



**BBG
und
Partner**

Rechtsanwälte

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
28195 Bremen

T +49 (0) 421.335410
F +49 (0) 421.3354115

kontakt@bbgundpartner.de
www.bbgundpartner.de

Die Novellierung des PBefG – Ende gut, alles gut?

PBefG-Novelle II: **Eigenwirtschaftlicher Verkehr**

Rechtsanwältin Dr. Sibylle Barth

Bremen, 20 November 2012



Roter Faden

- **Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV**
- **Erfolgsfaktoren für eigenwirtschaftliche Anträge**
- **Verbindliche Zusicherungen und Unternehmerpflichten**
- **Fristen und Verfahrensregelungen (Genehmigungswettbewerb)**
- **Öffentliche Finanzierung im eigenwirtschaftlichen Verkehr**
- **Konkurrenzschutz eigenwirtschaftlicher Verkehre und Ausschließlichkeitsrecht**
- **Fazit**

Neuer Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit

Eigenwirtschaftlich

Ausgleichsleistungen in allg. Vorschriften

- > §148 SGB IX
- > §45a PBefG / aV
- > Ggf. Verbund-aV

Einnahmen Markt

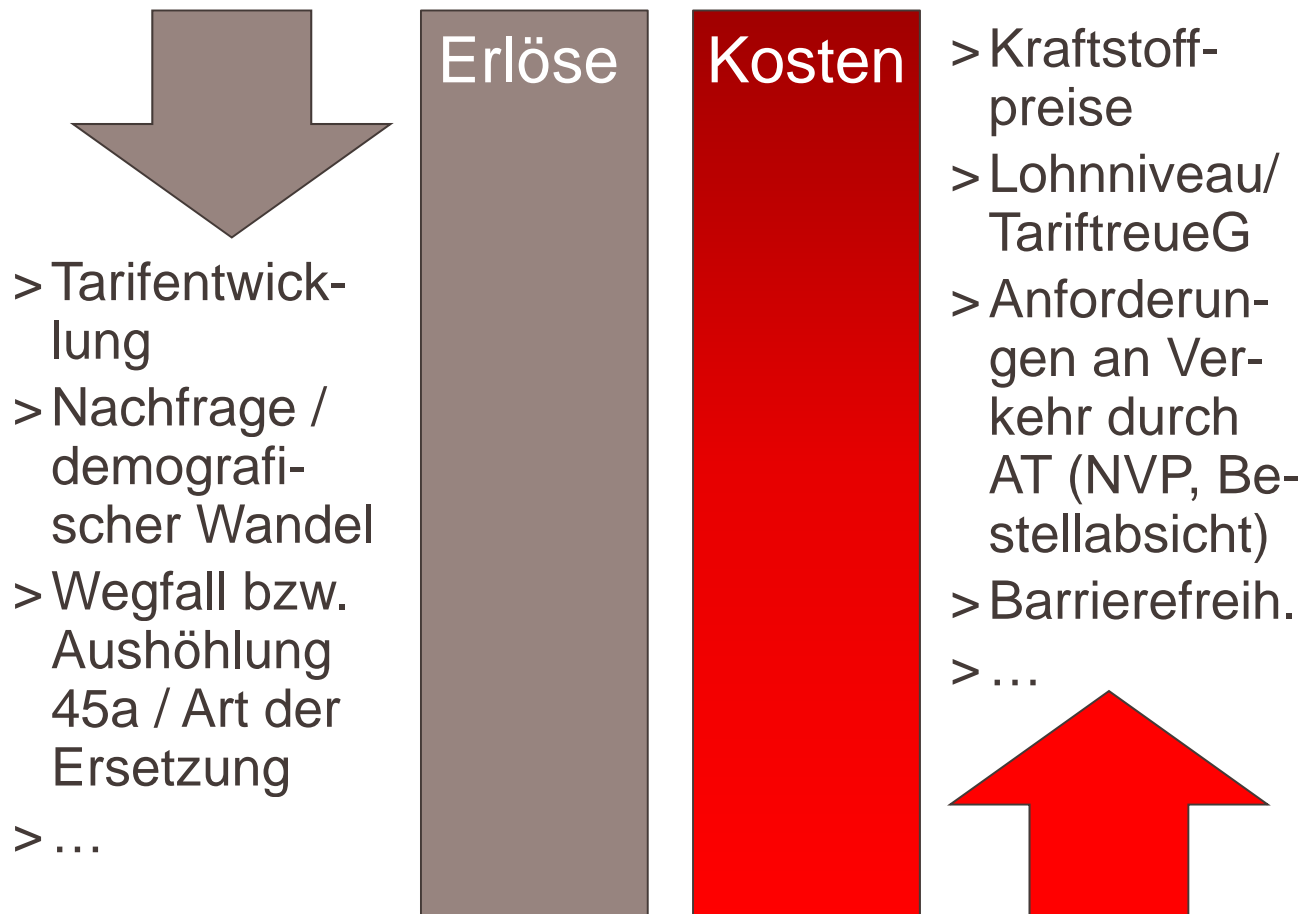
- > Fahrgeldeinnahmen (Tarif Erlöse nach EAV, erhöhtes Beförderungsentgelt)
- > Sonstige Erträge, die keine Ausgleichsleistungen darstellen (z.B. Werbung)

