und Organisation von Netzwerkkonfigurationen des ÖPNV.

I.2 Das tradierte Regulationsmodell des ÖPNV

Bis zur Regionalisierung des ÖPNV wurde der öffentliche Personenverkehr in der Bundesrepublik von der Unterscheidung zwischen Personenbeförderung auf der Schiene und im öffentlichen Straßenraum mit Bussen, Straßen- und U-Bahnen geprägt. Die Beförderung durch Eisenbahnen war als *staatliche Leistung* ausgestaltet, die auch im Regionalverkehr durch bundeseigene Verwaltung erbracht wurde. Im Gegensatz dazu war die Beförderung im Straßenraum als gewerblich-unternehmerische Tätigkeit qualifiziert, die durch private oder öffentliche Verkehrsunternehmen durchgeführt werden konnte²³.

Während das Eisenbahnrecht den besonderen Typus des Nahverkehrs überhaupt nicht anerkannte, stand der straßengebundene öffentliche Personennahverkehr im regulatorischen Zentrum des Personenbeförderungsgesetzes. Allerdings umfasste es nicht nur den öffentlichen Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen (§ 1 PBefG), den sog. ÖSPV, sondern das gesamte Personenverkehrsgewerbe. Das PBefG fixierte die gewerberechtlichen Voraussetzungen der Ausübung des Straßenverkehrsgewerbes. Das dem ÖPNV zugrunde gelegte Konzessionierungsmodell gewährte den dort tätigen privaten und öffentlichen Unternehmen eine Monopolstellung im Linienverkehr, unterwarf sie jedoch gleichzeitig einer Genehmigungs-, Betriebs- und Beförderungs- sowie einer Tarifpflicht. Markteintritt und Marktaustritt, die Preisgestaltung, die Leistungsdichte und das Niveau der Leistungserbringungen waren umfassend reguliert. Das gewerberechtliche Regulationsmodell des ÖPNV schloss damit den intramodalen Wettbewerb aus. Im Gegensatz zum Regulationsmodell des Güterverkehrs wurde allerdings der intermodale Wettbewerb zwischen ÖPNV und dem motorisierten Individualverkehr nicht durch entsprechende Einschränkungen des Kfz-Gebrauchs flankiert.

²² Vgl. auch dazu Entschließung des Europäischen Parlaments zum öffentlichen Verkehr und zur staatlichen Förderung vom 17. 1. 1997 (ABl. Nr. C 33/127)

²³ Vgl. zu den Strukturen im einzelnen Steiner, in: Reiner Schmidt (Hg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil 2, 1996, S. 127 ff.

Damit wurde der Gemeinwohlauftrag des ÖPNV im wesentlichen durch zwei Strukturrentscheidungen des ÖPNV verfolgt:

- die Gründung von Versorgungsmonopolen durch Verkehrsunternehmen und den Ausschluss von Wettbewerb und
- die Subventionierung der öffentlichen Verkehrsunternehmen im Rahmen von leistungsindifferenten Transferzahlungen.

Traditionell ist der ÖPNV nicht nur ein hoch regulierter Bereich, sondern auch ein regelungstechnisch stark fragmentiertes Politikfeld. So erfolgte die Regulierung des Schienenverkehrs rechtssystematisch vom PBefG getrennt durch das Bundesbahngesetz und andere Eisenbahngesetze. In diesen Gesetzen wurde der schienengebundene öffentliche Personennahverkehr (SPNV) gleichfalls nicht durch besondere Vorschriften geregelt. Obwohl durch die einschlägigen Gesetze zum ÖPNV Marktordnungen für den Verkehrssektor vorgegeben wurden, verzichteten sie darauf, den ÖPNV als Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge zu definieren. So wurden die gewerberechtlichen Rahmenbedingungen für den ÖPNV fixiert, ohne den öffentlichen Nahverkehr selbst als politisches Problem anzuerkennen. Im übrigen waren diesem wirtschaftsrechtlichen Regelungskontext die städtebaulichen, planerischen und ökologischen Dimensionen des ÖPNV fremd. Damit ergibt sich eine offenkundige Paradoxie. Obwohl die städtebaulichen, verkehrsplanerischen und ökologischen Belange als besonders wichtige Gründe für die gewerberechtliche Sonderregulation des ÖPNV zählen, fanden sie in den maßgeblichen Rechtsgrundlagen keine Erwähnung als regulationsprägende Leitbilder.

Weder im PBefG noch in den Eisenbahngesetzen gab es Regelungen über einen speziellen öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger für den ÖPNV. Jahrzehnte lang waren die Zuständigkeiten zur Durchführung des ÖPNV zwischen Bund, Ländern und Gemeinden zersplittert. Zudem wurde er durch so unterschiedliche Träger wie Bundesbahn, öffentliche Unternehmen einzelner Gemeinden und der Verkehrsverbünde sowie konzeSSIONierte private Unternehmen durchgeführt²⁴. In der Praxis übernahmen die

²⁴ 1992 wurden in den alten Bundesländern 75,7% aller Fahrgäste des ÖPNV durch Unternehmen des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) befördert, auf die Bundesbahn entfielen 12,2%, auf private Unternehmen 7,2% und auf Taxen 4,9% (vgl. VDV, Statistik '92, 1993, S. 10). Allerdings ist die Bundesbahn mit einem Umsatz von 12 Mrd. DM nicht größtes Unternehmen im SPNV, sondern mit einem Anteil von 9% am Fahrgastaufkommen größtes Einzelunternehmen im ÖSPV (Frenz, Die umwelt- und verkehrspolitische Bedeutung des öffentlichen Nahverkehrs, ZUR 1997, 1 <3>).

Kommunen den größten Teil der politischen Verantwortung für den ÖPNV im Rahmen der freiwilligen Selbstverwaltung ²⁵. Lediglich in einigen Fällen waren die Aufgaben durch Gesetz kommunalen Zweckverbänden als Pflichtaufgabe zugewiesen. Im übrigen wurden Verkehrsverbünde auf der Grundlage von Verwaltungsverträgen oder privatrechtlichen Organisationsvereinbarungen betrieben. Vor allem kleinere Gemeinden im ländlichen Raum haben die Bedienung des ÖPNV privaten Verkehrsunternehmen mit der Folge überlassen, dass er gleichsam nur noch als Schülerverkehr statt fand ²⁶.

Während sich sowohl die sozialen und ökonomischen Rahmenbedingungen als auch die Nutzungsmodalitäten des konkurrierenden motorisierten Individualverkehrs grundlegend gewandelt haben, ist das Organisationskonzept des öffentlichen Verkehrs während dieses Jahrhunderts in seinen Grundstrukturen kaum verändert worden. Der ÖPNV wurde und wird daher vorwiegend von Unternehmen der öffentlichen Hand durchgeführt, die in keinem unmittelbaren Wettbewerb zueinander stehen. 1996 zählte man 385 Nahverkehrsunternehmen mit 130.000 Beschäftigten und einem Umsatz von 8,5 Mrd. DM ²⁷. Sie stehen in einem ausgeprägten intermodalen Verdrängungswettbewerb zum motorisierten Individualverkehr, der sie auf einen Anteil von 9,4 % an der Verkehrsleistung und 15,7% am Verkehrsaufkommen ²⁸ in eine Komplementärfunktion zurückgedrängt hat. Als defizitär wurden

- die ineffiziente und teure Leistungserstellung,
- unattraktive Leistungsangebote,
- die geringe Kundenorientierung und
- schwerfällige Entscheidungsprozesse

benannt ²⁹.

²⁵ Vgl. etwa Art. 57 Abs. 1 BayGO

²⁶ Arne Lüers, Stadtbussysteme in kleinen Städten, in: Apel u. a. (Hg.), Handbuch der kommunalen Verkehrsplanung, Bonn 1994, S. 1

²⁷ Darunter wurden 52 in der Form kommunaler Eigenbetriebe, 255 als GmbH und 61 als AG betrieben. 143 Unternehmen standen im sog. „Querverbund“ zu anderen Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge (Ulrich Scheele, Deregulierung des öffentlichen Personennahverkehrs. Ziele, Konzepte und Auswirkungen auf die Rolle kommunaler Verkehrsunternehmen, in: Frank/Meyerholt/Stein (Hg.), Verkehrsinitiativen zum Umweltschutz, Oldenburg 1999, S. 101

²⁸ Scheele, S. 102

²⁹ Vgl. Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <601>

Zurecht wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Probleme des ÖPNV nicht nur Ergebnis verfehlter Organisations- und Managementstrukturen sind. Vielmehr werden sie auch in Zusammenhang mit den Folgen des ökonomischen und sozialen Strukturwandels gebracht. So konstatieren Canzler und Knie eine Angebots-, Nachfrage- und institutionelle Krise ³⁰. Danach forciert der Strukturwandel die Angebotskrise des ÖPNV in dreifacher Weise:

- Die Erhöhung des allgemeinen Lebensstandards hat das Automobil zur Grundausstattung privater Haushalte gemacht.
- Die Suburbanisierung führt zu einer abnehmenden Siedlungsdichte und zur Herausbildung dezentraler Siedlungsstrukturen.
- Die Tendenzen zur Flexibilisierung betrieblicher Arbeitszeiten, zur Pluralisierung von Lebensstilen und die Individualisierung von Lebenszusammenhängen beeinflussen Zeit und Struktur von Mobilität.

Alle diese Faktoren wirken nicht nur gegen das hergebrachte Angebot des ÖPNV als Träger des Massenverkehrs, sie verschärfen auch die Nachfragekrise des ÖPNV. Seine Leistungsvorteile sinken mit abnehmender Netzdichte in der Fläche. Sein standardisiertes Leistungsangebot wird zunehmend unattraktiv und die Möglichkeiten, seine potentiellen Angebotsvorteile zu entfalten, sind vor dem Hintergrund einer veränderten Nachfragekulisse beschränkt. In dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Problemzusammenhang wird insbesondere die von Canzler und Knie verortete dritte Krisendimension virulent. Die Ursache der institutionellen Krise wird in den bürokratischen Strukturen und dem Ausschluss von Wettbewerb im ÖPNV für die öffentlichen Monopolunternehmen gesehen, die zudem durch vielfältige Regelungen zur Übernahme gleichwohl erwirtschafteter Defizite einer „institutionellen Sklerose“ unterlägen ³¹. Daher wird eingestanden, dass unter den vorgegebenen institutionellen Rahmenbedingungen kaum realistische Chancen bestehen, durch Angebotsverbesserungen und erhöhte Fahrgastzahlen, eine nachhaltige Kostendeckung zu erreichen ³².

³⁰ Vgl. Weerth Canzler/Andreas Knie, *Möglichkeitsräume: Grundrisse einer modernen Mobilitäts- und Verkehrspolitik*. Wien 1998

³¹ Vgl. dazu grundlegend Mancur Olson, *Die Logik des kollektiven Handelns*, Tübingen 1968

³² Vgl. die Beispiele bei Hilmar Westholm, *Der ÖPNV zwischen knappen öffentlichen Kassen, EU-Liberalisierung, verfehlter Siedlungspolitik und Lohndumping*, in: Frank/Meyerholt/Stein (Hg.), S. 156

Allerdings hat der Befund von der chronisch gewordenen Kostenunterdeckung in der Vergangenheit keineswegs zu nachhaltigen Organisations- und Managementreformen geführt, vielmehr wurde eine Defizitfinanzierung des ÖPNV für unverzichtbar erklärt. Von Anfang an war die Defizitfinanzierung durch öffentliche Haushalte politisch und rechtlich sanktioniert. Rechtsgrundlage dafür war § 39 Abs. 2 a. F. PBefG, der die Genehmigung und die Höhe der Beförderungsentgelte davon abhängig machte, „ob sie unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmers, einer ausreichenden Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals und der notwendigen technischen Entwicklung angemessen sind und mit den öffentlichen Verkehrsinteressen und dem Gemeinwohl in Einklang stehen“. Ihm lag die Prämisse zugrunde, öffentlicher Personennahverkehr müsse strukturell defizitär sein, wenn er alle öffentlichen Verkehrsinteressen und das Gemeinwohl bedienen solle. Daher müsse die öffentliche Hand komplementär zu der grundsätzlichen Anerkennung defizitärer Betriebsergebnisse im gemeinwohlorientierten ÖPNV Finanzierungslasten übernehmen. Damit wurde die Erzielung von Defiziten als legitime Rahmenbedingungen der Unternehmensentscheidungen anerkannt.

Eine Anhebung der Fahrpreise auf ein kostendeckendes Niveau wurde mit dem Argument abgelehnt, dadurch würden übergeordnete verkehrs-, umwelt- und sozialpolitische sowie städtebauliche Zwecke verfehlt. Der Auftrag zur Daseinsvorsorge wurde damit zur Legitimationsgrundlage der Kostenunterdeckung. Das Junktim von Gemeinwohlorientierung, Ausschluss von Wettbewerb durch Gebietsmonopole und Defizit ist begründungsbedürftig. Verkehrs-, umwelt- und stadtentwicklungspolitische Gesichtspunkte sprechen zwar für eine Präferenz zugunsten des ÖPNV, sie lassen sich allerdings nicht eo ipso zur Rechtfertigung einer strukturellen Kostenunterdeckung instrumentalisieren. So kann aus dem vergleichenden Befund, dass der Individualverkehr komparativ mehr ökologische Kosten externalisiere als der ÖPNV im Sinne des Verursacherprinzips nur gefolgert werden, dass ihm eine entsprechende Kostentragungslast politisch auferlegt werden müsse, nicht jedoch, dass der ÖPNV aus ökologischen Gründen zu subventionieren sei. Entsprechendes gilt für die städtebaulichen Argumente.

Wenn schließlich eine Defizitdeckung durch das Argument der sozialpolitischen Konnotationen des ÖPNV gerechtfertigt wird, erscheint dies zwar zunächst mit dem Hinweis auf die Versorgung sozialschwacher Gruppen und der Bedienung ökonomisch

wenig attraktiver Linien plausibel. Allerdings wäre es eine Überstrapazierung des Sozialstaatsprinzips, aus ihm den Grundsatz ableiten zu wollen, die Gemeinwohlorientierung negiere die Maxime der Kostendeckung. Wohlfahrtsökonomisch erscheint es keineswegs zwingend, dass zwischen Gemeinwohl und Defizit ein linearer Zusammenhang angenommen werden muss. Im übrigen verliert auch das Argument eines ausreichenden Angebots von Verkehrsdienstleistungen, die auch für sozialschwache Gruppen bezahlbar seien, mit dem zunehmenden Automatisierungsgrad eben dieser Gruppen an Überzeugungskraft. Kontrafaktisch erscheint angesichts abnehmender Leistungsdichte des öffentlichen Verkehrs auch das Postulat des Versorgungsauftrages. Dass der ÖPNV im ländlichen Raum heute die basale Daseinsvorsorge im Bereich der Mobilität gewährleistet, kann nicht mehr ernsthaft behauptet werden. Im Junktum von Gemeinwohlorientierung und Defizit liegt vielmehr die Gefahr einer folgenreichen Fehlorientierung, denn es fördert eine selektive Unternehmenspolitik. Wird das Marktsegment der Bedienung von wenig attraktiven Strecken und der Beförderung von Kunden mit geringer Kaufkraft zum Leitbild des ÖPNV gewählt, wird der ÖPNV notwendigerweise zum Komplementärverkehr des Individualverkehrs. Dieser übernimmt dann alle ökonomisch attraktiven Verkehre, für den ÖPNV bleibt der Rest. Dies muss mit steigendem Automatisierungsgrad zu einer Spirale von Einbußen attraktiver Verkehrsangebote und wachsenden Defiziten führen ³³.

Die Kritik am ehernen Junktum von Gemeinwohlorientierung und Defizit lässt die städtebaulichen, verkehrs- und umweltpolitischen Gründe, die allgemein für den ÖPNV sprechen, grundsätzlich unberührt. Sie impliziert vielmehr auch das Überdenken des zweiten Junktums von Gemeinwohlauftrag und Ausschluss von Wettbewerb. Für die Übertragung des ÖPNV in einem Nahverkehrsraum an ein einziges Verkehrsunternehmen sprechen zunächst organisatorische Erwägungen. Seine Durchführung basiert auf der regelmäßigen und flächendeckenden Bedienung von festen, mit einander vernetzten Linien. Dies kann von privaten Unternehmen, die untereinander in Konkurrenz stehen, nicht gewährleistet werden. Zudem wäre ein unbegrenzter Wettbewerb privater Verkehrsunternehmen um Kunden nichts anderes als die Übernahme der Mobilitätsstrukturen des motorisierten Individualverkehrs in das Label des ÖPNV. Das Differenzkriterium des ÖPNV ist nicht der Wirtschaftsmodus, sondern der Organisationsmodus.

³³ Für den ÖPNV bleiben damit in der Tat nur noch die sozialen Gruppen der Alten, Auszubildenden, Alleinerziehenden, Arbeitslosen, Ausländer und sonstigen Armen, die als „captive riders“ zwangsweise auf die Mobilitätsangebote

Öffentlicher Verkehr impliziert einen langen Vorlauf komplexer Organisationsvorsorge. Öffentlicher Verkehr impliziert einheitliche Standards im Service und bei den Tarifen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verkehrsunternehmen als ertragsorientierte Wirtschaftsunternehmen oder als subventionierte Betriebe geführt werden. Der ÖPNV hat die planerische Koordination und die Gewährleistung von vernetzten Verkehrsdienstleistungen zur Systemvoraussetzung. Dies ist durch konkurrierende Unternehmen nicht zu gewährleisten. Insoweit begründet die Netzabhängigkeit des ÖPNV ein natürliches Monopol. Umgekehrt ist in der Organisation von vernetzten Verkehrsleistungen ein entscheidender Systemvorteil des ÖPNV zu sehen. In der Entwicklung und im Ausbau von Verkehrsverbundsystemen wird zurecht die Zukunftschance gesehen, mit der der öffentliche Verkehr im Vergleich zum Individualverkehr bestehen kann ³⁴.

Die Netzwerkkonfiguration schließt einen Wettbewerb *auf* den einzelnen Linien aus. Insoweit spricht zunächst viel dafür, die Durchführung des ÖPNV in einem Gebiet als Systemauftrag zu betrachten, der nur begrenzt kompetitiv zu implementieren ist. Nicht ausgeschlossen ist der Wettbewerb *um* einzelne Verkehrsdienstleistungen für ein Nahverkehrsgebiet. Dies verlangt zunächst eine vertikale Trennung zwischen Infrastruktur, Netzwerksorganisation und Betrieb. Es ermöglicht zusätzlich die horizontale Differenzierung in unterschiedliche Liniendienstleistungen. Auf dieser Grundlage ist ein Ausschreibungswettbewerb um die Vergabe der vertikalen und horizontal differenzierten Verkehrsdienstleistungen möglich. Die systemischen Restriktionen von Wettbewerb innerhalb eines Nahverkehrssystems implizieren daher zwangsläufig weder regionale Versorgungsmonopole noch defizitäre Betriebsergebnisse. In der Ausdifferenzierung der Daseinsvorsorge liegt eine Option für die Öffnung des ÖPNV gegenüber spezifischen Formen des Wettbewerbs.

I.3 Die Finanzierungströme

Solange der ÖPNV nicht als gesetzliche Pflichtaufgabe vorgeschrieben war, gab es weder ein geschlossenes Gesamtkonzept zu seiner Finanzierung noch überhaupt eine gesetzlich geregelte Gesamtverantwortung für seine Finanzierung. Die Übernahme der finanziellen Verantwortung durch Bund, Länder und Kommunen erfolgte damit grund-

des ÖPNV angewiesen sind (vgl. Canzler/Knie, S. 59).

³⁴ Vgl. nur Stertkamp, Wettbewerb im öffentlichen Personennahverkehr, in: Internationales Verkehrswesen, 1998, S. 211 ff.

sätzlich entweder auf der Basis einer Selbstverpflichtung freiwillig oder aufgrund einer gegenständlich begrenzten Finanzierungsverpflichtung. Daher erfolgte die Finanzierung des ÖPNV durch einen Mix aus den Entgelten der Benutzer und den unterschiedlichsten öffentlichen Finanzmitteln des Bundes, der Länder und der Gemeinden, die an die Verkehrsunternehmen durchgereicht wurden.

1993 betrugen die Gesamtkosten des ÖPNV nach dem Folgekostenbericht der Bundesregierung 32,2 Mrd. DM. Im gleichen Zeitraum erwirtschafteten die ÖPNV-Unternehmen Umsatzerlöse in Höhe von 12,9 Mrd. DM. Dies ergibt einen realen Kostendeckungsgrad von 40,3% ³⁵. Nach dem Ergebnis dieses Forschungsvorhabens ist davon auszugehen, dass sie 1997 ca. 45 Mrd. DM ausmachten, die nur zu etwa einem Drittel durch Fahrgeldeinnahmen gedeckt wurden. Püttner berichtet, dass von einigen privaten Busdiensten abgesehen kein einziges öffentliches Verkehrsunternehmen in der Bundesrepublik kostendeckend aus seinen Einnahmen aus den Betriebserlösen arbeitet ³⁶. Besonders ausgeprägt sind dabei die Probleme der mangelnden Kostendeckung bei Unternehmen, die Schienenverkehr betreiben und bei Unternehmen im ländlichen Raum. Hier gibt es Schätzungen, dass 4/5 aller Kosten aus öffentlichen Zuschüssen gedeckt werden ³⁷. Vom Bund stammten dabei 54 % der Mittel. Auf die Länder entfielen 22% und auf die Gemeinden 24% ³⁸. Unter Berücksichtigung der Zahlungen der öffentlichen Hand in Form von Ausgleichsleistungen, Betriebsbeihilfen, Erstattungen und Zuschüssen steigt der Kostendeckungsgrad auf 72,6% ³⁹. Damit ergibt sich ein Defizit von 8,8 Mrd. DM. Auf die kommunalen Verkehrsunternehmen entfielen davon rund 6,3 Mrd. DM ⁴⁰.

Zur Deckung eines Defizits öffentlicher Unternehmen stehen grundsätzlich zwei Finanzierungsmodi zur Verfügung: die Subventionierung von Investitionen und Betrieb sowie die Übernahme des verbleibenden Fehlbetrages durch die Träger der öffentlichen Verkehrsunternehmen. Sie wurden in der Praxis kombiniert. Zu unterscheiden sind zunächst gesetzlich geregelte und gesetzlich nicht festgelegte Zuwendungen von Bund

³⁵ Vgl. Folgekostenbericht der Bundesregierung vom 22. 4. 1997 (BT-Drs. 13/7552), S. 3

³⁶ Püttner, Der regionalisierte Nahverkehr, 1997, S. 90

³⁷ Hickmann/Berschin, Von der Bahnreform zur ÖPNV-Strukturreform, in: Internationales Verkehrswesen 1998, S. 600 <601>, die darauf hinweisen, diese Unternehmen finanzierten sich nahezu vollkommen über die Zuschüsse zum Schülerverkehr.

³⁸ BT-Drs. 13/7552, S. 5

³⁹ BT-Drs. 13/7552, S. 3

⁴⁰ BT-Drs. 13/7552, S. 5

und Ländern an den ÖPNV. Soweit gesetzliche Regelungen die Finanzierung regelten, konzentrierten sie sich auf bestimmte Finanzierungstatbestände. Im folgenden werden sie nach Fördertatbeständen in Investitionshilfen, zielgruppenbezogene Subventionen und Ausgleichshilfen zur Kompensation struktureller Schwächen differenziert. Herausgehobene Bedeutung für die Förderung der Investitionen in Infrastruktur und Fahrzeuge kam dabei dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) zu. Zwischen 1967 und 1993 hat der Bund darüber den ÖPNV mit ca. 35 Mrd. DM gefördert und Investitionen von ca. 50 Mrd. DM ermöglicht⁴¹. Zielgruppenbezogene Subventionen flossen dem ÖPNV für den Schülerverkehr und den Transport für Schwerbehinderte als indirekte Förderung zu. Dem Ausgleich struktureller Schwächen dienten Maßnahmen wie die Befreiung von der KfZ-Steuer oder die Ermäßigung der Umsatzsteuer. Diese Maßnahmen waren bundesrechtlich geregelt. Sie wurden teilweise durch entsprechende Maßnahmenbündel der Länder flankiert.

Auf der kommunalen Ebene bestanden und bestehen enge Beziehungen zwischen den Kommunen und ihren kommunalen Verkehrsbetrieben. Dies wirkt sich auch auf die Modalitäten der Abdeckung von Defiziten aus. In der Regel wirtschaften die kommunalen Verkehrsunternehmen auf der Grundlage einer vertraglich fixierten Zusage der Kommunen, betrieblich erwirtschaftete Defizite abzudecken⁴². Insoweit erscheint die wirtschaftliche Position der kommunalen Unternehmen nur als eine Ausprägung der allgemeinen Verpflichtung des Eigentümers zum Einstand für entstandene Defizite. Die Besonderheit ergibt sich daraus, dass die dafür erforderlichen Mittel aus den kommunalen Haushalten und damit aus hoheitlichen Ertragsquellen stammen. Zusätzlich kommt eine weitere Möglichkeit der Fehlbetragsdeckung in Betracht. Kommunale Verkehrsbetriebe, die in einem sog. „Querverbund“⁴³ mehrerer kommunaler Ver- und Versorgungsbetriebe eingegliedert sind, können einen unternehmensinternen Ausgleich auch dadurch erhalten, dass die Erträge des einen Betriebszweiges mit den Defiziten des anderen im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverbandes verrechnet werden. Dies spart Steuern. Auf diese Weise konnten die Unternehmen in den

41 BT-Drs. 13/7552, S. 5

42 Vgl. dazu auch OVG Magdeburg, Urteil vom 7. 4. 1998, Az. A 1/4 S 221/97, ZUR 1998, 210 ff mit Anm. Barth.

43 Nahezu 45% der VDV-Unternehmen in den alten Bundesländern gehören einem Querverbund an (Grünendieck, S. 225)

alten Bundesländern 1993 ca. 3,3 Mrd. DM von ihrem rund 4 Mrd. DM betragenden Defizit ausgleichen ⁴⁴.

Die Finanzierung des ÖPNV kann damit aus folgenden Quellen erfolgen:

- den Erträgen der Verkehrsunternehmen aus den Beförderungsentgelten,
- unternehmensinternen Transfers wie aus dem Querverbund,
- den Kommunalhaushalten,
- den Haushalten der Länder und
- dem Haushalt des Bundes.

Neben den chronischen Defiziten gehören daher die intransparenten Geldflüsse zu den Strukturmerkmalen des alten ÖPNV. Daher fällt es bereits schwer, eine konsistente und umfassende Übersicht über die einzelnen Finanzierungswege des ÖPNV zu geben ⁴⁵. Zwischen diesen Finanzierungsebenen wurden die Fördermittel nicht nur von oben nach unten über unterschiedlich ausgeformte Finanzierungsstaffetten durchgereicht, sondern auch in mehrpolige Maßnahmenbündel der wechselseitigen Mischfinanzierung eingebunden. Nicht zuletzt wegen dieser komplexen Strukturen ist die Förderung des ÖPNV Referenzgröße für eine leitbildprägende Forschungsrichtung im Bereich der Analyse des politischen Systems der Bundesrepublik geworden, die unter dem Stichwort „Politikverflechtung“ die politischen Kosten des kooperativen Föderalismus untersucht ⁴⁶.

⁴⁴ BT-Drs. 13/7552, S. 5

⁴⁵ Vgl. auch Grünendieck, S. 74 ff.; Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Kostendeckung im öffentlichen Personennahverkehr vom 20. 10. 1992 (BT-Drs. 12/1965); Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1994 (BT-Drs. 12/6995); Bericht der Bundesregierung 1996 über die Entwicklung der Kostenunterdeckung im öffentlichen Personennahverkehr (BT-Drs. 13/7552)

⁴⁶ Vgl. grundlegend Scharpf/Reissert/Schnabel, Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus, 1976

I.4 Förderung des ÖPNV

Regelungsform Subventionstypus	gesetzlich festgelegt	gesetzlich nicht geregelt
Investitionshilfen und andere direkte betriebsbezogene Förderungen	• Investitionen in Infrastruktur und Fahrzeuge (§ 2 Abs. 1 GVFG)	• Investitionshilfen außerhalb des GVFG • Linien- und Fahrzeugförderung • Kooperationsförderung • Zuschüsse für Modellversuche
zielgruppenbezogene Subventionen (d.h. indirekte Förderung)	• Schüler (§ 45a PBefG; § 6a AEG) • Schwerbehinderte (§ 62 SchwbG)	
Ausgleich struktureller Schwächen	• Abgeltung nach EG-VO 1991/69 • Umsatzsteuerermäßigung • KfZ-Steuerbefreiung • Gasölbetriebshilfe ⁴⁷	• Ausgleich der Fehlbeträge der DB durch den Bund • Beteiligung von Ländern und Kommunen an den Kosten des SPNV • Ausgleich der Fehlbeträge der kommunalen Verkehrsunternehmen durch a) Kommunalhaushalt b) Querverbund

Tabelle 1: Subventionstypen und Regulationsformen bei der Förderung des ÖPNV

⁴⁷ 1983 durch Änderung des Mineralölsteuergesetz entfallen

Die Förderung des ÖPNV hat sich nicht nur aufgrund schwer zu durchschauender, teilweise mit konträren Anreizen arbeitender und parallel geführter Förderwege als wenig erfolgreich für die Steigerung der Attraktivität des ÖPNV erwiesen. Grundsätzlich können Subventionen nur dann eine positive steuernde Wirkung zeigen, wenn ihre Anreize auf eine Unternehmenspolitik wirken, die grundsätzlich auf Kostendeckung ausgerichtet ist ⁴⁸. Entsprechendes gilt für die Übernahme des Defizits der Verkehrsunternehmen durch Zahlungen aus den kommunalen Haushalten. Sie wirken ähnlich wie Subventionen. Nur wenn Defizitübernahmen nicht erwartet werden, führt dies zu einer verlustmindernden Unternehmenspolitik ⁴⁹. Im Rahmen von rechtlich gesicherten Defizitabdeckungen „konzentriert der gewitzte Verkehrsunternehmer“ dagegen in der Regel „seine Kreativität auf die Optimierung staatlicher Zuschüsse“ ⁵⁰. Im Endergebnis führt das hergebrachte Transfersystem dazu, dass der von der Konzessionsbehörde zugestandene Gewinn umso höher ist, je teurer ein Unternehmen seine Verkehrsleistungen produziert.

Ohne Wettbewerbsdruck wurden die Kostenkalkulationen der Verkehrsunternehmen daher an Kriterien orientiert, die nicht auf die Optimierung der Leistungen und Minimierung der Kosten ausgelegt waren, sondern an die „sprichwörtliche sowjetische Traktorenfabrik erinnern, die ihren Produktionsoutput in Tonnen mißt“ ⁵¹. Gebräuchlich war die Formel „Gesamtkosten dividiert durch Platzkilometer“, die mit den tatsächlichen Kosten wenig zu tun hat ⁵². Im übrigen führte die Förderlogik des GVFG zu einer regional ungleichen Verteilung der Mittel. So flossen 1988 ca. 90% der Fördermittel in 11 Ballungsräume ⁵³. Der Verkehr in der Fläche wurde durch die Konzentration auf große bauliche Investitionen zum Bau von U- und S-Bahnen vernachlässigt ⁵⁴. Zum anderen streute das GVFG seine Fördermittel auch auf die Bedienung des motorisierten Individualverkehrs durch den kommunalen Straßenbau aus. Insgesamt wurde am gesamten Förderkomplex des ÖPNV kritisiert, er zeichne sich durch die Tendenz zu einer Fehlallokation zugunsten anlagenintensiver Kostenstrukturen aus ⁵⁵.

⁴⁸ Grünendieck, S. 210

⁴⁹ Grünendieck, S. 229

⁵⁰ Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <601>

⁵¹ Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <602>

⁵² Vgl. dazu auch Berschin, Vergoldete Kooperationsbereitschaft, Internationales Verkehrswesen 1996, 54 ff.

⁵³ Bericht der Bundesregierung, S. 14

⁵⁴ Monheim/Monheim-Dandorfer, S. 359

⁵⁵ Vgl. Grünendieck, S. 215

Die Fehlallokation von Ressourcen lässt sich steuerungstheoretisch dadurch erklären, dass die ökonomischen Anreize zur Attraktivitätssteigerung des ÖPNV in Form von Subventionen an Subjekte adressiert sind, für die ökonomische Rationalität keine maßgebliche Relevanz besitzt, weil sie durch die Defizitdeckungsgarantien ihrer öffentlichen Träger weder an einer Kostenminimierung noch an einer Ertragssteigerung orientiert sein müssen. Eine staatlich kontrollierte Preispolitik, die den ÖPNV als strukturell defizitär akzeptiert und dessen Fehlbeträge durch Finanzgarantien abdeckt, untergräbt damit die Anreizwirkung von öffentlichen Förderprogrammen, die sich die Ziele einer Kostenminimierung und Leistungssteigerung gesetzt haben. Der problemverschärfende Wirkungszusammenhang von Subventionen und staatlich kontrollierter Preisbildung erweist sich daher als entscheidender Parameter für die Entwicklung des ÖPNV. So kulminiert die Kritik in dem Befund, unübersichtliche Finanzierungswege führten in Verbindung mit wenig transparenten öffentlichen Fördertatbeständen und dem praktizierten Konzessionsrecht zu einem an den Verkehrsbedürfnissen vorbeigehenden Mitteleinsatz der öffentlichen Hand und einem steigenden Zuschussbedarf der Verkehrsunternehmen⁵⁶. Die nicht sehr zahlreichen Beispiele für einen attraktiven Nahverkehr sind daher umso mehr zu würdigen, als ihre Leistungen gegen die dominierenden Strukturen des Finanzierungssystems erbracht worden sind.

⁵⁶ Vgl. Institut für Umweltrecht, S. 67 f. m.w.N.

II. Die Reform des rechtlichen Rahmens

Die 1993 beschlossenen Bahnstrukturreform ⁵⁷ zielt auf einen grundlegenden Systemwechsel staatlicher Infrastrukturverantwortung ⁵⁸. Durch die Privatisierung und die Deregulierung des Eisenbahnwesens wird das Konzept der Leistungserbringung von staatlicher Leistungsverwaltung auf marktvermittelte Dienstleistungsangebote umgestellt. Es beruht auf der Prämisse, dass Güter- und Personenbeförderung grundsätzlich rentabel betrieben werden können. Gleichzeitig wird jedoch die politische Infrastrukturverantwortung für das Netz und die Rahmenorganisation des Betriebes aufrecht erhalten. Dies führt zu einer Ausdifferenzierung von unternehmerischen und staatlichen Funktionen für Netz und Betrieb öffentlicher Infrastruktur ⁵⁹.

In der Bahnreform lag der entscheidende Impuls zur Reorganisation des Nahverkehrs. Mit Wirkung vom 1. 1. 1996 wurde die Privatisierung der Bundesbahn durch die Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs flankiert. Durch die Regionalisierung des SPNV hat sich der Bund von seiner unmittelbaren sachlichen Verantwortung für eine besonders verlustträchtige Aufgabe befreit. Grundlage dafür ist Art. 4 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens. ⁶⁰ In dem dort niedergelegten Regionalisierungsgesetz wurden auch die Grundsätze für die zukünftige Struktur des ÖPNV formuliert, für den ein einheitlicher regionaler Träger Planung, Organisation und Finanzierung übernehmen soll. In diesem Kontext wurde auch das PBefG geändert ⁶¹. Damit wurde zum einen der Grundstein gelegt, den hergebrachten Organisations- und Rechtsdualismus zwischen Straße und Schiene in einheitliche Struktur des ÖPNV zu überführen ⁶². Gleichzeitig wurde für den Personennahverkehr im Grundsatz anerkannt, dass ein attraktives Angebot nur mit staatlichen Finanzhilfen zu erstellen sei ⁶³. Die Gesetzgebung des Bundes war wiederum Impulsgeber für den Erlass von Nahverkehrsgesetzen durch die einzelnen Bundesländer. Gemeinsamer Leitgedanke war da-

⁵⁷ Vgl. zur Entwicklungsgeschichte: Dürr, Bahnreform, 1994; Steiner, in: Schmidt, S. 181 ff.; Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 577 ff.; Lehmkuhl/Herr, Reform im Spannungsfeld von Dezentralisierung und Entstaatlichung: Die Neuordnung des Eisenbahnwesens in Deutschland, PVS 1994, S.631 ff.

⁵⁸ So auch Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 578

⁵⁹ Vgl. auch Hermes, Infrastrukturverantwortung, S.

⁶⁰ Eisenbahnneuordnungsgesetz vom 21. 12. 1993 (BGBl. I S. 2378)

⁶¹ Vgl. zur Kritik der Länder BT-Drs. 12/5014, S. 31 ff.

⁶² Vgl. dazu im einzelnen Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, 174 ff.

bei die Zusammenführung der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten für Planung, Organisation und Finanzierung des ÖPNV in der Hand eines öffentlichen Trägers möglichst nahe „vor Ort“.

Die Reorganisation des Nahverkehrs durch die Gesetzgebung des Bundes und der Länder findet wiederum ihren Anstoß in den Regelungen des Gemeinschaftsrechts der EG zur Schaffung eines gemeinsamen Verkehrsmarktes. Sie steht deutlich im Zeichen der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Liberalisierung ehemals überregulierter Märkte. Rechtliche Orientierungsmarken dafür setzen die Art. 70 ff. EGV und das auf ihrer Grundlage erlassene Sekundärrecht. Einschlägig ist hier insbesondere die EG-Verordnung Nr. 1191/69 vom 26. 6. 1969.⁶⁴

Damit gerät der Nahverkehr in das Spannungsfeld zwischen Regionalisierung, Deregulierung und Privatisierung einerseits und Daseinsvorsorge, Planung, Organisationsvorsorge und Vernetzung öffentlicher Infrastruktur andererseits. Die Öffnung der regionalen Verkehrsmärkte für den Wettbewerb trifft auf öffentliche Unternehmen, die in komplexe technische, bauliche, planerische, ökonomische, fiskalisch-subventionsrechtliche und politische Netzwerke eingebunden sind. In dem Maße wie Versorgungsmonopole kommunaler Verkehrsbetriebe zugunsten wettbewerbsfördernder Strukturen geschleift werden, steht das gesamte System des öffentlichen Nahverkehrs zur Disposition. Die Schnittstellen zwischen der öffentlichen Planung und Finanzierung und unternehmerischen Durchführung des ÖPNV müssen neu definiert werden. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob sich die Reorganisation des ÖPNV auf eine Reform im Bestand beschränken wird oder einen großen Strukturwandel der *Entkommunalisierung des öffentlichen Nahverkehrs* anstößt.

Während die Strukturreform des ÖPNV von den einen als „Reform an Haupt und Gliedern“⁶⁵ bezeichnet wird, kritisieren sie andere zumindest im Hinblick auf den ÖSPV als defizitär ⁶⁶. Gleichwohl zeigen erste Erfahrungen dort positive Ergebnisse zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit, wo die Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen entschieden zur Einführung von Wettbewerb genutzt wird. So konnte der

63 Hermes, Motorisierter Individualverkehr und ÖPNV in Ballungsräumen, in: KOch (Hg.), Rechtliche Instrumente einer dauerhaft umweltgerechten Verkehrspolitik, Baden-Baden 2000, S. 151

64 ABl. EG Nr. L 156, S. 1 i.d.F. der VO 1893/91 vom 20. 6. 1991 (ABl. EG Nr. L 169, S. 1)

65 Fromm, TranspR 1994, 425

66 Vgl. etwa Berschin/Hickmann, Von der Bahnreform zur ÖPNV-Strukturreform, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 ff.

Münchner Verkehrsverbund (MVV) durch Ausschreibung von Linien eine Kosteneinsparung zwischen 19% und 46 % erzielen ⁶⁷. Umgekehrt scheinen viele der betroffenen Verkehrsunternehmen an der Einführung von wettbewerbsfördernden Strukturen wenig Interesse zu haben und den hergebrachten Modus der Konzessionierung von Linien mit dem Ausschluss von Wettbewerbern zu präferieren ⁶⁸.

II.1 Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts der EG

Grundlage des Gemeinschaftsrechts sind die Europäischen Verträge. Auf der Basis dieses europäischen Primärrechts wird das Gemeinschaftsrecht der EG durch Richtlinien und Verordnungen implementiert. Dabei unterscheidet sich Regelungszugriff der EG-VO von dem der EG-Richtlinien. Gem. Art. 249 Abs. 2 EGV gelten die Bestimmungen der EG-Verordnungen unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Die Richtlinien zum Schienenverkehr müssen dagegen nach Art. 249 Abs. 3 EGV durch die jeweiligen Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden und eröffnen ihnen dabei in der Regel erheblich größere Gestaltungsspielräume.

Maßgeblich für den Verkehr waren im alten Primärrecht die Art. 74 ff. EGV, die den Verkehr zum Gegenstand einer gemeinsamen Politik machten. Hier erlaubte Art. 77 a. F. EGV Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs und zur Abgeltung bestimmter Leistungen. Diese Bestimmungen stellen spezielle Regelungen gegenüber dem allgemeinen Beihilferecht nach Art. 92 ff. a. F. EGV dar. Durch die Neufassung der Verträge durch den Amsterdamer Vertrag ist das Verkehrsrecht der EG mit Wirkung zum 1. 5. 1999 modifiziert worden ⁶⁹. Danach verlangt Primärrecht des EGV nun mehr mit Art. 75 EGV die Beseitigung von diskriminierend wirkenden Vorschriften und statuiert mit Art. 76 EGV ein Verbot von nationalen Unterstützungsmaßnahmen. Allerdings werden die Regelungen zum Beihilferecht inhaltsgleich durch Art. 73 EGV aufrecht erhalten.

Im folgenden wird die Zitierweise des Primärrechts an der durch den Amsterdamer Vertrag eingeführten Fassung orientiert. Die zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrages vorhandene Literatur stellt dagegen weitgehend auf die alte Rechtslage ab und

⁶⁷ Vgl. Barth/Baumeister/Berschlin, Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV aufgrund nationaler und EG-rechtlicher Vorgaben. Rechtsgutachten im Auftrag der Verbundlandkreise im Münchener Verkehrs- und Tarifverbund (MVV), Bremen-Heidelberg 1998, S. 8

⁶⁸ Barth/Baumeister/Berschlin, S. 9

⁶⁹ BGBl. 1999 II S. 296

wird entsprechend zitiert. Nach 1999 erschienene Literatur konnte nicht mehr nachträglich Berücksichtigung finden. Dies rechtfertigt sich auch dadurch, dass das für den ÖPNV maßgebliche Sekundärrecht bisher noch nicht auf das neue Primärrecht Bezug nimmt.

II.1.1 Der Verkehr im alten und neuen Primärrecht des EGV

Allgemeines Ziel der Europäischen Gemeinschaft ist die Errichtung eines gemeinsamen Marktes mit einem beständigen, nichtinflationären und umweltverträglichen Wachstum (Art. 2 EGV). Er soll auf der Basis einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb organisiert werden (Art. 4 EGV). Die Beseitigung aller zwischenstaatlichen Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ist dafür konstitutiv (Art. 23 ff EGV). Deswegen ist auch ein System des Schutzes vor Verfälschungen des Wettbewerbs im Binnenmarkt sicherzustellen (Art. 3g EGV). Im diesem Zusammenhang statuiert Art. 81 EGV ein prinzipiales Kartellverbot. Zudem wird durch Art. 86 EGV eine Zulässigkeitsschranke für öffentliche und monopolartige Unternehmen gesetzt. Nach Art. 86 Abs. 2 EGV gelten die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts allerdings für öffentliche Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nicht ⁷⁰. Dazu zählen auch die Unternehmen der Massenbeförderung von Personen und Waren ⁷¹. Im weiteren verbietet Art. 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich staatliche Beihilfen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und dadurch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. In besonderen Fällen unterliegen sie gem. Art. 87 Abs. 2 EGV einem Erlaubnisvorbehalt.

