



Finanzierung des ÖPNV: Marktrahmen, Regulierung und Liberalisierung

BMVBS-Forschungskonferenz „Urbane Mobilität“

Dr. Jan Werner
Berlin, 05. Mai 2009



Inhalt

1

Regulierung und Liberalisierung

2

Der Marktrahmen Europas

3

Handlungsspielräume in Deutschland

2

KCW GmbH
BMVBS-Forschungskonferenz „Urbane Mobilität“. Berlin, den 05.05.2009

||| **kcw**

Regulierung und Liberalisierung

Regulierung des Marktes im ÖPNV

Unregulierter Markt

- Vorteile: Nachfrageorientierung
- Defizite: Marktversagen (öffentliches Interesse, Netznutzen, Infrastruktur)

Regulierter Markt

- Regulierung zielt auf Ausgleich des Marktversagens ab
 - Mobilitätsgewährleistung (Fahrplan, Qualität, Tarif)
 - Umweltschutz (umweltbezogene Qualitätsnormen)
 - Integration (Fahrplan, Marktauftritt)
- Praktizierte Regulierungsinstrumente sind
 - Allgemeine Vorschriften für alle Betreiber
 - Verpflichtung eines individuellen Betreibers auf die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Vorgaben (Bezeichnung variiert: Betrauung/Verkehrsvertrag/öffentlicher Dienstleistungsauftrag **öDA**)

Regulierung und Liberalisierung

Wettbewerb, Eigenproduktion und Liberalisierung

Wettbewerb im „freien Markt“ (kommerzieller Verkehr)

- Marktkonforme Regulierung durch „allgemeine Vorschriften“ möglich
- Wettbewerb im Markt

Regulierter Wettbewerb (gemeinwirtschaftlicher Verkehr)

- Wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge
 - bei Gewährung finanzieller Ausgleichszahlungen
 - bei Gewährung ausschließlicher Rechte
 - bei Gewährung ausschließlicher Rechte und finanzieller Ausgleichszahlungen
- Wettbewerb um den Markt

Marktausschluss (ggf. potenzieller Wettbewerb)

- Eigenproduktion der öffentlichen Hand
- Direktvergabe eines öDA an eigenes/fremdes Unternehmen

Liberalisierung = Überprüfung/Abbau von Regulierung

4

KCW GmbH

BMVBS-Forschungskonferenz „Urbane Mobilität“. Berlin, den 05.05.2009

III **kcw**

Inhalt

1

Regulierung und Liberalisierung

2

Der Marktrahmen Europas

3

Handlungsspielräume in Deutschland

5

KCW GmbH
BMVBS-Forschungskonferenz „Urbane Mobilität“. Berlin, den 05.05.2009

||| **kcw**

Marktrahmen des ÖPNV in Europa

Überblick – Vielfalt der Marktregulierung in Europa (Bus)



- Offener Marktzugang
- Kontrollierter Wettbewerb I
Ausschreibungen (EU Vergaberecht)
- Kontrollierter Wettbewerb II
Sonstige Wettbewerbsverfahren
(z.B.: Genehmigungswettbewerb)
- Eigenproduktion / Direktvergabe
in-house oder gesetzliches Monopol
- Faktische Direktvergabe
z.B. Betrauung in Kombination
mit Genehmigungswettbewerb
(simulierter Wettbewerb)

Vereinfachte Darstellung
ohne Subunternehmerstrukturen

© KCW GmbH

Die EG-Verordnung Nr. 1370/2007

Wesentliche Inhalte, Begrifflichkeiten und Anwendungsbereich

Anwendungsbereich der VO 1370/2007 – generelle Vorgaben

- EG Verordnungen sind unmittelbar verbindlich für nationale Behörden. Sie bedürfen keines nationalen „Umsetzungsaktes“. Entgegenstehendes nationales Recht ist außer Anwendung zu lassen.
- Die Verordnung selbst legt die Sachverhalte fest, für die sie verbindliche Regelungen normiert (Anwendungsbereich).
- Anders als die VO 1191/69 kennt die VO 1370/2007 keine Teilbereichsausnahme. Den Mitgliedstaaten ist es nicht mehr erlaubt, bestimmte Unternehmen nach Voraussetzungen des nationalen Rechts vom Anwendungsbereich des EG Sekundärrechts auszunehmen.
- Finanzierungsinstrumente außerhalb ihres Anwendungsbereichs erlaubt die Verordnung in bestimmten Fällen (Art. 3 Abs. 3 und 9 Abs. 2 VO 1370/2007). Notwendig ist die vorherige (!) Notifizierung der Zahlungen bzw. der Ausgleichsmethodik durch die Kommission.