Nicht eigenwirtschaftl.

- > AT-Zuschüsse
- > Fahrzeugförderung
- > Ersatz von 45a außerhalb aV
- > Verbundzuschüsse außerhalb allgemeiner Vorschriften
- > Bereitstellung Infrastruktur zu nicht kostendeckenden Konditionen
- > ...

ÖDA erforderlich

Schwieriges Marktumfeld für eigenwirtschaftliche Verkehre



Welches **Angebotsniveau** muss ein eigenwirtschaftlicher Antrag erfüllen?

- Falls AT von vornherein ein bestimmtes Angebotsniveau sicherstellen will (Vorabbekanntmachung), muss eigenw. Antrag diesen Anforderungen im Wesentlichen genügen, §13 Abs. 2a S. 2 ff.
- Wenn AT zumindest im Nachgang bereit ist, das bisherige Angebot zu bestellen, muss eigenw. Antrag im Wesentlichen dieses beinhalten, §16 Abs. 3 (sonst nur kurze Übergangsgenehmigung)
- Ohne solche Vorgaben zählt im Fall einer Bewerberskonkurrenz u.a. das „bessere“ Angebot, §13 Abs. 2b (s.u.)
- Anforderungen im NVP haben demgegenüber keine eigenständige Bedeutung, (§13 Abs. 2a S.1 ohne Bestellabsicht od. Konkurrenz wirkungslos)

Auf **welche Linie(nbündel) / welches Netz** muss sich ein eigenwirt. Antrag beziehen?

- > Falls AT ein (Gesamt- oder Teil-)Netz oder Bündel als „Paket“ bestellen will (Vorabbekanntmachung), muss eigenw. Antrag dieses insgesamt umfassen, §13 Abs. 2a S. 2
- > Ohne solche Vorgaben zählt im Fall einer Bewerberkonkurrenz, u.a. der „bessere“ Netzzusammenhalt, §13 Abs. 2b iVm Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. d) (s.u.)
- > Im Übrigen darf sich der eigenw. Antrag auf ertragreiche Linien beschränken:
 - > §16 Abs. 3 gilt hier nicht (keine Abweichung vom bisherigen Angebot)
 - > §13 Abs. 2 S.1 Nr. 3 lit. d) wirkt sich nur bei Genehmigungswettbewerb aus