Auch für die von Art. 3f EGV geforderte gemeinsame Verkehrspolitik soll ein gemeinsamer Verkehrsbinnenmarkt ohne mengenmäßige Beschränkungen angestrebt werden, in dem sich Preise und Leistungen unter gleichen Wettbewerbsbedingungen entwickeln ⁷². Durch den Vertrag von Maastricht wurde die verkehrswirtschaftliche Agenda um das eigenständige Politikfeld der Verkehrsinfrastrukturentwicklung im Rahmen der Transeuropäischen Netze ergänzt (Art. 152 EGV). Die Rechtsakte der EG

⁷⁰ Daher bestand zunächst im Hinblick auf die auch für öffentliche Nahverkehrsunternehmen geltende Ausnahmeregelung des Art. 87 Abs. 2 EGV kein primärrechtlicher Zwang, das hergebrachte Regulations- und Finanzierungsregime aufzuheben.

⁷¹ Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Rdn 52 zu Art. 90 a. F.

⁷² Geiger, EG-Vertrag, München 1995, Rdn. 10 zu Art. 7 a. F. 4

zur Umsetzung der gemeinsamen Verkehrsbinnenmarktes unterliegen den Vorschriften über die Zusammenarbeit zwischen Rat, Kommission und Parlament gem. Art. 248 EGV. Für die Infrastrukturpolitik gilt das Mitentscheidungsverfahren nach Art. 247 EGV.

Das im Postulat der Entwicklung eines gemeinsamen Binnenmarktes aufzuspürende egalisierende und generalisierende Grundmuster der Schaffung gemeinsamer und allgemein gültiger Rahmenbedingungen unterliegt dabei allerdings insoweit einer Relativierung, als die Art. 70 ff. EGV einen Sonderrechtsbereich konstituieren⁷³. Sie enthalten Sondervorschriften, die die gemeinsame Verkehrspolitik gegenüber den allgemeinen Vorschriften des europäischen Primärrechts zum Wettbewerb zwischen Unternehmen (Art. 81 ff. EGV) und zu den staatlichen Beihilfen (Art. 87 ff. EGV) herausheben. Nach den Grundätzen der additiven Anwendung treten die Vorschriften des Verkehrstitels im Verhältnis zu den übrigen Vorschriften des EGV als zusätzliche Regelungen hinzu⁷⁴. Daher ist die staatliche Konzessionierung von Unternehmen, die ihnen Ausschließlichkeitsrechte in der Form von Gebiets- oder Linienmonopolen gewährt, auch an den Vorschriften der Art. 81 ff. EGV zu messen. Zudem ist zu beachten, dass der Regelungskompetenz der Gemeinschaft generell durch das Subsidiaritätsprinzip Schranken gesetzt sind (Art. 5 Abs. 2 EGV). Danach darf die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, soweit die erforderlichen Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten selbst nicht ausreichend getroffen und sie wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Darin kann ein Gebot zur Zurückhaltung bei der Regelung von Details für den öffentlichen Nahverkehr in den einzelnen Regionen gesehen werden.

Art. 73 EGV enthält für den Verkehrsbereich eine primärrechtliche Freistellungsregelung vom grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art. 87 EGV. Beihilfen, die sich auf Art. 73 EGV stützen lassen, sind danach auch zulässig, auch wenn sie marktbeeinträchtigende Wirkungen haben⁷⁵. Als Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV werden sowohl vermögenswerte Leistungen als auch Belastungsverschonungen verstanden⁷⁶, die ohne

⁷³ Eine vergleichbare Ausnahmestellung nimmt ansonsten nur die Landwirtschaft ein, Art. 32 – 38 EGV

⁷⁴ Vgl. dazu EuGHE 1974, 359

⁷⁵ Erdmenger, Rdn 1 zu Art. 77 a. F.

⁷⁶ Vgl. Mederer, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Rdn. 5 zu Art. 92 a. F.

eine Gegenleistung gewährt werden. Darunter fallen alle von der öffentlichen Hand geleisteten Zuwendungen, die nicht im Rahmen von Austauschverträgen erfolgen ⁷⁷. Leistungseinkäufe des Staates sind danach keine Beihilfen, soweit ihnen eine marktmäßige Gegenleistung gegenübersteht ⁷⁸. Grundsätzlich nicht unter den Begriff der Beihilfe fallen Leistungen, die die öffentliche Hand im Rahmen ihrer Eigentümerfunktion von öffentlichen Unternehmen trifft ⁷⁹. Dies setzt jedoch voraus, dass solche Leistungen wirtschaftlich sinnvoll sein müssen. Dies wird man von offenen oder verdeckten Verlustabdeckungen für chronisch defizitäre Unternehmen wohl verneinen müssen ⁸⁰. Die Eingrenzung auf des Beihilfebegriffs auf die Vorteilsgewährung für „bestimmte Unternehmen und Produktionszweige“ macht im weiteren deutlich, dass die Förderung der Wirtschaft durch die allgemeine Wirtschafts- und Strukturpolitik nicht unter das Beihilfeverbot fällt ⁸¹.

Nach Art. 77 EGV sind Beihilfen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter mit dem Begriff des „öffentlichen Dienstes“ zusammenhängender Leistungen entsprechen. Dies bedeutet, dass neben den Ausnahmen, die Art. 87 EGV selbst vorsieht, zwei zusätzliche Ausnahmekategorien für zulässige Beihilfen geschaffen worden sind ⁸². Unter Verkehrskoordinierung wird dabei zunächst die räumliche Koordinierung verschiedener Verkehrsträger, insbesondere ihrer Schnittstellen verstanden. Dazu zählen nicht nur Maßnahmen der organisatorischen und technischen Vernetzung, sondern auch die Förderung des kombinierten Verkehrs ⁸³. Darüber hinaus werden unter den Begriff der Verkehrskoordinierung auch die Grundzüge der ordnungspolitischen Gestaltung des Verkehrs subsumiert. Dies betrifft etwa die Beseitigung struktureller Schwächen wie der Ausgleich von Wettbewerbsverzerrungen oder der Abbau von Überkapazitäten ⁸⁴.

Abgeltungsbeihilfen beziehen sich dagegen eher auf die Mikrodimension der intramodalen Steuerung. Der im Deutschen schwer nachzuvollziehende Begriff des „öffentli-

⁷⁷ Vgl. dazu Berschin, Europäisches Recht der Finanzierung im ÖPNV bringt Wettbewerb um Subventionen, ZUR 1997, 4 <5> m.w.N.

⁷⁸ EuGHE 1991, I – 1433

⁷⁹ Vgl. dazu allgemein EuGHE 1986, 2263 <2270>

⁸⁰ EuGHE 1986, 2263 <2286>; 1990, 352 <361>; 1991 I-1635 <1640>; 1996 I- 5151 <5215>

⁸¹ Mederer, Rdn. 20 zu Art. 92 a. F.

⁸² Erdmenger, Rdn 1 zu Art. 77 a. F.

⁸³ Erdmenger, Rdn 10 zu Art. 77 a. F.

⁸⁴ Vgl. Erdmenger, Rdn 10 zu Art. 77; a. F. ; Geiger, Rdn 3 zu Art. 77 a. F.

chen Dienstes“ erklärt sich aus der französischen Terminologie des „service public“. Er bezeichnet die Aufgaben des Verkehrswesens, die im öffentlichen Interessen auferlegt oder vereinbart werden, und deren Wahrnehmung in der Regel zu wirtschaftlichen Nachteilen führt⁸⁵. Für den Terminus „service public“ hat sich im deutschen Sprachgebrauch der Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen“ eingebürgert. Er wird im folgenden jedoch nur dort verwandt, wo das deutsche Recht es selbst vorsieht. Im übrigen ist vor der „semantischen Falle“⁸⁶, ausdrücklich zu warnen. Sie verwendet einen traditionsbesetzten Begriff in einem unzulässig verengten Kontext defizitärer Betriebsergebnisse (vgl. dazu unten). Statt dessen wird auf die EG-offizielle Übersetzung des „öffentlichen Dienstes“ zurückgegriffen.

Im Konzept der EGV fehlt eine positive Aussage zum ÖPNV. Er kommt im Konzept der Europäischen Verträge nicht vor⁸⁷. Vielmehr enthält das Europäische Primärrecht für den hier interessierenden Zusammenhang der Finanzierung des ÖPNV zunächst drei grundlegende Regeln für eine Ausnahme von den allgemein geltenden Binnenmarktregeln:

- Zunächst gilt es, den Ausnahmeverbehalt des Art. 87 Abs. 2 EGV für öffentliche Versorgungsunternehmen zu beachten. Danach gelten die Wettbewerbsregeln für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, nicht, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.
- Im weiteren sind allgemein geltende gesetzliche Erstattungsansprüche für die Beförderung bestimmter Gruppen zu besonderen Tarifen von dem Beihilfeverbot ausgenommen, weil sie weder geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen noch das Kriterium der Einseitigkeit erfüllen. Entgelte nach §§ 6a AEG, 45a PBefG oder § 62 SchwbG fallen daher nicht unter das Beihilfeverbot des Art. 87 EGV.
- Schließlich erlaubt Art. 73 EGV als Ausnahme vom grundsätzlichen Beihilfeverbot Beihilfen, die die Verkehrskordinierung oder die Abgeltung von bestimmten, mit

⁸⁵ Geiger, Rdn 4 zu Art. 77 a. F.

⁸⁶ Ewers/Ilgmann, S. 24

⁸⁷ Vgl. nur die Kommentierung der Art. 74 ff. a. F. durch Erdmenger, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann. Zu recht hat daher das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 17. 1. 1997 eine spezielle Regelung im Primärrecht gefordert (ABl. Nr. C 33/127)

dem Begriff des „öffentlichen Dienstes“ zusammenhängenden Leistungen betreffen.

Damit sind die primärrechtlichen Vorgaben für den ÖPNV durch das Beihilfeverbot und die beiden Ausnahmeverbehalte zunächst negativ justiert. Umso bedeutsamer werden damit die Regelungen des europäischen Sekundärrechts.

II.1.2 Der Nahverkehr im europäischen Sekundärrecht

Die Entwicklung einer gemeinsamen Verkehrspolitik wird als „mühsam“ bezeichnet ⁸⁸. Erst die 1983 vom Europäischen Parlament gegen die Kommission erhobene Untätigkeitsklage brachte entscheidende Anstöße für eine binnenmarktorientierte Deregulierung und Liberalisierung der fünf großen Verkehrsträger ⁸⁹. Sie wurden im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte aufgegriffen und durch die Verträge von Maastricht forciert umgesetzt. Als Bilanz der Bemühungen um einen gemeinsamen Verkehrsmarkt wird hervorgehoben, dass die Liberalisierung des Verkehrsbinnenmarktes in den 90er Jahren durch die Einführung von Wettbewerbsstrukturen zwischen privaten Verkehrsunternehmen für den Bereich der gewerblichen Wirtschaft im großen und ganzen erreicht worden sei. Als Marksteine dafür gelten im Bereich des Güterverkehrs der Wegfall der Kontingente (1988) ⁹⁰, die freie Preisbildung im grenzüberschreitenden Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten (1989) ⁹¹ und die Liberalisierung der Kabotage (1993) ⁹². Vergleichbare Maßnahmen wurden für den Personenverkehr getroffen ⁹³.

Nach Wegfall der direkten Wettbewerbshindernisse geraten nunmehr verstärkt die indirekt auf den Verkehrsmarkt wirkenden Regelungen wie Steuern oder Beihilfen in das Augenmerk der EG-Verkehrspolitik. Hier besteht zwischen dem grundsätzlichen Diskriminierungsverbot und dem Harmonisierungsgebot für das Komplementärrecht ein problemträchtiges Spannungsfeld ⁹⁴. Es markiert den Unterschied zwischen Deregulierung der nationalen Rechtsbestände und einer „Re-Regulierung“ durch marktbegleitendes Gemeinschaftsrecht. Eine Festlegung gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen

⁸⁸ Erdmenger, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Rdn. 2 vor Art. 7 a. F. 4

⁸⁹ EUGHE 1985, 1513 ff.

⁹⁰ EG-VO 1841/88 ABl. 1988 L 163/1

⁹¹ EG-VO 4058/89 L 390/1

⁹² EG-VO 3118/93 ABl. 1993 L 279/1

⁹³ EG-VO 12/1998 ABl. 1998 L 4/10; vgl. dazu Bidinger NVwZ 1993, 289 ff.

⁹⁴ Oppermann, S. 599

über die Besteuerung oder die Erhebung von Maut- und Straßenbenutzungsgebühren gelingt nur langsam ⁹⁵. Gleichzeitig blockiert die Stillhalteverpflichtung des Art. 72 EGV nationale Regelungen, die die Verkehrsmärkte beeinflussen können, auch bei Ausbleiben einer EG-weiten Harmonisierung ⁹⁶. Daher stellen die gemeinschaftsrechtlichen Markierungen der Rahmenbedingungen für einen gemeinsamen Verkehrsmarkt noch immer „ein ziemlich undeutliches und beliebig aneinander gereihtes Sammelsurium von Einzelaspekten dar“ ⁹⁷, in der sich strikt marktwirtschaftlich ausgerichtete mit lenkenden Maßnahmen mischen. Dies betrifft nicht nur den Mix von mitgliedstaatlicher Deregulierung und gemeinschaftsrechtlicher „Re-Regulierung“, sondern insbesondere auch die Beachtung der unterschiedlichen Verkehrsträger durch die Verkehrspolitik der Gemeinschaft. Historisch-genetisch haben in ihr der Straßenverkehr und das private Verkehrsgewerbe eine klare Präferenz.

Erst seit Anfang der neunziger Jahre hat das für die Deregulierung der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen privater Verkehrsmärkte zugrunde gelegte Modell des Wettbewerbs auch entscheidende Bedeutung für den öffentlichen Verkehr erhalten. Leitbild der Verkehrspolitik der EG für den Schienenverkehr war dabei die Umwandlung der staatlichen Eisenbahnen in Dienstleistungsunternehmen, die Unabhängigkeit der Unternehmensleitungen, die Reform der Rechnungsführung, die fakultative Trennung von Infrastruktur- und Verkehrsdienstleistungen sowie die Einführung von Wettbewerb auf dem Schienennetz unter Zulassung von internationalen Betreibern. Dazu dienten die Richtlinien 91/440 und 95/18 u. 19 ⁹⁸. Im weiteren verfolgte die EG-Verordnung 1191/69 in der Fassung der Verordnung 1893/91 vom 20. 6. 1991 ⁹⁹ das Ziel, die Staatseisenbahnen wie andere Verkehrsunternehmen auch von besonderen, ihnen auferlegten Lasten des „service public“ zu befreien und sie in das marktwirtschaftliche System einzugliedern. Nach Art. 1 Abs. 3 dieser VO haben die Mitgliedstaaten grundsätzlich alle auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs bestehenden Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ aufzu-

⁹⁵ Vgl. dazu die vom EuGH inzwischen aufgehobene RL 93/89 (ABl. 1993 Nr. L 279, S. 32) und die neue RL vom 19. 6. 1999 (ABl. Nr. L 187, S. 42) sowie Sackofsky, Lenkungsabgaben im überörtlichen Verkehr, in: Koch (Hg.), Rechtliche INSTRUMENTE einer dauerhaft umweltgerechten Verkehrspolitik, Baden-Baden 2000, S. 125 ff.; Wolf, Rechtsprobleme der Einführung einer Schwerverkehrsabgabe, ZUR 2000, 123 ff.

⁹⁶ Vgl. zur Aufhebung der deutschen Schwerverkehrsabgabe EUGHE 1992 I – 3141 ff.

⁹⁷ Oppermann, Europarecht, S. 590

⁹⁸ ABl. 1991 Nr. L 237, S. 25 u. ABl. 1995 Nr. L 143, S. 70

⁹⁹ ABl. 1991 Nr. L 169, 1

heben. Vor ihrem Hintergrund ist auch die Privatisierung der Deutschen Bundesbahn zu sehen ¹⁰⁰. Allerdings können die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 4 nun mehr Verträge mit dem Gegenstand der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ vereinbaren, um unter Berücksichtigung sozialer, umweltpolitischer und landesplanerischer Faktoren und von Sondertarifen für bestimmte Gruppen eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen.

Die Novelle zur EG-Verordnung 1191/69 vom 20. 6. 1991 hat ihren Geltungsanspruch erweitert und ihn auf die gesamten Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienstleistungen ausgedehnt. Zwar enthält sie im Hinblick auf die Regelung des ÖPNV für die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Option eines „Opting-out“ (Art. 1 Abs. 1 UA 2), davon hat die Bundesrepublik jedoch nur bis zum 31. 12. 1995 Gebrauch gemacht ¹⁰¹. Aufgrund der unmittelbaren Geltung der EG-VO 1191/69 können nationale Vorschriften nur insoweit differenzierende Regelungen treffen, als sie dies ausdrücklich zulässt. Mit ihr ist daher nicht nur das Leitbild der Deregulierung des staatlichen Eisenbahnwesens implizit zum Muster für die Gestaltung des ÖPNV geworden. Vielmehr wirkt die EG-VO 1191/69 seit dem 1. 1. 1996 auch als unmittelbar geltendes Recht. Nach Maßgabe des sekundären Gemeinschaftsrechts ist daher auch der Nahverkehr im Zeichen der Einführung von Wettbewerbsstrukturen auszugestalten.

Nach Art. 1 Abs. 3 der EG-VO 1191/69 haben die Mitgliedstaaten grundsätzlich auch dort alle Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ aufzuheben. In einer modellplatonischen Version dieses regulatorischen Leitbildes wären danach die Verkehrsleistungen im örtlichen und regionalen Verkehr durch miteinander konkurrierende Unternehmen durchzuführen. Art. 1 Abs. 4 und Abs. 5 S. 1 der VO stellen jedoch auch klar, dass Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ein öffentliches Sonderregime rechtfertigen können. Der allgemeine Leitgedanke der Deregulierung der Verkehrsmärkte bisher öffentlich regulierter Nahverkehrsdienstleistungen ist damit gerade nicht zur generellen Vorgabe des EG-Sekundärrechts für den ÖPNV geworden. Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ sind zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung zulässig. Das Ge-

¹⁰⁰ Vgl. dazu Schulz, Das Eisenbahnwesen des Bundes und die Stellung der deutschen Bahnen auf dem Europäischen Binnenmarkt, 1995; Fromm, DVBl. 1994, 187 ff.; Fromm/Sellmann, NVwZ 1994, 547 ff.; Sellmann, NVwZ 1996, 857 ff.; Sellmann, NVwZ 1999, 250 ff.

¹⁰¹ Vgl. § 3 der VO zur Festlegung des Anwendungsbereiches der EWG-VO 1191/69 i.d.F. vom 29. 11. 1994 (BGBl. I S. 3630)

meinschaftsrecht konzidiert vielmehr, dass gerade der ÖPNV unter besondere Regiebedingungen gestellt werden kann, indem es die Möglichkeit bietet, vom Modell allein marktvermittelter Verkehrsdienstleistungen aus Gründen der ausreichenden Verkehrsbedienung abzuweichen. Damit werden die Termini „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ und „ausreichende Verkehrsbedienung“ zu Schlüsselbegriffen für eine mitgliedstaatliche Re-Regulierung des ÖPNV. Diese Re-Regulierung ist eine Option, aber keine Verpflichtung. Es hängt daher von den Mitgliedstaaten ab, ob sie von ihr Gebrauch machen.

Rechtfertigungsgrund für Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ ist die Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung. Die dafür maßgeblichen Kriterien werden in Art. 3 Abs. 2 der EG-VO 1191/69 umrissen. Danach ist eine ausreichende Verkehrsbedienung nach dem öffentlichen Interesse, der Möglichkeit andere Verkehrsmittel einzusetzen, um die betreffenden Verkehrsbedürfnisse zu befriedigen, sowie den Beförderungsentgelten und –bedingungen zu beurteilen. Damit wird deutlich, dass der Grund für „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ im Sinne eines Gemeinwohlaufrages für Nahverkehrsdienstleistungen, für die insbesondere soziale, umweltpolitische und landesplanerische Faktoren Erwägungen bedeutsam sein können (Art. 1 Abs. 4), interpretiert werden muss. Zu den Gründen für Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ gehört damit nicht der allgemeine umwelt- und gewerberechtliche Ordnungsrahmen des Verkehrs ¹⁰². Im Hinblick auf die Verwendung der Wortes „adequate“ in der englischen Textfassung wird dabei der Begriff „ausreichende Verkehrsbedienung“ wohl als „angemessene Verkehrsbedienung“ zu verstehen sein ¹⁰³. Hier belässt das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten offenkundig erhebliche Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume, bei der Festlegung dessen, was als angemessen zu betrachten ist ¹⁰⁴.

Liegt der Rechtsgrund „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ im Gemeinwohlbezug einer ausreichenden Verkehrsbedienung, so benennt Art. 2 Abs. 2 EG-VO 1191/69 die Verpflichtungsgegenstände. Dies sind die Betriebspflicht, die Beförderungspflicht und die Tarifpflicht. Sie setzen im weiteren gem. Art. 2 Abs. 1 voraus, dass die Unternehmen die entsprechenden Leistungen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht

¹⁰² Vgl. auch EuGH Slg 1973, 1299 <1311>

¹⁰³ Werner, ZUR 1997, 12 <13>

¹⁰⁴ So auch Barth, S. 140

oder nicht im gleichen Umfang und nicht zu den gleichen Bedingungen übernehmen würden. Erst hier wird der Wirtschaftsmodus einer Subventionierung defizitärer Leistungen angesprochen. Die Bedienung bestimmter Strecken, die Taktfrequenzen, die Höhe der Beförderungsentgelte und andere Leistungsmerkmale sind daher Kriterien für die Feststellung, wann eine ausreichende Verkehrsbedienung anzunehmen ist. Daraus ergibt sich zunächst im Umkehrschluss, dass allgemein verbindliche Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten für Verkehrsunternehmen im Nahverkehr von einer öffentlichen Stelle nur im Rahmen der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ vorgegeben werden können. Diese setzen wiederum damit voraus,

1. dass ein Bedürfnis nach ausreichenden Verkehrsdienstleistungen besteht,
2. dass diese Dienstleistungen nicht im erforderlichen Umfang marktförmig erbracht werden und
3. dass sie im Wege von Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten definiert werden können.

Im weiteren wird deutlich, dass die EG-VO 1191/69 den Begriff des „öffentlichen Dienstes“ nicht notwendigerweise mit einem defizitären Betriebsergebnis gleichsetzt. Verpflichtungsfähig im Rahmen des „öffentlichen Dienstes“ sind auch Dienstleistungen, die grundsätzlich rentabel sein könnten, aber von einem Unternehmen auf dem in Frage stehenden regionalen Nahverkehrsmarkt real nicht angeboten werden. Nicht ein defizitäres Betriebsergebnis, sondern ein mangelndes Angebot an Verkehrsleistungen, die aus Gründen einer ausreichenden Verkehrsbedienung für erforderlich gehalten werden, ist das entscheidende Kriterium. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn sich die Unternehmen höhere Renditen erwarten als erzielt werden können. Entsprechendes gilt für die Fälle, in denen entsprechende Dienstleistungen zwar grundsätzlich angeboten werden, aber nicht in dem Umfang oder zu den Bedingungen, wie dies zur ausreichenden Verkehrsbedienung erforderlich ist.

Art. 2 Abs. 1 EG-VO 1191/69 postuliert daher zwar einen konzeptionellen Vorrang der privaten Verkehrsdienstleistungen gegenüber den „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“, allerdings ist der marktwirtschaftlich betriebene Verkehr keine strikte Schranke für „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“. Eine ausreichende Verkehrsbedienung ist nicht schon dadurch indiziert, dass in einem Nahverkehrsraum Verkehrsdienstleistungen von privaten Unternehmen überhaupt angeboten werden. Maßgeblich ist die Beurteilung, ob Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ zur Si-

herstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung erforderlich sind. Daher ist das Angebot nicht-regulierter Verkehrsdienstleistungen lediglich ein Element bei der Ermittlung dessen, was als ausreichende Verkehrsbedienung zu verstehen ist. Vielmehr sind daneben insbesondere auch die Grenzen und Folgeprobleme des Individualverkehrs zu berücksichtigen. Daher kann es aus Gründen des Umweltschutzes oder des Schutzes urbaner Lebenszusammenhänge durchaus angezeigt sein, zu Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ zu greifen und den Massenverkehr in einem gemeinsamen Netzwerk von Linien, Taktfrequenzen, Tarifen und Bedienungsstandards zu organisieren. Somit kann keine Rede davon sein, dass im Nahverkehr nicht-regulierte Verkehrsleistungen immer Vorrang vor Verkehrsleistungen im Rahmen der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ hätten¹⁰⁵. Der ÖPNV im Rahmen von Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ ist kein Komplementärverkehr, der lediglich die Lücken schließen darf, die die nicht-reglementierten Verkehrsdienstleistungen hinterlassen. Vielmehr liegt seine Rechtfertigung ausschließlich darin, dass er für eine nach sozialen, umweltpolitischen sowie stadt-, regional- und landesplanerischen Gesichtspunkten ausreichende Verkehrsbedienung erforderlich ist.

Für die Verpflichtung eines Verkehrsunternehmens im Rahmen des „öffentlichen Dienstes“ stehen zwei unterschiedliche Verpflichtungswege zur Verfügung. „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ können mit dem Verkehrunternehmer vereinbart (Art. 1 Abs. 4) oder hoheitlich auferlegt oder beibehalten werden (Art. 1 Abs. 5). Sowohl die konsuale als auch die hoheitliche Form der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ werden im weiteren an marktaffinen und –simulierenden Kriterien orientiert. Kosteneffizienz, Transparenz und Wettbewerb sollen soweit wie möglich gewährleistet werden.

Macht die Behörde von der Möglichkeit der Vereinbarung von „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ Gebrauch, wird sie in der Terminologie des Nahverkehrsrechts zum „Besteller“. Sinn des Bestellerprinzips ist die Fixierung der spezifischen Entgeltlichkeit von Leistungen, die im Rahmen des „öffentlichen Dienstes“ erbracht werden¹⁰⁶. Damit stellt sich die Frage nach der Methode der Ermittlung des Vertragspartners und der Entgeltung seiner Leistungen. Sie wird durch die EG-VO 1191/69 nicht ausdrücklich geregelt. Im Hinblick auf das allgemein geltende Gemeinschaftsrecht ist es

¹⁰⁵ So aber Batzill/Zuck, S. 17

¹⁰⁶ Vgl. auch Fromm/Sellmann, NVwZ 1994, 547 <553>

jedoch offenkundig, dass die Dienstleistungs- 107, Liefer- 108, Sektoren- 109 und Transparenzrichtlinie 110 zu beachten sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Grünbuch „Bürgernetz“ der Kommission zu verweisen, das den ÖPNV als Teil des Verkehrsmarktes betrachtet und in dem vorgeschlagen wird, ÖPNV-Leistungen in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren zu vergeben 111.

Statt Wettbewerb auf dem Konsumentenmarkt gilt zumindest das Prinzip des Wettbewerbs um die Vergabe des Auftrags zur Durchführung öffentlicher Infrastrukturdienstleistungen. Der Vergabewettbewerb steht nicht nur Wettbewerbern aus den Kreisen nicht-öffentlicher Verkehrsunternehmen offen, sondern grundsätzlich auch Wettbewerbern aus dem gesamten Raum der EG. Ein prinzipialer Besitzstandsschutz für kommunale Verkehrsunternehmen ist damit ebenso ausgeschlossen wie eine allein ihnen vorbehaltene Kofinanzierung mit Mitteln der öffentlichen Hand. Für die Vereinbarung von Verkehrsdiensten sind im weiteren die Regelungen des Art. 14 zu beachten. Eine vertragliche Vereinbarung kann danach Anforderungen an die Kontinuität, Regelmäßigkeit, Leistungsfähigkeit und Qualität von Verkehrsdienstleistungen, Preise, besondere Tarife und Bedingungen für den Transport bestimmter Gruppen, die Anpassung an den tatsächlichen Bedarf und die finanziellen Ausgleichsbedingungen enthalten (Art. 14 Abs.1, 2 u. 6). Zur Gewährleistung von Transparenz im Vergabewettbewerb sind die einschlägigen Entscheidungen der Behörden öffentlich zu machen (Art. 15) 112.

Der Vergabewettbewerb scheidet als Mittel rationaler Entscheidungsfindung bei der einseitig-hoheitlichen Auferlegung aus. Statt dessen wird der Auswahl des Verkehrsunternehmens und der Verkehrsdienstleistungen durch das Prinzip der geringsten Kosten gesteuert. Vorzuziehen ist die Lösung, die mit den geringsten Kosten verbunden ist (Art. 3 Abs. 1). Um transparente Entscheidungen zu gewährleisten, müssen Verkehrsunternehmen, die sowohl im Rahmen der Verpflichtungen des öffentlichen Dien-

107 RL 92/50/EWG vom 18. 6. 1992 (ABl. Nr. L 209, S. 1)

108 RL 93/36/EWG vom 14. 6. 1993 (ABl. Nr. L 199, S. 1)

109 RL 93/38/EWG vom 14. 6. 1993 (ABl. Nr. L 199, S. 84)

110 RL 80/723/EWG vom 26. 6. 1980 (ABl. Nr. L 195, S. 35) zuletzt geändert durch RL 93/84 vom 30. 9. 1993 (ABl. Nr. L 254, S. 16)

111 Europäische Kommission, Das Bürgernetz. Wege zur Nutzung des Potentials des öffentlichen Personenverkehrs in Europa. Grünbuch. Kom (95) 601 endg. vom 29. 11. 1995, Bulletin der Europäischen Union 1996, Beilage 4/5; Vgl. dazu auch Meyer, Der Nahverkehr 5/1997, 14

112 Berschin, ZUR 1997, 4 <7>

stes als auch außerhalb derselben tätig sind, eine getrennte Rechnungsführung darlegen. Ein Transfer zwischen beiden Unternehmensbereichen ist unzulässig (Art. 1 Abs. 5). Erwachsen allerdings den Verkehrsunternehmen aus einer Verpflichtung des öffentlichen Dienstes wirtschaftliche Nachteile, können sie deren völlige oder teilweise Aufhebung beantragen (Art. 4 Abs. 1). Inwieweit wirtschaftliche Nachteile entstehen, ergibt sich aus der komplex gefassten Vorschrift des Art. 5. Er verlangt eine Grenzkosten- und Erlösbetrachtung. Die Beibehaltung von Verpflichtungen, die mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sind, hat die Gewährung von Ausgleichszahlungen zur Folge (Art. 6 Abs. 2). Einzelheiten über die Ausgleichsmethoden, nach denen sich die Höhe des Ausgleichs bestimmt, regeln die Art. 10 bis 12. Der Ausgleich ist für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr auf der Basis dieser Berechnungsmethoden im voraus festzulegen und später auf der Grundlage der Jahresabschlüsse zu berichtigen (Art. 13 Abs. 1).

Im gemeinschaftsrechtlichen Sinne sind daher in der Bundesrepublik Verkehre aufgrund von Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ diejenigen, die einem zuständigen Aufgabenträger mit einem Verkehrsunternehmen nach dem 31. 12. 1995 auferlegt oder vereinbart worden sind ¹¹³. Das rechtliche Schicksal vorher öffentlich-rechtlich lizenzierter Verkehrsleistungen im ÖPNV ist unklar. Da Art. 1 Abs. 5 der EG-VO 1191/69 die Möglichkeit der Beibehaltung von Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ enthält, könnte zunächst davon ausgegangen werden, dass alle Zulassungen zunächst weiter gelten. Dies trifft allerdings nur für diejenigen zu, die den Anforderungen des Art. 2 dieser Verordnungen entsprechen. Für alle anderen besteht vielmehr nach Art. 1 Abs. 3 die Pflicht, sie aufzuheben. Daher kann entgegen der Ansicht von Batzill und Zuck keine Rede davon sein, dass sie nicht unter den Anwendungsbereich der EG-VO fallen würden ¹¹⁴.

Der rechtliche Status der Ausgleichszahlungen ist nicht unumstritten. Erdmenger sieht in Ausgleichszahlungen für die einseitig-hoheitlich auferlegten Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ grundsätzlich kein Entgelt für Leistungen, sondern ein eigenständiges öffentlich-rechtliches Institut des Verkehrsrechts ¹¹⁵. Damit ordnet er sie den Beihilfen i.S.d. Art. 87 EGV zu. Sofern die Ausgleichszahlungen jedoch auf vertragli-

¹¹³ Batzill/Zuck, S. 16

¹¹⁴ Batzill/Zuck, S. 16

¹¹⁵ Erdmenger, Rdn 13 zu Art. 77 a. F.

chen Vereinbarungen beruhen, sieht er darin eine Austauschbeziehung, die sich mit dem Begriff der Beihilfe nicht vereinbaren lasse. Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie führt zu einer unhaltbaren Zersplitterung der Rechtsgrundlagen für die Förderung des ÖPNV. Mit den Ausgleichszahlungen werden wirtschaftliche Nachteile der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht unabhängig davon abgegolten, ob sie formell durch Verwaltungsakt auferlegt oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart worden sind. Der gemeinsame Rechtsgrund für die Förderung des ÖPNV liegt in den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes und damit in den Gemeinwohlbezug der Verkehrsleistungen ¹¹⁶.

Obwohl die EG-VO 1191/69 programmatisch das Prinzip der Kostenminimierung verfolgt, zielt ihr Zuschussmodell nur auf die Minimierung der kalkulierbaren Defizite, die mit Verpflichtungen auf der Grundlage von Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten verbunden sind und damit durch den staatlichen Besteller abgedeckt werden müssen. Sie enthält keine zusätzlichen Anreize für Leistungs- und Effizienzsteigerungen bei dem Verkehrsunternehmen, das das günstigste Angebot abgegeben hat. Insoweit bewegt es sich durchaus in den Gleisen des herbrachten Rechts der Vergabe öffentlicher Leistungen.

Die EG-VO 1191/69 enthält darüber hinaus weder eine Aussage zur Finanzierung des ÖPNV aus Mitteln der EG ¹¹⁷ noch ein in sich abgeschlossenes Modell zur Finanzierung aus den öffentlichen Haushalten der Mitgliedstaaten. Die EG-VO 1191/69 bezieht sich damit nicht auf Beihilfen, die nicht als Ausgleich für wirtschaftliche Nachteile aufgrund von Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ erfolgen. Die Harmonisierungsentscheidung des Rates 65/271 ¹¹⁸ hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass die EG-Verordnung Nr. 1107/70 ergänzend zu den Abgeltungstatbeständen der EG-VO 1191/69 zu beachten ist. Sie regelt dann abschließend, welche Beihilfen zusätzlich im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik nach Art. 73 EGV zugelassen sind ¹¹⁹. Dazu zählen Beihilfen zur Angleichung der Wegekosten (Art. 3 Nr. 1b), Sanierungsbeihilfen (Art. 3 Nr. 1d) oder zeitlich begrenzte Beihilfen im kombinierten Verkehr (Art. 3 Nr.1e). Diese Koordinierungsbeihilfen beziehen sich damit insbesondere auch auf die

¹¹⁶ So auch Geiger, Rdn 4 zu Art. 77 a. F.

¹¹⁷ Die EG fördert den Verkehr mit Ausnahme einiger Programme zur Umwelt-, Technik- und Energieforschung mit eigenen Mitteln nicht direkt. Möglich sind allerdings Fördermittel im Rahmen der Regional- und Strukturfonds.

¹¹⁸ Vom 13. 5. 1965 (ABl. Nr. L 88, S. 1500)

Makrodimension der Justierung der intermodalen Strukturen des Verkehrswesens. Sie sind daher für bestimmte Zuschussstatbestände wie Erhöhung der Bedienungsqualität, Marketing etc. zulässig. Das Europäische Parlament sieht in seiner Beschlussfassung zum sog. „Castricum-Bericht“ eine Konformität zum Gemeinschaftsrecht nicht nur in der Begleichung öffentlicher Pflichtleistungen wie Schüler- und Schwerbehinderten-transport sowie der Übernahme von Verbundlasten, sondern auch in der Übernahme von Kosten zur Sanierung öffentlicher Unternehmen und der unentgeltlichen Nutzung der öffentlichen Infrastrukturen ¹²⁰.

Als unzulässig werden dagegen in Teilen der deutschen Literatur allgemeine Finanzhilfen, die die Kapitalausstattung erhöhen, angesehen ¹²¹. Demgegenüber begreift Erdmenger solche Maßnahmen als Eigentümerleistungen, die grundsätzlich nicht unter den Begriff der Beihilfen fallen ¹²². Problematisch bleibt auch der rechtliche Status der finanziellen Transfers, die im Rahmen des Querverbundes erfolgen. Sie können zum einen nicht als Abgeltungsbeihilfen i.S.d. Art. 73 EGV gelten, weil sie nicht in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes stehen. Zum anderen verfolgt die EG-VO 1191/69 nicht das Ziel, steuerrechtlich relevante Transfers in einem Unternehmen zu reglementieren. Solche Transferzahlungen sind daher grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV über Beihilfen zu beurteilen ¹²³. Sie beziehen sich allerdings nur auf staatliche Beihilfen. Der Querverbund in einem öffentlichen Unternehmen kann daher nur in den Regelungszusammenhang des Art. 87 EGV gestellt werden, wenn man darin öffentliche Mittel sehen kann. Dass Beihilfen auch über Unternehmen fließen können, wenn diese staatlichem Einfluss unterliegen, ist unstrittig ¹²⁴. Erforderlich ist jedoch zusätzlich, dass diese Maßnahme zu einer Belastung öffentlicher Haushalte führt ¹²⁵. Dies wird man bei den durch den Querverbund verursachten Steuerminder-einnahmen bejahen können. Die Ausnahme vom grundsätzlichen Beihilfeverbot setzt daher die vorherige Information der Kommission voraus (Art. 88 Abs. 3 S. 1 EGV). Eine

¹¹⁹ Erdmenger, Rdn 14 zu Art. 77 a. F.

¹²⁰ Entschließung vom 17. 1. 1997 – ABl. Nr. 33/127

¹²¹ Berschin, ZUR 1997, 6

¹²² Erdmenger, Rdn 11 zu Art. 77 a. F.

¹²³ Erdmenger, Rdn 2 zu Art. 77 a. F.

¹²⁴ Vgl. EuGH 1982, 4005; 1985, 439; 1988, 2869 sowie RL 80/723 vom 25. 6. 1980 (ABl. 1993 Nr. L 254, S. 16)

¹²⁵ Mederer, Rdn 16 zu Art. 92

Gewährung von Beihilfen ohne Anmeldung führt zu ihrer formellen Rechtswidrigkeit ¹²⁶. Dies hat ein Durchführungsverbot zur Folge (Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV). Für nicht angemeldete freiwillige Zahlungen oder andere Begünstigungen außerhalb der Beihilfetatbestände der EG-VO 1191/69 ist damit kein Raum ¹²⁷.

Insoweit lässt sich von einem dualen Modell von Nahverkehrsdienstleistungen sprechen. Verkehrsunternehmen, die außerhalb der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes und gewinnbringend arbeiten, sind grundsätzlich dereguliert. Verkehrsleistungen im Rahmen der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes sind in Bezug auf Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten reguliert. Soweit die Unternehmen deshalb nicht kostendeckend und gewinnbringend arbeiten können, hat der staatliche Besteller den ihnen aus der Bestellung resultierenden Zuschussbedarf zu übernehmen. Damit gibt es im Konzept der gemeinschaftsrechtlichen Regelung des Personennahverkehrs auch eine duales Wettbewerbsmodell. Die außerhalb der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ operierenden Unternehmen stehen untereinander und gegen die alternativen Verkehrsmittel in voller Konkurrenz. Die nach dem Prinzip der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ zu organisierenden Verkehre dürfen durch Beihilfen vor dem intermodalen Wettbewerb geschützt werden. Im intramodalen Verhältnis ist der Wettbewerb zwischen den Unternehmen insoweit eröffnet, als das Konzept des Vergabewettbewerbs eine Konkurrenz um das kostengünstigste Angebot zur Durchführung solcher Verkehre einführt.

Im weiteren hat das Gemeinschaftsrecht die Strukturprobleme des ÖPNV in zweifacher Weise offen gelassen. Es enthält sich zum einen Aussagen über die planerische Gestaltung des Nahverkehrs als Grundlage für die Verkehrsdienstleistungen der Verkehrsunternehmen. Zum anderen regelt es die komplexen organisatorischen Voraussetzungen eines vernetzten Nahverkehrssystems nicht. Für die Gruppe der nicht-regulierten Verkehrsunternehmen ist die Einbindung in das System der Planung und Vernetzung von Nahverkehrsdienstleistungen völlig offen. Für die Gruppe der Unternehmen, die im Rahmen der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ operieren, kann sie gemeinschaftsrechtskonform im Wege der Verpflichtungsinstrumente des Art. 2 Abs. 2 EG-VO 1191/69 sichergestellt werden. Da die EG kein rechtlich bindendes Organisationsmodell des ÖPNV entwickelt, sondern lediglich wettbewerbsrechtliche

¹²⁶ EuGHE 1990 I-307 <336>

Stopregeln für Betriebsmonopole mit staatlicher Verlustabdeckung statuiert hat, steht den Mitgliedstaaten in Bezug auf Planung, Organisation und Betrieb des ÖPNV ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum ¹²⁸ offen.

Die einzelnen Mitgliedstaaten haben aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unterschiedliche Konsequenzen gezogen. Das von Großbritannien verfolgte Modell der vollständigen Deregulierung hat zu erheblichen Produktivitätssteigerungen, sinkenden Personal- und Betriebskosten, aber auch zu erhöhten Fahrpreisen, einem Rückgang der Fahrgastzahlen und verringerten Beschäftigtenzahlen geführt. In Skandinavien wurde der ÖPNV regionalisiert und ein Wettbewerb um den Markt eingeführt. Ergebnis waren auch hier Produktivitätssteigerungen mit Verbesserungen in der Ertragslage. Gleichzeitig konnte das Niveau der Leistungen flächendeckend verbessert werden. In allen Ländern sind starke Konzentrationseffekte zu beobachten.

Obwohl ein spezifisches Organisationskonzept für einen den Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ unterliegenden und gleichzeitig kompetitiv strukturierten ÖPNV nicht durch das Gemeinschaftsrecht ausformuliert ist, gibt es Hinweise darauf, dass die EG von einer Übertragbarkeit ihrer für die Reform des Eisenbahnwesens tragenden Leitidee für den ÖPNV ausgeht. Durch die Option, dass das Sachanlagevermögen, das für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen eingesetzt wird, sowohl vom Verkehrsunternehmen aufgebracht als auch ihm zur Verfügung gestellt werden kann (Art. 14 Abs. 3 EG-VO 1191/69), wird die Trennung von Infrastruktur und Betrieb zwar nicht vorgeschrieben, aber doch das „unbundling“ als eine zukünftige Entwicklungsmöglichkeit für wettbewerbsfördernde Strukturen im Sektor des ÖPNV nahegelegt. Entsprechendes gilt in Bezug auf Aussagen, die im Grünbuch „BürgerNetz“ der EG formuliert sind ¹²⁹. Es bleibt abzuwarten, in welcher Weise sie Eingang in die anstehende Reform der sekundärrechtlichen Regelungen zum ÖPNV finden.