Die EG-Verordnung Nr. 1370/2007

Wesentliche Inhalte, Begrifflichkeiten und Anwendungsbereich

Instrumente im Anwendungsbereich der Verordnung

- **Öffentlicher Dienstleistungsauftrag**

Zur Sicherung der Erfüllung **gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen** bei Gewährung von finanziellen Ausgleichsleistungen und/oder ausschließlichen Rechten

sowie

- **Allgemeine Vorschriften**

als diskriminierungsfrei gültige Anforderungen aller Verkehre in einem Gebiet (ausgleichsfähig bei Höchsttarifen alternativ zu öDA)

Handlungsoptionen außerhalb der Verordnung

- **Notifizierungspflichtige Beihilfen**

- Zur Finanzierung von **Höchsttarifen** spezieller Nutzergruppen nach Herausnahme vom Anwendungsbereich und Notifizierung (Art. 3 Abs. 3 EG VO; § 45a und SGB IX))
- Andere Abgeltungs- oder Koordinationsbeihilfen auf Basis von Art. 73 EG Vertrag (Art. 9 Nr. 2 EG VO; z.B. Infrastruktur, kombinierter Verkehr etc.)

Die EG-Verordnung Nr. 1370/2007

Wesentliche Inhalte, Begrifflichkeiten und Anwendungsbereich

Wann sind Verpflichtungen „gemeinwirtschaftlich“?

Zwei Tatbestandsvoraussetzung kennt die EG-Verordnung:

„... eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten,

die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte“ (Artikel 2 Buchstabe e).

Folgende Sachverhaltsvoraussetzungen müssen gegeben sein:

- Verbindliche Handlungspflicht eines Betreibers, bestimmte im Allgemeininteresse liegenden Anforderungen zu entsprechen; unverbindliche Zielvorgaben sind nicht ausreichend!
- Verpflichtung auf diese Anforderungen durch die zuständige Behörde; freiwillige Selbstverpflichtung reicht nicht!
- Fehlende Auskömmlichkeit der Anforderung (!); Anforderungen, die sich „rechnen“ stellen keine ausgleichsfähigen Verpflichtungen dar (Voraussetzungen vergleichbar „private Investor test“)

Die EG-Verordnung Nr. 1370/2007

Wesentliche Inhalte, Begrifflichkeiten und Anwendungsbereich

Der öffentliche Dienstleistungsauftrag (öDA) ist definiert als:

Übereinkunft zwischen der Behörde und einem Betreiber, mit der der Betreiber mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraut wird, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.

- Ein öDA liegt dann vor, wenn eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung in einem individuellen Rechtsakt (Betrauung) zwischen der zuständigen Behörden und einem Betreiber begründet wird (= Abgrenzung zu allgemeiner Vorschrift)
- **Besonderheit:** Regelungen zur Finanzierung sind nicht konstitutiv. Allein die Gemeinwirtschaftlichkeit der Verpflichtung begründet einen öDA.

Konsequenzen insbesondere aus Art. 2 + 4 VO (EG) Nr. 1370/2007:

- Jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird (= Ausgleichsleistung), darf nur nach objektiv und transparent vorab festgelegten Ausgleichsparametern gewährt werden.
- Weitere obligatorische und fakultative Inhalte öDAe sind in der EG VO festgelegt (inklusive Vorgaben zur Überkompensationskontrolle)

Inhalt

1

Regulierung und Liberalisierung

2

Der Marktrahmen Europas

3

Handlungsspielräume in Deutschland

Das nationale Recht wird nicht rechtzeitig novelliert!

Konsequenzen für Aufgabenträger und Unternehmen

■ **Nicht bewältigter Anpassungsbedarf...**

- zur Auflösung von Widersprüchen (z. B. Bezugnahme in VO 1191/69; Genehmigungslaufzeiten etc.)
- um Gestaltungsoptionen auszuüben (Anwendungsbereich Direktvergabe, „Reichweite“ kommerzieller Verkehre, Eingriffsbefugnis zur Auferlegung)
- zur Ausgestaltung von „Globalvorgaben“ (Wettbewerb, Rechtsschutz)

■ **...führt zunächst zu Klärungsbedarf und offenen Rechtsfragen!**

1. Wie kann der ÖPNV rechtskonform finanziert werden?
2. Wie können ausschließliche Rechte begründet werden?
3. Wie können öffentliche Interessen wirksam durchgesetzt werden?
4. Welche Vergaberegeln gelten in der Übergangsphase?