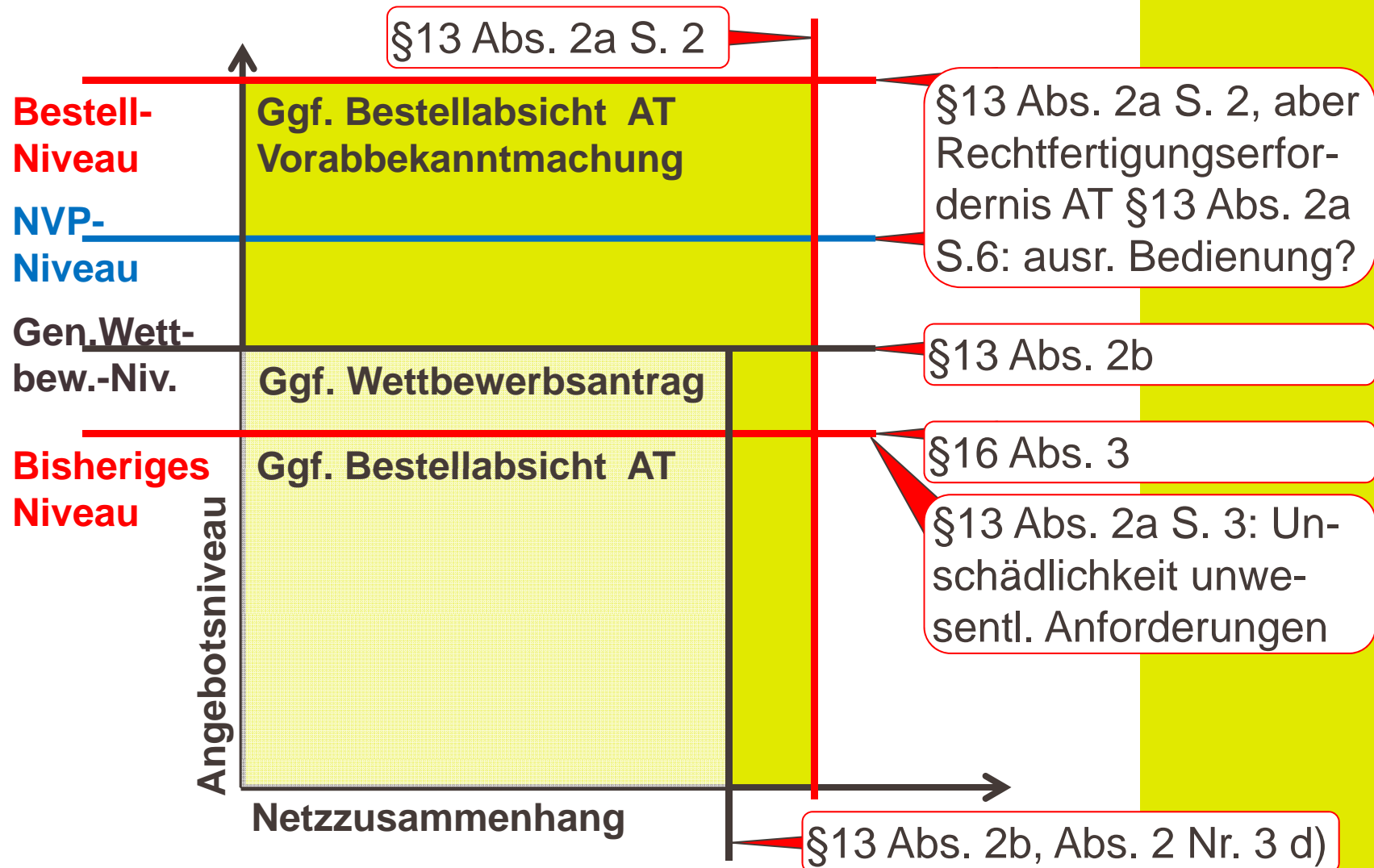
Welcher **Tarif** muss einem eigenwirtschaftlichen Antrag zugrunde gelegt werden?

- Falls AT Tarifpflichten in öffentlichen Dienstleistungsauftrag aufnehmen will und in Vorabbekanntmachung darauf hingewiesen hat, muss eigenw. Antrag diesen Tarif umfassen, §13 Abs. 2a S. 5
- Wenn AT zumindest im Nachhinein bereit ist, das bisherige Tarifniveau (z.B. weitere Anwendung Verbundtarif) zu bestellen, gilt (wohl) §16 Abs. 3, d.h. eigenw. Antrag muss diesen Tarif fortführen
- Tarifvorgaben in einer allgemeinen Vorschrift, §8a Abs. 1 S. 2 (allerdings nichts dazu in §39)
- Ohne solche Vorgaben zählt im Fall einer Bewerberkonkurrenz u.a. der „bessere“ Tarif, §13 Abs. 2b
- Tariffestlegungen im NVP haben demgegenüber keine eigenständige Bedeutung (s.o.)

Genehmigungswettbewerb: Konkurrenz um die „**beste Verkehrsbedienung**“

- > „Beste Verkehrsbedienung“
 - > Verkehrsbedienung = alle Angebotsaspekte, v.a. Fahrplan und Tarif
 - > Was ist „besser“? → öffentliche Verkehrsinteressen i.S.d. §13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3:
 - > lit. c): Verkehrsbedürfnisse der Allgemeinheit / Nutzer
 - > lit. d): Netzzusammenhang NVP-Bündel oder vorhandene Netze
- > Berücksichtigung „Festlegungen“ NVP → §8 Abs. 3:
 - > AT definiert Anforderungen an Umfang und Qualität Verkehrsangebot, Umweltqualität, Integration, vollständige Barrierefreiheit
- > Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde

Anforderungen an eigenwirtschaftlichen Antrag von verschiedenen Akteuren abhängig



Durchsetzung des eigenwirtschaftlichen Antrags nur mit verbindlichen Zusicherungen

- > §13 Abs. 2a S. 3: „verbindlich zugesicherter“ Verkehr
 - > Verweist auf §12 Abs.1a: Antragsbestandteil
- > §13 Abs. 2b: wer die beste Bedienung „anbietet“
 - > Angebot = Antrag, d.h. auch hier (indirekter) Verweis auf §12 Abs.1a
- > §15 Abs. 3 S. 2: Zugesicherte Gestaltungen müssen durch Auflagen (= Nebenbestimmungen zur Genehmigung) gesichert werden
 - > AT kann in Kontrolle der Erfüllung der Auflage „eingebunden“ werden

Keine Prüfung der wirtschaftlichen Seriosität

Wirkungen verbindlicher Zusicherungen

- > §39 Abs. 2 S. 2: i.d.R. keine Änderung (Erhöhung) zugesicherter Beförderungsentgelte
- > §40 Abs. 2a: idR keine Veränderung zugesicherter Fahrplangestaltung
- > §21 Abs. 1 S. 2: Betriebspflicht umfasst verbindlich zugesicherte Gestaltung
- > §21 Abs. 3 S. 3: Keine Teilentbindung von zugesicherten Bestandteilen (darüberhinausgehender Ausschluss auch einer Vollentbindung unklar)

Sanktionierung verbindlicher Zusicherungen

- § 25 Abs. 1 Nr. 2: Nachhaltige Nichterfüllung der Betriebspflicht führt zum Widerruf der Genehmigung („hat ... zu widerrufen“)
- § 61 Abs. 1 Nr. 1: Verstoß gegen Auflage ist Ordnungswidrigkeit (Bußgeld nach Abs.2)



Wirtschaftlich unseriöse Angebote sind riskant

Weitere Unternehmerpflichten im eigenwirtschaftlichen Verkehr

- Beförderungspflicht (unverändert)
- Fahrplanpflicht; Ausgestaltung des Fahrplans durch Genehmigungsbehörde bis zur Grenze der wirtschaftlichen Zumutbarkeit
- Betriebspflicht; Verpflichtung zur Erweiterung oder Änderung durch Genehmigungsbehörde bis zur Grenze der wirtschaftlichen Zumutbarkeit
- Bei Entbindungsantrag Aufrechterhaltung bis zur Entscheidung durch Genehmigungsbehörde (keine Entscheidungsfrist, §15 gilt hier wohl nicht)
- Tarifpflicht; Begrenzung der Beförderungsentgelte auf eine ausreichende Kapitalverzinsung
- Verpflichtung zur unentgeltlichen Bereitstellung von Fahrplandaten in elektronischem Format zu Kontroll- und Auskunftszwecken

Zeitfenster für eigenwirtschaftliche Anträge in Fällen mit und in Fällen ohne Vorabbekanntmachung

Vorabbekanntmachung



3 Monate nach der Vorabbekanntmachung

Zulassung verspäteter Anträge im Einvernehmen mit AT (Ermessen)

Erneute Antragstellung möglich, wenn AT nicht gem. Vorabbekanntm. bestellt hat

Keine Vorabbekanntm.



Spätestens 12 Monate vor Beginn (kein zu früh)

Zulassung verspäteter Anträge, wenn kein genehmigungsfähiger Antrag (Ermessen)