¹²⁷ A. A. Zuck, DÖV 1994, 941 <947>

¹²⁸ Vgl. zur Bestandsaufnahme auch NEA, Examination of Community law relating to the public service obligations and contracts in the field of inland passenger transport, draft final report and Appendix: National Reports, 1998

¹²⁹ Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Das BürgerNetz. Wege zur Nutzung des Potentials des öffentlichen Personenverkehrs in Europa. Grünbuch. Kom (95) 601 endg., Bulletin der Europäischen Union 1996, Beilage 4/5

II.2 Die Regionalisierungsgesetzgebung des Bundes

Das europäische Sekundärrecht hat für die deutsche Gesetzgebung entscheidende Impulswirkung gehabt. Der Bund hat im Zusammenhang mit der Überführung der Deutschen Bundesbahn in ein Wirtschaftsunternehmen des Bundes, das in privatrechtlicher Form geführt wird, nicht nur die Regionalisierung des SPNV eingeleitet, sondern den ÖPNV insgesamt regionalisiert. Dafür waren eine Änderung des Grundgesetzes (Art. 73, 74, 87, 87e u. 106a GG) ¹³⁰, der Erlass eines speziellen Gesetzes zur Regionalisierung des ÖPNV (RegG), eine durchgreifende Novellierung des Eisenbahnrechts, das über § 5 Abs. 2 AEG den Schienenpersonennahverkehr auf eine neue Rechtsgrundlage stellt, und eine Modifizierung des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes (GVFG) sowie der gesetzlichen Grundlagen des ÖSPV durch eine Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) erforderlich. Auf der Basis des RegG haben die Länder eigene Nahverkehrsgesetze erlassen. Kein Änderungsbedarf wurde für die gesetzlichen Grundlagen der gruppenbezogenen Förderung für den Ausbildungsverkehr und den Transport von Schwerbehinderten gesehen.

Da der Bund von der durch die EG-VO 1191/69 eingeräumten Möglichkeit, bestimmte Bereiche des Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrs von der Anwendung dieser VO auszunehmen, nur bis zum 31. 12. 1995 Gebrauch gemacht hat, gilt die EG-VO 1191/69 seit dem 1. 1. 1996 unmittelbar. An ihr ist das deutsche Recht zu messen. In Frage steht damit, ob die Ergebnisse der Reformen die von der EG vorgegebene Richtung eingehalten haben und ob die einzelnen Regelungen unter einander kompatibel sind.

II.2.1 Die Reform des Grundgesetzes

Die Reorganisation des ÖPNV hat einen aufgabenrechtlichen und einen finanzverfassungsrechtlichen Niederschlag im Grundgesetz gefunden. Die aufgabenrechtlichen Reorganisationsregelungen finden sich in Art. 87e GG. Die finanzverfassungsrechtlichen Folgeregelungen sind in Art. 106a GG normiert. Sie bilden das „finanzrechtliche Pendant“ ¹³¹ zur Regionalisierung des SPNV.

¹³⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. 12. 1993 (BGBl. I S. 2089)

¹³¹ Hidién, DVBl. 1997, 595 <596>

II.2.1.1 Die Aufgabenreform

Art. 87e Abs. 3 GG regelt die Privatisierung der Deutschen Bundesbahn in ein Unternehmen des Bundes, dessen Mehrheit in der Hand des Bundes verbleiben muss, im Wege eines Privatisierungsgesetzes. Diese *Organisationsprivatisierung* eröffnet auch die Option für eine *Aufgabenprivatisierung* der Verkehrsleistungen unter Einschluss der Infrastruktur. Sie bedeutet jedoch gleichzeitig die Notwendigkeit, den politisch-administrativen Rahmen des Eisenbahnwesens neu zu justieren. Von der Privatisierung der unternehmerischen Aufgaben ausgenommen bleiben daher die flankierenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben. Sie werden in bundeseigener Verwaltung wahrgenommen (Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG). Dies betrifft zunächst die Probleme der hoheitlichen Planung und Zulassung von Trassen im Rahmen der Planfeststellung und den Erlass von Sicherheitsbestimmungen. Nach Art. 87e Abs. 1 S. 2 GG können solche Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung den Ländern durch Gesetz auch als eigene Angelegenheiten übertragen werden.

Darüber hinaus bleibt der Bund weiterhin durch Art. 87e Abs. 4 GG verpflichtet, ein funktionierendes Eisenbahnwesen sowie den Erhalt und den Ausbau des Schienennetzes zu garantieren. Durch die Unternehmensorganisationsprivatisierung wird der Bund daher nicht völlig aus seiner materiellen Verantwortung für den schienengebundenen Verkehr befreit. Art. 87e Abs. 4 GG erlegt dem Bund eine residuelle Garantiefunktion auf ¹³². Diese Pflichten treffen den Bund nicht nur in der Übergangsphase, sondern auch nach Abschluß der Organisationsprivatisierung ¹³³. Dies bedeutet, dass der Bund zum Wohl der Allgemeinheit erforderliche, aber unwirtschaftliche Verkehrsleistungen ggf. bei der Deutschen Bahn AG oder anderen Anbietern einkaufen muß ¹³⁴. Das Konzept der Bahnreform wird damit von dem Leitgedanken einer umfassenden Unternehmensorganisations-, aber nur einer beschränkten Aufgabenprivatisierung getragen. Insoweit enthält Art. 87e Abs. 4 GG ein Verbot der unbegrenzten Aufgaben- und Organisationsprivatisierung ¹³⁵.

¹³² Windthorst, Sachs-GG, Rdn 48 zu Art. 87e

¹³³ Windthorst, Sachs-GG, Rdn 50 zu Art. 87e; Jarass-Pieroth, Rdn 4 zu Art. 87e; a. A. Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 577 <584>

¹³⁴ Windthorst, Sachs-GG, Rdn 54 zu Art. 87e

¹³⁵ Windthorst, Sachs-GG, Rdn 16 u. 17 zu Art. 87e

Von der materiellen Gewährleistungsfunktion des Bundes für den Schienenverkehr macht Art. 87e Abs. 4 GG jedoch eine Ausnahme. Sie gilt nicht für den Schienenpersonennahverkehr. Vielmehr sieht Art. 143a Abs. 3 S. 1 GG die Beendigung der Aufgaben des Bundes bis zum 31. 12. 1993 vor. Dies ist im Hinblick auf die Planung, Organisation und Bestellung von Verkehrsdienstleistungen durch das Regionalisierungsgesetz geschehen, das im Rahmen der gesamten Bahnstrukturreformgesetzgebung als Teil des Eisenbahnneuordnungsgesetzes erlassen wurde.

II.2.1.2 Die verfassungsrechtliche Finanzgarantie des Bundes

Als Pendant für die Aufgabenüberwälzung auf die Länder im Rahmen der Regionalisierung hat sich die materielle Garantiefunktion des Bundes für die Aufrechterhaltung der gemeinwohlorientierten Verkehrsfunktionen, die die Bundesbahn bis dahin im Nahverkehr wahrgenommen hatte, in eine Finanzgarantie transformiert. Durch Art. 106a GG ist dem Bund nunmehr eine verfassungsrechtlich abgesicherte Finanzverantwortung für den öffentlichen Personennahverkehr insgesamt erwachsen¹³⁶. Dies hat zur Folge, dass die Finanzhilfen des Bundes in Zukunft daran zu messen sind, ob sie den Anforderungen des Art. 106a GG gerecht werden. Damit wird die Finanzierung des ÖPNV zu einem potentiellen Gegenstand finanzverfassungsrechtlicher Kontroversen, die letztendlich vom Bundesverfassungsgericht zu entscheiden sind.

Art. 106a GG begründet nicht nur die Möglichkeit, sondern eine zwingende Verpflichtung des Bundes zur Förderung des ÖPNV¹³⁷. Nach Art. 106a S. 1 GG steht den Ländern für den öffentlichen Personennahverkehr ein Betrag aus dem Steueraufkommen des Bundes zu. Er ist daher nicht auf die Finanzierung des SPNV allein beschränkbar, sondern steht den Ländern für den ÖPNV insgesamt und global zu Verfügung. Dies bedeutet, dass die Mittel von Verfassungs wegen nicht allein für die Bezuschussung des Schienenpersonennahverkehrs zweckgebunden sind. Umgekehrt sind die Länder bei der Verwendung dieser Mittel nicht frei, sondern müssen sie zur Förderung des ÖPNV einsetzen. Die Finanzierung des kommunalen Straßenbaues aus diesen Mitteln scheidet damit grundsätzlich aus. Soweit der Bund, wie in § 8 RegG, durch Gesetz eine spezielle Zweckbindung für den SPNV normiert, impliziert dies, dass er zusätzliche Finanzmittel für den ÖSPV bereitstellen muss. Ein direkter Weiterleitungsanspruch der

¹³⁶ Vgl. dazu Heinze, BayVBl. 1994, 269 ff.; Hidien, DVBl. 1997, 595 ff.

Kommunen ergibt sich aus Art. 106a GG nicht. Die Unterverteilung ist daher nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts zu gewährleisten.

Die auf der Grundlage des Art. 106a GG bereitgestellten Finanzmittel müssen mit dem System des Finanzausgleichs in Einklang gebracht werden. Art. 106 S. 3 GG regelt in diesem Sinne, dass der dem jeweiligen Bundesland zustehende Betrag bei der Bemessung der Finanzkraft i.S.d. Art. 107 Abs. 2 GG beim Finanzausgleich unberücksichtigt bleibt¹³⁸. Mit dieser auf Druck der Bundesländer zustande gekommenen Regelung soll zum einen sichergestellt werden, dass die vom Bund zur Förderung des ÖPNV zur Verfügung gestellten Mittel bedarfsgerecht auf die einzelnen Länder verteilt werden¹³⁹, zum anderen sollen diese Beträge jenseits der relativierenden und nivellierenden Mechanismen des Finanzausgleichs an die Länder fließen¹⁴⁰. Wenn die Mittel bei der Bemessung der Finanzkraft im Rahmen des Finanzausgleichs nach Art. 107 Abs. 2 GG unberücksichtigt zu bleiben haben, durchbricht diese Regelung damit den Grundsatz, dass prinzipiell auch nichtsteuerliche Einnahmen in den horizontalen Finanzausgleich mit einzustellen sind¹⁴¹. Art 106a S. 3 GG modifiziert damit die Prinzipien des horizontalen Finanzausgleichs. Ob dies auch für den vertikalen Finanzausgleich gilt, ist offen¹⁴². Diese speziellen finanzverfassungsrechtlichen Folgeprobleme können in diesem Zusammenhang jedoch ausgeklammert werden. Art. 106a GG durchbricht im weiteren auch den Konnexitätsgrundsatz des Art. 104 a Abs. 1 GG. Danach haben Bund und Länder die ihnen obliegenden Aufgaben grundsätzlich aus eigenen Mitteln zu finanzieren. Art. 106a GG steht ebenfalls quer zu der bisher für die Förderung des ÖPNV zu beachtenden Ausnahmeregelung des Art. 104a Abs. 4 GG, wonach der Bund zur Gewährung von Finanzhilfen an die Länder für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und der Gemeinden ermächtigt ist. Diese von der Verfassung vorgesehene Ausnahmeregelung zu Art. 104a Abs. 1 GG diene als Grundlage für den Erlass des GVFG.

¹³⁷ Hidien, DVBl. 1997, 598

¹³⁸ Siekmann, Sachs-GG, Rdn 9 zu Art. 106a

¹³⁹ Ruhe, in: Seifert/Hömig, Anm. zu Art. 106a

¹⁴⁰ Hidien, DVBl. 1997, 596

¹⁴¹ BVerfGE 72, 330 <440>

¹⁴² Vgl. Ruhe, in: Seifert/Hömig, Rdn, 4 zu Art. 106a; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdn. 3 zu Art. 106 einerseits, andererseits Hidien, DVBl. 1997, 602

Trotz seiner Bezugnahme auf das Steueraufkommen handelt es sich bei Art. 106 a GG nicht um eine verfassungsrechtliche Steuerverteilungsnorm i.S.d. Art. 106 Abs. 3 GG. Er bezieht sich nicht auf Erträge bestimmter Steuerarten ¹⁴³, sondern auf das Steueraufkommen insgesamt. Er gibt den Ländern nicht das von ihnen zunächst angestrebte unmittelbare Steuerertragsbeteiligungsrecht. Insofern ist er funktionell eher dem Finanzausgleich zuzuordnen. Allerdings wird er im Gegensatz zu den Regelungen des Art. 107 GG nicht nur durch einen konkreten Aufgabenbezug und eine dezidierte Zweckbindung in der Verwendung der Mittel geprägt, sondern ist durch Art. 106 S. 3 GG als dezidierte Ausnahme von dem höchst umstrittenen System der Balancierung des Finanzausgleichs angelegt.

Er kombiniert den für den Finanzausgleich typischen Anspruchscharakter auf Finanzmittel mit der für ein Mischfinanzierungssystem typischen Zweckbindung der Mittelverwendung ¹⁴⁴. Insofern erscheint dieser spezielle Finanzierungsausgleich „atypisch, wenn nicht systemfremd“ ¹⁴⁵. Dies macht ihn jedoch nicht unzulässig. Ein verfassungsimmanenter Typenzwang besteht nicht ¹⁴⁶. Der Gesetzgeber ist vielmehr gehalten, die Konkretisierung dieser Rahmenvorgaben zu übernehmen ¹⁴⁷.

Das Nähere ist durch ein Bundesgesetz zu regeln (Art. 106a S. 2 GG). Die Interessen der Länder bleiben dabei insoweit gewahrt, als das Zustandekommen dieses Gesetzes von der Zustimmung der Länder abhängt. Der Bund kann damit die Einzelheiten der Verteilung der Mittel auf die Länder näher bestimmen. Die Formulierung, dass den Ländern „ein Betrag“ zustehe, weist darauf hin, dass die Höhe der Finanzmittel nicht abschließend fixiert ist, sondern dynamisch am Bedarf orientiert durch den Gesetzgeber auszugestalten ist ¹⁴⁸. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte zeigt, dass diese Formulierung einen Kompromiss zwischen den ursprünglichen Absichten des Bundes, den Ländern zur Abdeckung der durch die Regionalisierung des SPNV entstehenden Kosten einen jährlichen Betrag von 6,8 Mrd. DM zur Verfügung zu stellen, und den Forderungen der Länder nach einem umfassenden, bedarfsgerechten, dauerhaften und dynamischen Ausgleich der Kosten für einen regionalisierten ÖPNV insgesamt

¹⁴³ Dies war noch im Entwurf des Bundesrates vorgesehen (BR-Drs. 130/1/93, S. 15)

¹⁴⁴ Hidien, DVBl. 1997, 601

¹⁴⁵ Hidien, DVBl. 1997, 596

¹⁴⁶ So BVerfGE 83, 238 <324 ff.> zur Systemkonsequenz im Rundfunkwesen

¹⁴⁷ BVerfGE 72, 330 <390>

¹⁴⁸ Hidien, DVBl. 1997, 600

darstellt ¹⁴⁹. Die Länder haben sich in Bezug auf die gefundene verfassungsrechtliche Lösung dabei insoweit durchgesetzt, als Art. 106a GG klarstellt, dass die Finanzgarantie des Bundes nicht nur während der Regionalisierungsphase selbst, sondern auf Dauer besteht, und dass sie sich nicht auf die Betriebskosten des SPNV beschränkt, sondern grundsätzlich umfassend auf den gesamten ÖPNV bezieht.

Allerdings wird der Bund durch Art. 106a GG zu einer Vollfinanzierung des gesamten ÖPNV ohne Zweifel nicht verpflichtet. In Bezug auf die Bemessung des Bundesanteiles kann aufgrund der Entstehungsgeschichte davon ausgegangen werden, dass zumindest für die Übergangszeit bis zur Konsolidierung eines regionalisierten SPNV ein Vollausgleich der Regionalisierungskosten von Art. 106a GG vorgegeben ist ¹⁵⁰. Für den auf den ÖSPV entfallenden Anteil des Bundes sind aus der Verfassung selbst nur insoweit Orientierungspunkte zu entnehmen, als der Bund seine Finanzbeiträge nicht gänzlich stornieren darf, sondern in einem nennenswerten Umfang neben den Leistungen für den SPNV aufrecht erhalten muss ¹⁵¹. Art. 106a GG enthält im weiteren keinen bestimmten Schlüssel, wie die Finanzmittel des Bundes auf die Länder zu verteilen sind. Aus Art. 106a S. 3 GG ist lediglich zu entnehmen, dass er sich nicht auf die Bemessung der Finanzkraft nach Art. 107 Abs. 2 GG auswirken darf. Daraus darf im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die allgemeine Finanzkraft eines Landes nicht als Kriterium bei der Verteilung von Bundesmitteln für den ÖPNV dienen darf. Sie ist daher grundsätzlich nicht finanzkraftabhängig, sondern aufgabenbezogen auszugestalten. Dabei ist auf die besondere Situation der Erneuerung der Verkehrsinfrastruktur in den neuen Bundesländern Rücksicht zu nehmen.

II.2.2 Das Regionalisierungsgesetz (RegG)

Das legislative Schlüsselement der Reorganisation des ÖPNV durch die Gesetzgebung des Bundes ist das RegG. Es definiert den ÖPNV als allgemein zugängliche Beförderung von Personen im Linienverkehr, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 km oder die gesamte Reisezeit 1 Stunde nicht übersteigt (§ 2 RegG). Das Gesetz ist an die Länder adressiert und enthält die konzeptionellen Eckpunkte der Regionalisierung nicht nur des SPNV, sondern

¹⁴⁹ Vgl. dazu ausführlich Hidien, DVBl. 1997, 598 ff.

¹⁵⁰ Hidien, DVBl. 1997, 599

¹⁵¹ A. A. ohne überzeugenden Grund Hidien, DVBl. 1997, 599

der Reorganisation des ÖPNV insgesamt. Ob der Bund insoweit über die erforderlichen umfassenden Gesetzgebungszuständigkeiten verfügte, kann im Rahmen dieser Ausführungen dahinstehen. Dies gilt zumal deshalb, als den Ländern bei der Umsetzung erhebliche Gestaltungsspielräume zugestanden und sie mit beachtlichen Finanzmitteln ausgestattet wurden ¹⁵².

§ 1 Abs. 1 RegG definiert die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV als Aufgabe der Daseinsvorsorge. An diese Aufgabennorm ist eine Organisationsregelung geknüpft. Die Stellen, die diese Aufgabe wahrnehmen, werden durch Landesrecht bestimmt (§ 1 Abs. 2 RegG). In § 3 RegG wird allerdings das Leitbild der Regionalisierung nur indirekt angesprochen. Danach ist zur Stärkung der Wirtschaftlichkeit der Verkehrsbedienung anzustreben, die Zuständigkeiten für Organisation, Planung und Finanzierung des gesamten ÖPNV zusammenzuführen. In Verbindung mit § 2 RegG lässt sich daraus ableiten, dass die Zuständigkeiten problemnah und damit auf der Ebene der regionalen und kommunalen Träger öffentlicher Verwaltung angesiedelt und zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit des ÖPNV-Systems gebündelt werden sollen. Das RegG lässt den Ländern daher weite Implementationsspielräume zur Aufgaben- und Organisationsreform des ÖPNV und damit auch zur Gestaltung der Rahmenbedingungen für die Verkehrsunternehmen und die Grundsätze der finanziellen Förderung ihrer Tätigkeit.

Das hiermit angedeutete Modell einer öffentlichen Daseinsvorsorge für den ÖPNV durch Zusammenführung der Zuständigkeiten für Planung, Organisation und Finanzierung enthält keine explizite Vorgabe für die Durchführung der Verkehrsleistungen selbst. Es erwähnt im Kontext der öffentlichen Daseinsvorsorge die kommunalen Verkehrsunternehmen nicht. Sie können daher nicht in Anspruch nehmen, sie seien die gesetzlichen Träger der öffentlichen Daseinsvorsorge ¹⁵³. Dies sind allein die politischen Aufgabenträger. Sie stehen wiederum lediglich in einer Sicherstellungs- und Gewährleistungsverantwortung, aber nicht in einer Durchführungsführungsverantwortung ¹⁵⁴. Durch die Definition des Sicherstellungsauftrages der politischen Aufgabenträger des ÖPNV in § 4 RegG ist implizit die Trennung der politischen und

¹⁵² Vgl. dazu F. Kiepe, Die Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs und ihre finanziellen Auswirkungen auf die Städte, in: Zeitschrift für Kommunalfinanzen 1994, S. 218 ff.

¹⁵³ So zurecht Hermes, in: Koch, S. 153

¹⁵⁴ Vgl. auch Hermes, S. 153

unternehmerischen Verantwortung für den ÖPNV angelegt. Bei den politischen Trägern liegt die Aufgabe der Planung, Organisation und Finanzierung. § 4 RegG wirkt daher im doppelten Sinne optional. Zum einen wird dem Aufgabenträger ein Spielraum über die Entscheidung zugewilligt, in welchem Umfang Verkehrsleistungen des ÖPNV erforderlich sind. Zum anderen sieht § 4 RegG die Möglichkeit vor, dass „zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen“ i.S.d. der EG-VO 1191/69 mit einem Verkehrsunternehmen vereinbart oder auferlegt werden können.

In diesem Zusammenhang stellt der Hinweis auf die EG-VO 1191/69 klar, dass mit den sog. „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen“ ausschließlich die gemeinschaftsrechtlich definierten Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ gemeint sind. Aus § 4 RegG ergibt sich im weiteren zwar kein positiver Anhaltspunkt, Verkehrsleistungen im Rahmen des öffentlichen Nahverkehrs seien immer „gemeinwirtschaftlich“ zu erbringen¹⁵⁵, doch folgt aus ihm zwingend, dass öffentlich vereinbarte oder auferlegte Verkehre zur Sicherstellung ausreichender Verkehrsbedienung vom Aufgabenträger zu bezahlen sind. Insoweit wird die Aufgabenverantwortung mit der Ausgabenverantwortung für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehrsleistungen synchronisiert. Mit der Regionalisierung des ÖPNV wird daher auch die Finanzverantwortung formell bei den Aufgabenträgern gebündelt. Dies ist nichts grundsätzlich Neues. Dass die Kommunen für die Defizite ihrer Verkehrsunternehmen einzustehen hatten, war bereits vor der Regionalisierung Grundlage des ÖSPV. Auch vor der Regionalisierung hatten sich auch die Länder schon an den Kosten des ÖSPV und des SPNV beteiligt¹⁵⁶. Durch den Hinweis, dass „gemeinwirtschaftliche Verkehre“ nach den Vorgaben der EG-VO 1191/69 zu vereinbaren sind, wird deutlich, dass die Durchführung des ÖPNV bei den Unternehmen liegt. Für sie gibt es jedoch weder aufgrund ihres Sitzes noch ihrer Eigentümerstruktur einen rechtlichen Anspruch auf die Beauftragung mit der Durchführung bestimmter Verkehre.

Obwohl im RegG die Rahmenbedingungen für die finanziellen Zuschüsse des Bundes neu justiert wurden, ist im Gegensatz zur Zuweisung der Finanzverantwortlichkeit für den ÖPNV an die Aufgabenträger die Finanzgarantie des Bundes allein auf die Länder fokussiert. Die einschlägigen Regelungen des RegG bilden das politische Kernstück

¹⁵⁵ So aber Batzill/Zuck, S. 23

dieses Gesetzes. In § 5 RegG wurde die neue Kategorie der Regionalisierungsmittel geschaffen. Ihr Volumen wurde für 1996 auf 8,7 Mrd. DM und ab 1997 auf 12 Mrd. DM jährlich festgelegt (§ 5 Abs. 1 RegG). Als Finanzierungsquelle dient dabei das Mineralölsteueraufkommen. Nach § 5 Abs. 2 RegG sind diese Beträge ab 1998 entsprechend dem Wachstum der Umsatzsteuer zu steigern. Im Jahr 2001 werden mit Wirkung vom Jahr 2002 die Steuerquellen und die Steigerungsraten neu festgesetzt. Diese Mittel stehen unter dem Vorbehalt der Prüfung, ob sie ausreichen, in den Jahren 1998 bis 2001 Verkehrsleistungen im Schienenverkehr im gleichen Umfang wie auf dem Niveau des Fahrplanes der Jahre 1993/94 zu erbringen (§ 6 RegG). Diese Prüfung ist inzwischen erfolgt. Nach ihrem Ergebnis hat sich der Finanzbedarf geändert. Art und Umfang sind allerdings kontrovers ¹⁵⁷. Bereits der Bezugsgröße ist zu entnehmen, dass aus den Finanzmitteln des § 5 RegG insbesondere der SPNV zu fördern ist. § 7 RegG stellt dies nochmals ausdrücklich klar. Wenn Wachinger/Wittemann aus § 7 RegG ableiten, es sei ein Mindestbetrag zwischen 50 und 100 % für den SPNV zu verwenden ¹⁵⁸, zeigt dies, wie wenig aussagefähig diese Vorgabe ist. Es daher davon auszugehen, dass § 7 RegG erhebliche Spielräume zur Aufteilung der Mittel zwischen SPNV und ÖSPV eröffnet.

Weil die Deutsche Bahn AG bisher der Betreiber des bei weitem größten Anteils des schienengebundenen Nahverkehrs ist und den Bestellern entsprechende Preise für Trassen und Verkehrsdienstleistungen in Rechnung stellen kann, fließt ein hoher Anteil der Bundeszuschüsse für den ÖPNV über die Länder an das Bundesunternehmen Bahn zurück. Allerdings ist zu beachten, dass die Ausschließlichkeit des Anbietens von Verkehrsdienstleistungen von Seiten der Deutschen Bahn AG auf ihren eigenen Trassen inzwischen entfallen ist. Nach § 14 AEG haben inländische Eisenbahnverkehrsunternehmen, die dem öffentlichen Verkehr dienen, das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der Verkehrsinfrastruktur, wenn sie ein entsprechendes Entgelt entrichten. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen können ausgeschlossen werden (§ 15 Abs. 2 AEG). Jedoch hat die formelle Öffnung des Trassenmonopols bisher nur wenigen Wettbewerbern zum Zuge verholfen. Ihr Anteil am Umsatz des SPNV liegt bei 4%

¹⁵⁶ Seit den 80er Jahren machte das Schlagwort von der „kalten Regionalisierung“ des ÖPNV die Runde (vgl. Herr/Lehmkuhl, Was zu erwarten war und ist. Aktuelle und zukünftige Probleme des öffentlichen Personennahverkehrs, in: Die Verwaltung 1997, 396 <398>).

¹⁵⁷ Vgl. dazu Sellmann, NVwZ 1999, 250 <251>

¹⁵⁸ Wachinger/Wittemann, Regionalisierung des ÖPNV, S. 74

159. Dies verweist darauf, dass es entscheidend auf die Implementation der Ausschreibungsregelungen ankommt.

Die Regionalisierungsmittel werden differenziert ausgeworfen. § 8 Abs. 1 RegG weist den einzelnen Ländern auf der Basis des Fahrplanangebotes der Jahre 1993/94 zunächst Festbeträge bis zum Jahr 2001 zu. Sie beliefen sich 1996 auf insgesamt 7,6 Mrd. DM. Dabei ergibt sich ein Differenz der Mittelverteilung auf die einzelnen Länder zwischen 21,6 Mio. DM (Bremen) und 1.246,2 Mio. DM (Bayern). 1997 wurden die Mittel auf 4,3 Mrd. DM zurückgefahren. Die Leistungen streuten zwischen 21,5 Mio. DM (Bremen) und 1.260,3 Mio. DM (Bayern). Zusätzlich zu den Mitteln aus § 8 Abs. 1 RegG wird der Restbetrag nach prozentualen Anteilen verteilt (§ 8 Abs. 2). Die dafür angesetzten Mittel beliefen sich 1996 auf 1,1 Mrd. DM und stiegen 1997 auf 7,7 Mrd. DM. Davon entfallen auf Bremen nur 0,81%, den größten Anteil erhält Nordrhein-Westfalen mit 18%. Auch für den Verteilungsschlüssel gilt gem. § 8 Abs. 3 die Revisionsklausel des § 6 RegG. Im weiteren enthält das RegG selbst kein in sich konsistentes Konzept von sachbezogenen Finanzierungstatbeständen für den insgesamt neu zu strukturierenden ÖPNV. Das Regionalisierungsgesetz lässt die übrigen gesetzlich und nicht gesetzlich geregelten Finanzierungswege des ÖPNV grundsätzlich unberührt. Die gesetzlichen Finanzierungstatbestände des § 45a PBefG und § 6a AEG gelten weiterhin unverändert fort. Entsprechendes gilt für die gesetzlich geregelten Steuerbefreiungen und –ermäßigungen. Auch das Finanzierungsinstrument des GVFG wurde grundsätzlich beibehalten (vgl. dazu 2. 3.).

Das Finanzkonzept des RegG bleibt auch in seinen Förderansätzen konventionell. Es enthält weder ein Modell der Kostenminimierung noch des Finanzmanagements. Auch macht es die gemeinschaftsrechtlich angelegte Unterscheidung von Verkehren mit und ohne „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ nicht zum Differenzkriterium seiner Fördermaßnahmen. Vielmehr konzentriert es sich im wesentlichen darauf, den Modus der Verteilung von Bundesmitteln auf die Länder zu regeln. Demnach steht auch den Aufgabenträgern kein unmittelbarer Zugriff auf die Mittel zu, die der Bund den Ländern zur Verfügung stellt. Sowohl sein Mittelansatz und sein Verteilungsschlüssel als auch die Revisionsklauseln dienen im wesentlichen dazu, die spezifischen Lasten aufzufangen, die durch die Regionalisierung des SPNV den Ländern entstehen. Inwieweit den

159 Vgl. dazu Ewers/Ilgmann, S. 13

Bedürfnissen der Reform des ÖSPV Rechnung getragen wird, ist daher ganz wesentlich auch eine Frage der Novellierung des PBefG und der Entwicklung eigener landesrechtlicher Grundlagen für den ÖPNV.

Ob das vom Bund zur Verfügung gestellte Finanzierungskonvolut der Vorgabe von Art. 106a GG gerecht wird, ist nicht über alle verfassungsrechtlichen Zweifel erhaben. Hier ist zuallererst zu fragen, ob die Mittel für den SPNV angemessen angesetzt worden sind. Insgesamt wird an diesem Finanzkonzept kritisiert, die Bundesmittel blieben hinter dem zurück, was der Bund früher für den Regionalverkehr der Deutschen Bundesbahn als Verlustausgleich aufgewendet hat. Eine Verbesserung des SPNV könne daher nicht erwartet werden ¹⁶⁰. Dies lässt sich auf der Basis der oben zugrundegelegten Zahlen nicht recht nachvollziehen. Zum anderen steht zu prüfen, ob den Ländern zur Kofinanzierung des ÖSPV noch ein hinreichender Restbetrag bleibt. Dazu sind dann alle gesetzlich vorgesehenen Bundeszuschüsse mit einzubeziehen und in Relation zu den eigenen Aufwendungen der Länder zu stellen. Die auf den ÖPNV insgesamt bezogenen Finanzgarantien des Art. 106a GG verlangen, dass zur Förderung des ÖSPV ein substantieller Betrag zur Verfügung stehen muss, der nicht aus einer einzigen Steuerquelle erschlossen werden muss, sondern dem gesamten Steueraufkommen des Bundes entnommen werden kann. Betrachtet man nur die investive und betriebsbezogene Förderung ¹⁶¹, beliefen sich die Finanzmittel des Bundes für den ÖPNV 1996 auf insgesamt 15,1 Mrd. DM. Sie stiegen 1997 auf 15,4 Mrd. DM an. Insgesamt standen aus Mitteln des Bundes für den SPNV 1996 9,1 Mrd. DM und 1997 10,2 Mrd. DM zur Verfügung. Die Mittel für den ÖSPV beliefen sich 1996 auf 3,4 Mrd. und 1997 auf 3,5 Mrd. DM. Im Vergleich dazu wurde der kommunale Straßenbau 1996 mit 2,6 Mrd. DM und 1997 mit 1,7 Mrd. DM gefördert.

Wenn im weiteren § 5 RegG festlegt, dass die Regionalisierungsmittel aus dem Aufkommen des Bundes aus der Mineralölsteuer zu bestreiten sind, wird damit der offene Wortlaut des Art. 106a GG „aus dem Steueraufkommen des Bundes“ auf eine spezifische Steuer reduziert. Weil sich die Finanzgarantien des Bundes nach Maßgabe von Art. 106a GG auf den ÖPNV insgesamt erstrecken, erscheint es zulässig, den Bundes-

¹⁶⁰ Vgl. Lehmbruck, Regionalisierung des ÖPNV, difu-Materialien 13/1995, S. 24 ff.. Inwieweit dies tatsächlich der Fall ist, ist – wie immer – eine Frage der Berechnungsmethode. Geht man von einem Zuschußvolumen von 7 bis 8 Mrd. vor 1996 aus, erscheint diese Kritik unberechtigt.

¹⁶¹ Vgl. auch Thomas Muthesius, Taschenbuch der ÖPNV-Gesetze der Länder, Darmstadt 1996, S. 12 ff.; Schneider, Ifo-Schnelldienst 1998, S. 8 ff.

zuschuss, der sich speziell mit den Finanzfolgen der Regionalisierung des SPNV befasst, an das Aufkommen einer Steuer zu binden. Hat der Bund schließlich „das Nähere“ der Finanzierung des ÖPNV durch ein Bundesgesetz zu regeln, könnte in dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nicht nur ein Konkretisierungsauftrag, sondern auch die Verpflichtung gesehen werden, ihm durch eine in sich geschlossene gesetzliche Regelung nachzukommen, die dem Bedürfnis nach Übersichtlichkeit, Klarheit und Nachvollziehbarkeit der Finanzierungswege Rechnung trägt. Bundeszuschüsse für den ÖPNV werden jedoch nach wie vor über unterschiedliche gesetzliche Finanzierungsregelungen gewährt. Diese Untersuchung zeigt die Plausibilität einer solchen Forderung. Allerdings hat die Verfassungsrechtsprechung bisher die Maßstäbe für den Auftrag an den Gesetzgeber, „das Nähere durch ein Gesetz“ zu regeln, immer großzügig gesetzt und ihm weite Gestaltungsspielräume eingeräumt ¹⁶².

II.2.3 Das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz

Im Zusammenhang mit der Bahnreform und dem Regionalisierungsgesetz wurde auch das GVFG geändert ¹⁶³. Es enthielt bis dahin zentrale Rechtsgrundlagen zur Finanzierung des ÖPNV durch den Bund. Gegenstand der Förderung nach dem GVFG sind allgemein Investitionshilfen zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse in den Gemeinden. Förderungsfähige Vorhaben sind nach § 2 GVFG sowohl der kommunale Straßenbau als auch der ÖPNV. Grundsätzlich ausgeschlossen ist damit eine Zuschussung der Aufgabenträger zur Abdeckung von Betriebsdefiziten aus den Mitteln des GVFG. Als förderungsfähige Investitionsvorhaben des ÖPNV werden dabei ausdrücklich benannt

- Verkehrsleitsysteme sowie Park-and-Ride-Anlagen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1f GVFG),
- Verkehrswege für Straßen- und Untergrundbahnen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2a GVFG),
- Verkehrswege für nichtbundeseigene Eisenbahnen für den ÖPNV (§ 2 Abs. 1 Nr. 2b GVFG),
- Omnibusbahn- und Betriebshöfe (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 GVFG),
- Beschleunigungsmaßnahmen für den ÖPNV (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 GVFG) und

¹⁶² Vgl. zu Art. 4 Abs. 3 GG BVerfGE 28, 243 <259>; 48, 127 <159>; 69, 1 <21>; zu Art. 38 Abs. 3 GG BVerfGE 13, 127 <128>; 16, 130 <139>; 79, 169 <171>

- Beschaffung von Linienbussen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 GVFG).

Im Zusammenhang mit der Regionalisierungsgesetzgebung wurde der Finanzierungsrahmen des GVFG geändert. Danach wurden die Bundesfinanzhilfen für Investitionen für den ÖPNV unter Hinweis auf die neu eingestellten Regionalisierungsmittel gekürzt¹⁶⁴. Betrugten sie 1996 noch 6,28 Mrd. DM, wurden sie 1997 unter Hinweis auf die durch §§ 5 u. 8 RegG ausgewiesenen Regionalisierungsmittel auf 3,28 Mrd. DM im Jahr zurückgefahren (§ 10 Abs. 1 S. 1 GVFG). Davon entfallen ca. 0,8 Mrd. DM auf Mittel des Bundes, die überwiegend zur Förderung großer kommunaler Einzelvorhaben im S-, U- und Straßenbahnbau mit einem Volumen ab 100 Mio. DM verwendet werden. Die Förderung ist auf eine anteilmäßige Beteiligung zugeschnitten. Insgesamt etwa die Hälfte der Mittel fließen in den ÖPNV. Die andere Hälfte wird für den kommunalen Straßenbau verwendet.

Die Förderung durch den Bund ist nur bis in Höhe von 75% der zuwendungsfähigen Kosten zulässig (§ 4 GVFG). Damit werden entsprechende Komplementärmittel der Länder und der Kommunen erforderlich. Die GVFG-Mittel werden auf die einzelnen Länder nach einem durch § 6 Abs. 2 GVFG vorgegebenen Verteilungsschlüssel umgelegt, der sich am jeweiligen Kraftfahrzeugbestand orientiert. Aufgrund von Art. 106a GG dürfen diese Finanzmittel nicht mehr in den Finanzausgleich eingestellt werden. Eine Kontrolle der Mittelverwendung erfolgt auf der Grundlage von Mitteilungen der Länder über die Zahl der geförderten Vorhaben und die Summe der aus den Finanzhilfen gezahlten Zuwendungen (§ 8 GVFG) sowie eines vereinfachten Verwendungsnachweises (§ 9 GVFG).

II.2.4 Die gruppenbezogene Förderung

Die gruppenbezogene Förderung des Schülerverkehrs und der Beförderung von Schwerbehinderten ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Rechtsgrundlagen dafür bundeseinheitlich durch § 45a PBefG und § 65 SchwbG vorgegeben sind, die Finanzierung jedoch aus den Mitteln der Länder erfolgt (Vgl. § 45a Abs. 3 PBefG).

¹⁶³ Art. 6 Nr. 107 des Gesetzes vom 27. 12. 1993 (BGBl. I S. 2417)

¹⁶⁴ Nicht ohne Grund wird kritisch bemerkt, dass das GVFG sich im Kontext der Regionalisierung zu einem Fremdkörper entwickeln wird (Grünendieck, S. 214)

Nach § 45a PBefG wird die Beförderung von Schülern und Auszubildenden durch Mittel der Länder gefördert. Das Gesamtvolumen beträgt ca. 2 Mrd. DM im Jahr und ist in der Regel in den jeweiligen Schulressorts etatisiert. Das Verteilungskonzept wird heftig kritisiert, weil es Anreize setze, den Aufwand für Schülerverkehre zu maximieren und den Standard im übrigen zu minimieren ¹⁶⁵. Es erlaube die Festsetzung überhöhter Tarife bei Zeitfahrkarten für Jedermann als Bemessungsgrundlage der Schülerzeitkarten und damit auch der Ausgleichszahlungen. Während die gegriffenen „Mondpreise“ für normale Zeitkarten Fahrgäste abschrecke, könnten die Verkehrsunternehmen ihre gesetzlichen Ansprüche auf Ausgleichszahlungen aus der Differenz zwischen den „gegriffenen“ Preisen bei Zeitfahrkarten für Jedermann und den Preisen für Schülerzeitkarten maximieren. Es sind Anzeichen dafür vorhanden, dass sich die Einnahmen aus einer Schülermonatskarte auf etwa das 1,5-fache normal erzielbaren Umsatzes belaufen ¹⁶⁶. Zusätzliche Probleme stellen die gestaffelten Ausgleichssätze auf Grund der jeweils festzustellenden „mittleren Reiseweite“ sowie die Berechnung des „Verbundzuschlages“ dar ¹⁶⁷.

Für die Beförderung von Schwerbehinderten erhalten die Verkehrsunternehmen Ausgleichszahlungen nach § 65 SchwbG. Das Gesamtvolumen beläuft sich auf ca. 0,6 Mrd. DM im Jahr. Die Mittel dafür müssen der Bund (nur für „Bundesunternehmen“) und die Länder aufbringen. Sie sind in der Regel in den Sozialressorts etatisiert.

II.3 Die Nahverkehrsgesetze der Länder

Mit Ausnahme von Hamburg haben alle Bundesländer eigene Nahverkehrsgesetze erlassen ¹⁶⁸. Auf die spezifischen Regelungen der Stadtstaaten soll im folgenden nicht eingegangen werden, da im Zentrum des Untersuchungsinteresses die aufgaben- und finanzrechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Ländern sowie zwischen den Ländern und ihren Kommunen steht.

¹⁶⁵ Vgl. nur Ewers/Ilgmann, S. 12

¹⁶⁶ Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <601>

¹⁶⁷ Vgl. dazu BVerwG, DVBl. 1996, 154

¹⁶⁸ Vgl. ÖPNVG BaWü vom 8. 6. 1995 (GVBl. S. 417); BayÖPNVG vom 24. 12. 1993 (GVBl. 1052); BlnÖPNVG vom 27. 6. 1995 (GVBl. S. 390); BdbÖPNVG vom 26. 10. 1995 (GVBl. S. 252); BremÖPNVG vom 15. 5. 1995 (GVBl. S. 317); HessÖPNVG vom 19. 1. 1996 (GVBl. S. 50); ÖPNVG M-V vom 15. 11. 1995 (GVBl. S. 550); NdsNVG vom 28. 6. 1995 (GVBl. S. 180); RegG NRW vom 7. 3. 1995 (GVBl. S. 196); NVG Rh-Pf vom 17. 11. 1995 (GVBl. S. 450); SaarlÖPNVG vom 29. 11. 1995 (GVBl. S. 74); SächsÖPNVG vom 14. 12. 1995 (GVBl. S. 412); ÖPNVG LSA vom 24. 11. 1995 (GVBl. S. 339); ÖPNVG SIH (GVBl. 1995, S. 261); ThÖPNVG vom 8. 12. 1995 (GVBl. S. 357)

II.3.1 Der ÖPNV als Daseinsvorsorge

Übereinstimmend greifen die ÖPNV-Gesetze den Leitgedanken des § 1 RegG auf, die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sei Aufgabe der Daseinsvorsorge. Sie wird mit der ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Nahverkehrsleistungen umschrieben. Dabei vermeiden die Gesetze allerdings eine weitere Auseinandersetzung mit Struktur und Funktion dieses Blankettbegriffs zur Legitimation staatlicher Leistungsverwaltung, der gerade im Zeichen der Regionalisierung, Deregulierung und Privatisierung einer Neubestimmung bedarf ¹⁶⁹.