Handlungsspielräume in Deutschland

1. Wie kann der ÖPNV rechtskonform finanziert werden?

Instrumente und Vorgaben des EG Rechts

		Vorgaben zu			Anwendung EG VO?	Vorab Notifizierung?	Koppelung mit exkl. Recht?
			Fahrplan	Qualität			
Instrument	öDA	Art. 3 I	JA	JA	JA	NEIN	JA
	allgemeine Vorschrift	Art. 3 II			JA*	NEIN	NEIN
	allgemeine Vorschrift	Art. 3 III			JA**	JA	NEIN
	Abgeltungsregelung	Art. 9 II	JA	JA	JA	NEIN	JA***

* nur Verpflichtung auf Höchsttarife möglich = niedrigere Haustarife sind zulässig

** nur Verpflichtung auf Höchsttarife (vgl. *) für spezielle Nutzergruppen möglich

*** hohe Rechtfertigungsanforderungen bzgl. der Nichtanwendung der EG VO

Bewertung:

- Die Finanzierung über öffentliche Dienstleistungsaufträge ermöglicht Einflussnahme auf unterschiedlichste Aspekte des ÖPNV.
- Außerhalb öDA hat jedes Unternehmen Anspruch auf die Finanzierung; der Einfluss des Finanzmittelgebers auf das Angebot ist beschränkt.
- Querverbundsfinanzierungen außerhalb öDA unterliegen beihilferechtlichen Risiken.

Handlungsspielräume in Deutschland

2. Wie können ausschließliche Rechte begründet werden?

Was ist ein „ausschließliches Recht“ nach EG-Verordnung:

- „ ... ein Recht, das einen Betreiber ... berechtigt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss aller anderen solchen Betreiber zu erbringen.“ (Artikel 2 lit. f)
- „... ein Recht, ... das der Kompensation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen dient und in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und den allgemeinen Vorschriften zuvor, transparent und objektiv nach Art und Umfang der gewährten Ausschließlichkeit festzulegen ist.“ (Art. 4 Abs. 1 b)

PRO: Die PBefG Genehmigung

- wirkt wie ein ausschließliches Recht;
- muss daher nach „effet utile“ die Vorgaben der EG VO erfüllen;
- kann sonst nicht als „Abwehrrecht“ eingesetzt werden!

CONTRA: Nach PBefG

- kompensiert die Genehmigung keine gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;
- können Art und Umfang der Ausschließlichkeit nicht mit der Genehmigung festgelegt werden!

- Fazit:**
- **Derzeit fehlt gesetzliche Befugnis zur Begründung ausschließlicher Rechte!**
 - **PBefG Genehmigung kann daher nicht im Einklang mit VO vergeben werden!**
 - **Rechtsgrundlage in Landes- oder Bundesrecht erforderlich!**

Handlungsspielräume in Deutschland

3. Wie können öffentliche Interessen wirksam durchgesetzt werden?

Derzeit nur begrenzt ...