Setzung anderer „Termine“ in §-18-Bekanntmachung der Genehm.-Behörde

Transparenz und Fairness im eigenwirtschaftlichen Genehmigungswettbewerb

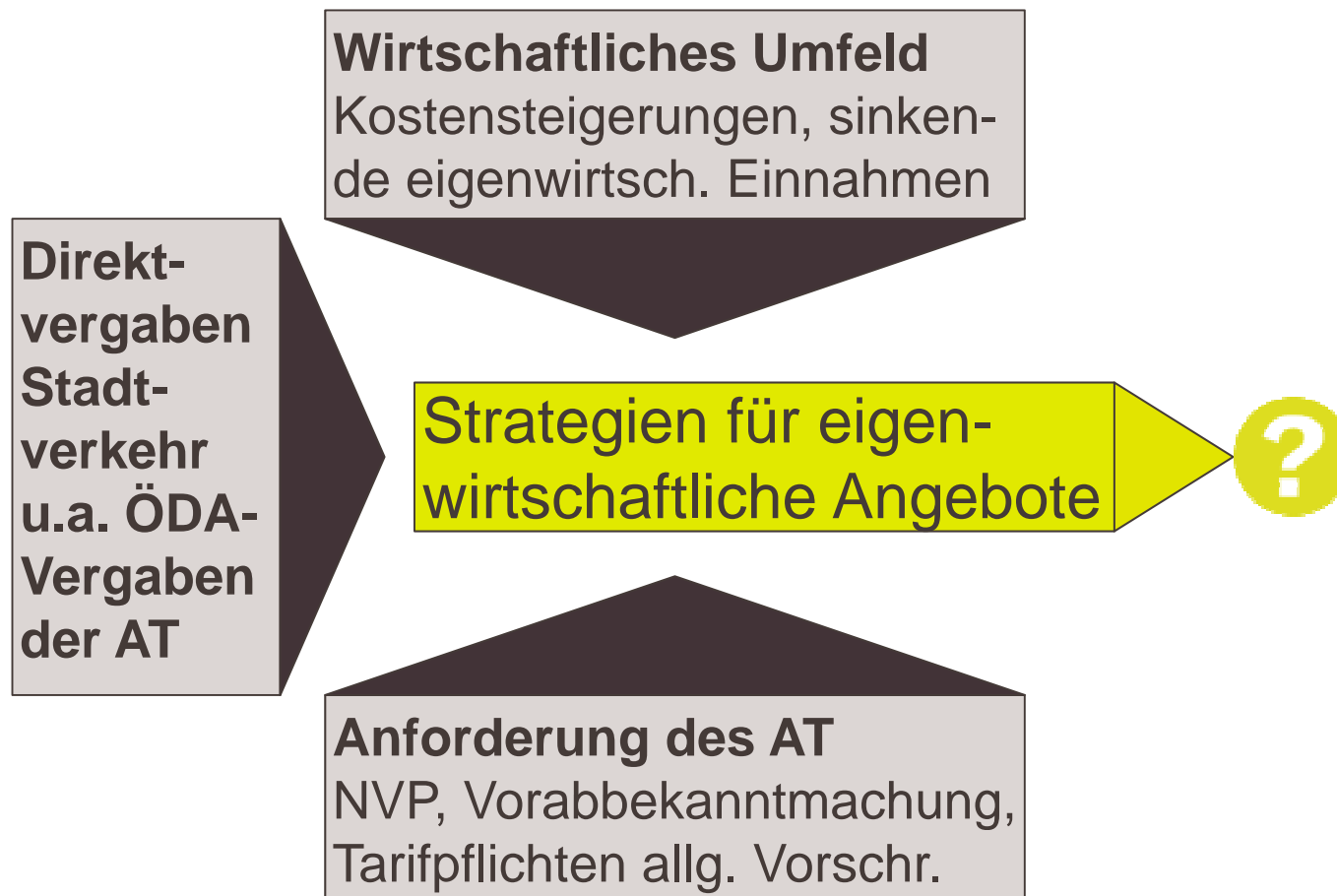
Bisher tlw. divergierende Rechtsprechung zur Verfahrensgestaltung und nur individuell geltend zu machender Auskunftsanspruch

- §18: Jährliche Bekanntmachung der Genehmigungen durch die Genehmigungsbehörde im EU-Amtsblatt mit Hinweis auf Antragsfristen
- §15 Abs. 1 S. 6: Einheitlicher Beginn der Entscheidungsfrist für eigenwirtschaftliche Anträge
- §14 Abs. 1 S. 2: Anhörung vorhandener Unternehmer erst nach Ende Antragsfrist zum Schutz des Geheimwettbewerbs
- §12 Abs. 5 S. 5: Grundsätzliche keine Nachbesserung von Anträgen („ruinöser Wettlauf“ soll ausgeschlossen werden)

Genehmigungswettbewerb und Altunternehmer-Privileg (Besitzstandschutz)

- Altunternehmer-Privileg gilt nicht gegenüber §13 Abs. 2a (kein Verweis auf neuen Versagungsgrund), d.h. gegenüber Bestellabsicht des AT setzt sich Besitzstandsschutzinteresse nicht durch
- Relevant daher nur im Genehmigungswettbewerb bei Abwägung besseres Angebot (Abs. 2b) und im Fall notwendiger Ausgestaltung (§13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3)
- Kernfrage: Wie viel besser muss Newcomer sein?
- Verweis auf §8 Abs. 3 und damit auch auf NVP und §13 Abs. 2a S. 1: NVP-Erfüllung = (viel?) besser
- Keine Privilegierung in verfahrensrechtlicher Hinsicht (z.B. kein besonderes Nachbesserungsrecht für Altunternehmer)

Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit oder schrumpfender Restmarkt im ländlichen Raum?