Statt dessen differenzieren sie im weiteren lediglich zwischen SPNV und ÖSPV. Eine Ausnahme macht dabei der Freistaat Bayern, das sein ÖPNVG auf den ÖSPV konzentriert ¹⁷⁰, aber dadurch die Daseinsvorsorge auf der Schiene implizit zu einer Aufgabe des Freistaates macht. Übereinstimmend erklären alle Nahverkehrsgesetze den straßengebundenen ÖSPV zur Aufgabe der Kreise und kreisfreien Städte, in Hessen werden dazu zusätzlich die Gemeinden mit mehr als 50.000 Einwohner gezählt ¹⁷¹. Im übrigen ist die Möglichkeit, dass größere kreisangehörige Kommunen Aufgabenträger des lokalen ÖPNV sein können – bzw. eine teilweise Delegation von Teilen dieser Aufgabe auf die Gemeinden - auch in anderen Ländern vorgesehen. Bei der Trägerschaft des SPNV gibt es unterschiedliche Modelle:

- eine Trägerschaft des Landes schreiben die Gesetze von Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, des Saarlandes, Schleswig-Holsteins und Thüringens vor; ¹⁷²
- für eine konsequente Regionalisierung durch Übertragung dieser Aufgabe an regionale Verkehrsverbünde haben sich Hessen und Nordrhein-Westfalen entschieden; ¹⁷³

¹⁶⁹ Vgl. dazu allgemein Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998

¹⁷⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 3 BayÖPNVG

¹⁷¹ Vgl. § 6 Abs. ÖPNVG BaWü; Art. 8 BayÖPNVG; § 3 Abs. 3 BdbÖPNVG; § 4 Abs. 1 HessÖPNVG; § 3 Abs. 3 ÖPNVG M-V; § 4 Abs. 1 Nr. 2 NdsNVG; § 3 Abs. 1 RegG NRW; § 5 Abs. 1 NVG RhPf; § 5 Abs. 2 SaarLÖPNVG; § 3 Abs. 1 SächsÖPNVG; § 3 Abs. 1 ÖPNVG LSA; § 2 Abs. 2 ÖPNVG SIH; § 3 Abs. 1 Nr. 2 ThÖPNVG

¹⁷² § 3 Abs. 1 BdbÖPNVG; § 3 Abs. 1 ÖPNVG M-V; § 5 Abs. 1 SaarLÖPNVG; § 2 Abs. 1 ÖPNVG SIH; § 3 Abs. 1 Nr. 1 ThÖPNVG

¹⁷³ § 5 Abs. 2 S. 2 HessÖPNVG; § 5 Abs. 3 RegG NRW;

- die übrigen Länder verfolgen mittlere Lösungen, die eine Übertragung der Aufgaben des Landes auf Antrag oder nach einer gewissen Anlauf- und Erprobungszeit auf Verkehrsverbünde oder die Aufgabenträger des ÖSPV möglich machen ¹⁷⁴

Mit der Aufgabenträgerschaft sind zwei grundsätzlich unterschiedliche Gewährleistungsfunktionen im Rahmen der Daseinsvorsorge verbunden. Sie bestehen zum einen in der Planung und Organisation eines Nahverkehrssystems, zum anderen in der Sicherstellung der Verkehrsleistungen selbst. Dazu gehören die Vereinbarungen von Verkehrsdienstleistungen mit den Nahverkehrsunternehmen und deren Finanzierung. Darin deutet sich eine mögliche Differenzierung zwischen Organisationsvorsorge und Durchführungsverantwortung an. Dies gilt sowohl für den schienen- als auch für den straßengebundenen ÖPNV.

Mit Ausnahme des Saarlandes verlangen alle Länder von den kommunalen Aufgabenträgern die Entwicklung von Nahverkehrsplänen. Zusätzlich zu den von den Aufgabenträgern des ÖSPV zu entwickelnden Plänen sehen einige Gesetze noch landesweite oder regionale Nahverkehrspläne vor ¹⁷⁵. Damit gibt es dort eine zweistufige Nahverkehrsplanung mit wechselseitigen Abstimmungspflichten ¹⁷⁶. Der Sache nach ist der Nahverkehrsplan zunächst ein Bedarfsplan des ÖPNV, der die anzustrebende Bedienungsqualität fixiert. Er hat daher nicht nur notarielle Funktionen dadurch, dass er bestehende Verkehrsleistungen aufnimmt, sondern er ist das Institut, in dem politisch-normative Aussagen über die gewünschte Qualität des ÖPNV zu formulieren sind. Das Bedienungsangebot hat sich dabei zunächst nicht am wirtschaftlichen Interesse der Verkehrsunternehmen auszurichten, sondern am öffentlichen Interesse einer den Zielen der ÖPNV-Gesetze der Länder entsprechenden Sicherstellung der Daseinsvorsorge ¹⁷⁷. Er dient damit auch zur Konkretisierung dessen, was im in der EG-VO als „ausreichende Bedienung“ mit Verkehrsdienstleistungen bezeichnet wird und dann zur Vereinbarung oder Auferlegung von „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ berechtigt. Ein ÖPNV-Plan mit einem aussagefähigen Bedarfsprofil muss daher auch Aussagen zu Netzstruktur, Linien, Takthäufigkeit, qualitativen Beförderungsstandards

¹⁷⁴ § 6 Abs. 2 u. 3 ÖPNVG BaWü; § 4 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2 NdsNVG; § 6 Abs. 3 NVG RhPf; § 3 Abs. 2 SächsÖPNVG; § 11 ÖPNVG LSA

¹⁷⁵ § 7 Abs. 1 BdbÖPNVG; § 6 Abs. 1 ÖPNVG M-V; § 8 Abs. 1 RegG NRW; § 12 ÖPNVG LSA; § 4 ÖPNVG SIH; § 5 Abs. ThÖPNVG

¹⁷⁶ Vgl. dazu SächsOVG, DVBl. 1998, 433

¹⁷⁷ Institut für Umweltrecht, S. 49

und Tarifen enthalten. Allerdings übt ein Teil der Länder bei den inhaltlichen Anforderungen an die Nahverkehrspläne dezidierte Zurückhaltung ¹⁷⁸, demgegenüber finden sich detaillierte Regelungen z. B. in den Gesetzen von Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein.

Der Nahverkehrsplan justiert zudem auch die Basis für finanziellen Beziehungen der Aufgabenträger zum Land. Da die kommunalen Aufgabenträger in den Nahverkehrsgesetzen als zuständige Behörde i.S.d. EG-VO 1191/69 ausgewiesen werden ¹⁷⁹, sind sie als Besteller der sog. „gemeinwirtschaftlichen Verkehre“ oder als Auferleger dieser Dienstleistungen den Nahverkehrsunternehmen zur Abgeltung der Leistungen verpflichtet. Sie stehen nicht nur in der Pflicht, die Kosten für den Betrieb, die sich nicht über Fahrentgelte abdecken lassen, zu übernehmen, sondern auch in der Verantwortung, die Fixkosten für Infrastruktur und Netz zu finanzieren. Nordrhein-Westfalen kennt hier zusätzlich die Institute eines landesweiten ÖPNV-Bedarfs- und Ausbauplanes ¹⁸⁰, mit denen die Investitionen in den zukünftigen Ausbau geplant werden. Entsprechendes gilt für Sachsen und Thüringen ¹⁸¹. Die Erstellung ähnlicher Pläne durch die örtlichen Aufgabenträger ist auch in Bayern, Hessen, im Saarland und in Sachsen-Anhalt vorgesehen ¹⁸². In den Nahverkehrsplänen sind daher nicht nur Aussagen über das aktuelle und des anzustrebende Angebot des ÖPNV zu machen, sondern in der Regel auch Aussagen über seinen Finanzbedarf zu treffen. Die Nahverkehrspläne haben somit auch den Charakter von Finanzbedarfsplänen.

Die Aufgabe der Planung und Organisation des ÖSPV wird von Gesetzes wegen überwiegend als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe definiert ¹⁸³. In der Sache dürfte es sich jedoch zumindest insoweit um eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe handeln, als den Aufgabenträgern – mit Ausnahme des Saarlandes und Rheinland-Pfalz ¹⁸⁴ - die Aufstellung von Nahverkehrsplänen zwingend obliegt ¹⁸⁵. Die Differenzierung

¹⁷⁸ Dies betrifft etwa Baden-Württemberg, Bayern oder Niedersachsen

¹⁷⁹ Art. 8 Abs. 2 BayÖPNVG; § 3 Abs. 4 BdBÖPNVG; § 4 HessÖPNVG; § 3 Abs. 5 ÖPNVG M-V; § 4 Abs. 5 NdsÖPNVG; § 3 Abs. 2 Reg NRW; § 5 Abs. 3 NVG RhPf; § 2 Abs. 7 SaarÖPNVG; § 3 Abs. 5 SächsÖPNVG; § 3 Abs. 1 ÖPNVG LSA; § 2 Abs. 4 ÖPNVG SIH; § 3 Abs. 5 ThÖPNVG

¹⁸⁰ § 7 RegG NRW

¹⁸¹ § 6 SächsÖPNVG; § 7 ThÖPNVG

¹⁸² Art. 12 Nr. 1 u. 14 BayÖPNVG; § 13 HessÖPNVG; § 9 Abs. 1 Nr. 2 SaarlÖPNVG; § 8 ÖPNVG LSA

¹⁸³ § 5 ÖPNVG BaWü; Art. 8 Bay ÖPNVG; § 3 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 ÖPNVG M-V; § 3 Abs. 1 S. 3 RegG NRW; § 5 Abs. 1 S. 2 NVG RhPf; § 5 Abs. 3 SaarlÖPNVG; § 3 Abs. 1 S. SächsÖPNVG; „ Abs. 2 S. 1 ÖPNVG SIH; § 3 Abs. 2 ThÖPNVG

¹⁸⁴ Vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 NVG RhPf: „soll“, § 9 Abs. 1 SaarlÖPNVG: „können“

zwischen der Gewährleistung des ÖPNV als freiwilliger Selbstverwaltungsaufgabe und der Erstellung von Nahverkehrsplänen als pflichtiger Selbstverwaltungsaufgabe wird durch §§ 5 u. 11 ÖPNVG BaWü ausdrücklich betont ¹⁸⁶. Er ist auch in § 3 Abs. 1 S. 3 RegG NRW angelegt. Demgegenüber lässt sich aus § 3 Abs. 1 ÖPNVG-LSA entnehmen, dass auch die Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen zum pflichtigen Gewährleistungsauftrag der kommunalen Aufgabenträger gezählt wird ¹⁸⁷. Eine entsprechende Qualifizierung als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe legt auch die Formulierung von § 4 Abs. 1 HessÖPNVG nahe. Danach haben die Aufgabenträger für die Planung, die Organisation und die Durchführung des ÖPNV auf ihrem Gebiet zu sorgen. Dabei steigt mit der Auferlegung von pflichtigen Aufgaben der Sicherstellung von Verkehren in den erwähnten Landesgesetzen nicht nur der Umfang der Verantwortung der kommunalen Aufgabenträger, sondern auch die Verpflichtung des entsprechenden Landes gegenüber den Aufgabenträgern, durch Regelungen des Finanzausgleichs dafür Sorge zu tragen, dass diese Durchführungspflichten auch erfüllt werden können (vgl. dazu (II. 3. 3.)). Ein individualrechtlich verbürgter Anspruch auf Nahverkehrsleistungen besteht nicht.

Dezidiert trennen einige Gesetze zwischen dem Sicherstellungsauftrag der Aufgabenträger und der von den Verkehrsunternehmen zu besorgenden Durchführung der Verkehrsleistungen ¹⁸⁸. Über eine spezifische öffentliche oder private Organisationsform der Nahverkehrsunternehmen schweigen die meisten ÖPNV-Gesetze. In Bayern gilt die Regelung, dass die Aufgabenträger Einrichtungen des ÖPNV als Regiebetrieb, Eigenbetrieb oder in einer Rechtsform des privaten Rechts führen oder sich daran beteiligen können (§ 11 BayÖPNVG). Durch den Hinweis in § 8 Abs. 1 BayÖPNVG ist jedoch klargestellt, dass sie sich dabei auch der privaten Verkehrsunternehmen bedienen können. Der Hinweis auf die Option, sich privater Verkehrsunternehmen bedienen zu können, findet sich in mehreren Gesetzen ¹⁸⁹. Das Prinzip des Wettbewerbs als Mittel zur bestmöglichen Erfüllung des ÖPNV wird nicht durch den Hinweis auf die Verpflichtungsmuster i.S.d. EG-V0 1191/69 implizit vorausgesetzt, sondern auch durch

¹⁸⁵ So auch Fromm, TransportR 1994, 425 <429>; Sellmann, NdsVBl. 1996, 121 <125>; Wachinger/Wittemann, Regionalisierung des ÖPNV, S. 113; a. A. Institut für Umweltrecht, S. 13

¹⁸⁶ Ähnlich auch § 3 Abs. 1 SächsÖPNVG

¹⁸⁷ Vgl. auch VerfG LSA, DVBl. 1998, 1288

¹⁸⁸ Vgl. § 4 Abs. 1 S. 3 HessÖPNVG; § 4 Abs. 1 S. 2 u. § 7 NVG RhPf; § 4 Abs. 3 ÖPNVG M-V; § 2 Abs. 7 ÖPNVG SIH

¹⁸⁹ Vgl. § 3 Abs. 6 BdBÖPNVG; § 3 Abs. 4 ThÖPNVG

manche Regelungen explizit thematisiert ¹⁹⁰. In ihrem Organisations- und Planungsansatz kommt auch der von § 13 PBefG vorgesehene Wirtschaftsmodus der „Eigenwirtschaftlichkeit“ nicht vor. Er kann daher auch nicht zur Umsetzung der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ eingesetzt werden. Im übrigen bleibt es offen, ob der „eigenwirtschaftlich“ betriebene Verkehr überhaupt in das Regelungskonzept der ÖPNV-Gesetze fällt.

Aufgrund ihrer Bestellerfunktion liegt die Finanzverantwortung für den im Rahmen der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes betriebenen ÖPNV letztlich bei den Aufgabenträgern ¹⁹¹. § 9 Abs. 1 BdbÖPNVG, § 8 Abs. 1 HessÖPNVG und § 9 S. 1 ÖPNVG RhPf betonen in diesem Zusammenhang zwar den Grundsatz der Selbstfinanzierung durch die Verkehrsunternehmen, aber auch in diesen Gesetzen wird durch die Bezugnahme auf die Bestellung „gemeinwirtschaftlicher Verkehre“ deutlich, dass den kommunalen Aufgabenträgern dann die Funktion der Defizitfinanzierung erwächst. Die in mehreren Gesetzen vorfindbaren Hinweise auf die Finanzkraft der Aufgabenträger als Kriterium für Ausmaß und Umfang der Vereinbarungen von Verkehrsleistungen betonen gleichfalls die basale Finanzverantwortlichkeit der kommunalen Aufgabenträger ¹⁹².

Dass der ÖPNV generell wirtschaftlich und effizient zu gestalten ist, ist nicht nur ein Gemeinplatz allgemeiner haushälterischer Grundsätze, sondern auch die Basisaussage nahezu aller ÖPNV-Gesetze ¹⁹³. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass immanente Schranke jeder sozialstaatlichen Daseinsvorsorge die finanziellen Ressourcen des jeweiligen Aufgabenträgers sind. Dass die Aufgabenträger bei der Gewährleistung des ÖPNV ihre finanzielle Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen haben, wird von einigen ÖPNV-Gesetzen explizit festgehalten ¹⁹⁴. Ihnen fehlen jedoch im wesentlichen positive Operationalisierungen.

Nach den Regelungen aller ÖPNV-Gesetze liegt die Bestellerfunktion für den Schienenpersonennahverkehr grundsätzlich bei den Ländern oder den Verkehrsverbünden.

¹⁹⁰ § 4 Abs. 2 S. 3 ÖPNVG M-V; § 2 Abs. 10 RegG NRW; § 7 Abs. 2 SaarlÖPNVG

¹⁹¹ Vgl. Art. 15 Abs. 1 BayÖPNVG; § 9 Abs. 2 BdbÖPNVG; § 8 Abs. 1 ÖPNVG M-V; § 11 Abs. 1 SaarlÖPNVG; § 15 Abs. 1 ÖPNVG-LSA; § 3 Abs. 2 ThÖPNVG

¹⁹² Vgl. Art. 8 Abs. 1 S. 2 BayÖPNVG; § 5 Abs. 1 S. 2 NVG RhPf; § 5 Abs. 3 SaarlÖPNVG

¹⁹³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 BayÖPNVG § 2 Abs. 2 BdbÖPNVG; § 2 Abs. 2 ÖPNVG M-V; § 4 Abs. 77 NdsNVG; § 2 Abs. 2 u. 10 RegG NRW; § 2 Abs. 2 NVG RhPf; § 2 Abs. 4 Saarl ÖPNVG; § 2 Abs. 1 SächsÖPNVG; § 1 Abs. 7 ÖPNVG-LSA; § 2 Abs. 1 ThÖPNVG

Die Vergabe der Verkehrsleistungen erfolgt grundsätzlich im Wege der Ausschreibung. Dabei konnte sich die DB-Regio bis heute eine Quasi-Monopolstellung erhalten. Auf sie entfallen 96% des Umsatzes ¹⁹⁵. Als Ursache dafür wird das von der DB-Netz entwickelte Trassenpreissystem verortet, das kleineren Wettbewerbern auf stark nachgefragten Strecken hohe Wettbewerbshürden entgegenstellen. Allein bei schwach belasteten Trassen könne von einem diskriminierungsfreien Zugang gesprochen werden ¹⁹⁶. Demgegenüber treten die Kreise und kreisfreien Städte als Aufgabenträger des ÖPNV als Besteller von sog. „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsdienstleistungen, die als Ergebnis der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ i. S. d. EG-VO 1191/69 erbracht werden sollen, gegenüber den Verkehrsunternehmen auf ¹⁹⁷. Offen bleibt allerdings ihre Aufgabe bei der Abwicklung der Verkehre, die nicht den Verpflichtungen „des öffentlichen Dienstes“ unterliegen. Differenzierte Aussagen in Bezug auf das duale Konzept von Verkehren mit und ohne Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes finden sich in den Nahverkehrsgesetzen nicht.

II.3.2 Die Finanzierungsregelungen

Obwohl die Finanzverantwortung der öffentlichen Hand für den ÖPNV programmatisch den kommunalen Aufgabenträgern zugeordnet ist, kennen alle ÖPNV-Gesetze Regelungen über Finanzhilfen, die die Länder den Aufgabenträgern gewähren. Sie bilden das politische Kernstück der Nahverkehrsgesetze und stehen im Zentrum der gerichtlichen Auseinandersetzungen ¹⁹⁸. Damit wiederholt sich die Aufspaltung zwischen Finanzquellen und Finanzierungsverantwortlichkeit, die bereits im RegG angelegt ist. Dies weist auf ein allgemeines Strukturproblem der föderalen Finanzordnung hin. Der Aufgabenverantwortung entspricht das Leistungsvermögen der dem Aufgabenträger zugeordneten Eigenmittel nicht. Die Dezentralisierung der Aufgaben ist nicht mit einer komplementären Dezentralisierung der Einnahmen synchronisiert. Insbesondere die Kommunen sind auf eine Ausgleichsfinanzierung durch Land und Bund für die Aufga-

¹⁹⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 S. 2 BayÖPNVG; § 5 Abs. 1 S. 2 NVG RhPf; § 5 Abs. 3 SaarÖPNVG

¹⁹⁵ Vgl. Ewers/Ilgmann, S. 13

¹⁹⁶ Ein Verfahren nach §§ 22 ff. GWB soll eingeleitet sein (vgl. Ewers/Ilgmann, S. 15)

¹⁹⁷ Vgl. § 6 Abs. 3 ÖPNVG-BaWü; Art. 8 Abs. 2 BayÖPNVG; § 3 Abs. 4 BdBÖPNVG; § 4 Abs. 1 HessÖPNVG; § 3 Abs. 5 ÖPNVG-M-V; § 4 Abs. 4 NdsNVG; § 3 Abs. 2 REGG NRW; § 5 Abs. 3 ÖPNVG RhPf; § 5 Abs. 2 Saar-ÖPNVG; § 3 Abs. 5 SächsÖPNVG; § 5 ÖPNVG-LSA; § 2 Abs. 4 ÖPNVGSi-H; § 3 Abs. 5 ThÖPNVG

¹⁹⁸ VerfG-LSA, DVBl. 1988, 1288

ben angewiesen, die ihnen durch die Gesetzgebung eben der Parlamente von Bund und Ländern zugeordnet wurden.

Die Regelungen über die Finanzhilfen der Länder lassen die Bandbreite föderaler Regelungsvielfalt erkennen. Ihre Aussagen zu Aufkommensstruktur, Höhe, Verwendung und Verteilungsschlüssel folgen keiner einheitlichen Systematik. In der Regel sind die Mittel unter einen Haushaltsvorbehalt gestellt ¹⁹⁹. Übereinstimmend trennen die Nahverkehrsgesetze mit Ausnahme von Bayern, das den SPNV bereits grundsätzlich aus dem Regelungskonzept seines ÖPNV-Gesetzes genommen hat, zwischen der Finanzierung des SPNV und des übrigen ÖPNV. Insoweit folgt das Konzept der Finanzhilfen zunächst der Differenzierung nach Sachaufgaben und Aufgabenträger, die allen ÖPNV-Gesetzen zugrunde liegt. Eine gemeinsame Systemanlage der Finanzhilfen ist auch noch erkennbar, wo im Hinblick auf die Finanzierung des SPNV explizit auf die Aussagen über die Verwendung der Regionalisierungsmittel des Bundes im RegG Bezug genommen wird.

Auch im übrigen wird deutlich, dass die Förderkulisse des Bundes prägendes Merkmal der meisten Finanzierungsansätze in den ÖPNV-Gesetzen der Länder ist. So nehmen einige Landesgesetze auf die Finanzmittel des GVFG ²⁰⁰, der gruppenbezogenen Förderung nach § 45a PBefG, § 6a AEG und § 59 Abs. 3 SchwbG²⁰¹ sowie der Finanzausgleichsgesetze Bezug ²⁰². Fakultativ werden auch eigene zusätzliche Haushaltsmittel des Landes vorgesehen ²⁰³. Damit wird zwar einerseits angedeutet, dass die Regelungen zu den Finanzhilfen die Bündelung bereits bestehender Finanzierungsströme des Bundes und des betreffenden Landes anstreben. Diese gesetzliche Koordinierung wird jedoch nicht konsistent administrativ durchgehalten. Zwar sind Empfänger der Zuwendungen in der Regel die Aufgabenträger, jedoch sehen bereits einige Landesgesetze eine direkte Zuweisung an Verkehrsunternehmen vor ²⁰⁴. Dadurch wird die in § 3 RegG postulierte Konzentration der planerischen, organisatori-

199 Vgl. § 13 Abs. 1 ÖPNVG BaWü; Art. 16 Abs. 2 BayÖPNVG; § 8 Abs. 6 ÖPNVG M-V; § 10 Abs. 2 RegG NRW; § 9 ÖPNVG RhPf; § 11 Abs. 3 SaarlÖPNVG; § 6 Abs. ÖPNVG SIH; § 7 Abs. 2 Nr. 2 SächsÖPNVG; § 15 Abs. 3 ÖPNVG LSA; §§ 8 Abs. 1 u. 10 ThÖPNVG

200 Art. 17 Abs. 2 BayÖPNVG; § 11 Abs. 1 BdbÖPNVG; § 9 Abs. 1 HessÖPNVG; § 7 Abs. 5 NdsNVG; § 12 Abs. 1 RegG NRW; § 12 Abs. 5 SaarlÖPNVG; § 7 Abs. 2 Nr. 1b SächsÖPNVG; § 10 Abs. 1 Nr. 1 ThÖPNVG

201 Vgl. etwa § 10 Abs. 3 RegG NRW; § 11 Abs. 7 SaarlÖPNVG; § 7 Abs. 2 Nr. 2 SächsÖPNVG

202 Art. 17 Abs. 1 BayÖPNVG; § 9 Abs. 1 HessÖPNVG; § 8 Abs. 7 ÖPNVG M-V; § 7 Abs. 2 Nr. 2b SächsÖPNVG

203 § 11 BdbÖPNVG; § 8 Abs. 5 u. 6 ÖPNVG M-V; § 12 Abs. 5 SaarlÖPNVG; § 10 Abs. 1 Nr. 2 ThÖPNVG

204 Vgl. etwa Art. 15 Abs. 3 BayÖPNVG

schen und finanziellen Zuständigkeiten bei den kommunalen Aufgabenträger ein weiteres Mal konterkariert. Eine effektive Bündelungswirkung ist jedoch im übrigen auch in Bezug auf die Ausgleichszahlungen nach § 45a PBefG und § 62 SchwbG nicht gewährleistet, da diese Mittel direkt an die Verkehrsunternehmen fließen ²⁰⁵.

Die Adaption der bundesrechtlich geregelten Finanzströme kann durch die eher vage Maxime erfolgen, dass die Mittel des § 8 RegG vorrangig für den SPNV zu verwenden sind ²⁰⁶. In den meisten Bundesländern werden die Mittel aus § 8 Abs. 1 RegG ausschließlich für den SPNV zur Verfügung gestellt ²⁰⁷. Darüber hinaus werden in Brandenburg die Mittel auch aus § 8 Abs. 2 RegG bis zu 75 % für Investitionen im SPNV reserviert ²⁰⁸. Der Rest steht danach dem ÖSPV zu. Eine anteilig nicht begrenzte Förderung des SPNV und des ÖSPV aus diesen Mitteln sieht § 7 Abs. 8 HessÖPNVG vor ²⁰⁹. Ähnliche Regelungen haben Nordrhein-Westfalen, das Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen getroffen ²¹⁰. Damit bleibt die Aufteilung dieser Mittel zwischen SPNV und ÖSPV von Gesetzes wegen unentschieden. In Niedersachsen stehen die Mittel aus § 8 Abs. 2 RegG dagegen den Trägern der Nahverkehrsplanung zu (§ 7 Abs. 5 NdsNVG) ²¹¹.

Der Höhe nach werden die Finanzhilfen grundsätzlich nicht festgelegt. Dies bezeichnet einen signifikanten Unterschied zu § 5 RegG, durch den das Volumen der auf die Länder zu verteilenden Regionalisierungsmittel auf Jahre hinaus eindeutig quantifiziert wurde. Nur in einigen ÖPNV-Gesetzen findet man für Teilaufgaben der Höhe nach festgesetzte Finanzierungsansätze. Eine Pauschale kennen die Gesetze der Bundesländer Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein ²¹². Die festgesetzten Pauschalbeträge differieren dabei aller-

²⁰⁵ Vgl. dazu die Kritik von Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600, <605>

²⁰⁶ § 13 Abs. 2 ÖPVG BaWü; § 15 Abs. 2 ÖPNVG-LSA; § 8 Abs. 5 ThÖPNVG

²⁰⁷ Vgl. etwa § 10 Abs. 1 BdbÖPNVG; § 8 Abs. 7 HessÖPNVG; § 8 Abs. 3 ÖPNVG M-V; § 7 Abs. 1 NdsNVG; § 11 RegG NRW; § 10 Abs. 2 ÖPNVG RhPf; § 12 Abs. 2 SaarlÖPNVG; § 6 Abs. 3 ÖPNVG SIH

²⁰⁸ § 10 Abs. 2 BdbÖPNVG

²⁰⁹ Ähnlich auch § 8 Abs. 4 ÖPNVG M-V

²¹⁰ § 11 Abs. 3 RegG NRW; § 12 Abs. 3 SaarlÖPNVG; § 15 Abs. 2 S. 4 ÖPNVG LSA; § 6 Abs. 5 ÖPNVG SIH; § 12 Nr. 2 ThÖPNVG

²¹¹ Ab dem Jahr 2000 75 % der Mittel aus § 8 Abs. 2 RegG (§ 7 Abs. 7 NdsNVG)

²¹² § 11 Abs. 3 BdbÖPNVG: 90 Mio für das gesamte Land; § 7 Abs. 6 NdsNVG: 2.-DM/Einwohner, mindestens 200.000.- für jeden Aufgabenträger; § 14 Abs. 2 REGG NRW: 1.000.000.- DM für jeden Aufgabenträger; § 10 Abs. 1 ÖPNVG RhPf: 2.-DM/Einwohner, mindestens 200.000.- DM; § 11 Abs. 6 SaarlÖPNVG: 100.000.- für jeden Aufgabenträger zugl. 600.000.- DM, die nach Einwohnerzahlen auf die Aufgabenträger zu verteilen sind; § 6 Abs. 4 ÖPNVG SIH: 150.000.- DM für jeden Aufgabenträger

dings um den Faktor 10. Darin werden auch die größenbedingten Unterschiede in der finanziellen Leistungsfähigkeit der einzelnen Bundesländer deutlich. § 7 Abs. 7 NdsNVG verteilt die den kommunalen Aufgabenträgern aus dem Aufkommen nach § 8 Abs. 2 RegG zustehenden Mittel nach einem Schlüssel, der aus Einwohnerzahl und Fläche gebildet wird. Nach § 12 Abs. 1 RegG NRW stockt das Land die durch das GVFG bereitgestellten Fördermittel um 25 % auf. Die Bundesmittel nach § 8 Abs. 2 RegG werden vom Land um jährlich mindestens 200 Mio. DM ergänzt (§ 13 Abs. 3 RegG NRW). Damit lässt einzig das Land NRW erkennen, dass es sich von Gesetzes wegen verpflichtet fühlt, einen nennenswerten finanziellen Eigenbetrag zur Förderung des ÖPNV zu leisten.

Auch die Festlegung der förderungsfähigen Tatbestände folgt keiner einheitlichen Systematik. Hier wird ebenfalls mitunter ein Bezug zu den Fördertatbeständen des GVFG hergestellt ²¹³. Finanzmittel werden in der Regel für spezifische Bedarfe gewährt, die sich auf die Kosten der Nahverkehrsinfrastruktur und der Organisation eines abgestimmten Netzwerkes von Nahverkehrsdienstleistungen beziehen. Dazu gehören zum Beispiel

- Investitionen in Infrastruktur und Fahrzeuge, ²¹⁴
- Förderung von Verkehrskooperationen, ²¹⁵
- die Aufstellung von Nahverkehrsplänen ²¹⁶ und
- Verkehrsuntersuchungen. ²¹⁷

Eine besondere Problematik enthalten Regelungen zur Abdeckung von Betriebsdefiziten. Einschlägige Landeszuschüsse sind in den ÖPNV-Gesetzen von Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen vorgesehen ²¹⁸. Sie sind in der Regel nicht der Höhe nach festgelegt. Lediglich Thüringen setzt für Fi-

²¹³ Vgl. etwa § 7 Abs. 5 NdsNVG; § 12 RegG NRW

²¹⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Nr. 1 BayÖPNVG; § 9 Abs. 2 Nr. 2c HessÖPNVG; § 8 Abs. 4 Nr. 2 ÖPNVG M-V; § 7 Abs. 8 Nr. 3 NdsNVG; § 10 Abs. 1 Nr. 2 REGG NRW; § 11 Abs. 1 Nr. 1 ÖPNVG RhPf; § 11 Abs. 5 Nr. 2 u. 3 SaarlÖPNVG; § 15 Abs. 3 Nr. 5 ÖPNVG-LSA; § 8 Abs. 3 Nr. 1 ThÖPNVG

²¹⁵ Vgl. § 13 Abs. 3 ÖPNVG BaWü; Art. 16 Abs. 1 Nr. 2 BayÖPNVG; § 8 Abs. 2 Nr. 2a HessÖPNVG; § 7 Abs. 8 Nr. 1 u. 2 NdsNVG; § 11 Abs. 1 Nr. 2 ÖPNVG RhPf; § 12 Abs. 3 SaarlÖPNVG; § 15 Abs. 3 Nr. 3 ÖPNVG-LSA; § 8 Abs. 3 Nr. 2 ThÖPNVG

²¹⁶ Vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1c SächsÖPNVG; § 15 Abs. 3 Nr. 4 ÖPNVG-LSA

²¹⁷ Vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4 ÖPNVG

²¹⁸ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Nr. 3 BayÖPNVG; § 8 Abs. 6 ÖPNVG M-V; § 7 Abs. 8 Nr. 4 NdsNVG; § 15 Abs. 3 Nr. 2 ÖPNVG-LSA; § 8 Abs. 2 ThÖPNVG

nanzhilfen zur Deckung von Betriebsdefiziten einen limitierenden Rahmen. Danach sind mindestens 30% und höchstens 50% vom Land zu übernehmen (§ 9 ThÖPNVG).

Sieht man von den pauschalierten Zuweisungen ab, enthalten die ÖPNV-Gesetze in der Regel keine feste Verteilungsschlüssel in Bezug auf die kommunalen Aufgabenträger²¹⁹. Auch insoweit ergibt sich ein deutlicher Unterschied zu § 8 RegG, der quantifizierte Verteilungsschlüssel für die Umlage der Regionalisierungsmittel des Bundes auf die Länder festlegt. Eine Verteilungsregelung wird zuweilen der Regelung im Wege einer Rechtsverordnung vorbehalten²²⁰. Häufig verwendete Verteilungsparameter sind dabei Einwohner und Fläche. Ihnen ist zwar ein spezifisches Konzept distributiver Verteilungsgerechtigkeit unterlegt, sie taugen jedoch nicht als erfolgs- und leistungsbezogene Steuerungskriterien²²¹. Ansonsten ist für Dritte nachvollziehbar die Plausibilität von Zuwendungsentscheidungen der Länder nur an der indirekten Verteilungswirkung zu messen, die von gültigen Nahverkehrs- und Investitionsplänen ausgeht. Insgesamt bestätigt sich der Eindruck, dass die Fördermittel wie früher nach den kameralistischen Grundsätzen des angemeldeten Bedarfs verteilt werden und nicht nach den ökonomischen Kriterien der Effizienzsteigerung²²². Entsprechend sind auch die Instrumente zu einer Effektivitätskontrolle der Verwendung der Finanzhilfen rar²²³.

II.3.3 Die landesverfassung srechtlichen Finanzgarantien

Die in den ÖPNV-Gesetzen der Länder enthaltenen Finanzierungsregelungen sind vor dem Hintergrund des umfassenden Bestands- und Funktionsschutzes der kommunalen Selbstverwaltung zu sehen. Sie ist durch Art. 28 Abs. 2 GG von Verfassungs wegen gewährleistet. Entsprechende Regelungen finden sich in allen Verfassungen der Flächenstaaten. Das Verfassungsrecht der einzelnen Bundesländer schützt die Kommunen nicht nur gegenüber Eingriffen in die selbstverantwortliche Wahrnehmung von Aufgaben des eigenen Wirkungskreises und dem Entzug von Sachaufgaben, die diesem Bereich zuzuordnen sind, sondern enthält darüber hinaus Garantien ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit, die den Kommunen eine eigenverantwortliche Durchführung

²¹⁹ Geht man davon aus, dass § 7 NdsNVG eine umfassende Finanzierungsregelung enthält, ist insoweit Niedersachsen eine Ausnahme (§ 7 Abs. 7 NdsNVG).

²²⁰ Vgl. § 7 Abs. 3 SächsÖPNVG; § 15 Abs. 5 ÖPNVG LSA; § 9 Abs. 6 ThÖPNVG (Richtlinie)

²²¹ So auch Berschin/Hickmann, Von der Bahnreform zur ÖPNV-Strukturreform, Internationales Verkehrswesen 1998, S. 600

²²² Vgl. auch Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <605>

dieser Aufgaben ermöglichen sollen. Sie erstrecken sich zudem grundsätzlich auch auf die ihnen übertragenen staatlichen Auftragsangelegenheiten nach Weisung. Dies hat zur Folge, dass das Land den Kommunen Finanzmittel zur Gewährleistung ihrer Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellen muss, soweit die Eigenmittel der Kommunen nicht ausreichen.

Diese Garantie schützt nicht nur die Leistungsfähigkeit der Gemeinden im Hinblick auf die Wahrnehmung bestehender Aufgaben, sondern insbesondere auch im Hinblick auf die Übertragung neuer Aufgaben. Den Ländern ist daher grundsätzlich verwehrt, kostenlastige Aufgaben auf die Gemeinden in beliebiger Weise überzuwälzen. Dies gilt grundsätzlich sowohl in Bezug auf die Übertragung staatlicher Auftragsangelegenheiten als auch in Bezug auf Definition neuer pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben. Allerdings sind die Finanzgarantien in den einzelnen Landesverfassungen unterschiedlich stark ausgeprägt. Entscheidend dafür ist, ob sie dem sog. „monistischen“ oder dem „dualistischen“ Modell kommunaler Finanzgarantien folgen. Entsprechende verfassungsrechtliche Garantien zu Lasten des Bundes bestehen nicht ²²⁴.

Das „monistische Modell“ beschränkt sich auf eine allgemeine Garantie einer insgesamt hinreichenden Finanzausstattung. Diesem Modell folgen die Bundesländer Hessen und Rheinland-Pfalz ²²⁵. Es beschränkt sich also auf eine saldierende Gesamtbetrachtung der kommunalen Aufgaben- und Ausgabensituation. Die Regelung, dass der ÖPNV als Selbstverwaltungsaufgabe wahrgenommen wird, hat daher für Hessen und Rheinland-Pfalz zur Folge, dass er nun bei der Bemessung des allgemeinen Finanzausgleichs mit eingestellt werden muß. Ob die durch §§ 8 u. 9 HessÖPNVG sowie §§ 10 u. 11 ÖPNVG RhPf für sich genommen jeweils ausreichende Finanzregelungen enthalten, kann daher nicht zu einem eigenständigen finanzverfassungsrechtlichen Problem werden, sondern lediglich im Gesamtzusammenhang mit der Situation der kommunalen Haushalte die Frage aufwerfen, ob die landesverfassungsrechtlichen Anforderungen an eine hinreichende Finanzausstattung unter Berücksichtigung der den kommunalen Aufgabenträgern entstehenden Aufwendungen für den ÖPNV eingehalten sind.

²²³ Vgl. § 9 Abs. 5 HessÖPNVG; § 7 Abs. 9 NdsNVG; § 13 ThÖPNVG.

²²⁴ BVerfGE 86, 148 <215>

²²⁵ Art. 137 Abs. 5 HessVerf; Art. 49 Abs. 5 RhPfVerf

Das „dualistische Modell“ differenziert im Hinblick auf die Gesamtbetrachtung der allgemeinen Finanzsituation und die Übertragung neuer Aufgaben in aufgabeninakzessorische und aufgabenakzessorische Finanzgarantien. Danach stellen die aufgabeninakzessorischen Finanzgarantien auf eine typisierende Betrachtung der allgemeinen Leistungsfähigkeit der Kommunen ab, während die aufgabenakzessorischen Finanzgarantien grundsätzlich auf einen finanzkraftunabhängigen Ausgleich der tatsächlich entstehenden zusätzlichen Kosten für speziell zugewiesene Aufgaben abzielen, die die Kommunen von Gesetzes wegen zu erfüllen haben ²²⁶. Dieses Modell bricht mit dem durch Art. 104a Abs. 1 GG zwischen Bund und Ländern statuierten Konnexitätsprinzip, wonach die Ausgabenverantwortung aus der Aufgabenverantwortung entspringt. Vielmehr nimmt das dem aufgabenakzessorischen Finanzgarantien immanente Lastenverteilungsprinzip Bezug auf die durch Gesetz vorgenommene Aufgabenzuordnung. Es trägt damit dem Sachverhalt Rechnung, dass im vertikal gestuften Systemen der Rechtsetzung, des Gesetzesvollzugs und der öffentlichen Einnahmen, Aufgabenverantwortlichkeit und Finanzkraft auseinander driften können.

Überträgt der Gesetzgeber den Kommunen neue Aufgaben, muß er danach gleichzeitig Regelungen über die Kostentragung treffen. Damit werden die Kostenregelungen in Bezug auf eine übertragene Aufgabe grundsätzlich im Hinblick auf ihre Adäquanz an der Verfassung messbar. Die Verfassungsgerichte der Länder Niedersachsen, Brandenburg und Sachsen-Anhalt haben die dualen Finanzgarantien in Richtung auf einen Garantiedualismus interpretiert. Danach sollen aufgabeninakzessorische und aufgabenakzessorische Garantien grundsätzlich in der Weise nebeneinander bestehen, dass die aufgabeninakzessorischen eine Grundausstattung für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben garantieren, während die aufgabenakzessorischen Garantien eine davon unabhängige Pflicht des Landes begründen, Kostendeckungsregelungen für die Übertragung neuer Aufgaben zu treffen ²²⁷.

Die aufgabenakzessorischen Finanzgarantien sind wiederum in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich streng ausgeformt. Der Sache nach eingeschränkte Formulierungen sind in den Verfassungen von Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und

²²⁶ Vgl. dazu grundsätzlich Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 154 ff.

²²⁷ NdsVerfG, DVBl. 1998, 195 ff.; BdbVerfG, DVBl. 1998, 336; VerfG-LSA, DVBl. 1998, 1288

Niedersachsen enthalten²²⁸. Danach unterfallen nur neu übertragene staatliche, aber nicht die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben den akzessorischen Finanzgarantien²²⁹. Damit fällt der Nahverkehr für diese Bundesländer generell aus dem Schutzbereich der aufgabenakzessorischen Finanzgarantien. Der ÖPNV ist demnach bei der finanziellen Mindestausstattung im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs nach dem Gebot der Verteilungssymmetrie zu berücksichtigen²³⁰.

Gegenständlich umfassendere Ausprägungen finden sich in den Verfassungen von Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Schleswig-Holstein²³¹. Die aufgabenakzessorischen Garantien beziehen sich hier auch auf die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben. Sie enthalten zunächst eine Befassungs- und Regelungspflicht. Werden den Kommunen Aufgaben durch Gesetz übertragen, sind in ihm Regelungen über die Deckung der Kosten zu treffen. Auch diese Garantien sind für den ÖPNV nur bedingt einschlägig. Sie erstrecken sich auf ihn nur insoweit, als er pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe ist. Dies kann nach Maßgabe der Regelungen in den jeweiligen ÖPNV-Gesetzen in der Regel nur für die Planung des ÖPNV angenommen werden. Die Bestellung von Verkehren mit Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ erfolgt jedoch im Rahmen der freiwilligen Selbstverwaltung und unterliegt damit gleichfalls nur den aufgabeninakzessorischen Garantien.

Eine Ausnahme macht allerdings das ÖPNV-Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt. In § 3 Abs. 1 ÖPNVG-LSA wird die Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen und die Erschließung des Landes mit Anlagen für den ÖPNV zu einer Aufgabe der kommunalen Aufgabenträger erklärt, die sie zu gewährleisten haben. Insoweit hat das Verfassungsgericht Sachsen-Anhalt darin zurecht eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe gesehen²³². Der Gesetzgeber muß danach bei der Übertragung neuer Aufgaben erkennbare und nachvollziehbare Regelungen treffen, wie die Kosten zu decken sind. Ein Hinweis auf die Regelungen im Haushaltsgesetz wird als unzureichend betrachtet²³³. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber im Nahverkehrsgesetz selbst eine nachvoll-

²²⁸ Vgl. Art. 97 Abs. 2 S. 3 BdbVerf; Art. 72 Abs. 3 Verf M-V; Art. 57 Abs. 4 NdsVerf;

²²⁹ Vgl. auch NdsStGH NVwZ-RR 1998, 529 <539> zur Sozialhilfe

²³⁰ NdsStGH NVwZ 1996, 585 <587>

²³¹ Vgl. Art. 71 Abs. 3 VerfBaWü; Art. 78 Abs. 3 Verf NRW; Art. 85 Abs. 1 SächsVerf; Art. 87 Abs. 3 Verf-LSA; Art. 91 Abs. 3 ThVerf; Art. 49 Abs. 2 Verf SIH

²³² VerfG-LSA, DVBl. 1998, 1288

²³³ VerfG-LSA, DVBl. 1998, 1288

ziehbare Zuteilungsregelung für die Mittel treffen muß, die erforderlich sind, damit die kommunalen Aufgabenträger den materiellen Sicherstellungsauftrag umsetzen können. Allerdings läßt sich aus der Vorgabe, es sei ein angemessener Ausgleich zu treffen, nicht entnehmen, dass damit die Vollabdeckung aller entstandenen Kosten gefordert sei.