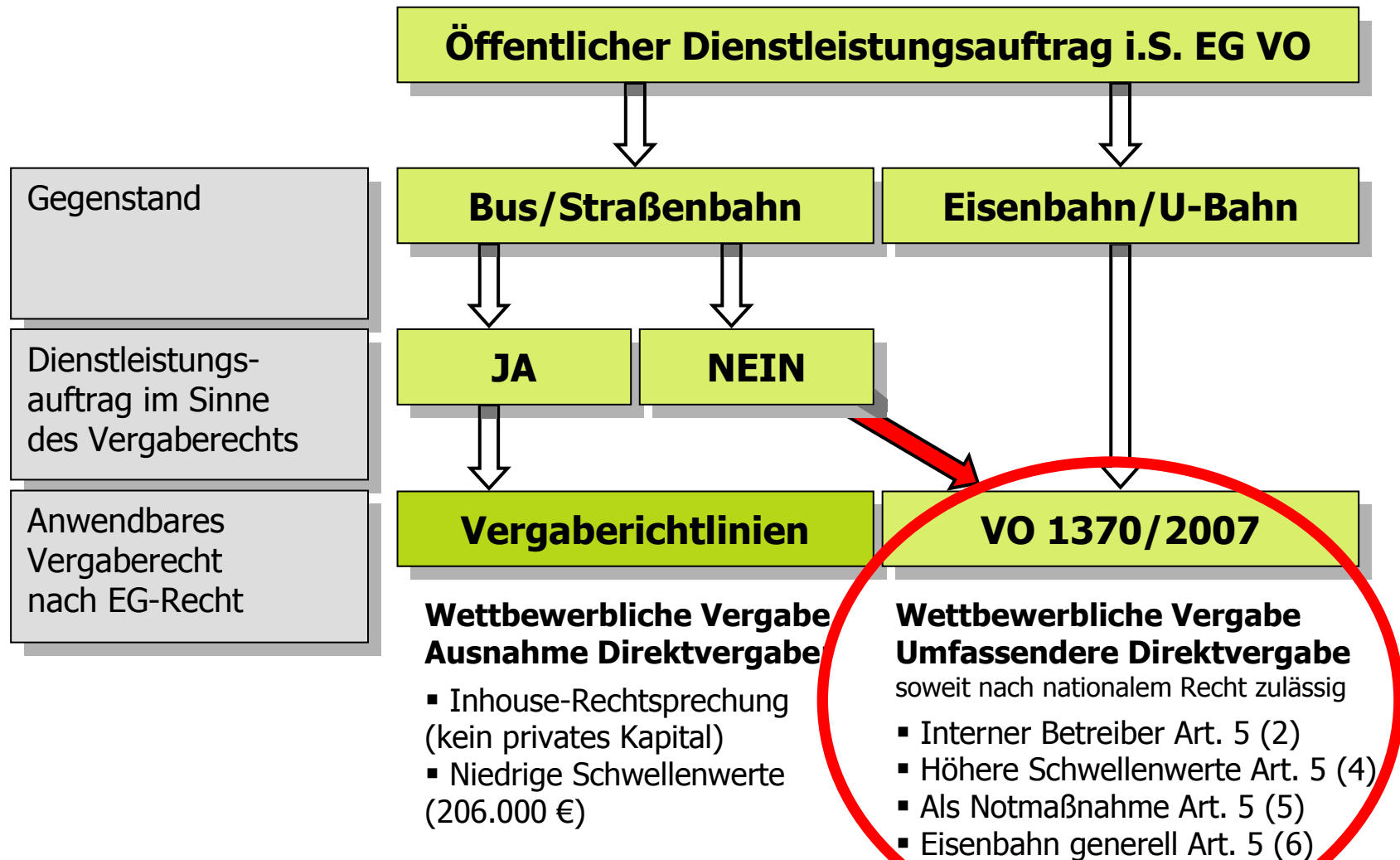
- Öffentlichen Dienstleistungsaufträge können erteilt werden! Damit lassen sich alle im öffentlichen Interesse liegenden Anforderungen an den ÖPNV verpflichtend vorgeben und auch angemessen finanzieren.
- Für „allgemeine Vorschriften“ fehlt es allerdings derzeit an einer Rechtsgrundlage (Argument: Vorbehalt des Gesetzes gilt auch für Berufsausübungsregelungen)

... und mit Risiken verbunden ...

- Auftragnehmer hat Genehmigung nicht „sicher“ und für etwaig obsiegende Konkurrenten sind die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht verbindlich!
- Die Betreiber sind in jedem Fall nur begrenzt vor Konkurrenz sicher...
 - Ausschließlichkeit für öDAe nach neuer EG VO (noch) nicht herstellbar!
 - Besitzstandsschutz für Genehmigungen nach PBefG nicht (mehr) sicher herstellbar!
 - Es bleiben Vorsprünge durch bessere Marktkenntnis sowie ggf. durch exklusive Finanzierung auf Basis öDA

Handlungsspielräume in Deutschland

Frage 4: Welche Vergaberegeln gelten ab dem 3. 12.2009?