Allgemeine Vorschriften: Öffentliche Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Tarife im eigenwirtschaftlichen Verkehr

Finanzierungszweck	ÖDA	Allgemeine Vorschrift
Fahrplanangebot	+	-
Bestimmte Fahrzeuge	+	-
Qualitätsstandards	+	-
Höchsttarife (Verbundtarif?)	+	+

VO 1370: Zuständige Behörde hat freie Wahl ÖDA/aV.
 PBefG neu: Regelungsbefugnis AT, aber „Lücke“ bei §39.
 Abgeltung nur des **Tarifnachteils**, Anhangabrechnung.
 Nebeneinander von ÖDA und aV wohl zulässig, erfordert
 aber „Gesamtbilanz“ für Überkompensationskontrolle.

Exkurs Fernbus: Liberalisierung als Gegenmodell?

- > Zwar weiterhin Genehmigungserfordernis
- > Aber keine Geltung der Versagungsgründe des §13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3, d.h.
 - > Keine Ausschließlichkeitsrechte
 - > Kein Verbot der Doppelbedienung
- > Schutz konkurrenzierter Nahverkehre nach §42a Satz 2 (nicht über §13 Abs. 2 S. 1): Bedienungsverbote auf Teilstrecken im Nahbereich
- > Nur subjektive und sicherheitsrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen
- > Anhörung anderer Unternehmer nur im Fall einer Ausnahmegenehmigung nach §42a S. 3 (irreführende Formulierung in §14 Abs. 5 S. 2)
- > Kein Zustimmungserfordernis für Tarife
- > Kein Entbindungsverfahren, sondern nur Anzeige

Liniengenehmigung und Marktzugang im eigenwirtschaftlichen Verkehr – die Gretchenfrage der Exklusivität

- Prinzip des Genehmigungswettbewerbs legt „Verbot der Doppelbedienung“ zugrunde
- §13 Abs. 2 Nr. 3 lit. d) verstärkt Abwehrwirkung der Genehmigung (Schutz vorhandenes Netz)
- Selbst wenn kein Ausschließlichkeitsrecht, könnte Genehmigung als „besonderes Recht“ oder wegen de-facto-Ausschließlichkeit in Anwendungsbereich der VO 1370/2007 fallen
- Unheilbarer „Geburtsfehler“ oder Lösungsmöglichkeiten im PBefG durch einschränkende Interpretation des §13 Abs.2 S.1 Nr.3?



Fazit zur Eigenwirtschaftlichkeit nach neuem PBefG?

- Der bisherige eigenwirtschaftliche Markt war:
 - wegen exklusiver öffentlicher Finanzierung nicht (echt) eigenwirtschaftlich
 - wegen Doppelbedienungsverbot und Besitzstandsschutz kein zugänglicher Markt

- Der neue eigenwirtschaftliche Markt wird
 - bei steigenden Kosten und sinkenden Fahrgelderlösen mit deutlich weniger öffentlicher Finanzierung auskommen müssen
 - den Anforderungen der AT genügen müssen
 - sich nicht „für alle Ewigkeit“ auf Konkurrenzschutz durch de-facto-Ausschließlichkeit verlassen können

Nutzung der Möglichkeiten, die das PBefG den Akteuren bietet

Länder: Anpassung der ÖPNV-Gesetze

- > Ersetzung von 45a (verschiedene Modelle)

Aufgabenträger

- > NVP: Längerfristige Angebotskonzeption = Begründung Bestellabsichten
- > Vorabbekanntmachung: Umsetzung NVP-Festlegungen
- > Bestellung
- > Option allgemeine Vorschriften

Unternehmen

- > Frühzeitige Mitwirkung an NVP-Aufstellung
- > Abstimmung über für AT akzeptables eigenwirtschaftliches Angebot (keine Bestellung)
- > Unternehmerische Spielräume im ÖDA
- > Tarif und Vertrieb (Nutzerfinanzierung)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Sibylle Barth

barth@bbgundpartner.de

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
28195 Bremen

T +49 (0) 421.3354151
F +49 (0) 421.3354115

www.bbgundpartner.de