II.4 Die Reform des Personenbeförderungsgesetzes

Im Zusammenhang mit der Regionalisierungsgesetzgebung wurde auch das bisherige Leitgesetz des Bundes zum ÖPNV novelliert. Das neue PBefG konzentriert sich nach wie vor auf die gewerberechtlichen Dimensionen des ÖSPV. Dies ist zunächst im Hinblick auf die durch Art. 74 Nr. 11 GG spezifizierte Regelungszuständigkeit des Bundes für das Recht der Wirtschaft unmittelbar plausibel. Demgegenüber liegt die Regelung der organisations- und planungsrechtlichen Grundlagen für den ÖSPV bei den Ländern.

Der ÖPNV bezieht damit seine Rechtsgrundlagen von drei Normsetzungsinstanzen: der EG, dem Bund und den Ländern. Zwischen diesen Regelungsebenen besteht eine durchgängige Normhierarchie. Das ÖPNV-Recht des Bundes darf ebenso wie das der Länder den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht widersprechen. Obwohl das PBefG der Ort geblieben ist, an dem sich die wirtschaftlichen Leitvorstellungen des deutschen Gesetzgebers zum ÖSPV primär niederschlagen müssen, sind diese doch durch das Gemeinschaftsrecht vorskizziert. Damit wird auch die Rezeptionsqualität des PBefG in Bezug auf die EG-rechtlichen Vorgaben bedeutsam. Dies gilt um so mehr, als die EG-VO 1191/69 unmittelbar geltendes Recht setzt. Zwischen dem Recht des Bundes und dem der Länder gilt der Grundsatz, dass Bundesrecht Landesrecht bricht (Art. 31 GG). Allerdings regeln das gewerberechtliche Konzessionsrecht des Bundes und das Organisations- und Planungsrecht der ÖPNV-Gesetze der Länder grundsätzlich unterschiedliche Materien. Da damit Bundes- und Landesrecht in einem Komplementärverhältnis zueinander stehen, sind sie regelmäßig nicht nach dem hierarchischen Muster einander zuzuordnen. Daher kann das PBefG die in den ÖPNV-Gesetzen der Länder getroffenen Strukturentscheidungen nur nachrichtlich rezipieren. Soweit sie gemeinsame Schnittstellen aufweisen, stellt sich weniger die Frage, ob Landesrecht gegen Bundesrecht verstößt, sondern vielmehr, ob Bundes- und Landesrecht kongruenten Regelungszustandungen folgen. Damit tritt im Bund-Länder-Verhältnis die Frage

der Rechtskonformität hinter der Regelungsadäquanz zurück. Um so entscheidender ist es dann allerdings, dass die gemeinsamen Schnittstellen zur Deckung gebracht werden.

Trotz seiner zwischen mehreren Regelungsbereichen koordinierenden Schlüsselstellung ist das PBefG erst in der Schlussphase der Regionalisierungsgesetzgebung auf Druck der Bundesländer in die Agenda der Reform aufgenommen worden²³⁴. An ihm wird kritisiert, es sei durch „halbherzige, unpräzise und auch widersprüchliche Regelungen“ geprägt²³⁵. Dies lässt sich bereits an seiner rechtstechnischen Innovationsqualität nachvollziehen. Kennzeichen jeder durchgreifenden Strukturreform ist die prozedurale Vorsorge zur Bewältigung der damit verbundenen Strukturveränderungen. Zentrale Elemente zur Bewältigung des intendierten Wandels sind daher Übergangsfristen oder Überleitungsvorschriften. Sie fehlen im PBefG. Statt dessen ist das Zeitkonzept des Gesetzes eher strukturkonservierend als reformfördernd angelegt. Der Versuch, den „bewährten Ordnungsrahmen“ des tradierten gewerberechtlichen Modells beizubehalten, hat nicht nur zur Folge gehabt, dass die „kleine PBefG-Reform“²³⁶ durch zum Teil wenig konsistente Formelkompromisse geprägt ist, sondern auch, dass es sowohl das Gemeinschaftsrecht als auch die organisations- und planungsrechtlichen Ansätze der Nahverkehrsgesetze nur bruchstückhaft nachvollzieht²³⁷. Dies führt wiederum dazu, dass sich die unbewältigten Probleme der Strukturreform des ÖPNV im Anwendungsbereich des PBefG nachdrücklich fokussieren.

Das PBefG fügt dem von Dualismen geprägten ÖPNV neue Dichotomien hinzu. Der ÖPNV ist zunächst Teil des öffentlichen Personenverkehrs. Dieser stellt wiederum eine Teilmenge des Personenverkehrs insgesamt dar. Der ÖPNV ist selbst von weiteren dualen Strukturen durchdrungen. Sie werden zunächst im Regelungsdualismus zwischen ÖPNV-Gesetzgebung der Länder und dem Konzessionsrecht des Bundes sichtbar. Dieser Regelungsdualismus setzt sich fort im Aufgaben-Dualismus der Genehmigungszuständigkeit der staatlichen Behörden und der Zuständigkeit der kommunalen Aufgabenträger für Planung, Organisation und Bestellung des ÖPNV. Sodann verlängert sich der Dualismus in die Trennung des politischen Gewährleistungsauftrag

²³⁴ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Herr/Lehmkuhl, Die Verwaltung 1997, 396 ff.

²³⁵ Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <604>

²³⁶ Otto Finkenbeiner, Der Nahverkehrsplan als Grundlage für die Planung im ÖPNV, in: Der Nahverkehr 1995, 19 ff.; vgl. dazu kritisch Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <603>

im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge und von der Durchführung des ÖPNV durch private oder in privater Rechtsform betriebene Verkehrsunternehmen der Kommunen. In ihm sollen sich nach Maßgabe des PBefG zwei unterschiedliche Wirtschaftsprinzipien entfalten können.

Diese Dualismen sind nicht von Natur aus vorgegeben. Sie sind Folge von geronnenen Entscheidungen. Ihr Sinn darf daher hinterfragt werden. Während sich im PBefG die duale Struktur in den alternativen Wirtschaftsmodi des sog. „eigenwirtschaftlichen“ und des sog. „gemeinwirtschaftlichen“ Betriebes gruppiert, nehmen die Nahverkehrsgesetze davon nicht Notiz. Sie fokussieren die Bestellerfunktion des Gewährleistungsverantwortlichen für den ÖPNV auf die „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehre. Entsprechendes gilt für das europäische Gemeinschaftsrecht. Sein Differenzkriterium sind die Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“. Ihm ist die Unterscheidung zwischen „eigen-“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren unter dem Dach der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ unbekannt.

II.4.1 Modelldualismus

Das PBefG hat seinen ordnungsrechtlichen Ansatz nicht abgelegt. Nach § 2 Abs. 1 PBefG unterliegt die Beförderung mit Straßenbahnen ²³⁸, mit Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr weiterhin der Genehmigungspflicht. Die Zulassung konkurrierender Linienverkehre ist während der Laufzeit einer gültigen Konzession ausgeschlossen. Damit gibt es in der Bundesrepublik keinen ökonomisch deregulierten Markt für Nahverkehrsleistungen. Dies unterscheidet die Genehmigungspflicht nach § 2 PBefG von den anderen Zulassungsvoraussetzungen, die nach dem Gewerbe-, Bau oder Umweltschutzrecht erforderlich sind. Diese konstituieren keine wettbewerbslimitierenden Marktzugangsschranken, sondern flankieren den Marktzutritt mit Zugangsregelungen, die als Rahmenordnung insbesondere der Externalisierung von negativen Effekten vorbeugen sollen. Soweit die Zulassungsvoraussetzungen des PBefG nicht auf subjektive Kriterien abstellen, die der Unternehmer zu erfüllen hat, erhalten sie die Funktion von objektiven Berufszulassungsschranken. An sie sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG besonders hohe Anforderungen

²³⁷ Vgl. zu dieser Einschätzung Batziil/Zuck, S. 7 ff.

²³⁸ Ihnen stellt § 4 Abs. 2 PBefG auch Hoch-, Untergrund- und Schwebbahnen gleich.

zu stellen ²³⁹. Im Nahverkehrsgewerbe gibt es nach wie vor keinen „open entry“. Möglich ist damit lediglich ein Wettbewerb um die Genehmigung ²⁴⁰. Dies bedeutet, dass der Modus der Vergabe einer Konzession in einem transparenten, diskriminierungsfreien und regelgebundenen Verfahren zum Schlüsselkriterium wird.

Zum anderen stellt sich die Frage, wie die Gemeinwohlinteressen an diesen Nahverkehrsleistungen zum Tragen kommen können. Nach der neuen Rechtslage hat die Genehmigungsbehörde im Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sowie einer wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung für die Integration der Nahverkehrsbedienung, insbesondere für Verkehrskooperationen, für die Abstimmung oder den Verbund der Beförderungsentgelte und die Abstimmung der Fahrpläne, zu sorgen (§ 8 Abs. 3 S. 1 PBefG). Dabei wirkt sie mit den Aufgabenträgern und den Verkehrsunternehmen zusammen. Sie hat in ihren Genehmigungsentscheidungen den Nahverkehrsplan zu berücksichtigen, der den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Verkehrs bilden soll (§ 8 Abs. 3 S. 2 u. 3 PBefG). § 8 PBefG erweist sich somit als „Grundnorm“ ²⁴¹ für die Genehmigung von Verkehren im ÖSPV. Er verschränkt das Konzessionsrecht des Bundes mit dem Organisations- und Planungsrecht der Länder. Aus ihm ergeben sich Vorwirkungen auf das Verhältnis der staatlichen Konzessionierungsbehörden zu den kommunalen Bestellern „gemeinwirtschaftlicher Verkehre“.

Damit sind höchst problemträchtige Fragen der Kooperation zwischen den maßgeblichen Akteuren und der Koordination unterschiedlicher Regelungsmaterien angesprochen. Liest man allein das Aufgabenprofil der Genehmigungsbehörde nach § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG, so erweckt dies den Eindruck, sie sei der maßgebliche öffentliche Aufgabenträger im ÖSPV. Dies steht im offenkundigen Widerspruch zum Aufgabenmodell von § 3 RegG und den ihn rezipierenden Nahverkehrsgesetzen der Länder. Ließe man die bundes- und landesrechtlichen Regelungen andererseits unvermittelt neben einander stehen, wäre die Aufgabenträgerschaft für den ÖSPV gleichsam verdoppelt. Zuständigkeitskonflikte wären daher unvermeidbar. Bundes- und landesrechtliche Bestimmungen sind daher in ein nachvollziehbares System von Zielen, Zuständigkeiten und Interaktionsbeziehungen zu bringen. In materieller Hinsicht enthält § 8 Abs. 3

²³⁹ BVerfGE 7, 377 <414>; 21, 261 <267>; 41, 205, <227>; 63, 266 <286>

²⁴⁰ Vgl. insoweit auch Girnau, Der Nahverkehr 6/1998, S. 8

²⁴¹ OVG RhPf, DVBl. 1997, 962; vgl. auch Sellmann, NVwZ 1995, 1167 ff.

PBefG ein Zielbündel, das wiederum prozedural in einen spezifischen interaktiven Rahmen eingebunden ist.

Zunächst wird durch § 8 Abs. 3 PBefG eine Zielhierarchie vorgegeben. Oberziele sind die ausreichende Bedienung mit Verkehrsleistungen und die wirtschaftliche Durchführung des ÖSPV. Diese Leitbilder werden durch den Grundsatz der Integration der Nahverkehrsbedienung durch Verkehrskooperationen sowie durch abgestimmte Beförderungsentgelte und Fahrpläne konkretisiert. Operatives Element dieses Grundsatzes ist der Nahverkehrsplan. Daraus ergeben sich auch Rückschlüsse auf den Interaktionsprozess zwischen Genehmigungsbehörde, kommunalen Aufgabenträgern und Unternehmen. § 8 Abs. 3 PBefG macht zunächst deutlich, dass es im ÖSPV eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidungen nur bedingt gibt. Der Nahverkehrsplan ist der Rahmen, an dem die Nahverkehrsunternehmen ihre Verkehrsleistungen auszurichten haben. Um als Medium der Konkretisierung des öffentlichen Verkehrsinteresses wirken zu können, müssen die im Nahverkehrsplan enthaltenen Aussagen zu Bedienungsqualität, Fahrtakten und Leistungsentgelten hinreichend differenziert und spezifiziert gefasst sein.

Der Detaillierungsgrad ist Gegenstand der Kontroverse um die weite oder enge Auslegung des Nahverkehrsplanes²⁴². Einem detaillierten Plan wird mit dem Argument entgegengetreten, dies tangiere den Kernbereich unternehmerischer Betätigung²⁴³. Diese Meinung verkennt, dass ein Unternehmen im öffentlich organisierten und verantworteten Nahverkehr besonderen Bedingungs- und Wirkungszusammenhängen unterliegt²⁴⁴. Dies gilt auch für sog. „eigenwirtschaftliche“ Verkehre, wenn sie innerhalb eines Netzwerkes öffentlicher Verkehre betrieben werden. Basale Voraussetzung für den ÖPNV ist die Integration des Betriebs einzelner Linien in vorgegebene Organisations- und Planungsstrukturen, die nur als komplexe Netzwerkkonfigurationen funktionsfähig sind. Die Netzwerkbeziehung findet ihren Ausdruck in einer besonders intensiven Verpflichtung auf allgemein gültige Bedienungsstandards. Insoweit stehen unternehmerische Entscheidungen im Nahverkehr unter besonders ausgeprägten Organisations- und Integrationsverpflichtungen. Da ein Nahverkehrssystem ohne Netz nicht funktionie-

²⁴² Vgl. dazu Pützenbacher, NZV 1998, 104 ff.

²⁴³ Vgl. dazu etwa Batzill/Zuck, S. 23 ff.; Finkenbeiner, Der Nahverkehr 1995, 19; Zeiselmaier, Der Nahverkehr 1995, S. 8

²⁴⁴ So zurecht kritisch Bersin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <603>

ren kann, rechtfertigt dies einerseits die Einschränkung unternehmerischer Entscheidungen im Rahmen der Sozialbindung, begründet aber andererseits die Verpflichtung, es den Unternehmen durch Partizipation zu ermöglichen, ihre Belange bereits im Vorfeld von Verwaltungsentscheidungen einbringen zu können.

Der in § 8 Abs. 3 S. 2 PBefG erwähnte Nahverkehrsplan ist identisch mit dem in den Nahverkehrsgesetzen der Länder vorgeschriebenen Nahverkehrsplan. Da der Nahverkehrsplaner bei Aufstellung des Planes zwar die Anforderungen an die Bedienungsqualität definieren muss, aber dabei nicht die ökonomische Rentabilität der einzelnen Verkehre zu beurteilen hat, kann sich der Nahverkehrsplan weder auf die gemeinwirtschaftlichen noch auf die eigenwirtschaftlichen Verkehre allein beziehen ²⁴⁵. Dies ist erst Ergebnis eines daraufhin anzustellenden Suchprozesses. Im Verhältnis der Genehmigungsbehörde zu den kommunalen Aufgabenträgern stellt der Nahverkehrsplan die planerische Orientierungsmarke für ihre Zulassungsentscheidungen dar. In ihm hat der für seine Aufstellung zuständige Aufgabenträger seine Anforderungen an das von ihm für erforderlich gehaltene Leistungsniveau des ÖPNV zu spezifizieren ²⁴⁶.

Die Genehmigungsbehörde verfügt daher selbst über keinen originären planerischen Gestaltungsspielraum. Insoweit stellt der Nahverkehrsplan für sie nicht nur einen unter mehreren abwägungserheblichen Belangen dar ²⁴⁷. Da sie aufgrund der eindeutigen Zuweisung der Organisations- und Planungskompetenzen an die kommunalen Aufgabenträger nach der Reform des Nahverkehrsrechts keine Planungs-, sondern eine Genehmigungsbehörde ist, verfügt sie in Bezug auf die Nahverkehrsplanung weder über einen „Gestaltungsauftrag“ ²⁴⁸ noch über sonstige planerische Bewertungsspielräume ²⁴⁹. Sie darf ihre eigenen Erwägungen nicht an die Stelle des kommunalen Aufgabenträgers setzen ²⁵⁰. Vielmehr hat die Genehmigungsbehörde lediglich zu prüfen, ob die Verkehrsleistungen den Anforderungen des Nahverkehrsplanes gerecht werden. Setzt sie sich dabei über die Planung des kommunalen Aufgabenträgers hinweg, verletzt sie dessen Befugnisse zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die durch Gesetz der

²⁴⁵ So aber Hermes, in: Koch, S. 155

²⁴⁶ So auch Institut für Umweltrecht, Umweltauswirkungen der Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs und der Neuorganisation des ÖPNV. Rechtliche Rahmenbedingungen. Forschungsvorhaben im Auftrag des Umweltbundesamtes. Zwischenbericht vom 5. 10. 1998, S. 11

²⁴⁷ A. A. Fromm/Frey, Rdn 7 zu § 8 PBefG

²⁴⁸ So aber Finkenbeiner, Nahverkehr 5/1995, 19

²⁴⁹ So aber Fromm/Frey, PBefG, Rdn 7 zu § 8

²⁵⁰ So zurecht Institut für Umweltrecht, S. 39

kommunalen Selbstverwaltung zugewiesen ist. Beschneidet ein Nahverkehrsplan unternehmerische Entfaltungsmöglichkeiten in unzulässiger Weise, ist dies für die Genehmigungsbehörde kein Grund, ihn schlechthin zu negieren ²⁵¹. Vielmehr muß sie ihn zunächst in den dafür vorgesehenen Formen beanstanden. Fehlt eine Übereinstimmung mit dem Nahverkehrsplan, darf die Genehmigungsbehörde eine Konzessionierung allenfalls dann aussprechen, wenn der Nahverkehrsplan evident rechtsfehlerhaft ist ²⁵² oder der beantragte Verkehr die Ziele des Nahverkehrsplanes nicht negativ tangiert ²⁵³.

§ 8 PBefG ist jedoch nicht selbst Rechtsgrundlage für die Erteilung von Genehmigungen. Diese besteht in den §§ 13 und 13a PBefG. Damit sind zwei alternative Wirtschaftsmodi angesprochen, die sich nicht nur gegenseitig ausschließen, sondern in einer spezifischen Zielhierarchie zueinander stehen. Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sind nach § 8 Abs. 4 PBefG grundsätzlich „eigenwirtschaftlich“ zu erbringen. Dies bedeutet, dass sie nicht nur kostendeckend, sondern auch mit Gewinn betrieben werden müssen ²⁵⁴. Eigenwirtschaftliche Verkehre werden nach Maßgabe des § 13 PBefG konzessioniert. Erst soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht „eigenwirtschaftlich“ möglich ist, bringt § 8 Abs. 4 S. 3 PBefG das Gemeinschaftsrecht zur Anwendung. Rechtsgrundlage für die Konzessionierung dieser Verkehre ist § 13a PBefG. Sie werden als „gemeinwirtschaftliche Verkehre“ bezeichnet ²⁵⁵. Mit ihnen ist im weiteren die Vorstellung verbunden, dass die Leistung ohne Gewinn erbracht und ein entstehendes Defizit durch den Aufgabenträger abgedeckt wird ²⁵⁶.

Damit wird eine klare Trennungslinie zwischen der genehmigungsrechtlichen Behandlung subventionierter und nicht subventionierter Verkehre suggeriert. Durch § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG erfährt jedoch der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit eine extensive Interpretation, der diese Scheidemarke wieder verwischt. Unter „eigenwirtschaftlichen Verkehren“ sind nach der gesetzlichen Legaldefinition Verkehrsleistungen zu verstehen, „deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen

²⁵¹ So aber Batzill/Zuck, S. 25

²⁵² Finkenbeiner, Der Nahverkehr 5/1995, S. 23

²⁵³ So auch Institut für Umweltrecht, S. 42

²⁵⁴ Vgl. Fromm/Frey, Rdn 10 zu § 13

²⁵⁵ Vgl. Zuck, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, 941 <945>; Fromm, Zur Neuordnung des PBefG, TR 1994, 425 <430>

²⁵⁶ Vgl. Batzill/Zuck, S. 15 mwN.

Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne.“ Dieser Ansatz ist Gegenstand vielfältiger Kritik, die sich sowohl auf beihilferechtliche Argumente unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht als auch auf ökonomische Überlegungen stützt. Sie wird im folgenden erläutert und in den Grundaussagen unterstützt. Darüber hinausgehend wird im weiteren eine neue Dimension von Kritik entfaltet. Sie zielt auf den Modelldualismus von „eigenwirtschaftlichen“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren allgemein, der im Konzept des Gemeinschaftsrechts keine Stütze findet.

Die Legaldefinition der Eigenwirtschaftlichkeit erweist sich als ein Begriffs-Chamäleon. Sie changiert zwischen mehreren Ebenen und wechselt dabei ständig ihre Bezugspunkte und Kennungen aus. Zunächst operiert sie im Lichte seines explizit gewählten und traditionsbesetzten Begriffs der *Gemeinwirtschaft*, die als Alternative zum kapitalistischen Prinzip der Gewinnmaximierung die unterschiedlichsten Konzepte sozialreformerischer Wirtschaftsmodelle befruchtet hat. Sodann stellt sie Assoziationen zum allgemeinen Beihilferecht der EG her und wendet sich dabei gleichzeitig kokett von den speziellen gemeinschaftsrechtlichen Normen über die Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ im Rahmen eines öffentlich organisierten Nahverkehrs ab, schließlich kommt sie nochmals auf offensichtlich „eigenwirtschaftliche“ Kernbereiche unternehmensinterner Finanztransfers zurück. Die Restgröße der Verkehre, die nach diesen Elementen das Prädikat der „Eigenwirtschaftlichkeit“ nicht erheischen kann, wird dem Regime der Vereinbarung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre überlassen.

Die rechtliche und politische Brisanz liegt damit darin, dass das PBefG mit der Differenzierung von „eigenwirtschaftlichen“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren eine Weichenstellung enthält, die zum Anwendungsausschluss der Regelungen über den „öffentlichen Dienst“ i.S.d. EG-VO 1191/69 führt. Daraus ergibt sich eine folgenreiche Friktion zwischen dem nationalen Konzessionsrecht und dem Gemeinschaftsrecht. Der Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ ist damit der Schlüssel, um Verkehrsleistungen aus den Bindungen des Gemeinschaftsrechts nehmen zu können. Je weiter seine Begriffsbestimmungen ausgedehnt werden, desto geringer wird das praktische Anwendungsfeld der Regelungen der EG-VO 1191/69 zu den Lasten des „öffentlichen Dienstes“. Während „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über den „öffentlichen Dienst“ unterliegen, werden „eigenwirtschaftliche“ Verkehre davon freigestellt. Die Feststellung der „Eigenwirtschaftlichkeit“ hat daher Sperrfunktion

gegenüber der Anwendung der beihilferechtlichen Bestimmungen der EG-VO 1191/69. Diese verwendet jedoch andere Kriterien. Die EG-VO 1191/69 setzt nicht an der Differenzierung in „eigen-“ und „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre an, sondern an der Vereinbarung oder Auferlegung von Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“. Während das deutsche Recht sein Differenzkriterium aus dem *Wirtschaftsmodus* gewinnt, stellt das Gemeinschaftsrecht auf den *Kontrahierungsmodus* der Auferlegung oder Vereinbarung „öffentlicher Dienste“ ab. Bereits darin ist eine folgenreiche Entkoppelung des deutschen vom Gemeinschaftsrecht angelegt. Sie führt zu einem schier unentwirrbaren Durcheinander von Zuordnungen und Bewertungen.

Das erste Begriffselement des § 8 Abs. 4 PBefG bezieht sich den Finanzierungsaspekt aus Beförderungserlösen. Damit reklamiert die Eigenwirtschaftlichkeit das basale Ertragsschema jeder privatwirtschaftlichen Tätigkeit für sich. Allerdings kann es damit dem Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ keine positiven Konturen verleihen. Ein „eigenwirtschaftliches“ Unternehmen ist ein Unternehmen wie jedes andere. Funktion erhält dieser Begriff erst durch die daraus gefolgerte Abgrenzung zum Begriff der „Gemeinwirtschaftlichkeit“. Das hier unterlegte Modell hat jedoch mit den historisch tradierten und theoretisch elaborierten Konzepten der Gemeinwirtschaft wenig gemein²⁵⁷. Darunter werden Formen der gesellschaftlichen Einbindung des Eigentums an ökonomischen Ressourcen in Regulationszusammenhängen verstanden, die in der Trägerschaft gesellschaftlichen Gruppen oder in genossenschaftlicher Selbstverwaltung stehen und seine Nutzungsbedingungen in gemeinwohlorientierten Zielsetzungen einbinden²⁵⁸. Daher ist die Gemeinwohlorientierung eines gemeinwirtschaftlichen Unternehmens nicht gleichzusetzen mit den Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“, den die EG-VO 1191/69 verwendet. Hier wird der Gemeinwohlauftrag extern definiert und auferlegt. Ein gemeinwirtschaftliches Unternehmen definiert seine gemeinwohlorientierten Ziele dagegen selbst und autonom. Mit dem Begriff der „Gemeinwirtschaftlichkeit“ usurpiert daher das PBefG einen wirtschaftspolitischen Kontext, der in dem Zusammenhang der Legitimation öffentlicher Beihilfen entwicklungsgeschichtlich völlig verfehlt ist.

Gemeinwirtschaftliche Unternehmen im sozialpolitischen Sinne verfolgen zwar regelmäßig ein retardiertes Ertragsmotiv, sind jedoch keinesweg dadurch gekennzeichnet,

257 Vgl. dazu nur Walter Hesselbach, Die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, Frankfurt 1971

dass es für sie konstitutiv wäre, nicht kostendeckend zu wirtschaften. Dies schließt es aus, eine wirtschaftliche Betätigung als „gemeinwirtschaftlich“ zu qualifizieren, nur weil sie akzidentiell keine Kostendeckung erreicht. Der Verweis auf die Abdeckung von Defiziten durch die öffentliche Hand ist weder geeignet, das geschichtlich überlieferte Modell der Gemeinwirtschaft zu füllen, noch taugt dieses als Abgrenzungsmerkmal zur Wirtschaftsmodus gewerblicher Unternehmen, denen die Entgegennahme solcher Beihilfen nicht begriffsnotwendig verwehrt sind. Mit dem Begriff der Gemeinwirtschaft ist zwar die Zurücknahme des Motivs der Gewinnmaximierung als dominierendes Leitbild des Wirtschaftens verbunden, aber zugleich auch die Orientierung an übergeordneten Zielsetzungen und Bindungen im Sinne einer Gemeinwohlverpflichtung. Ein Unternehmen, das sich nicht aus eigenen Einnahmen finanzieren kann, wird dadurch nicht zu einem gemeinwirtschaftlichen. Eben dies unterstellt § 8 Abs. 4 PBefG.

Das zweite Begriffselement des § 8 Abs. 4 PBefG zielt auf den Subventionstatbestand der gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen. Diese Zuschusstatbestände erscheinen zunächst im Sinne des Beihilferechts der EG materiell unbedenklich, da von ihnen insofern keine diskriminierende Wirkung ausgeht, als sie grundsätzlich allen Unternehmen zugute kommen können. Darunter fallen zunächst die Erträge aus den gesetzlichen Bezuschussung bei der Beförderung von Schülern und Schwerbehinderten, im weiteren jedoch auch die Zuschüsse, die im Rahmen von Verkehrsverbünden und für besondere Fahrplanleistungen, Service und Marketing gewährt werden. Von ihnen kann ebenfalls gesagt werden, dass sie grundsätzlich allen Unternehmen in einem Nahverkehrsraum zugute kommen²⁵⁸. Soweit § 8 Abs. 4 PBefG auch öffentliche Ausgleichszahlungen zu den basalen Quellen der Eigenwirtschaftlichkeit zählt, umfaßt der so erweiterte Begriffsgehalt den Tatbestand der Dauerabhängigkeit von Subventionen. Er bricht damit mit dem Wirtschaftsprinzipien der marktwirtschaftlichen *Ertragswirtschaft*, die gerade nicht auf Basis permanenter öffentlicher Zuschüsse operiert. Auch wenn hier insoweit beihilferechtlich keine Wettbewerbsverzerrungen angelastet werden können, darf sich eine solche *contradictio in adiecto* nur ein Gesetzgeber leisten, der keine Konsistenzkontrolle über sich sehen muss. Zu fragen ist zudem, ob eine Bezuschussung sog. „eigenwirtschaftlicher“ Verkehre, die nicht den Verpflichtungen

258 Vgl. auch Rittstieg, AK-GG, Rdn 237 zu Art. 15

259 Wenn allerdings die in Bezug auf die Einnahmen aus einer Schülermonatskarte kolportierten Aussagen einer systematischen Überzahlung zutreffen, erscheint der Befund, dies stelle eine Verschleierung der ÖSPV-Finanzierung dar, nicht von der Hand zu weisen (Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <601>)

des „öffentlichen Dienstes“ unterliegen, überhaupt gemeinschaftsrechtskonform erfolgen kann oder ob sie nicht ausschließlich strukturkompatibel mit dem Bereich der sog. „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehre ist.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes fallen unter den Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ auch die sonstigen handelsrechtlichen Unternehmenserträge. Dies legt die Interpretation nahe, dass kommunale Verkehrsunternehmen sowohl die Erträge einstellen können, die sie im sog. „Querverbund“ aus anderen Geschäftsbereichen erwirtschaften, als auch die Mittel, die ihnen durch Kapitalerhöhungen oder andere Zuschüsse ihrer öffentlichen Träger zufließen. Die Saldierung von Gewinnen und Verlusten im Querverbund spart den Kommunen Körperschaftssteuern in Höhe von 1,5 Mrd. DM im Jahr²⁶⁰. Nicht zuletzt deswegen wird die EG-VO 1191/69 von privaten Verkehrsunternehmen als Verbot des Querverbundes angesehen²⁶¹. Dagegen wird das Argument gestellt, da die EG-VO auf die verkehrswirtschaftliche Rechtsetzungskompetenz des Art. 71 EGV gestützt sei, könne sie keine steuerrechtlichen Aussagen enthalten²⁶².

Eine weitere Ebene der immanenten Kritik bezieht sich auf das spezielle Verwendungsverbot des Art. 1 Abs. 5 der EG-VO 1191/69. Danach ist ein Transfer von Mitteln zwischen Unternehmensbereichen, die im Rahmen von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes und solchen, die außerhalb dieser Verpflichtungen operieren, unzulässig. Daraus folgern Fromm/Frey die Nichtigkeit des § 8 Abs. 4 S. 2²⁶³, weil er es zulasse, dass Mittel aus dem Querverbund zur Deckung des Finanzbedarfs der als eigenwirtschaftlich ausgewiesenen Verkehrsleistungen transferiert werden. Zutreffend erscheint diese Ansicht nach dem Wortlaut der Verordnung jedoch nur insoweit, als es um den Verpflichtungsmodus der Auferlegung gem. Art. 1 Abs. 5 EG-VO 1191/69 handelt. Im übrigen bezieht sich diese Regelung auf den Transfer zwischen gemein- und eigenwirtschaftlichen Unternehmensbereichen im Sektor des Verkehrs. Dies trifft für den Querverbund zwischen unterschiedlichen Versorgungsbranchen jedoch nicht zu. Wie oben ausgeführt, wird man die Unzulässigkeit von solchen Beiträgen mit dem Hinweis darauf begründen können, dass Transfers im Querverbund keine Abgeltungsbeihilfen i.S.d. Art. 73 EGV sein können und damit den Regelungen des allgemeinen

²⁶⁰ Vgl. Bus und Bahn 1994, 4

²⁶¹ Vgl. Fromm, TranspR 1994, 425 <431>; Fromm/Sellmann, NVwZ 1994, 547 <553>; Fromm/Frey, Rdn 11 zu § 13

²⁶² Berschin, ZUR 1996, 4 <10>

²⁶³ Fromm/Frey, Rdn 12 zu § 8

Beihilferechts mit der Rechtsfolge unterfallen, dass sie nach Art. 92 bei der Kommission anzumelden sind.

Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, nach dem Willen des Gesetzgebers sollten auch andere freiwillig gezahlte Zuschüsse der öffentlichen Hand wie die globale Verlustabdeckung, Gesellschaftereinlagen, Eigenkapitalzuschüsse oder Ausfallbürgschaften die Eigenwirtschaftlichkeit herstellen können²⁶⁴. Die Ausnutzung solcher Optionen liegt im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben durchaus im Handlungsrahmen privatwirtschaftlich organisierter Unternehmen. Keinem privatwirtschaftlichen Unternehmen kann es verwehrt sein, im Rahmen strategischer Unternehmensentscheidungen einen Unternehmensbereich auf Zeit zu subventionieren. Nur so sind auf langfristigen Erfolg zielende Maßnahmen, wie etwa Investitionen in den F&E-Bereichen, überhaupt denkbar. Ohne Zweifel gehören die „sonstigen handelsrechtlichen Erträge“ ebenso wie die Beförderungsentgelte zu den üblichen Ertragsquellen eines privaten Unternehmens. Im Bereich des Nahverkehrs operieren jedoch vorwiegend öffentliche Unternehmen und in Frage stehen finanzielle Transfers aus den öffentlichen Haushalten. Soweit die Mittel im Falle kommunaler Verkehrsunternehmen aus den öffentlichen Haushalten kommen, wird damit Eigenwirtschaftlichkeit fingiert, auch wenn sie im betriebswirtschaftlichen Sinne real nicht existiert.

Die Problematik der Vereinbarkeit dieser unternehmensbezogenen Finanzierungsquellen mit dem Beihilferecht liegt auf der Hand²⁶⁵. Doch damit nicht genug. Rechnet man die infrastrukturbezogenen Leistungen und die Förderungen von Fahrzeugen mit ein, stammen 80% der Einnahmen der Verkehrsunternehmen im ÖSPV aus öffentlichen Kassen²⁶⁶. Gehen sie in die Definition der Eigenwirtschaftlichkeit mit ein, hat diese zurecht als „Fiktion“²⁶⁷ bezeichnete Legaldefinition zur Folge, dass nahezu alle Linienverkehre im ÖSPV als eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen ausgewiesen werden können²⁶⁸. Nur diese Fiktion verhindert, dass der als Regelfall des ÖPNV vorgesehene eigenwirtschaftliche Verkehr zum Ausnahmefall wird. Oder in anderen Worten: Eigenwirtschaftlichkeit ist ein spezifisches Attribut für öffentliche Unternehmen, die von einem außerhalb des Marktes stehenden Träger alimentiert werden.

264 BT-Drs. 12/6269, S. 142; vgl dazu kritisch Zuck, DÖV 1994, 941 <944 ff.>; Berschin, ZUR 1996, 4 <8>

265 Fromm, TranspR 1994, 425 <426>; Berschin, ZUR 1997, 4 <9>; Herr/Lehmkuhl, Die Verwaltung 1997, 396 <415>

266 Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <601>

267 Fromm, TranspR 1994, 425 <430>; Fromm/Frey, Rdn 11 zu § 8; Berschin, ZUR 1997, 4 <8>

Der operative „Trick des Gesetzgebers“²⁶⁹ besteht darin, in seiner Legaldefinition die drei Ebenen des Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit gegen die Systematik des Gemeinschaftsrechts auszuspielen. Er führt dazu, dass die Reformgesetzgebung bisher keinen Einfluss auf die gelebte Praxis erhalten hat. Dabei ist er selbst zusätzlich in sich inkonsistent gefasst. Förderungssystematisch mischt das deutsche Recht Zuschüsse, die auf die Verkehrsleistung bezogen sind, mit unternehmensbezogenen Zuschüssen. Dies macht bereits den Regelungsansatz des § 8 Abs. 4 PBefG in sich inkonsistent. Er bezieht die Eigenwirtschaftlichkeit zunächst dezidiert auf Verkehrsleistungen, implementiert sie jedoch sodann konzeptwidrig. Verkehrsleistungsbezogen sind die Beförderungserlöse. Als verkehrsleistungsbezogen erweisen sich in systematischer Betrachtung auch noch die Ausgleichs- und Erstattungsbeträge, weil sie sich an Beförderungsfällen orientieren. Allerdings stellen die gleichermaßen als eigenwirtschaftlich deklarierten sonstigen Unternehmenserträge einen Systembruch dar. Unternehmensbezogene Finanzierungsquellen können bereits begrifflich nicht zu den verkehrsleistungsbezogenen Quellen gehören, von denen § 8 Abs. 4 PBefG zunächst ausgeht. Entsprechendes gilt für die Subventionen von Infrastruktur und Fahrzeugen.

Öffentliche Beihilfen sind durch Gemeinschaftsrecht an bestimmte Zuwendungsregeln gebunden, die wiederum an die Verpflichtung des öffentlichen Dienstes geknüpft sind. Die nach Art. 73 EGV zulässigen Beihilfen sind in der EG-VOen Nr. 1107/70 und 1191/69 abschließend benannt. Sie betreffen den Verkehr, der im Rahmen der Belastungen mit Leistungen des öffentlichen Dienstes zu erbringen ist. Aus Art. 89 EGV ergibt sich im weiteren ein Beihilfeverbot für alle öffentlichen Leistungen, die an den genannten Verordnungen vorbei geleistet werden. Dabei ist zu beachten, dass die EG-VO 1191/69 unmittelbar geltendes Recht darstellt und ihr Gehalt daher nicht durch einschränkende Inhaltsbestimmungen des deutschen Rechts „konkretisiert“ werden darf. Die Literatur versucht sich hier mit der EG-rechtskonformen Auslegung des § 8 Abs. 4 PBefG zu behelfen²⁷⁰. Danach ist der Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass EG-rechtswidrige Finanzie-

268 Institut für Umweltrecht, S. 41

269 So zurecht Zeiselmaier (Der Nahverkehr 11/1995, 8 <12>)

270 Vgl. dazu allgemein Andreas Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen – Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“, Baden-Baden 1994; zu § 8 Abs. 4 PBefG: Fromm, TranspR 1994, 425 <431>; Zuck, DÖV 1994, 941 <944>; Heinze, DÖV 1996, 977 <978>; Berschin, ZUR 1997, 4 <8>

rungshilfen ausgeschlossen werden. Betriebskostenzuschüsse zwischen den Kommunen und ihren Verkehrsbetrieben und andere bilateral zwischen der öffentlichen Hand und einem Verkehrsunternehmen getroffene Finanzvereinbarungen sollen danach die „Eigenwirtschaftlichkeit“ i.S.d. § 8 Abs. 4 PBefG nicht herstellen können ²⁷¹. Dies wird grundsätzlich auch für gesellschaftsvertraglich vereinbarte Nachschusspflichten bejaht ²⁷², die ein gewissenhafter Kaufmann nicht eingehen würde ²⁷³.

Gerade weil die Bewertung der in Frage stehenden Subventionen als materiell gemeinschaftsrechtswidrig so überzeugend ausfällt, erscheint es fraglich, ob die kurativen Versuche einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung noch angemessen sind. Die Kollision des deutschen mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht ist so fundamental, dass für eine stille Heilung des § 8 Abs. 4 PBefG durch gemeinschaftsrechtskonforme Interpretationen im Detail kein Raum bleibt. Vielmehr gilt es das Primat der unmittelbar geltenden EG-VO 1191/69 gegenüber dem deutschen Recht sicherzustellen. Diese Aussage hat eine formelle und eine materielle Dimension. In formeller Hinsicht sind öffentliche Zahlungen für Nahverkehrsdienstleistungen gemeinschaftsrechtskonform nur, wenn sie auf einer Auferlegung oder einer Vereinbarung des „öffentlichen Dienstes“ nach Maßgabe der EG-VO 1191/69 beruhen. Ohne diese Einbindung verstoßen auch inhaltlich unbedenkliche Leistungen gegen das Gemeinschaftsrecht, weil zu einer Umgehung der spezifischen Verpflichtungsregelung des „öffentlichen Dienstes“ führen ²⁷⁴. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 8 Abs. 4 PBefG bereits insoweit gegen Grundaussagen des sekundäre Gemeinschaftsrechts verstößt und damit nichtig ist.

Dies hat zur Folge, dass Genehmigungsentscheidungen, die auf dieser Basis ergehen, rechtswidrig sind. Entsprechendes hat das OVG Magdeburg explizit hervorgehoben: „Solange der Landkreis als .. zuständiger Aufgabenträger die Bedienung der streitigen Linien .. weder vertraglich vereinbart noch .. auferlegt hat, darf er die Beigeladene ... nicht mehr finanziell unterstützen“ ²⁷⁵. Damit wird der Tatbestand der formellen Einbindung in den Verpflichtungszusammenhang des „öffentlichen Dienstes“ zum Differenzkriterium, ob öffentliche Beihilfen überhaupt dem Grunde nach zulässig oder generell als unzulässig zu bewerten sind. Erst wenn Verkehrsleistungen in den Verpflichtungs-

²⁷¹ So auch OVG Magdeburg, ZUR 1998, 211 <214>

²⁷² Vgl. auch Barth, Urteilsanmerkung ZUR 1998, 211 <217>

²⁷³ Vgl. dazu auch EuGH, Slg. 1986, 2263 <2286>; 2231 <2345>

²⁷⁴ So auch Zuck, DÖV 1994, 941 <946>

zusammenhang des „öffentlichen Dienstes“ gestellt sind, stellt sich die Anschlussfrage, ob die in diesem Zusammenhang gewährten Beihilfen auch den materiellen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen. Verlustübernahmen durch die öffentliche Hand indizieren umgekehrt noch nicht einen zulässigen gemeinwirtschaftlichen Verkehr. Dazu ist zusätzlich eine gesonderte Vereinbarung erforderlich, die im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vergabevorschriften getroffen werden muss²⁷⁶. Solange der zuständige Aufgabenträger keine entsprechende Vereinbarung getroffen hat, darf die öffentliche Hand das Verkehrsunternehmen nicht mit öffentlichen Mitteln fördern.

Dies ist ein weiteres Argument dafür, die Differenzierung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren, wie sie § 8 Abs. 4 PBefG enthält, aufzugeben und zu den Strukturvorgaben und Begrifflichkeiten des Gemeinschaftsrechts zurückzukehren. Im Gemeinschaftsrecht taucht der Begriffsgegensatz „gemeinwirtschaftlich - eigenwirtschaftlich“ überhaupt nicht auf. Vielmehr besteht das von ihm gewählte Differenzkriterium in der Frage, ob eine bestimmte Verkehrsleistung zur ausreichenden Verkehrsbedienung öffentlich sichergestellt werden muss. Wo dies verneint wird, entfällt der sachliche Grund für Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“. In allen anderen Fällen setzt die Umsetzung des Gemeinwohlauftrages für den ÖPNV zunächst voraus, dass diese Rahmenbedingungen planerisch und organisatorisch fixiert und in speziellen Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten spezifiziert werden. Gemeinschaftsrechtlich zulässig und gefordert ist daher zunächst eine Bestimmung von Art und Umfang der Verkehrsleistungen, die zur ausreichenden Verkehrsbedienung durch Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ als erforderlich betrachtet werden.