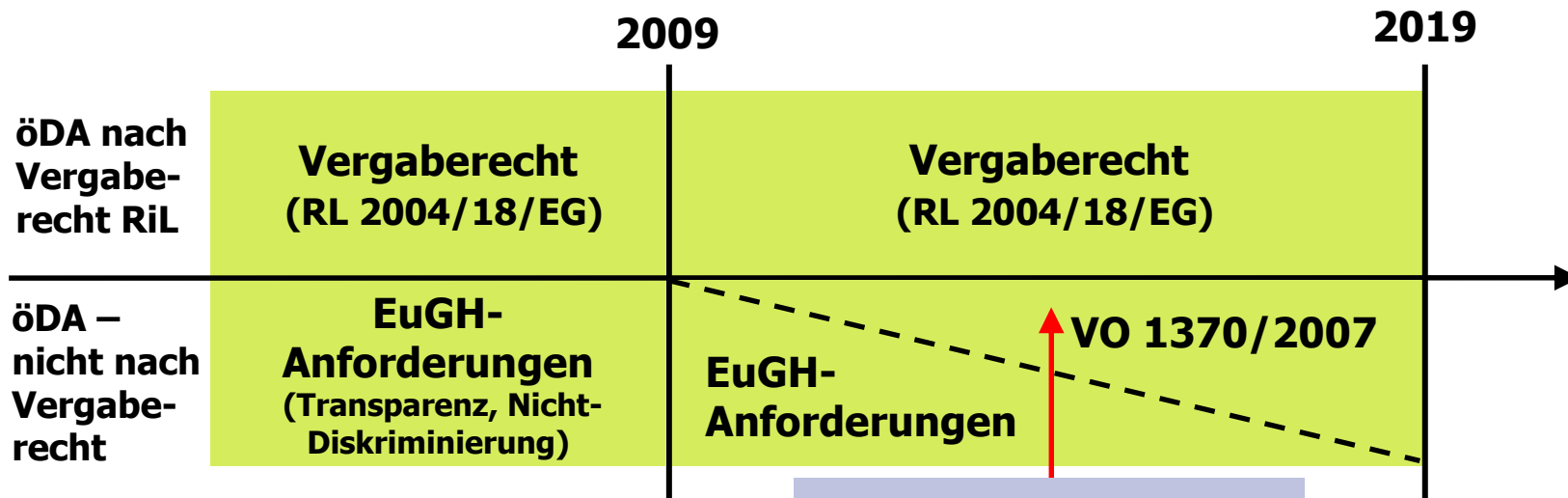
Handlungsspielräume in Deutschland

Frage 4: Welche Vergaberegeln gelten in der Übergangsphase!

Vergabe neuer Verträge (öDA) im Bereich Bus/Straßenbahn

Im Übergangszeitraum (03.12.2009 bis 03.12.2019) kommen die Handlungsoptionen nach Art. 5 Abs. 2-6 der VO entsprechend den Vorgaben der Mitgliedstaaten zur Anwendung. Unberührt weiter gilt Vergaberichtlinienrecht sowie das Primärrecht des EG Vertrages (vgl. Kompromiss im Vertragsverletzungsverfahren SPNV).

Ab dem **03.12.2019** muss die Vergabe von Aufträgen im ÖV auf Schiene und Straße nach der VO (EG) 1370/2007 erfolgen.



Fazit zu Regulierung und Liberalisierung

Wettbewerb, Eigenproduktion und Liberalisierung

Wettbewerb im „freien Markt“ (kommerzieller Verkehr)

- Marktkonforme Regulierung durch „allgemeine Vorschriften“
- Wettbewerb im Markt

Regulierter Wettbewerb (gemeinwirtschaftlicher Verkehr)



- Wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge
- Wettbewerb um den Markt

Eigenproduktion und Direktvergabe (Marktausschluss bei Überkompensationskontrolle und Transparenzregeln)

- Eigenproduktion der öffentlichen Hand
- Direktvergabe eines öDA an eigenes/fremdes Unternehmen

Die neue EG-Verordnung hat eine Präferenz für den regulierten Wettbewerb, lässt aber auch freien Markt und auch einen Marktausschluss zu.

Eine - wertende und praktikable - Einbettung dieser Handlungsoptionen in den nationalen Rechtsrahmen ist bislang unterblieben



**Vielen Dank
für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Kontakt

Dr. Jan Werner

Fon: +49 (0) 30 - 210027 - 63

Mail: werner@kcw-online.de

KCW GmbH

Büro Berlin

Charlottenstraße 65

D-10117 Berlin

Web: www.kcw-online.de

Handlungsspielräume in Deutschland

3. Voraussetzungen und Risiken von Genehmigungen?

Generelle Anforderung an Genehmigungsverfahren

- Transparenz nach „Auskunftsurteil“ des BVerwG
- Erfüllung der Berufszugangsanforderungen (§ 13 Abs. 1, PBZugV)
- Organisation eines „fairen“ Auswahlverfahrens bei „Bewerberüberhang“
- NICHT Prüfungsgegenstand: beihilferechtliche Zulässigkeit der Finanzierung

Kommerzielle Verkehre

- Risiko eines fehlenden Abwehrrechts gegen konkurrierende Anträge für VU
- Risiko eines fehlenden Besitzstandsschutzes für VU
- Risiko der Nichterfüllung im öffentlichen Interesse liegender Anforderungen

Verkehre auf Basis „öDA“

- Risiko der Anwendung von §13a PBefG (= Begrenzung auf Verkehrsvertrag und Auferlegung, Probleme für Querverbund, Anwendung GKV)
- Risiko des „Nachrangs“ gegenüber kommerziellen Verkehren; ggf. auch bei Nichterfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Anforderungen

„Klärung“ der Risiken durch Gesetzgeber oder Gerichte/Kommission