Das Gemeinschaftsrecht bezieht die Funktion des „öffentlichen Dienstes“ daher zunächst auf eine sachbezogene Aufgabenstellung. Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes dienen der Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung, die man im Sinne eines Gemeinwohlauftrages verstehen muß. Demgegenüber konzentriert sich der Begriff der „Gemeinwirtschaftlichkeit“, der im PBefG gebraucht wird, maßgeblich auf den Durchführungsmodus der Leistungserbringung ohne volle Ertragsdeckung. Im weiteren stellt das deutsche Rechtsverständnis bei der Definition der „Eigenwirtschaftlichkeit“ auf den Tatbestand einer fingierten Gewinnerzielung ab. Das Gemeinschafts-

²⁷⁵ OVG Magdeburg, ZUR 1997, 210 <213>

recht knüpft dagegen allein auf das Tätigwerden der zuständigen Behörde an, die zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung öffentliche Dienste vereinbart. Erst bei der Umsetzung der Gestaltungsprinzipien eines unter den Regiebedingungen des öffentlichen Dienstes durchzuführenden ÖPNV kommt der Wirtschaftsmodus ins Spiel. Zulässig sind Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ nur, wenn den Belangen des Gemeinwohles nicht marktförmig Genüge getan werden kann. Das Gemeinschaftsrecht spricht in der Folge den Wirtschaftlichkeit damit nur bei der Auswahl des Verkehrsunternehmens an. Hier gilt dann das Prinzip der geringsten Kosten. Nach ihm sind die Unternehmen auszuwählen, die den geringsten Zuschussbedarf aufweisen.

Die geringsten Kosten für die Allgemeinheit fallen jedoch dann an, wenn überhaupt kein Zuschussbedarf entsteht. Dies lässt den Schluss zu, dass grundsätzlich auch Verkehre, die im Wirtschaftsmodus der sog. „Eigenwirtschaftlichkeit“ durchgeführt werden können, zu den verpflichtungsfähigen Verkehren des „öffentlichen Dienstes“ zu zählen sind. Weder aus der allgemeinen Definition der Verpflichtung des „öffentlichen Dienstes“ in Art. 2 Abs. 1 der EG-VO 1191/69 noch aus den speziellen Verpflichtungsinstrumenten des Art. 2 Abs. 2 ergibt sich eine Aussage, dass das aus diesen Verkehren erzielte Betriebsergebnis begriffsnotwendig negativ sein müsse. Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten, die aus Gründen des Gemeinwohls sachlich gerechtfertigt sind, müssen nicht notwendigerweise zu betriebswirtschaftlichen Defiziten führen. Gleichwohl kann es jedoch im wirtschaftlichen Interesse eines Verkehrsunternehmens liegen, sich selbst aus eigenem Antrieb nicht unter die in Frage stehenden Betriebs-, Beförderungs- oder Tarifpflichten zu stellen. Dies ist etwa der Fall, wenn ohne diese Verpflichtungen oder unter anderen Standards ein noch besseres Betriebsergebnis erzielt werden könnte. Der begriffliche Bezugsrahmen des öffentlichen Verkehrswirtschaftsrecht erscheint daher mit seiner Differenzierung von „eigen-“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren sowohl theoretisch als auch praktisch verfehlt.

II.4.2 Die Genehmigung „eigenwirtschaftlicher Verkehre“

Das § 13 PBefG zugrundeliegende Konzessionierungsmodell verfolgt den klassischen Ansatz der polizeirechtlich geprägten Kontrollerlaubnis ²⁷⁷. Sie darf nach § 13 Abs. 1 PBefG generell nur erteilt werden, wenn

1. die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet sind,
2. keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Unternehmer oder der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen dartun und
3. der Antragsteller oder die für die Führung der Geschäfte bestellte Person fachlich geeignet ist.

Beim Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen ist die Genehmigung nach § 13 Abs. 2 PBefG zu versagen, wenn

1. der Verkehr auf Straßen durchgeführt werden soll, die sich aus Gründen der Verkehrssicherheit oder wegen ihres Bauzustandes hierfür nicht eignen,
2. durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, insbesondere
 - a) der Verkehr mit vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann,
 - b) der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen und
 - c) die für die Bedienung dieses Verkehrs vorhandenen Unternehmer oder Eisenbahnen die notwendige Ausgestaltung des Verkehrs innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde festzusetzenden angemessenen Frist und, soweit es sich um öffentlichen Personennahverkehr handelt, unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 selbst durchzuführen bereit sind.

§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG konstituiert ein liniengebundenes Beförderungsmonopol, das nach wie vor den regulatorischen Fixpunkt für die Tätigkeit der Nahverkehrsunternehmen ausmacht und sie vor dem intramodalen Wettbewerb schützt. Es stellt kein systemnotwendiges Komplement zur Genehmigungspflicht dar, sondern markiert den

wirtschaftlichen Sonderstatus des öffentlichen Linienverkehrs gegenüber nahezu allen anderen Wirtschaftsbereichen. Basale Voraussetzung für eine Genehmigung nach § 13 PBefG ist jedoch zunächst, dass Eigenwirtschaftlichkeit besteht. Folgt man der Ansicht, § 8 Abs. 4 PBefG sei gemeinschaftsrechtskonform anzuwenden, darf die Eigenwirtschaftlichkeit nicht EG-rechtswidrig fingiert werden ²⁷⁸. Erhält ein Unternehmen Zuschüsse, die mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar sind, ist die durch § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG geforderte Leistungsfähigkeit nicht gewährleistet ²⁷⁹.

Zusätzlich zu diesen Voraussetzungen knüpft § 13 Abs. 2a PBefG die Genehmigungsentscheidung an die Vereinbarkeit mit den planerischen Festlegungen. Die Genehmigung für „eigenwirtschaftliche“ Verkehre kann danach versagt werden, wenn diese nicht im Einklang mit den Nahverkehrsplänen stehen. Damit wird der Nahverkehrsplan zu einer Grundlage der Konzessionsentscheidung. Der Nahverkehrsplan kann daher auch die Systemkonfigurationen definieren, unter denen Verkehrsleistungen zu erbringen sind. Der in § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG zunächst nur als Konkurrentenschutz angelegte Topos der Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen wird über 13 Abs. 2 a PBefG planungsrechtlich unterfüttert. Auch daraus ergibt sich ein Indiz, das die Brüchigkeit des Konzepts der „Eigenwirtschaftlichkeit“ verdeutlicht. Wenn sich nämlich aus dem Nahverkehrsplan die Grundlagen der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten ergeben, denen auch ein „eigenwirtschaftlich“ operierendes Nahverkehrsunternehmen im ÖPNV unterliegt und denen durch §§ 21 Abs. 3, 22 u. 39 Abs. 2 PBefG Nachdruck verschafft wird, lässt sich fragen, ob nicht eben darin Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ zu sehen sind. Wird dies bejaht, gilt die EG-VO 1191/69 mit der Folge, dass auch „eigenwirtschaftliche“ Verkehre nach den dort vorgegebenen Verpflichtungsmodalitäten organisiert werden müssten.

Jenseits dieser Problematik ist es unstreitig, dass der Unternehmer die in den Nahverkehrsplänen definierte ausreichende Bedienung auf seinen Linien sowie ihre Integration in das System der öffentlichen Verkehrsleistungen im Nahverkehrsraum zu den Bedingungen der „Eigenwirtschaftlichkeit“ gewährleisten muss ²⁸⁰. Bedienungsangebote, die sich auf Teilaspekte des Nahverkehrssystems beschränken und seine Sy-

²⁷⁷ Vgl. dazu Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1999, § 9 Rdn. 51

²⁷⁸ OVG Magdeburg, ZUR 1997, 210 <214>

²⁷⁹ Sellmann, DVBl. 1999, 250 <259>

²⁸⁰ Barth/Baumeister/Bersch, S. 112

stembedingungen nicht erfüllen, sind daher nicht genehmigungsfähig. Soweit dies im Nahverkehrsplan angelegt ist, muss die Genehmigungsbehörde Linienverkehre gebündelt und im Gesamtzusammenhang genehmigen ²⁸¹. Durch das Kriterium der netzbezogenen Gesamtleistung kann die sog. „Rosinenpickerei“ ausgeschlossen werden. Ist ein Unternehmen dazu nicht in der Lage, ist eine Konzessionierung nach § 13 PBefG ausgeschlossen. Will ein Unternehmen, das die Anforderungen des Nahverkehrsplanes im „eigenwirtschaftlichen“ Verkehr nicht erfüllt, die Verkehrsleistungen übernehmen, muss es sich um eine Genehmigung nach § 13a PBefG bemühen. Es unterliegt dann allerdings den für die Genehmigung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre geltenden Regeln.

Durch die Verpflichtung auf die Beachtung der planungsrechtlichen Vorgaben wird die Genehmigungsentscheidung allerdings nicht zu einer genuin planungsrechtlich geprägten Entscheidung. Die vom Bundesverwaltungsgericht zum alten Recht entwickelte Rechtsprechung, die Genehmigungsentscheidung werde durch planerische Elemente mitgeprägt ²⁸², ist im Lichte der Neuregelung zu relativieren. Mit der obligatorischen Einführung der Nahverkehrsplanung als grundlegendem Element des Sicherstellungsauftrages des Aufgabenträgers, die durch § 13 Abs. 2a PBefG selbst der Entscheidung der Genehmigungsbehörde zugrunde gelegt wird, haben sich Planungs- und Konzessionsaufgaben ausdifferenziert. Nahverkehrsplanung ist Aufgabe des Aufgabenträgers. Die Genehmigung von Verkehren ist Aufgabe der Genehmigungsbehörde. Sie hat die Planungsentscheidung zur Grundlage ihrer Konzessionsentscheidung zu machen, für originäre eigene Planungskompetenzen ist kein Raum mehr. Damit obliegt der Genehmigungsbehörde nur die Aufgabe der Plangewährleistung, aber nicht die Aufgabe der Nahverkehrsplanung selbst. Ihr Ermessensspielraum gibt ihr nicht die Befugnis, Verkehre zu genehmigen, die die Ziele des Nahverkehrsplanes konterkarieren, sondern ermöglicht ihr nur, in Ausnahmefällen eine Konzession zu erteilen, wo eine Abweichung von einzelnen Festlegungen des Nahverkehrsplans dessen Ziele nicht negativ berührt.

Damit werden alle hergebrachten Regulationsmuster des öffentlichen Verkehrs wiederholt: die Bedarfsprüfung, die Dominanz der Gefahrenabwehr als Versagensgrund, der Ausschluss des sog. „Parallelverkehrs“ und der Schutz vor Konkurrenz durch neue

²⁸¹ Barth/Baumeister/Berschin, S. 133

Wettbewerber. Sieht man von der Integration der Nahverkehrsplanung ab, ändert sich danach in genehmigungsrechtlicher Hinsicht wenig. Konzessionierte Unternehmen müssen den Wettbewerb nicht fürchten. Alle Regelungen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG entwickeln als Versagenstatbestände für Neugenehmigungen einen mittelbaren Besitzstandsschutz für bereits konzessionierte Unternehmen. Zudem gewährt § 13 Abs. 3 PBefG für die konzessionierten Unternehmen selbst einen unmittelbaren Bestandschutz. Solange die Genehmigung Bestand hat, können die konzessionierten Unternehmen im Schutzreservat ihrer alten Linienkonzessionen überleben. § 13 Abs. 3 PBefG blockiert damit nicht nur eine zügige Anpassung an die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, sondern setzt sich auch in Widerspruch zu der seit dem 1. 1. 1996 unmittelbar geltenden EG-VO 1191/69. Denn nach ihrem Art. 1 Abs. 3 „heben die zuständigen Behörden die Verpflichtungen auf, die mit den Begriff des öffentlichen Dienstes verbunden sind“. Wollen sie diese jedoch ihrem Inhalt nach beibehalten, unterliegen sie gleichfalls dieser Verordnung. Daraus ergibt sich, dass auch für bereits konzessionierte Unternehmen die Zulässigkeit von Abgeltungsbeihilfen nach Art. 73 EGV und die sonstigen Beihilfen nach Art. 87 EGV zu bewerten ist.

Stellen konzessionierte Unternehmen Anträge auf Wiedererteilung einer auslaufenden Genehmigung, ist dieser Umstand bei der Konzessionsentscheidung angemessen zu berücksichtigen, wenn der Unternehmer den Verkehr bereits jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben hat (§ 13 Abs. 3 PBefG). Kriterium dafür ist eine den Zielen des § 8 Abs. 3 PBefG entsprechende Verkehrsbedienung. Entgegen der Meinung des Fachausschusses Straßenpersonennahverkehr²⁸³ erlaubt § 13 Abs. 3 PBefG allerdings keine Abwägung der Bestandsinteressen mit den Belangen des Nahverkehrs²⁸⁴. Ist § 8 Abs. 3 PBefG nicht erfüllt, kommt ein Bestandsschutz nicht in Betracht²⁸⁵. Durch die Bindung an § 8 Abs. 3 PBefG ist der Bestandsschutz zwar gegenüber der alten Fassung des PBefG relativiert²⁸⁶, im Unterschied zu § 13a verpflichtet § 13 PBefG nicht zur Auswahl des kostengünstigsten Angebots. Vielmehr räumt er dem Altunternehmer die Möglichkeit zur Nachbesserung ein. Dies wird von der kommentierenden Literatur so gedeutet, dass es

282 BVerwGE 82, 260 <265>

283 Der Nahverkehr 6/1997, 11

284 So auch Batzill/Zuck, S. 26

285 Vgl. auch Institut für Umweltrecht, S. 44

286 Bidinger, NZV 1994, 209 <213>

zum Auswechseln der Konzessionäre nicht ausreicht, wenn ein neuer Konzessionsbewerber bessere Leistungen mit geringeren Kosten anbietet ²⁸⁷. Ihm ist über § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit.c PBefG sogar die Möglichkeit einzuräumen, sein schlechteres Angebot nachzubessern. Dies erscheint sowohl in Bezug auf Art. 3 GG ²⁸⁸ als auch in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts problematisch.

Auch um die Neukonzessionierung findet nach dem Genehmigungsmodell des § 13 PBefG kein originärer Wettbewerb statt. Ein Wettbewerb im Wege eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens um die Konzession ist in § 13 PBefG selbst nicht ausdrücklich vorgesehen und wird auch durch die Regeln des § 14 PBefG zur Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens nicht verlangt. Danach hat die Genehmigungsbehörde vor der Entscheidung über einen Antrag auf Genehmigung lediglich die Unternehmer, die im Einzugsbereich ein Verkehrsunternehmen führen, die Industrie- und Handelskammern, die Gemeinden und weitere Behörden zu hören (§ 14 PBefG). Die Beschränkung der anzuhörenden Unternehmen auf regional bereits tätige Unternehmen erscheint aus der Sicht des EG-Rechts problematisch, geht es doch grundsätzlich von der Öffnung der Verkehrsmärkte für alle in der EG ansässigen Unternehmen aus. Abgesehen davon ersetzt die Beteiligung anderer Verkehrsunternehmen nicht den Vergabewettbewerb. Auch nach dem neuen Recht ist die Behörde nicht befugt, die ökonomisch günstigste Lösung zu wählen, sondern muss sich auf die Prüfung beschränken, ob die rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind.

§ 13 PBefG wurde im alten Recht als gebundene Entscheidung betrachtet. Danach stand demjenigen, der einen Genehmigungsantrag auf Konzessionierung gestellt und alle Genehmigungsvoraussetzungen erfüllte, ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zu ²⁸⁹. § 13 Abs. 2 n. F. PBefG enthält zwingende Versagensgründe. Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 n. F. PBefG wird der Behörde offenbar ein Versagensermessen zugestanden. Das Gleiche gilt dann in Bezug auf § 13 Abs. 2 a PBefG. Auch wenn man daraus ein limitiertes Versagensermessen extrapoliert, indiziert das noch nicht die Zulässigkeit der Wahl der günstigsten Lösung. Denn Grundlage der Entscheidung bleibt das materielle Bescheidungsinteresse des Antragsstellers. Diesem können bzw. müssen die im Gesetz genannten Versagensgründe entgegengehalten werden. Für ein

²⁸⁷ Bidinger, Kommentar zum PBefG, Stand 1998, Rdn 72 zu § 13

²⁸⁸ Vgl. dazu auch OVG RhPf, DVBl. 1997, 962 <963>

²⁸⁹ OVG Lüneburg, DVBl. 1981, 641

weitergehendes Versagensermessen gibt es in § 13 PBefG keinen Ansatz. Daher können sich ihre rechtlich bedeutsamen Einwendungen im Rahmen einer Konkurrentenklage allein darauf beziehen, dass der Antragsteller die Genehmigungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Der Einwand eines konkurrierenden Unternehmens, es könne die Verkehrsleistungen ebenfalls „eigenwirtschaftlich“ und sogar mit einem besseren betrieblichen Ergebnis erfüllen, muss von Rechts wegen leerlaufen, da der Behörde insoweit kein Auswahlermessen eröffnet ist. Damit tritt im Konfliktfall an die Stelle des Wettbewerbs um die Konzession die Konkurrentenklage vor dem Verwaltungsgericht ²⁹⁰.

Der so häufig als richtungsweisende Reform apostrophierte Genehmigungswettbewerb wird nicht praktiziert. Dies dürfte ein wichtiger Grund dafür sein, dass die meisten eingeführten Verkehrsunternehmen den „eigenwirtschaftlichen“ Verkehr präferieren. In einer Untersuchung des DIW wurden nur zwei Linienkonzessionen ausgemacht, die im Rahmen des § 13 PBefG zur Ausschreibung gelangt waren ²⁹¹. Da die Vergabe der Konzession nach dem Genehmigungsmodell des § 13 PBefG gleichsam im „Windhundverfahren“ stattfindet ²⁹², steht es in Widerspruch zu den Vergabekonzeptionen, die das EG-Recht für Verkehre im Rahmen der Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ verfolgt. Die wettbewerbsabstinente Konzessionierungspraxis ist daher zurecht von den Verwaltungsgerichten im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht beanstandet worden ²⁹³.

Ob eine Genehmigungsbehörde allerdings überhaupt, selbst wenn sie es wollte, im Rahmen des Genehmigungsverfahrens einen Ausschreibungswettbewerb veranstalten dürfte, erscheint nach der geltenden Rechtslage fraglich. Im Antragsmodell des Genehmigungsrechts geht die Verfahrensinitiative vom Antragssteller aus. Es ist nicht auf den Wettbewerb zwischen mehreren Akteuren, sondern auf die Sachentscheidung eines einzelnen Antrags orientiert. Im Vergabemodell liegt die Initiative beim Auslober

²⁹⁰ Allerdings könnte ein potentiell konkurrierendes Unternehmen, das im Wege der Anhörung von einem Genehmigungsantrag informiert wird, einen eigenen Antrag auf Konzessionierung nachschieben, der bessere Konditionen enthält. Dem ersten Antragsteller wäre dann Gelegenheit zur Nachbesserung seines Antrages zu geben, auf die dann allerdings der zweite Antragsteller nicht in adäquater Weise reagieren könnte. Dass die Behörde immer den im Lichte des § 8 Abs. 3 PBefG günstigeren Antrag genehmigen müsste, erscheint unmittelbar plausibel (vgl. auch Institut für Umweltrecht, S. 47), verträgt sich jedoch nicht mit der rechtlichen Struktur einer Kontrollerlaubnis, die gerade nicht die Konkurrenz unterschiedlicher Wettbewerber zugrunde legt, sondern sich schlechthin mit der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen durch den Antragsteller begnügt.

²⁹¹ DIW-Wochenbericht 19/1988, S. 315

²⁹² Vgl. auch Bidinger, Rdn 30a zu § 13

des Wettbewerbs, seine Entscheidung ist nicht auf die Rechtmäßigkeit eines Antrages, sondern auf das günstigste Leistungsangebot orientiert. Das Genehmigungsverfahren beginnt dagegen mit dem Antrag des Unternehmers (§ 12 PBefG). Ohne einen Antrag ist der Genehmigungsbehörde daher verwehrt, Konzessionen für „eigenwirtschaftliche“ Verkehrsleistungen in Eigeninitiative auszuloben. Eine Konkurrenzsituation um den besten Genehmigungsantrag könnte daher allenfalls zufällig auftreten, wenn sich mehrere Unternehmen gleichzeitig um die gleiche Konzession bewerben. Eine an den Kriterien eines Ausschreibungswettbewerbs orientierte Genehmigungsentscheidung hat auch hier zur materiell-rechtlichen Voraussetzung, dass der Behörde eine entsprechende Präferenz für den günstigsten Antrag eröffnet ist. Dies ist – wie eben gezeigt – nicht der Fall.

Die Konzession wird dem Unternehmer auf bestimmte Zeit erteilt (§ 16 PBefG) ²⁹⁴ und umfasst den Betrieb und die Linienführung, bei Straßenbahnen auch den Bau der erforderlichen Anlagen (vgl. § 9 PBefG). Nach § 21 Abs. 1 PBefG ist der Unternehmer verpflichtet, den Betrieb ordnungsgemäß einzurichten und während der Dauer der Genehmigung aufrechtzuerhalten. Im Rahmen der gesetzlich fingierten Eigenwirtschaftlichkeit kann die Behörde dem Unternehmen auch sog. „Ausgestaltungsverpflichtungen“ auferlegen, soweit es die öffentlichen Verkehrsinteressen erfordern (§ 21 Abs. 3 PBefG). Im weiteren unterliegt der Unternehmer zu den festgelegten Bedingungen einer generellen Beförderungspflicht (vgl. § 22 PBefG) ²⁹⁵. Im übrigen sind die Unternehmen bei der Bestimmung der Beförderungsentgelte nicht frei, auch ihre Tarife unterliegen gem. § 39 Abs. 1 PBefG der Genehmigungspflicht, die mit einer Preisprüfung verbunden ist (§ 39 Abs. 2 PBefG).

Damit sind die Strukturen des alten Konzessionsrechts in den Grundzügen erhalten geblieben, was dem Begriff „Eigenwirtschaftlichkeit“ zugleich eine eigenartige Bedeutung zukommen lässt. Eigenwirtschaftliche Verkehre i.S.d. Gesetzes sind dem Regulationsmedium des Marktes nicht einmal nominell ausgesetzt. Ein Wettbewerb um die Konzession und zwischen Konzessionären findet nicht statt. „Eigenwirtschaftlich“ heißt damit lediglich, dass der Verkehr ohne eine förmliche Verpflichtung zur Abdeckung von

²⁹³ Vgl. OVG Magdeburg, ZUR 1997, 210 <214>; OVG RhPf vom 10. 11. 1988 (Az. 12844/97)

²⁹⁴ Für Straßenbahnen und Obusse höchstens für 25 Jahre, für Kraftfahrzeuge höchstens für 8 Jahre (§ 16 Abs. 2 PBefG).

²⁹⁵ Dabei muß er nicht vorgesehene Spitzenbelastungen grundsätzlich durch zusätzliche Fahrzeuge abdecken (Vgl. Bidinger, Anm. 3 zu § 21 PBefG).

unvorhergesehenen Defiziten seitens der öffentlichen Hand betrieben wird. Gleichzeitig scheinen in der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht jedoch alle Elemente auf, die das Gemeinschaftsrecht als Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ ausweist (Art. 2 Abs. 2 EG-VO 1191/69). Dies hat wiederum zwingend zur gemeinschaftsrechtlichen Folge, dass damit auch die dort durch Art. 1 Abs. 4 u. 5 vorgegebenen Verpflichtungsformen beachtet werden müssten. Dies wiederum impliziert ein entsprechendes Vergabeverfahren, dem der Konzessionierungsmodus des § 13 PBefG widerspricht. Damit kann als Ergebnis festgehalten werden, dass der Genehmigungsansatz für „eigenwirtschaftliche“ Verkehre in § 13 PBefG den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht gerecht wird.

II.4.3 Die Genehmigung „gemeinwirtschaftlicher Verkehre“

Als subsidiäre Alternative zum „eigenwirtschaftlichen“ Verkehr können gem. § 13a PBefG „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre genehmigt werden. Für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre ändern sich nicht nur die ökonomischen Modellbedingungen, sondern auch die ordnungsrechtlichen Genehmigungssetzungen. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, soweit diese für die Umsetzung einer Verkehrsleistung aufgrund einer Vereinbarung oder Auferlegung im Sinne der EG-VO 1191/69 erforderlich ist und dabei diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. § 13a PBefG gibt dem Unternehmer einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind. Dies könnte so gedeutet werden, dass auf die subjektiven Genehmigungsvoraussetzungen i.S.d. § 13 Abs. 1 PBefG verzichtet wird. Dass die Zuverlässigkeit des Verkehrsunternehmers für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre nicht erforderlich sein sollte, ist jedoch in der Sache nicht zu rechtfertigen. Daher sind die Anforderungen des § 13 Abs. 1 und Abs. 2 lit.a PBefG auch bei der Genehmigungsentscheidung nach § 13a PBefG zu beachten ²⁹⁶. In Bezug auf die übrigen dort angeführten Genehmigungskriterien sind die Anforderungen des § 13a PBefG als *leges speciales* zu betrachten.

Wie § 13 PBefG setzt im weiteren auch § 13a Abs. 1 PBefG voraus, dass die Vorgaben des § 8 PBefG eingehalten werden. Daher ist zunächst *de lege lata* nach § 8 Abs. 4 PBefG zunächst der Primat der „Eigenwirtschaftlichkeit“ zu beachten. Falls kein Ver-

²⁹⁶ Fromm/Frey, Rdn 1 zu § 13a

kehrsunternehmen die Planinhalte des Nahverkehrsplanes „eigenwirtschaftlich“ realisieren will, liegt es dann beim Aufgabenträger, für die Umsetzung seiner Planung durch Bestellung und Finanzierung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre zu sorgen. Ihre Einrichtung erfolgt damit über zwei Stufen: die Vereinbarung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre durch den Aufgabenträger mit einem Unternehmer und die Genehmigung des „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrs durch die Genehmigungsbehörde. Dies bedeutet, dass zunächst nach Maßgabe der EG-VO 1191/69 und entsprechend § 4 RegG vom Aufgabenträger zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung „gemeinwirtschaftliche“ Verkehrsleistungen vereinbart oder auferlegt werden müssen. Die Vereinbarung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre basiert auf einem Vergabeverfahren nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ²⁹⁷. Ist eine Vergabe auf der Grundlage eines Wettbewerbs nicht möglich, sieht § 13a PBefG das Instrument der Auferlegung vor. Hier gilt dann das Prinzip der geringsten Kosten. Zugelassen sind diese Verkehre allerdings erst, wenn sie durch die Genehmigungsbehörde mit einem bestandskräftigen Bescheid i.S.d. § 15 PBefG genehmigt worden sind ²⁹⁸.

Dieses Stufenmodell birgt mehrere Probleme in sich. Sie betreffen zum einen das Verhältnis des Aufgabenträgers zu den Verkehrsunternehmen, zum anderen das Verhältnis der Genehmigungsbehörde zum Aufgabenträger. Aus § 13a PBefG ist zunächst zu entnehmen, dass die Vereinbarung bzw. Auferlegung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre zwischen dem Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen zeitlich vor der Genehmigungsentscheidung liegt. Diese Verpflichtungen können allerdings nicht unmittelbar rechtlich wirksam werden, weil die Zulässigkeit „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre erst durch die Genehmigungsentscheidung begründet wird. Sie müssen daher unter einer auflösenden Bedingung für den Fall ergehen²⁹⁹, dass die Genehmigungsbehörde die Genehmigung versagt ³⁰⁰.

Art und Weise der Ermittlung der Vergabe bzw. der Auferlegung sind durch die auf der Grundlage von § 13a Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 Nr. 7 PBefG erlassene Verordnung

²⁹⁷ OVG Magdeburg, ZUR 1998, 210 <214>

²⁹⁸ Fromm/Frey, Rdn 2 zu § 13a

²⁹⁹ Fromm/Frey, Rdn 2 zu § 13a

³⁰⁰ Im Fall der Versagung stellt sich dann die Frage, gegen welche Stelle das Unternehmen rechtlich vorgehen kann. Geht es um die Zulassung gemeinwirtschaftlicher Verkehre, ist dies die Genehmigungsbehörde. Geht es andererseits z. B. um Schadenersatzansprüche, etwa wegen Fehlern im Auswahlverfahren, dürfte der Aufgabenträger der Adressat der Forderungen sein.

des Bundesministers für Verkehr näher festgelegt worden ³⁰¹. § 1 Abs. 1 der VO definiert den Bezugsrahmen der niedrigsten Kosten restriktiv als niedrigste Haushaltsbelastung und damit die Lösung mit dem niedrigsten Subventionsbedarf. Damit haben sich die Vorstellungen des Bundesrates, der die gesamten Effekte in Bezug auf Verlust von Arbeitsplätzen, Qualität der Verkehrsführung, Freisetzung öffentlich geförderter ÖPNV-Strukturen berücksichtigen wollte, nicht durchgesetzt ³⁰². Im übrigen differenziert die Verordnung zwischen vereinbarten und auferlegten Verkehrsleistungen. Nach § 1 Abs. 2 der VO ist zur Ermittlung des günstigsten Angebotes bei zu vereinbarenden Verkehrsleistungen nach Art. 1 Abs. 4 u. Art. 14 EG-VO Nr. 1191/69 grundsätzlich eine Ausschreibung und die Vergabe nach VOL/A erforderlich ³⁰³. Damit ist dem Abschluss einer Vereinbarung nach Art. 1 Abs. 4 u. Art. 14 EG-VO Nr. 1191/69 ein Ausschreibungswettbewerb vorzuschalten. § 1 Abs. 2 S. 2 der VO legt in diesem Zusammenhang fest, dass in den Angeboten unmittelbare freiwillige Zahlungen der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge oder aus Erträgen aus gewerblicher Tätigkeit nicht berücksichtigt werden dürfen. Entsprechendes gilt für Zahlungen verbundener Unternehmen ³⁰⁴. Die Ausgestaltung der Ausschreibung ist dabei im weiteren an der Dienstleistungs-Richtlinie der EG zu messen ³⁰⁵. Die Ausschreibung hat daher unter Umständen auch europaweit zu erfolgen ³⁰⁶. Nur in begründeten Ausnahmen kommen eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe in Betracht. Bei auferlegten Verkehrsleistungen sollen gem. § 1 Abs. 3 der Verordnung die geringsten Kosten durch Abgleich mit anderen vergleichbaren Verkehrsdienstleistungen ermittelt werden. Diese Vorschrift nimmt damit Bezug auf das deutsche Preisrecht. Dies erscheint insoweit als problematisch, als die EG-VO Nr. 1191/69 selbst eine spezifische Methodik der Kostenberechnung enthält und als unmittelbar geltendes Recht zu beachten ist ³⁰⁷.

Der Aufgabenträger kommt jedoch nicht erst als Besteller „gemeinwirtschaftlicher“ Leistungen ins Spiel, sondern bereits als Verantwortlicher für die Planung des Nahverkehrs. Die Anforderungen des Nahverkehrsplanes haben Präjudizwirkung, ob dieser

³⁰¹ VO zur Anwendung des § 13a PBefG vom 15. 12. 1995 (BGBl. I S. 1705); vgl. dazu Michael Frey, Zur Verordnung der geringsten Kosten, NVZ 1996, 132 ff.

³⁰² Vgl. dazu BR-Drs 131/93, S. 85

³⁰³ A. A. wohl Fromm, TanspR 1994, 425 <431>; Batzill/Zuck, S. 19 ff.

³⁰⁴ Dagegen könnte sich wohl der Besteller den Querverbund als Finanzierungsquelle für seine Leistungen an Verkehrsunternehmen erschließen (Berschin, ZUR 1997, 4 <10>)

³⁰⁵ Vom 18. 7. 1992 (ABl. EG 1992 Nr. L 209/1

³⁰⁶ Vgl. dazu Eiermann, Die Vorschriften über die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, ZögU 1994, 228 ff.

„eigen-“ oder „gemeinwirtschaftlich“ umgesetzt werden kann. Der Aufgabenträger hat es daher in der Hand, im Nahverkehrsplan Vorgaben zum Bedienungsangebot zu formulieren, die aufgrund der dort enthaltenen Anforderungen gleichsam zwangsläufig zur „Gemeinwirtschaftlichkeit“ der durch ihn geforderten Verkehrsleistungen führen. Der in § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG normierte Grundsatz der „Eigenwirtschaftlichkeit“ steht dem nicht entgegen³⁰⁸. Für den Aufgabenträger besteht allerdings keine zwingende Verpflichtung, sämtliche im Nahverkehrsplan konzipierten Verkehrsleistungen im Wege „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre umzusetzen. Der Nahverkehrsplan impliziert als fachlicher Bedarfsplan eine Selbstbindung lediglich insoweit, als er Abweichungen rechtfertigungspflichtig macht³⁰⁹. Da der gesetzliche Sicherstellungsauftrag zur Daseinsvorsorge im Nahverkehr durch die finanziellen Ressourcen des Aufgabenträgers begrenzt wird³¹⁰, liegen darin hinreichende Gründe, die ein Zurückbleiben hinter den planerischen Vorstellungen zu rechtfertigen vermögen. Da der Nahverkehrsplan keine rechtliche Bindungswirkung des Aufgabenträgers gegenüber Dritten zur Bestellung „gemeinwirtschaftlicher“ Leistungen entfaltet, gewährt er weder einen Leistungsanspruch für die Bürger auf Daseinsvorsorge noch einen Anspruch eines Verkehrsunternehmens, dass mit ihm „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre zur Erfüllung des Nahverkehrskonzeptes abgeschlossen werden.

Im Verhältnis zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger steht das Problem im Vordergrund, in welchem Umfang die Genehmigungsbehörde an die Vereinbarung zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen gebunden ist. Verfahrensmäßige Voraussetzung ist, dass der Verkehrsunternehmer einen Antrag auf Genehmigung gestellt hat. Materiell-rechtlicher Bezugsrahmen für die Genehmigungsentscheidung ist dann § 13a PBefG. Nach § 13a Abs. 1 ist die Genehmigung zu erteilen, soweit diese für die Umsetzung einer „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsleistung erforderlich ist, und dabei diejenige Lösung gewählt wird, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Sie ist nach § 13a Abs. 2 PBefG zu versagen, wenn nicht die kostengünstigste Lösung gewählt oder der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt worden ist. Damit hat die Genehmigungsbehörde zu prüfen, ob

307 Vgl. auch Fromm/Frey, Rdn 4 zu § 13a

308 Barth/Baumeister/Bersch, S. 126

309 Institut für Umweltrecht, S. 48

310 Vgl. auch Fromm, in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, S. 344 und oben P. I. 1.

1. die Vereinbarung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre erforderlich war,
2. die Lösung mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit gewählt wurde,
3. der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt wurde.

Sie hat damit Entscheidungen zu überprüfen, die zunächst in der Verantwortung des Aufgabenträgers liegen. Sein Handeln unterliegt damit einer Rechtskontrolle durch die Genehmigungsbehörde. Wie bei § 13 PBefG gehört der Nahverkehrsplan zu den Anforderungen, denen nach § 8 Abs. 3 PBefG insbesondere auch die „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehre unterworfen sind. Er markiert das Anforderungsprofil, das nicht nur der Aufgabenträger, sondern auch die Genehmigungsbehörde an eine mit öffentlichen Mitteln geförderte Nahverkehrsbedienung stellen darf ³¹¹. Daher gehört es auch zu ihren Aufgaben zu überprüfen, ob die vereinbarten „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsleistungen dem Nahverkehrsplan entsprechen und ob sie zu seiner Umsetzung erforderlich waren. Dem Aufgabenträger steht allerdings grundsätzlich ein Ermessen zu, in welchem Umfang er in Abwägung mit anderen ihm obliegenden Belangen das Nahverkehrskonzept umsetzt. Hier endet die Rechtmäßigkeitskontrolle der Genehmigungsbehörde. Daraus ergibt sich ein Funktionswandel ihrer Aufgaben. Die Genehmigung nach § 13a PBefG dient im wesentlichen zur Kontrolle, ob Entscheidung und Verfahren des kommunalen Aufgabenträgers ohne Beanstandungen sind.

Abweichend vom Zulassungsmodus für „eigenwirtschaftliche“ Verkehrsleistungen gilt für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre nicht nur das Vergabeverfahren, es entfällt auch der Besitzstandsschutz (§ 13a PBefG) ³¹². Allerdings lässt der Wirtschaftsmodus der „Gemeinwirtschaftlichkeit“ alte Konzessionen grundsätzlich unberührt. Vor dem 1. 1. 1996 erteilte Genehmigungen haben daher formell weiter bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer Bestand (§ 16 PBefG) ³¹³. Soweit ihnen jedoch Beihilfevereinbarungen zugrunde liegen, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Zulässig sind danach nur die „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehre, die gemeinschaftsrechtskonform vereinbart oder nach dem Prinzip der geringsten Kosten auferlegt worden sind. Da Art. 3 EG-VO 1191/69 seit dem 1. 1. 1996 auch für den ÖPNV unmittelbar geltendes Recht ist, kann daraus geschlossen werden, dass die

³¹¹ Institut für Umweltrecht, S. 10

³¹² Bidinger, Anmerkung zu § 13 a

³¹³ Batzill/Zuck, S. 21

Mehrzahl der zur Zeit geltenden ÖPNV-Verträge auch dann notleitend ist, wenn man sie als „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre qualifizieren würde.

Insgesamt lässt sich sagen, dass paradoxerweise nicht der „eigenwirtschaftliche“, sondern der „gemeinwirtschaftliche“ Verkehr die Tür zum Wettbewerb öffnet. Ihm werden jedoch hohe Hürden errichtet. Für die Unternehmen ist er aufgrund der Bestandschutzregeln und des Vergabewettbewerbs weniger attraktiv als das „eigenwirtschaftliche“ Modell des ÖPNV. Für die Genehmigungsbehörden ist er aufgrund der Regelung des § 8 Abs. 4 PBefG keine wirkliche Alternative, sondern nur die zweite Präferenz. Schließlich führt die Legaldefinition der „Eigenwirtschaftlichkeit“ dazu, dass nach dem geltenden Personenbeförderungsrecht nahezu alle Verkehre als „eigenwirtschaftlich“ ausgewiesen werden können.

Im weiteren steht der potentiell wettbewerbsfördernden Regelung des § 13a PBefG ein institutionelles Arrangement entgegen, das geeignet erscheint, die Ausschreibung von Verkehrsleistungen in zentralen Bereichen des städtischen Nahverkehrs zu konkurrenzieren. § 9 Abs. 1 Nr. 1 PBefG sieht in Bezug auf die Genehmigung von Verkehren mit Straßen-, Hoch- und U-Bahnen den Betrieb, die Linienführung und den Bau der Verkehrsinfrastruktur als Einheit. Über die Folgewirkung geronnener Genehmigungsentscheidungen, die das Netz und die gebaute Infrastruktur betreffen, wird sich eine Neugenehmigung kaum hinwegsetzen können. Entsprechendes gilt für das Eigentum an diesen Einrichtungen. Dies weist auf ein generelles Problem hin. Ohne nachvollziehbare Trennungsprinzipien zwischen baulicher Infrastruktur, Netz und Betriebssystem sowie dem Betrieb des Linienverkehrs wird die Vergabe von Verkehrsleistungen im Wege der Ausschreibung den Wettbewerb nicht nachhaltig fördern können. Eine Reform erscheint auch schon deshalb angezeigt, weil durch die am 1. 1. 1999 in Kraft getretene GWB-Novelle ³¹⁴ die Verweigerung des Zuganges zu eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen in den Missbrauchskatalog des § 19 Abs. 4 GWB aufgenommen wurde ³¹⁵.

³¹⁴ BGBl. 1998 I, S. 2512

³¹⁵ Vgl. dazu Sellmann, NVwZ 1999, 250 <257>

III. ÄNDERUNGSBEDARF

Wir leben in einer Gesellschaft mit vielen Optionen und denkbaren Zukünften. Gleichwohl ist damit das Reich der Beliebigkeit nicht gekommen. Wenn auch die Zukunft moderner Gesellschaften zunehmend entscheidungsabhängig geworden ist und damit zunehmend dadurch geprägt wird, welche Ziele die Gesellschaft präferiert, hat jede gewählte Option bestimmte Folgen, ist von bestimmten Voraussetzungen abhängig und verlangt nach in sich konsistenten Lösungen. Dies gilt auch für den ÖPNV. Die denkbaren Zukünfte des ÖPNV können durch vier Szenarien skizziert werden:

1. völlige Liberalisierung und Deregulierung der Nahverkehrsdienstleistung durch Verzicht auf die Organisation des ÖPNV als öffentliche Daseinsvorsorge;
2. informelle Abschottung des ÖPNV zugunsten der lokalen kommunalen Verkehrsunternehmen bei gleichzeitiger Angebotssteigerung durch offene oder versteckte Übernahme der Defizite durch die öffentliche Hand;
3. Abschottung des ÖPNV bei gleichzeitiger strikter Begrenzung der Defizitübernahme;
4. Öffnung zum Wettbewerb bei gleichzeitigem Anerkenntnis der Erforderlichkeit einer öffentlichen Organisationvorsorge für den ÖPNV und der Finanzierung von Infrastruktur und Netzwerkkonfigurationen.

Die Realisierung der Option 1 dürfte zum nahezu völligen Verschwinden des ÖPNV führen. Betroffen davon wäre die ökonomische Existenz der öffentlichen Unternehmen und die soziale Existenz ihrer Mitarbeiter. Dass sich als Ersatz ein flächendeckender privat organisierter Massenverkehr an seiner Stelle etablieren könnte, ist unwahrscheinlich. Die Folgen für die urbanen Strukturen der Zentren und die Lebensqualität in Städten durch weitere Steigerungen des motorisierten Individualverkehrs wären nachhaltig. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen erhielte eine entscheidende Schwächung. Option 1 ist auch verfassungsrechtlich (Art. 20 i.V.m. Art. 106a GG) kaum vertretbar. Sie widerspricht dem geltenden Gesetzesrecht von Bund und Ländern.

Die Optionen 2 und 3 beschreiben die hergebrachten und zum Teil auch aktuell verfolgten Varianten zum Strukturerhalt des ÖPNV. Option 2 dürfte auf Dauer zu einer

kaum tragbaren Belastung der öffentlichen Haushalte führen. Option 3 limitiert zwar die Haushaltsrisiken und gewährleistet gleichzeitig den Bestand der öffentlichen Unternehmen, hätte aber zur Folge, dass Leistungsreduktionen im Angebot unvermeidlich wären und könnte daher im Extremfall zu vergleichbaren negativen Ergebnissen wie Option 1 führen. Sowohl Option 2 als auch Option 3 sind mit dem Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren und schon aus diesem Grund obsolet.

Option 4 gilt in der Verkehrspolitik allgemein als Königsweg. Auch wenn durch die Einführung eines begrenzten Wettbewerbs eine ähnliche Leistungsexplosion mit gleichzeitiger Kostenreduktion wie im deregulierten Sektor der Telekommunikation nicht zu erwarten ist, bestehen begründete Chancen für eine nachhaltige Verbesserung des Preis-/Leistungsverhältnisses im ÖPNV. Dabei ist nicht zu verkennen, dass mit ihr tiefgreifende Folgen eines Strukturwandels im Bereich der Nahverkehrsunternehmen und ihrer Zulieferindustrie verbunden sein können, die nicht ohne weiteres sozial verträglich abgepuffert werden dürften. Gleichwohl stellen sie die einzige Zukunftsoption für einen ÖPNV dar, der diesen Namen verdient. Im folgenden wird der Änderungsbedarf im Hinblick auf dieses Modell untersucht.

III.1 Der Wirtschaftsdualismus von „Eigen“- und „Gemeinwirtschaftlichkeit“ als legislative Fehlentscheidung

Der Bewirtschaftungsdualismus von „eigen-“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren unter dem gemeinsamen Dach eines öffentlich geplanten und gewährleisteten Nahverkehrsnetzes findet im Gemeinschaftsrecht keine Stütze. Nicht jeder unternehmerisch angebotene Verkehr, aber der durch öffentliche Planung überformte und durch die Gewährleistung von verbindlichen Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten organisierte Nahverkehr unterliegt begriffsnotwendig den Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“. Das normative Primat der „eigen-“ gegenüber „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren spricht der Realität angesichts der Tatsache Hohn, dass es kaum Nahverkehrsdienstleistungen gibt, die den Namen „eigenwirtschaftlich“ tatsächlich verdienen. Die Legaldefinition der „Eigenwirtschaftlichkeit“ steht quer zu den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. Dies verstärkt den Eindruck, dass der Gesetzgeber gar nicht die Absicht verfolgt hat, das PBefG an den gemeinschaftsrechtlichen Strukturvorgaben auszurichten, sondern sie im Grunde negieren wollte. Eine Strukturreform des ÖPNV müsste zu allererst die Bankertbegriffe der „Eigen-“ und „Gemeinwirtschaftlichkeit“ be-

seitigen und an ihre Stelle ein einheitliches Vergabeverfahren setzen, das den Wettbewerb um die ausgeschriebenen Dienstleistungen eröffnet.

Der konstruierte Dualismus ist überdies nicht nur gemeinschaftsrechtswidrig und ökonomisch verfehlt, sondern auch im Hinblick auf die organisatorische Festlegung der administrativen Entscheidungsabläufe widersinnig. Gibt es im Rahmen des ÖPNV bestimmte Verkehrsleistungen, die sich betriebswirtschaftlich rechnen, und andere Leistungen, die nicht kostendeckend und gewinnbringend angeboten werden können, wird diese Differenz nicht nur konzessions-, sondern auch planungsrechtlich zum Schlüsselkriterium. Damit stellt sich das Problem einer doppelten Schnittstellenoptimierung. Zum einen ist zu fragen, ob prozedurale Vorkehrungen für eine stimmige Differenzierung zwischen den sog. „eigenwirtschaftlichen“ und den sog. „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren in den Nahverkehrsgesetzen der Länder und dem PBefG getroffen sind, zum anderen muss eine Synchronisierung der Operationen zwischen den beiden planerischen und konzessionsrechtlichen Regelungsbereichen gewährleistet sein. Obwohl sie im Nahverkehrskonzept des PBefG zugrunde gelegt wird, ist die Differenzierung zwischen „eigenwirtschaftlichen“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren planungsrechtlich nicht aufgenommen worden. Ließe sich die Differenzierung zwischen den beiden Wirtschaftsmodi im Rahmen eines Nahverkehrssystems wirklich halten, wäre die Konzeption der Nahverkehrsgesetze der Länder notleidend, da sie keine Aussagen zu den sog. „eigenwirtschaftlichen“ Verkehren enthalten. Diese können sich dann gleichsam im Windschatten der öffentlichen Organisation und Planung des Nahverkehrs entwickeln.

Zwar erscheint es auf den ersten Blick plausibel, dass das Bedienungsniveau im ÖPNV, das aus Gründen der Daseinsvorsorge als erforderlich betrachtet wird, von der Frage der „eigen-“ oder „gemeinwirtschaftlichen“ Leistungserbringung grundsätzlich unabhängig planerisch festgelegt werden kann, jedoch ist ihre Finanzierbarkeit – wie immer bei sozialstaatlicher Leistungserbringung – eine limitierende Größe. Eine strukturelle Entkoppelung von Planung und Finanzierung ist damit nicht schlüssig. Eine Abschätzung der Kosten wird in allen ÖPNV-Gesetzen für erforderlich gehalten. In diesem Rahmen müssen dann notwendigerweise auch Erwägungen zur Durchführung in „eigen-“ oder „gemeinwirtschaftlichem“ Betrieb angestellt werden ³¹⁶, dem kommu-

316 Vgl. zu den Einschätzungsspielräumen auch OVG RhPf, DVBl. 1997, 962 <963>

nalen Aufgabenträger fehlen jedoch die rechtlichen Möglichkeiten, sie auch durchzusetzen. Er kann die Vergabe „eigenwirtschaftlicher“ Verkehre nicht ausschreiben. Diese Möglichkeit steht ihm lediglich für die Vereinbarung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre zu. Infolge dessen kann der kommunale Aufgabenträger im Unterschied zu den Netzbetreibern des Schienenverkehrs auch keine Entgelte für „eigenwirtschaftliche“ Verkehre verlangen. Er muss nicht nur die „gemeinwirtschaftlichen“, sondern auch die versteckten Defizite der fingierten „eigenwirtschaftlichen“ Verkehre subventionieren, ohne an deren Erträgen partizipieren zu können. Auch darin ist eine durch den Gesetzgeber veranlasste Fehlmotivation zu sehen.

Eine verbindliche Differenzentscheidung zwischen „gemein-“ / „eigenwirtschaftlich“ fällt erst im Zusammenhang mit der Konzessionierungsentscheidung. Diese liegt nicht beim Aufgabenträger des ÖPNV, sondern bei der Genehmigungsbehörde. Allerdings ist diese Entscheidung eher Nebenprodukt der Genehmigung. § 13 PBefG setzt voraus, dass die Konzessionsentscheidung auf Antrag erfolgt. Fehlt es an einem Antrag, läuft das postulierte Primat vom Vorrang der „Eigenwirtschaftlichkeit“ leer. Da bei einer Entscheidung nach § 13 PBefG keine öffentliche Ausschreibung vorgesehen ist, können konkurrierende Angebote potentiell an „eigenwirtschaftlichen“ Verkehren interessierter Unternehmen auch nicht eingeholt werden. Dies führt zur systematischen Desinformation der Aufgabenträger über Unternehmen, die bereit wären, solche Verkehrsleistungen anzubieten, und der Unternehmen über eine entsprechende Nachfrage nach ihren Dienstleistungen. Gewährleistungsregeln dafür, dass das normativ angelegte Primat des sog. „eigenwirtschaftlichen“ Verkehrs im Konzessionsverfahren zum Tragen kommen kann, gibt es daher nicht. Der Ausfall prozeduraler Garantien für die Ausschöpfung der „eigenwirtschaftlichen“ Potentiale ist mit der Aufgabe der Daseinsvorsorge schwer verträglich.

In diesem Zusammenhang ist auf ein weiteres Paradoxon hinzuweisen. Das Konzessionsmodell des „eigenwirtschaftlichen“ Verkehrs in § 13 PBefG ist wettbewerbsfeindlich. Verkehre, die nominell „eigenwirtschaftlich“ bedient werden sollen, müssen nicht in einem Wettbewerb erst ermöglichenden Verfahren ausgeschrieben werden. Dagegen öffnet sich das Konzessionsmodell für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre nach § 13a PBefG dem Wettbewerb. Die Vergabe der Leistungen an den Bieter mit den geringsten Kosten ist grundsätzlich auszuschreiben. Das prozedurale Modell des § 13a steht damit konträr zum Ansatz des § 13 PBefG. Allerdings ist seinerseits der Vergabewettbe-

werb subsidiär gegenüber der Bescheidung von Anträgen auf die Genehmigung „eigenwirtschaftlicher“ Verkehre. Dies begründet eine prozedurale Subsidiarität des kommunalen Aufgabenträgers gegenüber der Genehmigungsbehörde.

Auch die Bestandsschutzregeln haben problematische Folgen. „Eigenwirtschaftliche“, d. h. als ertragskräftig deklarierte Verkehre stehen unter Bestandsschutz, obwohl sie doch grundsätzlich marktfähig sein sollen. Ist die Konzession erteilt, bleibt der Konzessionär vor dem Wettbewerb geschützt. „Gemeinwirtschaftliche“ Verkehre genießen dagegen keinen Bestandsschutz, obwohl sie marktwirtschaftlich nicht zu erbringen sind. Damit ist ein „rat-racing“ um die vor Wettbewerb schützende Konzession nach § 13 PBefG angelegt.

Die gegenläufigen Präferenzen der beiden Modelle geben einem einzigen Akteur Vorteile. Ein ortansässiges Verkehrsunternehmen benötigt keine Informationen über Verkehrsdienstleistungen, die zu vergeben sind. Es kann daher das Antragsverfahren des § 13 PBefG im „Windhundverfahren“ nutzen. Für dieses Unternehmen wird dann allerdings die Definition der „Eigenwirtschaftlichkeit“ in § 8 Abs. 4 PBefG zur Schlüsselnorm. Da es gelungen ist, diese in Richtung auf alle bilanzrechtlich aktiven Beträge so extensiv zu interpretieren, dass eine „Eigenwirtschaftlichkeit“ auch bei chronisch defizitären Verkehren fingiert werden kann, gilt sie solange, bis das Unternehmen schlechthin „konkursreif“ ist ³¹⁷.

Damit kann festgehalten werden, dass das Konzessionierungsmodell der §§ 13 u. 13a PBefG insoweit einer verqueren Regelungslogik folgt, als es Wettbewerbsstrukturen de lege lata aus der Konzessionsentscheidung über „eigenwirtschaftliche“ Verkehre nach § 13 PBefG fernhält, sie in Ansätzen jedoch in das Zulassungsmodell für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre nach § 13a PBefG implantiert, ohne jedoch deren systemische Voraussetzungen zu schaffen, nämlich die institutionalisierte Trennung von Netz und Betrieb. § 13 PBefG gibt dem „eigenwirtschaftlichen“ Verkehr das, was er nicht braucht: Schutz vor Wettbewerb; und § 13a PBefG enthält dem „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehr vor, was er benötigt: ein wirksames institutionelles Arrangement zur faktischen Durchsetzung des Prinzips der geringsten Kosten (vgl. dazu III. 2.). Dies kulminiert schließlich in einer Asymmetrie der Kostenlast, die auf den Aufgabenträger zurückfällt. Der Aufgabenträger wird bei den „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren zum

³¹⁷ So zurecht Berschin/Hickmann, Internationales Verkehrswesen 1998, 600 <603f.>

notorischen Defizitfinanzier, ohne bei den „eigenwirtschaftlichen“ Verkehren an deren Erträgen partizipieren zu können. Daher ergibt sich ein entsprechender Änderungsbedarf auch unabhängig von der rechtlichen Bewertung, der im PBefG formulierte Bewirtschaftungsdualismus finde im Gemeinschaftsrecht keine Stütze.

III.2 Defizite bei der Gestaltung des Verhältnisses zwischen politischer Planung und unternehmerischer Verantwortung

Die Nahverkehrsgesetze der Länder justieren die politische Verantwortlichkeit für den ÖPNV. Die Zuständigkeit für die Aufstellung des Nahverkehrsplanes und für die Bestellung von Verkehrsleistungen im Rahmen der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes „gehört zur instrumentellen Grundausstattung“³¹⁸ der kommunalen Aufgabenträger. Für die „gemeinwirtschaftlichen Verkehre“ sind danach Organisation, Planung und Bestellerfunktion in einer Hand gebündelt. Das neue ÖPNV-Recht hat allerdings die Leitvorstellung des RegG von einer Zusammenführung der Zuständigkeiten bei einer Stelle an einem entscheidenden Punkt zugunsten eines Rollendualismus aufgegeben. Das PBefG hat die einschlägigen Befugnisse für die konzessionsrechtliche Gestaltung des „eigenwirtschaftlichen“ ÖSPV den staatlichen Behörden übertragen. Die staatliche Konzessionsentscheidung trennt damit die kommunalen Kompetenzen zur planerischen Festlegung von der Entscheidungszuständigkeit, welches Unternehmen die im Nahverkehrsplan festgelegten Verkehre durchführen soll. Damit kann sich auf dieser wichtigen operativen Ebene ein Wahrnehmungsdualismus zwischen kommunalen und staatlichen Aufgaben entwickeln. Den kommunalen Aufgabenträgern ist nicht nur die förmliche Zuständigkeit für die Konzessionierung der Verkehrsunternehmen entzogen, sondern auch in der Phase des Betriebs jeder Eingriff in die Rechte der Verkehrsunternehmen versagt. Damit werden regulative Kontrolldefizite des verantwortlichen kommunalen Aufgabenträgers offenkundig, die er nur durch vertragsrechtliche Parallelgestaltungen kompensieren kann. Dies führt dann zu einem Dualismus der Qualitätskontrolle gegenüber den ausführenden Verkehrsunternehmen.

Wenn der Nahverkehrsplan konzessionsrechtliche Folgewirkungen entfaltet, sind damit im weiteren auch mögliche Konfliktlinien zwischen den Aufgabenträgern und den Konzessionierungsbehörden vorgezeichnet. Obwohl der Nahverkehrsplan keine Rechts-

³¹⁸ Institut für Umweltrecht, S. 14

normqualität besitzt, sind die Genehmigungsbehörden von Gesetzes wegen materiell-rechtlich verpflichtet, den Nahverkehrsplan des Aufgabenträgers bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 3 S. 2 PBefG). Andererseits sind die Genehmigungsbehörden nicht gehalten, bei ihren Entscheidungen das Einvernehmen mit den kommunalen Aufgabenträgern herzustellen, sie haben sie nur im Anhörungsverfahren zu beteiligen (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 PBefG). Damit ist ein Dissens über Inhalt und Reichweite des Nahverkehrsplanes sowie seine Bedeutung für die Genehmigungsentscheidung möglich, für dessen konsensorientierte Beilegung durch Gesetz keine prozeduralen Vorkehrungen getroffen sind. Insoweit sind Reibungsverluste absehbar.

Zudem erscheint es fraglich, ob die realen Bedingungen für die Ermittlung des kostengünstigsten Angebotes für die sog. „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre gegeben sind. § 13a PBefG postuliert den Wettbewerb um die Konzessionierung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre. Gleichzeitig verlangt die Netzwerkkonfiguration des ÖPNV Planung und Organisation der Systembedingungen. Die unverzichtbare Qualität des ÖPNV als vernetztes System liniengebundener Verkehrsdienstleistungen steht daher einer konsequenten Durchsetzung des Wettbewerbs konkurrierender Unternehmen innerhalb eines regionalen Marktes entgegen. Dies gibt den alteingesessenen lokalen Verkehrsmonopolisten entscheidende Standortvorteile und macht externe Wettbewerber in dem Maße chancenlos, wie die Anforderungen an komplexe Netzwerkkonfigurationen steigen. Das Postulat der Kostenminimierung in § 13a PBefG bleibt daher insbesondere dort ein leeres Prinzip, wo in Ballungsräumen Technik (Straßen- und U-Bahnen), Organisation (Netzdichte) und Interaktion (Vertaktung) hohe Anforderungen an die Netzinfrastuktur stellen. Der offene Markt wird sich daher zunächst wohl in der Regel auf die Bedienung von Buslinien in der Fläche beschränken müssen ³¹⁹.

Andererseits müssen Netzwerkorganisation und Verkehrsleistungen nicht notwendigerweise zusammen vergeben werden. Obwohl es hinlänglich bekannt gewesen ist, dass eine Ausschreibung von Verkehrsleistungen ohne eine Trennung des Netzes vom Betrieb einzelner Linien eine Chimäre bleibt, schweigt das geltende Recht zu dieser institutionellen Grundentscheidung. Es schließt sie zwar nicht dezidiert aus, verlegt sie aber in das Ermessen der Aufgabenträger und überlässt sie deren Durchsetzungsfähigkeit. Daher erscheint es erforderlich, im Recht die Voraussetzungen für eine Tren-

³¹⁹ Anzeichen dafür sind auch die Hinweise, dass Ausschreibung vor allem im ländlichen Raum und in Kleinstädten erfolgen (Ewers/Illgmann, S. 23).

nung von Netzinfrastruktur und Linienbetrieb nach dem Muster von § 14 AEG und der Eisenbahninfrastrukturverordnung (EIBV) ³²⁰ zu schaffen, die eine Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen erst sinnvoll macht. Erst wenn diese Strukturreform gelungen ist, kann die Vergabe definierter Verkehrsleistungen für den Wettbewerb unterschiedlicher Anbieter geöffnet werden. Dass die Durchführung innerhalb eines Nahverkehrsbezirks selbst einem begrenzten Leistungsvergleich zugänglich ist, zeigt das schwedische Modell der Vergabe von Verkehrsleistungen, die in mehrere Lose aufgeteilt sind ³²¹. In dieser Ausdifferenzierung liegt im weiteren auch eine plausible Trennung von politischer Gewährleistungsfunktion und unternehmerischer Verantwortung.

Um ein eindeutiges Besteller-Ersteller-Verhältnis zu gewährleisten, ist die institutionelle Trennung von Infrastruktur und Netzorganisation einerseits und Betrieb andererseits zwar eine zwingende organisatorische Voraussetzung, aber noch keine hinreichende Garantie. Die zutreffende Grundeinsicht, die politisch-administrativen Kompetenzen für den ÖPNV dezentral zu bündeln, rückt das öffentlich-rechtliche Entscheidungszentrum an den Wirkungskreis der öffentlichen Verkehrsunternehmen heran, die schon immer in hergebrachten institutionellen und informellen Kontexten vor Ort tätig waren. Dies bringt den Aufgabenträger in einen Interessenkonflikt. Je mächtiger ein regionales Versorgungsunternehmen ist, desto schwieriger erscheint die Umsetzung von Wettbewerb. Insbesondere die kreisfreien Städte sind in der Regel Eigentümer eines lokalen Verkehrsunternehmens und müssen andererseits einen fairen Ausschreibungswettbewerb für konkurrierende Unternehmen mit der Folge gewährleisten, gegebenenfalls harte Entscheidungen zu Lasten ihres örtlichen Verkehrsunternehmens zu treffen. Sie sind damit Spieler und Schiedsrichter zugleich ³²².

Insoweit lässt sich dem vom PBefG begründeten Rollendualismus zwischen Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden durchaus etwas Positives abgewinnen. Die Distanz zwischen den regionalen Genehmigungsbehörden und den lokalen Verkehrsunternehmen ist in der Regel höher als zwischen den kommunalen Aufgabenträgern und den kommunalen Verkehrsunternehmen. Soweit die Genehmigungsbehörden im Rahmen der Konzessionierung auch die Ordnungsmäßigkeit des Vergabeverfahrens prüfen, kommt dies ohne Zweifel den vom EG-Recht verlangten wettbewerbsrechtli-

³²⁰ Vom 17. 12. 1997 (BGBl. I, S. 3153)

³²¹ Vgl. Handelsblatt vom 5. 1. 1999

³²² Vgl. dazu auch Ewers/Illgmann, S. 21

chen Strukturen zugute. Andererseits weicht das PBefG jedoch implizit vor dem Leitgedanken der Trennung von politischer und unternehmerischer Aufgabenverantwortung im ÖPNV zurück, solange es sich jeder Aussage über den Umgang mit dem faktischen Junktim zwischen Kommunen als die politischen Träger der Planung und Organisation des ÖPNV und Eigentümern der Verkehrsunternehmen enthält. Zwar spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass die Verkehrsunternehmen weiterhin im Eigentum der Kommunen bleiben, allerdings müssen diese dann ihre Rolle als Träger der politischen Verantwortung und Eigentümer bewusst ausdifferenzieren. Dazu geben weder das PBefG noch die ÖPNV-Gesetze der Länder Hilfestellung.

Dies verweist im weiteren auf ein Folgeproblem. Nicht nur die administrativen Strukturen unterliegen einem Wandel, sondern auch die Unternehmensstrukturen. Es erscheint zunächst naheliegend, dass sich kommunale Verkehrsunternehmen unter dem Druck des Wettbewerbs verstärkt bemühen werden, durch Änderung ihrer Organisationsstrukturen und Führungskonzepte ihre Konkurrenzfähigkeit zu verbessern. Dazu gehören Strategien des Lean-Management und des Outsourcing ebenso wie Versuche, die Beschäftigtenzahlen nachhaltig zu reduzieren und die Personalkosten im übrigen dadurch zu reduzieren, dass man sich aus den Bindungen bestehender Tarifverträge befreit.

Darüber hinaus wird sich jedoch die Vorstellung von Verkehrsunternehmen, die ausschließlich an ihrem Sitz operieren, ebenso wandeln wie der bereits jetzt de jure häufig gewordene Anspruch auf das lokale Versorgungsmonopol. Bisher nur lokal operierende Nahverkehrsunternehmen werden sich über die Region hinaus engagieren und nicht nur neue lokale Märkte, sondern auch diversifizierte Tätigkeitsfelder suchen müssen. Für sie bestehen dabei mehrere Optionen. Sie können sich zum einen zum umfassenden Anbieter von Mobilitäts-Dienstleistungen entwickeln, dessen Angebot vom schienengebundenen Verkehr bis zum Mietwagen reicht und sogar komplementäre Dienstleistungen umfasst. Sie können sich jedoch auch über ihren angestammten regionalen Bereich zu einem Unternehmen mit europaweiten Tochterunternehmen, Beteiligungen und spezialisierten Verkehrsdienstleistungen von der Entwicklung von Nahverkehrskonzepten bis zur Systemsteuerung von Ampelschaltungen entwickeln. Die politisch betriebene Deregulierung der lokalen Nahverkehrsmonopole wird daher zu einer Europäisierung des Nahverkehrsmarktes und zu einer entsprechenden Konzentration der Nahverkehrsunternehmen führen. Dies eröffnet eine neue Paradoxie:

Regional dezentralisierte Verwaltungsstrukturen kommunaler Aufgabenträger werden mit europaweit operierenden Unternehmen kooperieren müssen.

Daraus ergibt sich jedoch auch ein neues Problem. Die Idee eines europaweit operierenden Unternehmens ist auf privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen zugeschnitten. Nahverkehrsdienstleistungen werden bisher jedoch überwiegend von öffentlichen Unternehmen der Kommunen erbracht. Diese Unternehmen unterliegen nach herrschender Ansicht den Restriktionen des Territorialprinzips ³²³, das ihre gemeinwohlorientierte Tätigkeit auf den räumlichen Wirkungskreis ihres politischen Trägers beschränkt. Danach ist ihnen eine räumliche Ausdehnung ihres Geschäftsfeldes grundsätzlich verwehrt, das über eine im Konsens mit den benachbarten Kommunen ausgeübte Tätigkeit im Nahbereich nennenswert hinausgeht und sich auf den gesamteuropäischen Markt erstreckt. Darunter wird auf mittlere Sicht ihre Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu den die expansiven Potentiale des Marktes nutzenden Konkurrenten in einem Maße leiden müssen, dass sie auch im Ausschreibungswettbewerb für den lokalen Markt nicht mehr bestehen können.

Damit steht nach der Privatisierung der Deutschen Bundesbahn auch die Entkommunalisierung der lokalen öffentlichen Verkehrsunternehmen zur Diskussion. Entkommunalisierung kann dabei in zwei Richtungen diskutiert werden. Zum einen kann darunter eine schlichte Unternehmensprivatisierung verstanden werden. Mit dem Verkauf öffentlicher Verkehrsunternehmen an private Erwerbsinteressenten würden ihnen zugleich auch das europaweite Geschäftsfeld geöffnet und somit auch die Chance zum Überleben eröffnet werden. Diese Option steht schon jetzt allen kommunalen Trägern von Rechts wegen grundsätzlich offen. Zum anderen ist auch an eine Reform des rechtlichen Rahmens tradierter Kommunalwirtschaft zu denken, die das Territorialprinzip modifiziert. Dies ist eine Aufgabe der für die Regelung des Kommunalrechts zuständigen Bundesländer.

III.3 Defizite in den Finanzierungsregelungen

Der ÖPNV wird auf absehbare Zeit defizitär sein und mit Zuschüssen der öffentlichen Hand leben müssen. Bei einem Umsatzvolumen von ca. 45 Mrd. DM/Jahr fließen heute ca. 30 Mrd. DM/Jahr öffentlicher Mittel in den ÖPNV. Dies bedeutet, dass der Umsatz

³²³ Vgl. dazu m.w.N. Sibylle Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, Bielefeld 2000, S. 109 ff.

zu etwa zwei Dritteln auf staatlichen Hilfen und nur zu etwa einem Drittel auf Fahrgeldeinnahmen beruht. Es wird geschätzt, dass dabei der Subventionsanteil je nach Verkehrsunternehmen zwischen 10% und 80 % schwankt ³²⁴. Weder das Gemeinschaftsrecht noch das deutsche Recht verfolgt das Ziel, eine durchgängige Kostendeckung im ÖPNV zu erreichen. Um so wichtiger werden damit Konzepte, wie dieser Zuschussbedarf unter Kontrolle gehalten werden kann und wie die öffentlichen Mittel effektiv und zur Stärkung von Leistungsanreizen eingesetzt werden können.

Dies wird in der Bundesrepublik gerade dort vernachlässigt, wo der ÖPNV nominell „eigenwirtschaftlich“ durchgeführt wird. Allerdings ist dieses Problem auch bei den sog. „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren nicht bereits dadurch hinreichend gelöst, dass dort dem Prinzip der geringsten Kosten im Rahmen der Ausschreibung oder der Auferlegung von Verkehren, die den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes unterliegen, Rechnung getragen werden muss. Die EG-VO 1191/69 enthält keine darüber hinausgehenden Ansätze zur Förderung der Motivation bei Aufgabenträgern, Defizite zu minimieren und die Leistungsfähigkeit des Systems insgesamt zu optimieren. Entsprechendes gilt für die ÖPNV-Gesetze der Länder und das PBefG. Es bleibt dabei weiterhin im wesentlichen den kommunalen Aufgabenträgern überlassen, ob und inwieweit sie Kostenmanagement und Leistungsoptimierung zu Kriterien ihrer Beziehungen zu den Nahverkehrsunternehmen machen.

Das Petitum der Kosteneffizienz und das Anerkenntnis der Notwendigkeit einer öffentlichen Förderung des ÖPNV stehen in einem Spannungsverhältnis. Ausgangspunkt der Überlegungen zu den Finanzierungsregelungen ist zunächst der Befund, dass die stärkste Motivation zur Kostenminimierung und Effizienzsteigerung dann gegeben ist, wenn ein Verkehrsunternehmen die Kosten des ÖPNV selbst erwirtschaften muss. Die praktische Verfolgung dieser Prämisse durch einen völligen Verzicht auf eine Förderung erscheint schon deshalb obsolet, weil auch der konkurrierende motorisierte Individualverkehr durch steuerfinanzierte Infrastrukturleistungen gefördert wird und ihm bei weitem nicht alle externalisierten Kosten zugewiesen werden. Geht man davon aus, dass subventionierte Verkehrsleistungen im ÖPNV auch in der näheren Zukunft die Regel sein werden, geht es um die Neudefinition von zwei kritischen Schnittstellen. Zum einen muss der Transfer zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen

324 Vgl. Ewers/Ilgmann, S. 3

betrachtet, zum anderen muss der Transfer zwischen den fördernden Haushalten von Bund und Ländern zu den Aufgabenträgern untersucht werden.

Finanztransfers zwischen den Aufgabenträgern und den Verkehrsunternehmen haben nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich auf der Grundlage von Verträgen zu erfolgen. Der Vergabewettbewerb gilt hier als das bevorzugte Instrument der Kostenminimierung. Seine Reichweite ist jedoch begrenzt. Selbst dort, wo die Pflicht zur Ausschreibung von Verkehrsleistungen ernst genommen wird, beschränkt sich die Kostenkontrolle der Aufgabenträger auf die Auswahl des günstigsten Angebotes. Wie alle fiskalischen Kontrollinstrumente taugt dieses Verfahren zwar zur kameralistischen Prüfung, erfasst jedoch das betriebliche Managementsystem selbst nicht. Weitere Anreize können nur durch die Ausgestaltung der Verträge mit den Verkehrsunternehmen gesetzt werden. Die einschlägigen Stichworte lauten hier „Brutto-“ oder „Nettoverträge“. Die darin liegenden Möglichkeiten sollen nicht weiter thematisiert werden. Ihre Auslösung ist weder durch das europäische Gemeinschaftsrecht noch Recht von Bund und Ländern verwehrt. Inwieweit hier die Aufgabenträger aus eigenem Antrieb tätig werden, wird jedoch durch die vorgängige Frage tangiert, wie das Transferverhältnis zwischen den Haushalten von Bund und Ländern und den Aufgabenträgern zu optimieren ist.

In Übertragung eines allgemein gültigen Gedankens über die Rationalitätssteigerung des Handelns wird man folgern können, dass die Motivation zur Ausschöpfung der Prinzipien von Kostenminimierung und Leistungssteigerung der geringsten Kosten dort am höchsten ist, wo der Besteller die Leistungen aus eigenen Mitteln bezuschussen muss. Sie sinkt mit dem Umfang der Komplementärfinanzierung seines Haushaltes aus Bundes- und Landesmitteln und schwindet zusätzlich in dem Maße, wie der Aufgabenträger diese Mittel an Dritte lediglich durchzureichen hat. In diesem Zusammenhang ist auf ein damit zusammenhängendes Subventionsdilemma hinzuweisen. Eine detail-scharfe Förderung erhöht zwar die Kontrollchancen über die Mittelverwendung durch den Zuwendungsgeber, sie setzt allerdings nur geringe Anreize beim Zuwendungsempfänger, die Mittelverwendung zu optimieren. Zweckbindungen stärken und fördern daher die Hierarchie, Globalzuschüsse laufen kongruent mit der Dezentralisierung der Verantwortung. Für beide Subventionsmodi gibt es gute Gründe. Kaum zu rechtfertigen ist jedoch, wenn die Dezentralisierung der Aufgabenverantwortung mit einer Zentralisierung der Ausgabenverantwortung kombiniert wird.

Daraus wäre die Forderung abzuleiten, dass die Subventionierung des ÖPNV grundsätzlich aus den Eigenmitteln der kommunalen Aufgabenträger erfolgen sollte. Eine solche Forderung erscheint im Hinblick auf die Situation der Kommunalhaushalte und auf den Tatbestand, dass sich die Kommunen zu erheblichen Anteilen durch Zuweisungen im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs aus den Haushalten der Länder finanzieren müssen, völlig illusorisch. Erforderlich wäre hier eine grundlegende Änderung des Systems der kommunalen Einnahmen. Diese liegt weder im Rahmen der verkehrspolitischen Agenda noch ist sie überhaupt in Sicht.

Als „second-best-Lösung“ wäre die Erhöhung der allgemeinen, nicht zweckgebundenen Finanzaufweisungen das vorzugswürdige Mittel. Die Kommunen müssten dann in Abwägung mit den Finanzbedürfnissen konkurrierender öffentlicher Belange entscheiden, wie sie dem Auftrag zur Daseinsvorsorge für ausreichende Verkehrsverhältnisse gerecht werden können. Damit würde die Entscheidung über die Qualität des ÖPNV zu einer durch ständige Verteilungskämpfe aktualisierten politischen Grundsatzfrage kommunaler Selbstverwaltung. Auch eine solche Lösung erscheint in weiter Ferne. Sie könnte ebenfalls nicht isoliert für den ÖPNV allein, sondern nur im Rahmen einer Reform des Systems des kommunalen Finanzausgleichs insgesamt erfolgen. Dies ist überdies eine Aufgabe, die der Regelung durch den Bund im Grundsatz entzogen ist. Ob sich die Bundesländer auf eine gleichgerichtete Lösung verständigen könnten, erscheint fraglich. Hier würde dann im weiteren das Problem virulent werden, wie angesichts der unterschiedlichen Finanzkraft der Kommunen ein gerechter aufgabenunabhängiger Zuweisungsschlüssel gefunden werden kann.

Damit bleibt als dritte Option für eine grundlegende Reform die Übertragung des für die Hochschulen aktuell ventilierten Modells des „Globalbudgets“ auf die Finanzierung des ÖPNV. Danach sollte der kommunale Aufgabenträger zwar eine grundsätzliche aufgabenakzessorische und damit von der allgemeinen Finanzkraft unabhängige Förderung erhalten, aber keine auf einzelne Fördertatbestände bezogene Zweckzuweisungen, sondern ein gegenständlich nicht gebundenes Gesamtbudget für den ÖPNV. Im Rahmen dieses „Globalbudgets-ÖPNV“ müsste er dann entscheiden, in welchen Anteilen die Mittel für bauliche Infrastruktur, Netzorganisation und die bestellten Verkehrsleistungen ausgeworfen werden sollen. Auch insoweit wäre dem Grundgedanken der ÖPNV-Reform, dass die Regionalisierung der Aufgabenverantwortung mit der Dezentralisierung der Finanzverantwortung zur Deckung gebracht werden sollte, noch inso-

weit Rechnung getragen, als der Aufgabenträger zwar nicht über das Gesamtvolumen, wohl aber für die Mittelverteilung und die Kostenkontrolle einstehen müsste. Von einer solchen Dezentralisierung der Ausgabenverantwortung ist jedoch im heute vorfindbaren Ansatz der Finanzierungsregelungen zum ÖPNV nicht die Rede. Sie wäre im übrigen auch ein voraussetzungsreiches Projekt, das wiederum maßgeblich durch die Bundesländer betrieben werden müsste. Das Globalbudget dezentralisiert die Ausgabenverantwortlichkeit, stellt aber hohe Anforderungen an die Kriterien, wie eine gerechte Verteilung der Mittel unter den kommunalen Aufgabenträgern erreicht werden soll. Einfache Parameter wie die Größe der Bevölkerung und die Fläche des Nahverkehrsraumes führen ersichtlich zur Fehlallokation.

Akzeptiert man das System der zweckgebundenen Förderung, kann es nur darum gehen, die aus unterschiedlichen Quellen stammenden Mittel zu bündeln und ihre Fördertatbestände so zu dimensionieren, dass sie dem Zweck, Kosten zu dämpfen, Leistungsmotivation zu erhöhen und Wettbewerb zu fördern, zumindest tentativ gerecht werden können. Die Bündelfunktion ist grundsätzlich den Aufgabenträgern zugewiesen. Allerdings hat sich die Regionalisierung der Aufgaben und die Strukturreform der Aufgabenerfüllung nur unvollkommen in einem entsprechenden Finanzierungskonzept niedergeschlagen. Wie vor der Regionalisierung lassen sich vier Finanzierungsebenen unterscheiden:

- Bundesmittel,
- Landesmittel,
- Mittel der kommunalen Aufgabenträger und
- Eigenmittel der Verkehrsunternehmen.

Dies führt regelmäßig zu Finanzierungsstafetten, in denen Bundesmittel an die Länder fließen, die sie auf die kommunalen Aufgabenträger verteilen, von denen Teilbeträge wiederum an die Verkehrsunternehmen weiter gereicht werden, die schließlich, soweit sie als kommunale Unternehmen im Querverbund arbeiten, Verluste im Bereich des ÖPNV durch Gewinne in den Bereichen Energie und Versorgung abdecken können. Dazu kommt, dass die Landesmittel aus verschiedenen Etats stammen. Während die investiven Zuschüsse aus den Haushalten der Verkehrsministerien fließen, sind die Mittel für den Schülerverkehr in der Regel bei den Kultusministerien und die für die Beförderung von Schwerbeschädigten bei den Sozialressorts etatisiert. Beide Ressorts

sind an der Bewältigung der spezifischen Problematik des ÖPNV nur peripher interessiert. Daher erhöht sich hier das Risiko von Mitnahmeeffekten. Dies gilt zumal, wenn diese Mittel nicht an die Aufgabenträger, sondern unmittelbar an die Verkehrsunternehmen fließen. Dadurch wird nicht nur die von § 3 RegG postulierte Bündelungskonzeption von Planung, Organisation und Finanzierung des ÖPNV bei den kommunalen Aufgabenträgern negiert, sondern ihnen auch eine wichtige Steuerungsressource verwehrt, die sie in den Prozess der Vereinbarung von „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ einbringen können.

Die öffentlichen Mittel hatten dabei im einzelnen bezogen auf das Jahr 1996 folgende Struktur ³²⁵

- 7,9 Mrd. DM entfallen auf die Regionalisierungsmittel gem. § 8 Abs. 1 RegG. Sie werden vorwiegend für Betriebsleistungen im SPNV ausgegeben.
- dazu sind nachrichtlich die Mittel zu zählen, die nach § 8 Abs. 2 des Bundesschienenwegeausbaugesetzes in den SPNV investiert werden sollen (ca. 20% des Gesamtinvestitionsvolumens des Bundes).
- 4,1 Mrd. DM werden als Regionalisierungsmittel gem. § 8 Abs. 2 RegG für Betriebsleistungen und Investitionen im ÖSPV eingesetzt.
- 0,8 Mrd. DM umfasst das Volumen der GVFG-Mittel des Bundes, die vorwiegend in große kommunale ÖPNV-Investitionsvorhaben mit einem Volumen über 100 Mio. DM fließen.
- 1,3 Mrd. DM betragen die GVFG-Mittel der Länder, die dem ÖPNV zugute kommen.
- 2,0 Mrd. DM entfallen auf die Subventionierung des Schülerverkehrs durch die Länder.
- 0,6 Mrd. DM werden als Ausgleichszahlungen für die Beförderung von Schwerbehinderten von den Ländern zur Verfügung gestellt.
- ca. 5,0 Mrd. DM beträgt das Volumen „nicht gebuchter Umsätze“, hinter denen sich insbesondere die Quersubventionen aus dem kommunalen Versorgungsverbund verbergen.

³²⁵ nach Ewers/Ilgmann, S. 4

Rechnet man die Ausgleichszahlungen für die Rabattierung der Schülerfahrausweise, die Förderung von Verkehrsverbünden und Modellversuchen, entgangene Einnahmen aus Steuerbefreiungen und alle übrigen Zahlungen hinzu, verfügt der ÖPNV insgesamt jährlich über rund 30 Mrd. DM an öffentlichen Mitteln.

Dies zeigt, dass die hergebrachten Finanzierungsstrukturen von der Aufgabenreform des ÖPNV nur bedingt erfasst worden sind. Neu hinzugekommen ist auf der Ebene des Bundes das Finanzierungskonzept von § 8 RegG, das in wesentlichen Teilen dem SPNV zugute kommt. Die Bundesmittel sind dabei darauf orientiert, das bestehende Niveau an Verkehrsleistungen unter Einschluss des hergebrachten Zuschussniveaus zu konservieren. Da der SPNV zwar von den Ländern oder den Verkehrsverbünden als den Aufgabenträgern bestellt, aber im wesentlichen aus Bundesmitteln bezahlt wird, müssen die Träger des SPNV die Finanzierung der bestellten Verkehrsleistungen nicht aus Mitteln aufbringen, die sie selbst erwirtschaften. § 7 RegG lässt eine Übernahme der betrieblichen Defizite ausdrücklich zu. Dies wirkt in Bezug auf die Länder wenig motivierend, auf eine Kosten-/Nutzenoptimierung insgesamt hinzuwirken. Allerdings stellen die klar limitierten Ansätze der zur Verfügung stehenden Regionalisierungsmittel des Bundes zumindest einen Anreiz dar, das Prinzip der „geringsten Kosten“ im Hinblick auf das verfügbare Finanzvolumen umzusetzen. Darüber hinaus kann der Übergang der Bestellerfunktion für den Nahverkehr auf Institutionen, die nicht Eigentümer der Deutschen Bahn AG sind, Ansätze für einen Wettbewerb unterschiedlicher Anbieter bewirken. Der Erfolg kostenminimierender Strategien hängt damit im wesentlichen davon ab, inwieweit es gelingt, die Kostenkalkulationen der Schienenverkehrsunternehmen und insbesondere des Netzbetreibers transparent zu machen.

Die Finanzierung des ÖSPV ist komplizierter. Zu den durchgereichten Bundesmitteln treten Mittel der Länder. Sie sind auch vor dem Hintergrund unterschiedlich ausgeprägter Finanzgarantien in den jeweiligen Landesverfassungen zugunsten der Kommunen zu sehen. Das Verhältnis der Länder gegenüber den kommunalen Aufgabenträgern wird dabei durch zwei augenscheinlich gegenläufige Aussagen zur Finanzierung geprägt. Zum einen wird die Finanzverantwortlichkeit programmatisch in die Hände der kommunalen Aufgabenträger gelegt, die den ÖPNV als Aufgabe der freiwilligen Selbstverwaltung im Rahmen ihrer eigenen Leistungsfähigkeit zu finanzieren haben. Zum anderen tritt das Land durch die gesetzliche Fixierung vielfältiger Fördertatbestände als Förderer des ÖSPV auf. Auch hierin zeigt sich das basale

Spannungsverhältnis zwischen dem Petition der Kosten- und Leistungseffizienz und dem Anerkenntnis, dass sich ein ÖPNV nicht mit marktkonformen Mitteln allein organisieren lässt und zumindest für eine beträchtliche Übergangszeit öffentlicher Förderung bedarf. Die ÖPNV-Gesetze der Bundesländer haben hier zu Veränderungen der Förderkultisse geführt. Zwar erschließen sie nur im begrenzten Umfang neue Finanzquellen aus den Eigenmitteln der Länder, sie strukturieren jedoch den Mittelabfluss auf die kommunalen Aufgabenträger durch Fördertatbestände und Verteilungsregeln.

Da sie ebenso vielgestaltig wie unsystematisiert ausgefallen sind, sollen sie nicht im einzelnen diskutiert, sondern unter dem Systemansatz betrachtet werden, der auch der aufgabenbezogenen Differenzierung von politischem Gewährleistungsauftrag und unternehmerischer Durchführungsverantwortung zugrunde gelegt ist. Soweit sich überhaupt eine Logik für eine gegenstandsbezogene Förderung des ÖSPV formulieren lässt, müsste sie die oben geforderte institutionelle Trennung von Netz und Betrieb als Differenzkriterium sichtbar werden lassen. Sie markiert den Unterschied zwischen einer finanziellen Förderung von Infrastruktur- und Systemvoraussetzungen und der Übernahme von Betriebsdefiziten. Unter dem Gesichtspunkt der Motivation zur Kosteneffizienz erscheinen zweckgebundene staatliche Zuwendungen an die kommunalen Aufgabenträger für die bauliche und technische Infrastruktur, die organisatorischen und technischen Netzwerke des ÖPNV insoweit vertretbar, als sie auf die allgemeine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des ÖPNV durch die Förderung seiner Rahmenbedingungen zielen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Förderziele selbst die geeigneten Fördertatbestände enthalten. Die politische Gewährleistung der Systembedingungen bliebe damit unterscheidbar vom Betrieb der einzelnen Linien und könnte auch eine systematisch plausibilisierbare Differenz von politischer und unternehmerischer Finanzverantwortung markieren.

Diese idealtypisierte Scheidemarke ist jedoch angesichts der auch durch die EG-VO 1191/69 nicht in Frage gestellten Pflicht zur Abdeckung der Defizite, die im Rahmen der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ erwirtschaftet werden, in dieser Form nicht durchzuhalten. Sie muss daher in die Frage transformiert werden, wer dieses Defizit abzudecken hat. Eine gesetzlich geregelte Subventionierung von Fahrzeugen der Verkehrsunternehmen und die Abdeckung der betrieblichen Defizite durch Land oder Bund, die der kommunale Aufgabenträger lediglich an die Verkehrsunternehmen durchzureichen hat, würde seine Bestellerverantwortlichkeit negieren. Fallen die Ko-

sten dagegen real auf den Besteller zurück, liegt darin eine Motivation zur Kostendämpfung und Effektivitätssteigerung. Daher sollte die Abgeltung von Defiziten, die im Rahmen der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ erwirtschaftet werden, grundsätzlich von den kommunalen Aufgabenträgern aus eigenen Mitteln beglichen werden. Dem stehen mehrere Regelungsansätze in den ÖPNV-Gesetzen der Länder entgegen, die ausdrücklich eine Beteiligung des Landes an den Lasten der kommunalen Aufgabenträger vorsehen, die aufgrund ihrer Verpflichtungen zur Abgeltung von Defiziten der Verkehrsunternehmen entstehen ³²⁶. Damit entscheiden die kommunalen Aufgabenträger jedoch implizit auch über den Bedarf, der ihnen aus den Mitteln des Landes zufließen soll. Sind diese Mittel zweckgebunden, ist die Motivation zur Kostenminimierung gering.

Dies spricht für eine strikte Bindung der staatlichen Fördermittel auf netz- und infrastrukturbezogene Zuwendungstatbestände. Insoweit erscheint auch der Katalog der förderungsfähigen Vorhaben in § 2 GVFG bedenklich. Zwar lässt er eine Defizitfinanzierung der Verkehrsunternehmen nicht zu, doch konzentriert er sich nicht allein auf bauliche Maßnahmen, sondern umfasst auch die Förderung von betriebstechnischen Maßnahmen zur Verbesserung des ÖPNV sowie die Beschaffung von Fahrzeugen. Die Regelungen zum Schwerbehinderten- und Schülerverkehr sind als zielgruppenspezifische Förderungen nach dem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich unbedenklich. Allerdings ist nicht nur das Berechnungsverfahren im Hinblick auf die Höhe der Ausgleichszahlungen kritisch zu überprüfen ³²⁷, sondern auch der Zuwendungsmodus. Als Abgeltungsbeihilfen für Verkehrsleistungen im Rahmen der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes müssten sie grundsätzlich der Bestellerverantwortlichkeit unterliegen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Kommunen überhaupt in der Lage sind, diese leistungsbezogenen Abgeltungen aus eigenen Mitteln zu bestreiten. Zudem bleibt dann nicht nur die Bestellung von Verkehrsleistungen, sondern auch der Bedienungsstandard im ÖPNV eine Variable für den Einsatz von Eigenmitteln der kommunalen Aufgabenträger. Unter dem Druck einer permanent prekären Haushaltssituation könnte daher der ÖPNV nicht nur in Kommunen in strukturschwachen Räumen auf eine

³²⁶ Vgl. Art. 23 BayÖPNVG; § 8 Abs. 4 Nr. 1 ÖPNVG M-V; § 8 Abs. 8 Nr. 4 NdsNVG; § 15 Abs. 3 Nr. 2 ÖPNVG-LSA; § 9 ThÖPNVG

³²⁷ Soweit teilweise höhere Ausgleichszahlungen gewährt werden als die Differenz zwischen Schüler- und der für alle erhältlichen Monatskarte werden Bedenken angemeldet, dies verstoße gegen Art. 10 ff. EG-VO 1191/69 (Berschin, ZUR 1996, 4 <8>).

Schwundgröße reduziert werden. Dies stützt wiederum das gegenläufige Argument, eine staatliche Bezuschussung der Abgeltungsbeihilfen sei unverzichtbar. Auch der Königsweg der Trennung von Netz und Betrieb dürfte daher in der Praxis der Subventionierung schwer zu bewältigen sein.

Daraus ergibt sich, dass eine zweckgebundene Förderung des ÖPNV durch Bund und Länder notwendigerweise zwischen der Szylla einer Fehlallokation öffentlicher Zweckzuweisungen und einer finanziellen Unterausstattung der kommunalen Aufgabenträger pendeln muss. Wer eine Dezentralisierung der Aufgabenverantwortlichkeit wirklich will, wird daher nicht nur eine entsprechende Dezentralisierung des Ausgabenverantwortlichkeit akzeptieren, sondern auch eine Reorganisation der dezentralen Einnahmequellen unterstützen müssen. Die Zuweisung von globalisierten Fördermitteln an die kommunalen Aufgabenträger scheint auf mittlere Sicht der erfolgversprechendste Weg zur Stärkung einer dezentralisierten Finanzverantwortlichkeit zu sein.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Als Ergebnis lässt sich damit thesenhaft festhalten:

1. Geht man von der Prämisse aus, dass ein funktionsfähiger, umweltverträglicher und den städtischen Strukturen Rechnung tragender Nahverkehr weder durch den privaten motorisierten Individualverkehr noch durch marktförmig vermittelte Verkehrsdienstleistungen des Verkehrsgewerbes allein zu gewährleisten ist, bedarf ein leistungsfähiges System des öffentlichen Personennahverkehrs der öffentlich-rechtlichen Planung und der Organisation seiner Systembedingungen. Dagegen begründen die Erfahrungen mit den chronischen Leistungsschwächen und Ertragsdefiziten des ÖPNV in seiner tradierten Form sowie seinen intransparenten Finanzierungswegen die Forderung, die Finanzierung der Verkehrsleistungen solle sich nach Möglichkeit an marktaffinen und erfolgsorientierten Kriterien orientieren.
2. Da Planung, Organisation und Finanzierung des ÖPNV in einem engen Bedingungs- und Wirkungszusammenhang stehen, ist die Diskussion des Reformbedarfs der Finanzierungswege des ÖPNV daher zugleich auch in bezug auf ihre Implikationen auf den Änderungsbedarf der institutionellen Arrangements zu hinterfragen, innerhalb derer der ÖPNV bisher veranstaltet wurde. Für den Bereich der unternehmerischen Leistungserbringung enthält das Leitprinzip des marktförmigen

Wettbewerbs zwar die basalen Zielvorgaben für die Organisations- und Finanzierungsmodalitäten, es muss jedoch mit den spezifischen institutionellen Vorgaben der Leistungserbringung im Rahmen gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge, der Vernetzung einzelner Verkehrsdienstleistungen und der Steuerung durch öffentliche Planung kompatibel sein. Damit geht es bei einer Reform der Finanzierungsgrundlagen immer zugleich auch um die Definition der Schnittstellen zwischen öffentlicher Daseinsvorsorge und unternehmerischer Leistungserbringung im ÖPNV.

3. Die Lösung der Strukturprobleme des ÖPNV ist auch nach der im Zuge der Bahnreform erfolgten Änderungen der Rechtsgrundlagen offen. Sie hat weder die Forderung nach Transparenz der Finanzierungswege hinreichend erfüllt noch lässt sie Ansätze erkennen, wie die kameralistisch orientierte Bedarfsförderung in ein leistungs- und erfolgsorientiertes Anreizsystem überführt werden könnte. Es fehlt nach wie vor ein in sich **konsistenter Rechtsrahmen für den Nahverkehr**. Die Regelungen **des Europäischen Gemeinschaftsrechts, des Rechts des Bundes und die Nahverkehrsgesetze der Länder** folgen unterschiedlichen, teilweise sich widersprechenden Regelungsintentionen. Die weitere Entwicklung eines kohärenten Regelungsnetzwerkes für Planung, Organisation und Finanzierung des ÖPNV durch alle drei Regelungsebenen bleibt daher eine **aktuelle politische Agenda**. Dieser Reformbedarf stellt sich sowohl für die Aufgaben des Bundes und der Länder als auch für Regelungen der EG.
4. Im Primärrecht des EGV finden sich keine spezifischen Aussagen zum ÖPNV. Art. 73 EGV erlaubt als Ausnahme vom allgemeinen Beihilfeverbot staatliche Finanzhilfen zur Kooperation und zur Abgeltung von „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht unterscheidet in der EG-VO 1191/69 weder zwischen Fern- und Nahverkehr noch zwischen privatwirtschaftlichen und öffentlichen Verkehren. Auch für den Nahverkehr gilt zunächst das Prinzip, dass Verkehrsleistungen grundsätzlich marktwirtschaftlich zu erbringen sind. Es wird allerdings durch die Option relativiert, dass Nahverkehrsleistungen der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ unterstellt werden können. Sie haben ihren materiellrechtlichen Grund in der Berücksichtigung einer ausreichenden Verkehrsbedienung. Dazu zählen insbesondere landesplanerische, soziale und umweltpolitische Faktoren. Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ liegt damit eine

Gemeinwohlorientierung zugrunde. Sie setzen im weiteren voraus, dass die Ziele des Gemeinwohles nicht hinreichend marktförmig realisiert werden kann. Aus der Sicht des ÖPNV wäre daher eine **spezielle EG-VO zum ÖPNV wünschenswert**. Bei einer Reform der EG-VO **sollte noch deutlicher gemacht werden, dass das europäische Gemeinschaftsrecht eine Ausgestaltung des ÖPNV unter gemeinwohlorientierten Vorgaben zum Ziel hat und lediglich in diesem Rahmen den Durchführungsmodus defizitären Verkehren durch öffentliche Beihilfen zulässt**.

5. Allerdings haben auch die Vorgaben der EG-VO zur Finanzierung der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ nur eine beschränkte Reichweite. Sie konzentrieren sich auf die Modalitäten der Auswahl von Verkehrsunternehmen, denen Abgeltungsbeihilfen geleistet werden dürfen. Verpflichtungsformen sind die Vereinbarung oder Auferlegung. **Die Verpflichtungsform der Auferlegung** ist ein antiquiertes Institut hoheitlicher Intervention. Sie **sollte gänzlich aufgegeben werden**. Die Verpflichtungsform der Vereinbarung impliziert einen Ausschreibungswettbewerb. Mit dem Vergabemodus des Ausschreibungswettbewerbs sind zwei grundsätzlich begrüßenswerte Strukturentscheidungen verbunden. Zum einen werden damit zeitlich unbegrenzte Versorgungsmonopole zugunsten eines lokalen oder regionalen Verkehrsunternehmens durch einen zumindest grundsätzlich gemeinschaftsweit geöffneten Wettbewerb um Nahverkehrsdienstleistungen durchbrochen. Zum anderen wird die öffentliche Hand auf ein ökonomisch rationales Auswahlkriterium bei der Vereinbarung oder Auferlegung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes festgelegt. Im übrigen trägt die EG-VO den spezifischen Bedingungen des ÖPNV insoweit Rechnung, als sie Exklusivrechte im Betrieb und damit eine miteinander vernetzte und in sich geschlossene Systemkonfiguration des Nahverkehrs zulässt.
6. Mit den Bestimmungen zur Ermittlung des Angebotes, das mit den geringsten Kosten für die öffentliche Hand verbunden ist, werden jedoch nicht alle Möglichkeiten zur ständigen betrieblichen Minimierung der Kosten und zur dynamischen Steigerung der Leistungsfähigkeit ausgeschöpft. Dies bleibt dem vertragsrechtsgestalterischen Erfindungsreichtum des Bestellers überlassen (Stichwort: „Brutto-“/„Nettoverträge“). Im weiteren enthält das Gemeinschaftsrecht keine Aussagen zur Planung des ÖPNV und auch kein in sich geschlossenes Organisationskonzept.

Darin liegt ein entscheidendes konzeptionelles Defizit. **Es sollte daher eine entsprechende Novellierung der EG-VO angestrebt werden, die auf die Spezifika des ÖPNV abstellt.** Insbesondere die **Schnittstellen zwischen öffentlicher Infrastruktur und unternehmerischen Betrieb und die Grundsätze des ÖPNV-Durchführungsvertrages** könnten klarer herausgearbeitet werden. Dabei sollten jedoch weder EG-weit verbindliche Obergrenzen für öffentliche Beihilfen noch die einzelnen Modalitäten staatlicher Förderung oder der rechtliche Status der Verkehrsunternehmen im Detail festgelegt werden. Es entspricht den Grundprinzip der **Subsidiarität** (Art. 5 EGV), den Mitgliedstaaten hier soweit Gestaltungsspielräume zu belassen, dass auch ein Systemwettbewerb zwischen ihnen um das effizienteste Modell möglich wird.

7. Im Zuge der Bahnreform wurde durch Einfügung von Art. 87e Abs. 1 S. 2 und Art. 87 Abs. 4 GG in die Verfassung die politische Gewährleistung des Regionalverkehrs auf der Schiene auf die Länder übertragen. Als Pendant für die Aufgabenüberwälzung im Rahmen der Dezentralisierung gemeinwohlorientierter Gewährleistungsfunktionen ist dem Bund nun mehr durch **Art. 106a GG** eine verfassungsrechtlich gesicherte Finanzverantwortung für den öffentlichen Personenverkehr insgesamt erwachsen. Diese ist **mit dem Erlass des RegG nicht hinreichend** erfüllt. In Art. 106 a GG liegt implizit auch die Grundaussage, dass ein flächendeckender und den Zielen des Gemeinwohls verpflichteter ÖPNV im Gegensatz zu den von der Privatisierung erfassten Aufgaben der Bundesbahn im Fernverkehr nicht allein und ausschließlich ertragsorientiert durchgeführt werden kann. Sowohl die Strukturentscheidung der Regionalisierung der Aufgabenverantwortung als auch ihr Komplement der Institutionalisierung einer Finanzverantwortung des Bundes ist zutreffend.
8. Art. 106a GG begründet eine Verpflichtung des Bundes gegenüber den Ländern, ihnen Finanzmittel zur Förderung des ÖPNV aus dem Steueraufkommen des Bundes finanzkraftunabhängig zu gewähren. Sie ist daher nicht auf die Übergangsphase der Regionalisierung beschränkt und bezieht sich nicht nur auf den Schienenregionalverkehr, sondern auf den ÖPNV insgesamt. Die Fördermittel sind finanzkraftunabhängig, bedarfsgerecht und dynamisch an sich ändernde Bedarfe angepasst zu gewähren. Zu einer Vollfinanzierung des ÖPNV ist der Bund jedoch

nicht verpflichtet. Jenseits dieser Grundsätze ergibt sich **Änderungsbedarf in bezug auf die Fördersystematik**.

9. Trotz einer beträchtlichen Kürzung des Finanzvolumens erfolgt weiterhin neben der Förderung aus Mitteln des RegG eine Förderung des ÖPNV nach Maßgabe des GVFG. Sie konzentriert sich gegenständlich im wesentlichen auf die anteilige Förderung von Infrastruktur- und Beschaffungsinvestitionen durch Mittel des Bundes. Daneben bestehen gesetzlichen Regelungen der gruppenbezogenen Bezuschussung des Schülerverkehrs nach § 45a PBefG und der Beförderung von Schwerbehinderten nach § 65 SchwbG weiter. Zunächst spricht der Wortlaut des Art. 106a GG „durch ein Gesetz“ dafür, die bisher im mehreren Gesetzen verstreuten Finanzgarantien **in einer Rechtsgrundlage zur Förderung des ÖPNV durch den Bund zusammenzuführen**. Durch die Zusammenführung der Förderung nach dem RegG, dem GVFG, dem SchwbG und § 45a PBefG in einem ÖPNV-Finanzierungsgesetz kann der Forderung nach Transparenz Rechnung getragen werden.
10. Mit § 5 RegG wurde die spezielle Finanzierungsquelle der Regionalisierungsmittel geschaffen, aus denen insbesondere der Finanzbedarf des regionalisierten Schienenverkehrs zu decken ist. § 8 enthält spezielle Regeln der Verteilung auf die Länder, jedoch kein in sich konsistentes Konzept von sachbezogenen Fördertatbeständen. Es kennt weder ein Modell der Kostenminimierung noch des Finanzmanagements und lässt im übrigen die daneben bestehenden Finanzierungswege unberührt. Bei einer Reform der Finanzierungssystematik sollte daher die **Förderlogik** dahingehend überprüft werden, ob die bisher dominante Bedarfsförderung durch Elemente mit **Zielbezug** und **Leistungsanreizen** ergänzt werden könnte. Insbesondere sind die Kanäle der verdeckten Unternehmenssubventionierung zu verstopfen. Im einzelnen wird vorgeschlagen
 - **Umstellung der Bezuschussung des Schwerbehinderten- und des Schülerverkehrs von einer pauschalierten Abgeltung auf ein subjektbezogene Förderung**
 - **Umschichtung der Fördertatbestände des GVFG von Investitionen in Großvorhaben auf benutzerorientierte Leistungsverbesserungen**

- **Erhöhung des Verwendungsspielraumes der kommunalen Aufgabenträger unter dem Einsatz von finanziellen Anreizen für erfolgsorientierten Mitteleinsatz**

11. Die Nahverkehrsgesetze der Länder greifen den vom RegG vorgegebenen Leitgedanken auf, dass die Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienungs Aufgabe der Daseinsvorsorge sei. Sie differenzieren dabei zwischen SPNV und ÖSPV. Übereinstimmend erklären alle Nahverkehrsgesetze der Flächenstaaten den ÖSPV zur Aufgabe der Kreise und kreisfreien Städte. Mit der Aufgabenträgerschaft sind zwei grundsätzlich unterschiedliche Gewährleistungsfunktionen verbunden. Sie bestehen zum einen in der Planung und Organisation eines Nahverkehrssystems, zum anderen in der Sicherstellung der Verkehrsleistungen selbst. Hierin liegt ein sinnvolles Differenzkriterium zwischen politischer und unternehmerischer Verantwortung mit jeweils unterschiedlich ausgestaltbaren Implikationen für die öffentliche Finanzierung dieser Aufgabenbereiche. In bezug auf diese Grundentscheidungen ergibt sich daher kein Änderungsbedarf.
12. Die Aufgabe der Daseinsvorsorge für den ÖPNV wird durch die Nahverkehrsgesetze der Länder zumeist als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe definiert. Aufgrund der Pflicht zur Aufstellung von Nahverkehrsplänen wird man darin jedoch insoweit eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe sehen müssen. Demgegenüber weisen einige Nahverkehrsgesetze die Sicherstellung des ÖPNV zurecht ausdrücklich als freiwillige Aufgabe aus, die im Rahmen der Leistungsfähigkeit der kommunalen Aufgabenträger auszugestalten ist. Diese werden damit folgerichtig auch zu den Finanzierungsverantwortlichen für den ÖPNV. Das Prinzip, dass aus der Dezentralisierung der Aufgabenverantwortlichkeit auch die volle Dezentralisierung der Finanzverantwortlichkeit folgen soll, gilt als Grundbedingung für effizientes und effektives Handeln. Es lässt sich jedoch aufgrund der allgemeinen Ausgestaltung der kommunalen Eigenmittel weder faktisch noch verfassungsrechtlich durchhalten. Daher enthalten alle ÖPNV-Gesetze die Grundsätze zur Förderung des von den kommunalen Aufgabenträgern zu gewährleistenden ÖPNV durch die Länder. Dies ist auch Folge der kommunalen Finanzgarantien, die in der Verfassungen der einzelnen Länder unterschiedlich stark ausgeprägt sind.
13. Solange eine grundlegende Reform der kommunalen Finanzen nicht zur Disposition steht, gerät die Überprüfung der Fördersystematik von Bundes- und Landes-

mitteln, die an die kommunalen Aufgabenträger fließen, in das Zentrum der Diskussion. Leitbild sollte dabei die Stärkung der ökonomischen Entscheidungsräume der kommunalen Aufgabenträger sein, die gleichzeitig mit der politischen und fiskalischen Einforderung von Verantwortung für ihre Entscheidungen verbunden sein muss. Dies setzt als erstes die Zusammenführung aller öffentlichen Finanzmittel bei den Aufgabenträgern voraus. Das von § 3 RegG geforderte Konzept einer Bündelung der Finanzströme ist zur Zeit nicht konsequent umgesetzt. Dies betrifft insbesondere die gruppenbezogene Förderung nach § 45a PBefG und § 65 SchwbG. Sie fließt an den kommunalen Aufgabenträgern vorbei. **Ein direktes Durchreichen von Bundes- und Landesmittel an die Verkehrsunternehmen sollte daher ausgeschlossen werden.**

14. Auch in der Sache sollte die Verantwortlichkeit der kommunalen Aufgabenträger gestärkt werden. Dies kann durch die **Abkehr von der bisherigen Fördersystematik nach Maßgabe von Zweckzuweisungen und ihren sukzessiven Ersatz durch Globalzuweisungen** erreicht werden. Sie erhöhen die Verwendungsspielräume der Aufgabenträger, fordern dabei aber auch mehr Verantwortung für die effektive Verwendung der Mittel ein. Um weitere Anreize für eine Verbesserung der Leistungsfähigkeit des ÖPNV zu setzen, könnte die Verteilung dieser Mittel auf die einzelnen Aufgabenträger nicht allein über Schlüsselzuweisungen ausgestaltet, sondern **mit zusätzlichen erfolgs- und leistungsbezogene Prämien** differenziert werden. Soweit Zweckbindungen von **Landesfördermitteln** aus landesverfassungsrechtlichen Gründen unvermeidlich sind, **sollten sie sich auf die Förderung von Infrastruktur, Netzkonfigurationen und anderen Systemelementen des ÖPNV beschränken.**
15. Übereinstimmend weisen die Nahverkehrsgesetze die Bestellerfunktion i.S.d. EG-VO 1191/69 den kommunalen Aufgabenträgern zu. Darin liegt eine richtungsweisende Differenzierung zwischen politischer Gewährleistungsverantwortung und unternehmerischer Verantwortung im ÖPNV. Zur Gewährleistungsfunktion gehört die Vereinbarung von Verkehrsleistungen mit den Nahverkehrsunternehmen und damit auch deren komplementäre Finanzierung. Auch wo der Grundsatz der Selbstfinanzierung durch die Verkehrsunternehmen von Gesetzes wegen betont wird, erwächst den kommunalen Aufgabenträgern in dem Maße, wie sie „gemeinwirtschaftliche Verkehre“ bestellen, die Pflicht zur Defizitfinanzierung gegenüber

den Unternehmen. Dies erscheint aufgrund der bestehenden Erlössituation im ÖPNV tragbar, sofern dies aus den Eigenmitteln der Aufgabenträger oder aus Globalzuweisungen erfolgt. Allerdings **verbieten sich gesetzlich garantierte Landeszuschüsse für die Abdeckung von Betriebsdefiziten** der Verkehrsunternehmen, wie sie von einigen ÖPNV-Gesetzen explizit vorgesehen werden. Sie haben negative Anreizfunktion in bezug auf die Verringerung von betrieblichen Defiziten. **Vielmehr sollten die kommunalen Aufgabenträger ermutigt werden, über Anreizverträge mit den Verkehrsunternehmen Effizienzsteigerungen im ÖPNV zum eigenen wirtschaftlichen Motiv der Unternehmen zu machen.**

16. Offen bleibt in nahezu allen ÖPNV-Gesetzen nicht nur die Organisations- und Rechtsform der Nahverkehrsunternehmen, sondern auch deren **ökonomischer Aktionsradius**. Gerade hier besteht jedoch eine **akuter Reformbedarf**. Durch die Öffnung der Nahverkehrsmärkte für den europaweiten Wettbewerb ergibt sich **für öffentlichen Unternehmen der Kommunen**, die bisher die Nahverkehrsdienstleistungen vorwiegend erbracht haben, eine prekäre Situation. Sie sind dem europäischen Wettbewerb ausgesetzt, können sich in ihm jedoch nicht wettbewerbskonform positionieren, weil sie nach herrschender Ansicht den **kommunalrechtlichen Restriktionen des Territorialprinzips** unterliegen. Danach ist ihnen eine räumliche Ausdehnung ihres Geschäftsfeldes grundsätzlich verwehrt, das über eine im Konsens mit den benachbarten Kommunen ausgeübte Tätigkeit im Nahbereich nennenswert hinausgeht und sich auf den gesamteuropäischen Markt erstreckt.
17. Damit steht nach der Privatisierung der Bundesbahn auch die Entkommunalisierung der lokalen öffentlichen Verkehrsunternehmen zur Disposition. **Entkommunalisierung** kann dabei **in zwei Richtungen** diskutiert werden. Zum einen kann darunter eine schlichte **Unternehmensprivatisierung** verstanden werden. Mit dem Verkauf öffentlicher Verkehrsunternehmen an private Erwerbsinteressenten würden ihnen zugleich auch das europaweite Geschäftsfeld geöffnet und somit auch die Chance zum Überleben eröffnet werden. Diese Option steht schon jetzt allen kommunalen Trägern von rechts wegen grundsätzlich offen. Zum anderen ist auch an eine **Reform des rechtlichen Rahmens tradierter Kommunalwirtschaft** zu denken, **die das Territorialprinzip modifiziert**. Darin liegt die **basale Zukunftsher-**

ausforderung für eine Reform des rechtlichen Rahmens für den ÖPNV. Sie ist Aufgabe der für die Regelung des Kommunalrechts zuständigen **Bundesländer**.

18. Das PBefG hat die Aufgabe, den gewerberechtlichen Rahmen für Verkehrsunternehmen zu justieren. Es sollte sich für den ÖPNV auf einen strikt ordnungsrechtlichen Ansatz beschränken. Nach § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG hat die Genehmigungsbehörde jedoch im Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sowie einer wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung für die Integration der Nahverkehrsbedienung, insbesondere für Verkehrskooperationen, für die Abstimmung oder den Verbund der Beförderungsentgelte und die Abstimmung der Fahrpläne, zu sorgen. Dies erweckt den Eindruck, sie sei der maßgebliche öffentliche Aufgabenträger im ÖSPV. Dies steht im offenkundigen Widerspruch zum Aufgabenmodell von § 3 RegG und den ihn rezipierenden Nahverkehrsgesetzen der Länder. Dem PBefG ist es verfassungsrechtlich verwehrt, eigenständige organisations- und planungsrechtliche Modelle für die Gewährleistung des ÖPNV durch die kommunalen Aufgabenträger zu entwickeln. **§ 8 Abs. 3 PBefG sollte daher klarstellend so gefasst werden, dass die Genehmigungsbehörde die Organisation- und Planungsentscheidungen des kommunalen Aufgabenträgers für das jeweiligen Nahverkehrssystem nur nachvollziehend in ihren Genehmigungsentscheidungen umzusetzen hat und ihr kein eigenständiger Planungsspielraum zu kommt.**
19. § 8 Abs. 4 PBefG entwickelt einen **Dualismus von „eigen-“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren** und postuliert auch für den ÖPNV den Primat der „Eigenwirtschaftlichkeit“. Diese Differenzierung **steht quer zum Ansatz des europäischen Gemeinschaftsrechts**. Es kennt zwar die Differenz zwischen regulierten und nicht-regulierten Verkehren, sieht aber für gemeinwohlorientierte Verpflichtungen des „öffentlichen Dienstes“ nur die beiden alternativen Verpflichtungsformen der Auferlegung und der Vereinbarung vor. Es stellt damit auf die Differenzierung zwischen zu Zwecken des Gemeinwohles regulierten und nicht-regulierten marktförmig erbrachten Verkehrsdienstleistungen ab. Die im PBefG eingeführte Kategorie des „eigenwirtschaftlichen Verkehrs“ findet nach dem Gemeinschaftsrecht keine Grundlage als alternativer Wirtschaftsmodus im Kontext der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes. Der normative Primat der „eigen-“ gegenüber „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren spricht den Realität angesichts der

Tatsache Hohn, dass es kaum Nahverkehrsdienstleistungen gibt, die den Namen „eigenwirtschaftlich“ tatsächlich verdienen. **Die Legaldefinition der „Eigenwirtschaftlichkeit“ verhindert die Verbesserung der Rentabilität von Verkehrsdienstleistungen im ÖPNV.**

20. In bezug auf die von den Genehmigungstatbeständen des „eigen-“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrs verfestigten Strukturen muss festgehalten werden, dass das Konzessionierungsmodell des § 13 PBefG insoweit einer verqueren Regelungslogik folgt, als es den Wettbewerb de lege lata aus der Konzessionsentscheidung über „eigenwirtschaftliche“ Verkehre fernhält, obwohl diese doch die Rentabilität unterstellen. Andererseits werden de lege lata Wettbewerbsstrukturen jedoch in Ansätzen in das Zulassungsmodell für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre nach § 13a PBefG implantiert, obwohl hier eine weit größere Distanz zu marktvermittelten Wirtschaftsbedingungen herrscht. **Der grundsätzlich richtige Schritt zu mehr Markt im Modell des Ausschreibungswettbewerbs wird durch die gesetzliche Fiktion von „Eigenwirtschaftlichkeit“ de facto blockiert.**
21. Dies bedeutet, dass die kommunalen Aufgabenträger ihre Bestellerfunktion für „gemeinwirtschaftliche“ Verkehre in der Realität gar nicht umsetzen können. **Das PBefG widerspricht damit nicht nur dem Gemeinschaftsrecht, sondern blockiert auch den Bestelleransatz der ÖPNV-Gesetze der Länder, mit dem die ÖPNV-Gesetze der Länder die von der EG-VO gesetzten Vorgaben für die Bestellung von Verkehren mit Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes umgesetzt haben.** Das duale Modell des PBefG ist daher eine Fehlkonstruktion. § 13 PBefG gibt dem „eigenwirtschaftlichen“ Verkehr das, was er nicht braucht: Schutz vor Wettbewerb; und § 13a PBefG enthält dem „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehr vor, was er benötigt: ein wirksames institutionelles Arrangement zur faktischen Durchsetzung des Prinzips der geringsten Kosten. Um überhaupt das vom Gemeinschaftsrecht vorgegebene Niveau an Wettbewerb zu erreichen, ist es daher erforderlich, den Typus „eigenwirtschaftlicher“ Verkehre i. S.d. § 8 Abs. 4 PBefG aus den gewerberechtlichen Rahmenvorschriften für den ÖPNV zu verbannen. **Der Dualismus von § 13 und § 13a PBefG ist daher durch den Bundesgesetzgeber zugunsten eines einheitlichen Genehmigungsvorbehaltes für Verkehre im Rahmen des ÖPNV zu beseitigen.**

22. Um ein eindeutiges Besteller-Ersteller-Verhältnis zu gewährleisten, ist die institutionelle Trennung von Infrastruktur und Netzorganisation einerseits und Betrieb andererseits zwar eine entscheidende organisatorische Voraussetzung, um den Ausschreibungswettbewerb wirksam werden zu lassen. § 13a PBefG postuliert zwar den Wettbewerb um die Konzessionierung „gemeinwirtschaftlicher“ Verkehre. Gleichzeitig verlangt die Netzwerkkonfiguration des ÖPNV Planung und Organisation der Systembedingungen. Die unverzichtbare Qualität des ÖPNV als vernetztes System liniengebundener Verkehrsdienstleistungen steht daher einer konsequenten Durchsetzung des Wettbewerbs konkurrierender Unternehmen innerhalb eines regionalen Marktes entgegen. **Ohne die Schaffung der systemische Voraussetzungen durch die institutionalisierte Trennung von Netz und Betrieb bleiben den alteingesessenen lokalen Verkehrsmonopolisten entscheidende Standortvorteile.** Dies macht externe Wettbewerber in dem Maße chancenlos, wie die Anforderungen an komplexe Netzwerkkonfigurationen steigen. Das Postulat der Kostenminimierung in § 13a PBefG bleibt daher insbesondere dort ein leeres Prinzip, wo in Ballungsräumen Technik (Straßen- und U-Bahnen), Organisation (Netzdichte) und Interaktion (Vertaktung) hohe Anforderungen an die Netzinfrastruktur stellen. **Es ist eine gemeinsame Aufgabe von Bundes- und Landesgesetzgeber, hier taugliche Schnittstellen zu schaffen.**
23. Allerdings lässt sich dem vom PBefG begründeten **Rollendualismus zwischen Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden** durchaus auch etwas **Positives** abgewinnen. Die Distanz zwischen den regionalen Genehmigungsbehörden und den lokalen Verkehrsunternehmen ist der Regel höher als zwischen den kommunalen Aufgabenträgern und den kommunalen Verkehrsunternehmen. Soweit die Genehmigungsbehörden im Rahmen der Konzessionierung auch die **Ordnungsmäßigkeit des Vergabeverfahrens** prüfen, kommt dies ohne Zweifel den vom EG-Recht verlangten wettbewerbsrechtlichen Strukturen zugute. Daher erscheint es nicht geboten, die kommunale Vergabe von Verkehrsleistungen von einer nachgeschalteten Rechtmäßigkeitskontrolle gänzlich freizustellen.

V. LITERATURVERZEICHNIS

1. Gerd Aberle, Verkehrswegerechnungen und Wegeentgelte – Theoriedefizite und Datenlücken in der Verkehrspolitik, in: FS für Seidenfus, Göttingen 1984, S. 175 ff.
2. Dieter Apel, Die gesamtwirtschaftlichen Kosten des Personenverkehrs in einer großen Stadt – derzeit sowie bei verändertem Modalsplit, in: Verkehr und Technik 1989
3. Dieter Apel u. a. (Hg.), Handbuch der kommunalen Verkehrsplanung, Bonn 1994
4. Sibylle Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung. Der öffentliche Personennahverkehr nach der Regionalisierung. Bielefeld 2000
5. Sibylle Barth/Hubertus Baumeister/Felix Berschin, Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV aufgrund nationaler und EG-rechtlicher Vorgaben. Rechtsgutachten im Auftrag der Verbundlandkreise im Münchener Verkehrs- und Tarifverbund (MVV), Bremen-Heidelberg 1998
6. Roland Batzill/Holger Zuck, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld von Bahnstrukturreform, PBefG-Novelle, ÖPNV-Recht der Länder und EG-Recht, Baden-Baden 1997
7. Felix Berschin, Vergoldete Kooperationsbereitschaft, Internationales Verkehrswesen 1996, 54 ff.
8. Felix Berschin, Europäisches Recht der Finanzierung im ÖPNV bringt Wettbewerb um Subventionen, ZUR 1997, 4 ff.
9. Felix Berschin/Gerd Hickmann, Von der Bahnreform zur ÖPNV-Strukturreform, in: Internationales Verkehrswesen 1998, S. 600 ff.
10. Peter Bickel/Rainer Friedrich, Was kostet uns die Mobilität ? – Externe Kosten des Verkehrs. Berlin-Heidelberg 1995
11. Helmuth Biding, Änderungen des Personenbeförderungsrechts durch das Planvereinfachungs- und das Eisenbahnneuordnungsgesetz, NZV 1994, 209 ff.
12. Helmuth Biding, Kommentar zum PBefG, Stand 1998, Berlin 1998, 171 ff.
13. Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Kostendeckung im öffentlichen Personennahverkehr vom 20. 10. 1992 (BT-Drs. 12/1965)
14. Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung 1996 über die Entwicklung der Kostenunterdeckung im öffentlichen Personennahverkehr (BT-Drs. 13/7552)
15. Bundesregierung, Folgekostenbericht der Bundesregierung vom 22. 4. 1997 (BT-Drs. 13/7552)
16. Weerth Canzler/Andreas Knie, Möglichkeitsräume: Grundrisse einer modernen Mobilitäts- und Verkehrspolitik. Wien 1998

17. Rudolf Eiermann, Die Vorschriften über die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, ZögU 1994, 228 ff.
18. Heinz Enderlein, Neuberechnung der Wegekosten im Verkehr für das Jahr 1975, Berlin 1978
19. Hans-Jürgen Ewers/Gottfried Ilgmann, Wettbewerb im ÖPNV: Gefordert, gefürchtet und verteufelt, Diskussionspapier 1999/06 des Fachbereichs 14 der TU Berlin
20. Michael Fey, Zur Verordnung der geringsten Kosten, NVZ 1996, 132 ff.
21. Otto Finkenbeiner, Der Nahverkehrsplan als Grundlage für die Planung im ÖPNV, in: Der Nahverkehr 1995, 19 ff.
22. Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938
23. Götz Frank, Lokaler Infrastrukturmangel und kommunale Finanzausstattung, Baden-Baden 1982
24. Götz Frank/Ulrich Meyerholt/Ekkehart Stein (Hg.), Verkehrsinitiativen zum Umweltschutz, Oldenburg 1999
25. Eckehard Frenz, Die umwelt- und verkehrspolitische Bedeutung des öffentlichen Nahverkehrs, ZUR 1997, 1 ff.
26. Günter Fromm, Die Reorganisation der Deutschen Bahnen – Voraussetzung für eine Neubestimmung des Standortes der Eisenbahnen in der Verkehrspolitik, DVBl. 1994, 187 ff.
27. Günter Fromm, Zur Neuordnung des PBefG, TranspR 1994, 425 ff.
28. Günter Fromm, Kommunale Verkehrsunternehmen in: Günter Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, Berlin-Heidelberg 1984
29. Günter Fromm/Klaus Sellmann, Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts, NVwZ 1994, 547 ff.
30. Günter Fromm/Michael Frey, Personenbeförderungsrecht, München 1995
31. Andreas Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen – Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“, Baden-Baden 1994
32. Rudolf Geiger, EG-Vertrag. Kommentar. München 1995
33. Günter Girnau, Wie sichern die DVD-Unternehmen ihre Zukunft im Verkehrsmarkt?, Der Nahverkehr 6/1998, S. 8 ff.
34. Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Baden-Baden 1999
35. Martin Grünendieck, Die Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs, Berlin 1999

36. H. Grupp, Die sozialen Kosten des Verkehrs – Grundriß zu ihrer Berechnung, in: Verkehr und Technik 1986, S. 359 ff.
37. Christian Heinze, Das Gesetz zur Änderung des Verfassungsrechts der Eisenbahnen vom 20. 12. 1993, BayVBl. 1994, 269 ff.
38. Heinze, Zur Rechtsstellung der Unternehmen in dem seit dem 1. Januar 1996 geltenden Personenbeförderungsrecht, DÖV 1996, 977 ff.
39. Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1988
40. Georg Hermes, Motorisierter Individualverkehr und ÖPNV in Ballungsräumen, in: Hans-Joachim Koch (Hg.), Rechtliche Instrumente einer dauerhaft umweltgerechten Verkehrspolitik, Baden-Baden 2000, S. 147 ff.
41. Christof Herr/Dirk Lehmkuhl, Was zu erwarten war und ist. Aktuelle und zukünftige Probleme des öffentlichen Personennahverkehrs, in: Die Verwaltung 1997, 396 ff.
42. Jürgen Hidien, Der spezielle Finanzierungsausgleich gem. Art. 106a GG, DVBl. 1997, 595 <596>
43. Gottfried Ilgmann, Anteil der Fahrwegkosten im Straßen- und Schienenverkehrs, Zeitschrift für Verkehrswissenschaften 1993, S. 237 ff.
44. Institut für Umweltrecht, Umweltauswirkungen der Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs und der Neuorganisation des ÖPNV. Rechtliche Rahmenbedingungen. Forschungsvorhaben im Auftrag des Umweltbundesamtes. Zwischenbericht vom 5. 10. 1998
45. Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München 1999
46. Folkert Kiepe, Die Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs und ihre finanziellen Auswirkungen auf die Städte, in: Zeitschrift für Kommunalfinanzen 1994, S. 218 ff.
47. Michael Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandschutz, München 1970
48. Albert Kröls, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewA 1995, 150
49. Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Das Bürgernetz. Wege zur Nutzung des Potentials des öffentlichen Personenverkehrs in Europa. Grünbuch. Kom (95) 601 endg., Bulletin der Europäischen Union 1996, Beilage 4/5
50. Lehmbruck, Regionalisierung des ÖPNV, difu-Materialien 13/1995, S. 24 ff.
51. Gertrude Lübbecke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988
52. G. Lübbecke, Die Ermittlung der Wegekosten als Grundlage einer betriebswirtschaftlichen Vollkostenrechnung für den Gesamtstraßenverkehr im Bundesgebiet, Mainz 1957

53. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1999
54. Klaus Meyer, Regionalisierung und Wettbewerb, Der Nahverkehr 5/1997, S. 14 ff
55. Jürgen Meyerhoff/Ulrich Petschow, Natur und Umwelt in der Kosten-Nutzen-Analyse der Bundesverkehrswegeplanung, ZAU, 1995, S. 544 ff.
56. Heiner Monheim/Rita Monheim-Dandorfer, Straßen für alle. Analysen und Konzepte zum Stadtverkehr der Zukunft, Hamburg 1990
57. Thomas Muthesius, Taschenbuch der ÖPNV-Gesetze der Länder, Darmstadt 1996
58. NEA, Examination of Community law relating to the public service obligations and contracts in the field of inland passenger transport, draft final report and Appendix: National Reports, 1998
59. Mancur Olson, Die Logik des kollektiven Handelns, Tübingen 1968
60. Thomas Oppermann, Europarecht, München 1999
61. Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1994 (BT-Drs. 12/6995)
62. Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt 1976
63. Werner Rothengatter, Do exeternal benefits comensate for external costs of transport ? Karlsruhe 1992
64. Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar. München 1999
65. Fritz W. Scharpf/Bernd Reisser/Franz Schnabel, Politikverflechtung: Zur Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik . Königstein 1976
66. Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Chr. Röhl, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, 577 ff.
67. Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein. Kommentar zum Grundgesetz, Neuwied 1999
68. Ulrich Scheele, Deregulierung des öffentlichen Personennahverkehrs. Ziele, Konzepte und Auswirkungen auf die Rolle kommunaler Verkehrsunternehmen, in: Frank/Meyerholt/Stein (Hg.), Verkehrsinitiativen zum Umweltschutz, Oldenburg 1999, S. 99 ff.
69. Jörg Schneider, Koordinierungserfordernisse im bayerischen ÖPNV nach der Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs, Ifo-Schnelldienst 1998, S. 8 ff.
70. Friedrich Schoch/Joachim Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, Baden-Baden 1995
71. Gerhard Schulz, Das Eisenbahnwesen des Bundes und die Stellung der deutschen Bahnen auf dem Europäischen Binnenmarkt, Berlin 1995
72. Karl H. Seifert/Dieter Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1999

73. Klaus Sellmann, Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts, NVwZ 1995, 1167 ff.
74. Klaus Sellmann, Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts, NVwZ 1996, 857 ff.
75. Klaus Sellmann, Das Gesetz zur Neuordnung des öffentlichen Personennahverkehrs, NdsVBl. 1996, 121 ff.
76. Klaus Sellmann/Alexander Blume, Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts, NVwZ 1999, 250 ff.
77. Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen (1776), Neudruck 1978
78. Wolfgang Stertkamp, Wettbewerb im öffentlichen Personennahverkehr, in: Internationales Verkehrswesen, 1998, S. 211 ff.
79. Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV), Statistik '92, Köln 1993
80. Lorenz Wachinger/Martin Wittemann, Regionalisierung des ÖPNV, Berlin 1996
81. Hilmar Westholm, Der ÖPNV zwischen knappen öffentlichen Kassen, EU-Liberalisierung, verfehlter Siedlungspolitik und Lohndumping, in: Frank/Meyerholt/Stein (Hg.), S. 153 ff.
82. R. Willeke, Zur Frage der externen Kosten und Nutzen des motorisierten Straßenverkehrs, in: Zeitschrift für Verkehrswesen 1993, S. ff.
83. Josef Zeiselmaier, Die Novelle zum PBefG, Der Nahverkehr 11/1995, 8 ff.
84. Holger Zuck, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, 941 ff.